



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Leonardo Figueiredo Barbosa

As conexões entre ética e direito: uma análise teórica a partir dos debates

Hart-Dworkin e Bulygin-Alexy

Rio de Janeiro

2019

Leonardo Figueiredo Barbosa

As conexões entre ética e direito: uma análise teórica a partir dos debates Hart-Dworkin e Bulygin-Alexy

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha

Rio de Janeiro

2019

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B238 Barbosa, Leonardo Figueiredo.

As conexões entre ética e direito: uma análise teórica a partir dos debates Hart-Dworkin e Bulygin-Alexy/ Leonardo Figueiredo Barbosa. - 2019.

460f.

Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito- Teses. 2. Teoria e filosofia do direito – Teses. 3. Positivismo jurídico – Teses. I. Cunha, José Ricardo Ferreira. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.12

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Leonardo Figueiredo Barbosa

As conexões entre ética e direito: uma análise teórica a partir dos debates Hart-Dworkin e Bulygin-Alexy

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 26 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dr^a. Caroline Ferri
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Ricardo Nery Falbo
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Toledo da Silveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2019

DEDICATÓRIA

Para Carol:

“E agora é tanto amor / Me abrace como foi / Te adoro e você vem comigo / Aonde quer que eu voe [...] Não pense, por favor / Que eu não sei dizer / Que é amor tudo / O que eu sinto / Longe de você.”

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor José Ricardo Cunha, não apenas pela orientação, gentileza e amizade que tive a oportunidade de vivenciar ao longo dos últimos oito anos, mas pelo exemplo daquilo que um professor deve ser e dos objetivos que deve buscar.

Ao professor Ricardo Nery Falbo com quem tive a honra de aprender desde as aulas na graduação da Nacional de Direito da UFRJ, bem como no mestrado e doutorado do PPGD da UERJ. Obrigado por todas as lições, orientações, questionamentos, críticas e sugestões, sempre de forma firme e enfática, porém acompanhado de um olhar gentil e um sorriso acolhedor.

À professora Caroline Ferri por gentilmente aceitar o convite para a banca de defesa e cuja participação certamente auxiliará no aprimoramento da pesquisa.

À professora Cláudia Toledo pela participação não só na banca de defesa como também na qualificação, oportunidade onde apresentou críticas construtivas ao projeto que, certamente, colaboraram para que a tese pudesse ser significativamente aprimorada.

Ao professor Fernando Rodrigues que há 12 anos me apresentou ao debate entre Hart e Dworkin e com quem tive a honra de iniciar meus estudos filosóficos no PPGF da UFRJ. Obrigado por que me despertar de meu sono dogmático.

Ao professor Fernando Leal que certamente instigou, por meio de seus questionamentos na banca de qualificação, possibilidades não vislumbradas até então.

Aos professores do PPGD da UERJ, sempre solícitos e prontos a colaborar, em especial aos professores Antônio Maia, Bethânia Assy, Gustavo Sampaio, Marco Marrafon, Marcello Ciotola e Maurício Motta.

Aos colegas da Linha de Teoria e Filosofia do Direito que lutam contra um mundo ainda dogmático e intolerante. *# UERJ Resiste!*

Aos funcionários do PPGD da UERJ sem os quais nossas atividades acadêmicas não seriam possíveis. Responsáveis por um trabalho fundamental, difícil e nem sempre devidamente valorizado.

Aos meus alunos que, ao longo dos últimos anos, sempre me motivaram a aprender cada vez mais e sempre demonstraram que a sala de aula é um lugar de troca.

Por último, mas não menos importante, a Deus que sempre iluminou meu caminho e me ajudou a superar as dificuldades e intempéries que todos enfrentamos.

Assim como um operário trabalha com uma máquina sem se preocupar em saber como foi construída, ensinamos segundo as rotinas de um dos diferentes tipos existentes de positivismo jurídico, sem nos darmos ao trabalho de verificar quanto valem essas rotinas. Assim, nossos enormes tratados de "dogmática jurídica", nossos cursos magistrais, nossos sistemas, são colossos com pés de barro, belas construções que ninguém garante não estarem fundadas na areia [...].

Michel Villey

Durante a última metade de nosso século, a barbárie do homem contra o homem tem sido tanta que as liberdades e garantias mais essenciais e elementares foram negadas a um sem número de homens e mulheres culpados, se é que foram culpados de alguma coisa, somente por reclamar essas liberdades e garantias, tanto para eles, como para outros, negando-se-lhes, algumas vezes, estas pretensões, com a argúcia de uma justificativa em função do bem-estar geral da sociedade.

Herbet L. A. Hart

RESUMO

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. *As conexões entre ética e direito: uma análise teórica a partir dos debates Hart-Dworkin e Bulygin-Alexy*. 2019. 460 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O debate sobre as relações existentes entre a moral e o direito é um dos temas mais antigos e, paradoxalmente, ainda contemporâneo na teoria e na filosofia do direito. O presente trabalho se situa neste campo temático e, mais especificamente, na análise do papel que os valores morais efetivamente exercem não apenas no momento da construção da decisão judicial, isto é, na aplicação do direito, mas também desde a definição do próprio conceito de direito. Defende-se aqui que a adequada compreensão do direito demanda a devida atenção à finalidade ou função típica deste artefato social, todavia se entende que as teorias do direito, de uma forma geral, não têm analisado apropriadamente o que significa levar as finalidades do direito a sério, sendo que a teoria do artefato social pode colaborar com este intuito. Além disso, argumenta-se que uma teoria que leve a sério a ideia de finalidade ou função do direito é capaz de dar a devida atenção aos sujeitos da injustiça social, ou seja, pode incorporar o sujeito real da injustiça como parâmetro de análise da validade do direito.

Palavras-chave: Direito. Moral. Debate Hart-Dworkin. Debate Alexy-Bulygin. Sujeito da injustiça social.

ABSTRACT

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. *Connections between ethics and law: a theoretical analysis from Hart-Dworkin and Bulygin-Alexy debates*. 2019. 460 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The debate on the relations between morality and law is one of the oldest themes and, paradoxically, still contemporary in theory and philosophy of law. The present work focuses on this thematic field and, more specifically, on the analysis of the role that moral values effectively exercise both in application and in definition of the concept of the law. It is argued here that the proper understanding of law demands due attention to the purpose or function typical of this social artifact, but it is understood that theories of law generally have not properly analyzed what it means to take the ends of the right to seriously, and that the social artifact theory can contribute to this goal. Moreover, it is argued that a theory that takes seriously the idea of purpose or function of law is capable of giving due attention to the subjects of social injustice, that is, it can incorporate the real subject of injustice as a parameter of validity of the law.

Keywords: Law. Morality. Hart-Dworkin debate. Alexy-Bulygin debate. Subject of social injustice.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	O DEBATE HART-DWORKIN.....	33
1.1	A teoria inicial de Herbert Hart.....	33
1.1.1	<u>Aspectos interno e externo das regras sociais.....</u>	36
1.1.2	<u>Regras primárias e secundárias.....</u>	40
1.1.3	<u>A regra de reconhecimento.....</u>	45
1.1.4	<u>A textura aberta do direito e o poder discricionário.....</u>	50
1.1.5	<u>A separação entre direito e moral.....</u>	57
1.1.5.1	A diferença entre moral e justiça e as respectivas conexões com o direito..	59
1.1.5.2	Características dos valores morais.....	65
1.1.5.3	Modos de relação entre moral e direito.....	73
1.2	Dworkin e suas críticas iniciais ao positivismo jurídico.....	82
1.2.1	<u>Princípios e regras.....</u>	85
1.2.2	<u>Poder discricionário ou vinculação aos princípios.....</u>	95
1.2.3	<u>As críticas à regra de reconhecimento de Herbert Hart.....</u>	107
1.2.3.1	Juízos de recomendação e juízos de dever.....	108
1.2.3.2	Versões forte e fraca da regra social.....	110
1.2.3.3	Incompatibilidade entre a regra de reconhecimento e os princípios jurídicos.....	114
1.2.4	<u>A proposta de superação do positivismo.....</u>	120
1.2.4.1	Princípios e políticas.....	122
1.2.4.2	Os diferentes direitos individuais.....	126
1.2.4.3	A única resposta correta.....	132
1.2.5	<u>Desacordos teóricos e desacordos empíricos sobre o direito.....</u>	137
1.2.6	<u>Interpretação e integridade.....</u>	145
1.2.6.1	Como uma prática social adquire valor?.....	147
1.2.6.2	Conceito, Concepção e Paradigmas.....	150
1.2.6.3	Direito e literatura ou o romance em cadeia.....	153
1.2.6.4	O sentido (point) do direito.....	157
1.3	A réplica de Hart.....	161
1.3.1	<u>El nuevo desafío del positivismo jurídico.....</u>	162

1.3.1.1	As teses do positivismo segundo Hart.....	163
1.3.1.1.1	A tese da separação conceitual entre direito e moral.....	164
1.3.1.1.2	A tese das fontes sociais do direito (ou da regra de reconhecimento).....	164
1.3.1.1.3	A tese da discricionariedade jurídica (ou do poder discricionário).....	165
1.3.1.2	A excessiva atenção à prática judicial.....	166
1.3.1.3	A teoria da decisão judicial (teoría de la adjudicación) e a relação entre direito e moralidade.....	168
1.3.1.4	A injustiça da decisão <i>ex post facto</i>	173
1.3.2	<u>O pós-escrito do conceito de direito</u>	174
1.3.2.1	Descritivo versus avaliativo.....	175
1.3.2.2	A Natureza do positivismo jurídico hartiano.....	178
1.3.2.2.1	O positivismo moderado, inclusivo ou incorporacionista.....	181
1.3.2.3	Críticas a alguns pressupostos da teoria de Dworkin.....	183
1.3.2.3.1	A coerção estatal como finalidade do direito.....	183
1.3.2.3.2	A relação entre direito e proposições jurídicas.....	184
1.3.2.3.3	Regras e Princípios.....	185
1.3.2.4	Direito e moral.....	187
1.3.2.4.1	A importância dos direitos e deveres jurídicos.....	188
1.3.2.4.2	A identificação do direito.....	188
1.4	Dworkin e a justiça de toga	190
1.4.1	<u>Conceitos ou sentidos do direito</u>	192
1.4.1.1	Conceito Doutrinário.....	193
1.4.1.2	Conceito Sociológico.....	194
1.4.1.3	Conceito Taxonômico.....	195
1.4.1.4	Conceito Aspiracional.....	196
1.4.2	<u>Teoria geral do conceito doutrinário</u>	197
1.4.2.1	Estágio Semântico.....	198
1.4.2.2	Estágio Teórico (<i>Jurisprudential Stage</i>).....	202
1.4.2.3	Estágio Doutrinário	203
1.4.2.4	Estágio da Decisão Judicial (<i>Adjudicative Stage</i>)	206
1.4.2.5	A construção da teoria do direito interpretativista de Dworkin.....	208
1.4.3	<u>A crítica ao pós-escrito de Hart</u>	209
1.4.3.1	O arquimedianismo.....	210

1.4.3.1.1	O papel dos conceitos políticos.....	213
1.4.3.1.2	Os sentidos de uma metodologia descritiva.....	215
1.4.3.1.3	A epistemologia dos valores segundo Dworkin (ou como é possível conhecer os valores).....	220
1.4.4	<u>Unidade valorativa e legalidade ou Estado de Direito</u>	225
2	O DEBATE ALEXY-BULYGIN	231
2.1	A teoria inicial de Robert Alexy	232
2.1.1	<u>Conceitos de Direito</u>	233
2.1.2	<u>Tese da separação e tese da conexão (ou vinculação)</u>	234
2.1.2.1	A relevância prática do debate sobre o conceito de direito.....	235
2.1.3	<u>Distinções necessárias para a adequada compreensão do debate</u>	237
2.1.3.1	Conceitos de direito omitindo a validade e incorporando a validade.....	238
2.1.3.2	Argumentos analíticos e normativos.....	238
2.1.3.3	Normas isoladas e sistema jurídico como um todo.....	240
2.1.3.4	Sistemas jurídicos como norma e como procedimento.....	241
2.1.3.5	Perspectivas do observador e do participante.....	242
2.1.3.6	Conexões classificadoras/classificatórias e conexões qualificadoras/qualificatórias (ou ideais).....	244
2.1.3.7	O Argumento da injustiça e o argumento dos princípios.....	245
2.1.4	<u>A Perspectiva do Observador</u>	246
2.1.5	<u>A Perspectiva do Participante</u>	249
2.1.5.1	O Argumento da correção.....	249
2.1.5.2	O Argumento da Injustiça.....	252
2.1.5.3	O Argumento dos Princípios.....	258
2.1.5.3.1	A tese da incorporação.....	259
2.1.5.3.2	A tese da moral.....	261
2.1.5.3.3	A tese da correção.....	262
2.2	Primeiras divergências (1993 e 1997)	264
2.2.1	<u>Críticas iniciais de Bulygin</u>	264
2.2.1.1	A contradição da proposta de Alexy.....	264
2.2.1.2	A ausência de fundamentação à teoria da pretensão de correção.....	265
2.2.2	<u>As primeiras respostas de Alexy</u>	267
2.2.2.1	A necessidade das conexões qualificadoras.....	269

2.2.2.2	A contradição performativa como fundamento da pretensão de correção....	270
2.3	A retomada dos debates a partir de Ferrara (1998)	274
2.3.1	<u>A réplica de Bulygin</u>	274
2.3.1.1	A ideia de contradição performativa.....	274
2.3.1.2	A desnecessidade das conexões qualificadoras.....	275
2.3.1.3	Participantes e observadores.....	277
2.3.1.4	Os juízes criam direito?.....	280
2.3.1.4.1	A doutrina tradicional.....	280
2.3.1.4.2	A teoria de Kelsen.....	283
2.3.1.4.3	Lacunas normativas.....	285
2.3.1.4.4	Criação judicial do direito.....	289
2.3.2	<u>A tréplica de Alexy</u>	290
2.3.2.1	O que significa formular uma pretensão de correção.....	290
2.3.2.2	Contradição Performativa.....	296
2.3.2.3	A necessária conexão entre direito e moral.....	298
2.3.2.4	A questão da moralidade objetiva.....	300
2.3.2.5	A necessidade das conexões qualificadoras.....	301
2.4	A conferência de Girona (2010)	303
2.4.1	<u>As últimas críticas de Bulygin</u>	304
2.4.1.1	Argumentos analíticos e normativos.....	304
2.4.1.2	Perspectiva do observador.....	305
2.4.1.3	Perspectiva do participante.....	307
2.4.1.4	Decisões judiciais e opiniões do juiz.....	309
2.4.1.4.1	Diferentes tipos de sentença judicial.....	310
2.4.1.4.2	A justificação da decisão e os deveres do juiz.....	311
2.4.1.5	A pretensão de correção.....	314
2.4.1.6	Coincidências e diferenças entre positivismo e não positivismo	315
2.4.2	<u>A defesa final de Alexy</u>	317
2.4.2.1	Argumentos normativos e o conceito de direito	317
2.4.2.2	A dupla natureza do direito	318
2.4.2.3	Perspectivas do observador e do participante	322
2.4.2.3.1	Perspectiva do observador	323
2.4.2.3.2	Perspectiva do participante.....	325

2.4.2.4	A construção da decisão judicial nos casos difíceis.....	327
2.4.2.5	A pretensão de correção: duas questões.....	328
2.4.2.6	O não positivismo inclusivo.....	330
3	CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS NOS DEBATES HART-DWORKIN E ALEXY-BULYGIN.....	332
3.1	A relação entre concepções filosóficas, pressupostos teóricos e o conceito de direito.....	332
3.1.1	<u>A teoria de Hart.....</u>	332
3.1.2	<u>A teoria de Dworkin.....</u>	337
3.1.3	<u>A teoria de Bulygin.....</u>	344
3.1.4	<u>A teoria de Alexy</u>	347
3.2	O(s) conceito(s) de direito.....	352
3.2.1	<u>Perspectivas do observador e do participante.....</u>	357
3.3	O direito tem uma função, objetivo, propósito ou finalidade?.....	359
3.3.1	<u>O direito como artefato.....</u>	361
3.3.2	<u>O positivismo jurídico e as funções do direito.....</u>	370
3.3.3	<u>O não positivismo jurídico e as funções do direito.....</u>	377
3.3.4	<u>Observações sobre a relação entre finalidade/função e conceito de direito..</u>	385
3.3.4.1	Críticas: a separação entre descrição e avaliação de um conceito.....	387
3.3.4.2	Críticas: o mínimo denominador comum.....	390
3.3.4.3	Críticas: a definição das finalidades ou funções próprias de um conceito....	393
3.4	A definição do(s) conceito(s) de direito implica consequências em sua aplicação?.....	397
3.4.1	<u>A posição de Herbert Hart</u>	402
3.4.2	<u>A posição de Eugenio Bulygin</u>	405
3.5	O sujeito da injustiça social como elemento de crítica às teorias do direito.....	412
3.5.1	<u>O sujeito da injustiça social no contexto do juspositivismo.....</u>	413
3.5.2	<u>O sujeito da injustiça social e o não positivismo.....</u>	420
	CONCLUSÃO.....	434
	REFERÊNCIAS.....	444

INTRODUÇÃO

O debate sobre as relações existentes entre a moral e o direito é um dos temas mais antigos e controversos da teoria e da filosofia jurídica. Mesmo se nos restringirmos às discussões acadêmicas mais estruturadas sobre o assunto, estas já perduram há séculos. Roscoe Pound, professor da Universidade de Harvard, em texto clássico que escreveu em 1924, já asseverava, então, que há mais de cem anos a relação entre legalidade e moralidade constituía um dos temas mais debatidos pelos juristas.¹

As disputas teóricas em torno desta questão podem ocasionar distinções significativas não só do ponto de vista teórico, mas também prático, em diversas áreas de extrema relevância tanto para os indivíduos quanto para a sociedade como um todo. O processo de construção das decisões judiciais, os questionamentos sobre a (des)obediência às diretrizes legais e mesmo a análise sobre a legitimidade do exercício do poder estatal se relacionam com a temática da relação entre direito e moral.

Principalmente na contemporaneidade, tendo em vista a sociedade complexa e multifacetada em que vivemos, onde a disputa e os conflitos pelo reconhecimento/efetivação de direitos não se restringem somente à arena exclusivamente política, mas também – e, muitas vezes, de forma até mais significativa – se espraiam para a seara judicial, com instrumentos que são utilizados até pelos próprios partidos políticos, que demandam o Poder Judiciário quando não conseguem alcançar determinados objetivos por meio da atuação especificamente política (TATE; VALLINDER, 1995) (CASTRO, 1993).

Entretanto, apesar das diversas obras e do longo tempo de questionamento e reflexão sobre o assunto, ainda não há uma resposta definitiva para diversas questões, dentre as quais merecem destaque: de que maneira e em que medida os valores morais influenciam na definição do *conceito* de direito? Qual é o tipo de correlação entre moralidade e legalidade (inexistente, necessária ou meramente contingente) e como esta afeta a *aplicação* do direito? Ainda que, hipoteticamente, seja possível alcançar um consenso sobre a existência de

¹ “Three subjects stand out in the juristic writing of the last century – the nature of law, **the relation of law to morals**, and the interpretation of legal history. [...] The second was debated by the analytical and the historical jurists, as against the eighteenth-century identification of the legal with the moral, and by the several types of the philosophical school, as between theories of subordination of jurisprudence to ethics and different theories of contrasting or opposing them. [...] Both the controversies as to the nature of law and the interpretations of legal history are intimately related to the controversies as to the relation of law to morals”. (POUND, 1924, p. I, grifo nosso)

influência da moralidade na conceituação e na aplicação do direito, quais são os parâmetros axiológicos a serem considerados?

Na tentativa de entender adequadamente a relação entre direito e moral, o presente trabalho buscará compreender as divergências entre dois grandes paradigmas da teoria do direito contemporâneo: o positivismo jurídico e o não positivismo (ou pós-positivismo).²

Sendo assim, a pesquisa se situa no campo das relações existentes entre o direito e a moral e, mais especificamente, na análise do papel que os valores morais efetivamente exercem não apenas no momento da construção da decisão judicial, isto é, na aplicação do direito, mas também desde a definição do próprio conceito de direito. Sendo certo que a *conceituação* e a *aplicação* do direito constituem as duas questões fundamentais da filosofia jurídica.³

A hipótese da pesquisa se desdobra em duas etapas: *i*) a adequada compreensão do direito, tanto em sua *aplicação* quanto em sua *conceituação*, demanda a devida atenção à(s) *finalidade(s)* ou *função(ões) típica(s)* deste construto social e aos valores necessariamente albergados nesta(s), todavia as teorias do direito, de uma forma geral, não têm analisado apropriadamente o que significa **levar a(s) finalidade(s) do direito a sério**, sendo que a teoria do direito como artefato pode colaborar com este intuito; e *ii*) ao se compreender adequadamente as limitações que a ideia de finalidade ou função típica ocasionam na definição do próprio conceito, verificar-se-á que o não positivismo, quando comparado ao positivismo, é uma teoria mais adequada tanto para a aplicação quanto para a conceituação do direito, sendo capaz inclusive de dar a devida atenção aos *sujeitos da injustiça social*, ou seja, podendo incorporar o sujeito real da injustiça como parâmetro de análise da validade do direito.

² Alguns apontam que a divergência na denominação está relacionada, por exemplo, com a utilização mais comum do termo “pós-positivismo” em textos que se originam do espanhol e português, enquanto no contexto anglofalante seria mais frequente a expressão “não positivismo” (CUNHA; ASSY, 2016, p. 108). Apenas exemplificativamente Albert Calsamiglia (1998), em artigo clássico utilizado na tradicional revista *Doxa* emprega o termo “*postpositivismo*”. Enquanto, Bulygin e Alexy caracterizam a teoria do professor de Kiel como vinculada ao “*non-positivism*”.

Todavia, alguns autores apresentam uma diferenciação mais significativa, no sentido de que o **não positivismo** seria gênero do qual o pós-positivismo seria espécie ao lado das – mas sem se confundir com – teorias jusnaturalistas: “Um dos modos de definir o pós-positivismo, portanto, é analisar as teses que os seus proponentes sustentam contra a tese das fontes sociais, já que basta que se rejeite essa tese para que se possa definir alguém como **não-positivista** ou, se a pessoa em questão pretender se afastar também do jusnaturalismo, como **pós-positivista**” (BUSTAMANTE, 2013, p. 268-269, grifo nosso). Considerando que – como é comum a paradigmas ainda em construção – não existe consenso, seja na doutrina nacional ou estrangeira, seja nas citações jurisprudenciais de nosso país, neste trabalho consideraremos os termos como sinônimos.

³ Conforme, entre outros, Alexandre Trivisonno (2014 p. 1-4) e Andrei Marmor (2012, p. 4).

- A questão ético-moral e o direito:

Embora exista vasta bibliografia debatendo a existência ou não de diferenças entre os conceitos de ética e moral, para construção do presente projeto não analisaremos tal discussão e tomaremos os termos como sinônimos. Esta decisão se deve a duas razões. Primeiramente porque o objetivo do trabalho é avaliar se existe relação necessária entre os valores morais e o ordenamento jurídico, refiram-se tais padrões axiológicos aos valores de uma pessoa, grupo ou sociedade específica ou a valores supostamente universais ou universalizáveis porque passíveis de descoberta pela razão, por intermédio da ideia de dignidade humana ou por meio da busca de um consenso entre os integrantes da sociedade. Em segundo lugar, porque a divergência existente sobre o tema demandaria uma análise mais detalhada, bem como notas explicativas, cada vez que fosse citado um dos termos, o que fugiria ao escopo do trabalho e o tornaria mais cansativo do que o necessário.⁴

Outro pressuposto que o presente trabalho assume é sua vinculação ao cognitivismo ético.⁵ Entende-se que o debate sobre a ética em qualquer sociedade pode colaborar para o desenvolvimento de uma coletividade mais justa. Tal posicionamento pode ser defendido considerando a própria *função* que as **normas éticas** supostamente teriam para o adequado funcionamento da sociedade. Zygmunt Bauman ao referir-se a “normas éticas comumente

⁴ Apenas a título ilustrativo da diversidade de tratamento dado aos termos, conforme lição de Fernando Rodrigues (2010, p. 249, grifo em itálico no original): “Um exemplo clássico de um filósofo que diferencia a moralidade (*Moralität*) da eticidade (*Sittlichkeit*) é **Hegel**. Para ele, enquanto a **eticidade** diria respeito a obrigações que temos pelo fato de sermos membros de uma comunidade, a **moralidade** consistiria em obrigações baseadas apenas no fato de sermos indivíduos cuja vontade poderia ser determinada pela razão. Kant, de acordo com Hegel, desenvolveria uma teoria que considera apenas a moralidade e não a eticidade. Um filósofo mais recente que usa diferentemente os dois termos é **B. Williams**. Ele utiliza **ética** como um termo amplo e **moral** como um desenvolvimento da ética peculiar à cultura ocidental moderna, um desenvolvimento que enfatiza um sentido particular de obrigação.”

Mesmo entre os autores tratados diretamente no presente trabalho existe divergência na utilização dos termos: **Hart** (2005, p. 182 e 199), por exemplo, trata ética e moral como “termos aproximadamente sinônimos”, embora diferencie entre a *moral aceite* ou *social* e a *moral crítica* que pode se contrapor àquela. Já **Dworkin** (2011, p. 13), em uma de suas últimas obras – “*Justice for hedgehogs*” –, entende que *ética* seria o estudo sobre como viver bem, enquanto *moral* seria o estudo sobre como devemos tratar os outros: “I emphasize here and throughout the book the distinction between ethics, which is the study of how to live well, and morality, which is the study of how we must treat other people”. Para **Alexy** (2014, p. 349), “argumentos morais” se referem “àquilo que é justo e injusto” enquanto “argumentos éticos” se relacionam à “autocompreensão individual e coletiva”.

⁵ Conforme lição de Adela Cortina e Emilio Martínez, (2010, p. 106, grifo nosso), tradicionalmente as éticas cognitivistas “seriam aquelas que concebem o âmbito moral como um âmbito a mais do conhecimento humano, cujos enunciados podem ser verdadeiros ou falsos. [...] No entanto, é preciso corrigir esse critério em nossos dias, uma vez que se evidenciaram algumas matizações importantes por parte das éticas que hoje se inspiram em Kant (particularmente a ética discursiva de Apel e Habermas). Essas éticas consideram a si mesmas cognitivistas, embora não aceitem que se possa considerar os enunciados morais verdadeiros ou falsos. O cognitivismo não é apenas questão de *verdade ou falsidade* (própria do âmbito teórico), mas também é questão de ser possível **argumentar racionalmente** sobre a correção das normas (próprio do âmbito prático). A respeito das normas, não se pode dizer que são verdadeiras ou falsas, e sim que são *corretas ou incorretas*.”

acordadas” –, isto é, àquelas cuja expectativa de todos é que sejam geralmente observadas –, assevera que:

[...] essas normas podem guiar nossa conduta em nossas relações *mútuas* – nosso relacionamento para com outros e, *simultaneamente*, dos outros para conosco – de sorte que **possamos nos sentir seguros** em nossa presença recíproca, ajudar-nos uns aos outros, **cooperar pacificamente** e derivar de nossa presença mútua **prazer não corrompido pelo medo ou pela suspeição**.

Percebemos diariamente **com quanta urgência precisamos dessas normas**. [...] vivemos e agimos na companhia de uma multidão aparentemente infinda de outros seres humanos, vistos ou supostos, conhecidos ou desconhecidos, cuja vida e ações dependem do que fazemos e que **influenciam** por sua vez **o que fazemos**, o que **podemos** fazer e o que **devemos** fazer – e tudo isso de maneiras que nem entendemos nem somos capazes de prever. Nessa vida, precisamos de conhecimento e capacidades morais com mais frequência, e com mais urgência, que de qualquer conhecimento das "leis da natureza" ou de capacidades técnicas. (BAUMAN, 1997, p. 23, em itálico no original)

Retomando o pressuposto ético cognitivista, compreende-se que é possível buscar, de forma racional e argumentativa, a fundamentação de normas morais. Jürgen Habermas, nesse mesmo sentido, afirma:

Na vida cotidiana, associamos aos enunciados normativos pretensões de validade que **estamos prontos a defender** contra a crítica. Discutimos questões práticas do tipo: “O que devo/devemos fazer?”, na **pressuposição de que a resposta não possa ser qualquer uma**; nós nos acreditamos **capazes em princípio de distinguir as normas e mandamentos corretos dos falsos**. Se, por outro lado, as proposições normativas não são passíveis de verdade em sentido estrito, por conseguinte *não no mesmo sentido* em que os enunciados descritivos podem ser verdadeiros ou falsos, temos que colocar o problema de explicar o sentido de “verdade moral” ou – se esta expressão já aponta na direção errada – o sentido de “correção normativa”, de tal modo que não caiamos na tentação de assimilar um dos tipos proposicionais ao outro. Temos que partir da suposição mais fraca de uma **pretensão de verdade análoga à verdade** e retomar à [...] questão quanto ao **modo de fundamentação das proposições normativas**, quanto à *forma dos argumentos* que aduzimos pró ou contra normas e mandamentos e quanto aos **critérios das “boas razões”** que nos motivam, graças ao discernimento, a reconhecer certas exigências como **obrigações morais**. (HABERMAS, 1989, p. 77-78, grifo em itálico no original)

James e Stuart Rachels (2013, p. 25, grifo nosso) também defendem esta relação entre moralidade e racionalidade, ainda que por meio de uma “concepção mínima de moralidade”: “a moralidade é, pelo menos, o *esforço* de *guiar* a própria conduta *por razões* – isto é, fazer aquilo que se tem *as melhores razões* para fazer – ao mesmo tempo dando um *peso igual aos interesses de cada indivíduo afetado* pela sua decisão”.

Todavia, é importante ressaltar que – mesmo assumindo os pressupostos do cognitivismo ético e da busca da fundamentação racional e argumentativa das proposições normativas – tal objetivo pode ser dificultado em função do surgimento de *moralismos* que sempre rondam as sociedades. Tal termo tem sido utilizado em situações e contextos diferentes, motivo pelo qual é necessário buscar identificar sobre o que se alerta.

Nicola Abbagnano (2007, p. 795, grifo nosso) delimita, ao discorrer sobre as possíveis concepções do termo moralismo, seu âmbito de compreensão:

Na linguagem comum e cada vez mais na filosófica, esse termo designa a atitude de quem **se compraz em moralizar sobre todas as coisas, sem tentar compreender as situações sobre as quais expressa o juízo moral**. Nesse sentido, o moralismo é um formalismo ou conformismo moral, que **tem pouca substância humana**.

Em texto publicado originalmente no periódico *Cadernos do Nosso Tempo*⁶, em 1954, intitulado “*O Moralismo e a Alienação das Classes Médias*”⁷, percebe-se uma definição mais sociológica e preocupada com um viés político específico relacionado à questão das classes socioeconômicas. Apesar dos mais de 50 anos da publicação do texto e do contexto histórico-social específico – cuja analogia com o período contemporâneo foge ao escopo do presente trabalho – é relevante analisar alguns aspectos daquilo que o autor define como *infraestrutura do moralismo*. Os trechos abaixo não seguem a disposição original do texto e foram selecionados de forma a buscar uma explicação mais didática:

Decorre o moralismo [...] de uma **concepção idealista do mundo**, segundo a qual a **vontade é o fundamento do ser**, razão pela qual as **relações sociais dependeriam das decisões individuais** [...]. Daí a transposição de todas as coisas para o plano moral e seu julgamento em termos de bem e de mal. Daí, por outro lado, a recíproca de que toda visão moral das ações humanas se deve processar em termos moralistas, ou seja, em termos de **bem e mal absolutos**.

[...]

O que seja o bem e o mal é coisa que, em abstrato, interessa pouco ao moralismo. Conforme as condições de espaço e tempo, o moralismo tem caráter dogmático ou relativista. [...] As **definições do bem e do mal**, em concreto, se fazem, **quanto à forma, segundo as crenças vigentes e, quanto ao conteúdo, segundo os interesses da classe, dos grupos ou das pessoas**. O que empresta ao moralismo a sua fisionomia particular, porém, é o fato de implicar, essencialmente, no **desconhecimento das motivações reais que conduziram a determinada opção**. As ações são apresentadas como praticadas por serem boas em si mesmas e em função do bem absoluto e não porque atendam aos interesses do agente. Daí a necessidade de **transportar todas as coisas para o plano moral**, uma vez que, supostamente, **todas as opções seriam uma escolha entre o bem e o mal**. (CNT, 1954, p. 152-157, grifo nosso).

Portanto, percebe-se que uma das características do moralismo é sua incompreensão sobre as causas reais dos fenômenos sociais e a consequente imputação simplista à vontade dos indivíduos ou grupos como fator preponderante. Paradoxalmente, o moralismo também

⁶ Fernanda Xavier da Silva (2014) informa que foi um periódico publicado entre os anos de 1953 e 1956, pelo IBESP (Instituto Brasileiro de Economia, Sociologia e Política) e sob o comando de Hélio Jaguaribe, que “assinala um esforço da inteligência brasileira em ‘impulsionar um pensamento genuinamente brasileiro’ (BARIANI, 2005). Seus artigos, geralmente não contêm citações e/ou preocupações acadêmicas, são antes textos engajados de construção e combate que denotam a preocupação essencial dos autores: influir decisivamente na realidade brasileira. Combinando artigos de interpretação econômica, sociológica, política e cultural do Brasil, com a análise dos fenômenos políticos do Nosso Tempo acaba por consolidar um amplo diagnóstico das condições e formas do país alcançar o desenvolvimento”.

⁷ Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/moralismo.htm>>. Acesso em: 02 maio 2018.

possibilita a *naturalização* de concepções de “bem” e “mal” que podem estar muito mais relacionadas à posição (social, econômica, cultural, étnica e de qualquer outra espécie) ocupada pelo indivíduo ou grupo (algo que poderia ser definido como *status*) do que propriamente às características racionais que diferenciam e definem tais conceitos.

O moralismo representaria “uma superestrutura ideológica” e, conseqüentemente, sofreria de todas as limitações que são decorrentes do idealismo e de seus pressupostos justamente por ignorar os “condicionamentos reais da vida social”. Obviamente, as questões sociais possuem uma importante dimensão moral, mas os fenômenos sociais não são oriundos exclusivamente – e para algumas teorias, sequer principalmente – das manifestações da vontade de indivíduos ou grupos, mas sim “de um sistema de causas e condições dentro do qual a vontade individual é apenas um fator, e um fator em grande margem condicionado” (CNT, 1954, p. 157).

Desta forma, sem entrar no mérito das reivindicações (que podem ou não ser pontualmente legítimas), muitas vezes aquilo que o moralismo identifica como causa de uma suposta “crise moral” pode ser, na verdade, mera consequência de fatores que não foram sequer identificados (ou foram propositalmente dissimulados por aqueles que não têm real interesse na modificação de tais fatores).

Se é legítimo e socialmente proveitoso o protesto contra essas manifestações de inautenticidade [...que supostamente violam determinado padrão moral], tal protesto só tem sentido na medida em que, **partindo do diagnóstico** da inautenticidade [...], **se aprofunde até as causas e condições** dessa inautenticidade e tenda a **promover as modificações estruturais** capazes de **suprimir os fatores** que a provocam. É justamente isto **o que deixa de fazer o moralismo**. Inconsciente dos fatores condicionantes [...], erige os sintomas em causas e desta forma se restringe à crítica individual [...] e de seus atos. [...] O que há de grave nas manifestações moralistas é seu **caráter alienante**. Pois, [...] as classes [... insatisfeitas com os supostos desvios morais] **deixam intactas as condições** mesmas em virtude das quais elas se encontram material e espiritualmente desajustadas. Por esse motivo, **o moralismo só tem sentido para os que o manipulam taticamente**, ou seja, para aqueles que, estando realmente **interessados em manter a situação vigente**, ou seja, no fundo, um determinado regime socioeconômico de produção, pretendem obter melhores condições de usufruição de seus privilégios, ou assegurar a manutenção dos existentes. (CNT, 1954, p. 159, grifo nosso).

Também é relevante a posição de Gilberto Almeida (2011, p. 15, grifo nosso) que é correlata à preocupação que aqui se quer externar, ainda que o autor se expresse de forma muito mais enfática:

O moralismo é uma deterioração, um estiolamento da Ética, pois há uma **distorção de valores com fins de dominação**, de exercício de poder através da pura intolerância. Não há meio termo no moralismo: ou se é alguma coisa, ou não. **Erigem-se barreiras comunicativas** com o intuito de **estabelecer verdades absolutas**, que não admitem discussões, debates, outros pontos de vista. O moralismo semeia ódio às posições contrárias, **não permite que a Razão**

predomine, corresponde à abertura de uma caixa de Pandora da qual são liberadas paixões as mais radicais, daquelas que justificam a morte de infelizes.

Portanto, a adequada compreensão sobre a influência que padrões axiológicos possam ter na conceituação e na aplicação do direito, necessariamente, pressupõe um olhar crítico no que concerne à **fundamentação** das reivindicações, conflitos e disputas embasados em valores morais, para que não seja turvada por posturas moralistas que só interessam àqueles que querem desviar o foco dos fatores que possivelmente dificultam esta compreensão.

- Positivismos e não positivismos jurídicos:

No que concerne à teoria e à Filosofia do direito, vários autores enfatizam que, após mais de dois mil anos de discussão, continuam existindo duas posições básicas sobre a questão do conceito de direito: a *positivista* e a *não positivista* ou *pós-positivista* (obviamente, com suas diversas subdivisões), sendo que o nó górdio desta cisão seria justamente a forma de estabelecer a relação entre direito e moral.

Rodolfo Luis Vigo⁸ (2015, p. 851, grifo nosso) resume tal distinção:

Los **positivististas** postulan la **tesis de la separación**, y por ende, cualquier contenido puede ser derecho dado que el elemento definitorio del derecho lo establece la *decisión autoritativa* (es derecho lo que se establezca como tal según el órgano con competencia a esos fines; aquí se inscriben autores como Kelsen o Hart) o aquello que rige o tiene *vigencia social* como derecho (aquí se enrojan los realismos sociologistas). Los **no-positivistas** defienden la **tesis de la conexión necesaria o conceptual** entre derecho y moral, por ende, hay *límites morales* para el derecho de modo que si lo que se pretende crear como derecho infringe o traspone esos límites, el resultado creativo no será alcanzado.

Apesar da afirmação acima, também têm sido frequentes as declarações de que o Direito estaria diante de um novo marco filosófico que alguns denominam *pós-positivismo*, enquanto outros falam de *não positivismo*.

Luis Roberto Barroso, ao analisar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, afirma que se do **ponto de vista histórico** o novo direito constitucional se inicia após a Segunda Guerra Mundial – por meio da redefinição da influência do direito constitucional sobre as instituições e da aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produzindo uma nova forma de organização política (conhecida como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado

⁸ Jurista argentino, foi Ministro da *Corte Suprema de la Justicia* da província de Santa Fé e Presidente da *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*. Professor da *Pontificia Universidad Católica Argentina*, da *Universidad Nacional del Litoral* e da *Universidad Austral de Buenos Aires*.

constitucional democrático).⁹ E do **ponto de vista filosófico** o que fundamentaria o novo direito constitucional seria exatamente o **pós-positivismo**.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o **pós-positivismo**. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela **superação** - ou, talvez, sublimação - **dos modelos puros** por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

O **jusnaturalismo** moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, [...] foi empurrado para a margem da história pela ascensão do **positivismo jurídico**, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O **pós-positivismo** busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia. (BARROSO, 2006, p. 4-5, grifo nosso).

A expressão “*crise do positivismo jurídico*” tem sido utilizada de forma significativa por doutrinadores de diversas nacionalidades. Carla Faralli¹⁰, por exemplo, no capítulo introdutório – que tem o subtítulo de “A crise do positivismo jurídico” – de seu livro “A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios”, afirma:

Nos últimos 40 anos assistimos a uma dissolução progressiva das escolas e correntes consolidadas, e em decorrência disso **já não é muito útil, por exemplo, a distinção clássica entre jusnaturalismo, juspositivismo e realismo jurídico**, que por muito

⁹ “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”. (BARROSO, 2006, p. 3)

¹⁰ Professora de Filosofia do Direito da *Università di Bologna* e Presidente da *Sociedad Internacional de Filosofía del Derecho* na Itália.

tempo permitiu que nos orientássemos entre as posições dos diversos autores, mesmo que de maneira às vezes um pouco esquemática e forçada. [...]

Em princípio, o juspositivismo encontra suporte na teorização dos cientistas sociais do final do século XIX, que sustentam a impossibilidade programática de valoração da ciência social e a impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em direito e em política. Mais tarde, na primeira metade do século XX, ele passa a se apoiar na filosofia analítica que, ao tratar dos valores, desenvolve uma metaética não-cognitivista, afirmando a impossibilidade de conhecê-los objetivamente.

O debate contemporâneo questionou as duas teses em que se apoiava o positivismo jurídico, determinando a abertura da filosofia do direito, por um lado, ao mundo dos valores ético-políticos e, por outro, ao mundo dos fatos. (FARALLI, 2006, p. 2-3, grifo nosso).

Portanto, de acordo com esse entendimento, a “crise do positivismo jurídico” teria possibilitado a superação da rígida distinção entre direito e moral, bem como a abertura do debate filosófico jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos¹¹. Todavia, não se quer afirmar que a suposta crise significa que o juspositivismo tenha desaparecido, já que este conta com diversos representantes expressivos como Eugenio Bulygin, Joseph Raz¹², Jules Coleman¹³, Frederick Schauer¹⁴, Scott Shapiro¹⁵, Wilfrid Waluchow¹⁶, Luis Prieto Sanchís¹⁷, Paolo Comanducci¹⁸, Dimitri Dimoulis¹⁹, Juliano Maranhão²⁰, Noel Struchiner²¹ e Fabio Shecaira²², dentre outros, que vêm buscando defender e desenvolver a teoria.

Diante desse cenário conturbado – e lembrando que faz parte de nosso intuito compreender adequadamente a relação entre direito e moral, tanto na identificação do conceito de direito como em sua aplicação – torna-se necessário analisar o que caracteriza exatamente as teorias positivistas e não positivistas. Para isso foi definido como marco teórico a análise de dois significativos debates entre representantes de cada corrente: aquele ocorrido entre Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) e Ronald Myles Dworkin (1931-2013), bem como o debate entre Eugenio Bulygin (1931-) e Robert Alexy (1945-), especificamente focado nos pontos de relevância para o estudo da relação entre legalidade e moralidade.

- O debate Hart-Dworkin:

¹¹ (FARALLI, 2006, p. 5-10)

¹² Professor e pesquisador de diversas universidades relevantes, dentre as quais a Universidade de Columbia/Nova Iorque e a Universidade de Oxford.

¹³ Professor de Filosofia e Teoria do Direito da Universidade Yale (EUA)

¹⁴ Professor da University da Virginia e da *Kennedy School of Government* de Harvard (EUA).

¹⁵ Professor da Universidade Yale (EUA).

¹⁶ Professor da *McMaster University* (Canadá).

¹⁷ Foi professor da Universidade de *Castilla-La Mancha* (Espanha).

¹⁸ Professor da Universidade de Gênova (Itália)

¹⁹ Professor da FGV de São Paulo.

²⁰ Professor da Universidade de São Paulo.

²¹ Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

²² Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Em 1961, com o intuito de aprofundar a compreensão do direito, da moral e da coerção como fenômenos relacionados, porém distintos, Hart²³ escreve “*The Concept of Law*” (O Conceito de Direito) – considerada uma das mais importantes obras de Teoria do Direito do século XX²⁴ – mantendo-se fiel a tese positivista da separação entre legalidade e moralidade, mas introduzindo alguns elementos a partir da filosofia analítica (diferenciação entre o aspecto interno e externo das regras; a compreensão do direito como a união de regras primárias e secundárias; a definição da *regra de reconhecimento* como fundamentação de validade do ordenamento jurídico; o reconhecimento de que a textura aberta da linguagem “contaminava” o direito possibilitando áreas de penumbra – nas leis e conseqüentemente no ordenamento jurídico – onde haveria um poder discricionário para a escolha de critérios exteriores ao direito a serem aplicados nestas situações específicas) que auxiliaram no processo de superação do reducionismo presente nas teorias anteriores – como a de John Austin (1832) que, em “*The Province of Jurisprudence Determined*”, vislumbrava as leis como ordens emanadas pelo soberano e as quais se vinculavam ameaças pelo descumprimento. Esta é justamente uma das maiores contribuições de sua obra: a superação de um modelo de definição do direito baseado nas ideias de ordens, obediência, ameaça e coerção, bem como a conseqüente diferenciação entre as figuras de soberanos e súditos, utilizando-se de um novo paradigma fundado no conceito de regras que poderiam ser identificadas, segundo a tese do autor, por meio da regra de reconhecimento – ideia fundamental e basilar da teoria hartiana.

Em 1967 Dworkin²⁵ publica seu artigo *The Model of Rules* com críticas iniciais a diversos aspectos que ele imputa à teoria hartiana como, por exemplo: a ideia de que o direito

²³ Herbert Lionel Adolphus Hart – nasceu em 1907 no condado de Yorkshire na Inglaterra e faleceu em dezembro de 1992 – é considerado um dos maiores expoentes do positivismo moderno ao lado de nomes como Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Alf Ross, sendo responsável por avanços significativos desta corrente doutrinária. Formou-se pela Universidade de Oxford, onde também foi professor de *Jurisprudence* (Teoria Geral do Direito) entre 1952 e 1968. Antes, havia exercido a advocacia em Londres entre 1932 e 1939 e, com o início da guerra, chegou a trabalhar como funcionário da inteligência britânica. Hart desenvolveu diversas críticas à teoria positivista – na forma como vinha até então sendo desenvolvida – dominante no contexto inglês, propiciando uma evolução extremamente significativa no pensamento jurídico da época, demonstrando que as posições doutrinárias até então prevalentes fracassavam em responder várias questões relevantes, bem como em criar um critério viável para diferenciar as normas jurídicas de outras normas também adotadas pela sociedade, como as normas morais e religiosas, por exemplo. Foi o principal teórico de língua inglesa a abordar a questão sobre o elemento caracterizador das regras jurídicas, travando larga discussão teórica com a tradição do positivismo jurídico anglo-saxão. A academia inglesa, até então, partia do pressuposto teórico estabelecido por John Austin (1790-1859), em seu livro *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), de que a lei deve ser entendida como um comando. Comando seria uma ordem efetuada por uma pessoa ou grupo com poderes soberanos à qual se vincula a ameaça de um mal àqueles que não a cumprirem. (MACCORMICK, 2010) (KOZICKI, 2006).

²⁴ (KOZICKI, 2006, p. 409).

²⁵ Ronald Myles Dworkin nasceu em 1931 – em Worcester, cidade localizada em Massachusetts, nos Estados Unidos – e faleceu em fevereiro de 2013 em Londres. É um dos mais comentados filósofos do direito do

de uma comunidade pode ser identificado – e, portanto, diferenciado da moral – com base em “testes de pedigree”, ou seja, preocupados com a origem da norma e não com seu conteúdo; a concepção de que o direito se restringe a este supracitado conjunto de regras fazendo com que os casos que não estão claramente abarcados por estas regras devam ser decididos com base em um poder discricionário utilizando critérios exteriores ao direito. A partir destas, e de outras críticas publicadas nos anos seguintes e reorganizadas na obra “*Taking Rights Seriously*” (*Levando os Direitos a Sério*), Dworkin proporá uma de suas mais conhecidas teses,²⁶ qual seja, a diferença entre regras e princípios (que, neste primeiro momento da teoria dworkiniana, são conceituados como padrões diferentes das regras e que indicam uma direção a ser seguida, pois constituem “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36), ocasionando uma compreensão do conceito de direito que ele afirma ser incompatível com o positivismo (que é por ele caracterizado como um sistema *de e para* regras). A proposta de Dworkin acarreta importantes implicações para algumas teses de Hart: (i) a necessária incorporação de valores morais ao sistema jurídico, não apenas nos casos não abarcados pelas regras, mas em todos os casos, portanto, rejeitando a tese positivista de separação entre direito e moral e vinculando a validade das leis, em alguma medida, ao seu conteúdo e não somente ao seu procedimento de elaboração; (ii) o repúdio à ideia de discricionariedade, pois, se os princípios fazem parte do direito, os juízes não teriam liberdade para decidir se devem aplicá-los, mas estariam vinculados a eles, tal como estão vinculados às demais normas jurídicas.

mundo, reconhecido por sua colaboração nos campos da filosofia jurídica e política. Estudou em Harvard (bacharelado em filosofia) e em Oxford (graduação em direito); foi Professor do curso de Direito da Universidade de Yale de 1962 a 1969, ano em que foi indicado para ministrar *Jurisprudence* (Teoria do Direito) em Oxford, posição esta anteriormente ocupada por Herbert Lionel Adolphus Hart; além de ocupar postos nas universidades de Harvard, Cornell e Princeton. Depois de se aposentar de Oxford, Dworkin dividiu seu tempo como professor na *University College London* (UCL) e na *New York University* (NYU). Dentre os inúmeros prêmios, distinções e reconhecimentos institucionais podem ser citados o *Holberg Memorial Prize in the Humanities* (2007), o *Nicolas Luhmann Prize in the Sciences, University of Bielefeld* (2006), a *Jefferson Medal, University of Virginia* (2006) e o cargo de Consultor sobre Direitos Humanos da *Ford Foundation*. Dworkin é um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-americana e crítico contundente da teoria positivista, bem como da filosofia política utilitarista e envidou esforços para construir uma teoria do direito que não exclua os argumentos morais ou filosóficos, mas antes os incorpore, afastando-se dos ideais de separação entre a legalidade e a moralidade propostos pelas teorias positivistas. O autor considerava que uma teoria geral do direito não deveria separar a ciência descritiva do direito, da política jurídica e propõe uma teoria baseada nos direitos individuais sem os quais, segundo ele, não há que se falar em Direito. Enfim, ambiciona embasar a filosofia política liberal em fundamentos mais sólidos, progressistas e igualitários. (CALSAMIGLIA, 1984)

²⁶ (BARROSO, 2001).

Embora Hart não tenha respondido diretamente, em vida, as críticas de Dworkin, Joseph Raz ²⁷ – um de seus maiores discípulos – auxiliou no processo de organização das anotações de seu mentor, o que possibilitou a publicação de uma segunda edição de *O Conceito de Direito*, em 1994, contendo um pós-escrito onde Hart procura responder a críticas de diversos autores, mas em especial àquelas feitas por Dworkin.

Alguns argumentos expostos por Hart neste pós-escrito e que são centrais para o debate do tema são: (i) entende que sua proposta é descritiva e neutra, pois sua tese não pretende fazer uma avaliação de natureza moral ou ética do ordenamento jurídico, enquanto a teoria de Dworkin pretende avaliar e interpretar o sistema jurídico para fornecer a melhor justificação moral. Hart (1995, p. 300-306; 331-332) argumenta que há espaço para ambos os projetos, mas eles tratam de aspectos diferentes; (ii) mantém a ideia de que “embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceituais – portanto, necessárias – entre o conteúdo do direito e o da moral”, entretanto reconhece que o ordenamento jurídico também *pode* fazer referência à moral “quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito”.

Em 2006, Dworkin publicou uma nova obra, “*Justice in robes*” (A justiça de Toga), composta por diversos artigos – alguns já publicados anteriormente e outros feitos especialmente para o livro – que têm como elo teorias que tentam responder questões concernentes à relação existente entre ética e direito, tais como: “se os critérios morais se encontram [...] entre as condições de veracidade das proposições de direito”? ou “como as convicções morais de um juiz devem influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito?”. Portanto, o cerne da obra consiste em identificar se – e caso a resposta seja afirmativa, como – a ética influencia no direito ou, nas palavras do autor, saber se aquilo que ele chama de “critérios morais” fazem parte das “condições de veracidade” das proposições de direito. Sendo que Dworkin procura apresentar suas teses fazendo, ao longo da obra, análises sobre posições de estudiosos que, no decorrer dos anos, discordaram de seu posicionamento quanto a essa questão.

Em alguns artigos desta obra, Dworkin busca argumentar contra as afirmações, publicadas no pós-escrito da obra de Hart, apontando duas questões principais: (i) a impossibilidade de que uma teoria geral do direito válido seja uma descrição neutra, antes se

²⁷ Joseph Raz é um dos maiores filósofos do direito da atualidade e um dos maiores defensores do positivismo jurídico, professor e pesquisador de diversas universidades relevantes, dentre as quais a Universidade de Columbia/Nova Iorque e a Universidade de Oxford.

caracterizando por ser uma interpretação do direito que busca justificá-lo, portanto, baseada em “julgamentos e convicções morais e éticas”; (ii) o pós-escrito de Hart procura se apresentar como “um projeto filosófico, e não jurídico”, portanto, utilizando métodos diferentes (discursos de segunda ordem, neutros e filosóficos) daqueles típicos da prática jurídica (discursos de primeira ordem, engajados e substantivos). Dworkin chama de “arquimediana” a esta concepção filosófica e dela discorda afirmando que “definições ou análises de conceitos [...] são tão substantivas, normativas e engajadas quanto qualquer das opiniões contrárias presentes” nos embates das práticas cotidianas relacionadas ao direito. (DWORKIN, 2010, capítulo 6).

Por derradeiro, embora existam posições que afirmem que o debate Hart-Dworkin já está encerrado tendo como grande perdedor Dworkin,²⁸ uma análise de artigos ou *working papers* recentemente publicados com o aval de universidades de prestígio²⁹ leva a crer que a maior compreensão sobre o tema pode colaborar para a adequada superação dos desafios que a Teoria do Direito ainda enfrenta, bem como para o melhor funcionamento do Poder Judiciário.

Essa afirmação pode ser reforçada pelo fato de que diversas questões travadas no debate Hart-Dworkin continuam repercutindo nas obras dos herdeiros das ideias de Hart, como Jules Coleman³⁰ (2001) e Joseph Raz³¹ (2004; 2007).

Portanto, a escolha desse debate como parte do marco teórico se fundamenta no fato de que um dos pontos centrais, senão o cerne do debate, encontra-se na divergência acerca da relação necessária entre direito e moral – o que condiciona de forma expressiva a própria definição do *conceito de direito* – tópico específico que também origina a querela entre Alexy e Bulygin.

Diversos autores³² concordam que o debate Hart-Dworkin é um marco teórico expressivo no que concerne à análise da relação entre moralidade e legalidade – tanto no

²⁸ (LEITER, 2003).

²⁹ (KRAMER, 2012); (SHAPIRO, 2007). Embora não seja tão recente, ressalte-se a publicação de um livro organizado por Jules Coleman com o objetivo de reunir artigos dedicados a analisar diferentes questões inseridas no pós-escrito de Hart (COLEMAN, Jules. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript on The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001).

³⁰ Professor de Filosofia e Teoria do Direito da *Yale Law School* e defensor do positivismo inclusivista.

³¹ Utilizando, principalmente, a ideia de *autoridade* como elemento central do conceito de direito e argumentando que nenhum padrão pode ter força de autoridade se depender de raciocínios morais para a identificação de conteúdo.

³² (MACEDO, 2010), (SHAPIRO, 2010; 2007), (MOREIRA, 2009), (FABRA, 2009), (STRECK, 2008), (CELLA, 2005), (IKAWA, 2004), (BARROSO, 2001), dentre outros.

direito de uma forma geral quanto, especificamente, na construção das decisões jurisdicionais pelos magistrados – fomentando posições acaloradas contra e a favor dessa relação.³³

Ademais, durante as últimas cinco décadas a teoria e a filosofia do Direito, não só anglo-americana, mas de todo o mundo,³⁴ tem se preocupado com os temas advindos das controvérsias que surgiram entre os autores. Muitos livros e artigos foram escritos por defensores e detratores das respectivas teorias; programas de faculdades de direito – na graduação e na pós-graduação, inclusive no Brasil – analisam as teses desses autores, que transformaram de maneira profunda a visão contemporânea sobre a relação entre o direito e a moral, o papel dos juízes na aplicação do direito e o próprio conceito de direito. Tudo isso justifica não só a relevância do tema como a importância dos autores.

- O debate Alexy-Bulygin:

Uma das principais teorias defendidas por Robert Alexy, em diversas publicações,³⁵ consiste na **tese da vinculação necessária entre direito e moral**. Tal argumentação, desde a publicação do artigo “*On necessary relations between law and morality*”, em 1989, é defendida utilizando o que o autor denomina **argumento da correção** cujo cerne consiste em afirmar que normas e decisões jurídicas individuais, bem como os sistemas jurídicos como um todo, necessariamente formulam uma pretensão à correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos (portanto, a conexão entre legalidade e moralidade, nesse caso, teria um caráter *conceitual, definidor* ou *classificador*). Aqueles que formulam tal pretensão, mas não a satisfazem, seriam sistemas jurídicos juridicamente deficientes (portanto, a conexão entre legalidade e moralidade, nesse caso, teria um caráter *qualificador*). Já no caso das normas e decisões individuais, estas

³³ Aqui, há que se tecer reconhecimento ao jurista estadunidense Lon L. Fuller (1902-1978) – famoso professor de Teoria do Direito na *Harvard Law School* – que iniciou o debate com Hart por discordar da sua tese da separação entre direito e moral (“*Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*”. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958). Debate esse que seria retomado por Dworkin.

³⁴ Apenas para exemplificar o reconhecimento da importância dos autores também no oriente podemos citar dois fatos relevantes. Primeiramente a existência do “*The Kobe Lectures*”, evento que consiste em um programa internacional de palestras criado em 1988 para comemorar o 13º Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social, realizado em agosto de 1987 em Kobe (Japão) e onde, a cada dois anos, um grande nome da academia envolvido em pesquisas na área de filosofia jurídica, política ou social é convidado para ministrar palestras, geralmente, em duas grandes cidades japonesas. O primeiro convidado foi, justamente, Ronald Dworkin. O segundo fato relevante é que Yasutomo Morigiwa, professor de filosofia do direito Universidade de Nagoya e ex-professor da Universidade de Tóquio e ex-presidente do IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* / Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social) de 2009 a 2011, trabalhou em teorias do direito e da linguagem na Universidade de Oxford com professores Hart, Dworkin e Raz.

³⁵ Em especial no artigo escrito em 1989, na revista *Ratio Juris*, vol. 13, nº 2, “*On necessary relations between law and morality*”, que serviu como alvo para as primeiras críticas de Bulygin.

seriam juridicamente defeituosas tanto na situação de não formulação como de não satisfação da correção.³⁶

Desta necessidade intrínseca de formular a pretensão de correção decorreria a **tese da dupla natureza do direito**, ou seja, a proposta de que o Direito é composto tanto por uma *dimensão real ou fática* (promulgação/emissão autoritativa – ou legalidade de acordo com o ordenamento – e eficácia social) como por uma *dimensão ideal ou crítica* (pretensão de correção).

Nas palavras do professor da Universidade de Kiel, essa tese se encontra no centro de sua filosofia jurídica e possibilita uma diferença objetiva entre as teorias positivistas e não positivistas:

[O direito] Comprende necessariamente tanto una **dimensión real o fática** como una **dimensión ideal o crítica**. El aspecto fático se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral. Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un **concepto positivista** de Derecho. En cuanto añadimos **la corrección moral como tercer elemento necesario**, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un **concepto no positivista** de Derecho. Así pues, la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo. (ALEXY, 2009b, p. 68, grifo nosso).

Alexy (2014, p. XIV), portanto, propõe uma teoria que pretende defender “um conceito de direito não positivista, que constitui a expressão da dupla natureza do direito”.

Por derradeiro, o autor oferece alguns exemplos hipotéticos que têm como objetivo: *a*) indicar que *participantes* de um sistema jurídico necessariamente formulam, nos mais diferentes níveis, a pretensão de correção e *b*) a pretensão de correção tem uma conexão conceitual com o direito (Alexy, 1989, p. 178-180).

Bulygin publica, em 1993, o artigo “*Alexy und das Richtigkeitsargument*”³⁷ (Alexy e o argumento da correção) alegando que os argumentos do professor alemão poderiam ser considerados contraditórios em determinados pontos, principalmente ao confundir conexões contingentes ou fáticas com relações necessárias. O professor da Universidade de Buenos Aires afirma que, de acordo com a teoria alexyana, somente as definições *classificatórias*

³⁶ “The theory of claim states that individual legal norms and decisions as well as whole legal systems necessarily make a claim to correctness. Norm systems which do not explicitly or implicitly make this claim are not legal systems. So far the theory of claim is of **defining character**. Legal systems which make this claim but do not fulfil it are legally faulty legal systems. In this respect the theory of claim is of **qualifying character**. The theory of claim plays an exclusively qualifying role in the case of individual legal norms and decisions. They are legally faulty if they do not make or fulfil the claim to correctness”. (ALEXY, 1989, p. 178, grifo nosso)

³⁷ BULYGIN, Eugenio. 1993. Alexy und das Richtigkeitsargument. In: AULIS, Aarnio et al. (Eds.). **Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit**: Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 19-24.

seriam realmente necessárias e, portanto, conceituais, podendo se alegar, nesses casos, alguma conexão entre legalidade e moralidade. Todavia, no caso das chamadas conexões *qualificadoras*, estas seriam meramente fáticas já que, conforme a própria explicação de Alexy, a satisfação da pretensão à correção pode ou não ocorrer e, mesmo no caso de sua não ocorrência, nem as normas e decisões jurídicas individualmente consideradas, nem o sistema jurídico como um todo, perderiam seu caráter jurídico (BULYGIN, 2001a, p. 44-46).

La discusión [...] acerca de la tesis alexyana puede resumirse de la siguiente manera: la pretensión de corrección es una característica definitoria (y por consiguiente **necesaria**) de los sistemas jurídicos, pero no es una característica definitoria de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas y, por tanto, **no es necesaria**. Un sistema normativo que no formule una pretensión de esta naturaleza, no es un sistema jurídico; por el contrario, una norma o una decisión judicial pueden ser consideradas jurídicas, aunque no formulen ninguna pretensión de corrección. Tampoco la satisfacción de esta pretensión de corrección es una característica definitoria de la expresión “sistema jurídico”: un sistema normativo que formule esta pretensión pero que no la satisfaga es, sin embargo, un sistema jurídico aún cuando jurídicamente deficiente.

Más difícil es explicar la afirmación de Alexy de que las normas jurídicas aisladas que no formulen la pretensión de corrección y que los sistemas jurídicos que formulan la pretensión de corrección, pero que no la satisfacen, **son jurídicamente (y no moralmente** – como se podría esperar) deficientes. (BULYGIN, 2001a, p. 45-46, grifo nosso).

Para Bulygin, as relações entre legalidade e moralidade seriam meramente contingentes e não conceituais como defendido por Alexy. O argumento da correção, segundo o professor da Universidade de Buenos Aires, não teria sido suficientemente justificado e a tese da vinculação careceria de uma base sólida e, por isso, estaria “flutuando no ar” (BULYGIN, 2001a, p. 51).

Em 1997, no artigo “*Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*”³⁸ (A crítica de Bulygin ao argumento da correção), Alexy busca refutar as críticas iniciais reiterando alguns argumentos, por exemplo, a afirmação de que o argumento de correção possuiria duas vertentes: uma referente à *pretensão* e outra concernente à *satisfação* da pretensão. Alexy reforça a ideia de que a teoria da pretensão de correção dos sistemas jurídicos não seria contraditória como afirmado por Bulygin, pois, assim como a não formulação de pretensão de correção retira do sistema normativo a qualidade de “jurídico” (critério classificatório), a não satisfação desta pretensão – seja pelo próprio sistema ou pelas normas isoladas – tornaria o sistema ou as normas deficientes (critério qualificador). No caso de norma jurídica ou uma decisão judicial isolada, mesmo que não formulem a pretensão de correção – desde que se

³⁸ ALEXY, Robert. *Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón et al. (Eds). **Normative Systems in Legal and Moral Theory: Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin**. Berlin: Duncker & Humboldt, 1997, p. 235-250.

encontrem em um sistema normativo que a formulou – manteriam sua juridicidade em função do engate com o ordenamento, criando uma vinculação institucional que, de forma parasitária, se “alimenta” dessa pretensão de correção que é constitutiva do sistema jurídico. Todavia, a consequente deficiência jurídica dessas normas ou decisões demonstrariam a necessária conexão, mesmo se tratando de um critério qualificador e não classificatório.

Essa proposta, insiste o autor, é relevante para que se possa diferenciar o Direito da simples força bruta e ressalta o fato de que, em geral, busca-se obter uma legitimação do sistema jurídico, por mais falho que ele possa ser.

Em 1998 – em uma mesa-redonda organizada por Letizia Gianformaggio, da Universidad de Ferrara, sobre o tema “*constitucionalismo y la separación entre derecho y moral*” – os autores voltaram a debater as principais questões, em evento que contou também com a participação de outros importantes autores do direito como Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli. Neste segundo *round* entre os autores, pode-se dizer que os tópicos principais – além da divergência geral sobre o argumento da correção – foram a validade ou obscuridade da ideia de contradição performativa; a possibilidade ou não de definição de uma moral objetiva e a influência dessa questão para a ideia de pretensão de correção; a verificação de uma lógica no que concerne a existência de conexões qualificadoras necessárias. As exposições de Alexy e Bulygin deram origem a artigos que foram publicados, no ano de 2000, na edição número 13 do periódico *Ratio Juris*.

Mais recentemente, em maio de 2010, foi organizada – pelas Universidades de Girona e Pompeu Fabra, em conjunto com a editora Marcial Pons – a “*1st Conference on Philosophy and Law: Neutrality and Theory of Law*” onde, mais uma vez, Bulygin apresentou novas e velhas críticas e Alexy buscou rebatê-las. Para demonstrar a relevância do evento, basta citar alguns dos mais influentes professores ligados à área de Teoria e Filosofia do Direito que proferiram palestras durante o evento: Brian Bix, Brian Leiter, Bruno Celano, Frederick Schauer, Jorge L. Rodríguez, Juan Carlos Bayón, Jules L. Coleman, Riccardo Guastini, Scott J. Shapiro e Wilfrid J. Waluchow. Os textos das apresentações geraram um livro publicado em espanhol pela editora Marcial Pons em 2012 e traduzido para o inglês pela editora Springer em 2013.³⁹

³⁹ Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). **Neutrality and theory of law**. New York: Springer, 2013.

Ressalte-se que a discussão entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a definição do conceito de direito em função da existência ou não de conexões entre legalidade e moralidade, embora não seja tão conhecida em nosso país – ao menos quando comparada ao debate Hart-Dworkin é bem difundida internacionalmente, mormente nos países de língua inglesa ou espanhola.⁴⁰

Robert Alexy representa doutrina recorrentemente citada em diversas decisões pátrias, mormente em ações junto ao Supremo Tribunal Federal, o que justifica uma maior compreensão sobre suas opiniões específicas quanto à definição do conceito de direito e a relação deste com os valores morais.

Já no que concerne a Eugenio Bulygin, o fato de ser um estudioso latino-americano⁴¹ pode fornecer elementos que contribuam – além do debate sobre as conexões entre direito e moralidade – para um aprofundamento sobre o conceito de direito que não apenas incorpore elementos das teorias europeias ou anglofalantes, mas que considere as especificidades do contexto dos países da América do Sul e, desta forma, possam contribuir para uma teoria mais adequada à nossa realidade.⁴²

⁴⁰ Cite-se, apenas exemplificativamente, a obra publicada em 2001 pela *Universidad Externado de Colombia* que traduziu para o espanhol e analisou os artigos primevos que deram início à contenda entre os dois autores (*La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001). Importante mencionar também a conferência *Neutrality and Theory of Law* – ocorrida em maio de 2010 e organizada pelas Universidades de Girona e Pompeu Fabra em conjunto com a editora Marcial Pons – que correspondeu à terceira etapa do debate entre Alexy e Bulygin. Ressalte-se que, somente em 2017, quando o presente trabalho já se encontrava em desenvolvimento, é que os textos do debate foram traduzidos para o português.

⁴¹ Embora tenha nascido na Carcóvia (Kharkov em russo, Kharkiv em ucraniano e Járkov em espanhol – antiga cidade da União Soviética e, atualmente, parte da Ucrânia) e tenha realizado pesquisas e lecionado em diversos países de vários continentes, sua formação em direito (graduação e doutorado) e sua atuação mais intensa como professor e pesquisador está vinculada aos países latino-americanos (ocupou os cargos de professor e Decano da Faculdade de Direito da *Universidad de Buenos Aires*; foi investigador do *Consejo Nacional de Investigaciones y Técnicas de Argentina*; professor das universidades *Nacional de La Plata*, *del Centro de Altos Estudios de Ciencias Exactas*, de *Torcuato Di Tella*; foi professor visitante, entre outras, na *Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM*, *Instituto Tecnológico Autónomo de México*, *Universidad de Temuco/Chile*, e *Carabobo/Venezuela*), mormente à Argentina, país onde passou a viver desde 1949.

⁴² A afirmação acima pretende utilizar, ainda que de forma muito mais tímida e restrita, a mesma linha de raciocínio que tem sido defendida pelo denominado “Novo Constitucionalismo Latino Americano”, no sentido de que os últimos sessenta anos, após o final da segunda guerra mundial, têm sido marcados pela presença teórica e jurisprudencial das teorias alemã e americana nos países da América Latina, isso tem sido verdade não só no que concerne a teoria constitucional, mas também com a teoria do direito, basta ver que os autores citados como os maiores expoentes sobre o tema específico, enquadram-se perfeitamente nessa descrição, à exceção de Bulygin. Entretanto, as transformações político-sociais operadas nos países sul-americanos, no final do século passado, registram a presença atuante dos movimentos sociais, de experiências de instrumentos de democracia direta e até a fundação de um Estado plurinacional, o que teria produzido, segundo Boaventura de Sousa Santos (2010), uma refundação dos estados latino-americanos. Embora a teoria de Boaventura seja direcionada, de forma mais direta, às questões constitucionais e de exercício da democracia, é possível extrapolá-la visando uma análise crítica da teoria do direito que possa refletir buscando dar relevância as experiências e doutrinas da realidade dos países do Sul.

Por derradeiro – com o falecimento tanto de Hart (1992) quanto, mais recentemente, de Dworkin (2013) –, estabelecer uma continuidade do debate a partir de autores ainda atuantes pode colaborar para um entendimento mais contemporâneo sobre o estado da arte da discussão.

- Organização:

O presente trabalho será dividido em três capítulos, sendo que no primeiro serão analisadas em detalhe as principais teses tanto de Herbert Hart quanto de Ronald Dworkin, seja no que concerne à conceituação ou à aplicação do direito, em especial quando ligadas ao debate sobre a (in)existência de conexões entre legalidade e moralidade.

No segundo capítulo se desenvolverá procedimento similar, porém analisando as propostas de Robert Alexy e Eugenio Bulygin. Tanto neste como no capítulo anterior, a exposição das propostas de cada autor buscou preservar a ordem cronológica do debate, visando uma apresentação mais didática dos respectivos argumentos.

Todavia, enquanto no debate Alexy-Bulygin esta missão é realizada sem maiores dificuldades tendo em vista a perfeita cronologia estabelecida nas discussões – boa parte delas realizadas a partir de eventos que contaram com a participação de ambos os autores –, no caso do debate Hart-Dworkin esta missão é mais complexa, em função da maneira como foi estabelecida a obra de Dworkin: como boa parte de seus livros são coletâneas de artigos publicados anteriormente – alguns com modificações e outros apenas republicados –, buscou-se seguir a cronologia dos livros, o que pode não respeitar a ordem de publicação dos artigos originais.

No terceiro capítulo, após a adequada exposição e compreensão sobre as teses que efetivamente caracterizam as teorias de cada autor, tratar-se-á das divergências e convergências entre as teorias positivistas e não positivistas e, mas especificamente, entre as posições singulares dos autores, com enfoque especial a partir dos seguintes questionamentos: *i)* qual a relação existente entre concepções filosóficas, pressupostos teóricos e o conceito de direito de cada uma das teses?; *ii)* seria possível afirmar que o direito, enquanto construto social, tem uma função, objetivo, propósito ou finalidade?; *iii)* a definição do(s) conceito(s) de direito, de cada uma das propostas apresentadas, implica consequências em sua aplicação?; e *iv)* é possível e adequado utilizar a ideia de sujeito da injustiça social como elemento de crítica às teorias do direito e, em caso afirmativo, como isso se reflete em cada teoria?

A pesquisa bibliográfica efetuada neste trabalho utilizou, além das obras indicadas que compõe os debates definidos como marco teórico, outras vinculadas ao positivismo ou ao não positivismo que tratam sobre cada uma das questões indicadas no capítulo três, em especial,

trabalhos recentes que tratam sobre as finalidades ou funções do direito e sobre a teoria do direito como artefato. Outrossim, utilizou-se a obra “Teoria do direito e o sujeito da injustiça social”, dos professores José Ricardo Cunha e Bethania Assy, a partir dos qual se buscou confrontar o positivismo e o não positivismo jurídico com a teoria crítica do direito que argumenta que ambas as teorias negam atribuição de valor teórico às experiências concretas de injustiça, em especial, o sofrimento daqueles que vivenciam, mais intensamente, as desigualdades injustas e imerecidas que ocorrem cotidianamente em nossas sociedades.

1 O DEBATE HART-DWORKIN

Conforme já indicado na introdução, o debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin é um marco teórico expressivo no que concerne à análise das relações entre moralidade e legalidade, seja no que concerne à conceituação ou mesmo no aspecto da interpretação e da aplicação do direito. Além disso, os autores continuam sendo citados como referências obrigatórias para a compreensão adequada do positivismo jurídico e do não positivismo, respectivamente.

1.1 A teoria inicial de Herbert Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart – nasceu em 1907 no condado de Yorkshire na Inglaterra e faleceu em dezembro de 1992 – é considerado um dos maiores expoentes do positivismo moderno⁴³ ao lado de nomes como Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Alf Ross, sendo responsável por avanços significativos desta corrente doutrinária. Formou-se pela Universidade de Oxford, onde também foi professor de *Jurisprudence* (Teoria Geral do Direito) entre 1952 e 1968. Antes, havia exercido a advocacia em Londres entre 1932 e 1939 e, com o início da guerra, chegou a trabalhar como funcionário da inteligência britânica.⁴⁴

O filósofo do direito inglês desenvolveu diversas críticas à teoria positivista – na forma como vinha até então sendo desenvolvida – dominante no contexto inglês, propiciando uma evolução extremamente significativa no pensamento jurídico da época, demonstrando que as posições doutrinárias até então prevalentes fracassavam em responder várias questões relevantes, bem como em criar um critério viável para diferenciar as normas jurídicas de outras normas também adotadas pela sociedade, como as normas morais e religiosas, por exemplo.

H. L. A. Hart foi o principal teórico de língua inglesa⁴⁵ que abordou a questão sobre o elemento caracterizador das regras jurídicas, travando larga discussão teórica com a tradição

⁴³ Para uma diferenciação entre o positivismo moderno e o clássico ver Hart (2005, p. 306 e 321).

⁴⁴ Para mais detalhes sobre a vida do autor ver MacCormick (2010), Kozicki (2006) e sítio do *Oxford Index* (disponível em: <<http://oxfordindex.oup.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095922935>>).

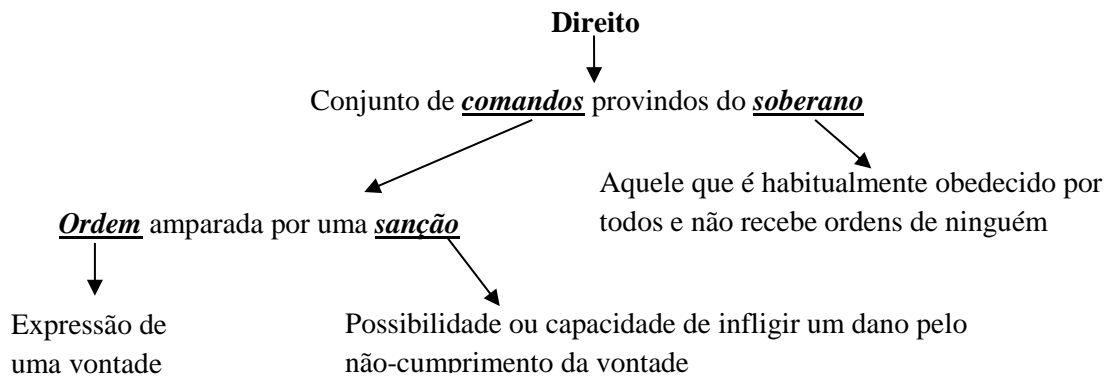
⁴⁵ Apenas como exemplificação do reconhecimento expressado à Hart, inclusive na doutrina jusfilosófica nacional, é possível apresentar algumas citações: Antônio Maia (doutor em Filosofia e Professor do doutorado

do positivismo jurídico anglo-saxão. A academia inglesa, até então, partia do pressuposto teórico estabelecido por John Austin (1790-1859), através de seu livro *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), de que a lei deve ser entendida como um comando. Comando seria uma ordem efetuada por uma pessoa ou grupo com poderes soberanos à qual se vincula a ameaça de um mal àqueles que não a cumprirem.

Segundo a teoria criticada [...] os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem, elas próprias habitualmente a ninguém. Esta condição social é, para esta teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para a existência do direito. (HART, 2005, p. 111).

O professor Noel Struchiner (2005a, p. 61), de forma assaz didática, oferece um esquema ilustrativo dos conceitos centrais das diversas teorias que tinham em comum esta ideia de ordens imperativas (teorias imperativas):

do curso de Direito da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ) escreve nas considerações introdutórias ao livro de Noel Struchiner (2002) a seguinte passagem: “Herbert Hart é figura cardeal da cultura jurídica novecentista. Devemos a ele, entre outras coisas, uma reformulação e sofisticação do positivismo normativista, ao incorporar no arsenal teórico de trabalho dos juristas algumas noções capitais. Em primeiro lugar a explicitação da diferença entre ‘regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento’, no esforço central da jurisprudência (no sentido de teoria geral do direito) de descrever, classificar e compreender as estruturas das regras dotadas de coação, determinantes no comportamento social. Em segundo lugar, a introdução no âmbito da filosofia do direito, especialmente na conturbada problemática concernente aos debates acerca da fundamentação do direito, da ideia de ‘regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada’, recolocando num patamar mais complexo e defensável o ‘calcanhar de Aquiles’ da perspectiva positivista kelseniana – a norma fundamental. Em terceiro lugar, a noção de textura aberta da linguagem”. Já Ronaldo Porto Macedo Junior (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor Doutor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Professor de Filosofia Política e Ética e Teoria do Direito da FGV-SP) afirma, na apresentação do livro *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia* que é composto por artigos de Hart (2010): “É cada vez mais trivial afirmar que Herbert Lionel Adolphus Hart foi o mais influente teórico do direito do mundo anglo-saxão da segunda metade do século XX. O seu trabalho e sua influência, curiosamente, se estendem para além dos seus próprios trabalhos. A sua obra marca um momento de reforma da agenda de questões teóricas e filosóficas que animam o debate sobre teoria do direito. [...] Neil MacCormick afirma com propriedade que os trabalhos mais importantes de H.L.A Hart marcam a incorporação da agenda de discussões filosóficas acerca da linguagem na teoria do direito. Neste sentido, ele é uma espécie de introdutor da chamada ‘virada linguística’ na teoria e filosofia do direito. [...] Sem erudições ou ‘escorços históricos’ desnecessários, Hart nos oferece um paradigma de como temas complexos podem ser tratados com a elegância e beleza da concisão e da economia. Muitos de seus ex-alunos tornaram-se figuras de maior grandeza no debate teórico jurídico, moral e político contemporâneo, como Brian Barry, John Finnis, Kent Greenawalt, Neil MacCormick, Joseph Raz, Will Waluchow, Genaro Carrió e Ronald Dworkin. Hart exerceu também grande influência no pensamento de outro autor referencial e divisor de águas do pensamento contemporâneo que é John Rawls, especialmente quando este, nos anos 1950 e ainda jovem, foi *Visiting Scholar* em Oxford, depois de terminar seu doutorado, mas antes de publicar o seu influente *Uma teoria da justiça* de 1971”.



Com o lançamento de sua obra “*The concept of law*” (O conceito de direito),⁴⁶ em 1961, Hart objetivava “aprofundar a compreensão do direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais diferentes, mas relacionados” (2005, p. 1). Esta é justamente sua maior contribuição: a superação de um modelo de definição do direito baseado nas ideias de ordens, obediência, ameaça e coerção, bem como a consequente diferenciação entre as figuras de soberanos e súditos, através de um novo paradigma fundado no conceito de regras que poderiam ser identificadas, segundo a tese do autor, através de sua *regra de reconhecimento* – ideia fundamental e basilar da teoria hartiana conforme verificaremos mais adiante.⁴⁷

Para superar essa versão positivista clássica, Hart faz uso de vários conceitos até então inovadores como a diferenciação entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes; a classificação de novos tipos lógicos de regras (de reconhecimento, de alteração e de julgamento); a asserção sobre a existência de diferentes possibilidades de observação do sistema jurídico (ponto de vista interno e externo) em decorrência de aspectos diferenciados das regras (aspecto interno e aspecto externo); dentre outros que passaremos a expor, com o intuito de possibilitar uma melhor compreensão da teoria sustentada pelo filósofo britânico, o que permitirá, posteriormente, analisar de forma mais abalizada as críticas apresentadas por Ronald Dworkin à referida tese e à subsequente conclusão acerca dos méritos e possíveis equívocos das propostas de ambos os autores no que concerne a relação entre moralidade e legalidade.

⁴⁶ Considerado, por alguns estudiosos, um dos livros mais importantes da filosofia do direito do século XX. Ver MacCormick (2010) e Michelon Jr. (2010, p. IX).

⁴⁷ Dworkin (2007, p. 42-43) oferece, em “*O império do direito*” (*Law’s empire*), um exemplo simples sobre a diferença entre as teorias de Austin e Hart: “Para Austin, a proposição de que o limite máximo de velocidade na Califórnia é 90 quilômetros é verdadeira apenas porque os legisladores que promulgaram tal lei estavam então no poder; para Hart, é verdadeira porque o povo da Califórnia aceitou, e continua aceitando, o sistema de autoridade usado nas Constituições estaduais e nacionais. Para Austin, a proposição de que os motoristas negligentes devem indenizar as mães que sofrem danos morais na cena de um acidente é verdadeira na Grã-Bretanha porque as pessoas que têm poder político fizeram dos juízes seus representantes e, tacitamente, adotam os comandos deles como se fossem seus. Para Hart, essa proposição é verdadeira porque a regra de reconhecimento aceita pelo povo inglês transforma as declarações dos juízes em direito sujeito ao poder de outras pessoas – os legisladores – de revogá-lo quando quiserem”.

1.1.1 Aspectos interno e externo das regras sociais

Hart inicia sua obra supracitada reconhecendo a dificuldade que existe na conceituação do direito⁴⁸ e a conseqüente variedade de teorias divergentes que buscam alcançar esta definição. Identifica, então, o que considera questões recorrentes principais em torno das quais as especulações sobre a natureza do direito, até então intentadas, estariam reiteradamente circunavegando e que teriam sido causa de boa parte da confusão e incompreensão que cercam o tema: “Como difere o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como elas estão relacionadas entre si? O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?” (HART, 2005, p. 18).⁴⁹

O autor busca demonstrar a impossibilidade da tese até então dominante – teorias imperativas caracterizadas pela estrita vinculação do direito com o poder – de elucidar essas e outras questões relevantes para o direito e para a compreensão do que pode ser efetivamente exigido dos cidadãos integrantes de determinada sociedade. Ao apontar o equívoco da definição do direito como ordens baseadas em ameaças e, em especial, do conceito de “hábito de obediência” utilizado pela teoria imperativa, Hart procede a uma análise comparativa entre *regras sociais* e *hábitos* no intuito de demonstrar as diferenças e a maior complexidade das regras. Cabe aqui destacar que dentre as desconformidades apontadas por esta análise ganha vulto o que o filósofo britânico define como o “aspecto interno das regras” (HART, 2005, p. 65).⁵⁰

Um *hábito* geral de um grupo, afirma o autor, constitui-se simplesmente como um comportamento que pode ser observado com frequência na maioria dos integrantes daquela coletividade, não sendo necessário que os indivíduos desta sociedade tenham consciência da generalidade deste hábito ou mesmo qualquer objetivo de manutenção deste. As regras sociais, no entanto, apresentam uma característica distinta. Hart afirmará que além do *aspecto*

⁴⁸ Essa dificuldade também é reconhecida por Dworkin – como será apresentado posteriormente, no capítulo 4 – o que fez com que este propusesse uma explanação sobre os diferentes sentidos e conceitos que podem ser abarcados através da palavra “*law*” (DWORKIN, 2010, p.4).

⁴⁹ O presente trabalho, conforme já afirmado na introdução, focará os aspectos da teoria hartiana que possam colaborar para o esclarecimento da relação entre o direito e a moral.

⁵⁰ Brian Bix (1999) – professor da Universidade de Minnesota – chega a afirmar que a maior contribuição de Hart à Filosofia do Direito anglo-americana foi exatamente a introdução da perspectiva interna (do participante) à teoria do direito.

externo, consistente no relato e observação que poderia ser efetuado de forma objetiva por um *observador externo* – ou seja, por alguém que não dê adesão às regras – dos fatos sociais, enquanto comportamentos uniformes e regulares por parte da maioria dos indivíduos, as *regras* apresentam também – e nisso se distanciam dos meros hábitos – um *aspecto interno* que seria definido como uma atitude de reflexão crítica por parte dos *integrantes* da sociedade em relação aos comportamentos tidos como modelos de conduta comuns a todos os componentes daquele agrupamento ao qual pertencem, sendo esta atitude crítica manifestada na forma de exigências de comportamento conforme o padrão, tanto para os outros como para si mesmo, e ainda como reconhecimento da legitimidade da censura, recriminação ou admoestação proveniente dos demais integrantes do grupo em função de eventuais inadimplementos da regra.⁵¹

A diferença entre ambos os aspectos poderia ser demonstrada por intermédio do exemplo do hábito de ir ao cinema que, por hipótese, exista em determinada comunidade, comparado com a atitude de os cidadãos respeitarem os semáforos luminosos que controlam o tráfego de automóveis. Um observador externo poderia, ao analisar o comportamento dos motoristas dos veículos em relação à mudança de cor nos semáforos, verificar que existe um padrão reiterado e uniforme caracterizado pelo fato de que, enquanto o sinal luminoso apresenta coloração esverdeada, os motoristas seguem trafegando pela pista de rolamento, entretanto, quando a coloração muda para o rubro, os veículos, de um modo geral, cessam o seu trajeto até que o sinal retorne mais uma vez para a cor verde. Da mesma forma, este observador externo poderia verificar, por hipótese, que aos sábados, a maior parte dos componentes de uma comunidade vai ao cinema, consistindo tal comportamento em uma prática também reiterada e uniforme. Como diferenciar então o que seria uma regra do que poderia ser considerado um simples hábito?

Para Hart, a diferença entre as duas hipóteses consiste em que as pessoas que tem o hábito de ir ao cinema não considerarão como passível de censura ou advertência significativa o fato de que alguém não tenha ido ao cinema em determinado sábado, nem se mostrarão dispostas a exigir que esta pessoa comece a frequentar o cinema neste dia. Mas certamente a situação fática seria outra nos casos de não conformidade com os sinais do semáforo, onde os cidadãos consideram que o desvio do padrão justifica a advertência e a crítica – incluindo a autocrítica – ao mesmo tempo em que se sentem legitimados para exigir que as demais

⁵¹ Hart (2005, p. 317) caracterizará de forma mais resumida esse aspecto interno como a *aceitação* dessas regras, ou seja, uma “atitude normativa distinta [...] que] consiste na disposição permanente de os indivíduos tomarem tais modelos não só como guias para a sua futura conduta, mas também como padrões de crítica que podem legitimar pretensões e várias formas de pressão no sentido da conformidade”.

peçoas respeitem aquele padrão de comportamento ou considerem corretas as reprimendas que elas próprias venham a sofrer por não respeitarem o modelo de conduta.

Assim, podemos afirmar que do **ponto de vista interno** da maioria dos integrantes de uma dada sociedade ocorre a vinculação do indivíduo à regra. Entretanto, é importante ressaltar a afirmação de Hart de que esta anuência aos modelos de comportamento não se coaduna com a noção de sentimentos individuais quanto a estes padrões, embora, muitas vezes, seja erroneamente representada dessa forma:

Sem dúvida que onde as regras são geralmente aceites por um grupo social e geralmente apoiadas pela crítica social e pela pressão no sentido da conformidade, os indivíduos podem muitas vezes ter experiências psicológicas análogas às da restrição e da compulsão. Quando dizem que <<se sentem vinculados>> a comportarem-se de uma certa forma, podem estar realmente a referir-se a estas experiências. Mas **tais sentimentos não são nem necessários, nem suficientes para a existência de regras <<vinculativas>>**. Não existe contradição em dizer-se que as pessoas aceitam certas regras, mas não conhecem tais sentimentos de compulsão. **O que é necessário** é que haja uma **atitude crítica reflexiva** em relação a certos tipos de comportamento enquanto **padrões comuns** e que ela própria se manifesta crítica (incluindo autocrítica), em **exigências de conformidade** e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são **justificadas**. (HART, 2005, p. 66, grifo nosso).⁵²

Toda a explanação acima demonstra que a ideia básica de hábito de obediência e ordens não conseguia explicar de forma satisfatória o conceito direito e sua prática social. Ao resumir o fracasso da teoria imperativa em servir como referencial adequado para o reconhecimento de um sistema jurídico, afirma Hart:

A causa de raiz da derrota reside no fato de que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, **a ideia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito**. (HART, 2005, p. 90, grifo nosso).

Essa nova abordagem que o filósofo inglês imprime a sua teoria trouxe uma mudança substancial a outro instituto de suma importância para a ciência jurídica: a obrigação. Com a superação da teoria que retratava o direito a partir de ordens que sujeitavam os súditos a um mal pelo descumprimento, Hart propõe a diferenciação entre *ser obrigado* e *ter uma obrigação*. O primeiro destes conceitos seria perfeitamente condizente com a teoria propugnada por Austin relacionada à ideia de uma consequência desagradável no caso da não

⁵² Não há como não vislumbrar uma relação entre esta “atitude crítica reflexiva”, que ocasiona a exigência de conformidade com determinados padrões de comportamento, e a ideia de razões, motivos ou justificativas (inclusive morais) tão utilizada por Dworkin. Sendo assim, é importante esclarecer que Hart reconhece a existência de uma dimensão avaliativa no direito, considerada intrínseca àqueles que participam (e, portanto, aceitam as normas) desse sistema, mas, conforme ficará mais evidente no item 1.3.2.1, o filósofo britânico defenderá que é possível a proposta de um projeto simplesmente descritivo do conceito de direito, que é realizado por um observador externo.

realização de uma determinada atitude, o que motivaria o indivíduo a agir de uma determinada maneira com o intuito de evitar este resultado nefasto. Entretanto, a expressão “*ter uma obrigação*” não incluiria como pré-requisito esses aspectos psicológicos de temor, autopreservação ou qualquer outro sentimento que possa ser arrolado como fator de motivação para que uma pessoa aja de determinado modo por receio das consequências que pudessem advir, podendo, portanto, haver obrigações mesmo onde tal aspecto psicológico não se fizesse presente.⁵³

Desta forma, conforme já aventado acima, existe diferença entre o que Hart denomina de “atitude crítica reflexiva” – relacionada às afirmações feitas sobre as regras do **ponto de vista interno**, ou seja, por alguém que é “como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta” – e uma sensação de compulsão em seguir uma ordem.⁵⁴ Portanto, na hipótese de um comportamento ser determinado por uma regra, mesmo que alguém acreditasse que sua violação nunca seria descoberta e, por conseguinte, não houvesse possibilidade de alguma consequência desagradável o acometer em virtude de seu ato e dos consequentes aspectos psicológicos relacionados a este receio, o autor indica que seria correto afirmar que tal pessoa “*tinha a obrigação de*” agir de forma estipulada pela regra.

O que poderia ser considerado como fator básico fundamental para pensar as regras em termos de obrigações seria a seriedade e a insistência da pressão social exercida na forma de uma procura geral de conformidade com estas regras. Hart afirma ainda que dois outros atributos da obrigação surgem em conjunto com esta característica básica:

As regras apoiadas por esta pressão séria são consideradas importantes, porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado. [...] Em segundo lugar, é geralmente reconhecido que a conduta exigida por estas regras pode, enquanto beneficia outros, estar em conflito com o que a pessoa que está vinculada pelo dever pode desejar fazer. Daí que as obrigações e os deveres sejam considerados caracteristicamente como envolvendo sacrifício ou renúncia, e que a possibilidade permanente de conflito entre a obrigação ou o dever e o interesse esteja, em todas as sociedades, entre as verdades quer do advogado, quer do moralista. (HART, 2005, p. 97).

⁵³ (HART, 2005, p. 92-101) Ainda na página 98, o professor britânico reitera: “*Sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes, embora frequentemente concomitantes. Identificá-las seria uma maneira de interpretar mal, em termos de sentimentos psicológicos, o aspecto interno importante das regras*”.

⁵⁴ (HART, 2005, p. 93). O autor afirma que outra diferença marcante seria a seguinte: quando se afirma que alguém *foi obrigado* a fazer algo, isto normalmente indicará que a pessoa efetivamente agiu daquela forma; já a afirmação de que *tinha a obrigação* de agir de certo modo é, basicamente, independente da observância ou não da regra, embora signifique que o comportamento não era facultativo. Aparentemente, portanto, essa visão incrementa a importância do binômio **liberdade-responsabilidade** dos indivíduos pela tomada de decisão – embora esse reconhecimento seja mitigado pela pressão social – o que é elemento essencial para uma análise ética desse comportamento social.

Entretanto, cabe ressaltar que para o autor nem toda regra está relacionada com padrões de comportamentos exigidos em termos de obrigação, um dos motivos que o levou a discordar da tese de Austin e a defender a existência de tipos diferentes de regras em um mesmo sistema jurídico, tópico que será agora detalhado.

1.1.2 Regras primárias e secundárias

Após verificar a diferenciação entre hábitos e regras sociais, caracterizada pela presença do aspecto interno nestas últimas, bem como as consequentes modificações quanto ao conceito de obrigação, Hart se apropria destas análises acerca dos comportamentos sociais e as transporta para o âmbito de atuação do direito asseverando que as regras jurídicas também possuem tais características. No entanto, ao analisar os diferentes tipos de regras jurídicas que existem nos modernos sistemas normativos, afirma que nem todas impõem comportamentos ou abstenções àqueles a quem se dirigem, como até então proposto por Austin. Na verdade, algumas delas propiciam a faculdade de exercer determinados comportamentos conforme seja da vontade do indivíduo, isto é, conferem poderes jurídicos aos indivíduos. Hart classifica estes preceitos como *regras secundárias* – ou parasitas, no sentido de que não configuram o tipo básico – incluindo nesta categoria tanto as regras dirigidas aos particulares (para celebrar contratos, por exemplo) quanto àquelas dirigidas às autoridades públicas (que permitiriam o ato de legislar, julgar ou identificar), em contraposição às regras do primeiro tipo que seriam as *regras primárias* ou *de obrigação*.

O raciocínio do filósofo inglês, para chegar à asserção da necessidade das regras secundárias e da respectiva interação destas com as regras primárias como forma de solução de diversos aspectos causadores de perplexidade no direito, consistiu na aparente comparação da teoria dos comandos coercitivos proposta por John Austin (composta somente por regras primárias) com formas de sociedades hipotéticas mais simples, onde a organização social é fundada em laços de parentesco, sentimentos e crenças comuns, por isso mais próximas do modelo idealizado por Austin. Nesses tipos específicos de comunidade a única forma de controle social, como observado, seria constituída apenas por regras primárias, que Hart caracteriza como “atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, em termos daquilo que caracterizamos como regras de obrigação” (HART, 2005, p. 101). O agregado de regras daí resultante poderia ser considerado uma forma pré-jurídica, mas nunca

um sistema, tendo em vista que estes preceitos se caracterizariam apenas como padrões separados, desprovidos de qualquer espécie de identificação ou marca em comum, exceto pelo próprio fato de serem regras aceitas pelo grupo e, ademais, não haveria nenhum procedimento para solucionar as possíveis dúvidas que surgissem no seio da coletividade acerca da identificação destas regras ou de seu âmbito de incidência.

De acordo com a exposição, o autor avança em seu raciocínio afirmando que nesse tipo de sociedade mais simples seria possível identificar três características indesejáveis e incompatíveis com as sociedades mais complexas – aquelas não baseadas somente em laços familiares, sentimentais ou de crenças, ou seja, mais condizentes com os padrões sociais atuais – porque ensejadoras de conflitos e turbacão social, portanto, contrárias ao que Hart considera uma das principais funções do direito, qual seja o controle social (HART, 2005, p. 48, 137 e 310-311):

a) Primeiramente a *incerteza* caracterizada pela impossibilidade de determinação definitiva sobre dúvidas concernentes às regras de obrigação, pois, para haver tal elucidação seria necessária a existência de outras regras que não as primárias, já que seu objetivo não é gerar uma obrigação, mas sim definir de forma peremptória e indubitável o que é ou não uma norma jurídica. Imaginemos a seguinte situação utilizada por Hart em outro ponto de sua obra, mas que serve perfeitamente para exemplificar a presente questão, qual seja, existe uma regra que *proíbe a entrada de veículos* em um determinado parque (este é o texto da norma). Certamente algumas situações estão evidentemente incluídas na norma e não geram incertezas (carros, ônibus e motos estão proibidos de ingressar no parque); outras talvez ocasionem controvérsias entre as pessoas (considerando que o parque é um local de lazer, algumas pessoas podem defender que o uso de bicicletas não está incluído na proibição já que consistiria na utilização de um instrumento de diversão e exercício físico, enquanto outros podem argumentar que, sendo um veículo de duas rodas, também está proibido). Quem decidirá a controvérsia e de que forma, se não há outras normas para guiar a decisão ou mesmo para definir quem deve ter a palavra final?

b) Em segundo lugar é perceptível que as regras primárias apresentariam um **caráter estático** já que não haverá nesta sociedade uma forma de modificação, criação ou mesmo exclusão deliberada das regras existentes, sendo a única forma de alteração imaginável o processo, extremamente moroso, típico das mudanças de regras morais ou de hábitos e costumes.

c) Por último, como visto no item “a”, poderiam ocorrer conflitos sociais quando não houvesse consenso sobre se uma regra de obrigação foi ou não violada em

determinadas situações, estas divergências poderiam prosseguir indefinidamente em decorrência da falta de um critério para decidir, de forma definitiva e permanente, com autoridade, a resposta a estes casos onde houvesse divergência. Isto poderia ocasionar outro problema, qual seja a *ineficácia* desse conjunto de regras primárias, ao menos no que concerne a casos onde houvesse disputa.

A partir do exame da hipótese em comento, o autor assevera que uma teoria que pretenda explicar o direito de forma alicerçada e escoreita deve dar conta dessas deficiências e buscar soluções, o que ocasiona a necessidade de complementar este conjunto de normas primárias com outro tipo de regras que Hart define como secundárias ou parasitárias. A conjugação destes dois tipos de regras é que poderia ser corretamente caracterizada como um verdadeiro sistema jurídico: as *primárias* que seriam aquelas que impõem obrigações ou deveres aos membros da comunidade e as *secundárias*, espécie de regras sobre as regras, pois através delas se estabeleceria a metodologia e o procedimento de criação, alteração e desconstituição das primeiras, bem como os modos através dos quais aquelas poderiam ser definitivamente reconhecidas, determinada sua aplicação em caso de divergência, bem como verificada sua violação de forma indubitável.

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem *deveres*, as regras do segundo tipo atribuem *poderes*, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudança físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas a criação ou alteração de deveres ou obrigações. (HART, 2005, p. 91, grifo nosso).

Proposta esta conjugação entre as regras primárias e secundárias como meio de sanar as deficiências encontradas na organização das formas mais simples de sociedade, Hart oferece uma classificação para as diferentes espécies de normas secundárias, classificação esta que aparentemente está relacionada com o tipo de imperfeição analisado (*incerteza*, caráter *estático* e *ineficácia*): (a) **Regra de Reconhecimento** (*rule of recognition*), que seria responsável por identificar em caráter concludente quais regras podem ser admitidas de forma indubitável como pertencentes ao sistema jurídico, acabando, desta forma, com o vício da incerteza;⁵⁵ (b) **Regras de Alteração** (*rules of change*), que seriam as que possibilitam a um

⁵⁵ A análise sobre a regra de reconhecimento é fundamental para que se possa responder, ao menos de uma perspectiva hartiana, sobre a relação que existe entre moralidade e legalidade, já que as normas jurídicas são

indivíduo ou grupo introduzir novas regras no seio de uma comunidade, alterar as já existentes ou mesmo efetuar a supressão de outras, eliminando o caráter estático das regras; (c) **Regras de Julgamento** (*rules of adjudication*), que permitiriam a identificação das pessoas competentes para julgar as eventuais violações quanto aos padrões estipulados, bem como estabeleceriam o procedimento a ser efetuado no exercício desta função, dessa forma, estes indivíduos teriam autoridade para definir quando efetivamente houve transgressão e as consequências desta, pondo fim à ineficácia das regras que poderia ser ocasionada quando a pressão social ocorre de forma não organizada e difusa.

Em conclusão, o autor afirma que “o direito pode ser caracterizado de modo mais esclarecedor como uma união de regras primárias de obrigação com tais regras secundárias” (HART, 2005, p. 104), isso significa dizer que é a partir da junção destas espécies diferentes de regras que surgiriam as noções de conexão e ordenamento das regras entre si, portanto, a própria ideia de sistema jurídico.

Atribuímos a esta união de elementos um **lugar central** por causa do seu poder explanatório na elucidação dos conceitos que constituem a estrutura do pensamento jurídico. A justificação do uso da palavra <<direito>> quanto a um conjunto de casos aparentemente heterogêneos é uma questão secundária que pode ser abordada quando tiverem sido captados os **elementos centrais**. (HART, 2005, p. 91-92, grifo nosso).

E reitera as possibilidades de avanço da ciência jurídica a partir desse novo entendimento devido a sua capacidade de elucidar, de forma mais correta, diversos institutos até então não plenamente compreendidos em função das deficiências da teoria imperativa.

Não só os conceitos jurídicos específicos com que o jurista se ocupa profissionalmente, tais como os de obrigação e direitos, validade e fontes do direito, legislação e jurisdição, como também a sanção, são melhor elucidados nos termos desta combinação de elementos. Os conceitos (que abarcam igualmente o direito e a teoria política) de Estado, de autoridade e de funcionário exigem uma análise semelhante, se se pretender dissipar a obscuridade que ainda paira sobre eles. (HART, 2005, p. 107-108).

Percebe-se, portanto, que Hart utiliza a ideia de coordenação entre regras secundárias e primárias como forma de superação do conceito de direito baseado nas ideias de comandos, soberano, ameaças e hábitos de obediência – com todas as impropriedades que lhe são características – para um sistema onde a autoridade e validade do direito sejam passíveis de verificação com base em regras de outro tipo, que estão num plano diferente e que definem os critérios de identificação e modificação das regras jurídicas.

Dworkin – ao comentar a obra de Hart no que concerne à identificação das regras secundárias e a diferença substancial entre a proposta de Hart e Austin – resume este aspecto da teoria da seguinte maneira:

Entre outras coisas, uma regra difere de uma ordem por ser *normativa*, por estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela estão submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação. Uma regra nunca pode ser obrigatória porque um indivíduo dotado de força física quer que seja assim. Ele deve ter autoridade para promulgar essa regra ou não se tratará de uma regra; tal autoridade somente pode derivar de outra regra que já é obrigatória para aqueles aos quais ela se dirige. (DWORKIN, 2002, p. 32).

Entretanto, é importante ressaltar que embora Hart defenda a união das formas primárias e secundárias das regras como forma de explicar grande parte dos conceitos jurídicos que até então causavam certa perplexidade em função da deficiência das teses preponderantes, o autor não considera que esta construção seja suficiente para esgotar a explicação sobre todos os aspectos do direito, fazendo tal advertência ao final de seu Capítulo V:

Concluiremos este capítulo com uma prevenção: embora a combinação das regras primárias e secundárias mereça o lugar central que lhe é atribuído, porque explica muitos aspectos do direito, não pode por si só eliminar todos os problemas. A união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico; **mas não é o todo**. (HART, 2005, p. 108-109, grifo nosso).

Em resumo, ao afirmar que o conceito de regra de obrigação – que consiste em um padrão de comportamento a ser seguido pelos integrantes de uma comunidade – depende da identificação a ser efetuada através de outra espécie de regra (secundária), que tem como função precípua regular outras regras, Hart reitera o deslocamento do conceito de obrigação para uma esfera que não dependerá da potencialidade da ameaça nem da obediência irrestrita aos poderes ilimitados de um soberano, mas sim da aceitação deste padrão de comportamento por parte dos integrantes de determinada coletividade. Este conceito de aceitação é trabalhado a partir da diferenciação do que Hart chama de aspectos interno e externo das regras e que já foi elucidado na seção anterior. Esta diferenciação representa ponto crucial para o prestígio adquirido pela tese do filósofo inglês por representar a superação das formas reducionistas, que desconsideravam uma relação mais profunda entre as regras e o comportamento dos indivíduos, características das teorias positivistas até então reinantes como aquelas defendidas por Hans Kelsen (ainda que este não seja o interlocutor imediato de Hart nessa obra) e John Austin entre outros, sendo em função disto identificadas como uma grande evolução na área da teoria e filosofia do direito.

1.1.3 A regra de reconhecimento

Compreendidas as noções de regras primárias e secundárias acima analisadas, cabe apreciar de forma mais minuciosa a regra de reconhecimento – não só uma das espécies classificadas como secundárias, mas a mais importante dentre elas porque a partir desta é que todas as demais regras jurídicas e, conseqüentemente, o direito, encontrariam sua fundamentação de validade. É através desta “regra última de um sistema” que se pode, conforme os ensinamentos de Hart (2005, p. 111-118), de forma definitiva e concludente, identificar os aspectos ou características capazes de definir quais seriam as regras de direito que podem e devem ser consideradas como válidas em uma determinada organização social, ou seja, ela é o critério fundamental para a certificação da validade de uma regra jurídica. Nas palavras do próprio autor, “onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar” o direito, já que é a regra de reconhecimento “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada”.

Um dos traços mais marcantes da regra de reconhecimento, quando comparada às demais regras de um sistema jurídico, seria o seguinte: enquanto todas as outras normas podem ser analisadas quanto à sua *validade*, tal consideração não cabe quanto à regra de reconhecimento. Esta deve, simplesmente, ter sua aceitação confirmada pela comunidade como critério balizador das demais normas do sistema ou não poderá ser considerada como verdadeira regra de reconhecimento desse ordenamento. Entenda-se: ao analisar a validade de determinada regra jurídica devemos nos questionar sobre qual a fundamentação no sistema jurídico que reconhece esta regra como pertencente a esse ordenamento e, conseqüentemente, válida. Por exemplo, podemos dizer que uma determinada ‘portaria’ redigida por alguma autoridade governamental, que disciplina algum assunto específico, é válida porque criada conforme estipulado por um ‘decreto regulamentador’ que, por sua vez, foi redigido e publicado com base em legislação que autorizava sua criação, por derradeiro, esta lei foi promulgada de acordo com as normas constitucionais vigentes. Neste ponto do raciocínio, considerando que essa seja a regra de reconhecimento dessa determinada sociedade (as normas válidas são aquelas estipuladas conforme a constituição), a verificação sobre a validade das regras necessariamente cessará, pois não há regra da qual a constituição retire sua validade. A existência da regra de reconhecimento depende, portanto, da aceitação desta

como apta a exercer seu papel de identificar o direito: “sua existência é uma questão de fato” (HART, 2005, p. 121) ou, como afirmado por Dworkin (2002, p. 34) ao comentar a doutrina de Hart, “a regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação”. Desta forma, não haveria que se questionar sobre a validade da regra de reconhecimento:

Esta **não pode ser válida ou inválida**, mas é **simplesmente aceite** como apropriada para tal utilização. [...] Se tais regras existem comprovadamente na prática real de um grupo social, não há que se colocar uma questão autônoma da sua validade, **embora evidentemente o seu valor ou o seu caráter desejável possam ser questionados**. (HART, 2005, p. 120-121, grifo nosso).⁵⁶

Segundo Hart, essa diferença entre as demais espécies normativas e a regra de reconhecimento reforça os conceitos já analisados de aspecto externo e interno das normas e dos consequentes pontos de vista distintos de um observador que não se integra ao sistema e dos cidadãos que compõem determinado grupo social. Para o autor, o conceito de *validade* só tem razão de ser enquanto forma de avaliação que ocorre dentro de um sistema – e que, portanto, denota o *ponto de vista interno*, que considera a regra de reconhecimento realmente aceita pelos participantes como apropriada para identificar o direito – para caracterizar uma regra como pertencente a este sistema, sendo necessário que a mesma satisfaça aos critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. No que concerne à regra definidora dos próprios critérios de validade (regra de reconhecimento), a afirmação de sua existência não pode ser mais do que uma afirmação que pode ser feita por um *observador externo*, dado seu caráter factual, já que deve existir de forma comprovada na prática efetiva e real da sociedade determinando, inclusive, sua caracterização como regra *última* de um sistema:

A regra de reconhecimento é a regra *última* de um sistema [...] porque alcançamos uma regra que [...] faculta critérios para a apreciação de validade de outras regras, mas [...] não há regra que faculte critérios para apreciação da sua própria validade jurídica. [...] Quando passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida [...] para a afirmação de que [...] esta última regra é usada pelos tribunais, funcionários e particulares como regra última de reconhecimento, passamos de uma afirmação interna de direito, enunciando a validade de uma regra de um sistema, para uma afirmação de facto externa que um observador do sistema poderia fazer, mesmo que não a aceitasse. (HART, 2005, p. 118-119).

Mas é de fundamental importância compreender que a regra de aceitação proposta por Herbert Hart, não obstante possa ser identificada por um observador externo que não partilha

⁵⁶ Essa frase demonstra não só a importância da regra de reconhecimento para a teoria hartiana, mas também o fato de Hart reconhecer que todas as regras de um ordenamento jurídico podem ser questionadas do ponto de vista valorativo, inclusive a regra de reconhecimento. Portanto, na visão do autor, a aceitação pela comunidade não tem o condão de fazer com que a norma seja automaticamente considerada como moralmente correta – fato que ele reiterará ao longo de sua obra.

da aceitação da regra, depende – conforme a própria denominação já indica – tão somente, da anuência da sociedade em que ela existe através de uma atitude de aceitação compartilhada embasada no ponto de vista interno da maioria dos integrantes que os vincula a este padrão de comportamento.

Mas como identificar a regra de reconhecimento nos diversos ordenamentos jurídicos existentes? Segundo o autor, faz-se necessário observar o comportamento dos cidadãos e das autoridades, verificando a prática social real, ou seja, o modo através do qual os tribunais identificam o que deve ser considerado como pertencente ao direito, bem como a aceitação, o consentimento, a aquiescência geral concernente a essa identificação (HART, 2005, p. 120). Portanto, pode inclusive ocorrer que esta regra não seja formalmente expressa, já que apenas depende e decorre do comportamento dos integrantes da sociedade como um todo.⁵⁷ Na qualidade de uma norma cuja única característica necessária é a aceitação dos membros de uma coletividade, a regra fundamental proposta por Hart pode variar de sociedade para sociedade e em função do tempo, bem como também assumir formas muito diversas, desde as mais simples – por exemplo, tudo que o soberano ordena é direito, aquilo que se encontra transcrito em determinado livro é que dá validade ao sistema jurídico, etc. – até critérios múltiplos e complexos como os adotados em intrincados sistemas jurídicos com suas magnas cartas e grande variedade de normas infraconstitucionais. Destarte, para Hart, poderiam existir sistemas normativos que reconhecessem como fonte do direito um livro sagrado, ou a lei, ou os costumes, ou várias fontes concomitantes com critérios variados e a definição de quais prevaleceriam sobre os outros.

É interessante observar também – já que se analisa aqui a questão da validade e da aceitação das normas jurídicas – que a regra de reconhecimento da teoria de Hart apresenta semelhanças significativas com a *norma fundamental* proposta por Hans Kelsen, não obstante, também possuam diferenças importantes, motivo pelo qual entendemos que cabe tecer algumas observações sobre a aproximação entre as teses de Kelsen e Hart⁵⁸. As doutrinas positivistas modernas têm em comum a utilização de alguma espécie de norma

⁵⁷ Em um primeiro momento o professor britânico assegura que “na vida cotidiana de um sistema jurídico, a sua regra de reconhecimento só muito raramente é formulada de forma expressa [...]. Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores” (HART, 2005, p. 113). Entretanto, logo adiante será possível perceber que esta aceitação geral anunciada por Hart não é, segundo seu próprio entendimento, tão geral como até aqui se fez crer.

⁵⁸ O próprio Hart comparou sua proposta com a *Grundnorm* de Kelsen, não só na obra *O conceito de direito* (2005, p.274), mas também no texto “*El nuevo desafío del positivismo jurídico*”. Por motivos didáticos, escolheu-se efetivar tal comparação nesse tópico que fala especificamente da regra de reconhecimento e não na seção do texto em espanhol.

essencial como critério de identificação do sistema jurídico, servindo como sustentáculo ou alicerce deste:⁵⁹ tal é o caso da *norma fundamental* proposta por Kelsen ou da *regra de reconhecimento* de Hart. Entretanto, as duas não se confundem considerando que, conforme a formulação de seus respectivos propositores, a primeira é classificada na qualidade de norma hipotética, funcionando como *pressuposto teórico*, ou seja, uma norma que é suposta pelo pensamento jurídico servindo como base de fundamentação e validade para o ordenamento⁶⁰, enquanto a segunda é definida como um *fato social* que é aceito pelos participantes do sistema jurídico como sustentáculo donde as demais regras retiram sua validade. Nas palavras do próprio Hart:

La idea de la Norma Fundamental [...] tiene obviamente cierta afinidad con la de la Regla del Reconocimiento. Pero la última no es, como lo es la Norma Fundamental de Kelsen, un mero postulado o hipótesis de la teoría del derecho sino que tiene la naturaleza de una regla consuetudinaria realmente seguida por las agencias de aplicación (*law-enforcing agencies*) del sistema jurídico. (HART, 1980).

Os conceitos também são divergentes no que concerne à validade das respectivas normas: enquanto Kelsen defende que a validade de sua *Grundnorm* é pressuposta ou presumida, Hart – como dito anteriormente – afirma que não há que se falar na validade quanto à regra de reconhecimento, pois ou esta é reconhecida como tal pela sociedade ou simplesmente não existe.

Só necessitamos da palavra <<validade>> e só usamos comumente para responder as questões que se colocam dentro de um sistema de regras onde o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende de que ela satisfaça certos critérios facultados pela regra de reconhecimento. **Uma tal questão não pode ser posta quanto a validade da própria regra de reconhecimento** que faculta os critérios; esta **não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como**

⁵⁹ No mesmo sentido BOBBIO (1997, p. 61-62): “Afirmamos anteriormente que a primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que ela advinha de uma autoridade com poder legítimo de estabelecer normas jurídicas. [...] Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*”.

⁶⁰ Nas palavras do próprio Kelsen (2000, p. 163) “Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem. Enquanto um enunciado de ‘ser’ é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de ‘dever ser’ é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida. O fundamento de verdade de um enunciado de ‘ser’ é a sua conformidade a realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental. A procura do fundamento de validade de uma norma não é - como a procura da causa de um efeito - *um regressus ad infinitum*; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural”. No mesmo sentido ver BILLIER, Jean-Cassien. História da Filosofia do Direito. Capítulo 6.

apropriada para tal utilização. Expressar este simples facto dizendo de forma pouco clara que a sua validade é <<suposta, mas não pode ser demonstrada>>, é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar que a barra do metro-padrão em Paris, que é o teste último da correção de toda a medida métrica, é ela própria correta. (HART, 2005, p. 120, grifo nosso).

Retornando ao raciocínio do autor, no que concerne à identificação dos agentes que seriam cruciais na verificação dessa aceitação⁶¹ é importante um alerta: embora o professor britânico mencione de forma reiterada, em vários momentos de sua obra, a aceitação da regra de reconhecimento como sendo algo relacionado a todos os membros da sociedade (particulares, tribunais, funcionários, etc.) – o que realmente induz a uma ideia de que o filósofo inglês defende a necessidade de que a aceitação seja fenômeno compartilhado pelos diversos integrantes de uma comunidade –, ele termina sua análise sobre os requisitos de um sistema jurídico afirmando que, numa sociedade complexa onde a grande massa da população pode não ter uma compreensão de questões filosóficas e jurídicas de uma vasta complexidade (HART, 2005, p. 69), a aceitação das regras secundárias só seria necessária, dentre as quais as regras de reconhecimento, pelo corpo de funcionários e não pelos particulares, cabendo a estes últimos tão somente a obediência às regras de comportamento. Nas palavras do próprio autor:

Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para existência de um sistema jurídico. Por um lado, 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 aceites** como padrões públicos e comuns de comportamento oficial **pelos seus funcionários**. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual <<por sua conta apenas>> e sejam quais forem os motivos por que o façam; embora numa sociedade são eles aceitem de facto frequentemente estas regras como padrões comuns de comportamento e reconheçam uma obrigação de lhes obedecer, ou reconduzam mesmo esta obrigação à obrigação mais geral de respeitar a constituição. A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. (HART, 2005, p. 128, grifo nosso).

E reitera que a aceitação não é tão relevante no que concerne aos cidadãos:

A asserção de que um sistema jurídico existe é, portanto, uma afirmação bifronte, que visa tanto a **obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias** como padrões críticos comuns de

⁶¹ Percebe-se que Hart considera a regra de reconhecimento como um tipo específico de regra social que, como tal, é construída através de processos históricos que transcorrem a partir de fenômenos sociológicos, o que explica a questão da aceitação e a possibilidade de existirem diferentes regras de reconhecimento que podem variar conforme o tempo e também de sociedade para sociedade. Portanto, Herbert Hart, como defensor da ideia de um direito enquanto produto de uma atividade social (teoria das fontes sociais do direito), rejeita a tese de qualquer direito que não seja direito posto pela sociedade e por ela reconhecido como válido.

comportamento oficial. [...] A aceitação das regras como padrões comuns para o grupo pode ser desligada do aspecto relativamente passivo da aquiescência do indivíduo comum em relação às regras, obedecendo-lhes por sua conta apenas. (HART, 2005, p. 128-129, grifo nosso).

1.1.4 A textura aberta do direito e o poder discricionário

Como explicitado até aqui, Hart adota um conceito de direito baseado em um conjunto coordenado de regras primárias reguladas por regras secundárias, sendo que a certificação conclusiva a respeito de quais regras realmente pertencem ao sistema jurídico é efetuada através de uma norma fundamental – que existe graças ao reconhecimento a ela atribuído pelos integrantes (na verdade, pela parcela de integrantes que atuam como funcionários do sistema) de certa sociedade em um determinado período, o que, obviamente, ocorre em função de um processo histórico que considera necessariamente aspectos sociológicos do desenvolvimento daquela comunidade. Destarte, é óbvio que como construto humano, baseado nos conhecimentos disponíveis em determinada época por um grupo de pessoas, esta regra de reconhecimento não é capaz de cogitar todas as possibilidades de acontecimentos futuros que possam vir a transcorrer no seio da comunidade. Por si só, isto já demonstra a possibilidade, ao menos para as teses positivistas que têm como aspecto em comum considerar o direito como uma instituição socialmente construída, de que o sistema jurídico apresente a característica de ser incompleto no sentido de ocorrerem fatos que não se encaixem perfeitamente em nenhuma das regras existentes em determinado ordenamento.

Hart, entretanto, ao importar os, então, recentes métodos de análise da linguagem⁶² para a apreciação do direito, aborda essa questão da incompletude jurídica em um novo nível, relacionando-a com a impossibilidade de o sistema jurídico apresentar sempre uma resposta clara e incontroversa para todos os casos a serem analisados, em função de um atributo da

⁶² (STRUCHINER, 2002, p. 6-7) Onde o autor explica que o conceito de “textura aberta” foi utilizado pioneiramente por Friedrich Waismann, discípulo de Ludwig Wittgenstein, em um estudo sobre a possibilidade de verificação das afirmações em geral, portanto, ligado diretamente à filosofia da linguagem. Define Struchiner que “a textura aberta é a possibilidade permanente da existência de uma região de significado onde não conseguimos determinar com segurança se a palavra se aplica ou não”. E explica ainda o autor: “... a noção de textura aberta da linguagem mostra como as palavras que proferimos às vezes descrevem com exatidão ou alcançam de forma exata aquilo que está no mundo, enquanto outras vezes existe imprecisão e dúvida sobre aquilo que as nossas palavras pretendem descrever. Hart adotou este conceito, utilizado para tratar da linguagem natural como um todo, para mostrar como, no direito, as regras legais podem ser aplicadas sem maiores dificuldades em certos casos particulares e em outros casos a aplicação pode se mostrar extremamente problemática, demandando a utilização de critérios argumentativos que vão além da mera referência às regras legais”.

própria *linguagem* que seria, em si, limitada. As descrições feitas através da linguagem não podem possuir uma definição exaustiva, pois não há como saber de antemão todas as situações em que elas podem ou não ser usadas. Hart utiliza esta teoria aplicada ao direito, tendo em vista que este tem como sua matéria-prima a linguagem, afirmando que o direcionamento que ele pode oferecer quando contrastado com a análise de uma situação fática será muitas vezes limitado ou incompleto, trazendo mais um elemento capaz de explicitar a existência de “lacunas” no direito.

Em *O conceito de direito*, Hart (2005, p. 138) começa a tratar dos limites de orientações normativas – comunicações de padrões sociais – que podem ser feitas a grandes grupamentos humanos comparando duas formas de comunicação destes padrões gerais de comportamento: aqueles que podem ocorrer através do exemplo (precedente) e aqueles que acontecem por intermédio de “formas gerais explícitas de linguagem” (legislação), com o intuito de questionar a doutrina clássica que sempre considerou que a última forma de comunicação apresentava característica de segurança e de certeza que contrastava com as dúvidas advindas da transmissão feita por precedentes. Para iluminar esta questão, o autor compara estes precedentes às regras sociais que um pai poderia querer ensinar a um filho, através de exemplos comportamentais a serem repetidos e não por meio de comunicações verbais ou escritas. Tendo este exemplo em mente, o filósofo afirma que um filho, ao vislumbrar determinado conjunto de ações efetuadas pelo pai e que devem servir como modelo de conduta a ser repetido, poderia indagar quais aspectos daquela ação eram realmente relevantes e, portanto, necessários como elementos do padrão de conduta a ser repetido. Tais dúvidas não estariam, segundo a doutrina clássica, presentes nas comunicações feitas através da linguagem direta.

Hart questionará essa suposta diferença entre as formas de comunicação, apontando a conscientização da própria doutrina, durante o último século, quanto à falácia desta suposta segurança e clareza no que concerne à comunicação dos padrões de comportamento feita pela linguagem objetivamente propagada.

Em função do exposto, no que concerne a transmissão de orientações normativas por meio da linguagem, o autor afirma que duas situações podem ocorrer: primeiramente aqueles casos simples aos quais as expressões gerais são claramente identificáveis em relação aos fatos ocorridos e onde, portanto, não restaria dúvida sobre a aplicabilidade ou não da norma às referidas situações. Estes constituiriam a parcela mais abrangente dos casos ocorrentes em uma comunidade. Entretanto, poderiam suceder determinadas hipóteses onde não seria claro se a regra deveria ou não ser aplicada, situações estas ocasionadas pelo que Hart (2005, p.

140) chama de *crise na comunicação*: “há razões, quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece sua rejeição”. Aqui se encontra a denominada *textura aberta* do direito.

Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas uma das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; **nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação**. Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis [...] mas haverá também os casos em que não é claro se se aplicam ou não. (HART, 2005, 139, grifo nosso).

O filósofo britânico entende que as causas desta textura aberta das regras jurídicas, **além** da própria limitação da linguagem já exposta, seriam a *relativa ignorância de fato* e a *relativa indeterminação de finalidade*.⁶³ A primeira consiste na impossibilidade intrínseca do ser humano em ter conhecimento do número infinito de aspectos e circunstâncias que podem ocasionar e caracterizar os fatos sociais que possam vir a ocorrer e que serão confrontados com as normas, já a indeterminação de finalidade se relaciona com a dificuldade em estabelecer a orientação comportamental que deverá prevalecer justamente naquelas situações que não foram cogitadas quando da construção da regra e que deverão ser resolvidas sob pena de perpetuação de um conflito social. Por exemplo: suponha-se uma lei que, com o objetivo de manter a paz e a tranquilidade em uma área de lazer (um parque, por exemplo), afirma que nenhum veículo pode ser levado até o local. Partindo desta asserção, Hart argumenta que haveria os chamados casos simples – por exemplo, o impedimento feito aos automóveis, caminhões e motocicletas –, mas poderiam ocorrer certos casos onde a vedação imposta pela norma não seria tão clara nem segura: considerando que o objetivo da regra é manter a paz e a tranquilidade, mas também que se trata de uma área de lazer – e que a tranquilidade deve servir para que as pessoas possam desfrutar o momento de descanso e divertimento – a circulação de bicicletas, patinetes e similares também deve ser proibida? Ou, considerando que estes veículos são também utilizados como forma de divertimento e lazer, sua entrada seria permitida no parque? Aqui ocorre o que Hart denomina de disputa entre *interesses concorrentes* ou *conflitantes*, sendo que tais conflitos somente podem ser solucionados

⁶³ De uma forma mais poética, afirma o autor: “Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. E um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhe sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem diretiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade.” (HART, 2005, 141).

através do confronto entre a regra geral e o caso concreto não previsto e a consequente definição mais específica da finalidade inicial da norma, que deverá ser estabelecida à luz das próprias finalidades sociais. (HART, 2005, p. 143).⁶⁴

Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade. Quando nos atrevemos suficientemente a cunhar certa regra geral de conduta (por ex., uma regra que nenhum veículo pode ser levado para um parque), a linguagem usada neste contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação, e certamente podem apresentar-se ao nosso espírito exemplos claros do que cai certamente dentro do seu âmbito. São os **casos paradigmáticos ou claros** (o automóvel, o autocarro, o motociclo); e a nossa finalidade ao legislar é até determinada, porque fizemos uma certa escolha. Resolvemos desde o início a questão de que a paz e a tranquilidade no parque deviam ser mantidas à custa, em qualquer caso, da exclusão destas coisas. Por outro lado, até que tenhamos posto a finalidade geral da paz no parque em confronto com aqueles casos que não encaramos inicialmente ou não podíamos encarar (talvez um automóvel de brinquedo, movido eletricamente), a nossa finalidade é, nesta direção, indeterminada. Não resolvemos, porque não figuramos antecipadamente a questão que será suscitada pelo caso não contemplado, quando ele ocorrer: se algum grau de paz no parque deve ser sacrificado ou mantido relativamente às crianças cujo prazer ou interesse residem em usar estas coisas. (HART, 2005, 141-142, grifo nosso).

Situação ainda mais grave poderá ocorrer naqueles casos onde as comunicações de padrões sociais são feitas não pelo uso de leis, mas por meio de precedentes. Hart considera que as indeterminações advindas nesta hipótese são mais complexas, pois, além das questões referentes às limitações da linguagem que aqui também se fazem notar, outras dificuldades podem se apresentar pela própria natureza dos exemplos dotados de autoridade, cujas correlações que podem ser feitas com casos concretos possibilitam ambiguidades e incertezas ainda mais profundas. O autor cita como exemplo de comunicação de padrão social com base em precedentes um jovem que tem como exemplo de autoridade comportamental seu próprio pai, numa situação onde este adentra uma igreja e retira o chapéu. Algumas questões são cruciais para que a comunicação possa ser efetiva e cumpra seu objetivo, qual seja servir como parâmetro de comportamento social:

Até que ponto deve a atuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colado de novo na cabeça dentro da igreja? [...] <<De que modos deve a minha conduta assemelhar-se à dele, para estar certa?>> <<Que existe precisamente na sua conduta, que deva ser o meu modelo?>>. (HART, 2005, 138).

⁶⁴ Interessante observar que ao falar de finalidades sociais (p. 142-143), não há como não estabelecer algum grau de identificação com padrões morais estabelecidos pelas diferentes sociedades e, conseqüentemente, com a compreensão de que sociedades diferentes poderão apresentar soluções também diferentes para cada caso concreto a depender daquilo que consideram como “finalidades sociais razoáveis”, portanto, é possível perceber que a teoria de Hart reconhece a influência que os padrões morais podem exercer, ao menos em algumas situações, como critérios a serem considerados na resolução de casos pelo Poder Judiciário. Contudo, o tipo de influência exercida não é o mesmo defendido pela tese de Dworkin conforme ficará evidente ao longo do trabalho.

Em conclusão o filósofo inglês assevera que a textura aberta do direito se caracteriza por possibilitar que certas áreas da conduta – definidas como os **casos limítrofes ou difíceis** ou qualquer outra denominação adotada por um sistema que signifique uma falta de adequação perfeita entre a regulação e o caso concreto – sejam fixadas a posteriori pelos funcionários representantes do sistema, que serão responsáveis por determinar um equilíbrio dos interesses em conflito de acordo com as circunstâncias reais presentes, variantes conforme o caso a ser analisado.

É importante destacar que Hart não considera este caráter aberto a interpretações mais extensivas ou mesmo a posterior determinação da finalidade da norma como algo prejudicial ao direito ou mesmo à sociedade, pois este traço distintivo permitiria que as regras atendessem suas reais finalidades sociais podendo se amoldar aos fatos concretos na medida em que estes se apresentassem. Em sentido contrário, o autor considera que uma excessiva rigidez na busca de estabelecer sentidos extremamente definidos e fechados que pudessem abarcar todas as possibilidades factuais poderia garantir uma certeza e previsibilidades jurídicas questionáveis tendo como resultado soluções que podem não atender às demandas sociais de maneira adequada.

Criticando ambas as formas extremadas, sejam aquelas que procuram engessar o direito impedindo sua adequação às realidades não antevistas, sejam as que não apresentam nenhum traço de definitividade e de certeza desrespeitando as limitações que as próprias regras fornecem, Hart (2005, p. 17; 134, dentre outras) parece adotar uma postura intermediária, reiterando que **todas as regras são caracterizadas por um núcleo de certeza cercado por uma orla de imprecisão ou penumbra de dúvida**, não se podendo olvidar nenhuma destas características.⁶⁵ Para ele a forma correta de solucionar estes casos limítrofes, onde não haveria definição sobre a aplicação das regras pré-estabelecidas, consiste em uma escolha entre os interesses conflitantes, através da realização de uma ponderação que busque obter um “equilíbrio razoável entre as **pretensões sociais** que surgem em formas variadas insusceptíveis de apreender antecipadamente”. (HART, 2005, 145).

⁶⁵ Desta forma, embora o filósofo inglês não seja explícito no uso destes termos, induz que a escolha entre um sistema com critérios mais fixos e outro com relativa indeterminação parece representar a batalha entre uma previsibilidade jurídica de um lado e decisões que busquem respeitar as finalidades do próprio sistema jurídico (ou, ao menos, das regras jurídicas específicas) considerando as questões sociais, de acordo com o entendimento dos funcionários responsáveis por resolver os casos difíceis, que poderia ser traduzido, nos dias de hoje, como a opção entre uma segurança jurídica excessiva e a justiça das decisões judiciais. Embora Hart defenda uma postura positivista, é importante perceber como isso não o afasta de uma preocupação com as “finalidades sociais razoáveis” que o direito deve atender, o que seria possível, ao menos e alguns casos, graças a textura aberta da linguagem e do direito.

Daí o reconhecimento, por parte da teoria do professor britânico, de um **poder discricionário** conferido aos magistrados em função, justamente, desse caráter de textura aberta das normas, proveniente da imprecisão e indeterminação ocasionada pela própria linguagem ou pela impossibilidade do legislador prever todas as situações que possam ocorrer no contexto social.

A presença desse poder discricionário será alvo de uma das críticas mais veementes que Dworkin dispara contra a tese hartiana, motivo pelo qual devemos nos deter e analisar de forma mais detalhada e cuidadosa os aspectos que Hart realmente confere a este poder.⁶⁶ Em diversos momentos de sua obra, Hart (2005, p. 9; 16-17; 140; 143; 163; 166) parece identificar este poder discricionário com uma possibilidade de escolha entre as alternativas que se põem diante da autoridade responsável, seja nas situações onde este poder é exercido para regulamentar padrões por delegação do próprio legislador ou ainda naquelas onde os tribunais procuram determinar quais regras serão utilizadas nos casos concretos analisados. As primeiras ocorrências são aquelas onde

o domínio que deve ser juridicamente controlado é reconhecido desde o princípio como um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto, em contextos socialmente importantes mas imprevisíveis, que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem diretivas oficiais ulteriores. Por isso, para regular tal domínio o poder legislativo traça padrões muito gerais e delega então num corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de casos, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais. (HART, 2005, 143-144).

Quanto ao exercício desta escolha entre alternativas a ser exercida pelos magistrados, afirma o autor:

Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma **função criadora de regras** que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo.

[...] Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do **poder discricionário** pelos tribunais e por outros funcionários, **ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita**, pelos precedentes dotados de autoridade. (HART, 2005, 148-149, grifo nosso).

Nestes casos, caberia à autoridade responsável por eliminar a incerteza, até então presente, o papel de efetuar uma escolha entre as possibilidades que se verificam, pois, “se em

⁶⁶ Para uma análise sobre as críticas efetuadas por Dworkin ao poder discricionário ver, no próximo capítulo, seção 1.2.2.

tais casos as dúvidas não de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver” (HART, 2005, 140).

Percebe-se claramente que Hart qualifica o poder discricionário a ser exercido pelos magistrados como uma função criadora do direito. Porém, é importante ressaltar que o filósofo compara este poder – conforme pode ser comprovado nos trechos transcritos acima – às funções exercidas pelos órgãos administrativos, incumbidos pelo próprio poder legislativo, de precisar os padrões gerais determinados pelas regras aos diferentes tipos de casos que possam existir. Ora, é claro que a regulamentação posterior de diretrizes gerais só pode ocorrer, necessária e indubitavelmente, dentro dos limites conferidos pelas próprias diretrizes gerais emitidas pelo poder legislativo. Poder-se-ia, então, afirmar que, ao menos nos casos onde o poder discricionário dos magistrados se assemelha ao dos órgãos administrativos imbuídos de um poder regulamentar, essa função criadora do direito deve ser exercida dentro dos limites gerais estabelecidos pelas próprias regras.⁶⁷ Isto parece ser condizente com a posição adotada por Hart ao asseverar que as regras ocupam um lugar central na sua visão de sistema jurídico e que devem ser respeitadas, mesmo pela mais alta corte de um país que não tenha suas decisões sujeitas a alguma espécie de revisão. Ademais, mesmo nos casos onde exista uma atividade criadora por parte dos juízes, o autor reafirma a limitação que essas regras estipulam ao exercício do poder discricionário dos magistrados:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas **regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta**. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que **não pode ser desrespeitado livremente** por eles no exercício da autoridade para proferir decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema. Qualquer juiz em concreto, quando toma posse do seu cargo, como qualquer marcador quando inicia suas funções, encontra uma regra, por exemplo a que dispõe que os atos promulgados pela Rainha no Parlamento são direito, estabelecida como uma tradição e aceite como padrão de conduta daquele cargo. Esta regra circunscreve, ao mesmo tempo que permite, a atividade criadora dos seus titulares. (HART, 2005, p. 159) ⁶⁸

E finaliza o professor britânico confirmando que “os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir”. (HART, 2005, 161).

⁶⁷ Essa ideia de discricionariedade permitida e, ao mesmo tempo, limitada pelo próprio direito ressurgirá no texto “*El nuevo desafío del positivismo jurídico*” conforme será apresentado na seção 1.3.1.

⁶⁸ A palavra “marcador” é utilizada neste capítulo como sinônimo de árbitro de modalidade esportiva, sendo que Hart compara as funções de um juiz à de um árbitro no intuito de identificar a diferença entre as regras existentes em um sistema e as decisões proferidas pelas respectivas autoridades, não podendo haver confusão entre estas, mesmo que decisões equivocadas tornem-se definitivas.

Percebe-se, portanto, que a concepção de *limitação* deste poder discricionário pelas regras do sistema é ideia recorrente na obra do autor. Entretanto, é interessante observar que em outras ocasiões Hart parece tentar estabelecer limites ou diretrizes para a utilização deste poder discricionário que, aparentemente, não guardariam relação direta com as regras do sistema. Para isto utiliza formulações que remetem a termos que atualmente consideramos muito mais próximos de princípios do que de regras, como racionalidade, razoabilidade, escolha informada, finalidades sociais razoáveis, etc. (HART, 2005, p. 140; 143; 148; 159; 161; dentre outras). Já em outro capítulo de sua obra, o autor admite a possibilidade de a regra de reconhecimento dispor sobre a existência de uma discricionariedade ilimitada aos magistrados.⁶⁹

Ainda assim, o filósofo reconhece que a tradição jurídica prefere apresentar as decisões judiciais de uma forma onde, aparentemente, os juízes não estariam criando o direito, mas na verdade descobririam o verdadeiro direito a ser corretamente proferido. Mas a posição de Hart é contundente:

Não restam dúvidas de que os tribunais proferem seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. **Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha.** O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente <<significa>>. (HART, 2005, p. 16-17).

Estas assertivas serão de fundamental importância quando analisarmos as críticas tecidas por Dworkin em relação à possibilidade de existência de um poder discricionário como proposto por Hart, o que acarretará consequências relevantes para a tese da relação necessária entre o direito e a moral.

1.1.5 A separação entre direito e moral

⁶⁹ “Evidentemente que é *possível* que um sistema jurídico estabeleça que nenhuma regra consuetudinária tenha o estatuto de direito, até que os tribunais, no exercício de um poder discricionário **sem controlo**, assim o declarem. Mas aqui trata-se tão-só de *uma* possibilidade, que não pode excluir a possibilidade de outros sistemas em que os tribunais não tenham um tal poder discricionário”. (HART, 2005, p. 55, grifo em negrito nosso e em itálico no original).

Após explicitar que o direito, em sua **função primordial de controle social**, deve ser diferenciado das ideias de ordens, comandos, hábitos de obediência e outros conceitos típicos da teoria de John Austin – o que se fez através da proposta de compreensão do direito como a união entre regras primárias de obrigação e secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento –, Hart analisará as teorias que até então se opunham às chamadas *teorias imperativas*, mas que, diferentemente de sua própria tese, baseavam-se na pressuposição de que direito e moral estão *conectados* de algum modo *necessário*.

Segundo o autor, a forma mais extrema e clara da tese da relação necessária direito-moral seria aquela associada à tradição tomista do Direito Natural fundada em dois argumentos: a) há *princípios de moral ou justiça* que, ainda que tenham origem divina, são *passíveis de serem descobertos pela razão humana*; b) *as leis humanas que contrariem tais princípios não constituem um direito válido* ou, em outras palavras, “*lex iniusta non est lex*”. Outras versões da teoria compreendem a moral não como princípios imutáveis ou passíveis de descoberta pela razão, mas como passíveis de variação de acordo com a sociedade ou até mesmo de indivíduo para indivíduo.

Hart afirma que para os defensores desse tipo de tese, mesmo as contribuições trazidas por sua teoria, não seriam suficientes para apaziguar a insatisfação causada pelo não reconhecimento dessa importante conexão, considerada por eles como elemento primordial à correta compreensão do direito.

Os que advogam este ponto de vista podem não estar interessados em discutir as nossas críticas à teoria imperativa simples. Podem até aceitar que constitui um avanço útil; e que a união das regras primárias e das regras secundárias foi, na verdade, uma noção mais importante do que a de ordens baseadas em ameaças, como ponto de partida para a compreensão do direito. O seu argumento seria, contudo, o de que isto não basta, que mesmo aqueles elementos são de importância subalterna e que, até que a relação «necessária» com a moral se torne explícita e a sua importância central seja posta em relevo, as brumas que há tanto tempo enevoam a compreensão do direito não podem ser dissipadas. (HART, 2005, p. 170).

Procurar-se-á apresentar, nessa seção, os motivos pelos quais o professor britânico defende a teoria da separação conceitual entre a moralidade e a legalidade – um dos pilares do positivismo jurídico. Embora Herbert Hart não seja exatamente um filósofo moral, a análise de sua interpretação acerca do modo como se dá a relação moral-direito é relevante não só porque o corte teórico do presente trabalho pretende analisar tal conexão a partir do debate entre Hart e Dworkin – motivo que já autorizaria uma exploração das posições do filósofo britânico sobre o tema –, mas também porque se trata do ponto de vista daquele que é considerado um dos maiores filósofos juspositivistas da história, portanto, capaz de auxiliar

na compreensão de como o positivismo – ao menos o afiliado à escola hartiana – pode conceber a esfera de influência direito-moral.

Hart inicia seus argumentos indicando que há diversas interpretações possíveis dos termos “*necessária*” e “*moral*” e estas possíveis variações não estariam sendo devidamente consideradas nem pelos defensores da teoria da relação necessária nem pelos que advogam pela tese da separação conceitual. A partir deste e de outros comentários, propõe a necessidade de elucidar melhor tais diferenças através de um percurso que, embora não signifique uma inclusão mais substancial no campo da Filosofia Moral, poderá – sempre de acordo com Hart (2005, p. 171) – possibilitar ao leitor reflexivo elementos suficientes para formar uma opinião raciocinada acerca da veracidade e relevância da **tese da vinculação necessária**: a) distinção entre moral e justiça; b) identificação das características que distinguem “as regras e os princípios” morais de outros padrões de conduta sociais; c) definição dos diferentes sentidos e modos em que direito e moral podem estar relacionados.

1.1.5.1 A diferença entre moral e justiça e as respectivas conexões com o direito

Para Hart, apesar de ser frequente a utilização das ideias de moral e justiça como conceitos similares, tais termos não são coextensivos. A justiça, embora relevante para a apreciação crítica das soluções jurídicas, trata de um segmento que não é exatamente o mesmo daquele abarcado pelo campo da moral, pois constituiria uma parte específica desta. Portanto, o autor propõe a ideia de justiça como parte integrante, mas não totalizadora, do conceito de moral, conforme se evidencia no seguinte trecho:

Que justo e injusto sejam formas mais específicas de crítica moral do que bom e mau, ou certo e errado, resulta evidente do facto de que poderíamos pretender de forma inteligível que uma lei era boa porque era justa, ou que era má porque era injusta, mas não era justa por ser boa ou injusta por ser má. (HART, 2005, p. 172).

Ou ainda, de forma a esmiuçar a explicação,

A justiça **constitui um segmento da moral** que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com o modo por que são tratadas *classes* de indivíduos. [...] Mas **os princípios da justiça não exaurem a ideia de moral**; e nem toda a crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça. (HART, 2005, p. 182, grifo em negrito nosso e em itálico no original).

O professor de Oxford procura elaborar um “esboço da noção de justiça” (HART, 2005, p. 180) relacionando o conceito de justiça com a ideia de equidade⁷⁰ e, a partir daí, afirma que todas as aplicações das ideias de justiça ou equidade – e suas contrapartes injustiça e inequidade – são aplicações diretas ou derivativas de situações onde (a) é necessário **distribuir encargos ou benefícios** em sociedade ou (b) quando é necessário **reestabelecer**, através de **indenização ou reconstituição**, alguma situação social que foi perturbada em função de dano ocasionado a alguém. O princípio geral da ideia de justiça consistiria, então, na afirmação de que os indivíduos têm direito, quando em relação com os demais, a uma posição relativa de igualdade em determinado contexto social.⁷¹

Por isso a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um *equilíbrio* ou uma *proporção*, e seu preceito condutor é frequentemente formulado como <<tratar da mesma maneira os casos semelhantes>>; ainda que devamos acrescentar a este último <<e tratar diferentemente os casos diferentes>>. (HART, 2005, p. 173).

Essa ideia de **posição relativa de igualdade ou desigualdade** seria elemento *essencial* do conceito de justiça, mas *não suficiente*, já que não evidencia quais são as semelhanças e diferenças que devem ser consideradas como relevantes e, sem resolver esta questão crucial, não seria possível avaliar apropriadamente as leis, instituições, decisões e outros componentes sociais como justos ou injustos.

Tal sucede assim porque, em qualquer conjunto de seres humanos, eles assemelham-se entre si em alguns aspectos e diferem entre si noutros e, até que estejam estabelecidas que semelhanças e que diferenças são relevantes, «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes» permanecerá uma **fórmula vazia**. Para a preencher, devemos saber quando, para as finalidades em vista, hão-de ser considerados semelhantes os casos e que diferenças são relevantes. Sem mais este complemento, não podemos proceder à crítica das leis ou de outras disposições sociais como injustas. Não é injusto para o direito, quando proíbe o homicídio, tratar os assassinos de cabelo ruivo do mesmo modo que os outros; seria, na verdade, tão injusto se os

⁷⁰ Hart (2005, p. 172), ao tentar relacionar justiça e equidade, afirma que “os traços distintivos da justiça e a sua conexão especial com o direito começam a tomar forma, se se observar que a maior parte das críticas feitas em termos de justo e injusto poderiam se quase tão bem formuladas pelas palavras «equitativo» [*fair*] e «não equitativo» [*unfair*]”, mas não esclarece qual **parte** e porque não todas, além de também deixar vaga a questão do “*quase tão bem formulado*”.

⁷¹ Embora Hart não cite esse fato de forma expressa nesta explanação, é impossível não vislumbrar semelhanças nesta parte de sua exposição com os conceitos aristotélicos de *justiça distributiva e corretiva*: “Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas **distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas** entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um **papel corretivo nas transações entre indivíduos**. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias – voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos estes são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são violentas, como a agressão, o sequestro, o homicídio, o roubo a mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos”. (ARISTÓTELES, 1984, p. 124).

tratasse diversamente, quanto o seria se se recusasse a tratar diversamente o mentalmente são do anormal de espírito. (HART, 2005, p. 174, grifo nosso).

Percebe-se, assim, que no entendimento de Herbert Hart, a ideia de justiça seria formada por uma estrutura complexa com uma *parte uniforme e constante* (tratar de forma igual os semelhantes e de forma diversa os diferentes) e outra *parte mutável* (critério de igualdade ou diferença que é considerado relevante para determinada situação). Este **critério variável** torna a questão da definição da justiça no direito algo extremamente complicado, pois o critério se refere a “um padrão que varia com a classificação da coisa a que são aplicados” e pode variar não só de acordo com o tipo de questão, mas também em relação a um mesmo tipo de questionamento. Para facilitar o entendimento de seu raciocínio, Hart aprofunda sua explicação sobre a forma como esta variação pode ocorrer analisando duas situações onde a questão do critério variável influencia o direito: primeiramente em questões referentes à **aplicação do direito**⁷² a casos concretos e, posteriormente, em situações onde tal **crítica** é direcionada **ao direito em si** e não a sua aplicação. Na primeira hipótese, o autor defende que a definição ou identificação do critério variável não apresenta maiores dificuldades, já que aquilo que é relevante – e deve ser considerado pelo aplicador – é determinado pelo próprio direito, isto é, “aplicar o direito de forma justa a diferentes casos é simplesmente levar a sério a asserção de que aquilo que deve ser aplicado em diferentes casos é a mesma regra geral, sem preconceito, interesse ou capricho” (HART, 2005, p. 175). Já no segundo caso, quando ocorre a **crítica ao direito em si – ou às “próprias leis”**, na descrição do autor –, a situação para a definição dos critérios relevantes (de igualdade ou diferença) seria mais complexa, pois no caso da crítica feita ao próprio direito – e não a sua mera aplicação – não é possível que a determinação do critério variável seja estipulada pelo próprio direito, mas sim a partir de avaliações externas. Conforme explica o filósofo britânico:

É claro que o direito em si mesmo não pode determinar agora quais as semelhanças e as diferenças entre indivíduos que ele deve reconhecer, se se quiser que as suas regras tratem da mesma maneira os casos semelhantes e, portanto, sejam justas. Há aqui, por conseguinte, considerável espaço para dúvidas e controvérsias. **Diferenças fundamentais, de perspectiva geral, moral e política, podem conduzir a diferenças e a desacordo inconciliáveis** quanto às características dos seres humanos que devem ser consideradas relevantes para a crítica do direito como injusto. (HART, 2005, p. 175, grifo nosso).

⁷² O autor afirma ainda que diversos princípios processuais – como o contraditório – são exemplos desta concepção de justiça, sendo muitas vezes conhecidos na Inglaterra e nos Estados Unidos da América como **“princípios de Justiça Natural”**, posteriormente, em seu pós-escrito, especificaria essa forma de justiça relativa à aplicação do direito como a *“forma mais simples”*, consistente com uma imparcialidade na aplicação de uma regra geral a uma multiplicidade de pessoas, portanto, uma *“forma mínima de justiça”*. (Hart, 2005, p. 222-223).

Interessante observar que Hart – seguindo uma linha de argumentação coerente com o positivismo jurídico, mas inadmissível e constrangedora para a parcela da doutrina que defende como necessária a relação direito-moral – não vislumbra a crítica ao conteúdo do direito no sentido de justo ou injusto como algo vinculado à sua aplicação, mas sim como uma análise a ser feita de forma apartada e em momento distinto, o que fica evidente quando o catedrático de Oxford afirma que “*não é absurdo admitir que uma lei injusta proibindo o acesso de pessoas de cor aos parques seja aplicada de forma justa, no sentido de que apenas as pessoas genuinamente culpadas de violação da lei tenham sido castigadas nos termos desta, e isso só após um julgamento equitativo*” (HART, 2005, p. 175, grifo nosso). Mas – apesar de não vincular a crítica ao conteúdo jurídico com a questão de sua aplicação – é importante ressaltar que no que concerne à análise do **conteúdo** do direito, Hart **reconhece a existência de um espaço importante para a influência da moral na definição dos fundamentos para a escolha dos critérios relevantes de semelhanças e diferenças**, seja porque na avaliação do conteúdo jurídico – baseado em critérios de justiça – (a) não pode o próprio direito determinar as semelhanças e diferenças relevantes que precisam ser consideradas ou (b) podem ocorrer divergências significativas nesta determinação, decorrentes das diferentes perspectivas (geral, moral e política) que efetivamente estão presentes em uma sociedade complexa.

É [...] claro que os critérios das semelhanças e diferenças relevantes podem variar frequentemente com a perspectiva moral fundamental de uma dada pessoa ou sociedade. Onde isto sucede, a avaliação da justiça ou injustiça do direito pode defrontar-se com pretensões contraditórias inspiradas por uma moral diferente. (HART, 2005, p. 177).

Entretanto, o reconhecimento quanto a esta possibilidade de divergência acerca das diferenças e similitudes relevantes não significa que o direito não possa, em diversas outras situações, minimizar esta margem de discordância, o que pode ser feito, por exemplo, através da “análise do objeto que a lei em questão visa abranger”. Ora, os critérios de relativa igualdade ou desigualdade a serem considerados por uma lei que visa minimizar a pobreza certamente devem ter como padrão a *necessidade*, enquanto leis que visam determinar quem pode ou não exercer o direito de votar, em um processo democrático, necessariamente darão atenção à questão da *capacidade*.⁷³

Após a análise das situações de *justiça distributiva*, Hart (2005, p. 178) volta sua atenção para as questões referentes à *justiça restaurativa* – onde alguém provoca um dano à outra pessoa e donde decorre a necessidade de alguma espécie de reparação – nas quais

⁷³ Nesse ponto, Hart (2005, p. 177) parece afirmar que as leis têm funções, objetivos ou propósitos e que a correta análise desses pode acarretar numa situação onde existe “pouco espaço para controvérsia”.

vislumbra hipóteses onde as ideias de justiça e de moral poderiam influenciar criticamente o direito. Nestes casos, a injustiça poderia ocorrer de duas formas: (a) quando se estabelecem privilégios ou imunidades “não-equitativos” – favorecendo determinados segmentos sociais, de forma não razoável, em detrimento de outros; (b) quando não se reconhecesse nenhuma espécie de compensação aos danos causados, “mesmo que se considerasse moralmente devida uma indemnização. Nesta matéria, o direito poderia ser injusto, ainda que tratando todos da mesma maneira.” Ambos os casos incorreriam no desrespeito aos critérios de semelhança e diferença inerentes a ideia de justiça, mas a segunda hipótese se comunicaria com a questão moral a partir de um aspecto mais específico, qual seja o de uma **convicção moral**:

A conexão entre a justiça e a injustiça da indemnização por dano e o princípio de «tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes» reside no facto de que, **fora do direito, há uma convicção moral** de que aqueles com quem o direito se ocupa têm direito [moral] a uma abstenção recíproca quanto a certos tipos de conduta prejudicial. Uma tal estrutura de direitos e obrigações [morais] recíprocos, banindo pelo menos as espécies mais brutais de dano, constitui a base, ainda que não a totalidade, da moral de todo o grupo social. O seu efeito é **criar entre os indivíduos uma moral e, em certo sentido, uma igualdade artificial para compensar as desigualdades da natureza**. Porque quando o código moral proíbe que um homem roube ou use de violência para com outro, mesmo quando a superioridade de força ou a astúcia lhe permitiriam fazê-lo com impunidade, o forte e o astuto são nivelados com o fraco e o ingênuo. **As suas situações tornam-se moralmente semelhantes**. Por isso, o homem forte que não observa a moral e se aproveita da sua força para causar dano a outrem é visto como **fator de perturbação deste equilíbrio, ou ordem de igualdade, estabelecido pela moral**; a justiça exige então que este *status quo moral* seja reposto na medida do possível pelo autor do ilícito. [...] (HART, 2005, p. 179-180, grifo nosso).

Hart⁷⁴ busca explicar os motivos que levam a considerarmos, *do ponto de vista moral*, que os danos devem ser indenizados, indicando que quem ocasiona um dano a outrem age como se tivesse retirado algo da vítima, beneficiando-se de forma injusta; dessa situação decorreria a exigência *moral* da necessidade de restauração do *status quo* moral anterior, para que vítima e autor fossem novamente colocados em bases de igualdade, consequentemente, respeitando uma ideia de semelhança.

Após reconhecer a importância e a influência daquilo que ele mesmo denominou de “esboço da noção de justiça”, Hart (2005, p. 180) afirmará, entretanto, que “as exigências da justiça podem estar em conflito com outros valores”. Nesta parte, o autor argumentará que

⁷⁴ Mais uma vez é possível apontar que o autor segue a mesma linha de argumentação utilizada por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*: “Portanto, sendo esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz procura igualá-la; porque também no caso em que um recebeu e o outro infligiu um ferimento, ou um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos; mas o juiz procura igualá-los por meio da pena, tomando uma parte do ganho do acusado. Porque o termo “ganho” aplica-se geralmente a tais casos, embora não seja apropriado a alguns deles, como por exemplo, à pessoa que inflige um ferimento – e “perda” à vítima. Seja como for, uma vez estimado o dano, um é chamado perda e o outro, ganho.” (Aristóteles, 1984, p. 126).

podem ocorrer situações onde a ideia de justiça – ao menos em sua forma primariamente estabelecida até agora – deverá se curvar diante de outros valores que considera responderem melhor ao “bem-estar geral da sociedade”, “bem público” ou “bem comum”, sendo que esta ideia de bem geral da sociedade é, muitas vezes, reconhecida como “**justiça social**”, portanto, ainda preservando uma ideia de respeito ao conceito de justiça.⁷⁵ O autor argumentará, ainda, que são muito raras as decisões sociais que conseguem harmonizar a ideia de tratamento isonômico aos cidadãos com a noção de bem comum, pois, em geral o direito somente facultaria benefícios para uma classe da população à custa da privação de outros em relação a determinadas preferências.

O auxílio aos pobres só pode ser prestado a partir dos bens de outros; a educação escolar obrigatória para todos pode não só significar a perda da liberdade para os que desejam educar privadamente os seus filhos, mas pode ser financiada apenas à custa da redução ou do sacrifício de investimentos de capital na indústria, ou de pensões de velhice, ou de serviços de saúde gratuitos. Ao fazer uma escolha entre tais alternativas concorrentes, ela pode ser defendida como a escolha correta na base de que contribuiu para o «bem público» ou o «bem comum». (HART, 2005, p. 181).

Entretanto, Hart admite que não é muito claro o que significam tais frases relativas ao interesse da sociedade, já que não existiria uma escala definitiva para mensurar as eventuais contribuições para o bem comum, possibilitando identificar qual delas é a mais expressiva, dentre as diversas alternativas que existem. Isto não significa que não existem quaisquer critérios e que, por exemplo, o legislativo tem ampla liberdade para decidir por qualquer

⁷⁵ Hart oferece diversos exemplos onde o que entende como valores de interesse da sociedade devem sobrepujar sua concepção simples de justiça: “tal pode ocorrer quando um tribunal, ao condenar um determinado criminoso por um crime cuja prática se tornou muito frequente, profere uma sentença mais severa do que a proferida em outros casos semelhantes e fá-lo confessadamente «a título de advertência». Ocorre aqui um sacrifício do princípio «tratar da mesma maneira os casos semelhantes» à **segurança e bem-estar gerais da sociedade**. Em litígios civis, um conflito semelhante entre a justiça e o bem geral é resolvido a favor deste último, quando o direito não concede remédio para certos atos moralmente ilícitos, porque a execução de uma indemnização em tais casos poderia envolver grandes dificuldades de prova, ou sobrecarregar os tribunais, ou indevidamente prejudicar o espírito de iniciativa. [...] Inversamente, o direito pode, em nome do **bem-estar geral da sociedade**, impor uma indemnização àquele que tenha causado danos a outrem, mesmo quando moralmente, enquanto questão de justiça, se poderia julgar não devida. Diz-se frequentemente ser este o caso, quando a responsabilidade civil é objectiva, isto é, isenta da intenção de causar dano ou da abstenção do emprego de diligência. Esta forma de responsabilidade é, por vezes, defendida na base de que é no **interesse da «sociedade»** que aqueles que sofram acidentalmente danos devem ser indemnizados, e argumenta-se que a via mais fácil para o fazer é impor o encargo àqueles de cujas actividades, por mais cuidadosamente fiscalizadas que sejam, resultam tais acidentes. Essas pessoas têm geralmente largos recursos e oportunidades para se segurarem contra tais riscos. Quando este argumento é avançado, há nele um apelo implícito ao bem-estar geral da sociedade que difere, embora possa ser moralmente aceitável e algumas vezes chamado mesmo de «justiça social», das formas primárias de justiça que se ocupam simplesmente de repor, tanto quanto possível, o *status quo* entre dois indivíduos”.

Nesse tipo de afirmação percebe-se claramente um apelo a uma concepção **utilitarista** onde se defende uma postura de benefício social ainda que em detrimento de um tratamento “justo” para com os indivíduos. Esta postura será um dos focos de crítica severa por parte de Dworkin, que – de acordo com sua postura liberal – defenderá que os direitos individuais são verdadeiros trunfos que não podem ser desprezados mesmo diante de supostos interesses sociais (ver, em especial, seção 1.2.4 do presente trabalho).

alternativa de forma ampla e irrestrita, pois, eventuais escolhas feitas sem que sejam considerados os diferentes interesses de todos os segmentos sociais poderiam ser criticadas como sendo parciais e, portanto, injustas. Portanto, “parece claro que a justiça neste sentido é, pelo menos, uma condição necessária que deve ser satisfeita por qualquer escolha legislativa que pretenda ser assumida para o bem comum”.

Em conclusão, o filósofo busca elencar argumentos para vincular a ideia de justiça a uma posição relativa de igualdade em determinado contexto social, o que constituiria apenas uma parte daquilo que denominamos como moral, enquanto esta última seria considerada algo mais abrangente. Destarte, para Hart (2005, p. 182), “nem toda a crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça”. Mas como identificar o que seria moral na concepção hartiana?

1.1.5.2 Características dos valores morais

Após enfatizar a diferença entre a ideia de justiça e a concepção de moral, Herbert Hart buscará especificar quais as características que considera essenciais para identificar a moral, iniciando com comentários acerca das similitudes e diferenças entre a moral e outros padrões que buscam regular a conduta social. Uma das questões mais relevantes desta seção, para o presente trabalho, refere-se às comparações específicas entre regras jurídicas e morais, pois o autor admite a existência de algum grau de relação entre o direito e a moral, chegando a afirmar de forma expressa que “em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre obrigação jurídica e a moral” (HART, 2005, p. 185).

Dentre as semelhanças entre os dois conceitos sociais podem citar-se:

Caracteristicamente, a obrigação e o dever morais, tal **como muitas regras jurídicas, dizem respeito ao que deve ou não deve ser feito** [...]. Tais regras exigem omissões ou ações, que são simples, no sentido de que não se exigem qualquer aptidão ou inteligência especiais para a sua realização. As obrigações morais, **como a maior parte das obrigações jurídicas, estão ao alcance da capacidade de qualquer adulto normal**. A observância destas regras morais, **como das regras jurídicas, é considerada como uma questão assente**, por forma que, enquanto a infração acarreta censuras sérias, a conformidade com a obrigação moral, **novamente como sucede com a obediência ao direito, não constitui motivo para elogio**, exceto quando é marcada por retidão, estoicismo ou resistência a tentação especial, quando sejam de natureza excepcional.

[...]

Contudo, a moral social das sociedades que atingiram o estágio em que esta pode ser distinguida do seu direito, sempre inclui certas obrigações e deveres que exigem o **sacrifício de inclinações ou interesses privados, facto que é essencial à**

sobrevivência de qualquer sociedade [...]. Entre tais regras obviamente exigidas pela vida social estão as que proíbem, ou, pelo menos, **restringem o livre uso da violência**, as regras que **exigem certas formas de honestidade e veracidade** no trato com os outros, e as regras que **proíbem a destruição de coisas corpóreas ou a sua apropriação**, tirando-as a outros. Se a observância destas regras muito elementares não fosse concebida como coisa corrente no seio de um qualquer grupo de indivíduos, que vivam em estreita proximidade uns dos outros, deveríamos duvidar da descrição do grupo como uma sociedade e **poderíamos ter a certeza de que ele não haveria de durar por muito tempo.** (HART, 2005, p.185-186, grifo nosso).

Apesar destas “semelhanças notáveis”, de um vocabulário comum que não é acidental – já que podemos falar em regras, obrigações, direitos e deveres para nos referir a estes dois campos distintos – e dessa área de influência entre a moral e direito, Hart afirma que existem certas características que não são partilhadas pelo direito e pela moral e que, se identificadas de forma correta, podem auxiliar na distinção das regras morais não só em relação às normas jurídicas, mas também no que concerne às outras regras sociais. Em sua tentativa de identificar especificamente os princípios, regras e padrões que pertenceriam especificamente à moral – portanto, que tornariam condutas moralmente obrigatórias – o professor de Oxford indica duas grandes dificuldades para a concretização de seu desiderato. Primeiramente, a verificação de que o fenômeno da textura aberta também ocorre em relação às palavras moral, ética ou correlatas – ou seja, podem existir determinadas regras de conduta que alguns classificarão como pertencentes à moral enquanto outros não. Em segundo lugar o desacordo filosófico quanto ao estatuto daquilo que se considera como moral: são princípios imutáveis aguardando a descoberta pela racionalidade humana ou são expressões de realidades mutáveis, baseadas em atitudes, escolhas, exigências ou sentimentos humanos? Ou talvez se caracterizem como algum ponto entre estas posições extremas do relativismo e do universalismo morais?

Hart (2005, 183) afirma que procurará evitar estas dificuldades filosóficas através da identificação de algumas características fundamentais⁷⁶ que “se encontram conjugadas nesses princípios, regras e padrões de conduta que são mais comumente considerados «morais»” e que “refletem aspectos diferentes de uma típica função importante que tais padrões

⁷⁶ No intuito reforçar a validade da escolha dessas características, Hart (2005, 183) afirma que “a pretensão de que a moral tem estas quatro características aparece como neutra entre teorias filosóficas opostas, quanto ao seu estatuto ou carácter «fundamental». Por certo, quase todos, senão todos, os filósofos estariam de acordo em que estas quatro características serão necessárias em qualquer regra ou princípio moral, embora apresentassem interpretações ou explicações muito diferentes do facto de a moral as possuir.” O autor, admite que alguém pode alegar que essas características sejam necessárias, mas não suficientes para distinguir a moral de outras regras ou princípios de conduta, entretanto, afirma que advogará a favor desse “sentido mais amplo de «moral»”, baseado no fato de que ele está de acordo com o uso prevalente e também desempenha uma importante função, suscetível de distinção na vida social e individual.

desempenham na vida social ou na vida dos indivíduos”. São elas a *importância*; a *imunidade à alteração deliberada*; o *caráter voluntário dos delitos morais*; as *formas de pressão moral*.

Entretanto, é importante ressaltar desde já que tais características se referem mais especificamente ao que Hart chama de “princípios, regras e padrões” morais – que se traduziriam em obrigações e deveres morais - e não a todas as formas daquilo que se concebe como moral.

A obrigação e o dever morais são o substrato da moral social, mas não são tudo [...] É, todavia, simultaneamente verdadeiro e importante que **a moral inclui muito mais realidades do que as obrigações e os deveres** que são reconhecidos na prática efetiva dos grupos sociais. A obrigação e o dever são apenas o substrato da moral, mesmo da moral social, e há formas de moral que se estendem para além da moral partilhada e aceite de sociedades concretas. (HART, 2005, p. 196-197, grifo nosso).

O professor de Oxford aponta, dentre as questões que poderiam ser incluídas no âmbito daquilo que denomina moral, os seguintes conceitos: ideais e virtudes morais, princípios e ideais utilizados na crítica moral da própria sociedade e os aspectos privados da moral.

i) **Ideais e virtudes morais** – diferentemente das obrigações morais, a realização de tais ideais e virtudes não é vislumbrada como um dever no sentido de que seu descumprimento não merece censura e sua concretização é digna de louvor, pois vai além da simples obrigação, caracterizando aqueles que se comportam senão como santos e heróis ao menos como portadores de virtudes morais dignas de reconhecimento social.

ii) **Princípios e ideais críticos à sociedade** – o autor define alguns critérios que serviriam como marco crítico para qualquer comportamento social, portanto, serviriam não somente para criticar a chamada moral *aceite* ou *positiva* como também o ordenamento jurídico ou, ainda, quaisquer outros padrões de comportamento social. Ao enfatizar a possibilidade de encontrarmos princípios e ideais morais que servem de referência crítica a alguns padrões determinados socialmente (por exemplo, situações: onde a restrição à liberdade humana pode estar sendo efetuada sem que disso surja qualquer benefício relevante para a sociedade; onde a moralidade social é “desnecessariamente repressiva, cruel, supersticiosa ou não-esclarecida”; em que a proteção advinda da moral social inclui apenas certas classes ou segmentos em detrimento de outros que são relegados arbitrariamente) Hart admite a existência de valores que poderiam ser utilizados como critérios para a classificação de instituições sociais – incluindo o direito – como justas ou injustas, embora faça a ressalva que tais valores poderiam se basear naquilo que é aceito “universalmente” (em todas as

morais sócias existentes) ou em uma concepção específica – e, aparentemente, ainda não “universal” – de um valor ou conjunto de valores.⁷⁷

Está implícita neste tipo de crítica, à qual (mesmo que pudesse ser rejeitada) seria certamente atribuído o reconhecimento como **crítica «moral»**, a **presunção de que o ordenamento da sociedade**, incluindo a sua moral aceite, **deve satisfazer duas condições formais**, uma de **racionalidade** e outra de **generalidade**. Assim, está implícito em tal crítica, em primeiro lugar, que **o ordenamento social não deve repousar nas crenças que se pode demonstrar serem errôneas**, e, em segundo lugar, que **a proteção** contra o mal que a moral assegura de forma característica, através das ações e omissões que exige, **deve ser estendida, pelo menos, a todos os homens que são capazes de observar tais restrições e estão dispostos a fazê-lo**. Desse modo, tal crítica moral da sociedade [...] retira a sua natureza moral do facto de **convidar a reformas**, quer **em nome de um valor ou conjunto de valores já reconhecidos** (embora, talvez, numa dimensão inadequada) **em todas as morais sociais existentes**, quer em nome de uma concepção destes, refinada e ampliada, de forma a satisfazer as duas exigências de racionalidade e generalidade. (HART, 2005, p. 198-199, grifo nosso).

iii) **Aspectos privados da moral** – o autor afirma ainda que a moral teria seus aspectos privados, “mostrados no reconhecimento pelo indivíduo dos ideais que ele não tem necessidade nem de partilhar com os outros, nem de considerar como uma fonte de crítica dos outros e, muito menos, da sociedade como um todo”, enfatizando que aqui se fala de moral tendo em conta uma analogia de forma ou função – e não de conteúdo – já que tais ideias desempenhariam na vida do indivíduo o mesmo papel que a moral desempenha na sociedade.

Feitos estes esclarecimentos, cabe analisar as quatro características fundamentais das regras ou princípios morais que, de acordo com proposta de Hart, podem colaborar para identificação da moralidade e sua distinção de outros padrões sociais.

1) Importância – o autor enfatiza que, embora tal afirmação possa ser criticada como um mero truísmo por alguns, é relevante reafirmar como um traço comum a qualquer regra moral o fato de ser considerada como algo de grande importância e valor.⁷⁸ Tal assertiva poderia ser confirmada de diferentes modos: pelo fato de tais regras ou princípios serem mantidas mesmo contra fortes paixões e à custa do sacrifício de interesses pessoais consideráveis; pela existência de sérias pressões sociais exercidas tanto para manter sua observância quanto para garantir que os padrões morais sejam ensinados e comunicados a

⁷⁷ Portanto, Hart não nega em nenhum momento a possibilidade de críticas morais ao direito, reconhecendo ainda que tais críticas visam a reformas, no sentido de tornar tal ordenamento mais justo de acordo com algum conjunto de valores. Entretanto, como ficará evidente a partir da próxima seção, todas essas influências que a moralidade pode exercer no direito ocorreriam, prioritariamente de uma forma exterior ao próprio direito (a moralidade não faria parte do conceito de direito) ou, no máximo, poderiam influenciar internamente no direito apenas quando o próprio direito assim permitisse, portanto, por determinação do próprio direito e não em função da importância de tais valores de *per se*.

⁷⁸ Embora o reconhecimento dessa importância não signifique, evidentemente, que a moral social não esteja sujeita a críticas e até à condenação como equivocada ou injusta (Hart, 2005. P. 189).

todos os membros da sociedade; ou ainda pelo argumento de que, se tais padrões não forem mantidos, poderiam ocorrer desagradáveis alterações significativas para a vida dos indivíduos. Já as outras normas de conduta social, incluído o direito, não têm como elemento *essencial* este alto patamar na escala de importância, embora esta possa estar presente como característica contingente.

Para exemplificar: será que, de forma geral e com foco na sociedade como um todo, considera-se sumamente importante a lei que estipula o sentido do tráfego em determina rua ou avenida com pequena circulação de carros?⁷⁹ Mesmo detendo a análise apenas nas normas constitucionais, ápice do ordenamento jurídico em países de democracia constitucional e que, portanto, supostamente contém as normas mais relevantes de uma nação, talvez possamos encontrar algumas regras que não tenham uma relevância tão expressiva, ao menos para quase totalidade da população. No Brasil já é exemplo jocoso das aulas de Direito Constitucional, no sentido de demonstrar que nem todas as normas da Carta Magna se revestem de uma fundamental relevância, a citação ao parágrafo 2º do artigo 242 que enuncia: “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Embora Hart reconheça que algumas regras jurídicas, bem como outras normas sociais, podem ser consideradas extremamente relevantes, ele é categórico em afirmar que “a importância não é essencial ao estatuto de todas as regras jurídicas como o é às da moral”, dessa forma, as regras jurídicas podem ser consideradas irrelevantes ou pode até mesmo haver certa concordância sobre a necessidade de sua revogação, mas permanecem como regra jurídica até que sejam revogadas⁸⁰. Entretanto, seria estranho imaginar uma regra que ninguém considera importante como parte integrante da moral de uma sociedade, motivo pelo qual a característica da importância estaria sempre impregnada nas normas morais.

2) Imunidade à alteração deliberada – Diferentemente das regras jurídicas e de forma semelhante a outras regras sociais, as normas morais não poderiam ser criadas ou

⁷⁹ No Brasil, por exemplo, a ONG Transparência Brasil realiza pesquisa denominada “Projeto Excelências: parlamentares em exercício no país” que, dentre outros dados, aponta que grande parcela dos projetos de lei que são colocados em votação pelos diversos órgãos legislativos federais, estaduais e municipais é considerada “sem relevância” (“Homenagens a pessoas e instituições; Batismos de logradouros, salas, etc.; Simbologia; Cidades-símbolo, Cidades-irmãs; Pedidos de convocação de sessões solenes e especiais para comemorações e homenagens; Datas comemorativas; Criação de honrarias”) para a vida do cidadão médio. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/@pls.php>>.

⁸⁰ Embora Kelsen concorde com a afirmação de Hart no sentido de que “dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada”, o criador da *Teoria pura do direito* complementa esta ideia afirmando que “uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe **corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida**. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). **Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência.**” (KELSEN, 2003, p.12, grifo nosso).

modificadas de forma intencional, planejada, deliberada, mas tão somente pelos processos morosos e não intencionais típicos das normas transmitidas tradicionalmente. Tanto as normas morais como aqueles outros padrões “tradicionais” de conduta humana não seriam logicamente compatíveis com a ideia de opção deliberada.

Boa parte da filosofia moral está consagrada à explicação desta característica da moral e à elucidação do sentido de que a moral é algo que «existe» para ser reconhecido e não feito por uma opção humana intencional. [...] As regras adquirem e perdem o estatuto de tradições ao desenvolverem-se, ao serem praticadas, ao deixarem de ser praticadas e ao caírem em desuso; e as regras criadas ou eliminadas de outro modo que não por estes processos lentos e involuntários não poderiam, por isso, adquirir ou perder o estatuto de tradição. (HART, 2005, p. 191).

Obviamente isto não significa que tais padrões são imunes a qualquer tipo de alteração – como se fossem algo dado e impassível de modificação – e Hart (2005, p. 191-192) chega a reconhecer algumas importantes relações que podem ocorrer, na prática de uma sociedade, entre as modificações legislativas e as alterações dos valores morais ou demais padrões sociais:

Embora uma regra moral ou uma tradição não possam ser revogadas ou alteradas por opção ou ato legislativo intencionais, a aprovação ou a revogação de leis podem bem estar entre as causas de alteração ou decadência de um qualquer padrão moral ou de uma qualquer tradição. [...] os atos legislativos podem estabelecer padrões de honestidade e de humanidade que, em última análise, vão alterar e elevar a moral corrente; inversamente, a repressão jurídica de práticas consideradas moralmente obrigatórias pode, finalmente, levar a que o sentido da sua importância e, portanto, o seu estatuto como moral se perca; contudo, muitas vezes, o direito perde tais batalhas com a moral arreigada, e a regra moral continua em plena vigência, a par das leis que proíbem o que ela estabelece.⁸¹

Mas estas situações onde o direito pode exercer influência na alteração da moral e de outros padrões sociais certamente não podem ser confundidas com a possibilidade de alterações propositais: primeiro porque caso haja alteração ela não ocorreu por influência única do direito (este foi apenas um dos fatores); segundo porque, conforme afirmado por Hart, não há garantias de que essa modificação – por mais desejada, buscada e planejada que possa ser pelas autoridades legislativas – efetivamente ocorrerá, o que só reforça a ideia de imunidade à alteração deliberada. Também não se deve confundir a possibilidade de determinadas normas jurídicas serem imunizadas contra alterações – as cláusulas pétreas constitucionais, por exemplo – com a imunidade das normas morais, pois enquanto esta é

⁸¹ Essa última frase demonstra como Hart, apesar de defender a teoria da separação conceitual entre direito e moral, reconhece a importância e a força que a questão moral tem para as sociedades sendo a moralidade, muitas vezes, mais poderosa do que o próprio direito. Isso pode auxiliar na desmistificação de uma ideia que muitas vezes é erroneamente propagada no sentido de que os positivistas consideram que o direito é mais relevante que a moral: o que, na verdade, é proposto por boa parte dos positivistas é tão somente que os dois conceitos atuam de forma conceitualmente independentes, embora possam sofrer influências factuais recíprocas.

necessária e involuntária, a outra é contingente e planejada. Sem olvidar a possibilidade sempre latente da promulgação de uma nova constituição, rejeitando-se as imunizações não mais desejadas.

Em conclusão, a possibilidade de alteração intencional das normas jurídicas é, de acordo com Herbert Hart (2005, p. 192), um dos fatores característicos que diferenciam moral e direito, já que “a ideia de um poder legislativo moral com competência para criar e alterar a moral, como os atos legislativos criam e alteram o direito, repugna a toda a noção de moral”.

3) Caráter voluntário dos delitos morais – o autor inicia a descrição desta característica criticando a antiga concepção de que a moral se preocuparia apenas com os aspectos “internos” do comportamento humano, enquanto o direito somente cuidaria dos aspectos “externos”. A verdadeira ideia por trás destas assertivas, afirma Hart, diria respeito às características proeminentes das respectivas responsabilidades moral e jurídica, mas não poderia ser utilizada para afirmar a completa alienação do direito quanto às intenções ou motivos de uma ação, tampouco para defender que os resultados das ações são absolutamente irrelevantes para a moral.

Esclarecido este ponto, Hart defende que os delitos morais apresentam uma “exigência geral do dolo [*mens rea*]” como característica típica, pois se alguém age de forma não intencional e ressaltando todas as preocupações que lhe eram possíveis observar, existiria uma “desculpa” da qual se beneficiaria excluindo, desta forma, a censura moral quanto a suas ações. Essa preocupação com a necessidade do dolo poderia ocorrer, até certo ponto, com o direito⁸², todavia, estas “causas de exclusão da culpa” seriam limitadas em todos os sistemas jurídicos por diversos motivos (dificuldades de avaliação ou comprovação do estado mental, capacidade ou motivação do agente; concepção de responsabilidade objetiva como forma de suposto benefício da vida em sociedade, etc.), ocasionando situações onde as normas jurídicas poderiam prescrever sanções independentemente da existência de dolo. Por isso a frase “não pude evitá-lo” serviria como uma escusa moral, mas, não necessariamente, como uma exclusão de responsabilidade jurídica.

Hart ainda diferencia os conceitos de *desculpa* (ou *exclusão de culpa*) e *justificação*, pois a falsa ideia de que a moral não exigiria comportamento externo seria, segundo o autor,

⁸² Hart (2005, p. 193, grifo nosso) chega a afirmar que “um sistema jurídico estaria sujeito à **condenação moral séria**” se não observasse “pelo menos nos casos de crimes graves puníveis com penas severas” esta exigência geral de dolo para “assegurar que aqueles que ofendem por incúria, sem intenção ou em condições em que lhes faltava a capacidade do corpo ou do espírito para agirem em conformidade com o direito, deviam beneficiar de desculpa”.

ocasiona por uma confusão dessas duas ideias. Ato *justificado* seria aquela “espécie de conduta que o sistema não cuida de impedir e pode mesmo encorajar, embora seja, claro, uma exceção à proibição geral” (por exemplo, no caso do homicídio em legítima defesa), enquanto as *causas de exclusão de culpa* se caracterizam por concepção moral subjacente que, ao contrário da questão anterior, não significam uma espécie de política de permitir, acolher ou encorajar exceções à regra geral, mas sim consistem na constatação da falta de “capacidade normal, para acatar as exigências do direito”. Portanto, reitera o autor de forma a reforçar sua crítica inicial:

Daí que este aspecto do «carácter interno» da moral não signifique que a moral não seja uma forma de controlo da conduta exterior, mas tão-somente que é **uma condição necessária para a responsabilidade moral** que o indivíduo deva ter um certo tipo de controlo sobre a sua conduta. Mesmo na moral há uma diferença entre a frase «ele não procedeu mal» e a frase «não pôde evitar fazer o que fez». (HART, 2005, p.194-195).

4) Forma de pressão moral – a última “característica fundamental” das normas morais especificadas por Hart (2005, p.195, grifo nosso) consiste na forma específica da pressão moral exercida sobre os indivíduos. Enquanto a forma típica de pressão jurídica ocorreria através de ameaças (coerção/sanção) de castigo físico ou de consequências desagradáveis apelando, portanto, para o medo ou o interesse; a pressão moral é exercida tipicamente – embora não exclusivamente - por meio de “apelos ao respeito pelas regras como **realidades importantes em si** mesmas, o que se presume ser partilhado pelos respectivos destinatários”, ou seja, através da “lembrança da natureza moral da ação encarada e das exigências da moral”, de “apelos à **consciência**” e da “confiança no funcionamento da culpa e do remorso”. Tais meios específicos de pressão seriam uma consequência necessária da característica da *importância* das normas e padrões morais – ou seja, da consciência que os indivíduos supostamente têm de que atitudes que contrariem estas normas sociais sumamente relevantes estão tão em desacordo com os valores sociais que ocasionam culpa e remorso em quem as pratica e certa repulsa em quem as observa.

Após apresentar aquilo que compreende como as quatro *características fundamentais* das regras morais, Hart afirma que tais critérios são *formais*, no sentido de que não se referem a qualquer conteúdo, ou mesmo finalidade, aos quais as regras devam se relacionar para serem consideradas morais. O autor defende que este é um significado intencionalmente mais lato de moral, em contraposição a um sentido mais estrito que alguns moralistas adotariam ao incluir uma quinta característica fundamental, concretizada na ideia de conexão entre “moral e necessidades e interesses humanos”.

Embora o autor não inclua essa característica em seu rol de elementos fundamentais – alegando que a moral não regula somente temas relacionados a necessidades e interesses humanos, mas também condutas que “podem de facto não molestar os outros” e, apesar disso, podem ser encaradas com o mesmo respeito instintivo que as primeiras e fazendo “parte da imagem geralmente aceite da vida que se espera e, na verdade, se presume que os indivíduos devam levar” – ele reconhece a presença de tais *valores essenciais* em todos os códigos morais se realmente pretendemos viver em sociedade:

Insistimos em que se encontrarão, em todos os códigos morais, alguma forma de proibição do uso da violência, relativamente a pessoas ou coisas, e exigências de verdade, de comportamento correto e de respeito pelos compromissos. Admitidas apenas **certas verdades muito evidentes sobre a natureza humana** e o carácter do mundo físico, tais coisas podem ver-se de facto como sendo **essenciais**, se os seres humanos deverem viver permanentemente juntos, em estreita proximidade, e seria, por isso, extraordinário se as regras que dispõem sobre tais realidades não se revestissem, por toda a parte, da importância moral e do estatuto que descrevemos. Parece claro que o sacrifício do interesse pessoal que tais regras *exigem* é o preço que tem de pagar-se num mundo tal como o nosso, para viver com os outros, e a proteção que *concedem* é o mínimo que, para seres como nós, faz valer a pena na viver com os outros. Estes factos simples constituem [...] um núcleo de verdade indiscutível nas doutrinas do Direito Natural. (HART, 2005, p. 196, grifo nosso).

1.1.5.3 Modos de relação entre moral e direito

Como asseverado no início desse capítulo, Hart afirma que para se analisar corretamente a teoria da conexão necessária entre direito e moral, é preciso compreender que há diversas interpretações possíveis do termo “*necessário*”, bem como “há muitos tipos diferentes de relação entre o direito e a moral”. Portanto, o professor de Oxford reconhece a existência de alguma relação entre direito e moral, chegando a questionar se alguém negaria algum nível de relação:

Por vezes, o que se afirma é uma espécie de conexão que poucas pessoas, se é que algumas, negaram alguma vez; mas a sua existência incontroversa pode ser erradamente aceite como sinal de alguma conexão mais duvidosa ou mesmo confundida com esta. Assim, não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. (HART, 2005, p. 201).

Dessa forma, o autor irá se insurgir não contra a ideia de tal conexão evidentemente existente, mas contra o entendimento dessa como uma necessidade de que o direito deva –

juridicamente falando – se conformar com as ideias de moral ou justiça; como uma convicção de que as leis devam reproduzir ou satisfazer exigências morais ou, ainda, como uma afirmação de que os critérios de validade jurídica devam incluir, de forma tácita ou expressa, alguma referência à moral ou à justiça. Sendo assim, ele tentará distinguir alguns significados diferentes daquilo que se deseja defender através da pretensão de que o direito deve se conformar com a moral⁸³, deixando claro, já no início da exposição, sua postura contrária à tese da conexão necessária nos sentidos supracitados, asseverando que ao menos algumas das afirmações feitas pelos defensores desta teoria, ou não conseguiriam “tornar claro o sentido em que a conexão entre o direito e a moral é afirmada como sendo necessária” ou pecariam pelo fato de “querer dizer algo que é simultaneamente verdadeiro e importante, mas que é muito confuso apresentar como uma conexão necessária entre o direito e a moral” (HART, 2005, p. 218).

D) Poder e autoridade – Considerando que um dos objetivos da obra de Hart é diferenciar o conceito de direito da ideia de comandos, ordens e hábitos de obediência propostos pelas teses imperativas, o autor defende que um sistema jurídico não se baseia – nem poderia se fundamentar – no simples reconhecimento da existência de poder do homem sobre o homem. Portanto, afirma-se que “o poder coercivo do direito pressupõe a sua autoridade aceite” (HART, 2005, p. 219), no sentido de que é necessário à existência de um sistema jurídico que algumas pessoas reconheçam a autoridade deste sistema e,

⁸³ Diversos autores apresentam possibilidades diferentes quanto ao que pode significar a afirmação da conexão necessária entre o direito e a moral. Exemplificativamente, enquanto Hart apresenta seis formas de correlação, Carlos Santiago Nino – filósofo e jurista argentino, doutor pela Universidade de Oxford e professor das Universidades de Buenos Aires e Yale – oferece dez variantes mais comuns das teses que sustentam a existência de uma relação essencial entre direito e moral, embora reconheça que nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de direito: “1) As normas de todo sistema jurídico refletem de fato os valores e aspirações morais da comunidade em que vigoram ou dos grupos de poder que participam, direta ou indiretamente, da determinação de tais normas. 2) As normas de um sistema jurídico deviam adequar-se a certos princípios morais e de justiça válidos em termos universais, independentemente de serem aceitos ou não pela sociedade em que tais normas se aplicam. 3) As normas de um sistema jurídico devem reconhecer e tornar efetivos os padrões morais vigentes na sociedade, seja qual for a validade de tais padrões do ponto de vista de uma moral crítica ou ideal. 4) Não é possível formular uma distinção conceitual taxativa entre as normas jurídicas e as normas morais vigentes em uma sociedade. 5) Os juízes aplicam de fato em suas decisões não somente normas jurídicas, como também normas e princípios morais. 6) Os juízes devem recorrer a normas e princípios morais para solucionar questões que não estão claramente resolvidas pelas normas jurídicas. 7) Os juízes devem se negar a aplicar normas jurídicas que contradizem radicalmente princípios morais ou de justiça fundamentais. 8) Se uma regra constitui uma norma de um sistema jurídico, ela tem força moral obrigatória, seja qual for sua origem e conteúdo, e deve ser aplicada pelos juízes e obedecida pelas pessoas. 9) A ciência jurídica deve encarar a tarefa de formular princípios de justiça aplicáveis a diferentes situações juridicamente relevantes e avaliar até que ponto as normas jurídicas vigentes satisfazem tais princípios e podem ser interpretadas de modo que se ajustem a suas exigências. 10) Para reconhecer um sistema normativo como uma ordem jurídica ou uma regra como uma norma jurídica, não basta constatar que o sistema ou a regra em questão satisfazem certas condições fáticas, mas deve-se determinar também sua adequação aos princípios morais e de justiça; um sistema ou uma regra que não se ajustem a tais princípios não podem ser classificados como jurídicos”. (NINO, 2010, p. 17-18).

consequentemente, cooperem de forma voluntária no cumprimento de suas normas – de outra forma não poderiam ser verificadas duas das ideias centrais de Hart, as já explicadas *regra de reconhecimento* das normas jurídicas e o *ponto de vista interno* daqueles que participam do sistema.

Tendo isso em vista, se o que se quer dizer ao afirmar uma relação necessária entre direito e moral é que, para que consideremos o direito existe, é necessário que parcela da sociedade aceite a autoridade do direito, seja leal ao sistema jurídico ou coisa que o valha, Hart concorda com este ponto. Entretanto, essa ideia de reconhecimento da autoridade do sistema parece estar “vinculada a um juízo moral de que é moralmente certo fazer o que o direito exige” e, quanto a isso, o autor afirma categoricamente que a lealdade ao sistema jurídico pode decorrer de diversas motivações, não necessariamente ao reconhecimento de que “algo não pode ser reconhecido como juridicamente obrigatório, a não ser que seja aceite como moralmente obrigatório”: as pessoas podem reconhecer a autoridade do sistema baseados em cálculos de interesses em longo prazo; preocupações desinteressadas com seus semelhantes; atitude acrítica quanto ao sistema; desejo de adequar-se ao comportamento da maioria da sociedade ou ao comportamento tido como padrão. Portanto, Hart defende que uma pessoa pode aceitar uma regra como juridicamente obrigatória, ainda que não exista qualquer razão moral para seu cumprimento.

II) Influência da moral no direito – Se o que se quer afirmar com a expressão “relação necessária entre o direito e a moral” significa admitir que o direito de todos os Estados modernos é influenciado pela moral, não só pela moral social – que pode variar de sociedade para sociedade e mesmo internamente ao longo do tempo – mas também por aqueles princípios e ideais críticos à moral social – que Hart afirma estarem incluídos no conceito de moral – então é necessário admitir a verdade desta afirmação. Esta influência pode ocorrer de forma repentina e confessada através da legislação ou de forma gradativa e silenciosa através das decisões judiciais e alguns sistemas jurídicos podem até mesmo incluir, em seus critérios últimos de validade jurídica, valores morais substantivos.⁸⁴

O autor cita diversos exemplos de situações onde o direito vigente espelharia a moral:

As leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais; o elenco de contratos

⁸⁴ Este é um ponto relevante a ser ressaltado, pois, embora juristas de grande calibre (MOREIRA, 2009, p. 443) afirmem que Hart, ao tentar responder às críticas de Dworkin, “abriu a guarda” do positivismo jurídico ao admitir a possibilidade de inclusão de valores morais em sua regra de reconhecimento, a verdade é que já no texto original de *O conceito de direito* (1961) o filósofo inglês reconhece a possibilidade de que alguns sistemas jurídicos incluam, em sua regra de reconhecimento, a referência expressa a valores morais: “Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos.” (HART, 2005, p. 220).

tutelados juridicamente pode ser limitado por referência a concepções de moral e de equidade; a responsabilidade pelos ilícitos cíveis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista prevaletentes de responsabilidade moral. (HART, 2005, p. 220).

E conclui sua explanação sobre este ponto afirmando de forma categórica que nem mesmo os positivistas negariam a influência factual que a moralidade tem no direito.

Nenhum «positivista» poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida. (HART, 2005, p.220).

III) Interpretação – Alguns identificam como prova da conexão necessária entre direito e moral o fato de que as leis, por diversos motivos – incluindo a textura aberta da linguagem e conseqüentemente do direito –, exigem interpretação quando de sua aplicação ao caso concreto. Historicamente, o debate sobre os limites de tal atividade interpretativa quando exercida pelo poder judiciário produziram divergências doutrinárias cujas teses vão desde a afirmação de que o magistrado é a mera “boca da lei” não cabendo qualquer margem interpretativa até a possibilidade de escolhas arbitrárias por parte do judiciário – quando, por exemplo, o direito vigente não cuida claramente de resolver as questões em análise. Os que advogam em favor da proposta de conexão entre direito e moral advertem que os juízes não estão reduzidos apenas a estas duas alternativas traduzidas ou em uma “dedução mecânica” ou numa “escolha cega e arbitrária”, mas que a decisão judicial é, muitas vezes, guiada por considerações em relação às finalidades razoáveis das regras no intuito de não “criar injustiças ou ofender princípios morais assentes”, portanto, as decisões envolvem frequentemente escolhas entre diferentes valores morais. Mesmo aqueles que consideram que a moral não tem sempre uma resposta única e definitiva a dar quando existem dúvidas em relação ao significado do direito – pois, os valores morais também entram, muitas vezes, em conflito – compreendem que é possível fazer uma escolha entre em valores sem recorrer à arbitrariedade ou a uma dedução mecânica através do respeito a determinadas “virtudes judiciais” – que Hart (2005, p. 221) define como “características, cuja especial adequação à decisão jurídica explica por que razão alguns relutariam em designar tal atividade judicial como «legislativa»” – quais sejam: “imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afetados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão.” Tais virtudes podem tornar uma decisão judicial aceitável apresentando-a como “produto racional de escolha esclarecida e imparcial”.

Herbert Hart afirma que poucas pessoas negariam a importância destes elementos – que poderiam ser chamados “morais” – que têm como fulcro tornar aceitáveis as decisões

judiciais, entretanto, adverte que se são estes os fatos apresentados como a prova da citada conexão necessária entre o direito e a moral precisamos nos lembrar de que a prática nem sempre ocorre como desejaria a teoria:

Precisamos de nos recordar que os mesmos princípios têm sido respeitados quase tanto na violação, como na observância. Isto porque, desde Austin até ao presente, as notas que recordam *deverem* tais elementos guiar a decisão têm provindo, fundamentalmente, dos críticos que têm descoberto que a criação de direito por via judicial tem sido frequentemente cega relativamente aos valores sociais, «automática» ou inadequadamente racional. (HART, 2005, p. 221).

IV) Crítica ao direito – Muitas vezes a pretensão de conexão entre direito e moral significa tão somente que “um *bom* sistema jurídico se deve conformar [...] com as exigências da justiça e da moral”, o que pode ser encarado como um truísmo, como uma verdade trivial que por ser tão evidente sequer é necessário ser enunciada, entretanto, o filósofo britânico argumenta que tal afirmação não é uma tautologia, pois, embora seja possível haver um consenso abstrato sobre a conexão entre um “bom” ordenamento jurídico e a moral, é também provável que exista divergência acerca de quais são os padrões morais específicos aos quais o direito deve se conformar.

Como afirmado anteriormente, Hart insiste que não existe um acordo filosófico quanto ao estatuto daquilo que se considera como moral: seriam princípios imutáveis passíveis de descoberta pela razão ou tão somente expressões de realidades mutáveis, baseadas em atitudes, escolhas, exigências ou sentimentos humanos? Por esse motivo o autor fez sua proposta de quatro características – meramente formais – para identificar os *princípios, regras e padrões morais* nas diferentes sociedades, argumento que reforça nesse tópico da obra:

Quererá a palavra moral, com a qual o direito se deve conformar, para ser bom, significar a moral aceite pelo grupo de cujo direito se trata, ainda que tal moral possa basear-se na superstição ou possa negar os seus benefícios e proteção aos escravos ou às classes subjugadas? Ou moral quererá significar padrões esclarecidos, no sentido de que se baseiam em crenças racionais no tocante a questões de facto, e aceitam que todos os seres humanos tenham direito a igual consideração e respeito? (HART, 2005, p. 221-222).

Mais à frente, embora reconheça que a ideia da existência de certas proteções e liberdades fundamentais atribuídas a todo o gênero humano é geralmente identificada como ideal de relevância para a crítica do direito – admitindo ao menos a possibilidade de identificação de uma moral esclarecida responsável por defender tais critérios – afirmará que tais pretensões, ainda que admitidas, não conseguem alterar o fato de que “os sistemas jurídicos internos, com a sua estrutura característica de regras primárias e secundárias,

subsistiram durante longos períodos, embora tratassem com desprezo estes princípios de justiça”.

V) Princípios de legalidade e justiça – Ao considerar essa nova possibilidade de compreensão sobre a relação necessária entre direito e moral, Hart retoma sua argumentação sobre a “forma mínima de justiça” que – conforme apresentado na seção 1.1.5.1 – remete à ideia de que na aplicação do direito a justiça exige imparcialidade, ou seja, “aplicar o direito de forma justa a diferentes casos é simplesmente levar a sério a asserção de que aquilo que deve ser aplicado em diferentes casos é a mesma regra geral, sem preconceito, interesse ou capricho” (HART, 2005, p. 175). Com base nessa ideia, o filósofo britânico defende aqui que “é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial” (HART, 2005, p. 222). Entretanto, confirma o autor, essa forma de justiça mínima na aplicação do direito é plenamente compatível com leis injustas já que o que se exige é apenas que as regras sejam aplicadas a todos de forma imparcial, independentemente de seu conteúdo.

A ideia de tratamento imparcial a ser deferido pelo direito a todos, estaria relacionada à concepção de ordenamento jurídico como uma das espécies de “método de controle social [...] que consiste primariamente em padrões gerais de conduta comunicados a categorias de pessoas, das quais se espera então a compreensão e a conformação com as regras, sem ulterior diretiva oficial”. Sendo assim, existiriam condições para as regras de controle social que também se aplicam ao direito: a) devem ser compreensíveis e ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e b) em geral, não devem ser aplicadas retroativamente, embora isso possa ocorrer de forma excepcional. Tais condições visam possibilitar que, ao menos na maior parte dos casos, as pessoas que vierem a ser eventualmente punidas em decorrência de violações das regras, tivessem a capacidade e a oportunidade prévia de obedecê-las se assim o quisessem. Hart (2005, p. 223) afirma que tais aspectos de controle social através de regras “estariam relacionados com as exigências de justiça que os juristas designam como princípios de legalidade” – que alguns vislumbram como uma espécie de “moral interna do direito” – e conclui argumentando que “mais uma vez, se isto for aquilo que a conexão necessária entre o direito e a moral significa, podemos aceitá-lo. É infelizmente compatível com iniquidades muito sérias”.

VI) Validade jurídica e resistência ao direito – Antes de tratar sobre esta última forma de relação necessária entre legalidade e moralidade analisada por Herbert Hart, é relevante destacar que o professor britânico assevera que poucos positivistas teriam se preocupado em negar as cinco significações anteriores. Mas, então, qual seria a grande

oposição do positivismo à teoria da conexão necessária entre direito e moral? A resposta se relaciona exatamente com a presente concepção, qual seja a que tenta responder como resolver as questões relativas às normas injustas e às regras iníquas que por vezes compõem o direito. Como solucionar o conflito entre a definição racional formalista do direito e o sentimento de repulsa gerado pela existência de normas que, embora moralmente tirânicas, respeitaram os critérios formais de elaboração?

Hart (2005, p. 225, grifo nosso) apresentará nesse tópico a divergência doutrinária consubstanciada no confronto entre aqueles que defendem e os que repudiam a ideia de que “as regras moralmente iníquas não podem ser direito”, deixando claro que este não é um simples problema de “correção do uso linguístico”, mas, antes, do mérito comparativo entre dois conceitos ou modos de classificar as regras – que ele denomina mais amplo e mais restrito – e defenderá que a escolha racional do melhor dentre eles “tem de ser porque um é superior ao outro na maneira por que ele **auxiliará as nossas pesquisas teóricas**, ou fará avançar e **clarificará as nossas deliberações** morais, ou contemplará ambas”.

Portanto, para defender a escolha meritória das respostas dos positivistas em detrimento dos que afirmam que não pode existir direito injusto, o professor de Oxford construirá uma argumentação que visa comparar estas teses contrárias analisando três tópicos: o aspecto teórico-científico; o aspecto prático e os benefícios ou malefícios da distinção entre invalidade e imoralidade do direito.

a) **Aspectos teóricos** – o autor defende que o conceito mais amplo de direito (o direito pode ser composto por normas injustas) engloba o mais restrito (não existe direito iníquo), no sentido de que se adotarmos o primeiro poderemos agrupar, em nossas pesquisas teóricas, e considerar como “direito” todas aquelas regras que “são válidas de harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas delas ofenderem a própria moral de uma sociedade ou aquilo que podemos sustentar ser uma moral esclarecida ou verdadeira”. Em caso contrário, se adotássemos o sentido mais restrito do direito não teríamos nada a ganhar, sem contar o inconveniente e a confusão de relegar o estudo de tais regras – aquelas que não são direito – aos cuidados de outra disciplina. E termina sua argumentação sobre as supostas vantagens da posição positivista, quanto ao aspecto teórico, afirmando que

Se adoptarmos o conceito mais amplo de direito, podemos **incluir** nele o estudo de quaisquer aspectos específicos que as leis **moralmente iníquas** tenham, bem **como a reação da sociedade contra estas**. Por isso, o uso do conceito mais restrito deve inevitavelmente fraccionar, de uma forma geradora de confusão, o nosso esforço de compreensão, não só do desenvolvimento, como das potencialidades do método específico de controlo social que se vê num sistema de regras primárias e

secundárias. O estudo do seu uso envolve o estudo do seu abuso. (HART, 2005, p. 226).

b) **Aspectos práticos** – por que, ao analisarmos regras sociais moralmente injustas, seria melhor pensar “isto não é direito em nenhum sentido”, em vez de “isto é direito demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para aplicá-lo”? A primeira hipótese permitiria que os homens se tornassem mais esclarecidos ou prontos para desobedecer tais regras quando isto fosse exigido pela moral? Permitiria formas mais eficazes de resolução de problemas como aqueles provocados pelo regime nazista no que concerne às diversas atividades imorais que foram praticadas sob um manto de legalidade? Hart defenderá que a compreensão mais restrita de validade jurídica dificilmente conseguirá “conduzir a um esforço da resistência ao mal” ou sequer produzirá “um entendimento mais perfeito do que está moralmente em jogo, quando se pede obediência”. E, numa passagem onde aparentemente defende que sua proposta positivista poderia produzir um maior engajamento político ou, ao menos, uma maior consciência sobre a importância da avaliação moral das normas jurídicas quando comparada com a alternativa, afirma:

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 dos 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 suas exigências **devem no fim ser sujeitas a exame moral**. Este sentido, de que há **algo fora do sistema oficial**, por referência ao qual o indivíduo deve, em última análise, **resolver os seus problemas de obediência**, é seguramente mais susceptível de manter-se vivo entre aqueles que estão acostumados a pensar que as regras de direito podem ser iníquas, do que entre os que pensam que nenhuma iniquidade pode ter em qualquer parte o estatuto de direito. (HART, 2005, p. 226-227, grifo nosso).

c) **Distinção entre invalidade e imoralidade do direito** – a última razão para adotar a possibilidade de existência de normas iníquas como integrantes daquilo que se denomina direito – e também a razão mais forte para Hart – consistiria em que negar reconhecimento jurídico às normas injustas poderia simplificar e escamotear a diversidade de questões morais às quais elas dão origem. Tais questões morais poderiam ser de dois tipos: (i) o perigo de anarquia oriundo da possibilidade de que os homens, sem avaliar devidamente os custos e benefícios sociais, pudessem “fazer julgamentos apressados relativos às leis que seriam inválidas e a que se não deveria obedecer”; (ii) simplificação excessiva que pode ocasionar o perigo de desconsiderar questões que suscitam problemas muito diferentes de moral e justiça e que precisariam ser considerados de forma independente uns dos outros e através de uma

análise cuidadosa, não podendo “ser resolvidos por uma recusa, feita de uma vez para sempre, de reconhecer as leis más como válidas para todo e qualquer fim”, pois isso seria uma “atitude demasiado brutal para com complexas e delicadas questões morais”. Hart cita como exemplos destas complexas questões morais, além da já suscitada pergunta sobre a questão moral da *obediência* às normas iníquas (“devo fazer esta coisa má?”), outras duas. A questão da *submissão* às Leis e à Cidade posta por Sócrates no diálogo *Críton*; e a questão da *punição* das pessoas “que fizeram coisas más quando eram permitidas por regras más, então em vigor”.

Quanto à questão da *submissão* Hart não desdobra outros comentários a não ser o questionamento proposto por Sócrates quando de sua condenação pelos atenienses à morte por ingestão de cicuta: “devo sujeitar-me ao castigo pela desobediência, ou fugir?”⁸⁵. No que

⁸⁵ Embora Hart não desenvolva maiores comentários sobre o episódio em que Sócrates descreve à Críton tais questionamentos morais – através de uma conversa imaginária entre ele e “as Leis e a Cidade” caso ele intentasse fugir à aplicação da sentença – é importante ressaltar uma passagem do diálogo que demonstra, em alguma medida, a força que se dá não só ao dever jurídico de obediência às leis e à coletividade, mas ao próprio dever moral que sustentaria a necessidade dessa obediência: “Bem, reflete no seguinte. Se, no momento em que eu estivesse para me evadir daqui, ou como quer que se diga, chegassem as Leis e a Cidade, assomassem perguntado: ‘Dize-nos, Sócrates: que pretendes fazer? Que outra coisa meditas, com a façanha que intenas, senão destruir-nos a nós, as Leis e toda a Cidade, na medida de tuas forças? Acaso imaginas que ainda possa subsistir e não esteja destruída uma cidade onde nenhuma força tenham as sentenças proferidas, tornadas inoperantes e aniquiladas por obra de simples particulares?’ [...] E se então, as Leis dissessem: ‘Sócrates, o que convencionaste conosco foi isso, ou que submeterias às sentenças que a Cidade proferisse? [...] qual a queixa contra nós e contra a Cidade, que te move à nossa destruição? Para começar, não fomos nós que te demos nascimento e não foi por nosso intermédio que teu pai desposou tua mãe e te gerou? [...] Bem; depois que nasceste, que te criaram e que educaram, poderia, de começo, negar que nos pertences, como filho nosso e nosso escravo, assim tu com teus ascendentes? [...] se tentarmos destruir-te por assim acharmos de justiça, terás o direito de tentar, da tua parte também, dentro das tuas forças, destruir-nos em desforra a nós, as Leis e a pátria? E dirás que, assim procedendo, obras com justiça tu, que verdadeiramente tomas a virtude a sério?! Que sabedoria é a tua, se ignoras que, acima de tua mãe, teu pai e todos os outros teus ascendentes, a pátria é mais respeitável, mais venerável, mais sacrossanta, mais estimada dos deuses e dos homens sensatos? Que se deve mais veneração, obediência e carinho a uma pátria agastada do que a um pai? Que o dever é ou dissuadi-la ou cumprir seus mandados, sofrer quietamente o que ela manda sofrer, sejam espancamentos, sejam grilhões, seja a convocação para ser ferido ou morto na guerra? Tudo isso deve ser feito **e esse é o direito** - não esquivar-se; não recuar; não desertar o posto; mas, quer na guerra, quer no tribunal, em toda a parte, em suma, cumpre ou executar as ordens da cidade e da pátria ou obter a revogação pelas vias criadas do direito. É impiedade usar de violência contra a mãe e o pai, mas ainda muito pior contra a pátria do que contra eles. [...] Vê, portanto, Sócrates [...] temos razão em tachar de injusto o que intenas fazer-nos agora. Nós que te geramos, te criamos, te educamos, te admitimos à participação de todos os benefícios que podemos proporcionar a ti e todos os demais cidadãos, sem embargo, proclamamos termos facultado ao ateniense que o quiser, uma vez entrada na posse dos direitos civis e no conhecimento da vida pública e de nós, as Leis, se não formos de seu agrado, a liberdade de juntar o que é seu e partir para onde bem entender. Se, por não lhe agradarmos nós e a cidade, algum de vós quiser rumar para uma colônia ou quiser fixar residência em qualquer outro país, nenhuma de nós, as Leis, o impede ou proíbe de seguir para onde lhe parecer, levando o que é seu. Mas quem dentre vós aqui permanece, vendo a maneira pela qual distribuimos justiça e desempenhamos as outras atribuições do Estado, passamos a dizer que convencionou conosco de fato cumprir nossas determinações; desobedecendo-nos, é réu tresdobradamente: porque a nós que o geramos não presta a obediência; porque não o faz a nós que o criamos e porque, tendo convencionado obedecer-nos, nem obedece nem nos dissuade se incidimos nalgum erro; nós propomos, não impomos com aspereza o cumprimento de nossas ordens, e facultamos a escolha entre persuadir-nos do contrário e obedecer-nos; ele, porém, não faz nem uma coisa nem outra”. (PLATÃO, 2006, p. 128-129, grifo nosso).

concerne à *punição* em função de atitudes injustas que eram permitidas – ou até mesmo exigidas – por legislação pretérita, o autor desenvolve ao longo de sua obra diversas análises sobre a questão dos julgamentos referentes a ações efetuadas durante o período da Alemanha nazista contrapondo exatamente as divergências argumentativas quanto à aceitação ou não das normas vigentes neste período como verdadeiro direito, mas reforça aqui a ideia que defende em toda a obra:

Um conceito de direito, que permita 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. Pode admitir-se que os informadores alemães, os quais com fins egoístas levaram outros a ser punidos no domínio de leis monstruosas, fizeram o que a moral proíbia; contudo, a moral pode também exigir que o Estado puna só os que, ao fazerem o mal, tenham feito o que o Estado nesse tempo proíbia. Isto é o princípio de *nulla poena sine lege*. Se tiverem de introduzir-se limitações a este princípio para evitar algo considerado como um mal maior do que o seu sacrifício, é vital que as questões em jogo sejam claramente identificadas. **Um caso de punição retroativa não deve fazer-se aparecer como um caso vulgar de punição por um ato ilegal ao tempo da sua prática**. Pelo menos, pode ser reivindicado a favor da doutrina positivista simples que as regras moralmente iníquas podem ainda ser direito, e que tal não mascara a escolha entre males que, em circunstâncias extremas, pode ter de ser feita. (HART, 2005, p. 227-228, grifo em itálico no original e em negrito nosso).

Portanto, para Hart a adoção de uma tese que não considera a distinção entre invalidade e imoralidade do direito – ou a diferença entre o que o direito é e o que ele deveria ser – constitui uma simplificação excessiva que pode ocasionar mais problemas do que trazer benefícios.

1.2 Dworkin e suas críticas iniciais ao positivismo jurídico

Ronald Myles Dworkin nasceu em 1931 – em Worcester, cidade localizada em Massachusetts, nos Estados Unidos – e faleceu em fevereiro de 2013 em Londres. É um dos mais comentados filósofos do mundo, reconhecido por sua colaboração nos campos da filosofia jurídica e política.⁸⁶ Estudou em Harvard (bacharelado em filosofia) e em Oxford

⁸⁶ Brian Leiter (2007b) – professor de Teoria do Direito e Diretor do *Center for Law, Philosophy & Human Values* da Universidade de Chicago – publicou uma pesquisa em 2007 (*Most Cited Law Professors by Specialty, 2000-2007*) com um *ranking* dos professores de direito mais citados nos EUA, durante os anos de 2000 a 2007. Nesta lista Ronald Dworkin aparece em primeiro lugar em sua especialidade (*Law & Philosophy*) e em quinto lugar numa classificação geral – atrás de Cass Sunstein (*University of Chicago*): 6180 citações; Richard Epstein (*University of Chicago*): 3390 citações; Laurence Tribe (*Harvard University*): 3520 citações; Erwin Chemerinsky (*University of California, Irvine*): 3280 citações; Deborah Rhode (*Stanford*

(graduação em direito); foi Professor do curso de Direito da Universidade de Yale de 1962 a 1969, ano em que foi indicado para ministrar *Jurisprudence* (Teoria do Direito) em Oxford, posição esta anteriormente ocupada por Herbert Lionel Adolphus Hart; além de ocupar postos nas universidades de Harvard, Cornell e Princeton. Depois de se aposentar de Oxford, Dworkin dividiu seu tempo como professor na *University College London* (UCL) e na *New York University* (NYU). Dentre os inúmeros prêmios, distinções e reconhecimentos institucionais podemos citar o *Holberg Memorial Prize in the Humanities* (2007), o *Nicolas Luhmann Prize in the Sciences, University of Bielefeld* (2006), a *Jefferson Medal, University of Virginia* (2006) e o cargo de Consultor sobre Direitos Humanos da *Ford Foundation*.⁸⁷

Autor das obras *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution* (1986), *A Bill of Rights for Britain* (1990), *Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom* (1993), *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality* (2000), *Justice in Robes* (2006) e *Is Democracy Possible Here?* (2006), *Justice for hedgehogs* (2011) entre outros, além de diversos artigos publicados em diversos periódicos nos Estados Unidos e na Inglaterra.⁸⁸

Dworkin é um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-americana e crítico contundente da teoria positivista, bem como da filosofia política utilitarista e emvidou esforços para construir uma teoria do direito que não exclua os argumentos morais ou filosóficos, mas antes os incorpore, afastando-se dos ideais de separação entre a legalidade e a moralidade propostos pelas teorias positivistas. O autor considerava que uma teoria geral do direito não deve separar a ciência descritiva do direito, da política jurídica e propõe uma teoria baseada nos direitos individuais sem os quais, segundo ele, não há que se falar em Direito. Enfim, ambiciona embasar a filosofia política liberal em fundamentos mais sólidos, progressistas e igualitários.⁸⁹

University): 3180 citações. A complexa metodologia da pesquisa é explicada em detalhes na página eletrônica <http://www.leiterrankings.com/faculty/2007faculty_impact.shtml>. Já Manuel Atienza (2014, p. 338) afirma que Dworkin é “sem dúvida o jurista mais influente das últimas décadas do século XX”.

⁸⁷ Para mais informações sobre o autor ver Guest (2010, p. 7-16), Chueri (2006, p. 259-263), bem como a página eletrônica sobre Dworkin da *New York University School of Law*, disponível em: <<http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/profile.cfm?personID=19891>>.

⁸⁸ Para uma bibliografia mais detalhada do autor ver Guest (2010, p. 297-301).

⁸⁹ Baseado na apresentação feita por Albert Calsamiglia à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984. Apesar dessa simples apresentação inicial, compreender sistematicamente o pensamento de Dworkin não é tarefa fácil, pois, conforme afirma Guest (2010, p.7), “seu texto não é fácil para muitos, para mim inclusive”. De toda forma, buscar-se-á sistematizar o pensamento de Dworkin especificamente no que concerne a *teoria da conexão necessária entre ética (ou moral) e direito*, que constitui não apenas a questão central do presente trabalho, mas também um dos pontos nevrálgicos da teoria dworkiana que contraria um dos tripés do positivismo moderno (a tese da separação conceitual entre legalidade

Em seu primeiro livro (*Levando os direitos a sério*), publicado originariamente em 1977 a partir de uma série de artigos anteriormente apresentados, Ronald Dworkin (2002, p. VII) afirma que pretende, como um de seus objetivos centrais, definir e defender uma teoria liberal do direito que se caracteriza por ser extremamente crítica em relação à teoria dominante à época, também considerada por muitos como uma teoria liberal, cuja parte normativa corresponde ao *utilitarismo* e a parte conceitual consiste na teoria *positivista*. Para exercer sua crítica em relação ao positivismo, Dworkin escolhe a teoria apresentada pelo professor H. L. Hart, por considerá-la a mais influente versão contemporânea desta tese.⁹⁰ Entretanto, após definir a tese de Hart como modelo de tese positivista a ser analisado, Dworkin estabelece algumas proposições centrais que, no seu entendimento, resumiriam de uma forma geral as características centrais do conjunto das variantes do positivismo:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado 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 distintas com auxílio de **critérios específicos**, de **testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas**. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com "o direito", de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, "exercendo seu discernimento pessoal", o que **significa ir além do direito** na busca por algum **outro tipo de padrão que o oriente** na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). **Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica**; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua **discrição**, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria. (DWORKIN, 2002, p. 27-28, grifo em itálico no original e em negrito nosso).

e moralidade). Com esse intuito, foram selecionados alguns temas considerados relevantes para a compreensão da linha de raciocínio do autor – iniciada com o artigo “*The model of rules*” em 1967 e que perdurou até seu falecimento, mormente nas obras *Justice in robes* (2006a) e *Justice for hedgehogs* (2011).

⁹⁰ Dworkin (2002, p. XI e 27, respectivamente) reafirma a importância da obra de Hart, asseverando que: “A mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta de H.L.A. Hart”. “Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart”.

A partir da definição deste “esqueleto do positivismo” e tendo como foco de sua crítica a tese hartiana, Dworkin (2002, p. 35) passa a lançar o seu “ataque geral contra o positivismo” realizando um diagnóstico quanto ao que considera as falhas desta teoria. Inicialmente procura demonstrar, através da apresentação de decisões judiciais de casos concretos, que os magistrados, ao efetivarem sua função de aplicação do direito, principalmente nos chamados casos difíceis (*hard-cases*), não seguem o modelo estabelecido pela tese questionada, principalmente porque nem sempre utilizam em suas decisões padrões que se enquadram no conceito de “regras”.

Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles **casos difíceis** nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o **positivismo é um modelo de e para um sistema de regras** e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras. (DWORKIN, 2002, p. 35-36, grifo nosso).

Cabe, portanto, iniciar o estudo da tentativa de Dworkin de desconstrução da teoria do positivismo jurídico, o que será feito através da explanação das contraposições críticas efetuadas pelo jusfilósofo norte-americano à tese de Hart, ressaltando que todas as questões a serem analisadas – como a distinção de princípios e regras, a presença ou ausência do poder discricionário, a vinculação dos magistrados aos padrões na construção da decisão judicial, a possibilidade de uma única resposta correta, entre outras – têm consequências importantes para a tese da conexão necessária entre direito e moral, bem como para a identificação e aplicação do direito. Além disso, embora estejam todas extremamente interconectadas e diversas delas possam até ser consideradas como corolário das outras, a divisão em tópicos ensinará uma apresentação mais didática do que a alternativa de exposição em uma forma contínua, motivo pelo qual foi escolhida a primeira opção.

1.2.1 Princípios e regras⁹¹

⁹¹ Na análise da diferença entre regras e princípios utilizar-se-á, obviamente, o padrão do debate entre Hart e Dworkin que consiste naquele típico da doutrina anglo-saxã. Tal esclarecimento é relevante, pois, como muito bem ressalta Fernando Rodrigues (2009, p. 60-61), embora tal diferença seja “frequentemente abordada pela doutrina brasileira, sobretudo pelos constitucionalistas, os quais, não raro, lançam mão, para analisar o problema, de teóricos como R. Dworkin [...], os teóricos pátrios não se perguntam de que modo o termo princípio está sendo utilizado pela doutrina anglo-saxã e pelo constituinte brasileiro. Ao se deixar de lado tal questão, pode-se chegar a equívocos, pois a utilização da palavra princípio talvez não esteja sendo usada de modo não unívoco nos diversos contextos”.

Conforme o “esboço sumário do positivismo” feito por Dworkin (2002, p.49) a teoria positivista considera que o conjunto de regras jurídicas explícitas representaria aquilo que seus defensores conceituam como “o direito” e somente essas regras positivadas vinculariam, obrigatoriamente, a decisão judicial. A *contrario sensu*, podem ocorrer situações não reguladas de forma clara pelo conjunto de regras disponíveis em determinado ordenamento ou, dito de outra forma, na análise de um fato concreto este pode não se submeter (*subsunção*), de modo claro, a nenhum dos dispositivos que comporiam “o direito”. Nesta última hipótese, se o sistema determinar que seja dada uma resolução ao litígio pela autoridade judicial, mesmo ante a suposta falta de previsão jurídica, deve o magistrado **buscar a solução do caso fora do âmbito jurídico**, já que o direito, como explicitado, não determina regra a ser aplicada. Reitere-se, só restará ao magistrado se socorrer **de valores outros que não componham o chamado sistema jurídico**, portanto, qualquer solução apresentada nesses casos seria baseada em padrões externos ao direito.

Importante ponto derivado desta assertiva – e que será tratado de forma mais detida quando da explanação das críticas de Dworkin à suposta existência de um poder discricionário na elaboração da decisão judicial, mas que é merecedor de identificação desde já – consiste na afirmação de que, não sendo tais padrões pertencentes ao chamado direito, não haveria obrigação jurídica dos magistrados em seguir qualquer das orientações extrajurídicas possíveis, não estando, desta forma, vinculados a qualquer padrão que pudesse ser observado.

Dworkin afirma que uma observação da práxis dos tribunais demonstraria facilmente que a construção das decisões judiciais se utiliza, evidentemente, de padrões diversos das regras, mas **acusa o positivismo de ser uma ideologia baseada em um modelo de regras e só a este aplicável**, afirmando que esta teoria ignora os papéis fundamentais desempenhados no interior do ordenamento jurídico por estes outros padrões, mormente nos chamados casos difíceis, onde a mera aplicação das regras não seria capaz de responder às demandas sociais.⁹² No intuito de demonstrar sua afirmação de que os padrões jurídicos empregados pelos magistrados não se reduzem às chamadas regras jurídicas, Dworkin cita dois casos decididos por tribunais norte-americanos: *Riggs versus Palmer* e *Henningsen versus Bloomfield Motors, Inc.*. No primeiro, ocorrido em 1889, o tribunal de *New York* decidiu que um herdeiro, assassino de seu avô e nomeado no testamento da vítima, não poderia receber a herança,

⁹² “Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, 2002, p. 36).

embora o próprio órgão jurisdicional reconhecesse que as regras positivadas do direito norte-americano vigentes à época, concernentes à sucessão, não impediriam que o assassino a recebesse.

Neste famoso caso, conhecido como “*Riggs versus Palmer*”, o tribunal, no intuito de impedir que o criminoso herdasse os bens de sua vítima, baseou-se em padrões diversos – que segundo Dworkin não poderiam ser classificados como regras jurídicas – como, por exemplo, o da argumentação abaixo:

Todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro (*common law*). A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos e, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. (DWORKIN, 2002, p. 37)

Já o segundo exemplo ocorreu em 1969 no tribunal de *New Jersey*, sendo conhecido como “*Henningsen versus Bloomfield Motors, Inc.*”. Em 1955, Henningsen comprou da empresa *Bloomfield Motors* um automóvel produzido pela Chrysler como presente para sua esposa pelo Dia das Mães, sendo que em maio do mesmo ano houve um grave acidente de trânsito envolvendo o veículo. A perícia atestou que o sinistro ocorreu em função de falha ou defeito mecânico, destacando que o carro só havia percorrido a pequena distância de 750 quilômetros. Em função do ocorrido, tanto Henningsen quanto sua esposa ingressaram com ação judicial pleiteando ressarcimento em função do acidente, dos consequentes ferimentos e das despesas médicas da esposa, entretanto, o contrato de compra e venda assinado pelo Sr. Henningsen continha uma cláusula que limitava a responsabilidade do fabricante do automóvel, no que concernia a defeitos, ao conserto das partes defeituosas, estipulando ainda que “essa garantia substitui expressamente todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades” (DWORKIN, 2002, p. 38).

A questão relevante para o presente tema consiste no fato de que, embora o autor da ação não tenha conseguido apresentar qualquer lei ou regra que pudesse invalidar as cláusulas do contrato por ele assinado, o tribunal acabou por declarar que este não poderia prevalecer e, para tanto, baseou-se em padrões que, segundo Dworkin, também não podem ser classificados como regras pertencentes ao chamado direito positivado. A linha de raciocínio e os argumentos apresentados na decisão em favor dos Henningsen são descritos pelo autor da seguinte forma:

(a) “Devemos ter em mente o **princípio geral** de que, na ausência de fraude, aquele que não lê o contrato antes de assiná-lo não pode, mais tarde, minimizar seus encargos.” (b) “Na aplicação desse princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante.” (c) “A liberdade de contratar não é uma doutrina tão imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva

na área que nos concerne” (d) “Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Consequentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade.” (e) “Existe algum **princípio** que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça?” (f) “Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma “barganha” na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra...” (DWORKIN, 2002, p. 38-39, grifo nosso).

E conclui, afirmando que os padrões decisivos utilizados nesse julgamento claramente não constituem aquilo que chamamos de regras jurídicas, pois são muito diferentes de proposições como aquelas que determinam a velocidade máxima permitida numa autoestrada ou o número de testemunhas necessárias para validar a assinatura de um testamento. “Eles são diferentes porque **são princípios jurídicos e não regras jurídicas**”. (DWORKIN, 2002, p. 39, grifo nosso).

Destarte, uma das armas utilizadas pelo jusfilósofo estadunidense para atacar a tese positivista consiste em procurar demonstrar que os tribunais confirmam, através de suas práticas, a existência e utilização pelos juristas dos chamados *princípios*⁹³ para resolução de inúmeras questões onde as leis positivadas não seriam perfeitamente aplicáveis.⁹⁴ É preciso reafirmar, entretanto, que a teoria positivista hartiana já considerava a possibilidade dos juízes utilizarem padrões diversos das chamadas regras jurídicas, para a resolução daqueles casos que não pudessem ser solucionados pela simples subsunção do fato à norma. Nestes casos, como já salientado, o magistrado faria uso de padrões extrajurídicos – que, portanto, não geram vinculação – para resolver o litígio. A novidade trazida pela tese dworkiniana consiste na afirmação de que tais princípios deveriam ser necessariamente considerados pelos magistrados quando da construção da decisão judicial, vinculando a formulação da sentença à observância destes princípios, portanto, reconhecendo a força normativa dos princípios, inclusive daqueles não positivados. Este é considerado um dos grandes méritos/deméritos de Dworkin e um dos motivos de seu grande sucesso/crítica na atualidade, qual seja o de

⁹³ Em seu livro *Levando os direitos a sério* a palavra **princípios** é utilizada de duas formas pelo autor: inicialmente, de uma forma genérica, para abarcar todos estes padrões utilizados pelos tribunais e que a tese positivista considera como não pertencentes ao direito, porém, ao desenvolver o tema ao longo do livro, distingue-os através dos conceitos de **política** e **princípio *stricto sensu***, que serão elucidados ainda neste capítulo, especialmente quando tratarmos da proposta de Dworkin para a superação do positivismo na seção 1.2.4.1.

⁹⁴ Na verdade, pela análise dos casos feita mais à frente, verificar-se-á que ao menos alguns desses casos não tratam propriamente de situações onde não haveria regra jurídica clara a ser aplicada, mas sim de casos onde a regra jurídica existente não foi considerada correta e/ou adequada para os casos específicos.

procurar demonstrar que tais princípios não se encontram fora da esfera jurídica, mas sim incorporados a ela sendo, portanto, parte integrante daquilo a que se chama “o direito”.⁹⁵

Mas antes de adentrarmos na questão do caráter vinculativo dos princípios, devemos entender o conceito proposto. Dworkin (2002, p. 46 e 36, respectivamente) traça uma série de análises acerca destes “tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas” e, inicialmente, conceitua os **princípios** (em sentido amplo ou genérico) como todos os padrões utilizados como base de fundamentação das decisões judiciais, mas que não se enquadram na categoria de regras jurídicas. Posteriormente, divide este gênero nas espécies de *princípios em um sentido mais estrito e políticas (policy)*. **Política** seria o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”⁹⁶ e **Princípio** como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁹⁷

Após apresentar sua conceituação de princípio, o autor ressalta as características relevantes que poderiam servir para diferenciar estes das regras jurídicas, afirmando que tal diferenciação é de natureza *lógica* e tem relação com o tipo de orientação que oferecem. As principais características seriam a *consequência da aplicabilidade* e o *peso ou importância*.

Primeiramente, “as regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.⁹⁸ Já os princípios

⁹⁵ Esse é o marco fundamental para compreendermos a tese da conexão necessária entre direito e ética na visão de Dworkin. Como ficará claro ao longo deste capítulo, se esses padrões forem, de alguma forma, caracterizados como representando valores morais, por uma questão de coerência será necessário a Dworkin afirmar que existe certa espécie de relação entre moralidade e legalidade ou refutar sua premissa de que tais padrões vinculam a decisão judicial.

⁹⁶ Já na parte introdutória do livro *Levando os direitos a sério*, p. XVI, o tradutor afirma que *policy* é traduzido como política referindo-se tanto aos princípios gerais que orientam um governo na condução dos assuntos públicos, como aos programas e ações governamentais orientados por esses princípios.

⁹⁷ O autor exemplifica a diferença através da seguinte situação: um padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devam ser reduzidos é uma política, enquanto um padrão que determina que nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. Entretanto, Dworkin reconhece que a diferenciação pode ser complexa e faz a seguinte ressalva: “A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número)”. (DWORKIN, 2002, p. 36).

⁹⁸ Essa questão do “tudo ou nada” que Dworkin estabelece em relação às regras sofreu diversas críticas. Apenas a título exemplificativo, é interessante verificar o conceito de “derrotabilidade da norma”, apresentado pelo professor Eduardo Ribeiro Moreira, que relativiza tal compreensão, vislumbrando a possibilidade de afastamento da regra em situações concretas em que sua utilização acarretaria a contrariedade a determinações

atuam de modo diverso, pois, “mesmo aqueles que mais se assemelham as regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Os princípios ao serem avaliados indicariam um direcionamento decisório, fornecendo um fundamento para que a decisão penda para um lado da balança, entretanto, podem existir outros princípios – e em grande parte dos casos isso ocorre – que sirvam de fundamentação para uma decisão no sentido diametralmente oposto. Necessariamente, um princípio ou conjunto de princípios irá prevalecer em detrimento de outros que inclinavam a decisão em sentido diverso, mas isto não significa, de modo algum, que os princípios que não preponderaram não exerceram influência na decisão ou não eram aplicáveis ao caso específico, bem como não significa que foram excluídos do sistema normativo ou que sua força foi de alguma forma minimizada.⁹⁹ (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

substanciais constitucionais, continuando, porém, válida no plano abstrato: "O *terceiro sentido* da interpretação conforme a Constituição é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*). [...] Esse é um dos grandes avanços sustentados pelo neoconstitucionalismo, pois afasta as exceções que combatem a ponderação, sobretudo de regras que se afirmam em uma (errada) ponderação das regras. [...] Muitas das afirmações para deslegitimar a ponderação, como as realizadas por Humberto Ávila, na sua ‘teoria dos princípios’, caem por terra. Elas são, na verdade, hipóteses de derrotabilidade da norma. [...] A derrotabilidade [...] dá à norma a possibilidade de conviver no ordenamento, sem que perca sua carga de regra, porque importou em uma exceção. [...] A regra sofrerá efeito excepcional e não incidirá, casuisticamente, pela sua derrotabilidade factual – após a inferência no caso concreto, mas nunca abstrata. [...] Não se trata de ponderar regras – efeito exclusivo dos princípios –, mas de aceitar, via o terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição, a sua derrotabilidade." (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 89; 94-95).

⁹⁹ Nesse argumento a ideia sobre a aplicação dos princípios na decisão judicial parece se assemelhar significativamente a aplicação dos princípios morais em nossas vidas. Nessa perspectiva, William Frankena (1908-1994) – famoso filósofo moral norte-americano e professor da Universidade de Michigan – fornece um exemplo interessante – embora específico da Filosofia Moral e sem considerar o debate Hart-Dworkin – que pode ilustrar a explicação feita por Dworkin sobre a forma como os princípios atuam em nossas decisões (servem como uma indicação para uma decisão que pode ou não ser seguida ao consideramos outros princípios que indicam uma decisão no sentido contrário). Analisando a situação vivenciada por Sócrates e descrita por Platão em *Crítion*, Frankena tece as seguintes considerações: "Suponhamos que, durante toda a vida, você haja procurado ser bom, cumprindo o que entende seja o seu dever e tentando fazer o bem a seus concidadãos. Suponhamos, ainda que muitos deles reprovem o seu comportamento e o encaram como um perigo para a sociedade, embora disso não possam oferecer qualquer prova. Suponhamos, ainda mais, que você acusado, julgado e condenado por um tribunal de seus pares, de uma forma que lhe parece, com inteira honestidade para consigo próprio, injusta. Suponhamos, finalmente, que estando você aprisionado e aguardando execução, seus amigos conseguem fazer surgir, para você e sua família, possibilidade de fuga e de exílio. Asseguram esses amigos dispor de meios para os subornos necessários e garantem que sua fuga não os colocará em perigo; que, fugindo, você gozará de vida mais longa; que sua mulher e filhos estarão melhor; que seus amigos poderão continuar a vê-lo; e que o consenso geral é favorável à sua fuga. Diante disso, que faria você, aproveitaria a oportunidade?". Sócrates, na visão de Frankena, citaria três “deveres” para não recorrer à fuga: 1) não lesar ninguém, 2) manter nossas promessas, 3) obediência ou respeito a nossos pais e mestres (cidade e sociedade). Mas, se estes são os deveres a que deve obediência, Sócrates poderia ter aceitado o convite – de praxe, após o veredito de condenação – para que fixasse uma pena pecuniária ou poderia desistir de sua missão de “ensinar” e, ao invés disso, continuar vivo. Por qual motivo isso não foi uma possibilidade aceitável para Sócrates? Frankena explica que “a maioria dos problemas de caráter moral brota de situações em que há ‘conflito de deveres’, isto é, de situações em que **um princípio moral impele num sentido e um segundo princípio impele em sentido diverso**. Na *Apologia*, Sócrates diz que se o Estado lhe poupar a vida sob condição de ele não mais ensinar, ser-lhe-á impossível obedecer porque 4) Apolo, o deus, atribuiu-lhe a tarefa de ensinar e

Para que esta disputa entre princípios ocorra com uma subsequente tomada de decisão final e, ainda assim, para que aqueles não prevaletentes possam continuar como integrantes do sistema jurídico, Dworkin afirma que é necessário que os princípios apresentem uma característica que as regras não possuem, qual seja a propriedade do *peso* ou *importância* – também denominada por Dworkin como *força relativa* –, atributo responsável por determinar qual ou quais deles deverão ser vitoriosos na análise de um caso concreto. Caberá ao intérprete fazer a análise de comparação com vistas a examinar (e, no caso dos tribunais, decidir) qual o princípio ou conjunto de princípios deverá prevalecer para aquele caso específico em tela. Esse atributo também constituiria uma nota de diferenciação entre as regras e os princípios, já que as primeiras não apresentariam esta característica de importância diferenciada a servir de parâmetro de comparação entre as próprias regras com a finalidade de decidir quais teriam preponderância. O autor defende que os tribunais, ao exercerem sua função de buscar a resolução de um caso judicial procurando as normas ou padrões (conjunto das regras e dos princípios) a serem aplicados a este, consideram que uma regra ou é *funcionalmente* importante ou simplesmente não tem relevância, já que no eventual conflito de regras não haverá perquirição sobre qual das duas têm um maior peso ou força relativa, mas sim uma análise sobre a esfera de aplicabilidade das regras, o que só poderá ser feito através de critérios estipulados pelo próprio sistema jurídico e que ultrapassam as próprias regras que se encontram em conflito.

De forma objetiva, o jusfilósofo norte-americano afirma que, ao contrário dos princípios, quando duas regras entram em conflito, uma delas, necessariamente, não será válida e deverá ser abandonada ou reformulada.¹⁰⁰ Já nos casos dos princípios, seria natural a existência de conflitos entre diversos deles sem que nenhum deixe de influir na decisão final justamente porque a resolução do conflito é baseada na comparação entre as forças relativas destes padrões relevantes e a aplicabilidade de um não impõe a exclusão ou desconsideração

porque 5) seus ensinamentos são necessários para o bem do Estado. Ele estaria, então, envolvido num conflito de deveres. Haveria o seu dever de obedecer ao Estado, e também dois outros deveres 4) e 5), **julgando ele que estes têm precedência em relação ao primeiro**. Assim, ele resolve o problema não pelo simples recurso a *regras*, pois isto não basta, mas determinando as *regras*, às quais deve ser dada precedência. Eis outro padrão típico de raciocínio ético”. (FRANKENA, 1975, p.13-15, grifo nosso). É importante ressaltar que o termo “regra” é utilizado por Frankena de forma ampla, abrangendo também os princípios, portanto, em desacordo com a proposta dworkiana. Para adaptar o texto a teoria de Dworkin, melhor seria sua substituição pelo termo “norma”.

¹⁰⁰ Especificando os critérios para escolha da regra válida, Dworkin (2002, p. 43) afirma que “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (Nosso sistema jurídico [norte-americano] utiliza essas duas técnicas.)”.

dos outros, isto é, aqueles não preponderantes em um determinado caso não se tornariam inválidos, não deixariam de existir no sistema jurídico ou diminuiriam seu valor. Ao contrário, tais princípios continuariam mantendo a plenitude de sua existência e aplicabilidade, devendo ser considerados em todas as situações às quais se apliquem.

Dworkin alerta, ainda, para o fato de que o conflito entre regras não se confunde com as exceções que estas possam ter na sua aplicação, enfatizando que um enunciado completo de determinada regra, ou ao menos a sua consideração correta, levaria em conta todas as exceções possíveis para caracterizar esta regra com exatidão e precisão, determinando sua exata esfera de aplicabilidade.¹⁰¹

Sem dúvida, uma regra pode ter exceções [...]. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse seria incompleto. [...] será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra. (DWORKIN, 2002, p. 39-40)

Esta seria outra diferença entre princípios e regras já que em relação àqueles não haveria que se falar em exceções a sua aplicação, justamente porque eles constituem tão somente uma indicação de sentido para o qual a decisão se inclinará e não uma determinação taxativa quanto à decisão que deve ser tomada, ou seja, não se afirma que a não aplicação destes princípios ocorreu por se tratar de uma exceção onde seria necessária uma complementação de seus enunciados através do aumento deste pela inclusão de um rol de exceções. Assim, o arrolamento de situações em que determinado princípio não seria aplicado, além de constituir tarefa extremamente extenuante – se é que seria possível – em nada contribuiria para um enunciado mais completo ou preciso do próprio princípio.

Contudo é importante mencionar que, mesmo com as características que auxiliam nas distinções entre regras e princípios, Dworkin (2002, p. 43) reconhece que em muitos casos a tarefa de diferenciar estas espécies de padrões é tormentosa, pois “a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio”. O autor cita como exemplos dessa dificuldade as interpretações efetuadas tanto da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos quanto do *Sherman Act*.

¹⁰¹ Hart (2005, p. 153, grifo nosso) também enfatiza – ao criticar a postura daqueles que se tornariam “céticos acerca das regras” ao descobrirem o caráter da textura aberta que estas podem possuir – que as exceções não descaracterizam uma regra como tal. Mas, ao contrário daquilo que é afirmado por Dworkin, o jusfilósofo britânico parece entender que não seria possível criar um rol taxativo e completo destas exceções: “Do facto de tais regras terem **exceções insusceptíveis de afirmação exhaustiva**, não resulta que em cada situação sejamos deixados à nossa discricção e não estejamos nunca vinculados [...]. **Uma regra que termina com a expressão «a menos que...» é ainda uma regra.**”

O primeiro caso trata da proibição de cerceamento da liberdade de expressão em decorrência da 1ª Emenda:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.¹⁰²

Alguns juristas defendem que esta proibição dirigida ao Congresso teria um caráter de *regra* determinando que todo o ato contrário a este mandamento seja considerado inconstitucional, já outros intérpretes a consideram como um *princípio*, entendendo qualquer tentativa de limitação da liberdade de expressão como inconstitucional, *a menos que no caso específico* em análise se verifique a existência de outros princípios que, nas circunstâncias específicas, tenham força suficiente para permitir esse cerceamento (DWORKIN, 2002, p. 44).

Já o segundo exemplo trata do *Sherman Act* ou Lei Sherman que determina a nulidade de qualquer contrato que implique proibição de comércio:

§ 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.¹⁰³

Pelo teor do trecho transcrito se verifica o rigor deste dispositivo legal que determinava que os contratos que restringissem o comércio seriam considerados ilegais. Entretanto, em dezembro de 1908, o Presidente Roosevelt, em sua última mensagem anual, criticou severamente a rigidez da lei, aduzindo que haveria situações onde a proibição de comércio ou mesmo o monopólio de setores seriam positivos para o interesse público. A Suprema Corte norte-americana, no ano de 1911, através de interpretações efetuadas,

¹⁰² 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em:

<http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício das mesmas; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao Governo para a reparação por ofensas”.

¹⁰³ Lei norte-americana aprovada em 2 de julho de 1890 com o objetivo de controlar os excessos do poder econômico e político dos grandes grupos empresariais, principalmente no que concerne à formação de monopólios. Logo em seu artigo inicial asseverava que todo contrato, ajuste em forma de truste ou outros, ou conluio, relacionados à restrição do intercâmbio ou o comércio entre os Estados americanos ou com as nações estrangeiras seriam declarados ilegais, inclusive com o estabelecimento de pesadas sanções contra os transgressores. Citação original pode ser encontrada no sítio da Faculdade de Direito da Universidade de Cornell, disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>>.

suavizou os termos da Lei Sherman, afastando a interpretação literal do dispositivo e enunciando a chamada *regra da razoabilidade*, que é hoje um ponto pacífico na interpretação da referida lei, passando o art. 1º a ser interpretado da seguinte forma: todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração que restrinjam, de forma *não razoável*, o intercâmbio ou o comércio entre os Estados americanos, ou com as nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei.¹⁰⁴

Dworkin (2002, p. 45) entende que a Suprema Corte teve que decidir se essa disposição deveria ser tratada como uma regra – o que consistiria na anulação de todos os contratos que proibissem o comércio – ou como um princípio – causando a anulação dos contratos se, e somente se, no caso específico a ser analisado, não estivessem presentes outras políticas ou princípios capazes de justificar tal proibição. Segundo o filósofo a solução apresentada pelo Judiciário considerou o dispositivo como uma regra, porém ela deveria ser interpretada como se contivesse a expressão "*não razoável*" relacionada à proibição dos atos de comércio, o que passou a permitir que tal **disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra** –, isto é, sempre que um tribunal considerasse que uma proibição era "não razoável" estaria obrigado a considerar o contrato inválido – **e, do ponto de vista substantivo, como um princípio** – ou seja, o tribunal deveria levar em consideração outros princípios para determinar se uma proibição particular, em circunstâncias econômicas particulares, seria "não razoável". O autor termina o segundo capítulo de *Levando os direitos a sério* enfatizando que o uso de expressões como "razoável", "negligente" e "justo" exercem, em geral, esta função de tornar a aplicação de uma regra dependente de princípios e políticas que extrapolam os limites da própria regra. Contudo, afirma que mesmo com esta *flexibilização* das regras, tais termos não têm o condão de transformar tais regras em princípios, "pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender uma regra".

Estabelecidas as diferenças principais que distinguiriam os princípios das regras – com a ressalva feita próprio Dworkin de que nem sempre é fácil identificar tal individualização e que pode haver divergências quanto a esta – cabe analisarmos uma assertiva que também constitui uma das bases da tese dworkiniana e que é uma das mais relevantes para o presente trabalho, qual seja aquela que *estabelece o caráter vinculativo dos princípios e da*

¹⁰⁴ Baseado no Relatório da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional referente à Mensagem nº. 389 do ano de 2000, cujo relator foi o Deputado Antônio Carlos Pannunzio. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/1035.htm>>.

consequente necessidade de observância obrigatória destes pelos magistrados na construção da decisão judicial.

1.2.2 Poder discricionário ou vinculação aos princípios

A possibilidade de uma área de discricionariedade na construção da decisão judicial constitui outro importante ponto de divergência entre as teses de Hart e Dworkin, pois, enquanto o jusfilósofo britânico defende a existência deste poder discricionário das autoridades responsáveis pela definição do direito em casos concretos, o norte-americano se demonstra radicalmente contrário a tal possibilidade de liberdade de escolha entre alternativas não previamente delimitadas pelo próprio direito.

Conforme o esboço do positivismo proposto por Dworkin, os positivistas consideram que o “Direito” é composto por um conjunto de regras postas que – seja pela incontestável falibilidade humana, pela sua incapacidade de previsão acerca dos eventos futuros ou por qualquer outra razão – não cobre a totalidade dos casos que podem ocorrer na sociedade e, eventualmente, caberá ao magistrado resolver questões judiciais que não estarão sujeitas às regras existentes.¹⁰⁵ Nestes casos, se o sistema exigir uma decisão, o juiz deverá utilizar padrões que não são jurídicos – já que não existiriam padrões jurídicos aplicáveis – para chegar a uma conclusão acerca do litígio. Além disso, os positivistas também afirmariam que somente os padrões jurídicos vinculam o magistrado, no sentido de ser este obrigado a decidir de acordo com as regras existentes¹⁰⁶, sendo assim, quando um juiz se utiliza de outros padrões que não os jurídicos para resolver a demanda, não estará ele adstrito, vinculado ou obrigado a escolher qualquer conjunto específico de padrões, podendo decidir a contenda de modo a favorecer qualquer das partes em litígio. Explique-se melhor: não tendo o dever

¹⁰⁵ A tese de Hart sobre o poder discricionário das autoridades foi descrita na seção 1.1.4, onde o autor assevera que devido à textura aberta da linguagem – e consequentemente do direito – existem “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais **determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.**” Embora a prática do direito seja composta “em larga medida” pela orientação “através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, *não* exigem deles uma apreciação nova de caso para caso”, **podem ocorrer situações de incerteza quanto à aplicação de qualquer regra** (sejam estas escritas ou baseadas em decisões judiciais anteriores). Nessas situações “os tribunais preenchem uma **função criadora de regras** que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis”. (HART, 2005, 148-149, grifo em itálico no original e em negrito nosso).

¹⁰⁶ No que concerne à questão de vinculação ou não do magistrado na aplicação dos padrões identificados, será feita diferenciação entre o positivismo normativista e o positivismo conceitual ao longo deste trabalho, bem como análises críticas sobre tal distinção, mormente no debate Alexy-Bulygin, bem como na seção 3.4.

(jurídico) de decidir o litígio em favor de nenhuma das partes – já que não há regra jurídica existente claramente passível de ser aplicada ao caso concreto e haja vista que os padrões utilizados para embasar a decisão não estão abarcados pelo direito – não haveria que se falar em obrigatoriedade da utilização de qualquer um deles em detrimento de outros, podendo o órgão de decisão utilizar seu discernimento pessoal para “escolher” o padrão que lhe aprouver.¹⁰⁷ Este poder de escolha, não regulado pelo direito, para decidir quais padrões extrajurídicos deverão ser utilizados na resolução do caso é que constituiria o **poder discricionário** propagado pela tese positivista.

Dworkin refuta a possibilidade do uso dessa espécie de discricionariedade pelo magistrado afirmando que dela resultam concepções indesejáveis de direitos e obrigações e que a discricionariedade (em seu sentido forte) ignora os diversos casos em que os juízes se consideram obrigados pelo direito, mesmo que nenhuma regra seja claramente aplicável.¹⁰⁸ Para Dworkin uma teoria que *leve os direitos a sério* deve considerar o importante papel desempenhado pelos princípios na resolução dos diversos casos judiciais, principalmente nos chamados casos difíceis. Assim, o filósofo do direito norte-americano propõe uma abordagem quanto à utilização dos princípios na construção judicial que é substancialmente diferente daquela defendida pela teoria positivista de Hart. Essa divergência de postura é definida pelo próprio autor da seguinte forma:

- (a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios **possuem obrigatoriedade** de lei e **devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões** sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “**o direito**” inclui, pelo menos, **tanto princípios como regras**.
- (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs e Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios **extralegais** que ele tem **liberdade de aplicar**, se assim o desejar. (DWORKIN, 2002, p. 46-47, grifo em itálico no original e em negrito nosso).

De acordo com Dworkin a tese da discricionariedade, ao conferir a um juiz um poder de escolha a partir de critérios que não pertencem ao universo jurídico, permite que sejam

¹⁰⁷ Em verdade, porém, é importante ressaltar que Hart – escolhido por Dworkin como modelo da tese positivista a contestar – embora defendesse a possibilidade de escolha entre alternativas a ser efetuada pelo magistrado, ressaltava, já no seu texto original publicado em 1961, que tal escolha *não se confundiria com uma arbitrariedade*. Neste sentido, podemos destacar o seguinte trecho da obra: “O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que [...] a conclusão constitui na verdade uma escolha, **ainda que possa não ser arbitrária ou irracional**.” (HART, 2005, p. 140, grifo nosso). De toda sorte, poder-se-ia argumentar contra essa afirmação de Hart que, se só as regras jurídicas vinculam, a utilização de padrões extrajurídicos não pode ser determinada pelo direito, não cabendo assim qualquer crítica (*jurídica*) ao magistrado na escolha desses padrões, embora esteja sujeito a críticas de outra natureza, por exemplo, morais.

¹⁰⁸ Nesse sentido ver Shapiro (2007, p. 10-11).

criadas obrigações para as pessoas mesmo quando “o Direito” não tenha estipulado previamente um padrão de comportamento a ser seguido e, conseqüentemente, não pudesse ser exigível que as pessoas agissem de uma determinada maneira ou deixassem de praticar algum ato.

Para melhor elucidar tal assertiva, veja-se um exemplo imaginado por Herbert Hart (2005, p. 141-142) já citado anteriormente quando da análise da *textura aberta* do direito, porém com uma nova roupagem: suponhamos a existência de uma regra jurídica que impeça a “circulação de veículos” em uma determinada área de lazer da cidade, que tenha como escopo manter a tranquilidade desta área e que utilize como fundamentação o argumento de que o barulho produzido e a possibilidade de acidentes que os veículos podem ocasionar, mormente numa área onde circulam muitas crianças, justificam sua implementação. Afora esta fundamentação a regra não especifica o que define como “veículo”. Imaginemos também que uma determinada pessoa levasse um moderno carro elétrico de brinquedo – destes com capacidade para somente uma criança de cerca de 9 a 12 anos dirigir – para que seu filho se divertisse nesse parque. Esse brinquedo – embora circule a uma velocidade menor do que a de um veículo automotor e não funcione com motor a combustão, mas sim a base de energia elétrica – incomodou outros frequentadores que solicitaram sua retirada com receio de acidentes, pois poderia ferir crianças que circulassem no local, alegando ainda que sua presença “*desrespeitava seu direito*” à tranquilidade. O pai, por outro lado, argumentava que “*tinha o direito*” de levar o brinquedo, pois a regra existente não se aplicaria ao brinquedo de seu filho. Após intenso debate, sem alcançar qualquer consenso, o caso foi parar num tribunal, onde a associação de moradores da localidade requeria que o pai que levou o engenho ao parque fosse condenado a responder, conforme as determinações da regra existente, por levar um veículo a local onde era proibido. Já o pai alegava que não se tratava de um veículo, mas meramente de um brinquedo. Tecida toda a estória, o que nos interessa é analisar a possível solução do caso a partir das teorias da integridade de Dworkin e positivista de Hart.

Hart (2005, p. 142-143) afirma que em casos como este, onde existem motivos – não jurídicos, já que a regra não é clara sobre a conceituação de veículo e não existem outras regras referentes ao caso – em favor de qualquer dos lados opostos da querela, a solução do litígio só poderá ser efetivada “através da *escolha* entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz”. Sendo que a satisfação estaria relacionada a “**finalidades sociais razoáveis**”.¹⁰⁹ Nesses casos, de acordo com o pensamento positivista esboçado no resumo de

¹⁰⁹ Hart reconhece, na mesma parte do texto em comentário, que do ponto de vista prático “sistemas jurídicos diferentes, ou o mesmo sistema em momentos diferentes, podem, quer ignorar, quer reconhecer mais ou menos

Dworkin, nenhuma das partes envolvidas no conflito de interesses, a ser resolvido pelo sistema judicial, poderia alegar que possui direito a uma decisão específica, posto que nenhuma regra existente se amolda perfeitamente ao caso, não conferindo direitos tampouco obrigações. Mas então, como explicar que os juízes decidam, eventualmente, a favor de um dos litigantes, impondo ao outro uma série de obrigações, principalmente se os critérios utilizados para solução do caso não são jurídicos?¹¹⁰

O jusfilósofo norte-americano sugere que a solução para esta questão, até então recalcitrante tanto para a Ciência quanto para a Filosofia do Direito, consiste justamente em adotar a primeira das duas alternativas apresentadas acima, aquela que considera os **princípios** – tipos especiais de padrões que são utilizados pelos juristas na consideração de direitos e obrigações, mormente nos chamados casos difíceis, mas que não se confundem com as regras jurídicas – não como paradigmas externos ao mundo jurídico, mas antes, enquanto componentes integrantes do Direito, conjuntamente com as regras. A teoria de Ronald Dworkin surge, segundo sua própria concepção, como forma de resgate da **integridade** e **completude** do direito, quando considerados o conteúdo e o alcance das normas não positivadas, através da compreensão de que é para esses elementos componentes do direito que os olhos dos juristas devem se voltar para complementar o direito quando as regras por si só não puderem solucionar os conflitos, mantendo a solução de todos os casos interna ao direito. Assim, critica mais uma vez os positivistas, afirmando que possuem uma visão limitada do direito, que só poderia se completar mediante a absorção dos princípios.

A primeira alternativa trata os princípios como **obrigatórios para os juízes**, de tal modo que eles incorrem em **erro ao não aplicá-los quando pertinente**. A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, “adotam como princípio” de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados. A escolha entre essas duas abordagens afetará, e talvez chegue mesmo a determinar, a resposta que podemos dar à questão de saber se, em casos difíceis como *Riggs* ou *Henningsen*, o juiz está tentando aplicar direitos e obrigações jurídicos preexistentes. No primeiro caso, ainda temos a liberdade de argumentar que, como esses juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos. Porém, se partirmos da segunda alternativa, teremos abandonado a esfera dos tribunais no tocante a esse ponto e teremos que reconhecer que a família do assassino no caso *Riggs* e o fabricante, no caso *Henningsen*, foram privados de seus bens por um ato de poder discricionário do juiz, aplicado *ex post facto*.

explicitamente tal necessidade de ulterior exercício de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares”.

¹¹⁰ Hart (2005, p. 145, grifo em itálico no original e em negrito nosso) – ao tratar das variadas técnicas criadas para lidar com o caráter de indeterminação presente nas regras – admite a possibilidade de alguns sistemas jurídicos ocasionarem a consequência criticada por Dworkin, qual seja, exigirem de forma prévia, dos cidadãos, um comportamento que só será oficialmente definido posteriormente: “Neste caso, exige-se-lhes que ajam em conformidade com um padrão variável **antes que tenha sido oficialmente definido** e podem ser informados por um tribunal só *ex post facto*, quando o tenham violado, do que, em termos de ações ou omissões específicas, é o padrão exigível”.

[...] Se o confisco de propriedade em casos como esse não pode ser justificado através do apelo a uma obrigação instituída, então outra justificativa deve ser encontrada, mas até agora nenhuma satisfatória foi apresentada. (DWORKIN, 2002, p. 48-49, grifo em negrito nosso e em itálico no original).

Destarte, essa proposta também se baseia na observação dos procedimentos adotados pelos magistrados e teria como vantagem em relação à tese positivista, segundo Dworkin, possibilitar que todas as decisões proferidas pelos tribunais – sejam aquelas baseadas somente em regras, sejam as que se fundamentam também ou unicamente em princípios – caracterizem-se por utilizar tão somente critérios jurídicos. Destarte, qualquer sentença prolatada que defina direitos ou imponha obrigações terá a seu favor o argumento de que, ao contrário do que ocorre com o uso do poder discricionário, não será constituída em função da veledade de alguns indivíduos, mas terá como fundamento o próprio sistema jurídico vigente.

Desta feita, em casos como *Riggs* e *Henningsen* os tribunais não estariam criando obrigações após a ocorrência de um fato e as aplicando retroativamente, mas na verdade utilizariam padrões que também são jurídicos – não obstante diferentes das regras – para elucidar os direitos e obrigações que já existiam à época em que o fato ensejador do litígio ocorreu.

Visando defender a ideia da *vinculatividade dos princípios* em contraposição a possibilidade de uma esfera de discricionariedade na decisão judicial, Dworkin (2002, p. 50-51) questiona o próprio conceito de poder discricionário, bem como o uso desse pelos positivistas, afirmando que a expressão *poder discricionário* é, conforme sua utilização na linguagem ordinária, um conceito relativo caracterizado como um espaço delimitado onde se pode agir ou, utilizando uma ilustração, algo como “o espaço vazio no centro de uma rosca”, isto é, como um espaço vazio de decisão circundado por uma faixa ou moldura de restrições. Sendo assim, o autor argumenta que sempre faria sentido perguntar: “poder discricionário de acordo com que padrões?” ou “poder discricionário com relação a qual autoridade?”. E conclui afirmando que em algumas situações alguém pode ter um poder discricionário em um desses sentidos, mas não em outro.

Com base nesse raciocínio o professor norte-americano afirma que o termo poder discricionário pode ser utilizado, pelo menos, em três sentidos diferentes:

1º - Naqueles casos em que é exigido do aplicador da norma o uso da *capacidade de julgar*, posto que o contexto não seja por si só esclarecedor;

2° - Quando a *competência decisória é de última instância*, não podendo esta ser revista nem cancelada por nenhuma outra autoridade, ou seja, quando nenhuma outra autoridade tem o poder de impor a sua própria avaliação em caso de discordância;

3° - Nas situações onde o poder de decisão não está limitado por padrões destinados a direcionar essa decisão.¹¹¹

Dworkin argumenta que os dois primeiros casos se referem ao poder discricionário em um *sentido fraco ou limitado*¹¹², portanto não relevantes para o reconhecimento de uma suposta liberdade do magistrado em decidir os casos de forma a não estar vinculado ou obrigado a escolher em favor de qualquer possibilidade e que também não contribuem para elucidar por que e como os tribunais utilizam princípios para resolução dos litígios. Somente quando presente a hipótese do terceiro sentido (chamado pelo autor de *sentido forte*) é que poderíamos falar em uma ampla liberdade de decisão do magistrado, não delimitada por quaisquer padrões jurídicos, podendo realmente afirmar que ele estaria completamente desvinculado para decidir a questão de uma forma ou de outra. Nas palavras do autor:

Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. [...] para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. [...] Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar. (Dworkin, 2002, p. 52).

Para explicar melhor a diferença entre esses três sentidos, o autor começa afirmando que o segundo sentido apontado não apresenta maiores dificuldades de compreensão, bastando imaginar qualquer situação onde alguém tem a possibilidade de tomar uma decisão que não pode ser revista ou cancelada por outrem, onde nenhuma autoridade poderá impor sua avaliação caso discorde da decisão tomada. Mas o fato de alguém decidir em última instância, não significa que não existam padrões predeterminados por outra autoridade. E ainda que a decisão não possa ser revista ou anulada ela pode ser criticada em termos de descumprimento do padrão que existia ou em termos de um direito que existia e não foi respeitado.¹¹³ Já o

¹¹¹ Dworkin (2002, p. 55 e 109 respectivamente) explica que, nesta situação, “... quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido forte 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 impõe obrigações a estes”. Em capítulo posterior, o autor redefine o conceito de sentido forte do poder discricionário: “quando algum conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor o dever de tomar uma decisão específica”.

¹¹² Nesses sentidos a presença do poder discricionário não elimina a consideração da questão de qual é o dever do magistrado, cuja resposta deverá ser obtida pela reflexão de todos os assuntos e temas que o próprio juiz creê pertinentes a sua decisão (Dworkin, 2002, p. 52).

¹¹³ Como exemplo da efetiva ocorrência do que Dworkin afirma nesse ponto, veja-se o comentário do Ministro Ricardo Lewandowski – citando argumento do Min. Marco Aurélio Mello no Inquérito 2.462 – reconhecendo a possibilidade de **erro** das autoridades que decidem em última instância: “O Supremo também pode errar, quer

primeiro e o terceiro sentidos demandam uma reflexão mais apurada. Para ilustrar a diferença entre eles, podemos imaginar a hipótese de um sargento que recebe de seu superior hierárquico a atribuição de escolher cinco militares para a realização de uma patrulha. Se a ordem não estipular quaisquer características que os homens a serem escolhidos devam ter, “o sargento não está limitado pela autoridade em questão” e neste caso, portanto, ele possui um poder discricionário em **sentido forte**. Entretanto, se o sargento recebe uma ordem de escolher os cinco militares *mais experientes* sob seu comando “ele não possui o poder discricionário neste sentido forte, pois a ordem pretende dirigir sua decisão”. Discussões sobre a questão do sargento não poder aplicar os padrões de forma automática ou mecânica, mas antes precisar utilizar sua capacidade de julgamento ou discernimento porquanto às ordens foram em certa medida vagas; ou porque houve dificuldade em determinar quais eram os homens mais experientes; ou ainda, porque pessoas razoáveis poderiam discordar quanto à decisão de quais seriam os mais experientes, não mudam o fato de que existiriam padrões estipulados por uma autoridade superior que determinam, limitam e dirigem a decisão que deve ser tomada, devendo o sargento observar tais determinações. No mesmo sentido, um árbitro que deve escolher o lutador de boxe que foi *mais agressivo*, também não possui poder discricionário no sentido forte. (DWORKIN, 2002, p. 53).

Reiterando a linha de raciocínio do autor, a diferença significativa entre os dois primeiros tipos de discricionabilidade (sentido fraco) e o último (sentido forte) consiste no fato de que, nos *sentidos fracos*, existem padrões limitativos e dirigentes da atividade que será exercida, vinculando a decisão à observância necessária desses modelos a serem considerados, já no *sentido forte* tais limitações não existem e, portanto, a decisão é livre e não direcionada (pelo menos em relação à determinada autoridade que temos em mente para contextualizar a existência de um poder discricionário), podendo pender para qualquer escolha possível sem que o responsável por ela possa ser criticado por desrespeitar qualquer padrão, modelo, paradigma ou fórmula proveniente de uma fonte (autoridade) que tivesse como função dirigir sua conduta resolutiva.

Dworkin ressalta, porém, que mesmo neste sentido classificado como forte, esta liberdade não pode ser confundida com arbitrariedade ou licenciosidade, pois a decisão deverá ser efetuada respeitando “padrões de racionalidade, equidade e eficácia”, portanto, sujeita a análises e eventuais críticas. Contudo, tais críticas serão feitas não com fundamento em um

na arte de proceder, quer na arte de julgar e, decidindo, não há a quem recorrer.” Voto do Min. Ricardo Lewandowski na *questão de ordem na ação penal 470 - Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/qaop470rl.pdf>>.

suposto desrespeito às determinações de uma autoridade nem, portanto, aos direitos ou obrigações pré-existentes (já que não existiriam padrões diretivos de autoridade superior), mas sim baseadas em outros tipos de padrão:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. [...] Alguém que possua poder discricionário neste sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente [...]. Podemos dizer que ele cometeu um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por um direito. (Dworkin, 2002, p. 53-54).¹¹⁴

Após estabelecer essas diferenças de sentido na utilização do termo *poder discricionário* e suas relações com a suposta liberdade decisória de um juiz, o filósofo norte-americano busca avaliar em quais desses sentidos **os positivistas** utilizam o termo quando afirmam que “se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário”.

Iniciando pela opção que descarta completamente, Dworkin (2002, p. 54) afirma que os defensores da teoria do positivismo jurídico não utilizam o segundo sentido de poder discricionário (decisão não passível de revisão ou cancelamento por outro poder que pode impor sua própria avaliação) para descrever a decisão judicial de uma forma geral – mesmo considerando a instância mais alta do judiciário –, pois “afirmam que um juiz não tem poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível”. No que concerne ao primeiro sentido (utilização de uma capacidade de julgar, mas vinculados por padrões diretivos), o autor compreende que, embora se possa enumerar razões para suspeitar que os positivistas empreguem o termo poder discricionário nesse sentido, resiste certa dificuldade em aceitar tal fato, pois afirmar que, “às vezes”, os juízes devem formar seu próprio juízo de convencimento “ao aplicar padrões jurídicos” – quando, por exemplo, entende-se que apesar da textura aberta de uma regra ela se aplica a um caso concreto – constitui lugar-comum. Nas palavras de Dworkin (2002, p. 55) “é tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar. Além disso, ela não tem nenhuma relevância para o problema de como explicar os princípios jurídicos”.

¹¹⁴ Dworkin faz com que o chamado poder discricionário em *sentido forte* tenha uma conceituação muito similar aquela defendida por Hart (seção 1.1.4) – embora este último não faça distinções entre os sentidos de discricionariedade. Hart (2005, p. 144-145 e 140 respectivamente) afirma que quando o direito não determina previamente uma solução através de regras claramente aplicáveis, a autoridade responsável por decidir um eventual conflito “deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes.” Portanto, “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.”

Dworkin afirmará que, ao menos em algumas situações, os juspositivistas defendem a utilização do poder judiciário no terceiro sentido (decisão não limitada por padrões de autoridade):

Hart, por exemplo, afirma que, quando o poder discricionário do juiz está em jogo, **não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões**, mas devemos, em vez disso, falar sobre os **padrões que ele "tipicamente emprega"**. Hart pensa que, quando os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados [...] como aquilo que os tribunais "têm por princípio" fazer. (DWORKIN, 2002, p. 55, grifo nosso).¹¹⁵

Eliminados os sentidos fracos, no que concerne à utilização do termo poder discricionário pelos positivistas, Dworkin analisará o conflito entre o sentido forte e a tese do caráter vinculativo dos princípios. Tal debate é fundamental para que se esclareça a questão de quais padrões devem ser respeitados (vinculação obrigatória) pelos magistrados na construção da decisão judicial. Nesta faina, o filósofo enumera os argumentos que os positivistas poderiam mencionar a favor da discricionariedade e contra a obrigatoriedade de consideração dos princípios em comento da seguinte forma:

- (1) Um positivista poderia argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios. [...]
- (2) Um positivista poderia argumentar que, embora alguns princípios sejam obrigatórios, no sentido de que o juiz deve levá-los em consideração, eles não podem prescrever um resultado particular. [...]
- (3) Um positivista poderia argumentar que os princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e mais ainda o seu peso são intrinsecamente controversos. (DWORKIN, 2002, p. 56-58).

Em relação ao primeiro ponto o autor defenderá que não há nenhum elemento no caráter lógico de um princípio que impeça sua obrigatoriedade; assevera também que os críticos de uma decisão que desconsiderasse tais princípios alegariam que o magistrado cometeu um erro, pois tinha o dever de fazê-lo e a parte derrotada no processo tinha o direito de esperar que ele contemplasse tais princípios. Ademais, não bastaria afirmar que este dever do magistrado seria apenas *moral* ou *institucional*, pois tal assertiva deixa em aberto a questão de que a tese discricionária positivista é incapaz de explicar por qual razão tal obrigação – de considerar os princípios – é diferente do dever imposto pelas regras e por que esta suposta diferença autoriza a excluir os princípios do conceito de direito e a caracterizá-los como padrões extrajurídicos que os tribunais “usam caracteristicamente”, de modo peculiar, mas sem obrigatoriedade. No que concerne ao segundo argumento, relativo à incapacidade dos

¹¹⁵ Na tradução portuguesa da obra de Hart (2005, p. 161, grifo nosso) a expressão aqui transcrita como "tipicamente emprega" foi traduzida como "usam caracteristicamente": "[...] vários tipos de raciocínio que os tribunais *usam caracteristicamente* ao exercer a **função criadora que lhes é deixada pela textura aberta do direito** contido na lei ou no precedente".

princípios em prescrever um resultado específico, Dworkin afirma – conforme já explicitado quando da definição do conceito de *princípio* e sua diferenciação daquilo a que chamamos de *regras* – que é verdade que os princípios individualmente apreciados apenas inclinam a decisão em um sentido e não determinam a decorrência automática da consequência indicada por eles, entretanto, um conjunto de princípios que se aplicam ao caso *pode* ditar um resultado.

Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele **deve** decidir de acordo com isso, **do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória**. (DWORKIN, 2002, p. 57, grifo nosso).

Dworkin assevera que é verdade que um juiz pode errar na avaliação dos princípios, mas ele também pode errar em seu juízo sobre uma regra ser obrigatória ou não em relação a determinado caso. Da mesma maneira, poderiam estar errados tanto o sargento na determinação dos soldados mais experientes, quanto o árbitro na escolha do lutador mais agressivo, mas isso não significa que um conjunto de padrões não possa ditar um resultado em todos estes casos.

Sobre a dificuldade de estabelecer a autoridade e força relativa dos princípios (terceiro argumento), embora Dworkin (2002, p. 58) a admita confirmando que se trata de matéria dependente de apreciações valorativas, cuja consequência é a possibilidade de pessoas razoáveis adotarem posturas diferenciadas,¹¹⁶ o autor reafirma que isso não advoga a favor da ocorrência de um sentido forte da discricionariedade, pois, ainda assim, os juízes, árbitros e sargentos *teriam um dever* de “chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão”.¹¹⁷

Tendo rejeitado alguns dos argumentos que os defensores da tese da discricionariedade poderiam propor, o filósofo norte-americano cita outro argumento que considera favorável à teoria do caráter vinculativo dos princípios. Dworkin afirma que tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América é fácil observar a rejeição ou modificação de regras jurídicas existentes através das interpretações efetuadas pelo Poder Judiciário, ou seja, ao menos naqueles países é possível encontrar diversos casos onde os

¹¹⁶ No mesmo sentido é a afirmação feita na Introdução de *Levando os direitos a sério*: “... existem casos difíceis, tanto na política quanto no direito, nos quais juristas criteriosos divergirão acerca de direitos e nos quais nenhum deles disporá de qualquer argumento que deve necessariamente convencer ao outro”. (DWORKIN, 2002, p. XIX).

¹¹⁷ Essa ideia de um dever que os magistrados têm de chegar a uma compreensão, mesmo quando estão envolvidos padrões valorativos e, conseqüentemente, a possibilidade de divergência razoável, será aprofundada na seção 1.2.4.3 onde Dworkin defenderá a existência de uma “responsabilidade política” dos juízes e na seção 1.3.1.3 onde Hart tecerá críticas a essa tese.

magistrados, embora houvesse regra estabelecida, rejeitam-na ou dão nova interpretação, mesmo quando disso “resulta a não-execução daquilo que é chamado de ‘intenção do legislador’”. Entretanto, se os tribunais tivessem poder discricionário para modificar ou abandonar as regras constitutivas do direito positivado conforme seu alvedrio, a observação obrigatória de tais regras para a construção da decisão judicial não poderia ser considerada válida e o direito como compreendido pelos positivistas não existiria, portanto, é necessário estabelecer em que circunstâncias e a partir de quais padrões estariam os magistrados autorizados a modificar as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico. O autor defende que a resposta a esta questão é feita com esteio nos princípios:

A não ser que pelo menos alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, nenhuma regra ou muito poucas regras poderão ser então consideradas como obrigatórias para eles. (DWORKIN, 2002, p. 59).

Segundo sua tese, os princípios podem atuar de duas formas diferentes no que concerne às regras estabelecidas: existem diversos padrões, cuja maior parte é constituída por princípios, que propugnam pela manutenção das regras jurídicas, entretanto, também existem princípios que justificariam uma mudança ou mesmo o abandono de regras específicas.¹¹⁸ No primeiro caso Dworkin cita como exemplos a “supremacia do Poder Legislativo” bem como a “doutrina do precedente”.¹¹⁹ Quanto aos exemplos de princípios que justificariam uma mudança das regras positivadas, o autor remete justamente aos casos *Riggs* e *Henningsen* já analisados, onde se pôde perceber que embora houvesse regra jurídica supostamente aplicável aos casos examinados, o tribunal decidiu no sentido de afastar as respectivas regras – ou, ao menos, reformular a interpretação até então existente – naquelas hipóteses específicas, fundamentando sua resolução através de princípios. Mas se existem princípios que defendem a manutenção do *status quo* do sistema jurídico e, ao mesmo tempo, outros que justificam modificações de regras jurídicas estabelecidas, como decidir pela primazia de alguma dessas vertentes?

Dworkin aduz que somente alguns princípios têm esta capacidade de permitir a mudança das regras do ordenamento jurídico e que a determinação de quais são esses

¹¹⁸ Dworkin (2002, p. 59-60, grifo nosso) assevera que na hipótese da modificação de uma regra estabelecida “é necessário, embora não suficiente, que o **juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio**; dessa maneira o princípio justificará a modificação”.

¹¹⁹ O filósofo define a “supremacia do Poder Legislativo” como um *conjunto de princípios* que exigiriam dos tribunais uma deferência limitada aos atos deste poder. Já a “doutrina do precedente” também consistiria num *conjunto de princípios* que teriam como primado a eficiência e a equidade decorrentes da consistência das decisões judiciais. (DWORKIN, 2002, p. 60).

princípios que permitem tal mudança não pode estar sujeita aos caprichos dos integrantes do Poder Judiciário¹²⁰:

[...] não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionados em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Então, na concepção dworkiniana, definir uma regra como obrigatória significaria que os princípios que indicam uma decisão no sentido da manutenção da regra têm, em seu conjunto, uma força relativa (ou peso ou importância) – força essa **que não pode ser desconsiderada pelo magistrado** – maior do que o grupo de princípios que são favoráveis à modificação da regra.¹²¹ Esta seria, na visão do autor, a única forma de explicar a relação entre a necessidade e possibilidade de preservação das regras e sua obrigatoriedade em contraste com a prática jurídica que, em determinadas situações e casos, efetiva o abandono ou modificação das regras estabelecidas com base em outros padrões que não são regras. Isso porque, ao analisar os argumentos favoráveis ou contrários à manutenção das regras, o procedimento delineado dá a conjuntos de princípios e políticas o mesmo tratamento que se dá às regras, isto é, ”trata os princípios e políticas como padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas”. (DWORKIN, 2002, p.61).

Em resumo, pode-se concluir que Dworkin não admite a alegação da tese positivista quanto à ampla liberdade do magistrado de decidir os chamados casos difíceis, sem amarras e sem limitações, através da utilização de um poder discricionário em sentido forte. A partir da

¹²⁰ Embora Dworkin procure ressaltar que a decisão com base em princípios não pode estar sujeita ao arbítrio do judiciário, a existência dessa suposta subjetividade na escolha ou aplicação dos princípios constitui, até os dias de hoje, uma das maiores críticas às correntes não positivistas, o que fez com que Dworkin, desde seus primeiros escritos há mais de trinta anos até os mais recentes, busque especificar metodologias para minimizar tais críticas. Ver dimensões do ajuste e do valor (seção 1.2.6.4) e a proposta de criação de uma *teoria valorativa do direito* (seção 1.4.2).

¹²¹ “Consideremos, portanto, o que fica implícito quando alguém diz que uma determinada regra é obrigatória. Ele pode sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança. E se não for esse o caso, ele pode sugerir que qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente, princípios que o tribunal não tem a liberdade de ignorar. Muito frequentemente, ele irá sugerir as duas alternativas, pois princípios conservadores, por serem princípios e não regras, em geral não são suficientemente poderosos para salvar uma regra do direito costumeiro ou uma lei envelhecida que não tem nenhum apoio nos princípios substantivos que o tribunal está obrigado a respeitar.” (DWORKIN, 2002, p. 61).

crítica exposta, o autor defende de forma veemente a tese de que *os princípios* que muitas vezes são utilizados pelos juízes para resolução de casos concretos também teriam – assim como as regras – força vinculativa e, portanto, seriam elementos componentes do direito de uma sociedade.

Destarte, a maior consequência dessa mudança de perspectiva filosófica consiste no fato de que, sendo os princípios padrões integrantes do ordenamento jurídico, conseqüentemente são também de observância obrigatória pelas autoridades estatais que tenham a competência de decidir uma querela judicial, criando para os tribunais vinculação no que concerne a sua consideração para a prolação das sentenças. Desta forma, é a partir do reconhecimento da existência dos princípios e de sua qualificação como espécie, ao lado das regras, pertencentes ao gênero norma jurídica, que Dworkin procura eliminar a presença de elementos de discricionariedade no processo de construção da decisão judicial.¹²² Se os princípios utilizados pelos magistrados realmente apresentarem esta característica de observância necessária e obrigatória para a tomada da decisão judicial, ou seja, se as decisões judiciais forem limitadas pelos direcionamentos apresentados pelos princípios, não há que se falar em poder discricionário, pois não haveria liberdade de escolha, ao contrário, existiria vinculação das decisões judiciais à valoração dos princípios a serem concretizados. “Essas autoridades devem avaliar os pesos relativos dos vários fatores: desse ponto de vista elas não têm poder discricionário”. (DWORKIN, 2002, p. 57).

Essa valorização dos princípios e a obrigatoriedade de sua consideração na construção da decisão judicial são consideradas uma das maiores contribuições de Ronald Dworkin para a Filosofia do Direito e certamente colaboraram para o debate sobre o retorno da ética e da moral ao campo do Direito.

1.2.3 As críticas à regra de reconhecimento de Herbert Hart

Como ressaltado anteriormente, uma das maiores contribuições de Hart à Filosofia Jurídica consistiu em apresentar uma teoria onde a força das regras jurídicas não se originava do poder físico da pessoa ou instituição de onde estas provinham, mas antes da *autoridade* conferida às regras em questão. Para verificar a presença desta *autoridade*, o professor

¹²² Sobre o dever dos juízes perante o direito é importante ressaltar a distinção sustentada pelo autor entre os **juízos de dever** e **juízos de recomendação**. Este assunto será tratado sistematicamente na seção 1.2.3.1.

Herbert Hart propôs a existência de uma *regra de reconhecimento* (baseada na aceitação de, pelo menos, parcela importante de uma sociedade) que poderia ser utilizada como teste definitivo para determinar quais regras seriam, real e indubitavelmente, componentes do direito de uma sociedade. Essa regra serviria, portanto, como a forma de identificação definitiva responsável por separar as normas jurídicas de todas as outras regras sociais que não seriam elementos integrantes do direito. Tal delimitação seria de suma importância por indicar, de forma extremamente clara, quais padrões teriam a capacidade de gerar direitos e obrigações para os membros de uma coletividade e, por consequência, quando seria possível, de modo legítimo, exigir que os cidadãos pratiquem ou se abstenham de exercer atos, sob pena de interferência estatal na esfera patrimonial e de liberdade dos indivíduos.

É justamente contra este tipo de exame de reconhecimento do direito através de uma norma superior última que Dworkin se insurgirá. Denominando este tipo de avaliação como teste de *pedigree*¹²³, o filósofo considera que tais formas de avaliação não são capazes de explicar o fenômeno jurídico em sua totalidade, além de serem incompatíveis com a existência de princípios jurídicos quando considerados como elementos do direito. Tendo em vista que este ponto constitui uma das maiores divergências entre as teses de Hart e de Dworkin, dedicamos um tópico específico para explicitar estas e outras críticas do filósofo norte-americano à tese dessa regra de aceitação.

1.2.3.1 Juízos de recomendação e juízos de dever

Segundo Dworkin, a teoria da regra de reconhecimento de Hart se origina de uma suposta apreciação do que seriam práticas sociais uniformes, sendo que o filósofo norte-americano decide analisar de forma crítica este conceito de práticas sociais. Ele inicia suas explicações estabelecendo uma diferenciação entre situações onde existiria uma *obrigação ou dever* ao qual o comportamento dos integrantes de uma sociedade deve se conformar e outras ocasiões nas quais haveria tão somente uma *recomendação* quanto à atitude a ser adotada. Muitas vezes existem diferenças entre questões jurídicas e questões morais que utilizam tais distinções, mas, para Dworkin, a simples diferenciação entre direito e moral não é suficiente

¹²³ Importante ressaltar que para o autor norte-americano, a nota característica dos testes de pedigree é que eles se restringiriam a analisar a maneira pela qual as regras foram adotadas ou formuladas e não levariam em consideração o conteúdo dessas, ou seja, eles analisariam tão somente sua forma sem perscrutar sua substância.

para explicitar toda a gama de variações entre deveres e recomendações. A nota explicativa do tradutor da versão brasileira da obra de Dworkin é extremamente elucidativa quanto a esse ponto, bem como quanto à dificuldade que a língua portuguesa pode ocasionar para uma perfeita compreensão da pretensão do jusfilósofo norte-americano:

A distinção entre diferentes sentidos de obrigação, aqui desenhados, está no cerne do argumento desenvolvido por Dworkin neste capítulo. Os verbos modais ingleses, que expressam necessidade, recomendação, proibição, dever, etc., cobrem uma gama de nuances que não encontra correspondência exata na língua portuguesa, tornando impossível uma tradução que capture adequadamente a sutileza das distinções sugeridas. Assim, neste livro, com frequência, somos obrigados, por exemplo, a traduzir verbos e expressões verbais tão distintas como “*I should*”, “*I must*”, “*I ought to*” e “*I have the duty to*” por “*eu devo*” ou “*eu tenho o dever de*”. No contexto da argumentação de Dworkin, “*must*” expressa uma obrigação com caráter de necessidade externamente determinada, não vinculada a uma obrigação subjetiva, “*ought*” indica uma obrigação subjetiva de natureza moral, que contém igualmente o elemento da recomendação, enquanto “*have to*” sugere a existência de uma autoridade externa que é fonte de dever (e neste sentido aproxima-se de “*must*”). Dworkin utiliza a oposição entre “*ought to*” e “*have a duty to*” para estabelecer a diferença entre obrigação moral e obrigação jurídica. **Contudo, para o autor não basta distinguir entre obrigação moral e jurídica; dado que os princípios jurídicos (no sentido de Dworkin) invocam prescrições morais, torna-se necessário distinguir ainda entre o peso moral dessas prescrições e seu peso especificamente jurídico, isto é, sua incidência específica sobre o sistema jurídico e particularmente sobre as decisões judiciais.** (DWORKIN, 2002, p. 76-77, grifo em itálico no original e em negrito nosso).

Para compreender esse ponto é importante lembrar que, para Dworkin, as normas jurídicas são compostas por regras e também por princípios, sendo a união destes dois tipos de normas identificável com o direito, ou seja, com as normas que estabelecem uma obrigatoriedade (inclusive aos magistrados) sujeita à intervenção estatal legítima em caso de comportamento disforme. Alguns positivistas afirmam, em crítica à inclusão dos princípios como elementos do direito, que não fica claro quando os juízes têm ou não o dever de seguir certos princípios e, muito menos, quais são esses princípios. Dworkin argumentará que para responder a essa provocação é necessário evidenciar quando existe uma obrigação ou dever e quando existe somente uma recomendação.

Podemos exigir obediência a uma obrigação ou a um dever e, algumas vezes, propor uma sanção por falta de obediência, mas nem as exigências, nem as sanções são apropriadas quando se trata apenas de uma questão do que devemos (*ought*), de maneira geral, fazer. A questão de saber quando as alegações de obrigação ou dever são apropriadas, enquanto distintas de tais alegações gerais sobre conduta, é, portanto, uma importante, embora relativamente negligenciada, questão de filosofia moral. (DWORKIN, 2002, p. 77-78).

Esta diferenciação é que poderia estabelecer quando os magistrados têm o dever de decidir as querelas judiciais de determinada forma, porém, seria necessário especificar os elementos capazes de diferenciar quando haveria somente uma recomendação das demais

ocasiões onde estaria presente um dever jurídico que, portanto, vincularia a decisão judicial. Segundo Dworkin, a resposta de Hart para a questão sobre em que circunstâncias surgem os deveres e as obrigações se resumiria, tão somente, a afirmar que

os deveres existem quando existem as regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento *constitui* uma regra social e impõe um dever. (DWORKIN, 2002, p. 79-80).

O filósofo norte-americano critica a *teoria da regra social* alegando que Hart, ao analisar a questão filosófica sobre quando surgem as obrigações e deveres, não responde por que os juízes teriam a obrigação de seguir regras sociais, mas tão somente impõe este dever como um dogma necessário à sua tese.

Se agora perguntarmos por que os juízes têm um dever de seguir as regras sociais, na forma indicada pelas nossas cavalações anteriores, Hart responderá que estamos fazendo a pergunta errada. Faz parte de um conceito de dever, de acordo com a formulação de Hart, que os deveres sejam criados por regras sociais do tipo que ele descreve. (DWORKIN, 2002, p. 80-81).

Conclui Dworkin (2002, p. 89 e 90 respectivamente) que, para a tese hartiana “a existência de uma regra social e, portanto, a existência do dever, é simplesmente uma questão factual”. Entretanto, para o norte-americano, embora a prática social realmente sirva de embasamento ou ao menos como parte dos argumentos para justificar os juízos normativos em diversas ocasiões, a teoria de Hart confunde a relação entre a práxis social e a norma jurídica, pois “ela acredita que a prática social *constitui* uma regra que o juízo normativo aceita”; quando o que ocorreria de fato é que “a prática social ajuda a *justificar* uma regra que é expressa pelo juízo normativo”, tendo em vista fornecer razões para argumentar a favor da existência de um dever congruente com tal prática, mas não porque a prática constitua, de *per si*, uma regra que é tão somente descrita e tutelada pelo ordenamento jurídico.

1.2.3.2 Versões forte e fraca da regra social

De acordo com Dworkin, a regra de reconhecimento, ponto central da teoria proposta por Hart, tem como fonte de justificação e legitimidade a aceitação dessa pela sociedade. Tal aceitação consistiria em uma atitude de anuência partilhada pela comunidade que entende ser a regra um padrão de conduta a ser respeitado por todos os seus integrantes, vinculando,

assim, as condutas individuais. Dessa forma, a identificação da regra de reconhecimento é possível por meio da observação do comportamento dos cidadãos e das autoridades de uma sociedade específica, verificando sua prática social real.¹²⁴ Destarte, na concepção do filósofo inglês, a regra de reconhecimento constitui um tipo específico de regra social.¹²⁵ Tendo essa explanação em mente, bem como a crítica anterior de que Herbert Hart utiliza a pré-existência de uma prática social como petição de princípio necessária à configuração de uma regra jurídica, Dworkin distinguirá duas versões da regra social. Uma **versão forte** na qual a ocorrência de um dever normativo *sempre* será precedida pela existência de uma prática social e uma **versão fraca** onde *somente às vezes* um dever jurídico pressupõe a existência de uma regra social. O professor norte-americano afirmará que Hart aparentemente adota a versão forte e aduz que essa não consegue explicar todas as situações em que se fala sobre deveres ou mesmo sobre regras, pois “a teoria deve admitir que há algumas asserções sobre uma regra normativa que não podem ser explicadas como uma invocação de uma regra social, pela razão de que não existe uma regra social correspondente” (DWORKIN, 2002, p. 84).¹²⁶ Em outras palavras: para Dworkin a prática social demonstra que, com certa frequência, os cidadãos reivindicam (e acreditam nessa reivindicação) certos direitos e deveres que não correspondem à existência prévia de uma regra social, sendo assim, a tese da regra social só seria aplicável para explicar os deveres jurídicos naqueles casos onde houvesse um relativo consenso social acerca da existência desses deveres. Isso corresponderia ao que Dworkin denomina versão fraca da regra social.¹²⁷

¹²⁴ É importante lembrar que, embora Hart desenvolva seu raciocínio no sentido da necessidade de aceitação geral da regra de reconhecimento, posteriormente o autor estipula somente duas condições para a existência de um sistema jurídico: só seria necessária a aceitação das regras secundárias pelo corpo de funcionários (principalmente pelos magistrados) e não pelos particulares, cabendo a estes últimos tão somente a obediência às regras de comportamento. (HART, 2005, p. 128).

¹²⁵ Destaque-se que existe divergência doutrinária no campo filosófico quanto à possibilidade de, em terceira pessoa (alguém que não faz parte de um sistema, como um observador externo), identificar uma regra que tem como elemento essencial um sentimento de anuência pelos participantes do sistema. Alguns filósofos defendem que somente em primeira pessoa (aqueles que fazem parte de um sistema e, portanto, dão anuência à regra) poderiam, de fato, proceder a uma identificação destes tipos de normas. Ver seções 1.2.5; 1.3.2.1 e 1.4.3.1.

¹²⁶ O autor cita como exemplo o caso de um vegetariano que poderia alegar a existência de um dever de não se alimentar de outros animais “em razão da regra moral fundamental segundo a qual é sempre errado eliminar qualquer forma de vida”. Nesse caso, afirma Dworkin, embora de fato não exista um comportamento social como descrito pelo vegetariano, ele deseja defender enfaticamente a existência de um dever moral que proíba a prática de matar animais e “a versão forte da regra social não lhe permite apresentar esse argumento. Assim, essa teoria pode conciliar suas afirmações apenas insistindo para que ele diga algo que não quer dizer”.

¹²⁷ Talvez Dworkin alcançasse de forma mais clara seu objetivo de afirmar que as práticas jurídicas nem sempre correspondem a uma prévia regra social, referindo-se a decisões que reconheceram direitos e deveres que claramente não correspondiam a uma prática social: sentenças que desconsideram se a maior parte da sociedade concorda ou não com sua decisão; decisões que são proferidas justamente com o objetivo de coibir uma prática social existente; ou simplesmente decisões que são tomadas apesar da sociedade estar claramente dividida (portanto, não há consenso social) sobre os direitos e deveres que de fato existem.

Entretanto, mesmo a versão mais fraca da teoria não seria aceitável para Dworkin, pois ela ignoraria a distinção entre **moralidade concorrente** e **moralidade convencional**. A primeira consistiria naquela espécie de moralidade onde a concordância não é essencial para caracterizar a existência da regra normativa, ou seja, os integrantes da comunidade não consideram que a concordância de todos (ou ao menos da maioria de) os membros precise efetivamente ocorrer para que a regra seja aceita; já a moralidade convencional é o tipo onde o próprio acordo, a concordância dos membros em relação à regra, é elemento essencial para a existência da mesma. Se lembrarmos que as únicas formas de identificação de regras jurídicas, segundo a teoria de Hart, são a validade (segundo os critérios estipulados pela regra de reconhecimento) e a aceitação pelo corpo de funcionários da própria regra de reconhecimento, somente a moral convencional, onde há a aceitação social de determinada prática, seria passível de originar deveres normativos.¹²⁸

Para ilustrar seu argumento Dworkin (2002, p. 85) cita um exemplo hipotético: uma comunidade em que seus membros “acreditam que todo homem tem um dever de não mentir e que teria este dever mesmo que a maioria dos homens mentisse”. O autor afirma que apesar de estarem presentes as condições para a prática social estipuladas por Hart (existência de um comportamento social; a referência a este comportamento como um padrão a ser seguido e a crítica daqueles que não o fazem), não se aplicaria a teoria da regra social nesse caso, pois os integrantes da comunidade não consideram que a prática social precise efetivamente ocorrer para que a regra seja aceita, o que seria característico da moralidade concorrente.

Destarte, Dworkin afirma que é necessário mais esse abrandamento da teoria da regra de aceitação, qual seja o de que ela só poderia ser aplicável aos casos de moralidade convencional, não abarcando os casos de moralidade concorrente, mas ainda assim, essa redução do âmbito de incidência da tese não eliminaria os problemas da tese hartiana. O professor norte-americano entende que mesmo restringindo seu poder de atuação à moralidade convencional, a teoria não é capaz de explicar as nuances do ordenamento jurídico, pois nos deveres judiciais sempre haverá diferenças de opinião quanto à aplicação de

¹²⁸ Hart (2005, p. 316-318) admitirá em seu pós-escrito essa deficiência de sua abordagem. Neste sentido também IKAWA (2004, p. 103): “Segundo Dworkin, essa versão é ainda enfraquecida pelo fato de Hart abarcar apenas um tipo de moral, a moral convencional, determinada pelo consenso, deixando de lado a moral concorrente, independente do consenso. Como a regra social de reconhecimento aponta como fontes da lei apenas a validade e a aceitação, a única forma de moral que originaria um dever legal seria a convencional, isto é, aquela moral aceita pela massa (*bulk*) de uma população. Não trata, por conseguinte, da moral não convencional. Essa restrição na abrangência da regra social, reconhecida por Hart no *Postscript*, importa na identificação, segundo Dworkin, apenas de parte dos deveres legais em geral e, portanto, de parte dos deveres legais do juiz.”

regras, ainda que seja somente em relação aos detalhes ou ao alcance da regra e não especificamente a sua existência ou validade.

No intuito de confirmar seu argumento, o professor norte-americano amplia o exemplo dos igrejeiros utilizado por Hart, questionando sobre a aplicação do dever de não usar chapéu dentro do templo quanto aos bebês do sexo masculino. Parte da comunidade entende que a regra se aplica aos infantes e outra parte crê que não é o caso. Nessa situação, não há um comportamento social no sentido definido por Hart:

A descrição de Hart sobre as condições para a prática das regras sociais é explícita neste ponto: uma regra é constituída pelo comportamento em conformidade com ela, por parte da maioria da população. Hart, sem dúvida, considera como comportamento em conformidade com a regra aquele comportamento que todos concordam seja o exigido em determinado caso, mesmo quando tal caso não tenha ocorrido. Desse modo, a regra social “abrangeria” o caso de um homem ruivo, mesmo que a comunidade ainda não contasse com um. Porém, se a metade dos igrejeiros crê que os bebês devem tirar seus gorros e a outra metade não admite tal exigência, que regra social esse tipo de comportamento constitui? Não podemos dizer que constitua nem uma regra social que estabelece que os bebês devem tirar seus gorros nem uma regra social que estabelece que eles não têm esse dever. (DWORKIN, 2002, p. 87).

Sendo assim, poderia se concluir que só haveria regra social quando efetivamente houvesse uma concordância generalizada sobre determinado comportamento. Já no caso de haver divergência entre os membros de uma comunidade acerca do alcance de determinada regra, na verdade, não haveria regra social em relação à situação analisada, portanto, para que a tese de Hart se mantenha coerente com a tese da regra social, só existiria o dever jurídico naquelas situações consensuais. Entretanto, se assim for, a teoria da regra social só se aplicaria às questões triviais e não àquelas questões cruciais para o direito e para a sociedade, quais sejam os casos onde há grande divergência de opiniões e a decisão judicial se torna fundamental para definir os deveres de cada cidadão.

Após expor todas essas contrariedades, Dworkin reitera que a prática social não constitui uma regra que o juízo normativo aceita, na verdade apenas ajuda a justificar uma regra que é expressa pelo juízo normativo, ou seja, a prática dá origem a expectativas, fornecendo razões para sustentar a existência de um dever.

A teoria da regra social fracassa porque insiste em que uma prática deve, de algum modo, ter o mesmo *conteúdo* que a regra que os indivíduos sustentam em seu nome. Contudo, se supusermos simplesmente que uma prática pode justificar uma regra, então a regra assim justificada pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática; pode ficar aquém da prática ou ir além dela. Se examinarmos a relação entre a prática social e as pretensões normativas deste ângulo, então poderemos facilmente dar conta daquilo que a teoria da regra social luta para explicar. Se alguém considera uma prática social sem sentido, tola ou insultuosa, ele poderá acreditar que nem mesmo em princípio ela justifica afirmar a existência de quaisquer deveres ou regras normativas de conduta. E nesse caso tal pessoa dirá não que a regra lhe impõe um

dever que ela rejeita, mas que, apesar do que os outros pensam, não lhe impõe nenhum dever.

Além disso, se uma comunidade possui uma prática particular, como a prática de não usar chapéu na igreja, então será provável, mais do que surpreendente, que os seus membros sustentem diferentes regras normativas, cada uma delas supostamente justificada por essa prática. Eles discordarão quanto a se os bebês devem ou não usar gorro, pois divergirão se, uma vez considerados todos os aspectos, o fato da prática justifica a afirmação daquele dever. Alguns podem pensar que a prática justifica aquele dever, porque pensam que a prática como um todo institui uma forma de insulto ou desrespeito que pode ser cometida pelos pais de uma criança. Outros podem discordar, por diversas razões. É verdade que eles expressarão sua discordância, mesmo neste caso trivial, como uma discordância sobre as exigências da “regra” relativa ao uso de chapéu nas igrejas. Mas a referência não será à regra que é constituída pelo comportamento comum, isto é, uma regra social, mas à regra que é justificada pelo comportamento comum, isto é, uma regra normativa. (DWORKIN, 2002, p. 92).

1.2.3.3 Incompatibilidade entre a regra de reconhecimento e os princípios jurídicos

Em um primeiro momento, Dworkin (2002, p. 69) é enfático em afirmar que “não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir princípios”. Tal afirmação se baseia na ideia de que nenhuma regra de reconhecimento poderia fornecer um teste específico e definitivo para que pudéssemos identificar quais princípios compõem o direito. E ainda que isso fosse possível, o fato de os princípios possuírem o atributo do *peso* ou *força relativa* impossibilitaria que a regra de reconhecimento estipulasse qual ou quais deles deveriam prevalecer nas diversas hipóteses imagináveis. Nem mesmo o *apoio institucional* – identificável, por exemplo, através dos precedentes judiciais ou leis que pareçam demonstrar a importância deles – poderia servir como padrão de mensuração para uma teoria como proposta por Hart¹²⁹, pois, além das dificuldades já apontadas, “não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para

¹²⁹ Essa afirmação não significa que Dworkin não reconheça a importância que tem o *apoio institucional*, mas tão somente sua dificuldade em crer que o apoio institucional possa servir de parâmetro de mensuração seguro, na forma de uma regra de reconhecimento, para identificar: “É verdade que se fôssemos desafiados a sustentar nossa alegação de que determinado princípio é um princípio do direito, mencionaríamos qualquer um dos casos [...] nos quais tal princípio fosse citado ou figurasse na argumentação. Também mencionaríamos ainda qualquer lei que parecesse exemplificar esse princípio (melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios de comissões ou em outros documentos legislativos a ela associados). A menos que pudéssemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. E quanto mais apoio obtivéssemos, mais peso poderíamos reivindicar para o princípio. **Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda, de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância.**” (DWORKIN, 2002, p. 64-65, grifo nosso).

testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico” (DWORKIN, 2002, p. 65).¹³⁰ Ademais,

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 esta conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento. (DWORKIN, 2002, p. 66).

Dworkin entende que o procedimento de identificação de princípios jurídicos, embora possa e deva analisar as práticas referentes ao apoio institucional, não se contenta somente com isso, necessitando também considerar o embasamento que outros princípios gerais fornecem aos princípios que nos propomos a defender e as relações que estabelecem entre si, elevando a análise a um nível de abstração maior do que simplesmente uma análise factual da prática das instituições relacionadas com o Direito.¹³¹

Outra crítica à regra de reconhecimento se baseia na explicação que Hart fornece para justificar que esse tipo de regra pode aceitar alguns **costumes** como parte integrante do sistema jurídico, mesmo antes de eles serem utilizados por algum tribunal. Dworkin enfatiza que Hart, ao adotar esta tese, não define os critérios capazes de delimitar quais costumes seriam jurídicos e quais não o seriam. Para o filósofo estadunidense isso seria uma confissão de que não é possível separar taxativamente as normas sociais das normas jurídicas, pois o único elemento diferenciador entre “costume jurídico” e “costume moral” passível de justificar a inclusão de uns e não de outros no direito seria a própria aceitação daqueles pela comunidade, porém, isso destruiria a necessidade de uma regra de reconhecimento como proposta por Hart, cuja função seria exatamente de fornecer um teste para determinar as normas jurídicas sem depender da aceitação social, mas tão somente das características estipuladas pela regra de reconhecimento, portanto, através de sua validade.

Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isto reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema. (DWORKIN, 2002, p. 69).

¹³⁰ Entretanto, como veremos logo a seguir, posteriormente Dworkin (2002, p. 104-107) rediscute a questão do apoio institucional e, aparentemente, admite que a partir desse conceito se poderia chegar a uma teoria capaz de buscar justificar a base do dever jurídico de uma forma melhor do que através da tese de Hart, já que consideraria muito mais o conteúdo das normas – por meio da análise das preocupações e tradições morais da sociedade – do que a forma. De qualquer modo, o autor ainda mantém sua perspectiva de que o teste de apoio institucional não possibilitaria a distinção entre os princípios jurídicos e os demais princípios morais ou políticos.

¹³¹ Esse esboço inicial proposto por Dworkin quanto à forma de identificar os princípios jurídicos será aprofundada em um livro mais recente – “*A justiça de toga*” – conforme será apresentado no Capítulo 4.

O autor concluirá esta argumentação asseverando que a mesma dificuldade encontrada por Hart para explicar e definir singularidades que justifiquem a inclusão de alguns costumes e não de outros no ordenamento jurídico, será vivenciada se tentarmos adaptar sua regra de reconhecimento para justificar o ingresso de somente alguns princípios e políticas na esfera do direito. Ou seja, não seria possível estabelecer critérios objetivos e mensuráveis para definir quais princípios e políticas poderiam ser identificados como jurídicos a partir de uma regra de reconhecimento e, ainda que isso fosse hipoteticamente possível, a regra seria extremamente complexa para ser enunciada na forma como proposta por Hart.

Quanto à possibilidade de se considerar simplesmente o conjunto de princípios vigorantes em determinada sociedade como sendo a própria regra de reconhecimento, afirma Dworkin que ou teríamos simplesmente uma tautologia que em nada auxilia na identificação do direito; ou uma tarefa impossível de ser realizada pela complexidade e variedade dos princípios; ou, ainda, algo que não pode ser definido como um instrumento facilitador para identificar o direito.

Se designarmos a nossa regra de reconhecimento simplesmente pelo enunciado “o conjunto completo dos princípios em vigor”, chegaremos à tautologia de que o direito é o direito. Se, em vez disso, realmente tentarmos arrolar todos os princípios em vigor, seremos mal sucedidos. Eles são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela. Mesmo se tivéssemos sucesso, não teríamos uma chave para o direito, pois não teria restado nada para a nossa chave abrir. (DWORKIN, 2002, p. 70).

Posteriormente, Dworkin modifica alguns de seus argumentos quanto à incompatibilidade entre os princípios e a regra de aceitação, tendo em vista que os mesmos foram criticados por diversos estudiosos, vários deles procurando defender a tese de Hart. Essa afirmação pode ser verificada a partir da leitura do terceiro capítulo de *Levando os direitos a sério* – baseado no artigo “*The model of rules II*”, publicado com o objetivo de responder a essas críticas. Uma das mudanças mais significativas foi feita para responder a crítica de Ralf Sartorius – professor de Filosofia da Universidade de Minnesota – no sentido de que se Dworkin compreende que os juízes têm o dever de considerar alguns princípios e não outros na construção da decisão judicial, então, é necessário que sua tese também adote algum tipo de teste para identificar quais seriam os princípios relevantes juridicamente.

Como mostra o professor Sartorius, não posso realmente querer afirmar a existência de um sistema jurídico que não tenha um teste fundamental para identificar as regras e os princípios do direito. Faz parte do meu argumento que alguns princípios devam ser considerados como direito e, portanto, estejam presentes em argumentos judiciais, enquanto outros não. Se isto é verdade, deve haver alguma espécie de teste que possa ser usado para distinguir entre uns e outros. Assim, é preciso entender

minha declaração de que não existe tal regra fundamental que signifique simplesmente que o teste fundamental deve ser demasiadamente complexo para que possa enunciá-lo na forma de uma simples regra. Uma vez que Hart nunca afirmou que a regra fundamental deve ser simples, este ponto de divergência tem importância limitada. (DWORKIN, 2002, p. 94).

Assim, Dworkin parece, num primeiro momento, admitir que sua própria tese exija alguma espécie de teste capaz de distinguir entre princípios jurídicos e os não jurídicos – logo adiante se verá que não é assim – e passa a concentrar sua explanação no que denomina de três teses distintas relacionadas com a ideia de um teste fundamental para o direito:

- (i) A primeira tese sustenta que, em todos os países que têm um sistema jurídico desenvolvido, existe, na comunidade de seus juízes e autoridades judiciárias, alguma regra social ou conjunto de regras que determinam os limites do dever, por parte do juiz, de reconhecer qualquer outra norma ou princípio como direito. [...]
- (ii) A segunda tese sustenta que, em todos os sistemas jurídicos, uma regra ou um princípio *normativo* específico, ou um conjunto complexo deles, constitui o padrão adequado a ser utilizado pelos juízes para identificação de normas ou princípios de direito mais particulares. [...]
- (iii) A terceira tese sustenta que, em todos os sistemas jurídicos, a maioria dos juízes aceita *alguma* regra ou teoria normativa que rege seu dever de levar em consideração outros padrões como sendo padrões jurídicos. (DWORKIN, 2002, p. 94-95).

A diferenciação entre essas teses é, segundo Dworkin, de fundamental valia, pois da veracidade da primeira delas dependeria toda a ideia de que é possível distinguir os padrões jurídicos, enquanto grupo, dos demais padrões morais e políticos. O primeiro tipo é identificado com a tese hartiana da regra social, onde os magistrados compartilham da aceitação de uma regra e embasam suas decisões no comportamento reiterado da maioria dos integrantes de seu grupo.

Se a primeira tese for correta, existe realmente em todo o sistema jurídico algum teste de direito comumente aceito, na forma de uma regra social, e isto é suficiente para distinguir regras e princípios morais de regras e princípios jurídicos. Mas se a primeira tese é falsa, tal teste não existe. (DWORKIN, 2002, p. 96).

Já no segundo e no terceiro tipos não haveria essa preocupação com a atitude dos demais integrantes do grupo, enquanto elemento de justificação das decisões a serem proferidas. No segundo tipo, defendido por Dworkin (2002, p. 95-96), a norma-padrão definida como elemento de identificação do direito, qualquer que seja ela, não depende de uma identificação com a práxis dos tribunais e magistrados. Quanto à terceira tese, embora a maioria dos juízes efetivamente utilize algum critério normativo para identificação dos demais elementos do direito, não é necessário que o critério utilizado seja compartilhado pelos demais magistrados, mas tão somente a verificação de que cada juiz, “mais ou menos conscientemente” e desconsiderando os elementos de justificação dos outros juízes, “segue

uma determinada regra que especifica certas fontes exclusivas de direito ou uma teoria mais complexa que estipula como o direito pode ser identificado”.

Sendo assim, se for adotada qualquer variação da segunda ou da terceira teses, a teoria poderá adotar concepções controvertidas, justamente porque não é essencial a elas um elemento de acordo entre os integrantes do grupo. A consequência desse fato é que, se for solicitado argumentar a favor da tese, serão necessários argumentos que dependem, segundo Dworkin, “de princípios controvertidos de moralidade política” – como o papel de um Poder Judiciário numa sociedade democrática, sendo que a dependência desses padrões controvertidos seria um dos elementos mais combatidos pelo positivismo.¹³²

As distinções que estabeleci entre essas três teses distintas mostram por que a objeção de Sartorius erra o alvo. Para ele, se eu disser que os juízes têm o dever de usar alguns princípios, mas não outros, ou de atribuir a um princípio um determinado peso, mas não mais do que esse peso, segue-se daí que estou comprometido com a ideia de que existe um teste fundamental para o direito. O que realmente se segue é que fico comprometido com alguma versão da segunda tese, a saber, que é possível fazer uma defesa persuasiva em apoio a uma teoria em vez de outra, a respeito de como os juízes devem (*must*) decidir nos casos difíceis. Mas não se segue que eu deva aceitar a primeira tese - aquela segundo a qual existe, entre os juízes, uma regra social que decide a questão. Essa é a tese de Hart, mas não é nem precisa ser a minha. (DWORKIN, 2002, p. 96).

Para Dworkin, essa característica de controvérsia dos argumentos utilizados pelas segunda e terceira teses não se coadunaria com uma teoria que propugna por um nível mais expressivo de segurança jurídica, como ocorre com o positivismo. E, mesmo havendo Hart admitido que sua teoria não possua a capacidade de resolver todos os problemas que

¹³² Scott Shapiro (2007, p. 26) afirma que esse novo argumento (acerca dos desacordos, que será mais detalhado na seção 1.2.5) – considerado, pelo positivista, como extremamente poderoso – aduzido por Dworkin teria surgido nesse artigo, mas se desenvolveria completamente somente em “*O império do direito*”. Através dele Dworkin procura demonstrar que o juspositivismo não consegue dar conta de um tipo específico de divergência que ocorre entre os participantes de um ordenamento jurídico, acerca do método próprio de interpretar o direito. Em última análise, tais desacordos consistem em disputas sobre valores morais, que integrariam o direito: “Perhaps Dworkin sensed the impasse as well, for this critique changed dramatically after ‘The Model of Rules I.’ As we will see, the new objection, first broached in ‘The Model of Rules II’ but fully developed only in *Law’s Empire*, attempts to show that legal positivists are unable to account for a certain type of disagreements that legal participants frequently have, namely, those that concern the proper method for interpreting the law. The only plausible explanation for how such disagreements are possible, Dworkin claimed, is that they are moral disputes. Contrary to legal positivists, therefore, Dworkin argued that the law does not rest on social facts alone but is ultimately grounded in considerations of political morality as well as institutional legitimacy. As we will see, this critique of positivism is extremely powerful. Moreover, none of the responses to the first critique mentioned earlier are effective against it. Whether positivists have any defense against it is a matter to which I will return at the end of the essay”.

Como ficará mais claro na próxima seção, Dworkin (2010, p. 329) não concorda com essa avaliação feita por Shapiro e outros autores de que teria modificado seus argumentos de forma expressiva: “Não acredito, porém, que meus argumentos mais recentes sejam diferentes dos anteriores em qualquer sentido relevante”. Ideia que já havia afirmado no prefácio de “*O império do direito*” (DWORKIN, 2007, p. XII-XIII).

pudessem surgir no seio social¹³³, o norte-americano considera que essa ressalva se constitui em um eufemismo para o fato de que a teoria só se aplicaria aos poucos casos consensuais. Bastaria imaginar um julgamento onde os magistrados de determinada sociedade estejam efetivamente divididos quanto ao que devem fazer. É evidente que não há regra social, senão não haveria motivo para a dúvida por parte de tantos desses magistrados, ao contrário, a dúvida surge pela falta de parâmetros comportamentais reiterados que estabeleçam qual direito deve realmente ser tutelado pelo poder Judiciário.¹³⁴

Dworkin antecipa uma objeção que poderia ser feita a esse argumento, qual seja a de que a teoria da regra social como proposta por Hart não exigiria que exista sempre uma regra social determinando a decisão judicial, mas apenas que quando houver regra social de reconhecimento esta comandará o comportamento dos juízes. Sendo assim, se não há regra estipulando determinada decisão judicial ou há controvérsia sobre a decisão correta a ser tomada, os magistrados estão diante de uma hipótese de discricionariedade, podendo decidir em qualquer sentido. O autor afirma que tal argumento depende do pressuposto de filosofia moral de que os deveres não podem ser controversos. Entretanto, assevera que tal pressuposto não corresponde sequer à forma como os próprios juristas tratam a questão dos deveres judiciais. Utilizando-se do mesmo exemplo de divisão dos magistrados quanto à possibilidade de o Legislativo atual limitar a decisão dos Parlamentos futuros, Dworkin alega que aqueles juízes que acreditam na legalidade da cláusula de irrevogabilidade argumentam que os tribunais não poderão considerar correta uma tentativa de posterior revogação desta cláusula; já os magistrados que consideram que esse ato não pode ser efetivado defendem que os tribunais não têm o direito de reconhecê-lo. Destarte, mesmo havendo claramente uma divergência de opiniões, cada lado acredita que tem a obrigação de tutelar o direito que considera correto. E decreta Dworkin (2002, p. 101-102) acerca da teoria da regra de reconhecimento:

Se é possível que os juízes tenham o dever de aplicar alguma regra ou princípio ao determinarem o que é exigido pelo direito, apesar de nenhuma regra social indicar esse dever, então a primeira tese é falsa, seja lá como se descreva este dever.

¹³³ “Mas concluiremos este capítulo com uma prevenção: embora a combinação das regras primárias e secundárias mereça o lugar central que lhe é atribuído, porque explica muitos aspectos do direito, não pode por si só iluminar todos os problemas”. (HART, 2005, p. 108-109).

¹³⁴ Dworkin utiliza como exemplo um caso hipotético onde o Parlamento atual tenta promulgar uma norma e determina que os futuros Parlamentos não possam revogar o dispositivo legal criando uma *cláusula de irrevogabilidade* (que poderia ser comparada a uma espécie de cláusula pétrea no nosso sistema). O autor afirma que, se isto ocorresse na Inglaterra, seria provável que os juízes se dividissem quanto à legalidade deste ato.

1.2.4 A proposta de superação do positivismo

Após discorrer sobre as diversas deficiências que vislumbra na teoria de Hart, Dworkin se propõe a descrever e defender, no capítulo 4 de *Levando os direitos a sério*, uma teoria supostamente capaz de explicar, de modo mais satisfatório, diversos aspectos do direito que, de acordo com sua opinião, não são elucidados ou são abordados de forma errônea pela teoria juspositivista. Destarte, o sucessor de Hart em Oxford propõe uma teoria que considera uma melhor alternativa quando comparada ao positivismo – embora, admita, não seja perfeita¹³⁵ e reconheça a possibilidade de ocorrência de erros em função da falibilidade humana – por afirmar e defender que os indivíduos podem ter direitos jurídicos mesmo naqueles casos em que não existam leis claramente aplicáveis, decisões judiciais anteriores ou práticas sociais que todos os juristas concordem serem aplicáveis aos fatos em análise.

Dentre as características essenciais da tese dworkiniana podem ser destacados:

1ª) O direito de uma determinada sociedade não é composto somente por **regras** – definidas estas como aqueles padrões jurídicos que se aplicam na base do “tudo-ou-nada” e, por isso mesmo, para os quais não existe a referência ao peso ou importância relativa a ser contrastada com outras regras para sua aplicação. Para a tese dos direitos o ordenamento jurídico, embora contenha em sua estrutura regras jurídicas, também tem como elementos compositores os **princípios**, padrões jurídicos que a práxis demonstra serem relevantes para a formação do ordenamento jurídico e que não se confundem com as regras justamente por possuírem a dimensão do peso relativo e, conseqüentemente, não serem absolutos ou irrelevantes para a decisão do caso concreto;

2ª) A construção da decisão judicial não é feita em duas etapas como ocorreria segundo a tese positivista, onde primeiro o magistrado encontra o limite até onde vai o direito explícito e, a partir daí, utiliza-se então de um poder discricionário não regulado para criar novas regras para aqueles casos não abrangidos pelo direito (2002, p. 195). Ao contrário, como a tese entende que o direito é composto tanto por regras quanto por princípios, o direito sempre determina a decisão judicial, cuja função é descobrir os direitos que cada parte em

¹³⁵ Uma das deficiências reconhecida pelo autor, pelo menos na obra de 1977 é que a teoria dos direitos “é válida nos casos civis comuns, quando o pressuposto dominante é o de que uma das partes tem o direito de obter uma decisão favorável. Mas quando esse pressuposto não puder ser mantido, ela será apenas assimetricamente válida”. (DWORKIN, 2002, p. 157).

litígio realmente possui e tutelá-los ao invés de criar direitos novos e aplicá-los de forma retroativa. Destarte, não há concessão de liberdade de ação aos juízes (no sentido de decidirem fundamentados em suas convicções pessoais, embora as convicções façam, como se verá adiante, parte do processo de construção da decisão judicial), mas antes vinculação de seus atos às orientações fornecidas pelo ordenamento jurídico;

3ª) Em função do exposto na observação anterior, os juízes e demais autoridades judiciárias responsáveis por tutelar os direitos dos cidadãos sempre terão o dever de buscar descobrir os direitos das partes;

4ª) A teoria propugna pela diferenciação entre argumentos de princípios e argumentos de políticas, afirmando que caberia tão somente aos primeiros o embasamento das decisões judiciais, não podendo os tribunais fazer uso de argumentos políticos para fundamentar suas decisões;¹³⁶

5ª) A teoria não identifica nenhuma fórmula procedimental mecânica que seja capaz de demonstrar quais direitos as partes efetivamente teriam naqueles casos difíceis, ao contrário, afirma que este tipo de fórmula de identificação prévia do direito (como a regra de reconhecimento proposta por Hart) não é possível. Justamente por isso, a tese admite e incorpora a possibilidade de que juristas diferentes possam, ainda que após análise criteriosa e sensata, divergir acerca dos direitos e deveres jurídicos das partes;

6ª) Não obstante a confissão de que pode haver divergência, a tese advoga a favor de que é possível admitir a existência de uma única resposta correta para todos os casos que se apresentem acerca de conflito de interesses em uma sociedade.

Algumas destas características já foram explicitadas ao longo do trabalho, mormente durante a análise das críticas de Dworkin à tese de Hart, entretanto, ainda se faz necessário o desenvolvimento de explicações mais aprofundadas de alguns desses pontos para que se possa entender a teoria de uma forma mais qualificada. Assim, analisar-se-á de forma mais detalhada algumas assertivas advindas da teoria propalada pelo filósofo norte-americano para justificar as características acima discriminadas.

¹³⁶ Na edição brasileira de *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2002, p. 528) em que Dworkin comenta esta questão, infelizmente foi esquecida a inclusão da expressão “em vez de” (*rather than*): “Ele também discorda a [sic] tese dos direitos que defendi, segundo a qual os casos difíceis deveriam ser – e caracteristicamente o são – decididos com base em argumentos de princípio **e de política**”. Gerando uma frase que apresenta sentido completamente diverso àquele efetivamente expressado por Dworkin (1978, p. 344) na obra em inglês: “*He also disagrees with the rights thesis I have defended, which argues that hard cases should be, and characteristically are, decided on arguments of principle **rather than policy***”.

1.2.4.1 Princípios e políticas

Retomando a análise de Dworkin sobre o pressuposto positivista de que os tribunais poderiam criar novo direito devido à falta de regras claras – fato ocasionado pela textura aberta da linguagem, pelo descompasso entre o direito e os fatos sociais que avançam de maneira muito mais rápida ou mesmo pela limitação inevitável do legislador de não ser capaz de prever todas as situações que podem ocorrer e as relações destas com as normas que promulga – cabe analisar como os magistrados deveriam agir em tais situações. As teorias clássicas de decisão judicial afirmam que os juízes deveriam se colocar, hipoteticamente, no lugar do poder legislativo com vistas a decidir quais leis ele promulgaria caso se visse diante do problema analisado ou, como diria Dworkin (2002, p. 131), “como se os juízes fossem legisladores segundos”.

Para o autor, este argumento desconsidera a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, diferença que se configura fundamental para a sua teoria dos direitos. Segundo ele, os *argumentos de política* seriam aqueles que justificam uma decisão política tendo como escopo a proteção ou fomento de algum objetivo da coletividade, já os *argumentos de princípio* também justificariam uma decisão política, porém, ao contrário do argumento político, o que importa aqui não é a coletividade, mas sim a demonstração de que a decisão é garantidora dos direitos de um indivíduo ou de um grupo (DWORKIN, 2002, p. 129). Nas palavras do próprio autor:

Os **argumentos de princípio** são argumentos destinados a estabelecer um **direito individual**; os **argumentos de política** são argumentos destinados a estabelecer um **objetivo coletivo**. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. (DWORKIN, 2002, p. 141, grifo nosso).

Esse tópico também retornaria, embora com um foco mais voltado aos casos concretos, na obra *Uma questão de princípio*, sendo a “referência mais imediata do título do livro”:

Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os **argumentos de política** tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os **argumentos de princípio** afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. Como a visão simples de que Direito e política são a mesma coisa ignora essa distinção, ela deixa de observar uma ressalva importante na proposição de que os juízes devem servir e realmente servem a suas próprias convicções políticas ao decidir o que é o Direito. Mesmo em casos

controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, caracteristicamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata. (DWORKIN, 2005, p. IX e X, grifo nosso).

Conforme afirma, as decisões dos tribunais devem ser sempre baseadas em normas, entendidas estas como o conjunto de regras e princípios, já que a função do poder judiciário é a de agir como representante do Estado no que tange à tutela dos direitos que os indivíduos ou grupos efetivamente possuem e isso só poderá ser feito através dos elementos componentes do direito. E, ressalte-se, esse procedimento deve ocorrer mesmo naqueles casos onde a regra jurídica se originou de uma política.

Sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. Suponhamos que um fabricante de aviões mova uma ação para receber o subsídio que a lei prevê. Ele invoca seu direito ao subsídio; sua argumentação é um argumento de princípio. Ele não argumenta que a defesa nacional seria melhorada com subsídio que fosse concedido; poderia, inclusive, admitir que a lei estava politicamente errada quando foi adotada, ou que, por razões políticas, deveria ter sido revogada já há muito tempo. **Seu direito a um subsídio não mais depende de um argumento de política, pois a lei o transformou em uma questão de princípio.** (DWORKIN, 2002, p. 130-131, grifo nosso).

Se os magistrados realmente atuassem no papel de legisladores – ainda que somente naqueles casos que os positivistas consideram como raros (os casos onde as regras não se aplicam de forma clara) – deveriam estar preparados para decidir situações formulando seu juízo com fundamento em políticas, como ocorre cotidianamente no poder legislativo. Conforme afirma Dworkin (2002, p. 130-132, grifo nosso) o legislativo certamente tem, em sua esfera de competência, a possibilidade de aderir a argumentos de política e adotar programas que são gerados por tais argumentos, portanto, se os tribunais fossem “legisladores segundos”, eles também deveriam ser competentes para fazer o mesmo. Nesse sentido, se o caso em análise for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita claramente uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada pode ser gerada seja por princípios, seja por políticas. Contudo, adverte o jusfilósofo, “não obstante, **defendo a tese de que as decisões judiciais** nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...] **são e devem ser**, de maneira característica, **geradas por princípios, e não por políticas**”.

Dworkin (2002, p. 133) afirma que sua posição poderia ser reforçada pela existência de um ideal tradicional que indica a necessidade de evitar a originalidade por parte das decisões judiciais, sendo que o fundamento dessa ideia estaria na combinação de duas considerações que “oferecem objeções ainda mais poderosas às decisões judiciais geradas por políticas do que às geradas por princípios”. A primeira consideração se relaciona com a ideia

de que uma sociedade deve ser governada por *representantes eleitos pela maioria* dos integrantes desta comunidade e, conseqüentemente, responsáveis perante esse colegiado, pois “as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração”. Naqueles sistemas onde os magistrados não são escolhidos pela maioria dos cidadãos, eles não poderiam ser considerados responsáveis diante dessa coletividade, pois “não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobrança do eleitorado”, motivo pelo qual não estariam aptos a considerar, de forma legítima, os diversos interesses conflitantes presentes em qualquer sociedade. Já a segunda consideração afirma que a inovação legislativa ocasionada por um juiz tem como consequência uma punição à parte perdedora, não em função de esta ter violado um dever ou ter desrespeitado uma obrigação que efetivamente tivesse quando da prática que está sob análise judicial, mas, em verdade, é condenada em função de um novo dever criado pela decisão judicial após o fato e aplicado de forma retroativa. De forma mais clara, a pessoa condenada pela decisão judicial, seja a uma pena patrimonial ou de qualquer outra natureza, não tinha o dever de agir de forma diferente da que efetivamente praticou, muito menos poderia imaginar que seu ato lhe ocasionaria prejuízos ou sanções futuras, pois não existiam regras que indicassem tal possibilidade. Não obstante, viu-se consternada em sua esfera jurídica pela ação estatal. Ora, se o magistrado, ao decidir uma causa onde não há regra específica direcionando sua decisão, tratar o *direito* como *política*, isto é, “como um compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo“, portanto, não com a preocupação de determinar quais são os deveres e obrigações do indivíduo que poderá ser privado de seu patrimônio ou restringido em sua liberdade, mas analisando qual decisão trará, supostamente, o maior benefício para a comunidade é claro que ele estará privando um indivíduo de algo, sem que ele tenha descumprido qualquer de suas obrigações. Esse tipo de julgamento, afirma o autor, “todos nós concordamos que é errado”.

Para o filósofo norte-americano, essas considerações inviabilizam claramente a utilização de fundamentações políticas para obtenção de decisões judiciais pelos motivos explicitados. Entretanto, não causam óbice para que as mesmas decisões sejam fundamentadas de forma perfeitamente correta através da utilização de princípios.

Suponhamos, por outro lado, que o juiz justifica com êxito uma decisão em um caso difícil, [...] não em bases de política, mas sim em termos de princípios. Imaginemos que ele seja capaz de mostrar que o demandante tem o *direito* de ser compensado por seus danos. Os dois argumentos a pouco descritos não chegam a constituir uma objeção à decisão. O primeiro é menos relevante quando o tribunal julga um princípio, pois um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em

pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade. Ao contrário, um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. [...] A segunda objeção à originalidade judicial não tem força alguma contra um argumento de princípio. Se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele. (DWORKIN, 2002, p. 134).

Entretanto, não obstante as elucidações expostas, Dworkin (2002, p. 141-142) admite que prevalece a dificuldade em distinguir direitos e objetivos, chegando a afirmar que “é difícil fornecer alguma definição que não incorra em petição de princípio”. Por isso, sua tese dos direitos propõe uma distinção formal através da qual, embora não seja possível demonstrar todos os direitos que os cidadãos de uma comunidade possuem, sugere a descoberta desses direitos através de um processo argumentativo na busca das razões que possam justificá-los. Grosso modo, a distinção entre os dois termos começa pelo conceito de *objetivo político* – que consistiria em uma justificação política genérica – sendo que esse pode se dividir em duas espécies, quais sejam as metas e os direitos políticos. A *meta* seria um objetivo político “não-individuado”, algo que não necessariamente determina que sejam conferidas oportunidades ou liberdades para indivíduos determinados. Já o *direito político*, seria “um objetivo político individuado”. Conforme a explanação do autor:

Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor [de] uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e se esse direito contar contra decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. (DWORKIN, 2002, p. 142-143).

Considera o filósofo que tanto as metas quanto os direitos podem ser absolutos ou não, dependendo do que determine a teoria política adotada por cada comunidade, ou seja, a identificação e distinção entre metas e objetivos dependerão da avaliação designativa dos valores específicos de cada sociedade, podendo variar em função do aspecto geográfico ou temporal. Uma determinada sociedade pode perseguir alguma meta específica, enquanto outras podem buscar alcançar duas ou mais, inclusive fazendo ajustes de composição entre umas e outras conforme a teoria política indique no momento. Assim também ocorrerá com os direitos, cujos princípios que os embasam deverão ser sopesados diante de outros princípios ou mesmo de políticas com as quais estejam em conflito. É justamente desta necessidade de avaliação comparativa dos direitos em conflito com outros direitos ou mesmo políticas que se origina a ideia de peso relativo dos princípios proposta por Dworkin e, conseqüentemente a

afirmação de que uma análise política (e valorativa) é parte integrante do processo de identificação e aplicação do direito.

É importante destacar, contudo, que essa relatividade da importância do direito (e dos princípios que o embasam) diante das políticas apresenta uma limitação relevante:

Segue-se, da definição de um **direito**, que ele **não pode ser menos importante que todas as metas sociais**. Para simplificar, podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração política, mas somente por uma meta de urgência especial. (DWORKIN, 2002, p. 144-145).

Sendo assim, a natureza de um objetivo político poderia variar – enquanto meta ou direito – de acordo com a teoria política adotada, ou seja, aquilo que é considerado como um direito em uma comunidade pode ser somente uma meta em outra, já um direito absoluto em uma sociedade pode ser muito fraco de acordo com a teoria política adotada por uma coletividade específica. Mas, independentemente da teoria política que um país adote, Dworkin afirma que qualquer sistema que realmente leve os direitos a sério deve reconhecer a prevalência dos direitos dos indivíduos frente às metas sociais que estabeleça, só cedendo tal superioridade em situações extremamente excepcionais, caso contrário, não haveria um reconhecimento real de direitos, posto que estes sempre poderiam ser descartados mediante a justificação de atendimento a qualquer meta social.

Esse é um dos pensamentos centrais da teoria de Dworkin, e que não se refere somente ao modo como os juízes devem decidir os casos que chegam ao judiciário, mas que tem repercussões na identificação dos direitos que as pessoas têm e no papel que a política e a ética desempenham nesse procedimento.

1.2.4.2 Os diferentes direitos individuais

A partir da assertiva de que a natureza dos objetivos políticos pode ser transmutável em metas ou direitos conforme a teoria política constituída, Dworkin propõe uma série de definições – através de um vocabulário que considera necessário para um melhor entendimento de sua teoria – do que classifica como os diferentes tipos de direitos que os indivíduos possuem: preferenciais e institucionais; abstratos e concretos.

Para compreender as definições que se seguem é importante lembrar que Dworkin (2002, p. XIII-XV) pretende construir uma teoria liberal e, nesse sentido, vislumbra os direitos individuais como trunfos políticos que o cidadão tem “contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação explícita”, embora, afirma o autor, não se deva confundir essa ideia com as teorias jusnaturalistas.

Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apoiam em tal suposição. (DWORKIN, 2002, p. XV).

A diferenciação entre direitos concretos e abstratos não oferece maiores dificuldades. Os *direitos abstratos* se caracterizariam como “um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos”; já os *direitos concretos* seriam objetivos políticos definidos de forma mais precisa, de uma forma a identificar a importância desses quando comparados a outros objetivos políticos em situações definidas.¹³⁷ Mas o entendimento acerca da diferença entre direitos preferenciais e institucionais bem como a influência dessa na identificação do direito e na construção da decisão judicial são mais significativos, afirmando o autor que qualquer teoria política substancial deverá distinguir entre essas espécies. Os *direitos preferenciais* (*background rights*) seriam aqueles capazes de justificar as decisões políticas efetuadas pela sociedade em abstrato. Os *direitos institucionais* serviriam de fundamentação para aquelas decisões de instituições políticas específicas. Dworkin defenderá a tese que os juízes devem decidir os casos com base nos direitos institucionais.¹³⁸

¹³⁷ Através de exemplos Dworkin (2002, p. 146) defenderá que, embora os direitos abstratos possam efetivamente fornecer motivos que robusteçam a defesa de algum direito concreto, as alegações em favor de um direito concreto em si sempre terão mais força do que qualquer alegação em favor de um direito abstrato que possa, indiretamente, sustentar um direito concreto. Entretanto, tendo em vista que o autor conceitua estas formas de direitos como “objetivos políticos”, a distinção que anteriormente propôs entre direitos e objetivos parece ficar prejudicada.

¹³⁸ Logo na introdução de *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2002, p. XV, grifo nosso) é encontrada a seguinte transcrição acerca da teoria dos direitos proposta pelo autor: “Essa teoria requer um vocabulário que nos permita estabelecer distinções entre os diferentes tipos de direitos que os indivíduos possuem. Tal vocabulário será exposto no capítulo 4. A mais importante das distinções ali estabelecidas é a que se refere às duas formas de direitos políticos: i) **direitos preferenciais** são aqueles que, considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo; ii) **direitos institucionais** mais específicos, que prevalecem contra decisões tomadas por uma instituição específica. Os **direitos jurídicos** podem ser identificados como uma espécie particular do direito político, isto é, um direito

Em seu livro *Levando os direitos a sério* pouco é comentado sobre os direitos preferenciais, ao menos com referência expressa a essa nomenclatura específica, mas pela análise de sua obra e em especial de alguns comentários no livro *Uma questão de princípio*, pode-se induzir que eles estão relacionados com o que Dworkin denomina de **direitos morais**, “isto é, outros direitos que não os declarados pelo direito positivo”, o que permitiria inclusive que uma determinada sociedade pudesse ser repreendida por não reconhecer, através de sua legislação, direitos que os cidadãos têm. Já que no concerne aos *direitos institucionais*, Dworkin procura iniciar sua explicação a partir de algumas “instituições”¹³⁹ mais simples do que aquelas realmente relevantes do ponto de vista sociológico: por exemplo, afirma que num jogo de xadrez existem regras que estipulam os “direitos” dos jogadores. Entretanto, o professor norte-americano insistirá que as instituições podem ser, no que concerne a formação de seus direitos, classificadas como totalmente ou parcialmente autônomas. Mas o que isso significa?

Comparando o jogo de xadrez com a legislação de uma comunidade, propõe que as instituições podem ser classificadas como *completamente autônomas* quando os direitos assegurados pela instituição não podem – de acordo com a avaliação dos próprios participantes dessa instituição – ser reivindicados com base em um “apelo direto à moralidade geral”. Nesse sentido, o xadrez é perceptivelmente uma instituição autônoma.

Entretanto, existiriam outras instituições que seriam somente *parcialmente autônomas* por serem caracterizadas por possuírem regras que, frequentemente, não são suficientes para determinar indubitavelmente a existência ou não de um direito institucional específico. Esse seria o caso, por exemplo, da legislação.

Existem regras constitutivas e reguladoras especiais que definem o que é um poder legislativo, quem dele faz parte, de que modo vota tal poder, e que ele não pode estabelecer uma religião oficial. Contudo, essas regras que nitidamente pertencem à legislação quase nunca são suficientes para se determinar se um cidadão tem um direito institucional a que uma determinada lei seja promulgada; [...]. Espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumentam em favor de tais direitos. (DWORKIN, 2002, p. 158-159).

institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante”. De volta ao capítulo 4, o autor afirmará que é possível alegar que um homem possui um direito preferencial residual mesmo que se admita que ele não tenha direito a decisões institucionais específicas. Essas afirmações aparentemente indicam que o autor concebe que os direitos preferenciais apresentam certa anterioridade e apelo moral e político com relação aos direitos institucionalmente estabelecidos. Não obstante, como se verá adiante, as decisões judiciais deverão ser formadas com base nos direitos institucionais, o que se conforma a definição que o autor dá aos direitos jurídicos como subespécie dos direitos institucionais.

¹³⁹ Segundo Aurélio Buarque de Holanda, *instituição*, no seu sentido sociológico, seria uma “estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis; instituto”.

Para Dworkin, a relevância de tal distinção consiste em tentar demonstrar a dependência que a definição de direitos institucionais tem em relação ao que ele denomina de moralidade geral. E, além disso, o autor procura argumentar no sentido de que não existiria uma autonomia absoluta, mas sempre relativa, pois mesmo quando se analisa uma instituição completamente autônoma como o jogo de xadrez “algumas regras vão exigir uma interpretação ou uma elaboração antes que uma autoridade possa aplicá-las a determinadas circunstâncias” e esse procedimento de interpretação exigirá, muitas vezes, a utilização de algum padrão de moralidade para a definição seja do âmbito de significação seja do alcance da regra a ser aplicada (DWORKIN, 2002, p. 159).¹⁴⁰

É importante ressaltar que para realizar tal tarefa de análise dos casos difíceis, a autoridade não é livre para concluir conforme suas próprias convicções, pois as decisões, incluindo as interpretações ou elaborações que por ventura se façam necessárias, são delimitadas por restrições institucionais, que se constituem a partir das características da instituição, que esta autoridade tem a obrigação de respeitar no exercício de sua função. Mas como estipular quais são estas limitações institucionais? Como um magistrado pode determinar quais as características essenciais para a resolução dos casos difíceis e que necessitam de uma compreensão mais substancial?

O autor propõe uma possibilidade que constitui, na verdade, um esboço do que será desenvolvido ao longo de sua carreira:

Ele pode muito bem começar por aquilo que todos sabem. Toda instituição é colocada por seus participantes em uma categoria muito incipiente de instituição. Assim, por exemplo, ela é considerada como um jogo, e não como uma cerimônia religiosa, uma forma de exercício ou um processo político. [...] Essas convenções, expressas por atitudes, por modos de agir e pela história, são decisivas. (DWORKIN, 2002, p. 161).

Mas Dworkin (2002, p. 161-162) afirma ainda que, embora determinantes, essas convenções sociais são muito abstratas, de modo que sua força pode ser apreendida por conceitos que admitem concepções diferentes, a que o autor confere a denominação de *conceitos contestados*.¹⁴¹ Ou seja, em função das concepções poderem ser contestadas por

¹⁴⁰ Essa explicação inicial de Dworkin foi sendo aprimorada ao longo de mais de trinta anos, passando por uma análise mais profunda e complexa sobre a própria ideia de interpretação no direito (seção 1.2.6) e chegando até a recente proposição de um “roteiro” que possibilita a avaliação das teorias do direito (seção 1.4.2).

¹⁴¹ Termo cuja criação atribui a Walter Brice Gallie (1956, p. 172, grifo nosso): “we should have to say not only that different persons or parties adhere to **different views of the correct use of some concept** but that each party recognizes the fact that its own use of it is contested by those of other parties, and that each party must have at least some appreciation of the different criteria in the light of which the other parties claim to be applying the concept in question. More simply, to use an essentially contested concept means **to use it against other uses and to recognize that one's own use of it has to be maintained against these other uses**. Still more simply, to use an essentially contested concept means to use it both aggressively and defensively”.

peessoas diferentes é que caberá a autoridade responsável por aplicar as regras institucionais o dever de buscar descobrir os direitos que os participantes efetivamente possuem e, para isto, utilizar-se-á de um processo de construção de uma justificativa plausível para a interpretação que ele aplicará aos casos concretos. Na construção dessa justificativa é insuperável a necessidade de sempre ter em mente a natureza da instituição, de modo a aderir à possibilidade que a ela melhor se amolde, ou como afirma Dworkin, a reconhecer que “uma teoria do direito parece oferecer-lhe uma melhor justificação do direito estabelecido do que as demais”. Apenas para reiterar, ainda que de forma redundante, essa adesão à explicação que melhor se conforma com a natureza institucional é ainda mais relevante naqueles casos onde se encontram interpretações que, a princípio, seriam todas aceitáveis e estariam em um mesmo nível diante dos padrões gerais de explicação. Nesses casos, conforme o ensinamento do autor, o funcionário responsável por aplicar as regras institucionais deve escolher aquela interpretação que “oferece um relato mais profundo ou satisfatório” concernentes aos “fatos da instituição cuja natureza ele deve elucidar”.

Dworkin procura explicar como se daria esta construção através de um processo hipotético onde a autoridade realiza uma série de perguntas a si mesma, de modo a determinar a natureza da instituição e se suas características “apoiam uma ou outra dessas concepções”. Mas esse processo de perguntas subsequentes e com um foco progressivamente mais específico seria apenas imaginário, pois a compreensão que qualquer autoridade tem de uma instituição se consolida ao longo de sua carreira, fazendo com ela tão somente a utilize na sua faina, ao invés de expô-la. Porém, ainda que não empírico, o processo possibilitaria um melhor entendimento de como a natureza institucional influencia na construção da decisão de um problema institucional específico.

Uma vez estabelecida uma instituição autônoma, de tal modo que seus participantes tenham direitos institucionais de acordo com regras precisas, próprias a essa instituição, podem surgir casos difíceis que, por definição, se supõe tenham uma resposta.

[...] se a decisão de um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. (DWORKIN, 2002, p. 162-163).

Nesse sentido, os **direitos jurídicos** consistiriam em uma subespécie dos direitos institucionais, enquanto direitos que são estabelecidos por uma instituição específica (que

Para Dworkin (2002, p. 211-213) a ideia inicial de Gallie, embora com modificações, vai auxiliar a explicitar uma distinção substancial entre conceitos e concepções. As **concepções** têm como elemento fundamental de sua formação o ponto de vista daquele que a elabora, ou seja, as próprias considerações individuais da pessoa que advoga em favor da concepção. Já os **conceitos** são constituídos, *contrario sensu*, senão de uma forma independente do ponto de vista interno, ao menos com foco muito menor nesse aspecto. Na seção 1.2.6.2 será possível perceber uma evolução/modificação dessa distinção.

poderíamos denominar como o ordenamento jurídico, o sistema judicial, o Direito, dentre muitas alcunhas possíveis), através da constituição, das leis e dos precedentes, que formam os ordenamentos jurídicos, variantes em relevância conforme as diferentes estruturas adotadas por cada sistema.

Após a criação deste vocabulário conceitual específico, certificará o autor que a teoria dos direitos estipula que as decisões judiciais devem ser fundamentadas em termos de direitos concretos, mesmo e principalmente nos chamados casos difíceis, sendo necessário ainda que estes direitos concretos não sejam preferenciais, mas sim institucionais e, ainda, que sejam, por óbvio, direitos jurídicos e não de outra espécie de direitos institucionais. Daí a assertiva de Dworkin de que caberiam aos magistrados – autoridades instituídas pelos ordenamentos – o dever de descobrir os direitos que a instituição confere aos seus participantes, pois as pessoas aceitam participar de um empreendimento e esperam, em contrapartida, poder usufruir e ver respaldados, através da coerção institucional se necessária, os direitos que a instituição lhes confere e não que novos direitos até então não albergados pela instituição sejam criados e aplicados como se existissem anteriormente.¹⁴²

Mas como descobrir, nos casos concretos, os direitos que cada cidadão efetivamente possui? Embora a teoria dworkiniana não estabeleça nenhum procedimento mecânico capaz de demonstrar quais direitos os indivíduos possuem, o autor faz algumas indicações de como os magistrados devem construir suas decisões, reconhecendo que esse procedimento pode ser extremamente trabalhoso, se feito com o devido compromisso com a primazia dos direitos, mormente naqueles casos onde existe controvérsia. O juiz deverá construir sua decisão levando em consideração todos os aspectos capazes de exercer influência em sua deliberação: a Constituição e o sistema de princípios que ela estabelece; os limites que os “termos canônicos” impõem a esse processo; a força gravitacional das decisões judiciais anteriores (precedentes) considerando os argumentos de princípio que os justificam; a equidade exigida pelo caso concreto, etc. (DWORKIN, 2002, p. 171-182).¹⁴³ Tudo isso sem esquecer que essa

¹⁴² É com base nessa afirmação que autor compreende que a finalidade do direito consiste em legitimar o poder de coerção estatal. Tal afirmação já ocorria de forma textual na obra “*O império do direito*” (DWORKIN, 2007, p. 231) e foi evoluindo até chegar a argumentação sustentada em “*A justiça de toga*”, no sentido de que para encontrar os valores que melhor justificam a prática que envolvem o direito, deve-se estudar o conceito aspiracional de direito (seção 1.4.1.4) que se relaciona ao Estado de Direito como ideal político. (DWORKIN, 2010, p. 20-21).

¹⁴³ “Ele deverá construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito [...] e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas” (DWORKIN, 2002, p. 182). Esse conceito será aprofundado por Dworkin na obra “*O império do direito*”. Ver seção 1.2.6).

análise deverá produzir uma decisão que prime pelo efetivo reconhecimento dos propagados direitos individuais, sem se olvidar a estrutura institucional, sua história e sua prática.

Nessa missão hercúlea, Dworkin afirma que é inquestionável o fato de que o juiz efetuará análises sobre “questões complexas de adequação institucional, bem como juízos sobre filosofia política e moral” cujos resultados alcançados não serão necessariamente iguais para todos os juízes. Mas, Dworkin (2002, p. 183-184) ressalta que tais decisões, embora envolvam escolhas morais, não se confundem com a discricionariedade pretendida pelo positivismo:

Esses juízos não entrarão em suas considerações de maneira a fazer com que as diferentes partes da teoria por ele construída sejam atribuídas a suas convicções independentes, e não ao conjunto de leis que [...] deve justificar. [...] Sua teoria diz respeito ao que a lei ou precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Mas isso é muito diferente de supor que estas convicções têm alguma força independente no argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções.

A realização de todo esse processo exige claramente um esforço sobre-humano, fato que é reconhecido pelo próprio Dworkin e que o motivou a imaginar um jurista com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade também muito superiores às de qualquer pessoa existente para descrever como tal procedimento deveria ser efetivado. Não por acaso o autor o batiza de Hércules. (DWORKIN 2002, p. 165; 2007, p. 249).

1.2.4.3 A única resposta correta

Tendo descrito os direitos jurídicos como uma espécie do qual seria gênero o direito institucional e afirmando que a decisão judicial deve neles se fundamentar, Dworkin conclui que toda querela judicial apresentará uma resposta correta, não obstante a dificuldade em encontrá-la ou a divergência que possa ocorrer entre os diferentes magistrados.

Como visto pelas exposições anteriores, isso ocorreria porque a função judicial consiste, na visão do autor, em descobrir os direitos institucionais das partes em litígio o que impossibilita a existência de um poder discricionário no sentido forte – onde o juiz pode decidir em qualquer sentido sem nada que vincule sua decisão – e, simultaneamente, cria uma obrigação para o poder judiciário de identificar e tutelar exatamente aquilo que o sistema jurídico garante a cada cidadão. Entretanto, como enfatizado anteriormente, isso não significa a existência de algum procedimento mecânico que sirva como fórmula na identificação dos

direitos individuais ou em que casos eles deverão prevalecer frente a outros direitos ou políticas com os quais estejam em conflito. Exatamente por isso, reconhece a possibilidade efetiva de que pessoas diferentes possam discordar sobre qual seria a resposta correta em um caso específico.

Tendo este fato em mente, o filósofo adianta uma contestação a sua tese da resposta correta – afirmando que tal objeção tem certa aceitabilidade e disseminação por apresentar uma atitude atrativa consistente numa mistura de falsos bom-senso e tolerância – consubstanciada na alegação de que em casos onde há grande divergência sobre os direitos não haveria uma única resposta correta, mas apenas respostas.

Dworkin exemplifica a objeção a sua proposta:

Quando as pessoas divergem quanto a saber se o direito à liberdade de expressão pode incluir termos ofensivos, ou se a pena capital é cruel e insólita segundo o significado da Constituição ou se um grupo de precedentes não conclusivos estabelece um direito à compensação por danos meramente econômicos em matérias cíveis [*merely economic damage in tort*] é tão tolo quanto arrogante pretender que exista, de algum modo latente na controvérsia, uma única resposta certa. É mais sensato e realista admitir que, embora algumas respostas possam estar evidentemente erradas, e alguns argumentos possam ser nitidamente ruins, existe ainda assim um conjunto de respostas e de argumentos que devemos reconhecer, desde qualquer ponto de vista objetivo ou neutro, como igualmente bons.

Se isto for assim, a escolha de um deles é apenas uma escolha, não uma decisão imposta pela razão. Se se pedir a um promotor público que decida se os participantes de um protesto têm o direito de protestar, ou se o prejuízo econômico é passível de indenização em causas cíveis, então tudo o que o público tem a prerrogativa de esperar é que sua escolha seja feita com honestidade e serenidade, livre de preconceitos, paixões ou fanatismo. Não lhe é dado o direito a nenhuma decisão específica porque isso pressupõe a existência de uma única resposta correta para a questão que o promotor deve decidir. (DWORKIN, 2002, p. 429-430).

Para o filósofo norte-americano, essa tese contrária à possibilidade de uma única resposta correta seria formada por dois argumentos, um *prático* e o outro *teórico*. O primeiro afirma basicamente que mesmo admitindo a possibilidade de existir uma única resposta correta para uma questão jurídica controversa, não haveria um modo de decidir qual dentre as opiniões controversas se constitui como correta. Na verdade, quando um caso é realmente controverso, ambos os lados possuem alegações cujas características são, supostamente, igualmente boas como indicativos positivos do direito que alegam ter, de onde a objeção contra a resposta correta conclui que “cada um pode ter apenas sua própria opinião, e a opinião de um juiz não oferece mais garantias de verdade do que a de qualquer outra pessoa” (DWORKIN, 2002, p. 431), sendo assim, é inútil exigir que um juiz procure a resposta correta, pois não haveria como comprovar a veracidade de sua resposta.

Dworkin contesta esta alegação afirmando que a teoria dos direitos, incluindo a busca pela resposta correta, ainda que de difícil realização e mesmo que não se possa comprovar a

escolha do juiz como a mais correta em função de uma grande controvérsia existente, se constitui em uma teoria mais prática, mais confiável e, principalmente, mais justa do que o positivismo. Além disso, o positivismo não teria o cuidado de trabalhar apropriadamente com três questões relacionadas, porém diferentes: a) Juristas criteriosos podem divergir razoavelmente quanto a saber se um litigante tem o direito de ganhar um caso, mesmo após concordarem com todos os fatos – incluindo a história institucional – relativos ao caso? b) É possível que uma parte tenha o direito de vencer uma disputa judicial, mesmo que juristas criteriosos diverjam sobre isso? c) É sensato ou justo que um Estado faça valer a decisão de um grupo de juízes sensatos e competentes, mesmo que exista outro grupo de juízes também sensatos e competentes que discorde da decisão?

O autor afirma que o argumento prático parece pressupor que uma resposta negativa à primeira pergunta ocasionará uma resposta também negativa a terceira questão, mas isso estaria obviamente errado, já que tudo que se exige para uma resposta positiva a terceira pergunta é uma resposta também positiva em relação à segunda. Destarte, defende que os juízes devem sempre buscar descobrir os direitos que a instituição assegura aos seus integrantes e que, não obstante as grandes dificuldades encontradas para realizar a tarefa, a alternativa apresentada pelo positivismo, consistente em conferir aos juízes um poder discricionário ilimitado – que permite uma decisão em qualquer sentido, favorecendo a qualquer das partes como se o direito não regulasse aquele caso, além de criar novas obrigações ao invés de reconhecer as existentes –, é menos justa do que garantir aos cidadãos que o poder judiciário terá como missão inarredável buscar tutelar os direitos individuais de cada cidadão, ainda que tal decisão possa não ser de entendimento pacífico.

Já o argumento *teórico* contrário à tese da única resposta correta afirma categoricamente que se houver controvérsia em relação aos direitos jurídicos ou políticos específicos de uma das partes é porque ela, na verdade, não tem esse direito sobre o qual incide a divergência – ou seja, afirma que a questão ‘b’ formulada (É possível que uma parte tenha o direito de vencer uma disputa judicial, mesmo que juristas criteriosos diverjam sobre isso?) terá sempre uma resposta negativa. Dworkin (2002, p. 433-440) começa sua contestação afirmando que a prática comum, não só do direito, mas de diversas atividades humanas, contradiz este argumento, pois tanto juristas como historiadores e cientistas fazem uso de alegações que supõe verdadeiras mesmo quando não podem prová-las de forma concludente.

Eles têm *argumentos* para apoiar os juízos que emitem, e formam e modificam uma opinião com base nesses argumentos. Mas não se trata de argumentos ligados por um encadeamento lógico a premissas inquestionáveis.

Portanto, o professor norte-americano considera que quando alguém oferece razões que justifiquem um juízo, ainda que essas razões não sejam conclusivas para outras pessoas, a escolha feita pelo primeiro “é uma escolha da – o que lhe parece ser a – melhor caracterização” que seria imposta de forma inevitável por seu juízo, seja em um caso controverso ou não. No direito, isso poderia ser caracterizado pela afirmação de que “os juízes irão concluir – depois de uma longa e exaustiva reflexão – que, pesados todos os prós e os contras, uma ou outra das partes detém a melhor argumentação para o caso”. Afirma ainda que mesmo ao se admitir hipoteticamente que um juiz possa pensar que, pesados os fatos e as informações que possui, as alegações de uma parte são tão boas quanto as alegações da contraparte e, portanto, concluir por um “juízo de empate”, esse juízo só significará “que não ‘há resposta correta’ se com isto queremos dizer apenas que nenhuma das outras duas respostas disponíveis” – a favor da parte ou da contraparte – “é correta; mas o terceiro juízo é um juízo com pretensão de ser a resposta correta”, ou seja, mesmo nesse caso haveria uma resposta correta consistente em afirmar que nem o autor de uma ação nem seu antagonista teriam, segundo uma avaliação criteriosa e em um caso muito específico, os direitos que alegavam. Conclui, então, não obstante reconhecer a possibilidade hipotética de tal juízo de empate, que quão mais complexo o sistema jurídico existente em uma determinada sociedade, muito menor a possibilidade de ocorrências de juízos desse tipo. E isso caracterizaria um dos erros das teorias contrárias a resposta correta, pois elas imaginam não que alguns casos difíceis possam desaguar em uma decisão de empate entre os direitos alegados, mas que todo caso controverso apresentará como consequência, necessariamente, um juízo de empate, entretanto, “todos os juízes admitirão que alguns casos difíceis podem, de fato, ser empates, mas nenhum irá pressupor que todos serão empates”. Sendo assim, caberia à teoria contrária comprovar sua afirmação de que *todos* os casos difíceis exigem uma decisão que não se demonstre favorável, nem a uma parte nem a outra, mas essa afirmação é tão implausível que Dworkin afirma podermos descartá-la imediatamente. (DWORKIN, 2002, p. 438-440).

Todas essas afirmações feitas até aqui pressupõem que o *argumento teórico* foi utilizado por alguém que participa do empreendimento que está sendo analisado – o argumento prático sempre será, obviamente, feito por um participante. Será possível identificar alguma outra maneira de interpretar a afirmação de que não é possível que existam respostas corretas em casos difíceis – onde não há acordo, mas controvérsia – do ponto de vista de alguém que não participe do empreendimento? Dworkin vislumbra duas possibilidades:

a) alguém que participa de outro sistema jurídico, por exemplo, um sistema onde só pode haver respostas corretas quando efetivamente houver consenso entre os participantes. E aqui o professor norte-americano não vê dificuldades em afirmar que esse não é o empreendimento que vislumbramos funcionando em grande parte do mundo quando imaginamos a prática jurídica corrente, portanto, essa alegação não parece auxiliar melhor na compreensão da realidade do que a proposta da única resposta correta.

b) alguém que faz uma afirmação externa a todos os empreendimentos jurídicos, “uma afirmação sobre fatos do mundo real que os juízes, sejam quais forem as condições de verdade que escolhem para suas proposições devem, por fim respeitar”, algo relacionado aos fatos objetivos que é preciso respeitar para haver correspondência com a realidade. Mas em que consistiria essa realidade objetiva? Dworkin (2002, p. 443-444) insiste que se tal afirmação se refere a algo que “deve conter direitos e deveres, inclusive direitos e deveres jurídicos, como fatos objetivos, independentes da estrutura ou do conteúdo dos sistemas convencionais”, tal postura poderia ser defendida pelos jusnaturalistas, mas não se coaduna com alguém que argumenta, *em nome do senso comum*, que não poderia existir resposta correta em situações não consensuais.

Afinal, se os direitos e deveres são parte de um mundo objetivo e independente, por que não deveríamos pressupor que uma pessoa pode ter um direito mesmo quando ninguém mais acredita que ela tem ou quando ninguém consegue provar que ela tem?

Portanto, afirma o professor da *New York University*, é possível, mesmo naqueles casos difíceis e controversos, haver uma única resposta correta. Essa postura, é preciso ressaltar, está muito mais preocupada em assegurar uma teoria que propugne pela prevalência dos direitos individuais e pelo dever das autoridades competentes em assumir seu papel de “descobrir”, através de um processo construtivo de justificação de suas decisões, os direitos institucionais que são conferidos às partes, do que em estabelecer que a obtenção desta resposta e a construção destas decisões sejam pacíficas ou que possa ser estabelecido algum procedimento lógico-matemático para averiguar a correção das decisões.

Nesse sentido, Dworkin (2002, p. 163) considera que a tese que defende a existência de uma resposta “certa” para as decisões sobre o direito não significa que as normas jurídicas sejam exaustivas e não ambíguas, mas, na verdade, uma proposta complexa sobre as responsabilidades dos árbitros e dos participantes do sistema jurídico, conseqüentemente,

defende uma doutrina da “*responsabilidade política*” dos juízes, onde esses devem buscar uma consistência articulada que respeite o sentido de integralidade do direito:¹⁴⁴

Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar **somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique outras decisões que eles se propõem a tomar**. [...] Ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas.

[...] Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio. (DWORKIN, 2002, p. 137-139).

E conclui, afirmando que “se não podemos exigir que o governo chegue a repostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente”. (DWORKIN, 2002, p. 286).

1.2.5 Desacordos teóricos e desacordos empíricos sobre o direito

Alguns jusfilósofos argumentam que Dworkin teria, ao longo dos anos, efetivado uma mudança significativa quanto ao conteúdo de suas críticas à teoria positivista e que é possível observar tal mudança de forma mais evidente se compararmos os livros “Levando os direitos a sério” (*Taking rights seriously*) e “O império do direito” (*Law’s empire*).¹⁴⁵ Para esses críticos os argumentos iniciais de Dworkin teriam como objetivo destacar que os juízes utilizariam valores morais (princípios), ao menos em alguns casos, para justificar suas decisões e que esses valores também fariam parte do direito, portanto, vinculando os juízes.¹⁴⁶ Já os argumentos mais recentes exigiriam dos positivistas uma explicação para a existência de **divergências ou desacordos teóricos** que são aquelas situações onde as pessoas, apesar de não divergirem sobre os fatos históricos relativos à determinada situação e mesmo sobre a existência de determinadas normas jurídicas (que esgotariam as condições de veracidade do direito, segundo os positivistas), ainda assim, divergem sobre a aplicação do direito ao caso.

Não obstante Dworkin discordar da existência de alguma diferença relevante entre seus argumentos – talvez por considerar que as críticas estejam significativamente

¹⁴⁴ Essa ideia será mais detalhada nas obras posteriores do autor conforme seção 1.2.6 do presente trabalho.

¹⁴⁵ Scott Shapiro (2007) e Brian Leiter (2007a)

¹⁴⁶ “The fact that judges are sometimes obligated to apply moral principles in hard cases”. (SHAPIRO, 2007, p. 26).

relacionadas –, ele efetivamente abordou a questão da divergência que existe entre os juristas no que concerne ao que é o direito e o que ele exige em casos concretos, inclusive admitindo um novo enfoque. Embora essas alegações fiquem mais evidentes em uma de suas obras mais recentes – “A justiça de toga” (*Justice in robes*)¹⁴⁷ – o autor já comentava essa diferença de abordagem no prefácio de “O império do direito”:

Em *Taking rights seriously*, apresentei argumentos contra o positivismo jurídico que enfatizavam a fenomenologia da decisão judicial: afirmei que, caracteristicamente, os juízes sentem uma obrigação de atribuir a decisões passadas aquilo que chamam “força gravitacional”, e que essa obrigação contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz. O presente livro, particularmente no capítulo IV, enfatiza mais as deficiências interpretativas do positivismo que suas falhas fenomenológicas, **embora no fundo sejam as mesmas**. (DWORKIN, 2007, p. XII-XIII, grifo em negrito nosso).

É importante explorar esse tópico de forma mais detalhada porque – tratando-se de novas críticas ou apenas de enfoque diferente – o fato é que até mesmo alguns dos atuais críticos da teoria dworkiniana reconhecem que esses argumentos mais recentes caracterizariam uma substancial e poderosa crítica ao positivismo até os dias de hoje e, também, que não tiveram a devida atenção e não foram respondidos pelas objeções clássicas dos positivistas.¹⁴⁸ Além disso, esse é um tópico fundamental para entender com mais clareza as ideias de *interpretação* e *integridade* que são essenciais para a teoria de Dworkin, assim como para a compreensão da relevância que a ética pode ter na identificação e aplicação do direito.

Dworkin (2007, p. 5-10) propõe que para compreendermos a verdadeira natureza dos desacordos que existem quando os juristas divergem sobre o direito, precisamos antes entender dois conceitos essenciais que ele denomina de *proposição jurídica* e de *fundamento do direito*. As “*proposições jurídicas*” seriam as alegações que são feitas sobre aquilo que o direito permite, proíbe ou autoriza – que podem ser verdadeiras ou falsas –, sendo que a veracidade ou não dessas proposições depende do que ele chama de *fundamentos (grounds) do direito*¹⁴⁹ que são “outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições

¹⁴⁷ O próprio Dworkin reconhece a existência dessa alegação, de suposta mudança quanto ao tipo de crítica ao positivismo, citando Scott Shapiro e Jules Coleman como autores que defendem tal posição. Entretanto, o autor nega que seus argumentos mais recentes sejam diferentes dos anteriores e atribui tal erro de análise à incapacidade desses autores em distinguir com clareza entre o que ele denomina de conceito doutrinário e conceito taxonômico de direito. (DWORKIN, 2010, p. 328-329). Para maior esclarecimento sobre a diferença entre tais conceitos ver seção 1.4.1 do presente trabalho.

¹⁴⁸ Scott Shapiro (2007, p. 26, grifo nosso) alega que “[...] *virtually no attention has been paid to this latter challenge, which is especially surprising given that none of the previous positivistic defenses are helpful against it. I will then sketch out a possible response positivists might offer to **this extremely powerful objection.***”

¹⁴⁹ Brian Leiter (2007a, p. 2) afirma que a maioria dos filósofos do direito denomina de “critérios de validade jurídica” (*the criteria of legal validity*) aquilo que Dworkin denomina de *grounds of law*, ou seja, os critérios

jurídicas são parasitárias” e que especificam quando essas proposições jurídicas “devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras” (DWORKIN, 2007, p. 7 e 136 respectivamente).¹⁵⁰ Ou seja, em última análise, aquilo que “o direito realmente é” depende daquilo que considerarmos como fundamentos para a identificação do direito. Por exemplo:

A proposição de que ninguém pode dirigir a mais de 90 quilômetros por hora na Califórnia é verdadeira, pensa a maior parte das pessoas, porque a maioria dos legisladores daquele estado disse “sim”, ou levantou a mão quando um texto sobre o assunto veio parar em suas mesas. Podia não ser verdadeira se nada disso tivesse acontecido; não poderia então ser verdadeira apenas pelo que tivesse dito um fantasma, ou apelo que se tivesse encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais. (DWORKIN, 2007, p.7)

Portanto, para Dworkin (2007, p. 8) eles estariam divergindo “sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito”, bem como sobre o corolário dessa divergência: caso esses elementos não esgotem os fundamentos do direito, o que mais poderia ser considerado como elemento apto a tornar as proposições jurídicas verdadeiras?

Especificados esses conceitos, o autor afirma que as divergências sobre a veracidade do que o direito determina – *proposições jurídicas* – podem ocorrer de duas maneiras significativamente diferentes. Por um lado, as pessoas podem ter a mesma visão quanto aos fundamentos do direito, mas divergem no que concerne à efetiva ocorrência factual de tais fundamentos em um caso específico (por exemplo, concordam que se houver uma lei aprovada de determinada maneira especificando um limite de velocidade este existirá, mas discordam sobre a efetiva existência dessa lei, ou sobre os fatos necessários para a ocorrência dessa). Mas, por outro lado, as pessoas podem divergir exatamente sobre a identificação dos próprios fundamentos do direito, ou seja, sobre quais são os argumentos que tornam uma proposição jurídica verdadeira. A primeira situação constituiria uma *divergência empírica*, ou seja, acerca dos fatos; já a segunda seria uma *divergência teórica*, ou seja, desacordos que existem não obstante as pessoas estejam de acordo sobre os fatos, “sobre quais leis foram aplicadas, e sobre o que as autoridades públicas disseram e pensaram no passado” (DWORKIN, 2007, p. 8).

Sempre com foco direcionado no processo judicial, o professor norte-americano afirma que a própria discussão – que permanece em alguma medida até os dias de hoje – sobre se os juízes “descobrem” ou “inventam” o direito estaria relacionada à ocorrência da

que uma norma precisa satisfazer para ter validade jurídica, ou ser juridicamente vinculante ou, simplesmente, ser considerada como uma norma de um sistema jurídico.

¹⁵⁰ Esses dois conceitos são fundamentais para a recente proposta de Dworkin – em “*A justiça de toga*” – acerca dos diferentes sentidos que a palavra direito pode ter (ver seção 1.4.1).

divergência teórica, pois toda vez que os magistrados anunciam uma decisão judicial trazendo um princípio ou uma regra que nunca havia sido declarada, eles apresentam essas argumentações como “relatos aperfeiçoados do que *o direito já é, se devidamente compreendido*”, ou ainda como uma reformulação que ocorreu devido a “*correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito*” mesmo que esse entendimento tenha sido, inclusive, negado no passado. Nesse sentido, Dworkin (2007, p. 9-10) afirma que se não houvesse *desacordo teórico*, ou seja, se todos concordassem acerca dos *fundamentos do direito* seria fácil identificar o que efetivamente o direito é e, conseqüentemente, identificar se os juízes simplesmente declararam algo que já existia ou criaram novo direito, mas como a divergência, nesse tipo de situação, ocorre justamente no campo teórico (e não no factual), o próprio debate sobre a questão de se os juízes criam ou encontram o verdadeiro direito “faz parte dessa divergência, ainda que em nada contribua para resolvê-la, uma vez que a verdadeira questão nunca vem à tona”.

Uma das maiores críticas que Dworkin (2007, p. 10-15) fará às teorias do direito é que não existiria na doutrina qualquer teoria plausível acerca da divergência ou desacordo teórico. Ao invés de procurarem explicar essa ocorrência, tais teorias querem nos convencer de que tal divergência não passa de uma ilusão, não faz sentido ou é apenas política disfarçada; e assim procedem porque sua teoria é incapaz de dar conta desse tipo de desacordo: ao proporem que o conceito de direito depende unicamente de questões factuais – por exemplo, daquilo que os legisladores ou magistrados decidiram no passado ou de que (no caso do positivismo de Hart) existe uma regra de reconhecimento capaz de identificar, através do estabelecimento de critérios, aquilo que vale como direito em determinada sociedade – a consequência lógica desse pressuposto será que as pessoas compartilham critérios para a identificação do direito (conseqüentemente compartilham seus fundamentos), imaginando que “as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais”, ainda que tal resposta consista na verificação de inexistência de uma regra até o presente momento, portanto, para essa teoria “o direito é sempre uma questão de fato histórico e nunca depende da moralidade”. Sendo assim, “a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado” (DWORKIN, 2007, p. 38), sendo a suposta divergência teórica uma ilusão já que diz respeito não àquilo que *o direito de fato é*, mas,

àquilo que ele *deveria ser*. Essa é a postura teórica que Dworkin denomina de “**direito como simples questão de fato**” (*plain-fact view*).¹⁵¹

Para Dworkin, a visão do direito como uma simples questão de fato, deriva de um posicionamento – que alguns filósofos defendem com base na filosofia da linguagem – que afirma que o significado de uma palavra depende dos critérios linguísticos utilizados por determinada comunidade acerca desta palavra. Dworkin denominará de *teorias semânticas do direito* o conjunto das teorias que assim se posicionam:¹⁵²

Seguimos **regras comuns**, afirmam eles, quando usamos qualquer palavra: essas regras **estabelecem critérios** que atribuem significado à palavra. Nossas regras para o uso de “direito” ligam o direito ao **fato histórico puro e simples**. [...] todos nós seguimos **regras ditadas pela língua** que falamos, e delas não temos plena consciência. [...] Todos **usamos os mesmos critérios factuais** para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios. Eles podem divergir entre si, mas por si só isso não lança dúvidas sobre seu pressuposto comum, de que **compartilhamos algum conjunto de padrões sobre o uso que deve ser dado a palavra “direito”**. (DWORKIN, 2007, p. 39, grifo nosso).

Em última análise Dworkin (2007, p. 41-42; 45-46) vai classificar o *positivismo jurídico* como uma teoria semântica que defende a visão do direito como uma simples questão de fato, embora possam existir diversas formas de positivismo a partir de divergências sobre os fatos históricos que devem ser considerados relevantes para a identificação do direito. Na teoria de John Austin, por exemplo, o fato relevante é a existência de um comando emitido por um soberano,¹⁵³ portanto, a ideia central é que os fundamentos do direito dependem de decisões históricas tomadas por quem possuía o poder político; já para Hart os fundamentos do direito estão atrelados a convenções sociais que representam uma aceitação, pela

¹⁵¹ Nesse mesmo sentido afirma Shapiro (2007, p. 30-31): “*As Dworkin convincingly argues, the plain-fact view cannot countenance the possibility of theoretical legal disagreements. For if, according to its first tenet, legal participants must always agree on the grounds of law, then it follows that they cannot disagree about the grounds of law. Any genuine disagreement about the law must involve conflicting claims about the existence or nonexistence of plain historical facts. They must, in other words, be purely empirical disagreements*”.

¹⁵² Essa concepção do direito que tem como pressuposto uma prática linguística convergente produzirá o que Dworkin denomina de **agulhão (ou ferrão) semântico** e que vem sendo objeto de reiteradas críticas do autor até as obras atuais: “Em 1986, adaptei essa formulação do agulhão semântico de modo a ajustá-lo aos argumentos em defesa do positivismo jurídico, então corrente. Todavia, uma nova geração de filósofos do direito tornou-se mais sofisticada na filosofia da linguagem, que só fez avançar desde que escrevi, e minha descrição mostrou-se demasiado estreita. Devo agora definir mais amplamente o agulhão: esse conceito inscreve-se no pressuposto de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística convergente do tipo que descrevi na Introdução: uma prática que demarca a extensão do conceito ou por meio de critérios comuns de aplicação ou pela vinculação do conceito a um tipo natural distinto. A infecção provocada pelo agulhão semântico, devo dizê-lo agora, consiste no pressuposto de que todos os conceitos de direito [...] dependem de uma prática convergente em uma dessas duas formas. A patologia do agulhão semântico permanece a mesma. **Os juristas que forem agulhoados vão supor que uma análise do conceito de direito deve ajustar-se – e não mais que isso – àquilo que, para a quase totalidade dos juristas, constitui o direito.**” (DWORKIN, 2010, p. 318-319, grifo nosso).

¹⁵³ Para maior detalhamento sobre a teoria de Austin ver o Capítulo 1 do presente trabalho.

comunidade, de uma “regra de reconhecimento que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar” o direito. Ora, se o positivismo está certo e realmente compartilhamos algum conjunto de padrões sobre o uso que deve ser dado a palavra “direito”, então os argumentos acerca do significado dessa (e de qualquer outra) palavra só podem divergir sobre questões empíricas, destarte os debates sobre o que o direito *efetivamente é* só podem ser sobre fatos históricos, sendo qualquer discussão acerca de outros temas uma discussão sobre o que o direito *deveria ser*.

Dworkin (2007, p. 15) insiste que esse entendimento é incorreto e aponta não só a prática judicial em si, mas a própria compreensão que juristas teriam dessa prática para desafiar a falta de explicação sobre as divergências teóricas. Citando diversos casos judiciais¹⁵⁴ onde, embora existisse acordo sobre os fatos históricos (ou seja, não havia divergência empírica), ainda persistiam disputas sobre o que o direito exigiria nesses casos específicos, o professor norte-americano procura demonstrar a existência real dessas divergências teóricas na prática judicial, além da diferença entre os argumentos utilizados nesse tipo de divergência e alegações sobre a necessidade de reforma moral do direito ou de abandono do direito em prol de uma concepção de justiça.

Ao longo de sua explanação sobre os casos o autor argumenta no sentido de que “todos os juízes [...] concordavam que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o direito. [...] Nenhum deles dizia que [...] a lei deveria ser alterada no interesse da justiça” (2007, p. 21). Apesar disso, a controvérsia sobre a decisão que seria tomada (não a que deveria ser – *ought to*) continuou existindo e, para Dworkin, ela insidia sobre: a *natureza* do direito (2007, p. 25); o *sentido* do direito ou o *modo de determinar a norma* que resultava de um texto específico (2007, p. 29); aquilo que chamavam de *verdadeiro direito* (2007, p. 34); os *fundamentos reais do direito* (2007, p. 37). Portanto, insiste Dworkin (2007, p.38, grifo nosso): “os casos que usei como exemplos parecem oferecer um contraexemplo do ponto de vista do direito como simples questão de fato: os argumentos nesses casos parecem remeter **ao direito, não à moral, à fidelidade ou à reforma do direito**”.

Mas, então, por que a tese do direito como simples questão de fato insiste que a divergência teórica é, na verdade, uma ilusão ou uma simulação? Por que os juristas não admitem estarem debatendo sobre o que o *direito deveria ser*, sobre as reformas necessárias? Por que insistem que estão debatendo sobre o que o direito já é, se corretamente

¹⁵⁴ Dworkin (2007, p. 20-38) faz referência aos seguintes casos: *Riggs vs. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889); *Tennessee Valley Authority vs. Hill*, 437 U.S. 153 (1978); *McLoughlin vs. O'Brian* [1983] 1 AC 410; e *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

compreendido? Dworkin afirma que os positivistas se utilizam de duas estratégias para tentar responder a esta questão:

- a) Os juristas (principalmente os juízes) estariam **fingindo** divergirem sobre o conteúdo e a natureza do direito. Por quê? “Porque o público acredita que o direito sempre existe e que os juízes devem sempre segui-lo” (DWORKIN, 2007, p. 46).
- b) Os juristas pensam divergir sobre o direito, mas na verdade estão apenas em situações onde os **usos da palavra se caracterizam como limítrofes** e nebulosos (à margem do uso padrão que é claro e comum).

A primeira estratégia consistiria em afirmar que os juízes estão tentando esconder a verdadeira natureza “legislativa” de suas ações porque, num sistema político onde existe a separação de poderes – portanto, onde ao legislativo cabe criar as leis enquanto ao judiciário cabe aplicá-las – seria perigoso para a legitimidade do Poder Judiciário se os juízes admitissem exercer seu poder discricionário para tentar reparar as leis, sendo preferível que eles finjam acreditar que há um direito a ser descoberto ao invés de admitirem criar ou modificar o direito.¹⁵⁵ Dworkin considera essa resposta pouco convincente porque: (a) não é possível compreender a necessidade de encobrir a verdade ao invés de permitir que ela passasse a fazer parte de nossa cultura jurídica – e também é mais difícil ainda imaginar que esse engodo tenha sido mantido em sigilo ao longo dos anos; (b) essa visão torna difícil explicar alguns dos argumentos que foram e são utilizados pelas partes e pelos juízes na prática judicial.

Muitos de seus argumentos seriam totalmente inadequados enquanto argumentos em favor da alteração ou do aperfeiçoamento do direito; só têm sentido enquanto argumentos sobre aquilo que os juízes devem fazer em razão de sua responsabilidade de aplicar o direito tal como ele é. (DWORKIN, 2007, p. 47).

Mesmo porque os juízes, muitas vezes, admitem que aquilo que consideram como determinado pelo direito está sujeito a severas objeções por parte de juízos de equidade ou de sabedoria. Portanto, tais argumentos devem ser considerados, defende Dworkin, não como uma manobra disfarçada para alterar o direito, mas como uma afirmação sobre aquilo que o direito efetivamente exige. E ainda que um positivista afirmasse que alguns desses casos tratam de situações onde não existiria uma norma jurídica específica e que caberia ao juiz utilizar sua descrição na ausência do direito, Dworkin (2007, p. 47) insiste que “tratou-se na

¹⁵⁵ No mesmo sentido, Shapiro (2007, p. 31-34).

verdade de uma divergência sobre o conteúdo do direito, não sobre o que se deveria fazer na ausência de direito”.

Já a segunda estratégia, recorrendo novamente à filosofia da linguagem, busca diferenciar o uso padrão de uma palavra de seu uso limítrofe, através da afirmação de que as regras para o uso de uma palavra não são precisas e exatas, portanto, ocorrerão casos excepcionais e duvidosos onde alguns critérios especificados estão presentes, mas outros critérios não estão. Nesses casos, aqueles que estão divergindo sobre um conceito estão usando versões ligeiramente diferentes da regra principal (uso padrão) e é por isso que o conflito se manifesta e a divergência é “puramente verbal”.¹⁵⁶ Podemos, exemplificativamente, discutir se o conceito de casa se aplica ou não a um castelo e as pessoas podem divergir sobre esta questão, pois se trata de um caso limítrofe. O mesmo ocorreria com o uso da palavra “direito”.

Dworkin, embora considere essa estratégia mais sofisticada do que a anterior, afirma que ela também não explica o comportamento nem a avaliação que os juristas fazem de sua própria prática e, mais que isso, ela desconsidera a distinção entre dois tipos diferentes de discordância que as pessoas podem ter em relação ao uso das palavras: as pessoas podem concordar com a maneira normal e consensual de utilização de uma palavra e, ainda assim, divergir *em relação a casos excepcionais* (por exemplo, se um palácio pode ser considerado uma casa); entretanto, essa discordância é bem diferente daqueles casos em que as pessoas “discutem a adequação de alguma palavra ou descrição porque divergem sobre a maneira correta de verificar o uso da palavra ou expressão em *qualquer* ocasião” (DWORKIN, 2007, p. 51). Poderíamos dizer que na primeira situação há um consenso sobre o uso da expressão e divergências pontuais em relação a situações específicas, mas no segundo caso o que se discute é o verdadeiro significado da palavra, através de questões essenciais e não questões pontuais e específicas.

Por derradeiro, o professor norte-americano afirma que não existiria qualquer prova a favor da tese do fingimento nem mesmo da tese dos casos limítrofes, sendo que qualquer tentativa de defender esses argumentos acaba por incidir em petição de princípio visando defender a teoria do direito como simples questão de fato. E dispara: “a tese do fingimento mostra os juízes como mentirosos bem-intencionados; a tese do caso limítrofe mostra-os, por outro lado, como indivíduos simplórios” (DWORKIN, 2007, p. 50), portanto, a negação da

¹⁵⁶ Embora Dworkin não faça aqui menção expressa ao conceito de *textura aberta* defendido por Hart, obviamente esse tópico está a ele relacionado. Para uma análise mais detalhada da textura aberta ver seção 1.1.4 do presente trabalho.

divergência teórica constituiria uma crítica, por parte do positivismo, a prática profissional do direito. Caso aceitemos a postura das teorias semânticas, poderíamos chegar a conclusões absurdas sobre as efetivas discussões que ocorrem na prática do direito:

Se dois advogados estão de fato seguindo regras *diferentes* ao empregar a palavra “direito”, usando critérios factuais diferentes para decidir quando uma proporção jurídica é verdadeira ou falsa, então cada qual deve ter em mente algo diferente quando afirma o que é o direito. [...] dois juízes não estão realmente divergindo sobre alguma coisa quando um nega e o outro afirma essa proposição. Ocorre, apenas, que estão falando sem entender um ao outro. Seus argumentos são inúteis no sentido mais trivial e vexatório do termo, como em uma discussão sobre bancos na qual uma pessoa tem em mente os bancos de investimento e a outra, os bancos de uma praça. Pior ainda, mesmo quando os advogados parecem estar de acordo sobre a natureza do direito, seu acordo se mostra igualmente falso, como se as duas pessoas que acabei de imaginar chegassem a um acordo sobre o fato de haver muitos bancos nos Estado Unidos. (DWORKIN, 2007, p. 53).

Para evitar tais absurdos e considerando que as teorias semânticas do *direito como simples questão de fato (plain-fact view)* não conseguem dar conta das divergências teóricas que ocorrem na prática jurídica, Dworkin se propõe a oferecer uma teoria que considera mais plausível e que possa explicar que tipo de divergência é essa, portanto, criando e defendendo uma teoria específica sobre os “fundamentos apropriados do direito”.

1.2.6 Interpretação e integridade

Dworkin afirma que a teoria jurídica que vincula o conceito de direito a simples questões factuais não consegue explicar as divergências teóricas porque desconsidera uma questão crucial sobre a prática jurídica. Embora o direito seja um fato social, ele apresenta uma característica especial que não seria – segundo o autor – comum a todos os fatos sociais: sua prática é *argumentativa*. Mas o que significa isso? Para Dworkin (2007, p. 17) uma prática argumentativa é caracterizada pela compreensão que os próprios participantes têm da necessidade de apresentarem *razões* para que as proposições jurídicas que defendem sejam compreendidas como verdadeiras pelos demais participantes dessa prática.

Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. (DWORKIN, 2007, p. 17).

É preciso lembrar que todo o programa de Dworkin é proposto a partir da análise de processos judiciais, mormente daqueles assim chamados casos difíceis, portanto, é possível

compreender que sua concepção do direito tenha o foco na análise dos argumentos apresentados pelos profissionais que atuam junto ao Poder Judiciário e nas divergências que ocorrem a partir dessa questão argumentativa.¹⁵⁷

Dworkin (2007, p. XI), portanto, propõe que vejamos o direito e a própria análise jurídica como fundamentalmente interpretativos, apresentando uma ideia de que “o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva¹⁵⁸, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”. Sendo assim, a ideia é que a identificação das *proposições jurídicas* – e da sua veracidade ou falsidade – não poderá consistir em uma mera análise factual, mas antes precisa ser construída argumentativamente através da apresentação de **justificativas, razões, motivos ou fundamentos** que, em alguma medida, dependem da interpretação da própria prática do direito – porque precisam fazer sentido como parte dessa prática.¹⁵⁹

O autor imagina esse processo argumentativo ocorrendo da seguinte forma:

¹⁵⁷ Stephen Guest (2010, p. 15-16) afirma que o interesse direto pelo “argumento jurídico” constitui uma preocupação central no trabalho de Dworkin, demonstrando sua intenção de incentivar uma postura argumentativa naqueles que estudam o direito e, portanto, incompatível com aqueles que defendem que o direito pode ser simplesmente descrito (por exemplo, a visão do direito como simples questão de fato).

¹⁵⁸ Conforme nota dos tradutores da versão portuguesa de *O conceito de direito*, o termo correlato em inglês seria ‘*constructive interpretation*’. “A expressão *construction* significa, na terminologia jurídica anglo-americana, o processo de determinação do sentido de um documento escrito, nomeadamente de um texto de direito legislado, em regra prescindindo da averiguação da intenção ou vontade histórica do autor. A interpretação construtiva abrange a integração de lacunas, por recurso à analogia”. (HART, 2005, p. 326).

¹⁵⁹ Conforme define Nicos Stavropoulos (2010) em *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, a teoria interpretativa elaborada por Dworkin é uma tese sobre o que determina os direitos e deveres jurídicos que pode ser formulada a partir do conceito de fundamentos (ou bases ou raízes) das proposições jurídicas. A questão central dos fundamentos não é uma questão sobre os requisitos legais em qualquer jurisdição, nem é a questão sobre *qual é* o conteúdo do direito em um ou outro país. Pelo contrário, é uma questão sobre o que *faz o conteúdo do direito* ser o que ele é. Para responder a essa pergunta a teoria interpretativa afirma que a prática jurídica é, essencialmente, interpretativa: “*The interpretivist claims that legal practice is, in its nature, interpretive. What makes a practice interpretive? Dworkin explains this in terms of a special attitude, which has two components, holding among practitioners. He uses an imaginary example of a practice of courtesy, which includes many rules cited by practitioners and taken by them to set out what courtesy requires. He describes the components of the attitude (Dworkin, 1986 [Law’s Empire], 47) as follows: ‘The first is the assumption that the practice of courtesy does not merely exist but has value, that it serves some interest or purpose or enforces some principle — in short, that it has some point — that can be stated independently of just describing the rules that make up the practice. The second is the further assumption that the requirements of courtesy — the behavior it calls for or the judgments it warrants — are not necessarily or exclusively what they have always been taken to be but are instead sensitive to its point, so that the strict rules must be understood or applied or modified or qualified or limited by that point’.*”

É importante ressaltar também que – conforme apresentando na seção 1.1.5.3 do presente trabalho – nem mesmo Hart (2005, p. 220-221) questionava a necessidade de se *interpretar* as regras do direito para permitir que elas sejam aplicadas aos casos concretos: “*As leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos concretos, e uma vez removidos os mitos que obscurecem a natureza dos processos judiciais através de estudo realista, torna-se patente [...] que a textura aberta do direito deixa um vasto campo à atividade criadora que alguns designam como legislativa*”. É verdade que Hart discorda da metodologia proposta por Dworkin para se chegar a “melhor interpretação”, mas o fato de mesmo os positivistas admitirem a necessidade de um procedimento interpretativo, pode minimizar a resistência de alguns às propostas de interpretação criativa ou construtiva de Dworkin.

Os povos que dispõem de um direito **criam e discutem** reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe [– proposições jurídicas –], as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles **só pode** ser descoberta mediante a observação de como eles **fundamentam e defendem essas reivindicações**. (DWORKIN, 2007, p. 17, grifo nosso).

Portanto, Dworkin retoma a questão da dificuldade para a identificação da veracidade ou falsidade das *proposições jurídicas*, procurando destacar o motivo dessa dificuldade, bem como as alternativas sobre como tratar essas proposições do direito. Segundo o professor norte-americano, o problema se relaciona ao fato de que, não obstante as proposições jurídicas “parecerem” ser *descritivas* como se estivessem meramente relatando trechos da história jurídica (direito como simples questão de fato), na verdade, como visto no item anterior, isso não corresponderia à realidade da prática do direito, principalmente nos casos complexos onde existe divergência – ao menos entre os profissionais do direito – sobre as proposições jurídicas. A alternativa de tratar esses enunciados controvertidos como puramente valorativos (aqui no sentido daquilo que o direito *deveria ser*) também parece não corresponder a realidade jurídica de acordo com os casos apresentados por Dworkin. Mas então, se as proposições jurídicas não podem ser tratadas como meramente descritivas nem como puramente valorativas, qual é a alternativa?

Para responder essa questão Dworkin oferece – inicialmente em seu texto “De que maneira o direito se assemelha à literatura”¹⁶⁰, retomando a questão em textos subsequentes – sua teoria: as proposições jurídicas são *interpretativas*, ou seja, combinariam elementos do método descritivo e do valorativo, embora não se confundindo com qualquer deles.

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas. (DWORKIN, 2005, p. 219).

A ideia central, que tangenciaremos ao longo de todo esse tópico, é a de *justificação*. Dworkin parece pressupor que as práticas sociais – ou, ao menos, algumas delas – só fazem sentido quando avaliadas e, conseqüentemente, justificadas, o que só é possível fazer através da vinculação de algum objetivo, propósito ou valor a essa prática social.

1.2.6.1 Como uma prática social adquire valor?

¹⁶⁰ Capítulo 6 da obra *Uma questão de princípio (A matter of principle)*.

Mas porque devemos atribuir um valor – qualquer que seja sua natureza – ao direito ou a qualquer prática social? Como Dworkin pode defender que uma prática social é imbuída de algum valor, sem cair em petição de princípio, já que admite que sua própria concepção do direito como empreendimento interpretativo é, em si mesma, uma interpretação? O autor tentará, na sua obra “*O império do direito*” (*Law’s empire*), responder a esses questionamentos apresentando um exemplo mais simples de prática social: a cortesia.

Sugerindo uma comunidade fictícia, Dworkin (2007, p. 57-58) imagina que possa ocorrer o seguinte procedimento em relação à prática social das “regras de cortesia”. Num primeiro momento, dadas determinadas situações sociais, as pessoas simplesmente seguem essas regras sem questioná-las ou avaliá-las, durante esse período tais práticas teriam um caráter de tabu ou de dogma. Mas, após algum tempo, é natural que as pessoas comecem a desenvolver o que o autor denomina de **atitude interpretativa** em relação a essas regras sociais. Essa atitude teria dois componentes:

- a) Um pressuposto de que a prática não existe simplesmente, não é algo dado pela natureza, mas antes, “tem um **valor**, serve a algum **interesse** ou **propósito** [...] tem alguma **finalidade** – que pode ser afirmada, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática”.¹⁶¹
- b) Um pressuposto adicional de que as exigências da prática – que no direito equivaleriam às proposições jurídicas – não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem. Antes, são **suscetíveis à finalidade identificada** no pressuposto anterior e, portanto, para serem perfeitamente compreendidas, precisam ser “aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade”.

¹⁶¹ Mais uma vez, é interessante destacarmos que Hart (2005, p. 220-221), além de admitir a necessidade de interpretação do direito, afirmava também que a escolha de uma interpretação pelo magistrado não é um procedimento arbitrário ou irracional, mas antes, deve ser algo feito com razoabilidade e, para isso, deve, muitas vezes, ser sensível à finalidade da regra e aos valores morais: “*Os juízes não estão confinados, ao interpretar, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução «mecânica» de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes*”. Entretanto, enfatize-se, Hart discordava veementemente da ideia central de Dworkin: que a moralidade pode fornecer sempre uma resposta considerada ‘a resposta correta’ e, mais ainda, Hart vislumbrava o processo de interpretação como algo mais relacionado à identificação de uma regra específica do que ao conjunto de toda a prática como propõe Dworkin. De toda forma, o que se quer destacar aqui é que a ideia de que as regras jurídicas devem, **em alguma medida**, ter uma finalidade e que esta está relacionada, muitas vezes, com valores morais não é algo que é defendido somente por Dworkin, afinal, como diz Hart: “*poucas pessoas negariam a importância destes elementos, que podem ser designados como «morais», para tornar aceitáveis as decisões; e a tradição pouco definida e em mutação, ou os cânones de interpretação, que regem a interpretação na maior parte dos sistemas, frequentemente incorporam-nos de forma vaga*”.

Dworkin (2007, p. 58) parece tentar nos convencer de que pelo menos algumas práticas sociais apresentariam essa característica de, por sua própria natureza, só poderem ser compreendidas de um modo interpretativo o que se coaduna com seu projeto focado nos processos judiciais.¹⁶² Quando a atitude interpretativa entra em ação as pessoas “tentam impor um *significado* à instituição” o que, para o autor, significa “vê-la em sua melhor luz” para, se necessário, reestruturá-la de acordo com esse significado. Essa atitude de buscar interpretar a prática ocasiona uma transformação da própria prática que, por sua vez, continua impulsionando formas de interpretação gerando um ciclo contínuo e interdependente (romance em cadeia). Portanto, considerando os dois aspectos dessa atitude interpretativa proposta por Dworkin, a interpretação não apenas decide os motivos, o valor ou propósito da cortesia, mas também o que essa prática social requer na ocasião atual, qual é o seu efetivo conteúdo no presente momento, criando uma situação onde “valor e conteúdo se confundem”.

Esse processo poderia ocorrer, de forma mais refinada e ainda que de maneira inconsciente, em três etapas: (a) “*pré-interpretativa*” onde basicamente se identifica as regras e os padrões que caracterizam a prática social. Embora, utilizando o sufixo “pré”, o autor ressalta que já há aqui algum nível de interpretação, mas é necessário haver um alto grau de consenso sob pena de, nas etapas seguintes, não se tratar da mesma prática, conceito ou objeto; (b) *interpretativa* em que se busca uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificados na etapa anterior. É claro que talvez não seja possível encontrar uma justificativa que abarque completamente todas as características da instituição social, mas é necessário um nível de ajuste ou adequação suficiente “para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática”; (c) *pós-interpretativa* ou *reformuladora* na qual se busca um ajuste da própria prática visando atender melhor à justificativa construída na etapa anterior.

Toda essa construção pressupõe que uma comunidade utiliza conceitos interpretativos – passíveis de serem analisados por uma atitude interpretativa de identificação de propósitos e adequação a esses. Uma das consequências desse pressuposto é que tais conceitos são, pela sua própria estrutura, controvertidos, ou seja, pessoas sensatas e razoáveis podem ter

¹⁶² Stephen Guest (2010, p. 28), nesse mesmo sentido, afirma que “Dworkin [...] quer que aceitemos a ideia de que, por sua natureza, alguns conceitos não são plenamente entendidos a não ser de maneira interpretativa. São conceitos que precisam ser investidos de algum significado que uma simples descrição não pode fornecer”.

concepções diferentes sobre esses conceitos.¹⁶³ A própria *teoria da interpretação* é, em si, um conceito interpretativo, pois “é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”. Destarte, qualquer relato sobre a forma como a interpretação das práticas sociais ocorre de fato na sociedade será, necessariamente, também controvertido e isso é assim porque os conceitos interpretativos são, pela sua própria natureza – devido à tentativa já explicitada de impor a ele um significado que, numa sociedade complexa, pode apresentar divergências – controvertidos. Não por outro motivo, insiste Dworkin (2007, p. 60), se o direito é efetivamente um conceito interpretativo, qualquer doutrina que pretenda analisar o conceito de direito precisa apresentar uma concepção daquilo que considera interpretação.

1.2.6.2 Conceito, Concepção e Paradigmas

O exemplo da cortesia pode começar a auxiliar na compreensão da tentativa de afirmar a existência de conceitos interpretativos ou, ao menos, de uma atitude interpretativa. Mas ainda deixa dúvidas sobre como uma comunidade pode ter uma prática acerca da qual seus membros concordam parcialmente, mas têm controvérsias em outras partes. Como identificar as partes consensuais e as divergentes?

Dworkin (2007, p. 86-89) propõe um vocabulário específico – através dos termos *paradigmas*, *conceito* e *concepção*, com especial ênfase para a diferença entre os dois últimos (embora, ao longo de sua obra, muitas vezes parece não explorar essa diferença da forma proposta nesse tópico)¹⁶⁴ – que pode auxiliar a compreender como uma comunidade pode, simultaneamente, compartilhar uma prática social e, ainda assim, discordar sobre a melhor interpretação sobre esse empreendimento. Essa explicação auxiliará, também, numa melhor compreensão acerca das chamadas divergências teóricas tratadas na seção 1.2.5.

Admitindo propor um novo entendimento desses termos com o objetivo de buscar uma melhor compreensão do ambiente intelectual de uma comunidade e aprimorar a questão argumentativa, Dworkin afirma que em um empreendimento social as pessoas, em geral, concordam com aquelas proposições mais genéricas e abstratas acerca da prática socialmente

¹⁶³ Trataremos com mais detalhamento a diferença entre *conceitos* e *concepções* no item seguinte, mas um esboço dessa diferenciação já havia sido feito em *Levando os direitos a sério* (p. 211-213), conforme seção 1.2.4.2, nota de rodapé 141.

¹⁶⁴ Stephen Guest (2010, p. 41), por exemplo, chega a afirmar que já viu Dworkin analisar a teoria de Hart ora se referindo a ela como um *conceito*, ora como uma *concepção* específica.

compartilhada, mas esse consenso abstrato não impediria a ocorrência de divergências quando se buscasse refinar de forma mais concreta as ideias iniciais. As proposições mais abstratas e indubitavelmente compartilhadas pelos integrantes da sociedade constituiriam o que Dworkin denomina de *conceitos* que serviriam – por sua caracterização como um discurso habitual sobre alguma instituição ou empreendimento – como patamar ou platô a partir do qual novos pensamentos e argumentos podem ser construídos. Esses novos argumentos – que têm o conceito como seu platô abstrato de consenso – são as *concepções* acerca do conceito, subinterpretações daquela ideia mais abstrata e consensual. A relação entre esses termos pode ser representada ilustrativamente como o tronco de uma árvore – o conceito – de onde partem vários galhos em diferentes direções – as concepções.

Dworkin (2007, p. 86-88) demonstra como essa ideia poderia funcionar numa prática social:

Por exemplo, numa certa etapa de desenvolvimento da prática, todos concordam que a cortesia, em sua descrição mais abstrata, é uma questão de respeito. Mas há uma importante divisão sobre a correta interpretação da ideia de respeito. Alguns consideram que se deve, de maneira mais ou menos automática, demonstrar respeito a pessoas de certa posição ou grupo, enquanto outros pensam que o respeito deve ser merecido individualmente. Os primeiros se subdividem ainda mais, questionando quais grupos ou posições sociais são dignas de respeito; os segundos se subdividem a propósito de quais atos conferem respeito. E assim por diante, ao longo de infindáveis subdivisões de opinião.

[...] seria então natural que as pessoas considerassem [...] que o respeito faz parte do “próprio significado” da cortesia. [...] para essa comunidade, o respeito oferece o *conceito* de cortesia, e [...] as posições antagônicas sobre as verdadeiras exigências do respeito são *concepções* desse conceito. O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. [...]

O que o autor propõe é a possibilidade de reconhecer um valor abstrato (no exemplo da cortesia, esse valor abstrato seria o ‘*respeito*’) que permite à prática social definir uma estrutura a partir da qual certas teorias independentes podem ser identificadas e entendidas como subinterpretações (todas as ideias diferentes que tentam explicar o que significa a ideia abstrata de ‘respeito’ nessa sociedade específica) dessa ideia mais abstrata. Em certo sentido essa análise, se bem-sucedida, “deve também ser incontestável, porque sua alegação – de que o respeito estabelece o conceito de cortesia – não produz efeito, a menos que as pessoas estejam totalmente de acordo que a cortesia é uma questão de respeito”. A partir dessa visão é mais fácil compreender porque as diferenças teóricas que ocorrem na prática jurídica são explicadas, por Dworkin, como desacordos que se originam em função das diferentes *concepções* concorrentes de direito que podem ser defendidas em uma comunidade.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Nesse sentido ver a *apresentação* feita por Ronaldo Porto Macedo Jr. da obra de Stephen Guest (2010).

Mas qual seria o conceito sobre o qual as diferentes concepções de direito poderiam ser construídas? Dworkin (2007, p. 115-118) tenta responder essa indagação construindo o seguinte raciocínio: os governos têm diversos objetivos e para a consecução destes se utilizam da força estatal que monopolizam, sendo assim, de um modo geral, as discussões sobre o direito assumem “que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo”¹⁶⁶. Para o autor, o direito insiste – ou pressupõe – que a força estatal (coerção) só pode ser utilizada quando “permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública”, mesmo que em outras situações possam existir vantagens sociais ou fins nobres que poderiam ser atingidos pela coerção estatal. Nesse sentido, o **conceito de direito** seria caracterizado como o sistema de direitos e responsabilidades que autorizam a coerção estatal porque decorrente de “decisões anteriores do tipo adequado”; enquanto as **concepções de direito**, construídas a partir desse patamar consensual, teriam o objetivo de aprimorar a interpretação inicial e consensual, buscando oferecer respostas a três perguntas colocadas pelo conceito: a) Justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que decorrem das decisões políticas anteriores? b) Se tal sentido existe, qual é ele? c) Que leitura de “decorrer” – que noção de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada?

Sobre o termo *paradigma*, o professor norte-americano afirma que os empreendimentos sociais desenvolvem-se ao longo da história da comunidade – basta ver o exemplo da cortesia – e, a cada etapa desse desenvolvimento da instituição social, seria possível observar determinadas exigências ou requisitos que essa prática apresenta para ser considerada como tal pela própria comunidade, isto é, existem “proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância” acerca dessas instituições sociais (Dworkin, 2007, p. 110). Esses seriam os *paradigmas* que desempenham papel decisivo na construção do raciocínio e dos argumentos a serem utilizados na interpretação da prática e na tentativa de imputar um propósito ou finalidade a ela. Esses paradigmas são considerados situações às quais “qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os

¹⁶⁶ Resumindo a proposta de Dworkin e correlacionando esta suposta finalidade do direito com um argumentação moral, Stephen Guest (2010, p. 38, grifo nosso) afirma que Dworkin “considera que a existência do direito é uma **justificação moral para a coerção do Estado** e afirma que o **conceito de direito** que compartilhamos é um conceito por meio do qual entendemos que o **sentido do direito é limitar e autorizar a coerção governamental**”.

argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático” (DWORKIN, 2007, p. 88).

Destarte, a tese que propõe uma interpretação desconsiderando um paradigma está sujeita a críticas como uma teoria errônea ou incompleta, contudo, como Dworkin (2007, p. 89) propõe que os conceitos são interpretativos e não meramente descritivos – no sentido de que não é possível encontrar paradigmas que possam ser simplesmente passíveis de mera observação e descrição – ele entende que não é impossível questionar o próprio paradigma através de uma proposta interpretativa que busque argumentar que determinado padrão não constitui um verdadeiro paradigma, mas sim um erro interpretativo. “Os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”.

Portanto, o autor considera que seria um erro ignorar esses fatores de “unificação e socialização”, mas afirma que seria um erro ainda mais grave e perigoso exacerbar a força desses fatores. Para Dworkin (2007, p. 75, 110-111) a interpretação ao mesmo tempo em que reconhece as limitações impostas pela história também luta contra elas. Se, por um lado, ao interpretar uma prática social, só é possível fazê-lo dentro do contexto social, por outro isso não impediria a dinâmica interpretativa de buscar resistir a determinados padrões tradicionais quando esses contrariam outras questões que vão surgindo ou se reforçando no processo de desenvolvimento social.¹⁶⁷

1.2.6.3 Direito e literatura ou o romance em cadeia

Explicitado o vocabulário especial proposto pelo autor, é necessário retomar o raciocínio sobre sua teoria interpretativa. Dworkin (2005, p. 221) propõe sua teoria da interpretação a partir de uma concepção mais abrangente sobre o que é interpretação, para isso, pretende estudá-la a partir de uma atividade mais geral, “como um modo de conhecimento” que, portanto, pode servir para diferentes áreas do conhecimento e não somente para o direito e que pode, por isso, também colaborar para a superação das distinções absolutas entre descrição e valoração. Nesse sentido, o autor buscará comparar a interpretação

¹⁶⁷ Isso ficará mais claro ao analisarmos, na seção 1.2.6.4, o que Dworkin chama de *sentido (point)* do direito.

jurídica com a interpretação artística, buscando teorias que “ofereçam algum tipo de interpretação do significado de uma obra como um todo” e que trabalhem com hipóteses sobre o “objetivo”, “significado” ou “sentido” dessa obra holisticamente considerada.

O professor norte-americano defende a tese de que, embora exerçamos atividades interpretativas em diversos contextos (no processo de comunicação; de análise de dados coletados cientificamente; na avaliação artística; na interpretação de práticas sociais; etc.), as formas de interpretação podem ser significativamente diferentes: algumas podem estar preocupadas com a intenção daquele que profere uma frase, outras estão preocupadas em encontrar as causas (determinantes econômicos, psicológicos ou de outra natureza) de algo e outras, ainda, estão preocupadas em encontrar o propósito, a finalidade, daquilo que interpretam. Dworkin chama esse último tipo de interpretação *criativa* ou *construtiva* e afirma que tanto a interpretação artística quanto das práticas sociais seriam desse tipo e é por isso, também, que busca analisá-las de forma comparativa.¹⁶⁸

Embora admita que os próprios críticos artísticos diverjam sobre o modo de responder a esta questão e reconheça que muitos estudiosos podem rejeitar sua sugestão, Dworkin propõe o que denomina “hipótese estética” que consiste em afirmar que a interpretação de uma obra – qualquer que seja ela – **tenta mostrar que maneira de representação a apresenta como a melhor obra de sua espécie**. Nesse sentido, para defender uma interpretação da obra como a “melhor” será preciso, necessariamente, enfrentar a questão substantiva, o que só pode ser feito através do de argumentos valorativos, portanto, cada proposta de interpretação é uma proposta que precisará disputar com outras a justificação de porque deve ser considerada melhor.

A consequência dessa hipótese é que as teorias acadêmicas de interpretação deixam de ser vistas como análises da própria ideia de interpretação – como muitas vezes alegam ser – e passam a ser candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação. A interpretação torna-se um conceito de quais teorias diferentes são concepções rivais. (Segue-se que não existe nenhuma diferença radical, mas apenas uma diferença no nível de abstração, entre oferecer uma teoria da interpretação e oferecer uma interpretação de uma determinada obra de arte.) A hipótese, além disso, nega as profundas distinções que alguns estudiosos cultivaram. Não há mais uma distinção categórica entre a interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como avaliação de seu sucesso ou importância. Ainda resta alguma distinção, pois sempre existe uma diferença entre dizer quão boa pode se tornar uma obra e dizer quão boa ela é. Mas convicções valorativas sobre a arte figuram em ambos os julgamentos. (DWORKIN, 2005, p. 227).

¹⁶⁸ Como explica de forma explícita Stephen Guest (2010, p. 56), “o que a literatura, e assim por diante, tem a ver com o direito? A resposta está na ideia de interpretação. Se a literatura e o direito são atividades interpretativas, então, um exame do significado da interpretação em ambas é altamente relevante”.

A partir dessa analogia entre interpretação literária e interpretação jurídica, o professor norte-americano propõe que encaremos a interpretação do direito através da ideia de *corrente do direito* (*chain of law*¹⁶⁹) ou *romance em cadeia*. Para decidir o que o direito significa, mormente em casos controversos, é necessário compará-lo a um “estranho exercício literário”: suponhamos que um grupo de pessoas foi contratado para escrever um romance, sendo cada uma delas responsável por um capítulo específico da obra. Após o primeiro escritor terminar o capítulo inicial, passa-o para o autor seguinte que deverá escrever o segundo capítulo e, logo que terminar, este passará os dois capítulos para o terceiro escritor e assim sucessivamente. O ponto crucial é que todos os escritores precisam compreender que sua missão (ou sua responsabilidade) é acrescentar um capítulo que dê continuidade ao romance – portanto, considerando integralmente os capítulos anteriores – e não começar um novo romance.

Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são "realmente", que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas. (DWORKIN, 2005, p. 236-237).

As decisões sobre o direito se assemelhariam ao romance em cadeia onde cada juiz precisa agir como um romancista, ciente da sua incumbência de dar continuidade a uma interpretação que já existia antes de sua efetiva participação nesse processo. O magistrado deve se considerar um parceiro nesse complexo empreendimento interligado em cadeia onde, através da análise dos “capítulos” que já foram escritos – que podem ser descobertos nas leis, jurisprudências, doutrinas e, principalmente, nas interpretações anteriores sobre esse conjunto de informações – tem a **responsabilidade** de dar continuidade à história e não partir numa nova direção. Ele “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor” (DWORKIN, 2007, p. 277). Para isso, afirma Dworkin (2005, p. 238, grifo nosso), o juiz deve determinar, “segundo seu próprio julgamento, o **motivo** das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o **propósito** ou o tema da prática até então”. Ou seja, a única forma que Dworkin vislumbra para realmente buscar uma

¹⁶⁹ Alguns autores oferecem uma tradução alternativa à expressão: *cadeia do direito* (CHUERI, 2006, p. 261). Sugere-se, entretanto, a adoção da anterior considerando que a palavra “cadeia”, em português, tem uma ambiguidade de significado que não favorece a expressão “cadeia do direito”. Não obstante, sua utilização na expressão “romance em cadeia” parece não ficar tão comprometida quanto no caso anterior.

continuidade nessa obra coletiva é tratá-la como se fosse criada por um único autor, buscando, conseqüentemente, uma **unidade valorativa**¹⁷⁰, uma definição de finalidade, propósito ou objetivo. Em resumo: algo que possa fornecer uma melhor justificação da prática como um todo.

É por isso que, como dito anteriormente, trata-se de uma interpretação *criativa* ou *construtiva*: “em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de **impor um propósito a um objeto ou prática**, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam”. (DWORKIN, 2007, p. 63-64, grifo nosso).¹⁷¹ E essa construção só é possível, segundo o autor, a partir da visão daquele que interpreta e não através de suposta descrição neutra de intenções de outras pessoas – os autores da obra. Isso introduz o senso de valor do próprio intérprete já que a avaliação da obra só pode ser produzida a partir daquilo que este considera como a melhor interpretação possível.

E "aplicar" esse propósito abstrato a nossa situação é muito mais que um neutro exercício histórico de reconstrução de um estado mental anterior. De modo inevitável, envolve as opiniões artísticas do próprio intérprete exatamente como o sugere a explicação construtiva da interpretação criativa, porque tenta encontrar a melhor maneira de expressar, dado o texto em questão, grandes ambições artísticas que Shakespeare nunca formulou ou, talvez, nem mesmo definiu conscientemente, mas que são produzidas por nós ao perguntarmos como a peça que ele escreveu teria sido mais esclarecedora ou convincente para sua época.

[...] Isso introduz o senso de valor artístico do intérprete na reconstrução da intenção do artista pelo menos de uma maneira comprobatória, pois o julgamento que faz o intérprete sobre aquilo que o autor teria aceitado vai ser guiado por seu senso daquilo que o autor deveria ter aceitado, isto é, seu senso de quais leituras tornariam a obra melhor e quais a tornariam pior. (DWORKIN, 2007, p. 68-69).

Mas, isso não significa que o interprete pode transformar a obra “no que ele quiser”. Embora qualquer interpretação obviamente seja sensível às convicções daquele que a concretiza¹⁷², existem limites – como veremos logo a seguir – que são estipulados por uma teoria acerca da **identidade da própria obra**, aquilo que a caracteriza e identifica, possibilitando que as interpretações que sejam apresentadas tenham o intuito de continuar algo que já existe e não o objetivo de criar algo novo e desvinculado da realidade. Portanto,

¹⁷⁰ Embora não esteja incluído no escopo do presente trabalho a análise do livro *Justice for hedgehogs* (2011, p. 1) – último livro lançado por Dworkin em vida – é pertinente ressaltar o fato de que, logo na primeira linha dessa publicação, o autor afirma que a tese central da obra consiste em defender uma antiga tese filosófica: “**a unidade do valor**”.

¹⁷¹ Aqui Dworkin pressupõe o “princípio da caridade” que, elevado à teoria da interpretação de uma forma geral, proporia que, em circunstâncias normais, toda interpretação tenta tornar seu objeto o melhor possível, como exemplo de algum empreendimento.

¹⁷² “As teorias da arte não existem isoladamente da filosofia, da psicologia, da sociologia e da cosmologia. Alguém que aceita um ponto de vista religioso provavelmente terá uma teoria da arte diferente da de alguém que não o aceita, e teorias críticas recentes nos permitiram entender até que ponto o estilo interpretativo é sensível às convicções sobre significado, referência e outras questões técnicas na filosofia da linguagem”. (DWORKIN, 2005, p. 225).

diferenciando interpretações sobre o que algo *é* de projetos que afirmam aquilo que algo *deveria ser*.

1.2.6.4 O sentido (*point*) do direito

Mas como estabelecer esses motivos ou propósitos sem cair em petição de princípio ou sem estabelecer definições baseadas em preferências arbitrárias que não se relacionam com a história da prática?¹⁷³ Se a interpretação literária e a interpretação do direito têm em comum o objetivo de construir um sentido, que significa “demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra [...] mais valiosa”, como encontrar esse sentido? Se Dworkin (2005, p. 239) admite que – assim como os críticos literários – os juristas também podem razoavelmente discordar e apresentar diferentes interpretações e concepções de um mesmo conceito, como identificar se uma teoria fornece uma melhor justificação do que outra?

Para Dworkin (2005, p. 213-216; 239-249), uma interpretação plausível deve atender a requisitos de duas dimensões diferentes acerca da prática que está sendo interpretada: (a) a dimensão **formal, de ajuste ou de adequação** que tem relação com as características de identidade, coerência e integridade; (b) a dimensão **substancial, de moralidade política ou de conteúdo**, relacionada a características de valor ou finalidade.

a) Dimensão formal, da adequação ou de ajuste (*fit*): como afirmado anteriormente, qualquer prática social se desenvolve dentro de um contexto histórico e, como tal, apresenta determinados requisitos e traços característicos – que podemos denominar de “história institucional” (2002, p. 136); “fatos brutos da história jurídica” (2007, p. 305) ou outros nomes que o autor utiliza em suas várias obras – que qualquer raciocínio, argumento ou interpretação razoável deve considerar seriamente sob o risco de ser relegada por ser inadequada ou, ainda pior, baseada em ignorância ou má-fé.

¹⁷³ Hart (2005, p. 221), por exemplo, considerando que não acredita na possibilidade de que a moralidade ofereça uma resposta que possa ser “demonstrada” como a única correta, propõe a existência de “virtudes judiciais” que podem auxiliar nessa “escolha”: “*Estas virtudes são as seguintes: imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afetados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão. Sem dúvida porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios, não pode ser demonstrado que certa decisão é a única correta: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial. Em tudo isto, temos as atividades de «pensar» ou de «equilibrar», características do esforço para fazer justiça entre interesses conflitantes*”.

Essa dimensão se relaciona intimamente com a ideia do *romance em cadeia* na qual caberia ao intérprete conhecer e avaliar tudo o que existia antes, em termos de história institucional, para estabelecer uma interpretação que dê continuidade, conseqüentemente, impedindo que se crie uma “nova história” desvinculada dos padrões existentes e estipulados pela comunidade: “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor” (2005, p. 241). O argumento é que essa dimensão fornece alguns limites à interpretação que pode ser efetuada – seja pelo crítico artístico seja pelo magistrado – servindo como resposta, segundo Dworkin, à crítica daqueles que vislumbram em sua teoria uma liberdade criativa demasiada do intérprete. “Em certo sentido, nenhum romancista tem nenhuma liberdade, pois cada um é obrigado a escolher a interpretação que (segundo acredita) faz da obra de arte em continuação a melhor possível”, devendo buscar se adequar da melhor forma possível à totalidade da prática da comunidade (DWORKIN, 2005, p. 236). Ainda que existam divergências sobre a interpretação correta ou mesmo que se conclua que este projeto de construir a dimensão de ajuste é extremamente difícil, o que Dworkin (2005, p. 237-239) defende é “que a incumbência faz sentido, que cada um dos romancistas na cadeia pode ter alguma ideia do que lhe está sendo pedido, sejam quais forem os temores que cada um possa ter sobre o valor ou o caráter do que será produzido”.

Entretanto, isso não significa, conforme se percebe ao analisar a ideia de “conceitos contestados” (item 1.2.4.2) ou as diferenças entre os termos “conceitos” e “concepções” (item 1.2.6.2) que essa história institucional seja algo que é “dado” ou está “simplesmente aí” para quem quiser encontrar. Aqui a ideia de “ajuste” também é algo que é construído através da exposição de razões e motivos para a compreensão da prática – portanto, um conceito interpretativo. Neste sentido, a interpretação daquilo que deve ser considerado parte integrante da dimensão de ajuste dependerá de uma escolha que não pode simplesmente ser remetida a decisão de ninguém, mas deve ser feita “por quem quer que tome a decisão, como uma escolha de teoria política” (DWORKIN, 2005, p. 240).¹⁷⁴

De forma mais explícita, afirma o autor:

O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma **concepção da integridade e coerência do direito como instituição**, e essa concepção **irá tutelar e limitar a teoria operacional de ajuste** – isto é, suas convicções sobre que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e de que maneira. (DWORKIN, 2005, p. 241).

¹⁷⁴ No mesmo sentido: Guest (2010, p. 52-53).

Mas, Dworkin ressalta que tal adequação não significa que a interpretação precise se ajustar a cada detalhe existente da prática judicial, pois deve procurar apreender de forma geral a história institucional admitindo que, em qualquer empreendimento, existem elementos que atuam contra as ambições ou objetivos da prática social (2007, p. 277). Qualquer interpretação que seja útil precisa conter uma *teoria do erro* (2005, p. 240), “a ideia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco” (2002, p. 189), pode considerar que ocorreram erros no passado ou que alguns elementos não são essenciais, mais meramente acidentais, podendo ser excluídos ou desconsiderados pela interpretação proposta.¹⁷⁵ É evidente que esse recurso deve ser utilizado de forma cuidadosa para não eliminar exatamente o objetivo da dimensão do ajuste, a saber, a ideia de que é possível reconhecer uma identidade na prática social e, a partir daí, exigir que as decisões respeitem de forma consistente e coerente essa identidade. Dworkin, aliás, já evidenciava essa preocupação desde “Levando os direitos a sério”:

Hércules deve ampliar sua teoria de modo a incluir a ideia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco. Mas Hércules não pode fazer um uso imprudente desse recurso, pois se ele fosse livre para considerar qualquer aspecto incompatível da história institucional como um erro, sem que isso causasse outras consequências para sua teoria geral, a exigência de consistência não poderia de modo algum ser considerada como uma verdadeira exigência. Hércules deve desenvolver alguma teoria dos erros institucionais, e essa teoria deve ter duas partes. Deve mostrar quais seriam as consequências, para novos argumentos, de se considerar algum evento institucional como erro, e deve limitar o número e o caráter dos eventos dos quais se pode abrir mão da dessa maneira. (DWORKIN, 2002, p. 189).

Evidentemente, insiste o autor, é possível que a teoria do ajuste não consiga produzir, muitas vezes, uma única interpretação – e talvez isso caracterize a distinção entre casos fáceis e casos difíceis ou controversos no direito (2005, p. 241). Mesmo que consideremos que em sociedades mais complexas e evoluídas o número de interpretações possíveis diminua em uma proporção inversa à crescente limitação em função dessa complexidade – como, em um romance em cadeia, as limitações de “ajuste” tendem a aumentar para os autores subsequentes quando comparadas às limitações dos autores iniciais –, ainda assim, poderão existir diferentes interpretações que se ajustam à história da prática social. Nestes casos, a dimensão seguinte desempenhará um papel decisivo.

¹⁷⁵ Conforme enfatiza Guest (2010, p. 53), “ninguém duvida que nós podemos manter alguns de nossos pensamentos estáveis, enquanto permitimos que outros variem”. Dworkin (2002, p. 186), desde *Levando os direitos a sério*, já reconhecia que nem mesmo Hércules seria capaz de encontrar um conjunto de princípios que pudesse conciliar todos os precedentes e todas as leis existentes em uma determinada sociedade.

b) Dimensão substancial, de moralidade, de conteúdo, de valor ou de justificação:

Se na primeira dimensão o foco é na adequação à história institucional, aqui na segunda dimensão o que há é uma preocupação com substância da interpretação e esta, para a teoria dworkiniana, deve buscar “demonstrar sua finalidade ou valor”. Obviamente ocorre uma diferença significativa entre a interpretação artística e a interpretação jurídica: enquanto no primeiro tipo a dimensão da finalidade deve considerar valores artísticos, no segundo caso, obviamente, isso não é razoável porque o direito constitui um empreendimento social de outra natureza, qual seja uma natureza **política**. Destarte, a dimensão do valor no que concerne à interpretação jurídica deve utilizar argumentos que consistam em valores políticos, isto é, Dworkin substitui a “hipótese estética” por uma “hipótese política”.

O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. [...] Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, **deve demonstrar seu valor, em termos políticos**, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (DWORKIN, 2005, p. 239, grifo nosso).

E qual seria o papel dessa dimensão? Em *Uma questão de princípio*, Dworkin (2005, p. 213-214) argumenta que quando duas justificativas oferecerem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos coligidos na etapa pré-interpretativa, ainda seria possível apontar uma delas como uma justificativa melhor caso seja superior “**enquanto teoria política ou moral**”; e isto ocorreria quando ela “apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm”. Já em “*O império do direito*” o professor norte-americano afirma que nessa dimensão o que se exige do intérprete é que faça um julgamento sobre qual a explanação que atende melhor “à obra em desenvolvimento” (p. 278), qual o valor pode consistir no “melhor andamento a ser dado à história” (p. 286).

Mas o autor reconhece que tanto a força dessa segunda dimensão quanto o caráter da indeterminação que introduz serão objeto de disputa “porque juristas que sustentam tipos diferentes de teoria moral irão avaliá-las de maneira diferente”. Portanto, assim como ocorreu na dimensão do ajuste, aqui também as ideias de valor, finalidade ou justificativa não tratam de algo que é simplesmente dado pela natureza, mas são construídas através da exposição de razões e motivos – portanto, também caracterizariam conceitos interpretativos. Mais uma vez, a análise daquilo que deve ser considerado a melhor justificativa, objetivo ou propósito dependerá de uma escolha que não pode simplesmente ser remetida à decisão de ninguém, mas deve ser feita pelo próprio intérprete o que inviabilizaria a possibilidade de uma simples descrição do valor, mas, antes exigiria uma postura engajada típica de uma atitude

interpretativa. Em conclusão, pode-se afirmar que a discordância razoável é possível não somente na dimensão formal como também na substancial, mas qualquer discordância deve ser baseada numa tentativa de justificar a prática jurídica, não somente descrevê-la, seja com base no funcionamento social ou na intenção de seus supostos autores. Como já asseverava Dworkin (2002, p. 186), em seu primeiro livro, “sem dúvida, qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado histórica, psicológica ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postiza”.

Essa justificação será feita através de uma teoria política que agrega as duas dimensões e atribui um valor ou propósito ao direito de uma comunidade como um todo. Dworkin (2005, p. 241-242) resume essa interação sobre as duas dimensões que qualquer interpretação deve enfrentar, da seguinte maneira:

Os juízes desenvolvem uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chamam isso de sua filosofia jurídica. Ela incluirá características estruturais, que elaborem a exigência geral de que uma interpretação se ajuste à história doutrinal, e afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça. A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a consequência de convicções que outros juízes não precisam compartilhar. Se um juiz acredita que o propósito dominante de um sistema jurídico, o principal objetivo a que deve servir, é econômico, então verá nas decisões passadas sobre acidentes alguma estratégia para reduzir os custos econômicos dos acidentes de modo geral. Outros juízes, que acham repugnante qualquer imagem desse tipo da função do Direito, não descobrirão nenhuma estratégia assim na história, mas apenas, talvez, uma tentativa de reforçar a moral convencional referente à falta e à responsabilidade. Se insistirmos em um grau elevado de neutralidade na nossa descrição da interpretação jurídica, portanto, não podemos tornar nossa descrição da natureza da interpretação jurídica muito mais concreta do que a fiz.

Todo esse processo desagua na exigência de que se perceba (ou se construa) o direito como algo integrado, formado de maneira coerente e fundado em princípios que são responsáveis por essa unidade:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade devido processo adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2007, p. 291)

1.3 A réplica de Hart

Após a apresentação daqueles que podem ser considerados os principais pontos – no que concerne a possibilitar uma melhor compreensão da relação entre moralidade e direito – da teoria originalmente apresentada por Herbert Hart e dos subsequentes questionamentos, críticas e propostas feitos por Ronald Dworkin, faz-se necessário analisarmos como esse debate prosseguiu ao longo das últimas décadas. Foram diversos autores, artigos e livros escritos em todo o mundo acerca do debate, com significativas ramificações e subdivisões que tomaram vida própria, independente do debate originário.¹⁷⁶

De toda forma, para o escopo do presente trabalho, foram selecionadas – como contraponto aos argumentos de Dworkin – as respostas efetivadas pelo próprio Hart tanto em seu pós-escrito publicado postumamente em 1994 numa segunda edição de *O conceito de direito*, quanto em um texto menos conhecido originado em uma palestra feita na *Universidad Autónoma de Madrid*. Eventualmente far-se-á, a título de observação ou esclarecimento quando se julgar necessário, em nota de rodapé, utilização de bibliografia secundária, bem como alusões a outros textos do próprio Hart (por exemplo, seu *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia* de 1983), mas o foco do presente capítulo estará centrado nos dois textos supracitados.

1.3.1 El nuevo desafío del positivismo jurídico

Atendendo a convite do Departamento de Filosofia do Direito da *Universidad Autónoma de Madrid*, Hart realizou uma palestra no dia 29 de outubro de 1979¹⁷⁷ que tinha como objetivo analisar especificamente as críticas ao positivismo jurídico que foram proferidas por Ronald Dworkin – que era, à época, não apenas seu sucessor em Oxford, mas também considerado pelo próprio Hart como o mais importante filósofo do direito americano – no livro *Levando os direitos a sério* (*Taking rights seriously*). Essa palestra foi transformada em um artigo – *El nuevo desafío del positivismo jurídico*,¹⁷⁸ publicado em espanhol em 1980

¹⁷⁶ Apenas como exemplificação dessas ramificações, basta pensarmos no surgimento da divergência interna no positivismo jurídico entre inclusivistas e exclusivistas e os diversos debates que isso ocasiona até os dias de hoje.

¹⁷⁷ Portanto, esse texto é anterior às obras “*Law’s empire*” e “*A matter of principle*”.

¹⁷⁸ É um fato interessante a aparente pouca importância que se deu a este texto não só nos países anglófonos – o que se pode compreender, embora não se justifique, pela questão cultural –, mas mesmo nos países de língua portuguesa considerando que a quantidade de referências é significativamente menor quando comparada a

– cuja tradução teria sido expressamente autorizada por Hart, mas cujo original em inglês permaneceria inédito. Compreende-se que a atenção a este último artigo é de suma relevância posto que, diferentemente do que ocorreu com o pós-escrito, – ainda que se admita que Hart possa ter modificado aspectos de seu pensamento ao longo dos 15 anos que sucederam entre essa palestra e o seu falecimento – esta obra foi finalizada e apresentada (como palestra) pelo próprio autor e trata sistematicamente de questões fundamentais para o presente tema. Além disso, é reconhecido por alguns autores como um dos textos onde é provável que se expresse mais claramente as principais teses do positivismo hartiano (MORESO, 2001, p. 100).

1.3.1.1 As teses do positivismo segundo Hart

Considerando que Dworkin busca empreender uma desqualificação da teoria positivista, é importante compreendermos quais seriam efetivamente as principais teses ou proposições desta corrente – já que esta apresentava, mesmo antes da divergência entre *inclusivistas e exclusivistas*, uma diversidade de posicionamentos entre seus defensores. Neste sentido, Hart (1980) reconhece a diversidade de acepções que o termo *positivismo* pode ter quando utilizado por filósofos do direito e se propõe, no intuito de clarificar este tema, não a dar uma definição genérica ou estabelecer a essência do positivismo, mas a selecionar e explicar três características acerca da natureza do direito que, segundo ele, não só se encontram na obra de todos os filósofos juspositivistas anglo-saxões, mas são atribuídas aos positivistas jurídicos por eles mesmos e por seus críticos.

outros textos de Hart. Apenas para exemplificar como este texto de Hart é relativamente desconhecido – ou, ao menos, pouco citado –, em rápida pesquisa na internet – através do sítio *Google* – em agosto de 2012, utilizando como parâmetros de busca o nome HART conjuntamente com os títulos de trabalhos do autor entre aspas, obtivemos os seguintes resultados: a) "*El nuevo desafío del positivismo jurídico*" – 529 resultados; b) "O conceito de direito" - 42.400 resultados; c) "*The concept of law*" - 516.000 resultados; c) "*American jurisprudence through english eyes*" que foi publicado somente dois anos antes do texto espanhol - 9.030 resultados. Embora tais dados não possam ser considerados científicos, servem de indício sobre o aparente desconhecimento do texto em espanhol. Em agosto de 2018, obviamente, os números sofreram mudanças, mas continuam indicando o relativo desconhecimento do texto em espanhol: a) "*El nuevo desafío del positivismo jurídico*" – 952 resultados; b) "O conceito de direito" - 62.900 resultados; c) "*The concept of law*" - 1.110.000 resultados; c) "*American jurisprudence through english eyes*" que foi publicado dois anos antes do texto espanhol - 3.390 resultados.

De toda forma, este texto é considerado relevante por autores hispanofalante renomados como, por exemplo, José Juan Moreso (2001) – reitor da *Universidad Pompeu Fabra* e professor da *Universidad Autónoma de Barcelona* (1988-1995) e da *Universidad de Girona* (1996-2000) – afirma que nesse artigo se encontram, provavelmente de forma mais claramente expressa, as três teses que configuram o cerne do positivismo jurídico hartiano. Além disso, ele consta na versão mexicana (UNAM) do “Pós-escrito ao conceito de direito” como integrante da bibliografia de Hart.

1.3.1.1.1 A tese da separação conceitual entre direito e moral

O Professor inglês argumenta que ainda que efetivamente existam, em diversos sistemas jurídicos, importantes conexões entre direito e a moralidade, estas conexões são meramente contingentes, portanto, não são necessárias do ponto de vista lógico ou conceitual. Dessa forma, não devemos confundir a tarefa do *expositor*, preocupado em descrever o que o *direito é*, com a tarefa do censor que avalia como o *direito deveria ser*. Mas Hart enfatiza, já nesse texto, que essa tese é plenamente compatível com a incorporação de valores morais, sejam eles gerais ou específicos, por determinados ordenamentos jurídicos que passam, dessa forma, a dotar tais valores de um *status* jurídico. Essa incorporação poderia acontecer através de normas escritas – como no caso da constituição norte-americana – ou através das decisões jurisprudenciais e, nesses casos, o sistema jurídico passa a incorporar, ao critério de validade jurídica, a conformidade com determinados princípios morais.

Hart admite que essa incorporação acarretará a utilização de argumentos e juízos morais, por parte da prática jurídica, para se decidir os direitos e deveres que as pessoas têm nesse ordenamento jurídico, mas insiste que a relevância jurídica desses valores é algo contingente e não devida a sua própria natureza valorativa.

La incorporación de principios morales tendrá a menudo la consecuencia de que para llegar a una decisión sobre los derechos legales de las partes, un tribunal tendrá que tener en cuenta argumentos morales y hacer juicios morales, pero en todos esos casos la relevancia jurídica de los principios morales será algo contingente, que depende de sí, de hecho, han sido incorporados a un sistema jurídico particular de cualquiera de las formas mencionadas. Tales principios o argumentos morales no son jurídicamente relevantes *proprio vigore*, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables. (HART, 1980, p.7).

1.3.1.1.2 A tese das fontes sociais do direito (ou da regra de reconhecimento)

O autor sustenta que a existência e identificação do direito dependem da ocorrência de alguma prática social que determina, em diferentes sistemas jurídicos, quais são as fontes fundamentais, os critérios derradeiros ou os testes últimos de validade jurídica. A concepção do antigo positivismo de Bentham e Austin considerava que a prática social relevante

consistia em um hábito de obediência do legislador soberano, mas esta foi substituída por uma concepção “muito mais ampla, complexa e flexível, qual seja: que o critério último de validade jurídica deriva da prática dos tribunais em aceitar o que denominei em meu livro <<uma regra de reconhecimento>>” (HART, 1980, p. 7). Esta regra impõe aos magistrados um dever de considerar características específicas – que podem incluir as normas do legislativo, como defendido pelo positivismo clássico, mas não excluem outros elementos como certas forma de costume e decisões judiciais anteriores – como identificadoras dos *standards* jurídicos que têm a obrigação de aplicar na decisão dos casos concretos.

Como afirma o próprio Hart, existem importantes conexões entre esta teoria e a primeira que defende uma separação conceitual entre a moralidade e o direito, até mesmo porque

Con mucha frecuencia tales criterios de validez estipulados por la regla de Reconocimiento, identificarán el Derecho, no por su contenido, sino por lo que ha sido llamado su «pedigrée», es decir, por su origen o por la manera de su creación, como por ejemplo su promulgación por un legislador o su práctica consuetudinaria durante un suficiente período de tiempo. (HART, 1980, p.7).

Mas, insiste o autor, embora a identificação com base na origem seja frequente, ela não é – como sugeriu Dworkin, em “*The model of rules I*” – incompatível com a incorporação de princípios morais e a consequente exigência de conformidade com tais valores como parte do critério de validade jurídica.

No hay, sin embargo, razón alguna, por la que tal regla de reconocimiento no pudiera identificar directamente ciertos principios por su *contenido* y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica. Tal referencia al contenido de los principios podría ser realizada en términos generales, por ejemplo, como principio de moralidad o de justicia, o en términos específicos, por ejemplo, el que a ningún hombre se le debería permitir beneficiarse de su propio mal proceder. (HART, 1980, p. 7).

1.3.1.1.3 A tese da discricionariedade jurídica (ou do poder discricionário)

Por derradeiro, Hart defende que o direito é incompleto ou indeterminado, ainda que parcialmente, pois existirão situações em que nenhuma decisão é claramente determinada pelo direito estabelecido – portanto, essa característica é vista como algo inevitável (conforme já detalhado na seção 1.1.4 do presente trabalho) – e, nesses casos, caberá ao magistrado sair da área de vinculação determinada pelo ordenamento jurídico e exercitar sua discricionariedade

criando direito – já que este não existe –, ainda que tais poderes de criação possam ser limitados pelo próprio sistema jurídico.

Hart enfatiza que os poderes de criação dos magistrados são diferentes daqueles que possui o legislador, mormente porque são utilizados apenas para regular um caso particular não podendo empregá-los para reformas de grande alcance, sendo assim caracterizados como intersticiais e sujeitos a diversas restrições. A ideia desenvolvida, ao menos nesse texto, é de que o direito, embora não determine uma solução específica para o caso concreto, ao mesmo tempo em que confere discricionariedade ao magistrado pode limitar as situações onde tais poderes de criação poderão ser exercidos. Outra observação relevante que autor reafirma é que, embora essa discricionariedade não seja direcionada pelo direito em nenhum sentido específico, não pode ser exercida de uma forma arbitrária, mas antes, precisa ser justificada. Embora Hart não concorde com a possibilidade – proposta por Dworkin na ideia de direito como integridade – de que seja possível encontrar um conjunto de princípios capazes de coerentemente sempre oferecerem uma resposta a qualquer tipo de caso difícil.

En este punto, el juez para decidir el caso debe ejercer su poder de creación de derecho, aunque **no** debe hacerlo **arbitrariamente**, es decir, debe siempre tener algunas **razones** generales **que justifiquen su decisión** y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según **sus propias creencias y valores**. Pero si satisface esas condiciones, está legitimado para seguir *standars* o razones para la decisión que **no estén estipulados por el derecho** y puedan diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a un caso difícil similar. [...] y el juez tendrá a menudo que **escoger** entre ellas, confiando, como un legislador consciente, **en su sentido de lo que sea mejor** y no en cualquier orden ya establecido de prioridades prescrito para él por el derecho. **Solamente si** para todos esos casos hubiera de ser encontrado siempre en el derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignase peso o prioridad relativos a tales principios enfrentados de orden inferior, el momento de la creación judicial de derecho no sería solamente diferido sino eliminado (HART, 1980, p. 8, grifo em negrito nosso e em itálico no original).¹⁷⁹

1.3.1.2 A excessiva atenção à prática judicial

¹⁷⁹ Pode-se perceber que a ideia de justificação, apresentação de razões, escolha com base numa concepção do próprio avaliador daquilo que deve ser considerado como os valores adequados e melhores para resolver um conflito não é algo apresentado com exclusividade por Dworkin. Embora, seja importante ressaltar que os momentos e que essa metodologia pode – ou deve – ser empregada diferem radicalmente na opinião de cada autor: para Hart (seção 1.1.4) isso só ocorrerá nas situações onde o direito se caracterizar como incompleto; para Dworkin (seção 1.2.6), considerando que o sistema jurídico não é incompleto, o magistrado sempre utilizará esse recurso, embora deva atrelá-lo a *dimensão da adequação* para que sua interpretação possa ser identificada como uma continuidade do direito, e não como uma nova criação não relacionada com a história institucional.

Explicitados os três traços distintivos do positivismo contemporâneo, Hart apresenta uma crítica interessante sobre a Teoria do Direito norte-americana de uma forma geral – e, em especial, a teoria dworkiniana. O autor afirma que os filósofos do direito dos Estados Unidos dão uma excessiva importância ao *processo judicial* e aos chamados *casos difíceis* como forma de melhor compreender o que é o direito. Esta seria, para o filósofo inglês, a “característica mais expressiva da Teoria do Direito norte-americana” que tende a definir o direito através de uma análise sobre a maneira como operam os tribunais na regulação de conflitos e esse predicado seria típico não só às teorias antipositivistas, mas aos próprios positivistas jurídicos americanos – ao contrário dos positivistas ingleses que direcionariam suas atenções para o legislativo.¹⁸⁰

Siempre –pienso– ha sido la característica más llamativa de la Teoría del derecho americano pensar que una comprensión clara del proceso judicial es la mejor clave para el entendimiento de lo que es el derecho, y pensar también que se obtiene mayor luz de orientar la atención no a las claras reglas establecidas por el sistema jurídico y a la manera en que funcionan fuera de los tribunales, sino más bien a los controvertidos casos difíciles, que son aquellos en los que cualificados juristas pueden estar en desacuerdo sobre lo que es el derecho en algún punto. (HART, 1980, p. 5).

Por conta desta cultura jusfilosófica excessivamente direcionada ao comportamento dos tribunais é que a crítica dos antipositivistas norte-americanos às três teorias do positivismo consistiria essencialmente em apelar para o comportamento e os argumentos daqueles que lidam profissionalmente com o direito e insistir que o positivismo não corresponde ao modo “como um juiz vê o direito nem como raciocina um juiz ao decidir os ‘casos difíceis’”, isto é, afirmando que o positivismo insiste em uma *falsa descrição da prática judicial*.

Entretanto, critica Hart, ainda que exista uma divergência entre o positivismo jurídico e a imagem judicial do ‘direito’, pode-se questionar seriamente a correção de uma teoria que atribui uma importância tão exagerada ao ponto de vista do magistrado. E conclui: “O direito

¹⁸⁰ Embora Dworkin não cite o presente artigo em comentário, ele parece argumentar acerca da atenção que dedica, em sua teoria do direito, ao comportamento dos magistrados, mormente em “*O império do direito*” (p. 3 e 19 respectivamente) enfatizando a influência que o poder judiciário efetivamente tem na vida das pessoas: “as pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”. E insiste: “Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca”.

tal como é visto por um juiz envolvido em decidir casos complexos pode omitir coisas que são importantes e que só podem ser vistas a partir de uma perspectiva de fora e distanciada. A fenomenologia da decisão judicial pode ser uma coisa; a natureza do direito, outra”.

1.3.1.3 A teoria da decisão judicial (*teoría de la adjudicación*) e a relação entre direito e moralidade

Hart inicia sua análise específica da tese de Dworkin afirmando que, ainda que essa se configure como uma proposta de teoria geral do direito, teria como inspiração principal uma teoria da decisão judicial (*teoría de la adjudicación*) – caracterizada, por Hart, como o “núcleo da teoria antipositivista” – que é, ao mesmo tempo, descritiva e normativa já que pretende “tanto dar uma melhor e mais precisa descrição (ainda que em novos termos) do modo como os tribunais decidem os casos difíceis como, também, oferecer razões em termos de valores democráticos e de equidade”. Essa postura metodológica apresenta certos pressupostos e consequências que Hart pretende analisar, assim como acarreta diversas críticas ao positivismo jurídico que o filósofo britânico tentará refutar, sendo que o presente trabalho apresentará aquelas que podem colaborar mais diretamente com o tema da relação entre a moralidade e o direito.

É interessante observar que, já nessa palestra, Hart caracterizava a tese dworkiniana como uma via intermediária entre as teorias clássicas do *direito natural* e do *positivismo jurídico*: diferentemente dos naturalistas Dworkin não nega que as disposições do direito claramente estabelecido, ainda que careçam de conformidade com certos padrões morais, integrem o direito; apesar disso, assim como os naturalistas, defende que “existem certos princípios morais objetivos que também fazem parte do direito: concretamente aqueles que figuram na teoria <<mais sólida>> do direito”. O *status* jurídico desses princípios não dependeria de nenhuma forma de incorporação, de decisão normativa, nem de prática judicial ou de consenso, portanto, não dependeriam de qualquer referência às chamadas fontes sociais do direito.

Ao analisar a proposta de uma metodologia que tem como fulcro não só *explicar*, mas também *justificar* o ordenamento jurídico como um todo, através da identificação de conjunto de princípios – pressupostos ou implícitos no direito explícito – que servem como melhor justificação moral do direito, Hart afirma que as exigências impostas pela proposta

dworkiniana são de tal monta que “definitivamente esta teoria de la adjudicación atribuye al juez una tarea «hercúlea»”:

Dworkin reconoce que en cualquier nivel de investigación sobre principios de los que se puede decir que están implícitos en el derecho explícito existente, habrá aparentes conflictos de este tipo. Para lidiar con ellos hay, de acuerdo con él, necesidad, no de una elección o creación judicial del derecho, sino de un desarrollo ulterior de una teoría omnicompreensiva del derecho. Debe, por ejemplo, desarrollar una teoría de la Constitución para justificar el sistema establecido de gobierno, y para hacer esto debe referirse a principios de filosofía política y a características de instituciones gubernamentales establecidas, contrastando los primeros con las segundas. Para decidir ciertos casos no solamente tiene que identificar los valores fundamentales protegidos por el sistema, como la libertad, la igualdad o la seguridad personal, sino que donde hay concepciones divergentes de esos conceptos debe identificar la «mejor» concepción de los mismos. (HART, 1980, p. 11).

Essa proposta de “estilo hercúleo” de decisão judicial é um dos principais focos de crítica por parte de Hart, mormente porque a teoria de Dworkin apresenta este procedimento não como algo contingente que pode existir em alguns ordenamentos específicos, mas como uma tese “científico-jurídica geral” que faz parte do próprio conceito de direito e, portanto, desafia as três teses do positivismo (fontes sociais, separação entre direito e moral e discricionariedade). Hart não teria oposição ao procedimento de Hércules se esse fosse apresentado como algo meramente contingente, por compreender que sua teoria da Regra de Reconhecimento poderia absorvê-lo como um procedimento incorporado ao direito, desde que ele fosse aceito por uma comunidade específica. Entretanto, a ideia de incorporação de princípios morais independentemente dessa aceitação pela sociedade viola o pilar central da tese positivista: a separação conceitual entre direito e moralidade.

Aunque Dworkin no contempla esta posibilidad en su crítica de la concepción positivista de una Regla de Reconocimiento basada en la práctica judicial, no hay razón, en principio, por la que tal regla, en determinadas jurisdicciones, no previera el uso del procedimiento hercúleo entre los criterios que proporciona para identificar el derecho. Es verdad, por supuesto, que esto haría al argumento moral y al juicio moral relevantes para la decisión jurídica, pero esa relevancia en tales jurisdicciones sería simplemente un ejemplo de la incorporación contingente de principios morales por un sistema jurídico. Esto sería perfectamente compatible con la negación positivista de una conexión conceptual entre el derecho y la moralidad y con su insistencia en que el *status* de derecho de cualquier regla o principio sea en último término reconducible a una fuente social. Sólo si los principios morales fueran relevantes para la argumentación jurídica *proprio vigore*, es decir, no por su incorporación contingente, sino por sus cualidades morales o rectitud intrínsecas, su relevancia **refutaría la tesis principal del positivismo y establecería la conexión conceptual entre el derecho y la moralidad** en que insiste Dworkin. (HART, 1980, p. 13, grifo em grifo nosso e em itálico no original).

Mas, questiona Hart, será que Dworkin consegue demonstrar que o uso do método hercúleo de decisão judicial, com sua inescapável dimensão moral, pode ser algo além de uma situação possível, mas não essencial, que uma *regra de reconhecimento* pode adotar em

jurisdições específicas? Será que isso realmente se traduz, como Dworkin pretende, na necessária conexão conceitual entre direito e moralidade e, conseqüentemente, na afirmação de que existem normas que não devem seu *status* jurídico a nenhuma fonte social? Para Hart, aqui se evidenciam as partes mais “débeis” da teoria de Dworkin que, ao invés de se comprovar como uma teoria intermediária entre os naturalistas e os positivistas, “parece oferecer uma confusão dos dois”.

Hart afiançará que Dworkin constantemente desenvolve sua própria descrição da prática jurídica e da forma de decidir os casos – através da metodologia hercúlea – como se isso fosse suficiente para demonstrar a existência de uma conexão conceitual entre moralidade e direito. Entretanto, ainda que se aceite que a prática ocorre desse modo descrito por Dworkin, a não ser que seja verdade que os magistrados *devem*, em algum sentido, utilizar tal método de decisão, esse continuará sendo apenas um “traço contingente” do direito daquelas jurisdições, portanto onde a *regra de reconhecimento* estabelecida na prática jurídica prevê sua utilização. E, assevera Hart (1980), “en tal caso, la conexión entre derecho y moralidad no sería conceptual sino debida a las fuentes sociales del derecho que incorporan esa Moralidad”.

Mas, então, em que sentido de “deve”, deve ser empregado o método de decisão judicial de Hércules? Para Hart, é preciso distinguir dois estágios de pensamento para compreender como Dworkin propõe a teoria da conexão necessária: primeiro ele insiste no argumento de que o positivismo jurídico – que reduz o sistema jurídico ao direito explícito que emana das fontes sociais – é uma teoria conceitual *inadequada* do direito, sendo que uma teoria *adequada* apresenta os princípios morais e políticos implícitos como também fazendo parte do direito, ainda que não advenham de nenhuma fonte social, nesse sentido seriam “*naturais*”. Daí, para Dworkin, decorre que “é uma verdade conceitual ou por definição que os juízes que tem obrigação de aplicar o direito, devem empregar na decisão dos <<casos difíceis>> o método [de] <<Hércules>> que identifica esses princípios”. Hart afirma que não fica claro qual o critério de “adequação” oferecido por Dworkin e, além disso, que a teoria supostamente “adequada” apresentada pelo professor norte-americano tem *consequências* inaceitáveis para muitos juristas:

I – Se, por exemplo, um sistema jurídico exige que os magistrados decidam os *casos difíceis* como “legisladores conscientes”,¹⁸¹ de acordo com a teoria de Dworkin ele está

¹⁸¹ Hart comenta, embora sem citar expressamente, o exemplo da suíça que no artigo 1º de seu código civil, prescreve: “1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. 2 A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. 3 Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence”. O texto destacado, em tradução livre, afirma que “na

sujeito não só à crítica de que é um mau sistema jurídico, porque ignora um método mais justo ou moralmente melhor para decidir esses casos, mas também à crítica de que é culpado de ignorar partes importantes de seu próprio direito. Segundo Hart, qualquer jurista pode se recusar a aceitar uma teoria com essas consequências, mormente se considerar que – conforme afirma Dworkin – juízes igualmente competentes e honestos podem divergir acerca desse componente “natural” do direito e não há meios de determinar qual deles, se é que algum, está correto.

II – Na decisão judicial se exigiria do magistrado, tanto moral como juridicamente, que respeite não somente a constituição e as demais leis, mas também os princípios morais e políticos que melhor justificam a estrutura de governo, mormente se os demais juízes também os aceitam, já que tais princípios também fazem parte do direito.

Hart considera que essa consequência poderia ser recusada já que um juiz pode entender razoavelmente que, enquanto o fato de aplicar as leis é um assunto de interesse público, seus ideais políticos constituem um tema que só interessa a ele mesmo e, portanto, abster-se de justificar – moral ou politicamente – a prática jurídica estabelecida não caracteriza abandono de suas obrigações enquanto juiz.

III – Se um juiz aceita que as leis estipuladas pelo parlamento criam direitos e deveres, ele deve aceitar algum princípio moral ou político que justifique esse posicionamento, caso contrário, não poderia justificar porque ele, enquanto magistrado, tem a obrigação de considerar e dar primazia às regras produzidas por este órgão específico. Entretanto, afirma Hart, esse argumento simplesmente pressupõe aquilo que Dworkin precisaria comprovar, a saber, que os direitos e deveres jurídicos constituem uma espécie de direito moral e que o positivismo jurídico erra ao contemplar esses dois tipos de direitos como conceitualmente distintos.

Portanto, considera Hart, o argumento central de Dworkin que produz essas e outras consequências parece ser um *juízo moral* que se pretende verdadeiro e incontrovertido, qual seja, o de que os indivíduos teriam direito a que fossem considerados – quando da determinação de seus direitos e deveres específicos – não somente as leis estabelecidas pelo ordenamento jurídico, mas também “os princípios de moralidade objetiva que subjazem e justificam aquelas”. Consequentemente, os juízes têm a respectiva obrigação moral – denominada por Dworkin de “*responsabilidade política*” (itens 2.4.3 e 2.6) – de formular tais princípios e aplicá-los nos casos difíceis.

ausência de uma disposição legal aplicável, o juiz decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, se também este faltar, de acordo com as regras que ele estabeleceria se tivesse que agir como legislador”.

Analisando esse aspecto da “responsabilidade política” dos juízes, Hart afirma que a metodologia hercúlea está sujeita a uma objeção fundamental: se os princípios subjacentes a um direito específico forem moralmente perversos (como, por exemplo, na Alemanha nazista ou na África do Sul na época do *apartheid*) não haveria nenhum mérito moral – e, talvez, até haja certa perversidade – na proposta de identificar e aplicar tais princípios a casos difíceis. Para Hart, nesse tipo de situação, a moralidade exigiria exatamente o inverso da proposta de Dworkin, ou seja, não que os princípios que sustentam o ordenamento injusto sejam aplicados nas áreas não reguladas, mas que se aproveite a oportunidade para minimizar a injustiça; conseqüentemente, não há que se falar em um direito moral a consideração desses princípios perversos, muito menos na responsabilidade política que os juízes teriam de aplicá-los. Dessa forma, Hart afirma que isso parece reforçar a ideia de que a metodologia de Hércules para construção de decisões judiciais não passa de uma característica contingente – perfeitamente compatível com a teoria da Regra de Reconhecimento – que alguns sistemas jurídicos podem apresentar.

Si el derecho establecido es malvado (Dworkin admite que puede serlo), los principios a él subyacentes serán también malvados y no estaría claro, desde luego, qué podría significar el hablar de tales principios como «justificadores» al tiempo que explicativos del derecho. En tales casos, la moral seguramente exige que la oportunidad de que se presente un caso no regulado debería ser aprovechada no para extender el mal sino para evitarlo, y obviamente no hay ningún derecho moral a la aplicación consistente de tales principios de maldad. Esto parece destruir el argumento montado para demostrar, mediante una aplicación a la doctrina de la responsabilidad política, que el método hercúleo de adjudicación es algo más que un rasgo contingente de algunos sistemas jurídicos, y que hay una conexión conceptual entre el derecho y la moralidad. (HART, 1980, p. 15).

Em uma segunda edição do livro *Levando os direitos a sério*, Dworkin adicionou um apêndice onde buscou responder críticas feitas por diversos autores à obra. Especificamente sobre a dificuldade de aplicar sua teoria a sistemas iníquos o autor teria admitido que os princípios implícitos identificados, nesses casos, pelo método de Hércules poderiam ser demasiado perversos para justificar sua aplicação e, dependendo do grau de iniquidade, o juiz poderia ter o dever moral de mentir – conflitante com o dever jurídico – e ocultar o direito identificado pela metodologia de identificação dos princípios implícitos.

Para Hart, as tentativas de Dworkin para continuar defendendo a ideia de conexão conceitual entre direito e moral, mesmo após a verificação de que a metodologia de Hércules não se aplica adequadamente a todos os sistemas jurídicos, parecem abandonar a essência de sua teoria. Ao afirmar que no caso de sistemas iníquos a dimensão moral do direito somente pode determinar os princípios menos odiosos dentre os vários princípios inaceitáveis que sustentam esse ordenamento, ficaria evidente que isso invalida a ideia de que esses princípios

justificam o direito, conseqüentemente estaria eliminado o argumento de que existe um direito a aplicação desses princípios (e um dever por parte dos magistrados) e, por sua vez, alijada estaria a ideia de conexão necessária e conceitual entre direito e moralidade. Nas palavras do próprio Hart:

No sobrevive virtualmente nada del argumento original de que la adjudicación hercúlea era más que un rasgo contingente de un sistema jurídico, porque los individuos tienen siempre un derecho moral a la aplicación consistente de los principios que subyacen el derecho. Dworkin insiste en efecto en que incluso en casos en que los principios son tan moralmente odiosos que un juez debería mentir antes que aplicarlos, hay siempre un derecho *prima facie* a tal aplicación aunque pueden ser pasados por alto si el tema es lo bastante inucuo. Esto parece ser un simple error en un autor tan ingenioso. Porque si los principios que subyacen el derecho, siendo solamente los menos odiosos de los principios moralmente inaceptables, no tienen fuerza justificadora ninguna, entonces no puede haber ni siquiera un derecho *prima facie* a su aplicación consistente a los *casos difíciles* no regulados por el derecho establecido. (HART, 1980, p. 16);

1.3.1.4 A injustiça da decisão *ex post facto*

Hart analisa ainda duas críticas ao positivismo, a saber, quanto ao caráter **antidemocrático** (porque os juízes, em geral, não são eleitos e somente quem o fosse poderia ter o poder de criação do direito) e **injusto** (porque o judiciário estaria aplicando retroativamente direitos e deveres criados *a posteriori*) da teoria do poder discricionário. Embora tais críticas sejam frequentemente analisadas pela doutrina é interessante comentar o argumento de Hart quanto a elas.

Sobre o caráter antidemocrático, Hart afirma que existem diversas respostas a essa crítica e uma das mais tradicionais consiste em afirmar que o fato de que seja necessário confiar poderes aos juízes, para que estes lidem com controvérsias que o direito não consegue regular previamente, pode ser considerado um pequeno preço a pagar comparado aos métodos alternativos de regulação desse tipo de caso – como a obrigatoriedade de manifestação do Legislativo, toda vez que um caso não regulado chegar ao Judiciário –, ainda mais se tais poderes forem limitados à questões de casos específicos

No que concerne à segunda crítica, o professor inglês afirma que a suposta *injustiça* se basearia no desrespeito que esse tipo de decisão demonstra pelas “expectativas justificadas” daqueles que, ao agir, supunham que as conseqüências jurídicas estariam predeterminadas pelo ordenamento jurídico. Hart, entretanto, afirma que essa ideia de expectativas justificadas seria completamente irrelevante em relação aos casos difíceis, pois esses – segundo a teoria

positivista – seriam precisamente os casos em que não haveria solução prévia determinada pelo direito e, conseqüentemente, seriam condicionados a um poder discricionário do magistrado que poderia decidir – sem amarras jurídicas – a questão. Destarte, se não há qualquer vinculação jurídica em qualquer sentido, não haveria que se falar em expectativas que as pessoas possam ter em relação ao que ordenamento jurídico lhes garante. Sendo assim, não haveria que se caracterizar tal procedimento como injusto.

1.3.2 O pós-escrito do conceito de direito

Na presente seção serão apresentadas as observações que Hart estava construindo ao longo dos últimos anos de vida – ressalte-se, entretanto, que não se sabe, devido a sua morte, qual era seu nível de satisfação acerca das anotações encontradas por sua esposa e editadas por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz¹⁸² – e que tinha como objetivo responder diversas críticas que foram feitas, ao longo de três décadas, à sua obra “O conceito de direito”, mas cujo alvo assumidamente principal foram as críticas feitas por Dworkin, “porque este sustentou não só que quase todas as teses distintivas desse livro estavam radicalmente erradas, mas também pôs em questão toda a concepção de teoria jurídica e daquilo que esta devia fazer, que está implícita na obra” (HART, 2005, p. 300). Na compreensão de Hart, as críticas deferidas por Dworkin nos artigos coligidos em seus livros – *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) e *Law’s Empire* (1986) – apresentam nuances importantes ao longo dos anos, onde algumas críticas iniciais, embora não tenham sido explicitamente reformuladas ou excluídas, não aparecem nas obras posteriores.¹⁸³

De toda forma, Hart admite – de maneira academicamente louvável e, infelizmente, incomum de acordo com os padrões da doutrina jurídica, mormente da doutrina brasileira – algumas deficiências de sua teoria original, porém também tenta reafirmar os pontos que compreende como corretos, no intuito de adaptar e preservar o positivismo jurídico.

¹⁸² Penelope Bulloch foi bibliotecária do *Balliol College* da Universidade de Oxford; Joseph Raz é um dos maiores filósofos do direito da atualidade e um dos maiores defensores do positivismo jurídico exclusivo.

¹⁸³ Shapiro (2007) concorda com Hart quanto a essas mudanças que teriam ocorrido nas críticas dworkianas, entretanto, o próprio Dworkin (2010, p. 329), em resposta direta a Shapiro, afirma que seus argumentos não mudaram de nenhuma forma significativa. Ver seção 1.2.5.

1.3.2.1 Descritivo versus avaliativo

Uma das estratégias centrais de defesa utilizadas por Hart consiste em buscar destacar os objetivos e/ou características específicas vislumbrados em sua obra – e, conseqüentemente, a metodologia empregada – quando comparada com os da tese de Dworkin. O filósofo britânico afirma que sua teoria sobre o que é o direito é *geral e descritiva*, caracterizando um empreendimento completamente diferente daquele obtido a partir da concepção de Teoria do Direito dworkiniana.¹⁸⁴

Neste intuito, o autor resume as características da própria tese da seguinte maneira:

Geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, «normativa»). Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a mesma forma e estrutura gerais [...].

O meu relato é **descritivo**, na medida em que é **moralmente neutro** e não tem propósitos de justificação; **não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras**, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, **embora uma compreensão clara destas constitua**, penso eu, um **ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil**. (HART, 2005, p. 300-301, grifo em negrito nosso e em itálico do autor).

Dessa forma, sua teoria estaria adstrita a um procedimento descritivo, no sentido de que pretende compreender as práticas sociais relacionadas com o direito, e não efetuar avaliações de natureza moral ou ética quanto a essas práticas. Já a teoria de Dworkin é

¹⁸⁴ MacCormick (2010, p. 211, grifo em itálico no original e em negrito nosso) considera que essa foi uma mudança importante, que Hart promoveu no pós-escrito, para explicar a ideia positivista de que o valor moral não deve ser tratado como condição necessária da validade jurídica: “Na primeira edição de *O Conceito de Direito*, a base teórica que Hart forneceu para essa tese era bastante tênue e insatisfatória. Era a de que não devemos excluir da disciplina Teoria Geral do Direito o estudo de quaisquer formas de governo que exibam as características complexas de “uma união de regras primárias e secundárias”. É tão importante, diz ele, estudar os abusos quanto estudar os bons usos de tais sistemas. É verdade. Mas a ideia de que a Teoria Geral do Direito teria de parar de estudá-los se decidíssemos parar de chamar sistemas iníquos de “sistemas jurídicos” e regras iníquas de “leis” parece absurda. Sob qualquer visão, continuaria sendo vital considerar as analogias formais e estruturais que existem entre *Recht* e *Unrecht*. Quando, ao fim da vida, Hart passou a trabalhar no *Pós-Escrito* agora incluído na segunda edição de *O Conceito de Direito*, ele **propôs uma explicação um pouco diferente** de seu posicionamento como positivista, ao afirmar que a sua teoria era tanto “geral” quanto “descritiva”. Era geral porque se aplicava ao Direito como uma instituição usada na organização e governo de todo tipo de Estado, não apenas aquele em que o teórico vivia. Apesar das variações de conteúdo, como a de que alguns Estados poderiam ter sistemas que contivessem leis iníquas, enquanto outros seriam mais moralmente respeitáveis em conteúdo, os Estados têm em comum o fato de sustentarem o governo por meio do Direito, e de usarem estruturas conceituais e institucionais similares ao fazê-lo. “O que é o Direito?” é uma pergunta relativa ao sistema, e sistemas jurídicos diferentes podem produzir respostas muito diferentes em questões similares. Como um moralista crítico, o teórico pode querer elogiar ou mesmo endossar algumas dessas respostas, mas criticar outras – por exemplo, na questão de se o Direito permite ou mesmo requer a pena capital no caso de alguns crimes (e, no caso afirmativo, de quais crimes). **Entretanto, na fase descritiva desse empreendimento, a questão do status moral da pena capital (por exemplo) não surge de modo algum.**”

caracterizada como uma teoria que, ao menos parcialmente, tem como objetivo *avaliar e justificar* as práticas de um determinado sistema jurídico, através da identificação princípios que possam se ajustar melhor a este sistema e, simultaneamente, **fornecer a melhor justificativa moral para as práticas e para o próprio sistema.**¹⁸⁵

Hart (2005, p. 301-303) afirma que embora Dworkin pareça caracterizar as teorias jurídicas gerais e descritivas como desorientadas ou inúteis, ele não consegue compreender as razões deste raciocínio. O filósofo britânico não propõe em seu pós-escrito uma análise sobre a superioridade de um tipo de teoria em detrimento do outro, mas tão somente que tratam de aspectos diferentes quanto à compreensão do conceito de direito, o que pode ser confirmado através de suas assertivas no sentido de que “não é óbvia a razão por que deverá haver, ou efetivamente poderá haver, qualquer conflito significativo entre empreendimentos tão diferentes” e, ainda, de que ele não está preocupado em disputar “a elaboração destas suas ideias interpretativas”, salvo quando Dworkin afirma que pode rerepresentar a teoria positivista em uma versão interpretativa.

Na tentativa de compreender e analisar o raciocínio de rejeição à utilidade das teorias jurídicas descritivas, Hart (2005, p. 303) afirma que o argumento de Dworkin parece ter como cerne a necessidade de se considerar uma “perspectiva interna” sobre o direito – o ponto de vista de quem participa de um determinado sistema jurídico – “e que nenhum relato adequado desta perspectiva interna pode ser fornecido por uma teoria descritiva cujo ponto de vista não é o de um participante, mas o de um observador externo”. No entanto, o professor britânico defende que não há nada que impeça um observador externo – ou seja, alguém que *não* participa do sistema jurídico em análise – de descrever como os participantes encaram o direito, de tal ponto de vista interno.

Nesse ponto, é importante recordar os conceitos de *aspecto interno e externo das regras* – e dos consequentes pontos de vista interno e externo dos indivíduos que se relacionam com um sistema jurídico. Tais conceitos, sustentados por Hart, foram trabalhados de forma mais detalhada na seção 1.1.1, mas podem ser resumidos através do seguinte trecho:

[...] é possível estar preocupado com as regras, quer **apenas como um observador**, que as não aceita ele próprio, que **como membro de um grupo que as aceita** e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os «**pontos de vista**» respectivamente «**interno**» e «**externo**». As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual

¹⁸⁵ “A teoria jurídica, concebida deste modo como sendo ao mesmo tempo descritiva e geral, constitui um empreendimento radicalmente diferente da concepção de Dworkin de teoria jurídica (ou de «Teoria Geral do Direito», como ele com frequência a designa), concebida, em parte, como teoria de avaliação e de justificação e como «dirigida a uma cultura jurídica concreta» que é usualmente a própria cultura do teorizador e, no caso de Dworkin, a do direito anglo-americano”. (HART, 2005, p. 301-302).

eles estão afetados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a **anotação das regularidades de comportamentos observáveis** em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. (HART, 2005, p. 98-99, grifo em negrito nosso e em itálico do autor).

Portanto, Hart mantém sua posição original de que é possível que alguém que não partilha a aceitação do direito de um determinado grupo social, ainda assim, consiga descrever tal prática, mesmo que esta contenha elementos valorativos. Mas é importante que se enfatize que Hart reconhece a relevância das questões do aspecto interno das regras e do ponto de vista interno de quem participa do sistema. Por esse motivo, o filósofo britânico destaca a necessidade de que um observador externo não só considere as regularidades de conduta externamente observáveis, mas também deve buscar sinalizar e explicar o fato de que os participantes não só se comportam externamente de determinada maneira, mas que aceitam e usam as regras como padrão de conduta correto para si e para os outros de forma crítica, incluindo a autocrítica.

Para explicitar essa preocupação de Hart, pode-se relembrar o exemplo do comportamento de motoristas diante de semáforos. Um observador externo poderia tão somente descrever o procedimento externamente observável sem maiores preocupações com a existência ou não de uma postura reflexiva dos participantes quanto a sua própria conduta. “Se o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular”, afirma Hart (2005, p. 99-100), “escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa”. Nesse tipo de descrição – que não é aquela defendida por Hart – o observador trataria as luzes do semáforo “apenas como um *signal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um sinal de que virá chuva”, mas desconsiderariam a questão crucial de que os participantes dessa sociedade encaram tais luzes como um *signal para que* eles parem,

e, por isso, como uma **razão** para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele. (HART, 2005, p. 100, grifo nosso).

Entretanto, para Hart (2005, p. 305, grifo nosso), a importância de dar conta do ponto de vista interno de um participante não deve ser confundida com o ato de valorar, avaliar, aceitar o direito ou, de qualquer forma, renunciar a uma postura descritiva. Essa possibilidade, afirma o autor, não é aceita por Dworkin que parece compreender que mesmo uma teoria jurídica preocupada somente em descrever o direito, ao discutir assuntos como a relação do direito com a moralidade ou com a coercibilidade, “terá de encarar as questões respeitantes ao **sentido ou significado** das **proposições de direito**, que só podem ser satisfatoriamente respondidas por uma teoria jurídica interpretativa e parcialmente avaliadora”. Como se o teórico descritivo precisasse, para identificar o sentido de uma proposição de direito, responder a seguinte pergunta: “Qual o significado que deve ser atribuído a esta proposição, se ela houver de decorrer de princípios que melhor se ajustam ao direito constituído e melhor o justificam?”

Hart insiste na diferença entre teorias avaliadoras e teorias descritivas, chegando a afirmar que mesmo em situações onde a questão da avaliação ou interpretação está claramente presente na prática judicial – por exemplo, casos em que *a*) a perspectiva interna do participante, manifestada na aceitação do direito, incluisse também uma crença de que há razões morais para uma pessoa se conformar com as exigências do direito e justificação moral para o uso da coerção por ele; ou *b*) todos os juristas, de todos os sistemas jurídicos que uma teoria jurídica descritiva precisa considerar, resolvessem as questões de significado do direito da forma interpretativa e avaliadora como sugerido por Dworkin – tais situações poderiam ser registradas pelo teórico descritivo de forma factual e seriam consideradas para chegar a suas conclusões descritivas acerca do significado das proposições do direito, todavia, isso não significa que as conclusões são, elas mesmas, interpretativas e avaliadoras. No entendimento de Hart (2005, p. 306, grifo nosso) “**uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação**”.

1.3.2.2 A Natureza do positivismo jurídico hartiano

Segundo Hart (2005, p. 306, grifo nosso), dentre os diversos erros que Dworkin atribui a teoria positivista, o mais relevante desses seria a afirmação de que os “**fundamentos do direito**” (*the grounds of law*) – que são os fatos de que depende a veracidade das proposições de direito – consistem apenas em **mera factualidade histórica** (incluindo fatos relativos a

crenças individuais e atitudes sociais). Para o professor norte-americano, os positivistas entenderiam, erroneamente, que tais *fundamentos do direito* são fixados por regras linguísticas partilhadas por juízes, juristas e outras autoridades, as quais “regulam o uso e, por isso, o significado da palavra «direito»”. Dessa forma, se o significado da palavra direito é regulado com base em fatos históricos que determinam um consenso acerca do uso linguístico dessa e de outras palavras, os únicos desacordos que podem ocorrer acerca de questões de direito são os que dizem respeito à existência ou inexistência de tais fatos históricos; **“não pode haver desacordos teóricos ou controvérsia relativamente ao que constitui os «fundamentos» do direito”**.

Dworkin consagra muitas páginas luminosas da sua crítica do positivismo jurídico para mostrar que o desacordo teórico relativamente àquilo que constitui os fundamentos do direito é, contrariamente ao ponto de vista do positivista, um aspecto proeminente das práticas jurídicas anglo-americanas. Contra o ponto de vista de que estes estão fixados, de forma não controvertida, pelas regras linguísticas partilhadas por juristas e juízes, Dworkin insiste em que são essencialmente controvertidos, uma vez que, entre eles, estão não só factos históricos mas, muito frequentemente, **juízos morais e juízos de valor controvertidos**. (HART, 2005, p. 307, grifo nosso).

Hart buscará esclarecer qual a natureza da sua teoria positivista e em quais pontos ela se coaduna ou não com essas críticas tecidas pelo professor norte-americano, afirmando que embora a crítica dworkiniana apresente o positivismo como uma teoria semântica¹⁸⁶, nada que ele tenha escrito em “O conceito de direito” ou em qualquer outro texto pode servir de apoio a esta versão de sua teoria. O autor afirma que sua tese sobre a existência de uma regra de reconhecimento nos sistemas jurídicos desenvolvidos pode, até mesmo, estar incorreta, mas certamente ela não se baseia na ideia equivocada de que faz parte do significado da palavra ‘direito’ que exista tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, muito menos na ideia mais equivocada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fossem fixados de forma não controvertida, ‘direito’ significaria coisas diferentes para pessoas diferentes. Esse tipo de argumento, segundo Hart, confundiria o *significado* de um conceito com os critérios para sua *aplicação*, algo com o qual não só o autor não concorda como também já havia chamado a atenção ao falar sobre o conceito de justiça (seção 1.1.5.1), inclusive traçando diferenças entre o *conceito* e as *concepções*, de modo similar ao que Dworkin fez em “*O império do direito*” (item 1.2.6.2).¹⁸⁷

¹⁸⁶ Conforme seção 1.2.5.

¹⁸⁷ Alegação que pode ser confirmada através de uma citação de John Rawls (2002, p. 658 e 5-6, grifo nosso), onde o autor, ao distinguir o conceito de justiça das diferentes concepções que as pessoas podem ter desse conceito, assegura que o faz **com base na obra de Hart**: “... o que é justo e o que é injusto está geralmente sob disputa. Os homens discordam sobre quais princípios deveriam definir os termos básicos de sua associação.

Além disso, a ideia dworkiniana de que a regra de reconhecimento só permitiria critérios relacionados a fatos históricos (itens 2.3.3 e 2.5) e excluiria, *necessariamente*, critérios baseados em conteúdo também é considerada uma interpretação equivocada do positivismo jurídico. Hart afirma que mesmo antes da publicação de “O conceito de direito” ele havia alertado em seu artigo de 1958 (*Positivism and the separation of law and morals*) que em diversos sistemas jurídicos – como nos Estados Unidos da América – os critérios derradeiros de validade jurídica poderiam incorporar explicitamente “princípios de justiça ou valores morais substantivos”.¹⁸⁸

Já em seu pós-escrito, realça a afirmação anterior ao asseverar:

[Dworkin] ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como «positivismo moderado» e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, positivismo «meramente factual». Em segundo lugar, não há nada no meu livro que sugira que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de pedigree; podem ser, em vez disso, constrangimentos materiais sobre o conteúdo da legislação, tais como os Décimo-Sexto ou Décimo-Nono Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, respeitantes ao estabelecimento da religião ou às restrições ao direito de voto. (HART, 2005, p. 312, grifo nosso).

Portanto, insiste, “a minha teoria não é uma teoria meramente factual do positivismo, uma vez que, entre os critérios do direito, admite valores, e não apenas «meros» factos” (HART, 2005, p. 310). Mais é importante ressaltar que a *possibilidade* de que valores possam integrar a regra de reconhecimento (e, portanto, o próprio direito) não deve ser confundida

Todavia ainda podemos dizer, apesar dessa discordância que cada um deles tem sua **concepção** da justiça. Isto é, eles entendem que necessitam, e estão dispostos a defender, a necessidade de um conjunto de princípios para atribuir direitos e deveres básicos e para determinar o que eles consideram como a distribuição adequada dos benefícios e encargos da cooperação social. Assim parece natural pensar no **conceito** de justiça como sendo distinto das várias **concepções** de justiça e como sendo especificado pelo papel que esses diferentes conjuntos de princípios, essas diferentes **concepções**, têm em comum. Desse modo, os que defendem outras **concepções** de justiça podem ainda assim concordar que as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social”.

¹⁸⁸ Argumento que Hart (2005, p. 220) retoma em *O conceito de direito*, embora não o cite expressamente nesse momento: “O direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceita, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial. Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos; noutros sistemas, como em Inglaterra, em que não há restrições formais à competência do poder legislativo supremo, a sua legislação pode, contudo, de forma não menos escrupulosa, ser conforme à justiça ou à moral”.

com uma conexão *necessária* entre direito e moral, mas simplesmente o assentimento a conexões contingentes.¹⁸⁹

1.3.2.2.1 O positivismo moderado, inclusivo ou incorporacionista

Por esses fatores apresentados acima é que a doutrina de Hart teria sido designada como um tipo de *positivismo moderado*¹⁹⁰ e o autor pretende analisar, após tais esclarecimentos, as críticas específicas que Dworkin desenvolveu contra este tipo específico de positivismo.

a) *A necessidade de certeza e sua incompatibilidade com valores*: Segundo professor britânico, a maior crítica consistiria na incoerência entre a possibilidade de inclusão de valores na regra de reconhecimento – já que esses se caracterizam por serem intrinsecamente controvertidos – e o ideal positivista de estabelecer um critério de direito que possa ser identificado com um grau maior de certeza e, portanto, que não dependa de critérios não consensuais (seção 1.2.3.3).

Hart (2005, p. 312-314) afirma que essa crítica exagera não somente o grau de certeza que o positivismo deseja atribuir aos padrões jurídicos, mas também a efetiva incerteza que a inclusão de princípios ou valores morais acarretará no ordenamento. Embora ele reconheça que uma das funções da regra de reconhecimento seja promover uma maior certeza na declaração do direito – quando comparados aos sistemas onde só existem regras primárias – enfatiza que “a exclusão de toda a incerteza, seja a que preço for, sobre outros valores não é um objetivo que eu tenha alguma vez encarado para a regra de reconhecimento”, o que restaria evidente através da assunção da inevitável penumbra de incerteza que todas as regras apresentam, bem como dos aspectos inerentes da condição humana da relativa ignorância de fato e da relativa indeterminação de finalidade que acarretam a “incapacidade humana para antecipar o futuro” (HART, 2005, p. 141-143).¹⁹¹ Portanto, não só é impossível se ter um grau de certeza tão apurado quanto Dworkin parece pressupor que seja a intenção positivista, como é desejável que se tolere uma margem de incerteza, ao menos em algumas situações – como

¹⁸⁹ Portanto, a visão de Hart é a de que a inclusão desses valores morais dentre os critérios de validade jurídica é **uma opção política e não uma necessidade conceitual**, ou como resume MacCormick (2010, p. 223), “a escolha é uma questão de política constitucional, não de análise conceitual”.

¹⁹⁰ Esse foi o marco da divisão entre os chamados positivismo *clássico*, *hard*, *exclusivo* ou *forte* e o positivismo *moderado*, *soft*, *inclusivo* ou *incorporacionista*. (WALUCHOW, 2001).

¹⁹¹ Conforme item 1.1.4.

nos casos difíceis – para que a decisão judicial que vier a ser tomada possa identificar claramente as questões (não previstas antecipadamente) em jogo e, dessa forma se decida racionalmente. A busca de um grau de certeza, embora seja algo desejado pelo positivismo jurídico, não é um objetivo absoluto que não reconhece a necessidade de inclusão de padrões valorativos e a própria condição humana.

Só se a função de fornecimento-de-certeza da regra de reconhecimento for tratada como primacial e predominante, poderá ser encarada como incoerente a forma de positivismo moderado que inclui, entre os critérios de direito, a conformidade com princípios ou com valores morais que podem ser controvertidos. A questão subjacente diz respeito aqui ao grau ou extensão de incerteza que um sistema jurídico pode tolerar, se tiver de traduzir um qualquer avanço significativo a partir de um regime descentralizador de regras de tipo costumeiro, ao fornecer orientações geralmente fiáveis e determinadas para uma conduta antecipadamente identificável. (HART, 2005, p; 313-314).

b) *O positivismo e sua incompatibilidade com teorias filosóficas controvertidas:* Dworkin parte do pressuposto de que o direito, por incluir juízos morais controvertidos, também pode ser controverso, portanto, gerando casos onde pessoas razoáveis, inteligentes e bem intencionadas podem discordar e, quando isso acontece, não há uma forma de demonstrar conclusivamente quais posições são verdadeiras ou falsas. Apesar disso, sua teoria interpretativa defende (e seria compatível com) que, embora o direito possa efetivamente ser controvertido nesse sentido, ainda é possível considerar que os argumentos a favor ou contra a veracidade de uma proposição jurídica podem ser avaliados como melhores do que os argumentos no sentido contrário. Mas o positivismo moderado – que permite valores dentro de sua regra de reconhecimento – cometeria aqui sua segunda incoerência porque essa incorporação de valores não seria consistente com o desejo que os positivistas têm “de tornarem «a posição objetiva das proposições de direito» independente de qualquer compromisso com qualquer teoria filosófica controvertida acerca do estatuto dos juízos morais”. Explique-se melhor: um teste moral (uma regra de reconhecimento que incluía valores morais) só pode ser um teste para o direito preexistente se houver “fatos morais objetivos” que, portanto, tornem os juízos morais verdadeiros (e, conseqüentemente, passíveis de indicar veracidade ou falsidade através de um ‘teste’), mas a própria existência de tais critérios morais objetivos é, em si, uma “teoria filosófica controvertida”.

Hart, apesar dos ataques de Dworkin, insistirá que a teoria jurídica apropriada deveria deixar em aberto a questão sobre a objetividade dos valores ou princípios morais – e que isso seria possível, por exemplo, através da adoção de critérios formais para a identificação desses padrões, portanto, sem adentrar a questão de seu conteúdo (seção 1.1.5.2) – mesmo porque não haveria diferença prática para o dever do magistrado – esteja ele criando direito ou

encontrando o direito já existente – que consiste em fazer o melhor juízo moral possível sobre as questões valorativas que se apresentem.¹⁹²

Ainda continuo a pensar que a teoria jurídica devia evitar um compromisso com teorias filosóficas controvertidas sobre o estatuto geral dos juízos morais e devia deixar em aberto, como eu faço neste livro (pág. 183) a questão geral de saber se têm aquilo a que Dworkin chama «posição objetiva». Porque, seja qual for a resposta a esta questão filosófica, o dever do juiz será o mesmo: a saber, fazer o melhor juízo moral que puder sobre quaisquer questões morais que possa ter para decidir. Não importará, para qualquer finalidade prática, saber se, ao decidir assim os casos, o juiz está a criar direito de harmonia com a moral (sujeito a quaisquer que sejam os constrangimentos impostos pelo direito) ou, em alternativa, é orientado pelo seu juízo moral relativamente ao direito já existente que é revelado por um teste moral para o direito. (HART, 2005, p. 315-316)

Além disso, conforme afirmam alguns juristas – por exemplo Joseph Raz¹⁹³ – quando o direito exige que o judiciário empregue padrões na determinação do próprio direito, na verdade o direito estaria concedendo aos magistrados um poder discricionário e direcionando-os para que o usem “de acordo com o seu melhor juízo moral”, mas isso não teria o condão de transformar a moral em “direito pré-existente”. (HART, 2005, p. 316).

1.3.2.3 Críticas a alguns pressupostos da teoria de Dworkin

Além das críticas, contraposições e reformulações acima apresentadas, Hart analisa alguns pressupostos específicos da teoria de Ronald Dworkin cuja apresentação é relevante para o tema do presente trabalho.

1.3.2.3.1 A coerção estatal como finalidade do direito

¹⁹² Nesse sentido, também a afirmação de Neil MacCormick: “O próprio Hart, até o fim de seus dias, permaneceu declaradamente agnóstico a respeito da questão do status “objetivo” de valores ou princípios morais. Ele certamente considerava que as questões de certo e errado em termos morais eram assuntos importantes, sobre os quais qualquer pessoa sensata tem uma opinião ponderada, mas ele deixou em aberto a questão de se tais diferenças de opiniões ponderadas e racionais são, em princípio, solucionáveis. Ele permaneceu indeciso sobre se uma opinião deve ser objetivamente melhor do que a outra, sendo algumas opiniões objetivamente corretas e outras incorretas. Só se a visão objetivista prevalece há (na opinião dele) qualquer diferença prática entre o positivismo inclusivo e o exclusivo.”

¹⁹³ “*To put the point in a way that Dworkin does not, but which I find most congenial, the Constitution, by deploying many broad moral categories, gives discretion to the courts and directs them to use it in light of the true, or the best, moral understanding of what is cruel, etc.*” (RAZ, 1986, p. 1110).

O filósofo britânico faz questão de destacar que Dworkin parte da premissa de que o sentido ou a finalidade do direito e da própria prática jurídica consistiria em justificar a coerção estatal (item 1.2.6.2), ponto do qual ele enfaticamente discorda, pois, assim como outras formas de positivismo, sua teoria não teria a pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito:

De facto, penso que é totalmente despiciendo procurar qualquer finalidade mais específica que o direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta. Isto não serviria, claro, para distinguir as leis de outras regras ou princípios com os mesmos objetivos gerais; os aspectos distintivos do direito residem na consagração que faz, através das regras secundárias, de providências para identificação, alteração e execução dos seus padrões, e na pretensão geral que adopta quanto à primazia sobre outros padrões. (HART, 2005, p. 310).

Apesar de admitir que a coerção estatal possa funcionar de forma mais eficaz a partir de sua proposta de divisão das regras jurídicas em primárias e secundárias e da subsequente resolução dos defeitos existentes naquelas sociedades simples onde só existiriam regras primárias – incerteza, caráter estático e ineficácia – (seção 1.1.2), Hart (2005, p. 310-312) enfatiza que não há que se confundir sua postura com uma preocupação em justificar a coerção, pois buscar um remédio para a ineficiência não é o mesmo que tentar apresentar uma justificação. E mesmo reconhecendo que a ideia de *regra de reconhecimento*, por permitir que os indivíduos identifiquem antecipadamente as ocasiões onde tal coerção poderá ser utilizada, possa colaborar com a eventual justificação do uso da coerção, no sentido de excluir objeções morais ao seu uso, Hart insiste que a justificação da coerção, para a qual a regra de reconhecimento contribui, “não pode [...] ser apresentada como o seu cerne ou finalidade gerais, ainda menos pode ser apresentada como o cerne ou finalidade gerais do direito, como um todo”. E conclui asseverando que

Uma vez que as ocasiões de coerção jurídica são principalmente casos em que a função primária do direito, de orientar a conduta dos seus sujeitos, falhou, a coerção jurídica, **embora constitua, claro, uma questão importante, desempenha uma função secundária**. A sua justificação **não pode considerar-se, de modo sensato, como sendo o cerne ou a finalidade do direito enquanto tal**. (HART, 2005, p. 311).

1.3.2.3.2 A relação entre direito e proposições jurídicas

Além disso, a teoria de Dworkin seria toda construída com base no pressuposto de que devemos identificar o direito através da análise de suas proposições (item 1.2.5) e isso,

segundo Hart, confunde o significado de *direito* com o significado de *proposições de direito*, pois, as *proposições de direito* seriam afirmações sobre o que o direito de certo sistema determina e não sobre aquilo que ‘o direito’ é, dessa forma, mesmo que se aceite que o significado de tais proposições de direito seja determinado pelas condições que as tornam verdadeiras – como proposto por Dworkin – disso não se seguiria que o próprio significado da palavra ‘direito’ faria o direito depender desses mesmos critérios específicos (HART, 2005, p. 308-309).¹⁹⁴

1.3.2.3.3 Regras e Princípios

Apesar de Hart reconhecer que não abordou, em sua tese original, a questão dos princípios – e, conseqüentemente, do raciocínio jurídico e dos argumentos neles embasados –

¹⁹⁴ Aqui Hart parece retomar, embora de forma mais específica, a crítica feita na *Universidad de Madrid* (seção 1.3.1.2) sobre a excessiva atenção dispensada por Dworkin à prática do direito com o intuito de desvendar o próprio conceito de direito. No mesmo sentido e questionando esse procedimento de atenção aos casos judiciais na busca de identificação do direito, Neil MacCormick (2010, p. 226-228, grifo nosso) argumenta que essa metodologia dworkiana levaria a **perguntar “O que diz o Direito?”**, e afirma que essa **é uma questão distinta da pergunta sobre “O que é o Direito?”**. MacCormick explica – e critica – a teoria de Dworkin da seguinte maneira: “Dworkin desafia seus leitores a pensar em como um tribunal poderia decidir “O que diz o Direito?” se não tivesse ainda uma resposta para a pergunta “O que é o Direito?”. Isso pode, no entanto, ser apressado demais. Aqueles que podem dar respostas cultas, engenhosas e sábias a uma pergunta prática do Direito ao decidir casos, certamente têm confiança no uso que fazem da palavra “Direito” e seus cognatos, e obviamente têm um entendimento sólido do conceito de Direito. **Isso não quer dizer, porém, que tenham uma teoria geral cuidadosamente estudada sobre a natureza do Direito**, ou mesmo que seriam mais competentes para responder às perguntas práticas que enfrentam caso tivessem essa teoria. O argumento de Dworkin é que uma resposta à pergunta abstrata “O que é o Direito?” tem de ser sustentável como um prelúdio à resposta da segunda pergunta, local e concreta, “O que diz o Direito sobre esta questão concreta a ser decidida entre estas partes?”. **Mesmo se for esse o caso, isso não quer dizer que, em outros aspectos, os tipos de argumentos aplicáveis na resposta à primeira precisem lidar com as mesmas considerações que se aplicam à segunda.** Responder questões jurídicas práticas exige obviamente o que pode ser uma **interpretação controversa** dos elementos jurídicos pertinentes - textos de leis e precedentes lidos à luz de princípios-guia e conceitos básicos de justiça e bem comum. Assim, ao se responder à pergunta abstrata deve-se permitir o tipo de interpretação necessária para responder ao outro tipo de pergunta. Dworkin conclui que qualquer resposta satisfatória precisará, ela própria, ser colocada em termos dos valores gerais que a pergunta mais específica emprega. A réplica de Hart a isso é negar, em termos similares aos já enunciados aqui, que as respostas às duas linhas de indagação sejam tão atreladas uma à outra quanto Dworkin afirma. Se os sistemas jurídicos têm o caráter geral que Hart lhes atribui, então realmente as questões jurídicas práticas, questões em disputa, evocarão aquela necessidade de interpretação das fontes jurídicas disponíveis. Essa interpretação interrogará as fontes pertinentes “a partir do ponto de vista interno”. Ela atribuirá valores às fontes e empregará os princípios que estão implícitos nelas ou, talvez, explícitos nas discussões judiciais e doutrinárias de casos anteriores no mesmo domínio. A pergunta local e concreta “O que diz o Direito a esse respeito?” será respondida de maneira que empregue as fontes de um tipo cuja relevância seja de fato consequência do entendimento do Direito estabelecido mediante a reflexão sobre a pergunta geral e abstrata “O que é o Direito?”. **Mas a resposta à segunda pergunta, embora explique o papel dos valores em qualquer sistema jurídico visto a partir do ponto de vista interno, não será, por si só, uma declaração de posicionamento comprometido favorável ou contrariamente a qualquer conjunto específico de valores.”**

com o foco e extensão apropriados, o autor rechaçará algumas das afirmações de Dworkin acerca da definição dos conceitos de regras e princípios, mas principalmente sobre as distinções entre esses elementos.

Para Hart existiriam três características que diferenciariam os princípios das regras, sendo que as duas primeiras seriam consensuais ou incontrovertidas entre os teóricos do direito, a saber, *o grau de amplitude, abstração, ou não especificidade (breadth)* e *o caráter desejável (desirability) dos princípios*. A primeira característica indica que os princípios, quando comparados às regras, seriam mais “extensos, gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio”. Já a segunda aduz que os princípios são considerados “desejáveis de manter ou de ser objeto de adesão” justamente porque representariam a ideia de finalidade, sentido, objetivo ou valor, portanto, seriam capazes não apenas de explicar logicamente as regras que exemplificam, mas principalmente de contribuir para sua justificação e legitimação (característica que as regras não possuiriam). Mas a terceira característica de diferenciação representa uma divergência crucial das opiniões dos dois autores, característica que Hart denomina de “*caráter não conclusivo*”.

Conforme apresentado na seção 1.2.1, Dworkin defende que as regras funcionam na base do “tudo ou nada”, isto é, ou ela é aplicável e “obriga” um resultado jurídico ou simplesmente não é aplicável – e se houver conflito entre regras uma delas deverá ser expurgada do ordenamento jurídico ou reformulada para se tornar coerente com a regra vencedora. Já os princípios relevantes são sempre considerados e indicam razões para se decidir de determinada maneira, ainda que deles não se siga uma consequência necessária, já que podem existir outros princípios que indiquem uma decisão em sentido oposto. Por esse motivo, o filósofo norte-americano afirmou que os princípios teriam uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuiriam. Hart (2005, p. 321-325) discorda dessa proposta, pois entende que as regras também possuem uma dimensão de importância – ou um “*caráter não conclusivo*” – podendo entrar em conflito com outras regras e, ainda que algumas não prevaleçam em um caso específico, continuarem integrando o ordenamento jurídico para, sem modificações, determinar o resultado em outros casos. Destarte, para o professor inglês tanto regras como princípios apresentariam esse caráter não conclusivo, existindo tão somente uma diferença de grau, sendo os princípios caracterizados como não conclusivos enquanto as regras seriam “quase-conclusivas”.

Para embasar seu argumento Hart enfatiza que os casos citados por Dworkin – por exemplo, *Riggs vs. Palmer* descrito em *Levando os direitos a sério* – indicavam que as regras poderiam entrar em conflito com os princípios e que “um princípio ganhará algumas vezes em concorrência com uma regra, e perderá outras vezes”. Desse fato, alega Hart, deduzir-se-á que as regras não se aplicam na base do tudo ou nada e a teoria de Dworkin estaria sendo incoerente com os seus próprios exemplos.

Os casos que ele cita incluem *Riggs vs. Palmer* qual foi aplicado o princípio de que não pode permitir-se a uma pessoa que se aproveite do seu próprio ato ilícito, não obstante a linguagem clara das regras legisladas que regulavam o efeito de um testamento, de forma a impedir que um assassino herdasse por força do testamento da sua vítima. Isto é um exemplo de um princípio que prevalece em concorrência com uma regra, mas a existência de tal concorrência mostra seguramente que as regras não têm um carácter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num tal conflito com princípios, que as podem superar. Mesmo se descrevermos tais casos (como Dworkin por vezes sugere) não como conflitos entre regras e princípios, mas como um conflito entre o princípio que explica e justifica a regra em análise e um qualquer outro princípio, o contraste pronunciado entre regras de tudo-ou-nada e princípios não conclusivos desaparece; porque, deste ponto de vista, a regra não conseguirá determinar um resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com os seus termos, se o seu princípio justificativo for superado por outro. O mesmo é verdade se (como Dworkin também sugere) pensarmos num princípio que confira uma razão para uma nova interpretação de alguma regra jurídica claramente formulada. (HART, 2005, p. 324-325).

1.3.2.4 Direito e moral

Após reavaliar sua própria teoria em contraposição à proposta de Dworkin, Hart regressa, praticamente no fim do pós-escrito, à questão da relação entre direito e moral, e basicamente retoma os argumentos já apresentados na primeira edição de “O conceito de direito” ou no artigo “*El nuevo desafío del positivismo jurídico*”, todos ligados, direta ou indiretamente, à noção de que embora existam diversas relações entre direito e moral, tais conexões são meramente contingentes, portanto, “não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas” (seção 1.1.5.3). Essa afirmação obviamente contraria a teoria proposta por Dworkin que não apenas insiste em afirmar que o direito “tem um valor, serve a algum interesse ou propósito”, mas também que a demonstração desse “sentido do direito” ocorre porque ele deve fornecer a melhor justificativa moral para as práticas e para o próprio sistema (conforme seção 1.2.6). Nas palavras de Hart (2005, p. 331) Dworkin “encara a ideia de que «os direitos jurídicos devem

ser entendidos como uma espécie de direitos morais» como um elemento «crucial» na sua teoria jurídica”.

Contudo, Hart insistirá que a tese da relação necessária entre legalidade e moralidade é equivocada principalmente pelas razões abaixo especificadas.

1.3.2.4.1 A importância dos direitos e deveres jurídicos

Os direitos e deveres jurídicos consistiriam no “ponto em que o direito, com os seus recursos coercivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercivo do direito”, dessa forma, independentemente das leis serem moralmente boas ou más, justas ou injustas, é necessário que se trate tais direitos e deveres jurídicos com a devida atenção reconhecendo que eles têm importância central para os seres humanos. Nesse sentido, fazer com que dependam de outros fatores – inclusive morais – além daqueles que foram determinados pelo próprio direito, seria não reconhecer essa relevância fundamental que possuem.

Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência. (HART, 2005, p. 332).

1.3.2.4.2 A identificação do direito

Para Hart “a diferença mais fundamental” entre os pontos de vista dele e de Dworkin, acerca das conexões entre o direito e a moral, concerne à identificação do direito – já que ele defende a identificação com base na referência às fontes sociais do direito (legislação, decisões judiciais, costumes sociais, etc.), enquanto a teoria interpretativa de Dworkin compreende que a identificação do direito, de algum modo, envolve “necessariamente um juízo moral” já que as proposições de direito só podem ser verdadeiras se decorrerem “daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido,

identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe conferem a melhor justificação moral”.

Primeiramente, ao analisar a proposta que Dworkin fez originalmente em “Levando os direitos a sério”, Hart retoma com pequenas modificações a crítica já exposta na seção 1.3.1.3 de que tal teoria não poderia ser aplicável aos ordenamentos jurídicos considerados injustos. O raciocínio do filósofo britânico parece ser o seguinte: a tese de Dworkin exige que o direito seja definido com base em um conjunto coerente de princípios que não apenas explique, mas também justifique moralmente o direito existente em uma comunidade; entretanto, algumas comunidades podem apresentar um ordenamento jurídico perverso e, nesse caso, os princípios subjacentes a esse direito especificamente injusto também seriam (por questão de coerência) moralmente iníquos. Nesses casos, a melhor “justificação” do sistema só poderia basear-se nos princípios menos perversos dentre todos (já que são todos, de forma geral, injustos), mas não é lógico dizer que princípios perversos podem justificar e limitar moralmente um ordenamento jurídico, portanto, ao menos nesses casos, não haveria equívoco em afirmar que “o direito pode ser identificado sem referência à moral”. Isso não significa que os padrões morais realmente corretos – e não apenas os mais corretos que se adaptam a um direito específico – não possam criar limites e constrangimentos **morais** ao direito de uma sociedade, mas a validade do direito seria diferente de sua justificação moral.

Quando o direito identificado por referência às suas fontes sociais é moralmente iníquo, os princípios que conferem a melhor «justificação» para ele **só podem ser os menos iníquos dos princípios que se ajustariam ao direito**. Mas os tais princípios menos iníquos **não podem ter eficácia justificativa** e não podem constituir qualquer limite ou constrangimento moral, relativamente àquilo que vale como direito, e, uma vez que eles não podem deixar de ajustar-se a qualquer sistema jurídico, por mais perverso que seja, a teoria que pretende identificar o direito por referência a eles é insusceptível de se distinguir da teoria positivista de que o direito pode ser identificado sem referência à moral. Os princípios que são moralmente corretos, segundo os padrões daquilo a que Dworkin tem chamado a «moral de base» e não apenas os mais corretos, do ponto de vista moral, desses princípios que se ajustam ao direito, podem, de facto, criar limites ou constrangimentos morais sobre aquilo que vale como direito. Não discordo, de modo algum, de tal proposição, mas ela é plenamente compatível com a minha pretensão de que o direito pode ser identificado sem referência à moral. (HART, 2005, p. 332-333, grifo nosso).

Entretanto, logo em seguida, o jusfilósofo britânico reconhece que Dworkin introduziu uma mudança significativa na obra “*O império do direito*”, diferenciando o direito *interpretativo* do direito *pré-interpretativo* (seção 1.2.6.1) e reconhecendo que podem existir sistemas jurídicos tão injustos que podemos não encontrar qualquer interpretação, moralmente aceitável, das suas leis. Nesses casos poderíamos adotar o que ele chama de *ceticismo*

*interno*¹⁹⁵ e simplesmente negar que tais sistemas constituam o que compreendemos como ‘direito’, mas também poderíamos compreender que os sistemas jurídicos, por mais perversos que sejam, são direito num sentido pré-interpretativo – etapa de identificação de regras e padrões que caracterizam a prática social –, mas não num sentido interpretativo – etapa onde se busca uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificados na etapa anterior.

Hart (2005, p. 333-334) insistirá não só que podem existir razões para desconsiderar a questão moral e afirmar, como os positivistas fazem, que mesmo os sistemas perversos são direito, mas mais ainda que “este apelo à flexibilidade da nossa linguagem e a introdução neste ponto da distinção entre direito interpretativo e pré-interpretativo só dão razão à posição dos positivistas, em vez de a enfraquecerem”, pois apenas servem para corroborar a diferença – já afirmada pelo professor inglês no início de seu pós-escrito (seção 1.3.2.1) – entre uma Teoria Geral do Direito *descritiva*, onde o direito pode ser identificado sem a necessidade de questionamentos morais e uma Teoria Geral do Direito *interpretativa* e *justificativa*, na qual a identificação dependerá de juízos morais na busca da melhor justificativa para o direito existente. E conclui: “Esta mensagem, claro, não dá nenhuma razão ao positivista para abandonar o seu empreendimento descritivo, nem tem tal finalidade”.

1.4 Dworkin e a justiça de toga

A obra “*A justiça de toga*” (*Justice in Robes*) é composta por diversos artigos de Dworkin – alguns já publicados ao longo dos anos e outros feitos especialmente para o livro – que têm como elo diversas teorias que tentam responder questões concernentes à relação existente entre ética e direito, tais como “se os critérios morais se encontram [...] entre as

¹⁹⁵ Dworkin (2007, p. 96-98) faz uma distinção entre o que denomina “*ceticismo interno*” e “*ceticismo externo*” que tem importância central tanto para a sua teoria interpretativa quanto para a metodologia adequada à identificação do direito. O primeiro tipo de ceticismo é aquele que ocorre *dentro* da atividade interpretativa e se interessa pela substância das afirmações que contesta, isto é, “apoia-se na solidez de uma atitude interpretativa geral para por em dúvida todas as possíveis interpretações de um objeto de interpretação específico”, portanto, uma postura cética interna que questiona alguma concepção moral de uma prática social se baseará, necessariamente, em argumentos também morais que considera melhores ou mais adequados. Já o ceticismo exterior, ao contrário, “é uma teoria metafísica, e não uma posição interpretativa ou moral. O cético exterior não contesta nenhuma afirmação moral ou interpretativa específica. [...] Sua teoria é, na verdade, uma teoria em segundo grau sobre a posição ou a classificação filosófica dessas afirmações”.

condições de veracidade das proposições de direito”¹⁹⁶ ou “como as convicções morais de um juiz devem influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito?”. Ao longo do livro, Dworkin faz sua análise sobre as posições de estudiosos que, no decorrer de aproximadamente três décadas, discordaram de seus posicionamentos quanto a essa questão. Portanto, o cerne da obra consiste em identificar se (e caso a resposta seja afirmativa, como) a ética influencia na identificação e aplicação do Direito ou saber se o que ele chama de “critérios morais” faz parte (e, em caso positivo, de que forma) daquilo que deve ser considerado pelas autoridades para definir se determinadas proposições de direito são, ou não, verdadeiras. (DWORKIN, 2010, p. 3-8).

Essa questão é ainda mais relevante em comunidades políticas (como a norte-americana e – embora Dworkin não a cite – a brasileira), “em que importantes decisões são tomadas por juízes dos quais se espera a responsabilidade de decidir apenas quando proposições de direito verdadeiras assim o exijam ou autorizem. Nessas comunidades, é particularmente importante saber se e quando os juízes devem recorrer à moral para decidir quais proposições são verdadeiras.” (DWORKIN, 2010, p. 5).

Esclarecendo, já na introdução, que discorda da ideia simplista de que não há direito injusto válido – apresenta a questão tributária dos EUA que, assim como no Brasil, nem sempre produz situações que consideraríamos justas, para exemplificar como determinadas proposições de direito podem ser consideradas verdadeiras, apesar de certa injustiça – busca iniciar seu processo de convencimento do leitor, no que concerne ao argumento de que a relação entre ética e identificação ou aplicação do direito é, ao menos, uma possibilidade razoável, citando três conjunturas onde a “moral *pode* estar presente ao tomarmos nossas decisões acerca de o que é o direito” – isto é, onde poderíamos considerar o conteúdo do direito dependente da ideia de justiça (DWORKIN, 2010, p. 10-12, grifo nosso):

a) países onde a *Constituição* atua como instância de imposição de limites *morais* a legislação ou a atuação estatal, fazendo com que a validade de leis que estipulam tratamento diferenciado (em função de sexo, etnia ou quaisquer outros critérios) dependa da definição de tal distinção como justa ou injusta conforme os valores morais albergados na constituição;

b) situações onde a *interpretação de textos normativos pode gerar resultados injustos*, por exemplo, quando algum texto do ordenamento jurídico possui um sentido “abstrato, vago ou ambíguo” e, portanto, dependente de interpretação, pode-se pensar que o sentido do direito

¹⁹⁶ Desde a obra “*O Império do direito*” (*Law’s empire*) Dworkin (2007, p. 6) já definia proposições jurídicas como “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza”.

“depende daquilo que ele deveria ser” (*it should be*). E esta dependência pode ocorrer até mesmo quando o texto, aparentemente, não é composto por expressões controversas, pois “o texto de uma lei pode parecer suficientemente claro, porém capaz de resultado surpreendente se interpretado literalmente”;¹⁹⁷

c) nos países onde as decisões judiciais anteriores (jurisprudência) exercem significativa influência na determinação do que vem a ser o direito, podem ocorrer casos em que “não fica claro qual é a interpretação correta de uma série de decisões judiciais”, sendo assim, *a correta interpretação da jurisprudência poderia depender daquilo que o direito deveria (law ought to) fazer*.

Em todas estas situações (exemplificativas e não exaustivas) a moral poderia influenciar no processo de tomada de decisão judicial. O autor, nesse primeiro momento da obra, enfatiza esta influência como uma possibilidade, e não uma certeza, pois afirma que cada uma dessas interconexões (entre moral e direito) é controvertida e que devemos ser sensíveis em relação a essa diferença de pensamento, bem como aos aspectos diferentes de uma teoria geral do direito em que surja esta questão. Por esse motivo, Dworkin buscará apresentar os diferentes estágios que, em sua concepção, uma teoria geral do direito poderia percorrer para analisar de forma apropriada quando as proposições de direito podem ser consideradas verdadeiras. Antes, porém, é preciso esclarecer os diferentes tipos de conceitos ou sentidos que a palavra direito pode ter, conforme o entendimento do professor norte-americano, nesse contexto.

1.4.1 Conceitos ou sentidos do direito

O autor destaca a problemática acerca da polissemia da palavra “*law*” e seus correlatos em outros idiomas, o que, segundo ele, têm sido causa de muita confusão na seara da teoria do direito. Para evitar esse contratempo semântico, propõe uma explanação acerca dos diferentes “conceitos” ou “sentidos” – de “natureza diversa” ou “*status* filosófico” diferente – que a palavra “direito” pode abarcar, através da diferenciação de quatro tipos diferentes: *doutrinário, sociológico, taxonômico e aspiracional* (DWORKIN, 2010, p. 4-10).

¹⁹⁷ Dworkin cita uma antiga norma que proibia derramar sangue nas ruas de Bolonha e os problemas que isto poderia (dependendo da interpretação) gerar, involuntariamente, para os dentistas que exerciam a profissão a céu aberto.

Para aqueles que poderiam questionar a exatidão ou veracidade dessa classificação, afirmando que tais distinções propostas não representam diferentes conceitos ou sentidos de direito, mas, na verdade, um único conceito que pode ser utilizado de diferentes formas, Dworkin (2010, p. 371) se defende argumentando que (a) ainda que isso fosse verdade, as diferenças importantes entre as questões teóricas enfatizadas continuariam a existir, mormente, a importância de estabelecer a “distinção entre as condições de veracidade das proposições de direito e as condições sociológicas e taxonômicas com as quais têm sido confundidas” e que geraram tanta confusão na teoria do direito; mas, acima disso (b) insiste que os conceitos são efetivamente diferentes ainda que profundamente relacionados, pois tratam de questões distintas: por exemplo, “o conceito doutrinário acolhe pretensões ou proposições normativas válidas, e o conceito sociológico lida com instituições ou padrões de comportamento”.

1.4.1.1 Conceito Doutrinário

Para Dworkin, quando utilizamos a palavra direito em seu sentido doutrinário, estamos tratando de proposições normativas válidas, ou seja, estamos interessados em trabalhar o conceito de “direito” “no sentido de obter determinado efeito”, e assevera:

todos nós fazemos afirmações desse tipo **sobre aquilo que o direito exige, proíbe, permite ou cria**, e compartilhamos muitos pressupostos sobre os tipos de argumentos que são pertinentes à defesa de tais afirmações, e também sobre as consequências que se seguem quando tais afirmações são verdadeiras. (DWORKIN, 2010, p. 4-5, grifo nosso).

Esse entendimento comum é um dos fatores que possibilita compreender quais são os elementos pertinentes para decidirmos se uma proposição de direito é verdadeira ou não. Logo, talvez pudéssemos resumir a ideia central desse tipo de conceito, com alguma propriedade, ao dizer que nesse sentido (doutrinário) estamos falando sobre os direitos e deveres que são reconhecidos por um sistema jurídico. Obviamente, existem diversos sistemas jurídicos, conforme as mudanças geográficas e temporais, que reconhecem diferentes prerrogativas e obrigações.

1.4.1.2 Conceito Sociológico

Nesse caso, utilizaríamos a palavra direito para “designar um **tipo específico de estrutura socioinstitucional**”, ressaltando que as diversas teorias sociais utilizam diferentes critérios para identificar o direito nesse sentido sociológico.¹⁹⁸

Para Dworkin, os membros de uma sociedade compartilham um sentido sociológico de direito, ainda que rudimentar, e é através desse que escolhemos os motivos para defender se haveria ou não ‘direito’ em alguma sociedade, seja uma comunidade atual, ou uma tribo primitiva ou, ainda, na hipótese de se descobrir uma sociedade existente em algum planeta distante do sistema solar. Mas não devemos imaginar que exista uma distinção natural que possa ser determinada a partir de estruturas sociais de direito – contrariamente ao que ocorre nos conceitos baseados em espécies naturais onde é possível descobrir uma natureza essencial que é dada pela estrutura física ou biológica.

O autor parte do pressuposto de que, diferentemente dos ganhos significativos que podem ser obtidos – em termos de uma teoria geral do direito – através de uma melhor compreensão do conceito doutrinário de direito, pouco se tem a ganhar com uma definição mais precisa do conceito sociológico, motivo pelo qual se pode aceitar uma margem de liberalidade nas definições sociológicas sem que isso impossibilite ou atrapalhe a citada compreensão rudimentar comum desse sentido de direito. Entretanto, há um limite para definição desse conceito e tal limite estabelece uma importante interconexão entre o sentido doutrinário e o sentido sociológico: “nada é um sistema jurídico no sentido sociológico a menos que faça sentido perguntar que direitos e deveres o sistema reconhece”, ou seja, “a disponibilidade do conceito doutrinário compromete a determinação do conceito sociológico”, embora a recíproca não seja verdadeira, isto é, nem todo conjunto de normas que caracteriza direitos e deveres constitui um sistema jurídico. Basta pensarmos nas diversas modalidades de jogos que têm suas normas (portanto, estipulam direitos e deveres para os jogadores) e, obviamente, não se confundem com um sistema jurídico ou, em outro exemplo mais interessante, pode-se negar, por diversas razões, que o ordenamento existente na Alemanha nazista fosse direito e, ainda assim, será possível responder quais direitos e deveres eram reconhecidos nessa coletividade (DWORKIN, 2010, p. 7-8).

¹⁹⁸ Os exemplos citados seriam Weber, segundo o qual só existiria direito nas sociedades onde houvesse instituições responsáveis especificamente pela imposição coercitiva e Lon Fuller que estabeleceria exigências mínimas de direito procedimental. (DWORKIN, 2010, p. 6).

1.4.1.3 Conceito Taxonômico¹⁹⁹

Este sentido supõe que toda comunidade política onde exista o direito no sentido sociológico explanado anteriormente, também “dispõe de um conjunto distinto de regras e de outros tipos de padrões que são jurídicos por oposição a outros tipos de padrões morais, costumeiros ou de outra natureza”. (DWORKIN, 2010, p. 8).

Dworkin afirma que nunca foi sua pretensão imaginar o direito como um conjunto de padrões distintos que podem ser tipificados e enumerados de forma taxativa, embora admita que possa ter contribuído para a difusão desse sentido equivocado²⁰⁰ quando, em 1967, publicou o artigo “*The model of rules*”²⁰¹ criticando a regra de reconhecimento de Hart justamente por não ser capaz de identificar e incluir no conceito de direito todos os princípios jurídicos utilizados pelos tribunais.

Se os princípios [...] tiverem que ser considerados como pertencentes à esfera do direito e, ainda assim, quisermos preservar a noção de uma regra suprema para o direito, devemos ser capazes de formular algum teste que possa ser satisfeito por todos os princípios que fazem parte do direito.

[...] Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart. (DWORKIN, 2002, p. 64-65).

Mas o autor afirma que buscou rapidamente corrigir este equívoco através de artigo publicado em 1972²⁰² onde afirmava:

Não tive a intenção de dizer que ‘o direito’ contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras, e outros princípios. Na verdade, quero contrapor-me à ideia de que ‘o direito’ seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres

¹⁹⁹ Taxonomia (do grego *táksis*, *-eos*, classificação + grego *nómos*, *-ou*, regra, lei, uso + *-ia*) significa a teoria ou nomenclatura das classificações científicas. (Dicionário Priberam on-line. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>).

²⁰⁰ Scott Shapiro (2007), entre outros autores, afirma que os argumentos de Dworkin se modificaram ao longo dos anos, mormente entre a obra *Levando os direitos a sério* (focada em criticar as teses do positivismo, dentre as quais a tese de separação entre os princípios jurídicos e os princípios morais) e “*O império do direito*” (focada na questão do desacordo quando ao método de interpretar o direito). Dworkin (2010, p. 328-331), como se verá nos parágrafos seguintes, nega que tenha mudado seus argumentos de forma relevante e, muito menos, que tenha em algum momento feito considerações num sentido meramente taxonômico de direito, porquanto preocupado com uma distinção classificatória entre princípios morais e jurídicos.

²⁰¹ Ver nota 15 na Introdução do presente trabalho.

²⁰² ‘*Social Rules and Legal Theory*’, publicado originalmente em *The Yale Law Journal* e republicado como o capítulo 3 do livro *Levando os direitos a sério* (*Taking rights seriously*) em 1978. O sentido da frase acima transcrita, embora não com as exatas palavras, encontra-se em (DWORKIN, 2002, p. 119-120).

legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2010, p. 331).

Independentemente dessas questões, Dworkin (2010, p. 8) entende que não seria relevante saber se e quando a moral é considerada um padrão jurídico ou o “modo como rotulamos” os princípios, mas sim “saber se e como a moral é pertinente para se decidir quais proposições de direito são verdadeiras” independentemente do “rótulo” que possa ser etiquetado em qualquer princípio moral.

1.4.1.4 Conceito Aspiracional

Por derradeiro, Dworkin afirma que frequentemente nos referimos a palavra direito no sentido aspiracional quando nos reportamos à ideia de “legalidade” ou quando queremos fazer referência ao ideal de “Estado de Direito”.²⁰³

O professor da *University College London* destaca – retomando sua ideia de conceitos interpretativos (seção 1.2.6.1) – que a *controvérsia* faria parte das práticas sociais que trabalham com este tipo de conceito de direito. Por exemplo, enquanto alguns filósofos afirmam que este ideal de legalidade ou Estado de Direito é atendido através de critérios formais, outros sustentam uma concepção mais substantiva do ideal, mas, independentemente da posição defendida, todos concordam que o Estado de Direito é um valor desejável para a sociedade, ou seja, as pessoas que compartilham um conceito aspiracional podem divergir, em alguma medida, sobre a maneira de melhor caracterizar esse ideal. E nesse tipo de divergência, a própria questão sobre a pertinência da moralidade política no processo de estabelecimento da melhor concepção é, em si mesma, uma questão de moralidade política.²⁰⁴

Dworkin (2010, p. 10, grifo nosso) comenta sobre estes quatro sentidos para reafirmar que o mote principal de sua obra “diz respeito à natureza do conceito **doutrinário** de direito”, embora, como ficará evidente a seguir, o conceito aspiracional também seja extremamente

²⁰³ “*Rule of law*” na edição original em inglês.

²⁰⁴ “Para nós, esse conceito aspiracional é um conceito controverso: concordamos com o fato de que o Estado de Direito é desejável, mas **divergimos sobre qual é**, pelo menos precisamente, **a melhor formulação desse ideal**. [...] Contudo não precisamos perguntar **se a moralidade política é pertinente** quando se trata de **decidir qual é a melhor concepção**. Essa **nada mais é do que uma questão de moralidade política**”. (DWORKIN, 2010, p. 9-10, grifo nosso).

relevante para a construção de sua Teoria Geral do Direito, pois, para o autor, assim como acontece com o conceito doutrinário – e ao contrário dos conceitos sociológico e taxonômico –, pontos relevantes dependem daquilo que entendemos como a concepção correta do conceito aspiracional.

1.4.2 Teoria geral do conceito doutrinário

Após buscar demonstrar que podem ocorrer divergências sinceras sobre o que é o direito no sentido doutrinário – ou seja, naquilo que Dworkin entende como as proposições verdadeiras no que concerne aos direitos e deveres que são reconhecidos por um sistema jurídico – apontando situações hipotéticas onde duas partes adversas ao longo de um processo fazem alegações contrárias *sobre o que é o direito* (**não** sobre o que ele deveria ser) e *sobre o que ele exige* (e **não** sobre o que a justiça exige ou sobre o que o direito deveria exigir), Dworkin (2006a, p. 9) afirma que a forma de decidir o que é o direito passa pelo desenvolvimento de uma “teoria geral do direito”: “uma explicação geral do conceito doutrinário de direito que possa ajudar a responder a questão” sobre quando as proposições de direito são verdadeiras.²⁰⁵

Sempre insistindo no argumento de que está trabalhando com o que denominou de conceito ou sentido doutrinário do direito, Dworkin afirma que não fica claro, de forma imediata, como seria essa teoria geral do direito nem como devemos proceder em seu processo de construção, já que isso depende justamente do que consideramos que seja a “função do conceito doutrinário para aqueles aos quais dirigimos a teoria”, ou seja:

os conceitos podem atender a tipos muito diferentes de **usos**, e nossa teoria de qualquer dos conceitos de direito deve ser sensível ao papel que supomos que ele deva desempenhar. A questão fundamental é: **quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar** para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem, claramente, concordar e divergir acerca da sua aplicação? As distinções que apresento a seguir serão úteis para dar uma resposta a essa pergunta. (DWORKIN, 2010, p. 15, grifo nosso).

Dessa forma, Dworkin proporá não só uma teoria geral do direito acerca do que denominou de **concepção doutrinária**, mas apresentará alguns procedimentos que entende

²⁰⁵ Preferiu-se essa tradução livre à transcrição da edição brasileira – “uma exposição do conceito doutrinário de direito que possa ser útil para dar uma resposta a nossa pergunta” (DWORKIN, 2010, p. 15) – por considerar-se que uma “explicação geral” não só traduz melhor a expressão “*general account*”, como também indica um engajamento maior do que um simples exposição.

serem importantes para a correta compreensão de qualquer teoria sobre o direito, através do que ele define como quatro estágios neste processo de construção (estágio semântico; estágio teórico, no original em inglês chamado de *jurisprudential*; estágio doutrinário e estágio da decisão judicial), bem como as atividades, procedimentos e ou decisões que cada um desses estágios comporta.

É importante ressaltar que o autor **reconhece que esta divisão é arbitrária e artificial**, bem como admite que quando os filósofos do direito propõem teorias jurídicas eles não necessariamente articulam suas teses desse modo, mas essa “anatomia artificial” da teoria jurídica apresentaria a vantagem de fornecer “um esquema útil para a identificação e distinção de diferentes tipos de teorias jurídicas” (DWORKIN, 2010, p. 32). Portanto, considerando que é a partir dessas divisões que o autor efetivará a análise e tecerá críticas em relação a diversas teorias jurídicas existentes – mormente àquelas que, de alguma forma, se opõem a ideia de uma relação necessária entre moral e direito – é de suma importância a compreensão de cada um dos estágios propostos.

1.4.2.1 Estágio Semântico

Esse estágio inicial está atrelado à ideia de que o primeiro passo para elaboração de qualquer teoria geral do direito – no sentido doutrinário – deve buscar responder a seguinte pergunta: “quais **pressupostos e práticas** as pessoas devem **compartilhar** para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem, claramente, concordar e divergir acerca de sua aplicação?” (DWORKIN, 2010, p. 15, grifo nosso). Dworkin admite que os filósofos do direito efetivamente possam ter respostas diferentes a esse questionamento, porquanto têm divergentes justificativas para argumentar quando as pessoas compartilham conceitos ou quais são os *fundamentos ou tipos de usos dos conceitos*, portanto é necessário distinguir os diferentes tipos de fundamentos que os conceitos poderiam ter bem como as diferentes espécies de conceitos que, segundo Dworkin, seriam: conceitos baseados em *critérios*, conceitos de *espécies naturais* e conceitos *interpretativos*.²⁰⁶

²⁰⁶ Em *Justice for hedgehogs*, Dworkin (2011, p. 163) afirma que a distinção entre tais conceitos é justificada com base no uso que as pessoas fazem desses conceitos, mas tais distinções são interpretações do uso e não uma parte do próprio uso: “Few people who use the concept of democracy would agree that what a democracy is depends on which political theory provides the best justification of paradigms of the concept. Most would insist that they rely on a criterial or commonsense account of the matter, or none at all. But we nevertheless

a) **conceitos baseados em critérios ou criteriológicos (criterial concepts)**: as pessoas compartilhariam este tipo de conceito *somente* quando concordassem com uma definição (seja ela precisa ou aproximada) que estabelece os critérios para a correta aplicação do termo ou frase a eles associados. Como já deixa antever, o autor explica que neste tipo de situação o nível de precisão dos conceitos pode variar de forma significativa (por exemplo, o conceito de triângulo equilátero é muito mais preciso do que o conceito de casamento). Criar uma teoria desse tipo de conceito significaria propor uma definição mais precisa para um propósito definido, mas seria um erro afirmar que qualquer definição mais específica captura melhor a *essência* do conceito do que outras definições (por exemplo, determinar que “casamento” significa a união de duas pessoas de sexos diferentes seria fornecer um conceito mais específico, mas não necessariamente um conceito que define melhor a essência desta instituição social).

Portanto, Dworkin afirma que os conceitos baseados em critérios possuem, muitas vezes, certa imprecisão, como nos casos daquilo que denominou de conceitos sociológico e taxonômico de direito.

b) **conceitos de espécies naturais**: são conceitos dotados de uma *estrutura natural*, seja ela física ou biológica (metais e animais, por exemplo). As pessoas podem compartilhar este tipo de conceito mesmo que não concordem quanto à natureza essencial ou quanto aos critérios utilizados para identificar tais conceitos.²⁰⁷ Nesses casos, falar em essência de um conceito pode ser mais apropriado, visto que este é baseado em questões naturais, permitindo um tipo de análise que não é possível nos conceitos baseados apenas em critérios (organização molecular ou biológica, por exemplo). Mas essa possibilidade mais razoável de se tratar da essencialidade de um conceito não significa que uma teoria filosófica deva seguir por essa via científica: explicar o conceito de humanidade baseado exclusiva ou prioritariamente no genoma humano poderia não ser algo considerado correto por boa parte dos filósofos morais ou pelos estudiosos dos direitos humanos. Basta imaginarmos, por

need the idea of an interpretive concept to explain their behavior: why they support or oppose theories of democracy in the way they do, and why their agreements and disagreements about whether particular governments are democracies are genuine, as they certainly suppose them to be. People are not always or even often aware of the buried theoretical structure needed to justify the rest of what they think”.

²⁰⁷ Alguns especialistas podem conhecer profundamente o DNA de um tigre; um número maior de pessoas, embora não conheça o DNA específico do tigre sabe que os tigres são o que são em função de seu DNA; um contingente bem maior nunca ouviu falar em DNA, mas imagina que os tigres tenham uma estrutura biológica similar que pode ser identificada pelos cientistas e, talvez, a maior parte das pessoas não faça ideia do que é uma estrutura biológica, mas, ainda assim, saberia identificar um tigre. Todas essas pessoas compartilham o conceito de “tigre” ainda que discordem sobre o que caracteriza a essência deste conceito ou através de que critérios é possível identificá-lo, não obstante ele possua uma estrutura específica.

exemplo, uma lei que afirmasse só serem detentores de direitos humanos os indivíduos que se aproximassem de um padrão genético previamente estipulado.²⁰⁸

c) **conceitos interpretativos**: tais conceitos funcionariam de modo a estimular as reflexões sobre “aquilo que é exigido por alguma prática social que elaboramos” – incluindo a possibilidade de contestação e conseqüente aprimoramento do padrão até então adotado. Para explicar sua ideia, Dworkin (2010, p. 17) a exemplifica através do conceito de ‘vencer um assalto de boxe’, afirmando que pessoas podem compartilhar este conceito – entendendo-o plenamente – ainda que possam discordar sobre quem é o vencedor numa situação específica ou, ainda, sobre quais são os critérios objetivos para decidir este caso. Neste tipo de situação, as pessoas que compartilham os conceitos compreendem que as respostas acerca dos critérios concretos, necessários para responder as perguntas relacionadas aos conceitos, “dependem da **melhor interpretação** das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos [...] e do **melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente** quando da decisão de uma situação específica.” (DWORKIN, 2010, p. 17, grifo nosso).

Após tecer essa breve explanação sobre as três formas como os conceitos podem funcionar, Dworkin (2010, p. 18-19) defenderá que os conceitos centrais de moralidade política e pessoal – justiça, liberdade, igualdade, democracia, certo, errado, dentre outros – também funcionam como conceitos interpretativos, pelo menos em sociedades complexas: “as pessoas compartilham o conceito de justiça apesar de agudas divergências tanto acerca dos critérios para a identificação da injustiça quanto acerca da verificação de quais instituições são injustas”.²⁰⁹

Conforme afirmado no início da explicação sobre o estágio semântico, o jusfilósofo norte-americano defende que para partilhar um conceito é necessário que as pessoas compartilhem pressupostos e práticas, sendo que, no caso específico dos conceitos interpretativos elas devem compartilhar o entendimento que este conceito auxilia numa melhor compreensão da prática social e, conseqüentemente **uma teoria de um conceito interpretativo não poderia ser apenas descritiva** ou meramente expositiva em função da

²⁰⁸ Esse exemplo não é citado por Dworkin, mas pode ilustrar apropriadamente o alerta do autor. Talvez a mesma analogia possa ser feita em relação ao conceito de *raça* ou de *racismo* – como veremos no capítulo 6. Será que o fato das pesquisas demonstrarem que não existem diferenças genéticas significativas entre os seres humanos é suficiente para argumentar que os conceitos de raça e racismo foram superados?

²⁰⁹ Em *Justice for hedgehogs*, logo no capítulo inicial, Dworkin (2011, p. 6-7, grifo nosso) reitera esse entendimento: “We must therefore recognize that **we share some of our concepts**, including the political concepts, in a different way: **they function for us as interpretive concepts**. We share them **because we share social practices** and experiences in which these concepts figure. We take the concepts to describe values, but we disagree, sometimes to a marked degree, about what these values are and how they should be expressed. We disagree because we interpret the practices we share rather differently: we hold somewhat different theories about which values best justify what we accept as central or paradigm features of that practice”.

natureza do próprio conceito, **mas, antes, deve ser uma interpretação** e – como tal, devido a sua natureza reflexiva, crítica e, em alguns momentos, contestadora – provavelmente **polêmica, da prática deste conceito.**²¹⁰

Os conceitos interpretativos também exigem que as pessoas **compartilhem uma prática**: elas devem admitir consensualmente que o conceito seja tratado como interpretativo. Mas isso não significa que também devam estar de acordo quanto à aplicação do conceito. As pessoas podem compartilhar tal conceito mesmo quando divergem drasticamente quanto a seus exemplos. Portanto, uma boa teoria de um conceito interpretativo - uma teoria da justiça ou de se ganhar um assalto em uma luta de boxe - não pode simplesmente descrever os critérios que as pessoas usam para identificar casos ilustrativos ou apenas expor a estrutura profunda daquilo que a maioria entende como exemplos. Uma boa teoria de um conceito interpretativo deve ser, em si mesma, uma **interpretação**, de caráter provavelmente polêmico, **da prática em que está inserido o conceito**. (DWORKIN, 2010, p. 19, grifo nosso).

Entretanto, reconhece o autor que outros estudiosos do tema tratam os conceitos de moralidade política e o próprio conceito de direito de outras formas – como conceitos baseados em critérios ou de espécie natural –, mas insiste que a hipótese de tratar esses conceitos como interpretativos permite explicar os tipos de divergência e concordância que realmente encontramos no direito, de uma forma melhor e mais elucidativa do que se adotarmos estas concepções alternativas.

Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que **exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade**, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões. Para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e **formulamos concepções sobre as condições de veracidade** das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, **à luz dos propósitos e valores que especificamos**. (DWORKIN, 2010, p. 19, grifo nosso).

Alguns críticos dessa proposta poderiam alegar que poucas pessoas identificam sua própria prática da forma descrita pelo autor. Em resposta, Dworkin (2010, p. 20) afirma que o

²¹⁰ Talvez esse argumento de Dworkin possa deixar mais evidente o motivo de sua discordância quanto à regra de reconhecimento hartiana: Hart (2005, p. 117, grifo nosso) defende que é esta *regra de reconhecimento* “que faculta os **critérios** através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada”, mas Dworkin tenta demonstrar que, ao menos em algumas situações – casos difíceis – apesar das pessoas compartilharem uma prática social que envolve um conceito (justiça, liberdade, democracia, Estado de Direito, etc.) elas divergem exatamente sobre os critérios exatos que estão envolvidos para uma perfeita compreensão do *conceito* e da *prática* no qual ele está envolvido, portanto, existe **divergência sobre a validade das regras em casos específicos**. Ora, se existe divergência (que é teórica e não empírica – já que as pessoas não discordam sobre os fatos históricos relativos à determinada situação, nem mesmo sobre a existência de determinadas normas jurídicas) sobre a validade das regras, não se pode afirmar que exista uma regra (social) de reconhecimento – que significaria a existência de um relativo consenso – que determina, de antemão, os critérios que estipularão a validade das regras do sistema jurídico. Pelo menos **não uma regra criteriológica consensual**, ainda que possa existir uma regra interpretativa: deve-se buscar a interpretação que colabore para o melhor funcionamento da prática social que é compartilhada. Mas esta interpretação – na tese de Dworkin – provavelmente será, em si mesma, polêmica e não uma tese que descreve os critérios factuais que são consensualmente reconhecidos por todos (ou pela grande maioria, ou pelos magistrados). E esse ponto de vista seria capaz de explicar melhor as concordâncias, divergências e os procedimentos através dos quais o poder judiciário constrói suas decisões ao menos nos casos difíceis.

que sua teoria pretende é fornecer uma explicação filosófica “e não uma introspecção semântica extraída da experiência alheia”. Destarte, a função do estágio semântico, conforme a proposta do professor norte-americano para a construção de uma teoria geral do direito, consiste na efetivação de uma escolha – ou a presunção quanto a esta – acerca da forma como lidaremos com os conceitos com os quais queremos trabalhar, definindo se serão tratados como conceito de espécie natural, baseado em critérios ou interpretativo.

1.4.2.2 Estágio Teórico (Jurisprudential Stage)

Depois de tomada a decisão (ou identificada a pressuposição) sobre que tipo de conceito é o direito – no sentido doutrinário, conforme enfatizado por Dworkin – deve-se agora, neste estágio subsequente, elaborar uma *teoria do direito*²¹¹ (*jurisprudence*) que seja adequada à resposta dada no estágio anterior. Como o autor defende que o conceito de direito funciona como um tipo *interpretativo*, ele afirma que tentará construir uma teoria capaz de fazer uma interpretação das práticas que envolvem o conceito, buscando identificar o **conjunto de valores que melhor justifica esta prática** (uma *teoria do valor do direito*) e que deverá servir como orientação quando, no próximo estágio (doutrinário), elaborarmos as condições de veracidade para as proposições de direito.

Nesse ponto, Dworkin assumirá alguns pressupostos que são nodais para a construção – e, conseqüentemente, para a compreensão – de sua teoria, sob o argumento de que o reconhecimento e a luta por tais ideais é essencial para que se possa legitimar o poder de coerção estatal:

1º) Devemos encontrar esses valores que melhor justificam a prática que envolvem o direito mediante o estudo do *conceito aspiracional* de direito – que, conforme visto acima, relaciona-se intimamente com os valores de “legalidade” e de “Estado de Direito”.

Defendo a ideia de que devemos encontrar esses valores mediante o estudo do conceito aspiracional do direito, para **determinar que valores nos dão, dele, a melhor concepção** – isto é, que outros valores **explicam melhor o Estado de Direito como ideal político**. Nesse estágio, as reflexões sobre os conceitos doutrinário e aspiracional acontecem simultaneamente. Nesse estágio, portanto, **a moral está inevitavelmente presente**, pois **qualquer teoria sobre a melhor maneira de entender um valor explicitamente político como o valor aspiracional do direito deve ser um exercício de moralidade política**. (DWORKIN, 2010, p. 20-21).

²¹¹ É em função disso que o nome deste estágio é *jurisprudential*, no sentido de Teoria Geral do Direito (*jurisprudence*), traduzido para o português como ‘estágio teórico’.

2º) A formulação adequada do conceito aspiracional deve priorizar o **ideal de integridade política** consistente em um “princípio de que o Estado deve tentar, tanto quanto possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendam a todos os cidadãos”. (DWORKIN, 2010, p. 21).

Admite o autor, entretanto, que mesmo alguns teóricos que concordariam que o conceito doutrinário do direito é um conceito interpretativo e que também concordariam que o valor geral da prática jurídica precisa ser encontrado no conceito aspiracional de direito podem defender posições muito diferentes das dele no que concerne aos valores apreendidos nesse conceito aspiracional – podem, por exemplo, priorizar os valores de eficiência individual e coletiva ao invés do ideal de integridade política que ele propõe.²¹²

1.4.2.3 Estágio Doutrinário

Uma vez proposta uma “teoria do valor do direito” no estágio teórico, precisamos agora desenvolver uma “descrição das condições de veracidade das proposições de direito à luz dos valores” previamente identificados. Obviamente, seguindo todo o raciocínio proposto por Dworkin até aqui, podemos afirmar que concepções de valores diferentes adotadas no estágio teórico produzirão, necessariamente, teorias diferentes no estágio doutrinário justamente em função dos valores defendidos como prioritários e que orientam a elaboração das condições de veracidade das diversas teorias que podem ser propostas: um sistema que tem como valor prioritário a eficiência ou a segurança, não produzirá condições de veracidade para as proposições de direito da mesma natureza daquelas produzidas por um sistema que prioriza a solidariedade.

Dworkin defendeu, no estágio anterior, a prioridade ao que ele denomina de ideal de integridade política, portanto suas considerações para a descrição das condições de veracidade deverão partir desta premissa:

Do meu ponto de vista, a melhor maneira de aplicar a interpretação da prática jurídica com base na integridade é adotar, no estágio doutrinário, **condições de veracidade que tornem a pergunta acerca do que é o direito**, quando aplicado a quaisquer questões, ela própria **uma pergunta interpretativa**. Afirmando que uma **proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade**

²¹² No original em inglês fica mais evidente que Dworkin propõe “uma” teoria (*a theory of law’s value*) sobre o valor que o direito, enquanto prática social, tem; e não “a” teoria definitiva e incontestável.

peçoal e política **que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras** na prática jurídica contemporânea. (DWORKIN, 2010, p. 22).

A questão de saber o que o direito efetivamente garante deve ser decidida, em cada caso, perguntando se a **melhor justificação do direito** acerca do assunto em tela contém um princípio moral que exige (vincula) um resultado específico nessas circunstâncias particulares. Através desse argumento, Dworkin (2010, p. 22-23) deseja enfatizar que as questões colocadas por essa concepção são, explicitamente, questões morais. “Se eu estiver certo, a moral está envolvida na identificação do direito não apenas no estágio teórico da teoria jurídica, mas também no estágio doutrinário.”

Porém, o autor admite que, “de qualquer modo, essa fórmula não decide automaticamente a questão concreta”, pois diversos princípios podem surgir desta análise interpretativa e, por conta disso, devemos ser cautelosos quanto a nossas conclusões, pois, “qualquer interpretação geral de um corpo substancial de direito deve ser mais complexa do que o argumento indica até aqui”. Mas então, como podemos saber, diante de tantas interpretações possíveis, qual seria a correta? Segundo Dworkin (2010, p. 23-24) “uma interpretação [...] é melhor do que outra – mostra a prática jurídica atendendo melhor aos ideais do direito propostos ou pressupostos no estágio teórico da análise – se apresentar uma melhor justificação moral desse corpo doutrinário.”

De forma mais específica, o autor (retomando e aprofundando as ideias já apresentadas na seção 1.2.6.4) defenderá que existem duas dimensões nas quais podemos mensurar o sucesso de uma proposta de justificação: a **dimensão de ajuste ou de adequação** e a **dimensão de valor**. A primeira define que uma justificação deve, ainda que de modo impreciso, relacionar-se de forma adequada à prática jurídica, demonstrando ter certa correspondência com a atividade das pessoas que atuam nessa prática (juristas e juízes). Já a segunda afirma que a justificação, embora reconheça a necessidade de atenção aos objetivos de uma prática, precisa ir além, descrevendo algum valor suficientemente importante que seja servido pela prática que pretende justificar, algo de tal forma valioso o suficiente para justificar uma prática política como essa. Entretanto, o autor enfatiza que esta proposta não pretende descrever o fenômeno da interpretação do direito como ele ocorre efetivamente, mas tão somente servir de recurso para uma melhor compreensão dos pressupostos daquilo que poderia se considerar uma boa interpretação, conseqüentemente procura reforçar a ideia de que ambas as dimensões, antes de constituírem estágios que devem ocorrer de forma

escalonada na prática, fazem parte de uma avaliação unificada quanto à moralidade institucional da prática do direito.

A distinção entre essas duas dimensões da interpretação não pretende apreender o modo como os intérpretes realmente pensam. Através da educação, do treino e da experiência, qualquer jurista construiu sua própria percepção de quando uma interpretação se ajusta bem o bastante para que se possa vê-la como interpretação, e não como invenção, e essa percepção será posta em prática de maneira inconsciente. Vejo a distinção não como um enunciado fenomenológico, mas como um recurso analítico para compreendermos a lógica da interpretação e as diferentes maneiras em que se pode questionar uma interpretação. De qualquer modo, é importante **não entender mal a distinção, imaginando**, como o fizeram alguns críticos, **que o critério de ajuste é apenas um critério mecânico de coerência**. Ao contrário, **as duas dimensões** - a de ajuste e a de valor - **representam aspectos diferentes de uma mesma avaliação geral da moralidade política**, e o modo como aplicarmos e unirmos os dois critérios em uma avaliação final do êxito interpretativo no estágio doutrinário irá refletir a avaliação que tivermos feito no estágio teórico anterior. (DWORKIN, 2010, p. 24, grifo nosso).

Além disso, a interpretação do direito também constitui uma prática complexa por outro motivo, qual seja a necessidade de que a “justificativa política geral do direito” produza uma interpretação jurídica que também seja capaz de justificar as práticas constitucionais e procedimentais – aquilo que Dworkin chama de “a estrutura estável de poder e autoridade” – específicas de um ordenamento jurídico. E, mais importante, para o filósofo norte-americano não é possível realizar essa empreitada sem efetuar considerações de natureza moral (DWORKIN, 2010, P. 25-28).

Portanto, qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar um lugar de destaque aos princípios de moralidade política que atribuem o poder de legislar a instituições específicas, bem como a outros princípios que limitam esses poderes de diferentes maneiras formais e informais.

[...]

Seria um erro pensar que a moral, nesse caso, não estaria desempenhando papel algum nesse julgamento. Ela tem um papel importante na interpretação do papel constitucional do Poder Legislativo. As razões que nos levam a crer que um órgão assim constituído tem o poder de legislar são razões de moralidade política, e, se os juristas divergirem acerca da natureza precisa dessas razões morais, eles irão inevitavelmente divergir, pelo menos em certas ocasiões, a respeito de que direito esse poder legislativo, de fato, criou. (DWORKIN, 2010, p. 25).

O papel que os valores morais desempenham na interpretação das questões legislativas e constitucionais é ainda mais relevante em países como os Estados Unidos [e como o Brasil] onde o poder legislativo é criado por Constituições que, simultaneamente, conferem e limitam esse poder. Essa importância decorreria da ideia de que os princípios políticos que forem escolhidos para justificar a legislação constituem, na verdade, estratégias interpretativas que buscam argumentar a favor de nossa própria interpretação.

Nossa opção por uma ou outra dessas maneiras de interpretar a lei – ou por quaisquer outras que estejam ao nosso alcance – será um aspecto decisivo da

questão. Contudo, devemos defender nossa escolha como a melhor justificação da complexa prática da legislação, e isso vai exigir que a defendamos no contexto de uma concepção específica de moralidade democrática, ou de outra forma de moralidade política – uma exposição específica do objetivo e da importância do governo representativo majoritário.

Portanto, ao decidir o caso [...], um intérprete deve encontrar princípios que não apenas justifiquem o direito material incontestável [de seu ordenamento jurídico...], mas que também justifiquem a estrutura estável de poder e autoridade nesse Estado e no país, e estes últimos princípios poderão limitar a força dos primeiros quando se for decidir quais são os direitos jurídicos. (DWORKIN, 2010, p. 26-27).

Neste sentido, quando as partes contrapostas num processo judicial debatem questões relativas a este estágio doutrinário - isto é, sobre a veracidade das proposições de direito – onde se busca – considerando que o direito seja um conceito interpretativo – “a melhor interpretação de todo o espectro da prática jurídica pertinente, inclusive sua dimensão constitucional e procedimental” não podemos afirmar que uma das partes “apela mais do que a outra à moralidade política como instância intrínseca às fontes de direito. Em vez disso, devemos dizer que, como suas alegações morais são diferentes, o mesmo acontece com seus critérios de avaliação jurídica.” (DWORKIN, 2010, p. 28).

1.4.2.4 Estágio da Decisão Judicial (Adjudicative Stage)

No último estágio da criação de uma teoria do direito estaria o nível da decisão judicial – ou teoria da decisão judicial – no qual se coloca a questão de saber o que as autoridades judiciais (ou quaisquer outras autoridades incumbidas de aplicar o direito) devem fazer ao decidir casos específicos. Para Dworkin esta é uma questão política e, conseqüentemente, uma questão moral.²¹³ Porém, ela não se concentra no modo como a moral figura no processo de identificação do direito, mas é na verdade “uma questão sobre **quando**, se é que alguma vez, **a moral exige que os juízes atuem** de modo **independente da lei, ou mesmo que a **contrariem****”. (DWORKIN, 2010, p. 28, grifo nosso).

Segundo o autor, a maioria das pessoas entende que a resposta a este questionamento é quase sempre determinada pela questão doutrinária, ou seja, tratando-se de uma democracia razoavelmente decente, apenas raríssimos casos exigirão dos juízes que eles façam *‘qualquer*

²¹³ No original, de forma mais enfática: “Of course that is a political and therefore a moral question”. (DWORKIN, 2006a, p. 18).

coisa além’ de identificar e aplicar as proposições verdadeiras do direito.²¹⁴ Entretanto, insiste Dworkin, essa – ou qualquer outra afirmação sobre o que os juízes devem fazer – é uma concepção que depende dos pressupostos que foram efetivados nos estágios iniciais da construção da teoria jurídica, ou, em outras palavras, **pressupostos diferentes produzirão teorias da decisão judicial também diferentes**, sob pena de falta de coerência interna da teoria proposta.

Como para Dworkin, no estágio semântico, foi decidido ou presumido que o conceito de direito é um conceito interpretativo, agora, no estágio onde se desenvolverá uma teoria da decisão judicial, é necessário que esta seja compatível com um conceito interpretativo de direito. Do mesmo modo, o estágio da decisão judicial precisa ser também compatível com as escolhas ou pressupostos assumidos nos estágios teórico e doutrinário:

Ao discutir o estágio semântico, sugeri que o conceito doutrinário de direito é um conceito interpretativo. Para nós, funciona como se estivesse inserido numa prática que pressupõe que as proposições de direito têm implicações para o exercício do poder. É um conceito mais interpretativo do que de outra natureza porque a ideia que temos de sua aplicação correta é sensível a nossa avaliação sobre como esse poder deve ser exercido. Se admitirmos essa descrição do conceito no estágio semântico não poderemos, conscientemente, contradizê-lo no nível da decisão judicial. [...]. Para nós, uma teoria da doutrina é parte indispensável de uma teoria da decisão judicial e praticamente a esgota, não porque acreditemos na obrigação moral de obedecer à lei, mas porque, dada nossa percepção de como funciona o conceito doutrinário do direito [como conceito interpretativo], devemos presumir isso, a fim, inclusive, de elaborar uma teoria da doutrina jurídica. Contudo, se tivéssemos tomado uma decisão diferente no estágio semântico, é bem possível que contássemos uma história diferente ao chegarmos ao estágio da decisão judicial. (DWORKIN, 2010, p. 29).

Portanto, reafirma o filósofo norte-americano, outros autores podem defender teorias diferentes quanto à influência da ética na aplicação do direito em função dos pressupostos assumidos ao longo de todo o processo de criação de suas específicas teorias do direito: por exemplo, eles poderiam ter assumido no estágio semântico que *a*) o conceito de direito é baseado em critérios – essa é a compreensão que Dworkin (2010, p. 47) tem acerca da tese de Hart (“a incapacidade de compreender que o conceito doutrinário é um conceito interpretativo e não criteriológico constitui uma falácia que chamei de ‘agulhão semântico’”) ou *b*) poderiam, embora seja muito improvável, ter compreendido o direito como um conceito de espécie natural.

²¹⁴ Ressalte-se que na obra em português, o leitor pode ser induzido a erro pela falta da respectiva expressão “*any more than*” (algo mais que, algo além de): “that only in the rarest cases will judges in a reasonably decent democracy be required **to do any more than** identify and apply true proposition of law” (2006a, p. 19); “que somente em casos raríssimos, em democracias relativamente descentes, os juízes serão instados a identificar e aplicar proposições verdadeiras de direitos” (2010, p. 28). A falta dessa expressão gera afirmações com sentido contrário ao pretendido.

Dessa forma, o professor da *University College London* procura evidenciar que o papel a ser exercido pelos juízes no estágio da decisão judicial – principalmente no que concerne ao modo como os padrões éticos influenciarão ou não neste papel – não pode ser definido de modo estanque – considerando apenas as decisões desse estágio ou do estágio semântico –, mas, antes, precisa ser uma continuação de uma tese coerente com os pressupostos assumidos em todos os estágios anteriores da construção da teoria do direito, de modo a produzir uma teoria jurídica coerente e adequada aos preceitos e princípios que foram defendidos ao longo de todo o processo.²¹⁵

No caso da teoria específica que propõe, Dworkin afirma que a moralidade está presente não só nos estágios teórico e doutrinário – como já havia exposto anteriormente –, mas também no estágio da decisão judicial e que isso ocorre por exigência do ideal de integridade defendido no estágio teórico.

Em minha opinião o valor da integridade que deveríamos atribuir à prática jurídica atravessa o estágio doutrinário e chega até o estágio da decisão judicial porque [...] a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos [...] **tanto pra decidir o que é o direito quanto sobre o modo de honrar suas responsabilidades enquanto juízes.** (DWORKIN, 2010, p. 31, grifo nosso).

1.4.2.5 A construção da teoria do direito interpretativista de Dworkin

Considerando, portanto, todas as fases na construção de uma teoria acerca do conceito doutrinário de direito, assevera o filósofo do direito estadunidense que, no que concerne à influência da ética no sistema jurídico e na própria construção de uma teoria jurídica, não se trataria tanto de um debate entre teorias que incluem e outras que excluem a ética, mas, na verdade, **entre teorias que a incluem em estágios e momentos diferentes** ao longo da construção da teoria do direito. Dworkin, por meio da estrutura apresentada, busca reforçar sua tese de que já na fase de construção e desenvolvimento de uma teoria jurídica a ética estará presente influenciando e condicionando todo o sistema de conhecimentos que visa explicar o fenômeno jurídico.

Destarte, a tese que Dworkin propõe acerca do conceito de direito (doutrinário, não esqueçamos), considerando as decisões tomadas em cada um dos estágios hipotéticos para a criação de uma teoria jurídica, terá a seguinte formatação:

²¹⁵ “O que uma teoria jurídica oferece no estágio da decisão judicial é algo que não depende apenas das decisões tomadas no [...] estágio semântico, mas também daquelas tomadas em estágios posteriores”. (DWORKIN, 2010, p. 30).

→ **Estágio Semântico** – o conceito de direito é do tipo *interpretativo*, ou seja, deve estimular as reflexões e contestações sobre aquilo que é exigido por alguma prática social.

→ **Estágio Teórico** – para buscar o valor geral da prática jurídica (considerando o pressuposto anterior que direito é um conceito *interpretativo*), realizar-se-á uma interpretação das práticas que envolvem o conceito buscando identificar o *conjunto de valores que melhor justifica a prática*. Dworkin propõe que os valores serão obtidos através do *conceito aspiracional* de direito (relacionado com a ideia de legalidade ou de Estado de Direito). Pressupõe, ainda, que este conceito (aspiracional) deve priorizar o *ideal de integridade política* (o Estado deve governar com um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendam a todos), visando legitimar o poder de coerção estatal.

→ **Estágio Doutrinário** – a descrição das condições de veracidade das proposições de direito (considerando que ele é um conceito *interpretativo*, cujos valores são baseados no conceito *aspiracional*, que prioriza a *integridade política*) especifica que uma proposição será verdadeira se decorrer de *princípios de moralidade* pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea. Mas, como podem ocorrer diferentes interpretações, a melhor interpretação é a que apresenta uma melhor justificação moral do corpo doutrinário – *atende melhor aos ideais* do direito, definidos no estágio teórico (*integridade política*).

→ **Estágio da Decisão Judicial** – para decidir *se, quando e qual* deve ser o papel das autoridades judiciais naqueles casos específicos em que **a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem** – considerando o ideal de integridade que informa sua teoria – os juízes devem considerar a moral tanto pra decidir o que é o direito quanto sobre o modo de honrar suas responsabilidades enquanto juízes.

1.4.3 A crítica ao pós-escrito de Hart

Na presente seção apresentaremos as observações que Dworkin desenvolve em sua obra “*A justiça de Toga*” (*Justice in robes*)²¹⁶ relativas principalmente ao pós-escrito que Hart teria esboçado e que foi publicado na segunda edição de *O conceito de direito*. Como apresentado na seção 1.3.2, Hart admite algumas deficiências de sua teoria original, porém

²¹⁶ Mormente no capítulo 6 da obra que foi publicado originariamente como “*Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy*”, em *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n. 1 (2004).

também tenta reafirmar os pontos que compreende possam ser sustentados. Dentre as defesas, Dworkin apontará duas principais: em sua tentativa de dizer o que é o direito e como podemos identificá-lo Hart apresentaria duas características importantes desse projeto:

(a) é um projeto **descritivo e não avaliativo**, portanto, não procura valorar e criticar o que o direito é, mas tão somente compreender e explicar como funciona;

(b) é um projeto **filosófico e não jurídico**, já que “a identificação da natureza geral do direito” não seria um mero exercício jurídico, constituindo antes uma atividade filosófica, portanto, exigindo métodos completamente diferentes daqueles que os juristas utilizam em sua atividade profissional.

Dworkin contesta de forma veemente ambas as afirmações hartianas, o que pode ser explicado com base nos pressupostos que propôs para a construção de sua própria teoria do direito:

- Como o conceito de direito é *interpretativo* – ou seja, deve estimular as reflexões sobre a própria prática social, dependendo da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas e outros fenômenos, bem como do melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente – uma teoria que pretenda identificá-lo **não pode ser apenas uma descrição neutra desta prática, mas sim uma interpretação que busque justificá-la** – isto é, “mostrar porque a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor”. Se for assim, conclui Dworkin (2010, p.200), “isso significa que a própria teoria jurídica baseia-se em julgamentos e convicções morais e éticos”.

- A prática social relacionada ao direito também utiliza argumentos dessa mesma natureza: quando um juiz ou um cidadão comum precisam decidir o que é o direito diante de uma questão complexa, ambos têm um comportamento similar que consiste em “interpretar o direito do passado para descobrir quais princípios melhor o justificam, e, em seguida, decidir o que tais princípios exigem no novo caso”. Portanto, a teoria de um filósofo do direito – embora seja mais abstrata – não difere, em natureza, das alegações jurídicas que os advogados ou demais juristas fazem nos casos em que atuam.

Mas, embora essas afirmações iniciais já indiquem os motivos primordiais da desavença de Dworkin em relação às afirmações de Hart, é necessário aprofundar a análise dessas e de outras questões.

1.4.3.1 O arquimedeanismo

O argumento de Hart – de que seu próprio projeto (uma teoria *geral e descritiva*) e o de Dworkin (uma teoria de *avaliação e justificação*) constituem empreendimentos diferentes e de que há espaço para ambos na filosofia do direito – resultará na crítica, por parte de Dworkin, quanto à impossibilidade de uma metodologia meramente descritiva como base de uma teoria que tenha como objetivo identificar o direito.

O jusfilósofo estadunidense afirma que boa parte da filosofia contemporânea tem apresentado essa característica, qual seja a proposta de analisar conceitos normativos em termos meramente descritivos, que se baseia na possibilidade de diferenciar dois níveis de discurso, em outras palavras, tais filósofos “fazem a distinção entre o discurso de primeira ordem da prática que estudam [...] e sua plataforma de segunda ordem de “meta” discurso.” (DWORKIN, 2010, p. 201-202):

a) os discursos de primeira ordem – são aqueles efetivados por não filósofos, refletindo e argumentando sobre o que é certo ou errado, legal ou ilegal, justo ou injusto, referentes aos julgamentos de valor que pessoas comuns fazem acerca de conceitos políticos como justiça, liberdade, igualdade, democracia e legalidade, portanto, discorrendo acerca da importância relativa desses ideais.

b) os discursos de segunda ordem – aqueles através dos quais se analisa as afirmações de primeira ordem, discutindo o *status* lógico dos julgamentos de valor que as pessoas comuns emitem nos discursos de primeira ordem. Não obstante a existência de divergência, entre os próprios filósofos, sobre a possibilidade ou não de se justificar racionalmente tais juízos (isto é, a possibilidade de defini-los como verdadeiros ou falsos), todos eles – segundo Dworkin – concordariam que esse discurso de segunda ordem não consiste, ele mesmo, em um juízo de valor. Os filósofos tentariam descrever, de forma neutra, o que significam esses conceitos, por que entram em conflito, etc.

As teorias filosóficas de segunda ordem sobre os juízos de valor, insistem os filósofos, são neutras, filosóficas e não comprometidas. Não tomam posição alguma sobre a moralidade [...]. São conceituais ou descritivas, e não substantivas ou engajadas.

[...] qualquer teoria filosófica que responda a essas questões de segunda ordem é neutra relativamente a qual desses valores é mais importante do que os outros, e em qual circunstância qual deve ser preferido ou sacrificado. (DWORKIN, 2010, p. 202).

Dworkin (2010, p. 203) denomina tais concepções filosóficas como *arquimedianas* – apontando a *metaética* como exemplo mais conhecido – e repreende essa postura de florescer em torno de uma prática social sem dela participar ativamente utilizando uma perspectiva “de

superioridade, de fora e de cima” não só em relação ao direito, mas a diversos fenômenos sociais como a moral, a política, a ciência e a arte. Destarte, o autor critica a pretensão destas teorias de – embora tratando de práticas sociais normativas – não se apresentarem como teorias normativas, mas ao contrário, qualificarem-se como conceituais ou filosóficas que, pretensamente, de forma neutra e afastada das controvérsias inerentes à prática, simplesmente descrevem de forma não valorativa a própria prática (DWORKIN, 2010, p. 208, grifo nosso).²¹⁷ E deixa claro seu intento no que concerne a essas concepções arquimedianas:

Defenderei aqui que as definições ou análises dos conceitos de igualdade, liberdade, direito, etc. são tão substantivas, normativas e engajadas quanto qualquer das opiniões contrárias presentes nos embates que campeiam em torno desses ideais. A ambição hartiana de uma **solução puramente descritiva dos problemas centrais da filosofia do direito é equivocada**, assim como as ambições semelhantes de muitos filósofos políticos de primeira linha.

Dessa forma, no entendimento do jusfilósofo norte-americano, uma das questões nodais da divergência entre ele e Hart neste ponto – e que talvez explique várias outras discordâncias – consiste em que ambos dissentem não só em relação ao modo como identificar o direito, mas também “sobre que tipo de teoria constitui uma resposta geral a essa questão.” Eles discordam sobre como “determinar até que ponto e em que sentido os juristas e juízes devem emitir seus próprios ‘juízos de valor’ a fim de identificar o direito”. Enquanto Hart defende que esta teoria é uma mera descrição da prática (já que propõe a *tese das fontes*

²¹⁷ No mesmo sentido, criticando a completa separação entre os enfoques descritivos e normativos, embora tratando especificamente sobre questões puramente éticas, Adela Cortina (2010, p. 105) – professora de Filosofia Jurídica, Moral e Política da Universidade de Valência – esclarece: “Durante algumas décadas recentes esteve bem difundida a separação entre éticas normativas e éticas descritivas. Alguns filósofos morais descreveram o modo como as pessoas se comportam de fato em assuntos morais, ao passo que outros argumentaram sobre o modo como as pessoas devem se comportar. O primeiro enfoque corresponderia a uma ética descritiva; ao passo que o segundo seria próprio de uma ética normativa. [...] Os que admitiam essa distinção pensaram que a ética normativa não era, na realidade, competência do filósofo moral, mas do moralista, pois, em última instância, identificavam a ética normativa com um código moral concreto. Em consequência, durante algum tempo os éticos acreditaram que a única ética possível seria a indagação da lógica dos argumentos morais e a análise da linguagem moral. Tratar-se-ia de uma disciplina não-normativa, mas tampouco se reduziria às ciências empíricas. Em seu aspecto formal, a lógica da linguagem moral constituiria um desenvolvimento da lógica deontica, que, sugerida por Leibniz, conta com Von Wright entre seus pioneiros. Em seu aspecto “informal”, a ética se constituiria em análise da linguagem moral. **No entanto, esse afã de reduzir a ética normativa à moral cotidiana foi superado em anos recentes**, e as éticas mais relevantes hoje se declaram normativas sem nenhum acanhamento. Sua tarefa principal é justificar a existência do moral, seja psicologicamente (como o utilitarismo), metafisicamente (como o aristotelismo) ou transcendentemente (como o kantismo). Em alguns casos, trata-se de uma ética mais diretamente normativa, como o utilitarismo, ao passo que em outros casos se encontra mais afastada da prescrição direta, como as éticas que oferecem um critério ou um procedimento para avaliar a moralidade de normas já existentes sem acrescentar novas normas. No entanto, **estas últimas também são normativas a partir do momento em que oferecem um determinado critério ou procedimento**. Portanto, **já não tem muito sentido continuar a manter a separação entre éticas normativas e descritivas, uma vez que toda ética é normativa, ainda que de modo mediato**, diferentemente da moral cotidiana, que é normativa de modo imediato. As questões da lógica e a linguagem da moral podem ser consideradas outra parte da Ética, mas não devem ser tomadas como a Ética como um todo”.

sociais, onde a existência e identificação do direito se vincula tão somente a existência de uma prática social, portanto, independentemente da *necessidade* de conteúdo moral), Dworkin propõe que a teoria consiste em uma *interpretação* da prática que faz alegações morais e éticas, tendo em vista que "o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral", ou seja, para decidir em um caso concreto o que o direito exige ou garante, os juristas precisam "tentar identificar os princípios gerais que fundamentam e justificam o direito estabelecido [...] e depois aplicar esses princípios ao caso", ou seja, a decisão precisa revelar qual é "melhor resposta à difícil questão de saber que conjunto de princípios oferece a melhor justificação para essa área do direito como um todo". (DWORKIN, 2010, p. 204-206).

Dessa forma, uma das primeiras censuras que Dworkin dispara contra o pós-escrito de Hart é que, considerando que ambos têm opiniões diferentes sobre uma mesma e crucial questão – como identificar o direito, ainda que em casos particulares – não é possível acatar a afirmação de Hart de que seriam dois projetos completamente diferentes. Destacado este ponto e retornando seu raciocínio, Dworkin buscará demonstrar a insuficiência de todas as teses arquimedianas – incluindo a tese de Hart²¹⁸ – citando duas dificuldades correlatas quando se tenta definir *conceitos políticos*²¹⁹ (dentre os quais o direito) de uma maneira, supostamente, não normativa: a) a análise do papel que os conceitos exercem na argumentação e b) o sentido em que o termo "descritivo" é utilizado para caracterizar um projeto não normativo.

1.4.3.1.1 O papel dos conceitos políticos

²¹⁸ Para Dworkin (2010, p. 233), a tese das fontes de Hart consiste em um caso especial de concepção arquimediana clássica, aonde a prática jurídica ordinária caracteriza o discurso de primeira ordem e a teoria que descreve a argumentação jurídica caracteriza o discurso de segunda ordem.

²¹⁹ Dworkin (2010, p. 212) argumenta que conceitos políticos são os que "funcionam, no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de valor: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor". Em *Justice for hedgehogs* Dworkin (2011, p. 6) aprofunda essa argumentação: "they function for us as *interpretive* concepts. We share them because we share social practices and experiences in which these concepts figure. We take the concepts to describe values, but we disagree, sometimes to a marked degree, about what these values are and how they should be expressed. We disagree because we interpret the practices we share rather differently: we hold somewhat different theories about which values best justify what we accept as central or paradigm features of that practice".

No que concerne ao **papel que os conceitos exercem na argumentação**, o autor defenderá que aqueles que realizam um discurso de primeira ordem também utilizariam, frequentemente, argumentos sobre a própria questão conceitual que os filósofos estudam no discurso de segunda ordem. Dworkin (2010, p. 209-213) utiliza exemplos de debates sobre a democracia (e outros conceitos políticos como justiça, igualdade, etc.) e sua (in)compatibilidade com questões correlatas (se a democracia é compatível com a tributação progressiva ou com o controle de constitucionalidade), para argumentar que este tipo de debate não pressupõe uma concordância inicial sobre o conteúdo desses conceitos, mas antes, consiste em uma **discussão sobre o que o próprio conceito significa** (a compatibilidade ou não entre os diversos conceitos dependerá da visão defendida sobre o conceito político em si). Desta forma, embora os conceitos políticos efetivamente funcionem como “**patamares abstratos para o consenso**”,²²⁰ tal consenso existe apenas no que concerne à importância social que os conceitos (e os valores que albergam) efetivamente possuem, mas tal consenso ainda “deixa em aberto questões substantivas cruciais sobre o que, mais precisamente, tais valores são ou significam”. De forma mais simples podemos dizer que as pessoas concordam com a relevância social dos conceitos, mas não acerca dos valores específicos que compõem estes conceitos ou – como Dworkin já defendia em “*O império do direito*” –, em outras palavras, podem concordar abstratamente sobre o *conceito*, mas discordam no que concerne à *concepção* apropriada desse conceito, sobre o sentido, o significado, que efetivamente tais valores têm.²²¹

E reforça seu raciocínio afirmando:

Se a definição de democracia ou liberdade é, de fato, um assunto - um ponto de partida - neutro sem implicações para o debate e a decisão substantivos, então por que os políticos e cidadãos devem perder tempo com tal discussão? Por que o senso comum não ensinou as pessoas comuns a simplesmente aceitar uma definição padronizada desses conceitos [...]. Pode-se dizer, em resposta, que as pessoas se sentem atraídas pelas definições que parecem sustentar mais naturalmente suas próprias posições substantivas. Mas tal resposta permite a seguinte objeção: **se as definições realmente são neutras, porque se deveria pensar que qualquer definição específica é uma vantagem argumentativa?** (DWORKIN, 2010, P. 210, grifo nosso).

Para Dworkin (2010, p. 17-19; 212; 233), os conceitos políticos não podem ser simplesmente descritos de forma neutra, antes, qualquer definição de um valor político “toma partido” e é tão substantiva quanto qualquer afirmação que componha um discurso de

²²⁰ Definido no original como “*abstract plateau of agreement*” (DWORKIN, 2006a, p. 148). Essa ideia já havia sido apresentada em “*O império do direito*”, conforme seção 1.2.6.2 do presente trabalho.

²²¹ “Concordamos que a democracia é de grande importância, mas divergimos sobre qual *concepção* de democracia melhor exprime e explica essa importância”. (DWORKIN, 2010, p. 211, grifo nosso).

primeira ordem, justamente porque não existe consenso sobre a definição desses valores. Tais conceitos, ao menos em sociedades complexas, atuam como conceitos interpretativos de *valor* (seção 1.4.2.1) que **se caracterizam por uma controvérsia em relação ao seu próprio sentido descritivo**, pois se questiona “qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor”. Sendo assim, não é possível separar o significado descritivo dessa força valorativa já que “o primeiro depende do segundo”.

Destarte, a teoria de Hart – como toda teoria arquimediana – embora se apresente como neutra e não engajada, não pode ser assim considerada, pois, sua prática argumentativa “toma partido” favorecendo aqueles que insistem que, numa situação concreta, os direitos juridicamente reconhecidos são totalmente estabelecidos mediante análise das fontes tradicionais do direito. (DWORKIN, 2010, p. 233).

O que Dworkin pretende afirmar é que, ao delimitar o conceito de direito – independentemente da metodologia ou dos objetivos que o teórico possa ter – sempre ocorrerão consequências práticas na determinação do próprio conteúdo do direito, ou seja, não pode o teórico se esconder sob uma “camuflagem metodológica” imaginando, desejando ou fingindo que suas escolhas metodológicas não exercem efetiva influência sobre aquilo que o direito é, já que esses argumentos (supostamente de segunda ordem) serão utilizados pelos praticantes no seu discurso (supostamente de primeira ordem), sendo, na prática, “impossível distinguir suficientemente os dois tipos de alegações [...] para que possamos situá-los em diferentes categorias lógicas” (DWORKIN, 2010, p. 233).²²²

1.4.3.1.2 Os sentidos de uma metodologia descritiva

Quanto à **polissemia dos termos “descrição” ou “descritivo”** para a identificação de *conceitos*, – e a conseqüente diversidade de métodos descritivos de identificação que podem ser aplicados –, Dworkin afirma que se os arquimedianos pretendem oferecer uma teoria “descritiva” defensável, será necessário enfrentar essa ambigüidade semântica especificando em que sentido “não normativo” pretendem identificar um conceito através de seu discurso de segunda ordem. Porém, o autor argumentará que não é possível realizar este empreendimento,

²²² No entendimento de Dworkin (2010, p. 160), esse fenômeno aconteceria não apenas na definição do conceito de direito, mas com a definição de qualquer conceito político. No Capítulo 4 do livro “A justiça de toga” (*Justice in robes*), por exemplo, Dworkin debate sobre as possibilidades de redefinir o conceito de *liberdade* de formas diferentes daquela proposta por Isaiah Berlin (ver nota 185).

pois, considera que os diferentes sentidos possíveis deste conceito, quando individualmente considerados, mostram-se inaplicáveis à identificação de conceitos políticos.

Para compreender essa argumentação é preciso lembrar que o filósofo norte-americano (conforme seção 1.4.2.1) afirma que quando se pretende criar uma teoria para explicar um conceito é necessário lembrar que “os conceitos podem atender a tipos muito diferentes de usos”, devendo a teoria – e a metodologia aplicada – ser sensível ao papel que supomos que o conceito deve desempenhar. Com base nessa afirmação, critica Hart por não esclarecer em que sentido seu projeto poderia ser considerado uma “sociologia descritiva”²²³ e insiste que será preciso utilizar a “própria imaginação” para tentar encontrar os possíveis sentidos de “descritivo” que poderiam tentar se adequar a teoria hartiana (DWORKIN, 2010, p. 234); isso o levará a propor três caminhos que poderiam ser trilhados por alguém que pretende fazer uma análise de um conceito político, através de um projeto descritivo. O raciocínio apresentado seria o seguinte: após especificar alguns tipos de conceitos na introdução de “*A justiça de toga*” (criteriológicos, de espécies naturais e interpretativos), afirmando que a cada espécie de conceito corresponde uma **metodologia** adequada à sua análise e identificação, Dworkin (2010, p. 15-20), posteriormente – já no capítulo 6 (*O pós-escrito de Hart e a questão*²²⁴ *da Filosofia Política*) da mesma obra, relacionando essa ideia de tipos de conceitos com as diversas possibilidades de aplicação de uma metodologia “descritiva” – buscará defender sua posição de que a metodologia “descritiva” (em qualquer sentido imaginável de descritivo) pode ser aplicada de três maneiras diferentes: a conceitos criteriológicos com base no uso socialmente compartilhado de um termo; ou a conceitos que possuam alguma estrutura natural que, embasada em questões físicas ou biológicas, pode fornecer algo como sua “essência”; ou, até mesmo, a conceitos construídos através de generalizações empíricas sobre sua utilização ao longo da história da humanidade (sentido esse que parece ter sido relegado na introdução da obra – p. 15 a 20); mas tal metodologia não poderia ser satisfatoriamente aplicada a conceitos políticos, portanto não pode ser aplicada na conceituação do direito já que este “é um conceito político” (DWORKIN, 2010, p. 230).²²⁵

²²³ Expressão que Hart utiliza logo na primeira página de “O conceito de direito”.

²²⁴ Interessante observar que, não obstante o capítulo 6 seja baseado em artigo publicado originalmente em 2004 no Oxford Journal of Legal Studies, vol. 24, com o nome “*Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy*” sua introdução no livro de 2006 foi feita sob o título “*Hart’s Postscript and the Point of Political Philosophy*”. Nesse sentido, a tradução da versão brasileira de “*point*” por “questão”, pode omitir uma provável intenção de Dworkin (o que justificaria a mudança) de evidenciar o tema do “sentido” do direito, bem como da filosofia política, temas que vinha abordando de forma mais sistemática desde “*O império do direito*”, conforme apresentado na seção 1.2.6.4.

²²⁵ No mesmo sentido afirma João Maurício Adeodato (2009, p. 122-123): “As diversas tentativas para separar o moral do jurídico ou o religioso do político, na era moderna, isolando-os de suas bases éticas comuns, visam apoiar a emergente autonomia do Estado por meio de uma instrumentalização do direito. O importante de se

1º) “Descritivo” no sentido de **análise semântica** dos conceitos – nesse caso o objetivo seria apresentar os critérios linguísticos que a maioria dos juristas efetivamente adotam ao falar sobre o direito, ou seja, considera-se que o uso correto de um conceito “vai depender de como a palavra é habitualmente usada”. Dworkin (2010, p. 214-215) afirma que esse tipo de descrição não se aplicaria aos conceitos valorativos que são tipicamente caracterizados por divergências ou desacordos (conforme itens 2.5 e 2.6) e, sendo assim, não existiriam esses supostos critérios de linguagem que são compartilhados por todos ou pela maioria das pessoas e, ainda que houvesse, para Dworkin a definição de um conceito valorativo – portanto, interpretativo – “não depende do que pensa ou como fala a maioria das pessoas”.

Dworkin (2010, p. 235) que já apresentava esse entendimento em suas obras anteriores (item 1.2.5) continua defendendo que essa é a postura adotada pelo filósofo britânico, não obstante reconheça que Hart tenha negado veementemente, em seu pós-escrito, que sua teoria adote essa concepção de descrição (item 1.3.2.2). Apesar de continuar defendendo sua compreensão inicial, analisará outras possibilidades quanto aos sentidos que “descritivo” poderia ter para a teoria hartiana.

2º) “Descritivo” como **projeto estrutural** – nesses casos buscar-se-ia identificar a “estrutura ou essência básica inerente” do conceito sob análise, como nos procedimentos de identificação daquilo que Dworkin denomina de “espécies naturais” – quando zoólogos estudam a estrutura de algum animal é possível identificar uma composição genética específica que, além de aumentar nosso entendimento sobre a verdadeira natureza ou essência biológica dessa criatura, talvez permita verificar que alguns animais, embora visualmente semelhantes, não compartilham da mesma essência ou estrutura; ou quando físico-químicos descobrem que existe um material muito similar a ouro, que os leigos possivelmente não

fixar aqui é que essa separação só é possível como artifício metodológico e pragmático; não expressa qualquer “realidade em si”, ontológica, que pudesse vir a ser erigida em paradigma científico. Querer desvincular a todo custo o direito e a política de seus aspectos éticos, a troco de um cientificismo asséptico ou de um progressismo pragmático e duvidoso, trai a tradição milenar da palavra **ética** na cultura que, bem ou mal, é a herança da cultura brasileira. Além disso, exige redefinições altamente questionáveis do já problemático conceito de ciência. O problema filosófico, gnoseológico, pode ser exposto de forma simples: as decisões éticas, destinadas a solucionar conflitos inter-subjetivos, não podem ser encontradas por procedimentos **descritivos**, como querem alguns, mas têm de ser **prescritas**. As descrições só cabem em assertivas **lógicas** e **fáticas**. As primeiras são tautologias, nada acrescentam sobre o mundo da experiência sensível e nada podem dizer sobre o que o ser humano deve fazer. As assertivas referentes a fatos só são verificáveis *a posteriori* e tampouco podem dar parâmetros para opções de conduta futura. Apenas após ocorrer, pode a conduta vir a ser descrita (sem esquecer a diferença entre “eventos” e “descrições”, ou “relatos sobre eventos” [...]) Isso quer dizer que, quando se discute a respeito dos aspectos éticos, não se pode argumentar em termos de uma verdade, seja ela qual for. Aqui só se pode **opinar** e tentar **persuadir**.

saberiam diferenciar, mas através na análise de sua composição é possível comprovar que têm estruturas diferentes.

Dworkin (2010, p. 216-217) afirma que conceitos políticos ou valorativos (democracia, liberdade, igualdade, etc.) não possuem uma estrutura ou essência inerente. Ainda que propuséssemos um estudo sistemático sobre as formas que um determinado conceito político admitiu, no presente e no passado, visando identificar quais seriam as características essenciais desse conceito, essa formulação “pseudocientífica” em nada auxiliaria, pois ainda precisaríamos de uma teoria que diferenciasse as características meramente contingentes daquilo que se pretende seja essencial e, continua Dworkin (2010, p. 216), “uma vez rejeitada a ideia de que a reflexão sobre o significado da palavra [...] poderia nos fornecer tal distinção, nada mais poderá fazê-lo”.

Visando comprovar a inadequação dessa metodologia, o professor norte-americano oferece o exemplo de como o conceito de casamento seria trabalhado por meio dela:

Suponhamos que uma força-tarefa fosse criada para compilar uma longa lista dos diferentes tipos de sistema jurídico e social ao longo dos séculos que atualmente descreveríamos como exemplos de casamento, a despeito de suas grandes diferenças institucionais e de outras naturezas. Suponhamos que descobríamos que, em todos os casos de nossa imensa lista, detectássemos a ocorrência de uma cerimônia, e que em nenhum caso essa cerimônia se teria realizado para unir duas pessoas do mesmo sexo. Surge então a questão – imaginem que pela primeira vez – de saber se uma sociedade conjugal de fato é realmente um casamento ou se os homossexuais podem, em termos conceituais, unir-se em matrimônio. Não seria uma loucura imaginar que essas questões sobre a natureza mesma do casamento pudessem ser resolvidas mediante o exame, por mais longo que fosse, da lista que compilamos? (DWORKIN, 2010, p. 217)

Portanto, segundo o autor, não se pode tratar os conceitos políticos – ou mesmo os demais conceitos de sistemas ou instituições sociais – como se a análise filosófica deles pudesse ser “descritiva nos moldes da investigação científica das espécies naturais”, afinal “a liberdade não tem DNA” e “se a liberdade não tem DNA, tampouco o tem o direito” (2010, p. 217 e 236).

3º) “Descritivo” como **generalização empírica ou estatística** – neste tipo de situação se vislumbra a análise de conceitos passíveis de serem identificados através de generalizações sociológicas empiricamente construídas. Dworkin afirma que é possível imaginar uma legião de antropólogos coletando dados referentes a algum conceito político ou valorativo – como o direito – identificando as diferentes ocasiões onde as pessoas fizeram, aceitaram ou rejeitaram aquilo que consideram como alegações jurídicas; sociólogos – com imensos computadores e orçamentos maiores ainda – poderiam tentar analisar essa quantidade incomensurável de dados “não para descobrir a essência ou natureza do direito, mas simplesmente para descobrir

padrões e repetições” quanto ao comportamento social ao longo da história, seja para um projeto ambicioso que visa tentar explicar tais padrões ou mesmo para um projeto mais humilde que vise tão somente chamar a atenção para tal regularidade.

Apesar de reconhecer a possibilidade desse empreendimento “descritivo”, Dworkin enumera três motivos para que não se compreenda a tese de Hart como sendo descritiva nesse sentido: a) não há na obra de Hart, ou mesmo de seus seguidores, evidências de que tais estudos empíricos tenham sido sequer iniciados; b) seria estranho referir-se a esse tipo de análise como algo que visa à descoberta “do conceito, da natureza ou da própria ideia do direito, e muito estranho intitular um livro que supostamente contivesse essas descobertas de *O conceito de direito*”; c) se a teoria hartiana fosse assim considerada ela seria um enorme fracasso, pois embora seja necessária uma enorme quantidade de dados para sustentar esse tipo de generalização empírica, bastam alguns poucos contraexemplos para refutá-la e “eles estão por toda parte”.²²⁶

Ademais, esse tipo de construção não permitiria distinguir a filosofia política da história social ou da antropologia política e aqueles que estudam os conceitos políticos ou valorativos não os tratam dessa forma: para defender uma concepção específica acerca de um conceito, argumentos do tipo “a igualdade tem sido considerada como...” ou “historicamente se considera que a liberdade é...” podem até ser utilizados, mas não são razões definitivas para que determinada concepção seja considerada a melhor interpretação de um conceito. Ao invés disso, como exemplifica Dworkin (2010, p. 217), os filósofos e teóricos costumam argumentar no sentido de descobrir a verdadeira natureza ou essência de um conceito: “Isaiah Berlin não afirmou apenas que a liberdade e a igualdade têm sido frequentemente consideradas conflitantes entre si, mas que, de fato, elas são conflitantes por natureza”.²²⁷

Como podemos perceber Dworkin critica veementemente a aplicação de uma metodologia descritiva para o projeto de conceituação do direito, não porque a metodologia

²²⁶ Nesse ponto, Dworkin esboça a disputa sobre a constitucionalidade da pena de morte em curso nos EUA que tem como característica a argumentação através de aspectos morais que é feita por boa parte dos debatedores, embora tais argumentos nunca tenham sido determinados por qualquer “fonte” social.

²²⁷ Isaiah Berlin, filósofo político britânico, foi um dos principais pensadores liberais do século XX. Dworkin critica – no capítulo 4 de *“A justiça de toga”* – a teoria defendida por Berlin de que haveria, necessariamente, um conflito profundo na esfera dos valores morais e políticos, já que tal posicionamento é dissonante da teoria de integridade defendida por Dworkin. Já em *“Justice for hedgehogs”*, livro publicado por Dworkin em 2011, o autor fala de forma mais direta sobre os limites que a história social apresenta no que concerne à elucidação de conceitos políticos e propõe uma abordagem que não esteja atrelada a interpretação histórica dos conceitos políticos: “If the great political concepts are indeed interpretive, however, then history is no privileged guide to their best interpretation. The fact that throughout modern history many people have supposed that taxes infringe liberty or that democracy means absolute majority rule does not mean that an interpretation that denies this is false. They may have been - I think they were - mistaken. Perhaps those philosophers who believe that a study of these concepts must be densely historical have simply assumed that the concepts are criterial. If so, it is their approach, not the one I recommend, that is unhistorical”. (Dworkin, 2011, p. 350).

em si não tenha valor, mas porque é destinada a um gênero conceitual completamente diferente daquele ao qual os conceitos políticos estariam vinculados. Se o direito for realmente um conceito político – conforme afirma Dworkin – então, faz algum sentido afirmar que uma metodologia exclusivamente descritiva não será adequada nem estará apta a auxiliar significativamente no objetivo de conceituar o direito.²²⁸

1.4.3.1.3 A epistemologia dos valores segundo Dworkin (ou como é possível conhecer os valores)

Apesar das diferenças estabelecidas entre os conceitos que podem ser identificados com auxílio de uma metodologia descritiva e os conceitos políticos – ou mesmo “os conceitos de diferentes tipos de sistemas ou instituições sociais” – Dworkin (2010, p. 218-220) proporrá que também existem semelhanças entre os conceitos de espécies naturais e os conceitos políticos:²²⁹

a) ambos são **reais**, pois, existem e apresentam características que se encontram no mundo independentemente da percepção humana. “A existência e a natureza da liberdade como valor não dependem da invenção, da crença ou da decisão de ninguém”;

b) ambos têm uma “**estrutura profunda**” que é responsável pelas suas manifestações concretas e que explica o restante de suas características, tenhamos ou não consciência dessa estrutura. Nesse sentido, toda avaliação acerca de suas características e correlações com outros conceitos estaria relacionada com as propriedades dessa estrutura, por exemplo: “se a tributação progressiva é injusta, é injusta em virtude de alguma propriedade mais geral e fundamental das instituições justas da qual carece a tributação progressiva.”

A diferença primordial é que enquanto a estrutura profunda das espécies naturais é *física*, a dos conceitos políticos é *normativa*, mas isso não impede que possamos tratar os projetos que procuram identificar ambas as espécies como empreendimentos *conceituais*, no

²²⁸ Neste sentido, afirma Stephen Guest (2010, p. 2, grifo nosso): “Muita tinta e muitas discussões cansativas foram desperdiçadas com as questões da descrição na teoria jurídica [...]. **Se o direito diz respeito primariamente à justificação moral da coerção do Estado**, então, naturalmente, a descrição não pode dar conta da história toda. **A avaliação moral é necessária**”.

²²⁹ Neste ponto, o autor assume que esses são pressupostos que ele simplesmente assume, e que constituem afirmações polêmicas, mas sem se aprofundar no tema faz apenas referência a um texto seu publicado em 1996. DWORKIN, Ronald. *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), pp. 87-139. Em sentido contrário à objetividade dos valores, ver Vázquez (2011, p. 140-146).

sentido de buscarem identificar “a essência” destes conceitos, ainda que possuam uma diferença de grau entre eles:

Assim como um cientista pode ter por objetivo, como um tipo específico de projeto, revelar a natureza mesma de um tigre ou do ouro ao expor a estrutura física fundamental dessas entidades, assim também um filósofo político pode pretender revelar a natureza mesma da liberdade ao expor sua essência normativa. Em cada caso, se for essa a nossa vontade, podemos descrever o empreendimento como conceitual. O físico nos ajuda ver essência da água; o filósofo nos ajuda a ver a essência da liberdade. A diferença entre esses projetos [...] é, enfim, apenas uma diferença de grau. Contudo, a abrangência e a natureza fundamental do estudo mais ambicioso – seu objetivo autoconsciente de descobrir uma explicação fundamental – justifica que ele conserve a designação de conceitual. (DWORKIN, 2010, p. 219-220).

Para Dworkin, a compreensão dessas similitudes – apesar da diferença de tipo estrutural e, conseqüentemente, de grau – permitiria entender a percepção que temos de que existem diferenças entre a argumentação de um jurista (ou de um político) e de um filósofo e, ainda assim, afirmar que essa diferença de argumentação não é decorrente de diferenças metodológicas (uma metodologia avaliativa em contraposição a outra descritiva). Nesse sentido, Dworkin (2010, p. 220-221) reafirma sua posição contra a impossibilidade de uma definição meramente descritiva e neutra de conceitos valorativos, ainda que feita filosoficamente: “não podemos alegar, de maneira sensata, que a análise filosófica de um valor é conceitual, neutra e desengajada. Mas podemos alegar sensatamente que ela é normativa, engajada e conceitual”.

Dessa forma, o professor norte-americano insistirá que a conceituação de um valor político pretende mostrar seu “valor *intrínseco*”; capturar “em um nível adequadamente fundamental, o valor” ou, ainda, apresentá-lo em sua “melhor luz”. Mas admite que essa missão de “identificar o valor do valor” é difícil: por um lado apresenta o perigo de cair em petição de princípio ou desaguar em tautologia; por outro a justificação instrumental de um valor, embora evite esses problemas, não resolve a questão de como identificar o valor, mas apenas indica outros valores que dele decorrem. Então, como poderemos identificar o valor de um conceito sem cairmos nessas armadilhas?

Para responder a esta pergunta, Dworkin (2010, p. 221) afirma que primeiro é preciso que fique claro que o desejo de compreender melhor um conceito valorativo ocorre porque “acreditamos que podemos todos viver melhor, juntos, se chegarmos a esse entendimento e a uma posição consensual sobre ele”, isto é, existiria uma forte conexão entre a compreensão de um valor e a ideia de viver bem. Entretanto, haveria duas diferentes maneiras – ou, para usar o vocabulário dworkiano, concepções – para estabelecer essa relação entre compreender um valor e viver melhor em consequência disso: a) o valor pode ser algo **autônomo** em relação à

ideia de viver bem – deve-se respeitá-lo porque é, *em si mesmo*, algo importante e, portanto, incorrer-se-ia em erro caso não se reconhecesse esse fato; b) o valor pode estar diretamente relacionado ao interesse em viver bem, pode estar **integrado** à própria ideia de viver melhor, o fato de aceitar esse valor “enriquece a nossa vida de algum outro modo” ou traz alguma contribuição àquilo que consideramos uma boa vida, isto é, só é considerado um valor em função de alguma melhoria que proporciona a ideia de viver bem, e não por ser, *de per si*, considerado um valor.²³⁰

A postura das religiões ortodoxas no que concerne aos valores da fé, nossa atitude acerca da importância do conhecimento científico e a concepção de muitas pessoas sobre o valor da arte seriam exemplos de tratamento autônomo que se dá aos valores. Nesses casos, costuma-se afirmar que os valores não dependem de qualquer relação com uma concepção de vida boa ou com as consequências advindas do respeito a eles. Os dogmas religiosos devem ser respeitados independentemente da contribuição direta que tragam as nossas vidas; ainda que nossos interesses práticos possam direcionar nossas investigações científicas, o conhecimento é importante pela sua própria natureza, mesmo que dele não derivem benefícios para tornar nossa vida melhor; algo não é belo porque necessariamente torna nossa vida melhor.

Mas, continua Dworkin (2010, p. 223), existem valores, virtudes e realizações que não podem ser considerados de modo autônomo, pois só adquirem a importância avaliativa que lhes é atribuída “devido à contribuição que dão ao desfrute de nossa vida e das vidas alheias”. Embora faça questão de enfatizar que não defende a ideia de que tais ocorrências só são valiosas pelos escassos benefícios pontuais que possibilitem ou que servem meramente como meios para obtenção de uma vida boa, reforça a convicção de que o valor que atribuímos depende, em alguma medida, da forma como tornam nossas vidas melhores. Nas palavras do autor, “consideramos esses valores como *aspectos ou componentes* de uma vida atraente e plenamente bem-sucedida, e não como recursos instrumentais para vir a tê-la” (DWORKIN, 2010, p. 224).

²³⁰ Nesse último sentido, é impossível não vislumbrar os conflitos conhecidos em filosofia moral entre a “ética do dever” e a “ética do bem”. Enquanto estas estariam vinculadas a uma concepção clássica centrada na questão de “como se deve viver” e “o que significa uma vida boa” típicas das obras de Platão (*A República*) e Aristóteles (*Ética à Nicômaco*), portanto vinculando o conceito avaliativo a uma finalidade ou propósito que se supõe existir (no homem, na sociedade e em tudo mais); as éticas do dever, tipicamente encontradas no pensamento moderno, não compartilham o pressuposto que exista qualquer função ou finalidade e, por conta disso se baseiam em fundamentos que nada tem haver com a noção de vida boa. Para uma diferenciação mais aprofundada entre os tipos de ética ver: RODRIGUES, Fernando. *Ética do Bem e ética do Dever*. O Que nos Faz Pensar (PUC-RJ), v. 28, p. 247-265, 2010.

E essa constitui outra crítica à postura arquimediana: tratar todos os valores como se eles estivessem simplesmente “aí no mundo” esperando para serem descobertos, constitui um grande equívoco, por desconsiderar a forma como alguns valores – mormente os valores políticos – “se nos apresentam” caracterizando um “fato aparentemente irresistível – o de que os valores políticos são integrados e não autônomos”. (DWORKIN, 2010, p. 224-225, grifo nosso).

Seria igualmente **pouco sensato tratar os valores políticos** que até aqui discutimos, como justiça, liberdade, legalidade e democracia, **como valores autônomos**.

Dworkin defende que a identificação de um valor integrado depende não apenas da “contribuição que ele dá a algum outro tipo de valor independentemente especificável”, mas que a própria caracterização mais acurada desses tipos de conceito depende da própria identificação dessa contribuição. Essa é a ideia seminal para sua tentativa de responder como podemos conceituar um valor político: devemos tentar compreender um **valor integrado** não como algo isolado e conceitualmente predefinido, onde suas características podem ser descobertas e simplesmente descritas, ao contrário, é necessário compreendê-lo como parte de uma estrutura maior, algo que só faz sentido quando em conformidade com o todo, através de uma visão que possibilite uma concepção integral dos fenômenos valorativos e não a análise isolada de seus constituintes.²³¹ Essa ideia já havia sido defendida anteriormente de forma mais aprofundada em um texto publicado originalmente em 2001²³² e posteriormente reimpresso como o capítulo 4 da obra “*A justiça de toga*”, onde Dworkin (2010, p. 160) – debatendo com Isaiah Berlin acerca do conflito de valores e do pluralismo moral – afirma que a grande questão consiste exatamente em saber se os valores políticos são independentes entre em si ou se são interdependentes, e esta não é “uma questão de definição de dicionário ou de descoberta empírica, mas sim de filosofia moral e política substantiva”.

Nesse ponto pode ser interessante a utilização de uma metáfora filosófica citada pelo próprio Dworkin tanto em “*O império do direito*” (p. 137 e 169), quanto em “*A justiça de toga*” (p. 228) – embora neste último o autor não utilize a denominação, mas apenas a ideia: **o barco de Neurath**. Nessa proposta, apresentada por Otto Neurath²³³, o conhecimento é comparado a um barco: embora as peças de um barco não possam, individualmente, sustentar

²³¹ Portanto, essa ideia está intimamente relacionada com o ideal de integridade política que exerce influência na tese de Dworkin, mormente no chamado estágio teórico de sua tese, conforme seção 1.4.2.2.

²³² “*Do Liberal Values Conflict?*”. In: LILLA, Mark et al (org.) *The Legacy of Isaiah Berlin*. New York: New York Review of Books, 2001.

²³³ Otto Neurath foi um filósofo da ciência, sociólogo e economista político austríaco, membro fundador do Círculo de Viena. Explicações conforme tradução livre do verbete contido na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (CAT, 2012).

todas as outras, quando em conjunto e de forma colaborativa o todo pode navegar sem afundar; o mesmo acontece com o conhecimento. Cada uma das convicções é como uma das peças de um barco, pois individualmente consideradas não sustentam toda a construção, mas ligadas umas às outras, formam uma totalidade consistente e autossustentada o que permite a justificação das nossas crenças e conhecimentos.

E é interessante a escolha desse exemplo de Neurath, pois além de propugnar por uma compreensão holística e da unicidade do conhecimento, o autor também afirmou – e, isso, na qualidade de positivista filosófico – que a incerteza, a decisão e a cooperação são intrínsecas ao conhecimento. Todas essas afirmações são em alguma medida, utilizadas por Dworkin na defesa de sua teoria moral do direito.

There is no way to establish fully secured, neat protocol statements as starting points of the sciences. There is no *tabula rasa*. We are like sailors who have to rebuild their ship on the open sea, without ever being able to dismantle it in drydock and reconstruct it from the best components. (NEURATH, 1983, p. 92).²³⁴

Portanto, partindo da premissa que os valores políticos são integrados e não autônomos, Dworkin (2010, p. 228-230) propõe um projeto jurídico mais ambicioso que afirma a necessidade e conscientização acerca da responsabilidade de elaborar concepções ou interpretações de cada valor político que fortaleçam o conjunto dos outros valores que julgamos relevantes, com o objetivo de fazer com que tais concepções propostas sejam “parte de uma estrutura de valor ainda mais inclusiva, que ligue a estrutura política não apenas à moral em termos mais gerais, mas também à ética”. O professor norte-americano reconhece que tudo isso pode parecer demasiadamente holístico, mas que ele não vislumbra outra forma de dar o máximo de sentido possível a todo esse construto humano.

Mais uma vez, assim como já havia feito em obras anteriores (ver seção 1.2.6.3 do presente trabalho), Dworkin adverte que esse projeto interpretativo não significa que possa se transformar os valores em qualquer coisa que se deseje, ainda que seja em nome da coerência do sistema, aliás, enfatiza que este projeto abrangente não se baseia na premissa de que a verdade seja exclusivamente uma questão de coerência:

Certas teorias sobre a moralidade política, mesmo quando elegantes e primorosamente coesas, podem ser falsas, quando não repulsivas. Não visamos à coerência pela coerência, mas sim a convicção e ao máximo de coerência que pudermos obter. Esses objetivos afins podem – na verdade, acho que frequentemente devem – fortalecer-se mutuamente. É mais fácil encontrar um sentido profundo de exatidão em um conjunto de valores unificados e integrados do que em uma lista de

²³⁴ “Não há maneira de estabelecer de forma completamente segura, declarações de protocolo puro como pontos de partida das ciências. Não há *tabula rasa*. Somos como marinheiros que têm que reconstruir seu navio em mar aberto, sem jamais poder desmontá-lo em doca e reconstruí-lo a partir de suas melhores partes.” (tradução nossa).

compras. Não devemos perder de vista, porém, que os dois objetivos podem trazer problemas um ao outro. (DWORKIN, 2010, p. 229).

Com isso o autor pretende ressaltar o fato de que a tentativa de criar interpretações valorativas que se reforcem mutuamente é limitada pelas noções que temos acerca da veracidade de uma concepção e sua compatibilidade com o conceito vinculado – as concepções não “podem parecer artificiais, estranhas ou simplesmente erradas” –, mas caso não tenhamos sucesso, num primeiro momento, em criar interpretações que sejam compatíveis entre si, sem desrespeitar tais limites, isso não elimina nossa responsabilidade de continuar buscando esse ideal: “então não poderemos pensar que nossa reflexão foi bem-sucedida, que conquistamos o direito de parar”.

1.4.4 Unidade valorativa e legalidade ou Estado de Direito

Mas ainda que aceitemos a proposta de Dworkin (2010, p. 239) de que os valores políticos não são valores autônomos, mas sim integrados e que, portanto, o projeto de sua correta elucidação consiste em encontrar o lugar que é ocupado por cada valor “numa rede de convicção maior e mutuamente comprobatória que demonstre as conexões concludentes entre os valores morais e políticos em termos gerais e que, em seguida, os situe no contexto ainda mais amplo da ética”, como podemos tentar concretizar esse projeto? Para responder isso é preciso esclarecer que esse projeto extraordinariamente ambicioso tem um objetivo utópico: “a unidade de valores de Platão”.²³⁵ E para que essa unidade possa se concretizar Dworkin afirma ser necessário encontrar um valor político com características especiais que auxiliarão nesse intento. Esse valor deve ser *real* e amplamente aceito como tal; deve funcionar como um *valor interpretativo* (seção 1.2.6 e 1.4.2.1); além de ser um valor *claramente jurídico* para que possa colaborar na melhor compreensão do que significam as proposições de direito. A escolha desse valor – sempre segundo Dworkin – é importante porque ele tornará perceptível que as diferentes teorias do direito são formadas a partir das diferentes concepções propostas

²³⁵ Em *Justice for hedgehogs*, Dworkin (2011, p. 1) tentará explicar que a ideia básica da unidade de valores consiste em que os conceitos relevantes para os seres humanos – principalmente a ideia de ‘viver bem’ e ‘ser bom’ (ou, simplesmente, de *bem* e *justo*) – não devem apenas ser coerentes, mas devem se reforçar mutuamente, formando um todo coerente, integrado e onde o conjunto reforça as partes e cada pedaço apoia a manutenção do conjunto. “*The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest*”.

sobre o seu significado. Para o professor norte-americano, o único valor político que alberga todas essas características é o valor da Legalidade ou Estado de Direito.

A esta altura deve estar claro que valor é esse: é o valor da legalidade – ou, como às vezes é mais pomposamente chamado, o valor do Estado de Direito. A legalidade é um valor real, e um valor especificamente jurídico. Muitos pensam, por exemplo, que os julgamentos de Nuremberg nos quais os líderes nazistas foram julgados e condenados após a Segunda Guerra Mundial agrediram a legalidade, embora fossem justificáveis por outros valores políticos – a justiça ou a conveniência, por exemplo. Além disso, a legalidade é um valor muito popular. Ao longo dos séculos, tem sido adotada de maneira muito mais ampla do que os outros valores que já examinei aqui, e é amplamente considerada como tendo uma importância mais fundamental do que a desses outros. Os filósofos clássicos e medievais analisaram e exaltaram a legalidade muito antes de outros filósofos terem exaltado a liberdade, para não falar da igualdade. (DWORKIN, 2010, p. 240).

O autor afirma que também não pode haver muita dúvida no que concerne a relação entre o valor da legalidade e a questão da identificação das alegações de direito verdadeiras ou válidas:

As concepções de legalidade diferem, como afirmei, no que diz respeito aos tipos de critérios suficientes para satisfazer a legalidade, e de que maneira esses critérios devem ser determinados com antecedência; as alegações de direito são alegações acerca de que critérios corretos foram estabelecidos da maneira correta. Portanto, uma concepção de legalidade é uma descrição geral sobre a maneira de se decidir quais alegações de direito específicas são verdadeiras: a tese das fontes de Hart é uma concepção de legalidade. Poderíamos atribuir pouco sentido tanto à legalidade quanto ao direito se negássemos essa relação estreita entre as concepções de legalidade e a identificação das verdadeiras alegações de direito. (DWORKIN, 2010, p. 241).

Dworkin afirma que desde o início a legalidade foi um ideal interpretativo e continua sendo, pois embora exista certa concordância sobre o que a legalidade significa abstratamente – para Dworkin ela se baseia numa relação com o poder coercitivo do Estado – existem divergências sobre os critérios que atendem efetivamente a legalidade, isto é, embora exista uma adesão quanto ao conceito de legalidade, podem existir diversas concepções desse valor. Destarte, o significado que se dá ao valor da legalidade poderá obviamente variar de acordo com as concepções desse valor que são adotadas pelas diversas teorias do direito, mesmo porque “concepções diferentes vão selecionar valores relacionados diferentes” como os mais importantes para figurarem nessa “rede de convicções” que se sustentam e impulsionam mutuamente. Nesse sentido, o autor procura comprovar essa última afirmação relacionando três grandes tradições ou escolas do pensamento da teoria jurídica, com três valores diferentes que teriam sido escolhidos por estas como os mais relevantes junto à legalidade: *exatidão*, *eficiência* e *integridade*. A escolha de cada um desses diferentes valores como fundamentais numa rede de convicções específica produziria diferentes concepções de legalidade:

- **Exatidão (*accuracy*)**: Dworkin compreende a exatidão como o poder das autoridades políticas de exercer a coercitividade estatal de um modo substancialmente justo e sábio. Algumas teorias do direito, ao longo da história, defenderam que a legalidade promoveria a exatidão através de padrões pré-estabelecidos em detrimento de meras avaliações contemporâneas de alguma autoridade sobre o que seria justo ou sábio. Isso poderia ocorrer porque, por exemplo, em função de razões institucionais, históricas ou circunstanciais se acreditava que a opinião de legisladores do passado poderia realmente ser melhor do que uma decisão contemporânea – considerava-se que o direito pré-estabelecido era um repositório de sabedoria acumulada que seria mais confiável do que as decisões que são tomadas no calor do momento. Platão, por exemplo – apesar de reconhecer que essa concepção de legalidade poderia ser um obstáculo a exatidão caso as autoridades atuais fossem pessoas de grande conhecimento, discernimento e caráter (os reis filósofos), exatamente porque esse tipo de pessoa raramente está no poder – afirmava que “as pessoas que realmente detêm o poder são mal informadas, incompetentes, corruptas ou interesseiras, ou tudo isso ao mesmo tempo” e defendia que, por esse motivo, era melhor que as autoridades atuais fossem obrigadas a seguir o que se determinou no passado (DWORKIN, 2010, p. 245). Portanto, essa teoria estipularia uma concepção de legalidade altamente vinculada ao valor da exatidão, o que acarretaria num tipo específico de definição do que vem a ser o direito e como identificá-lo e aplicá-lo.

- **Eficiência**: Já Jeremy Bentham – apresentando por Dworkin como o fundador do positivismo jurídico inglês e um inovador em sua própria época – tinha uma concepção de moralidade política que valoriza o “bem maior para o maior número” e para assegurar a concretização desse propósito defendia a adoção de esquemas políticos “formulados detalhadamente, de preferência em complexos códigos jurídicos, e aplicados ao pé da letra”. Portanto, o positivismo jurídico é o corolário natural dessa compreensão específica (ou concepção) do valor da legalidade e, devido a essa mesma concepção, é impreterível que se excluam os critérios morais dessa equação, pois eles – por serem subjetivos e incertos – podem fazer com que a legalidade se torne objeto de concessões ao possibilitar que cidadãos e autoridades “sobreponham seu próprio julgamento àquele já estabelecido”, o que geraria não utilidade social, mas sim o caos. Destarte, toda a construção do positivismo jurídico seria baseada não só numa concepção específica da ideia de legalidade (baseada em valores que corroboram essa concepção), como também numa reinterpretação desses e de outros valores de forma a reforçar a ideia de legalidade defendida.

Portanto, os positivistas jurídicos podem defender sua concepção da legalidade, que insiste que a moral não é pertinente à identificação do direito, demonstrando quão bem a legalidade assim compreendida serve à eficiência e também a esses outros

valores. Essa defesa pressupõe, por certo, concepções particulares desses outros valores, e essas concepções podem ser e têm sido questionadas. Poder-se-ia argumentar que a eficiência política significa coordenar o comportamento de uma população de modo a encaminhá-la para objetivos virtuosos, por exemplo, e não simplesmente para quaisquer objetivos; que se faça a devida advertência, pelo menos em alguns contextos, por meio da promessa ou da ameaça de que os critérios morais serão aplicados na avaliação de comportamentos específicos; que o juízo crítico do grande público é estimulado, e não diminuído, por um entendimento "protestante" do direito que lhe permite divergir, em parte por motivos morais, das declarações oficiais sobre o que é exigido pelo direito; e que a democracia significa não apenas-governo da maioria, mas governo da maioria sujeito às condições, que são condições morais, que conferem imparcialidade a essa forma de governo. O positivismo rejeita essas e outras leituras alternativas – isto é, não apenas escolhe os valores políticos a serem enfatizados na elaboração de uma representação da legalidade, como também interpreta esses outros valores, de modo controvertido, à luz de sua própria concepção de legalidade. Não há nada de ameaçadoramente circular nessa complexa interação social; ao contrário, trata-se exatamente daquilo que requer o projeto filosófico de situar um valor político como a legalidade em uma rede de valores mais ampla. (DWORKIN, 2011, p. 249-250).

Dworkin procura demonstrar que a complexa interação conceitual defendida por sua proposta não é algo tão inovador ou revolucionário assim, já que as outras teorias do direito já a realizam, ainda que não o admitam – ou sequer tenham percebido esse fato.

- **Integridade política:** Embora o professor da *University College London* admita que a eficiência seja um valor importante e que deve ser considerada em qualquer concepção plausível de legalidade ou estado de direito, defende que existe outro valor também importante ao qual a legalidade pode servir não de forma a competir com a eficiência, mas com independência suficiente para oferecer uma concepção diferente dos objetivos da legalidade. Obviamente, Dworkin (2010, p. 250) defenderá a relação com a ideia de integridade política – tão relevante para sua teoria desde “O império do direito”, e aqui apresentada de forma mais simples e objetiva como “igualdade perante o direito [...] no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos”, sendo que a coerção ou punição arbitrária violaria esse importante aspecto da igualdade política – para a construção de uma concepção de legalidade.

Visando argumentar a favor de sua proposta, o autor afirma – embora sem efetivar maiores aprofundamentos nesse tópico – que a integridade tem sido um valor popular entre filósofos políticos há séculos e que sua relação com a ideia de Estado de Direito (ou legalidade) tem sido frequentemente notada, alegando ainda que os filósofos que defendem essa relação mais estrita entre os dois valores têm em mente uma igualdade substancial e não uma mera igualdade formal. Relembrando as conexões que buscou estabelecer entre a ideia de direito e de integridade em “*O império do direito*” (seção 1.2.6), faz uma interessante

observação no sentido que sua proposta representa “apenas um modo pelo qual a integridade e a legalidade podem ser mutuamente compreendidas” e que aqueles que não ficaram satisfeitos com sua elaboração não deveriam rejeitar a ideia geral por esse motivo, parecendo indicar que aceitaria a possibilidade de outras concepções de legalidade, com base na integridade, que não aquela veiculada em sua obra anterior.

Dworkin, através da exposição das relações desses três valores com a legalidade, tenta convencer-nos de que se a ideia de conceitos valorativos que precisam de interpretação, a ser feita por meio da escolha de valores que se relacionam numa “rede de convicções” e que se sustentam mutuamente, está equivocada, então, é necessário rever praticamente todas as teorias do direito que ocupam e ocuparam lugar de destaque no cenário jurídico, já que o procedimento acima descrito foi adotado por elas para a construção e defesa de suas propostas. Ou seja, toda teoria do direito influente utiliza alguma concepção de legalidade ou de Estado de Direito (portanto, é atrelada a algum conjunto de outros valores) para apresentar a forma como vislumbra a prática jurídica, o que significa que, necessariamente, fazem um juízo moral acerca dos valores que melhor atendem suas concepções de legalidade.

Como venho tentando afirmar há muitas páginas, não podemos identificar os critérios corretos para se decidir o que é, de fato, o direito sem apresentar e defender uma concepção de legalidade, e não podemos fazer isso sem decidir o que a legalidade realmente tem de bom, se é que tem algo. A teoria do direito é um exercício de moralidade política substantiva. Sem dúvida, não seremos bem-sucedidos se propusermos uma análise da legalidade que não tenha relação alguma com a prática jurídica: uma descrição bem-sucedida de qualquer valor deve permitir que a vejamos como uma descrição *desse* valor do modo como ele existe e funciona no contexto de um esquema de valores que compartilhamos. [...] Contudo, não existe apenas uma concepção de legalidade capaz de se ajustar bem; é por esse motivo que temos diferentes filosofias judiciais representadas até mesmo em um mesmo tribunal. A parte mais decisiva de um argumento jurídico é seu elemento moral. (DWORKIN, 2010, p. 252-253).

Portanto, a proposta dworkiniana se afirma como uma teoria capaz de auxiliar, mais do que suas concorrentes, na compreensão da prática jurídica e na inteligibilidade das proposições de direito, ao afirmar que a prática jurídica, o próprio direito e até mesmo as diferentes teorias jurídicas podem ser mais bem compreendidas a partir do pressuposto de que a análise sobre o verdadeiro sentido da legalidade e a forma como esse conceito político se relaciona com os demais valores políticos de uma sociedade é a chave para elucidar todas essas questões. A partir desse pressuposto, Dworkin argumenta que é possível fornecer uma concepção de *legalidade* que seja compatível com os outros valores que julgamos relevantes em nossa sociedade, ao mesmo tempo em que esses outros valores também devem ser reinterpretados para apoiar nossa ideia de legalidade, mas o próprio argumento acerca do

“valor do valor” necessariamente demanda uma tomada de posição que considera aspectos morais.

Nesse sentido, Dworkin (2010, p. 254-261) reafirma a escolha da legalidade como valor primordial para construção da “rede de convicções” e insistirá naquilo que repetiu ao longo de toda a obra: a defesa de Hart no sentido de que sua teoria é meramente neutra e descritiva não pode ser razoavelmente sustentada. Não é possível encontrar o conceito de direito através de “escavações neutras e arquimedianas de regras enterradas” como se o teórico do direito fosse um arqueólogo que busca descobrir a verdade que se encontra, embora finalizada, encoberta em algum lugar à espera de ser desvendada. Antes é necessário um processo de reflexão que considere os valores que julgamos relevantes e que, portanto devem ser utilizados na melhor construção possível desse conceito.

2 O DEBATE ALEXY-BULYGIN

Conforme já indicado na introdução deste trabalho, o debate entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin – sobre a definição do conceito de direito (e suas consequências) em função da existência ou não de conexões entre direito e moralidade – embora não seja tão conhecido em nosso país, ao menos quando comparado ao debate Hart-Dworkin, é bem difundido internacionalmente, mormente nos países de língua inglesa ou espanhola.²³⁶

Robert Alexy²³⁷ representa doutrina recorrentemente citada em diversas decisões pátrias, mormente em ações junto ao Supremo Tribunal Federal, o que justifica uma maior compreensão sobre suas opiniões específicas quanto à definição do conceito de direito.

Já no que concerne a Eugenio Bulygin²³⁸, o fato de ser um estudioso latino-americano pressupõe o aprofundamento sobre o conceito de direito que não apenas incorpore elementos das teorias europeias ou anglofalantes, mas que considere as especificidades do contexto dos

²³⁶ Cite-se, apenas exemplificativamente, a obra publicada em 2001 pela *Universidad Externado de Colombia* que traduziu para o espanhol e analisou os artigos iniciais que deram início à contenda entre os dois autores (*La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001). Importante mencionar também o *I Congreso Filosofía y Derecho: Neutralidad y teoría del derecho* – ocorrido em maio de 2010 e organizado pelas Universidades de Girona e Pompeu Fabra em conjunto com a editora Marcial Pons – que correspondeu à terceira etapa do debate entre Alexy e Bulygin.

²³⁷ Nasceu em 9 de setembro de 1945 em Oldenburg, na Alemanha. Em 1968, iniciou o estudo da ciência do direito e da filosofia, na Universidade Georg-August, em Göttingen. Na filosofia estudou, sobretudo, com Günther Patzig. De 1973 até 1976 esteve envolvido com a elaboração de sua obra “Teoria da argumentação jurídica”, trabalho que lhe rendeu, em 1982, o prêmio da classe histórico-filológica da Academia de Ciências de Göttingen. De 1978 até 1984, foi assistente docente de Ralf Dreier na cátedra de teoria do direito geral, em Göttingen. Em 1984, habilitou-se na Faculdade de Direito, da Universidade de Göttingen, para as disciplinas de direito público e filosofia do direito, sua habilitação foi feita por meio da obra “Teoria dos direitos fundamentais”. Seguiram-se representações de cátedras em Regensburg e Kiel. Após recusa de um chamamento da universidade de Regensburg, ele, em 1986, aceitou a proposta da Universidade Christian-Albrechts, em Kiel. Em março de 1991, ele recusou proposta da Universidade Karl-Franzenz, em Graz para ser o sucessor de Ota Weinberger. Em 1992 publicou o livro “O conceito e validade do direito”. De 1994 a 1998, ele foi presidente da seção alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (IVR). Em 1997, ele recebeu proposta da Universidade Georg-August, em Göttingen, para ser o sucessor de Ralf Dreier, que foi recusada em fevereiro de 1998, recusou. É, desde 2002, membro da Academia de Ciências de Göttingen. (PULIDO, 2008, 10-11) (HECK, 2011, p. 5-6)

²³⁸ Embora tenha nascido na Carcóvia (Kharkov em russo, Kharkiv em ucraniano e Járkov em espanhol – antiga cidade da União Soviética e, atualmente, parte da Ucrânia), em 25 de julho de 1931, e tenha realizado pesquisas e lecionado em diversos países de vários continentes, sua formação em direito (graduação em 1958 e doutorado em 1963 na Universidade de Buenos Aires) e sua atuação mais intensa como professor e pesquisador está vinculada aos países latino-americanos. Ocupou os cargos de professor e Decano da Faculdade de Direito da *Universidad de Buenos Aires*; foi investigador do *Consejo Nacional de Investigaciones y Técnicas de Argentina*; professor das universidades *Nacional de La Plata*, *del Centro de Altos Estudios de Ciencias Exactas*, de *Torcuato Di Tella*; foi professor visitante, entre outras, na *Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM*, *Instituto Tecnológico Autónomo de México*, *Universidad de Temuco/Chile*, e *Carabobo/Venezuela*, mormente à Argentina, país onde passou a viver desde 1949. Também foi presidente da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (IVR) de 1999 a 2003 e faz parte do conselho editorial dos periódicos *Doxa* (Alicante), *Crítica* (México), *Ideas y Derecho* (Buenos Aires), *Isonomía* (México) e *Ratio Juris* (Oxford).

países da América do Sul e, desta forma, com possibilidade de contribuir para uma teoria mais próxima à realidade brasileira.

Ademais, com o falecimento tanto de Hart (1992) como, mais recentemente, de Dworkin (2013), estabelecer uma continuidade do debate a partir de autores ainda atuantes pode colaborar para um entendimento mais contemporâneo sobre o estado da arte da discussão.

O texto de Eugenio Bulygin, que inicia o debate com Robert Alexy, faz referência primordialmente ao artigo “*On Necessary Relations Between Law and Morality*”, publicado em 1989 na revista *Ratio Juris*, e à obra “*Begriff und Geltung des Rechts*” (Conceito e Validade do Direito) originalmente publicado em 1992. Por este motivo, é relevante apresentar os principais argumentos, sobre as conexões entre direito e moralidade, utilizados por Alexy nessas obras, ainda que Bulygin se concentre em apenas alguns destes pontos, conforme será apresentado ao longo das próximas seções.

2.1 A teoria inicial de Robert Alexy

Resumidamente, conforme indica o autor no *abstract* do artigo “*On Necessary Relations Between Law and Morality*”, sua tese principal consiste em afirmar que existe uma **conexão conceitualmente necessária** entre **direito e moralidade**, fundada no argumento de que tanto normas legais e decisões judiciais, individualmente consideradas, quanto o próprio ordenamento jurídico como um todo necessariamente instituem/levantam/formulam/promovem/reivindicam/erigem/estipulam²³⁹ uma **pretensão de correção** (*claim to correctness*). Se tal relação conceitual for confirmada, o positivismo jurídico fracassaria enquanto teoria capaz de explicar de forma apropriada o conceito de direito (ALEXY, 1989, p. 167).

Preliminarmente à defesa de sua proposta, Robert Alexy apresenta alguns conceitos e análises que considera essenciais para a adequada compreensão de sua teoria, iniciando pelos elementos fundamentais que integrariam o conceito de direito, bem como o tema que considera o divisor fundamental entre positivistas e não positivistas: a *tese da separação* e a *tese da conexão*.

²³⁹ São diversos os verbos utilizados nas diferentes obras traduzidas para o português, sendo certo que nas obras em inglês o autor utiliza, na imensa maioria das vezes, o verbo *to raise*.

2.1.1 Conceitos de Direito

Alexy sustenta que a adequada definição do conceito de direito depende da melhor interpretação e da melhor forma de relacionar três **elementos principais**: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade (*element of authoritative decision; issuance in accordance with the system* ou *authoritative issuance*)²⁴⁰, o da *eficácia social* (*element of social effectiveness ou social efficacy*) e o da *correção material* (*correctness of content*).²⁴¹

A relevância ou peso dado a cada um desses elementos, a interpretação destes e a correlação estabelecida entre eles seria responsável pela existência das diferentes teorias acerca do conceito de direito. Exemplificativamente,

Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias. (ALEXY, 2009a, p. 15)

²⁴⁰ Esse é outro termo cuja tradução para a língua portuguesa apresenta diversas variações, além de “legalidade conforme o ordenamento” e “legalidade dotada de autoridade” (ALEXY, 2009a): “legalidade autoritativa” ou “estabelecimento em conformidade com o ordenamento” (TRIVISONNO, 2014, p. 1-32) e (ALEXY, 2014a, p. 242; 272; 301; 310); “produção formalmente adequada” (ALEXY, 2010b, p. 9); “promulgação normativa” ou “promulgação autoritativa” (ALEXY, 2014b) “produção autoritativa” (LEAL, 2017, p.267); “fatos sociais da decretação” ou “decretação de acordo com a ordem” (ALEXY, 2011a); “emissão autoritativa” (TOLEDO, 2017, p. 8); “validade formal da norma” (BARROSO, 2018, p. 54), dentre outros.

Interessante observar que o próprio Alexy, embora se utilize a expressão “legalidade conforme o ordenamento” com mais frequência, faz uma observação relevante logo no início de sua obra *“Begriff und Geltung des Rechts”*, onde parece ter desdobrado esse primeiro elemento fático (*element of authoritative decision*) em dois, explicando: “As expressões ‘**legalidade conforme o ordenamento**’ e ‘**legalidade dotada de autoridade**’ podem ser empregadas como sinônimas ou não. São empregadas como sinônimas quando se referem, em igual medida, a normas que estatuem a competência para o estabelecimento de normas, ou seja, que determinam quem esta autorizado a estabelecer normas e de que forma. Ao estabelecer os critérios para a legalidade conforme o ordenamento, essas normas fundamentam a autoridade normativa. O que é estabelecido conforme o ordenamento também acaba sendo, sob essa condição, estabelecido com autoridade e vice-versa. Em contrapartida, as duas expressões não são empregadas como sinônimas quando apenas a expressão ‘**legalidade conforme o ordenamento**’ [*issuance in accordance with the system*] refere-se a normas de competência, e a expressão ‘**legalidade dotada de autoridade**’ [*authoritative issuance*] remete apenas ou também ao poder fático para o estabelecimento de normas. Aqui é suficiente indicar essas variantes de significado. Como o fator do poder pode ser classificado como aspecto da efetividade da eficácia social, ambas as expressões serão empregadas, na sequência, como sinônimas. Na maioria das vezes, falar-se-á apenas em ‘legalidade conforme o ordenamento’.” (ALEXY, 2009a, p. 4, grifo nosso).

²⁴¹ Vale-se aqui dos termos em inglês utilizados no artigo de 1989 e na tradução *“The argument from injustice: a reply to legal positivism”* (que são diferentes), bem como na tradução “Conceito e validade do direito” para o português.

2.1.2 Tese da separação e tese da conexão (ou vinculação)

Segundo autor, todos os positivistas jurídicos defendem a **tese da separação** (*Trennungsthese*). No texto de 1989, afirma que esta teoria defende que o conceito de direito deve ser definido de um modo que não inclua nenhum elemento de moralidade.²⁴² Posteriormente, já na obra “*Begriff und Geltung des Rechts*”, a tese é apresentada de forma mais complexa:

Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão **conceitualmente necessária** entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser.²⁴³

Consequentemente, restariam somente dois elementos de definição para o conceito positivista de direito: o elemento da legalidade conforme o ordenamento e o elemento da eficácia social. Alexy reconhece que esse dois elementos podem ser interpretados e combinados de diferentes formas, motivo pelo qual existiria uma pluralidade expressiva de conceitos positivistas. Mas, as diferentes versões do positivismo jurídico teriam como ponto de convergência a compreensão de que o conceito de direito depende exclusivamente do que é *estabelecido e/ou eficaz*.²⁴⁴

Sendo assim, do ponto de vista da formação do direito, o autor afirma que a tese do positivismo jurídico, por identificar o direito com a lei²⁴⁵, “deve afirmar que, nos *casos duvidosos*, a decisão é determinada por *fatores extrajurídicos*” (ALEXY 2009a, p. 11-12, grifo nosso).

De outro lado, todas as teorias não positivistas argumentariam a favor da **tese da conexão** (*Verbindungsthese*), por meio da qual o conceito de direito é definido de um modo que contenha elementos de moralidade. Apesar desta definição, o autor ressalta que nenhum não positivista respeitável exclui os elementos de definição positivista do conceito de direito, mas, para além daquelas características que se orientam por fatos reais, necessariamente se

²⁴² “All positivist theories plead for the thesis of separation. This says that the concept of law is to be defined in a way that includes no elements of morality whatsoever.” (ALEXY, 1989, 167).

²⁴³ (ALEXY, 2009a, p. 3, grifo nosso).

²⁴⁴ “[...] for a positivist theory, only two elements of definition remain: the element of authoritative decision and the element of social effectiveness.” (ALEXY, 1989, p. 167-168). “Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz.” (ALEXY, 2009a, p. 4).

²⁴⁵ Como se verá mais a frente (seção 2.4.1.4), Bulygin (2013, p. 55) contestará essa visão daquilo que considera uma “forma obsoleta de positivismo”.

incluiriam elementos morais. O autor enfatiza que, assim como indicado nas teorias positivistas, também existe uma variedade significativa de teorias não positivistas, em função das interpretações e ponderações possíveis (ALEXY, 1989, p. 168).

No que concerne à formação do direito, portanto, como o não positivista não identifica o direito com a lei, a decisão jurídica, mesmo nos casos difíceis ou duvidosos, “também *pode ser determinada pelo direito*, se a lei não estipular de modo coercitivo”. Mas, no que concerne aos resultados práticos das interpretações e decisões judiciais, é interessante observar a ressalva no sentido de que “as distintas concepções a respeito do que é direito **não** levam **necessariamente** a resultados distintos, mas podem levar” (ALEXY, 2009a, p. 12).

2.1.2.1 A relevância prática do debate sobre o conceito de direito

Alexy (2009a, p. 6) apresenta dois casos que considera emblemáticos – por serem “incomuns” – para auxiliar na compreensão sobre a relevância do debate acerca do conceito de direito, bem como sobre as consequências práticas desse debate.

O primeiro se refere ao “11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*”, de 25 de novembro de 1941 – que, por motivos racistas, determinou que os judeus emigrados fossem privados da cidadania alemã.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1954, precisou decidir se um advogado judeu presumidamente falecido, que havia emigrado para Amsterdam pouco antes da Segunda Guerra Mundial, deveria ou não ser considerado cidadão alemão. Em função do suposto falecimento, não se poderia simplesmente “devolver” sua cidadania, conforme disposição do artigo 116, §2 da Lei Fundamental:

Pessoas que possuíam anteriormente a nacionalidade alemã e dela foram privadas, entre os dias 30 de janeiro de 1933 e 8 de maio de 1945, por motivos políticos, raciais ou religiosos, assim como os seus descendentes, recuperarão a seu pedido a nacionalidade alemã. Será considerada inválida a sua perda da nacionalidade, desde que essas pessoas tenham estabelecido o seu domicílio na Alemanha após o dia 8 de maio de 1945 e não tenham expressado desejo em contrário.

O Tribunal Constitucional Federal decidiu que o advogado nunca havia perdido sua cidadania alemã, uma vez que o 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich* era nulo ab initio.

O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época do regime nacional-

socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça [...]. Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de **negar** aos dispositivos “jurídicos” nacional-socialistas **sua validade como direito**, uma vez que eles **contrariam os princípios fundamentais da justiça** de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos **estaria pronunciando a injustiça, e não o direito** [...].

O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma **medida tão insustentável** que ele foi considerado nulo *ab initio* [...]. Esse decreto **tampouco se tomou eficaz** por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela “desnaturalização” declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito **não se torna direito por ser aplicada e observada**. (ALEXY, 2009a, p. 7-8, grifo em negrito nosso)

O segundo caso trata da admissibilidade de uma decisão judicial *contra legem*. O § 253 do Código Civil alemão (*BGB - Bürgerliches Gesetzbuch*), não permitia a indenização em dinheiro por danos imateriais, salvo expressa previsão legal. Todavia, o Tribunal Constitucional Federal não se ateu a essa regra no caso em comento.

Tratava-se de Reclamação Constitucional ajuizada pela Editora Axel-Springer (uma das maiores do país), contra decisões judiciais condenatórias em função de publicação de uma “entrevista exclusiva” – que, na verdade, nunca ocorreu – da princesa Soraya (ex-mulher do então xá do Irã).

O tradicional vínculo do juiz à lei, um componente fundamental do princípio da divisão dos poderes e, portanto, do princípio do Estado de direito, transformou-se na *Grundgesetz*, em todo caso segundo sua formulação, na concepção de que **o Judiciário está vinculado à “lei e ao direito”** (Art. 20 III GG). Com isso, **rejeitou-se, segundo opinião geral, um positivismo jurídico estrito**. A fórmula mantém a consciência de que direito e lei, embora geralmente ocorra na prática, não coincidem sempre e necessariamente. **O direito não é idêntico ao conjunto das leis escritas**. Ao par das normas positivas do poder estatal, pode existir, dadas certas circunstâncias, um plus em Direito, cuja fonte se encontra na **ordem jurídica constitucional como uma unidade de sentido** e que **pode agir como corretivo em face da lei escrita**. É tarefa do Judiciário interpretá-lo e concretizá-lo. O juiz não é obrigado pela *Grundgesetz* a aplicar as instruções legislativas ao caso concreto nos limites do significado literal possível. Tal entendimento pressuporia categoricamente a ausência de lacunas na ordem jurídica estatal positiva, uma situação que é defensável como postulado do princípio da segurança jurídica, mas que é, na prática, inalcançável. **A atividade jurisdicional não consiste somente em reconhecer e pronunciar as decisões do Legislativo**. A tarefa do Judiciário **pode exigir especialmente que se tragam à luz e que se concretizem**, nas decisões judiciais, **ideais axiológicos iminentes à ordem jurídica constitucional**, mas que não lograram integrar expressamente, total ou mesmo parcialmente, os textos das leis escritas, num ato de reconhecimento valorativo ao qual não faltam elementos cunhados na vontade. **O juiz deve, nesse ponto, manter-se livre de [cometer] arbitrariedades**. Sua decisão deve basear-se em **argumentação racional**. Deve poder ser **demonstrado que a lei escrita não realiza sua função de solucionar um problema jurídico**. A decisão judicial preenche, então, essa lacuna de acordo com os parâmetros da razão prática e com “ideias gerais de justiça aceitas pela sociedade” (BVerfGE 9, 338 [349]).

Essa tarefa e competência do juiz para “criadora interpretação do direito” **nunca foram** – em todo caso sob a vigência da *Grundgesetz* – em princípio **contestadas** [...].

Questionáveis podem ser somente os limites que devem ser impostos a uma tal interpretação criadora do direito sob observância daquele que, em razão do Estado de direito, é **um princípio indispensável: o vínculo do Judiciário à lei**. Eles não podem ser sintetizados em uma fórmula que seja igualmente válida para todas as áreas do direito e para todas as relações jurídicas por elas criadas ou regidas. (SCHWABE, 2005, p. 868-869, grifo em negrito nosso)

Para Alexy, a frase “O direito não é idêntico ao conjunto das leis escritas” tem importância expressiva não apenas nos casos de decisões *contra legem*, mas também para todos os chamados “casos duvidosos”.²⁴⁶

Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa e a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão **também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo**. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar. (ALEXY, 2009a, p.11-12, grifo nosso)

2.1.3 Distinções necessárias para a adequada compreensão do debate

Alexy reconhece que na análise sobre a conexão entre direito e moral estão envolvidos diversos pressupostos e concepções diferentes, portanto, os defensores de cada tese podem, sem perceber esse fato, estar debatendo sobre questões correlatas, mas muito distintas.²⁴⁷

Visando fundamentar sua proposta, bem como esclarecer os pressupostos dos quais ele parte, o autor apresenta um quadro ou estrutura conceitual baseado em algumas distinções²⁴⁸ acerca dos conceitos de direito.

²⁴⁶ “Existirá um caso duvidoso, por exemplo, quando a lei a ser aplicada for imprecisa e as regras da metodologia jurídica não levarem necessariamente de modo exato a um resultado”. (ALEXY, 2009a, p.11)

²⁴⁷ Alexy (1989, p.172) utiliza a expressão “*talk at cross-purposes*” que, de acordo com o Cambridge Dictionary, significa: “If two or more people are **at cross purposes**, they do not understand each other because they are **talking about different subjects without realizing this**”. Disponível em:

<<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/cross-purposes>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

²⁴⁸ Alexy (2009a, p. 32-33) admite que possam ser concebidas outras possibilidades de distinção além das que foram por ele indicadas. Além disso, é interessante perceber que o número de distinções apresentadas foi sendo modificado, ao longo dos anos, nos artigos apresentados pelo autor. Apenas exemplificativamente, no texto de 1989 eram apresentadas apenas quatro distinções (embora o autor já indicasse a relevância da distinção entre *argumentos analíticos e argumentos normativos*, esta não era apresentada, especificamente, no rol de seu “*conceptual framework*”, o que já foi aprimorado na versão em língua inglesa de “Conceito e validade do direito” – “*The argument from injustice: a reply to legal positivism*” – publicada em 2001, adaptação que não ocorreu nas traduções para o português e espanhol que se basearam na versão original em alemão). Já no texto publicado também em 1992 (Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs. In: KRAWIETZ, W.; WRIGHT, G. H. (Orgs.) **Öffentliche oder private Moral?** Festschrift für Ernesto Garzón Valdés. Berlin:

<i>Conceitos</i> de direito	que omitem a validade	que incluem a validade
Tipos de <i>Argumentos</i>	<i>analíticos</i> (conceitualmente necessários)	<i>normativos</i> (normativamente necessários)
Enfoque	normas isoladas	sistema jurídico
Tipo de <i>Sistema</i> jurídico	sistema de normas	sistema de procedimentos
<i>Perspectiva</i>	do observador	do participante
Tipos de <i>conexão</i> entre direito e moral	classificadora ou classificatória	qualificadora, qualificatória ou ideal
Limiar <i>vs.</i> cotidiano	argumento da injustiça	argumento dos princípios

Quadro 1: Distinções relevantes para a compreensão da proposta de Alexy. Fonte: elaborado pelo autor com base nos textos indicados na nota de rodapé imediatamente anterior ao quadro.

2.1.3.1 Conceitos de direito omitindo a validade e incorporando a validade

Uma das distinções reside na possibilidade de definição de conceitos de direito que *excluem* ou que *incluem* o debate sobre questão da *validade*, ou seja, neste último caso, que permitam “uma inclusão do contexto institucional da formulação, da aplicação e da imposição do direito nesse conceito”. Alexy (2009a, p. 28-29) alega que, para o debate sobre a relação entre direito e moral, dever-se-ia selecionar um conceito de direito que inclua o conceito de validade, visando evitar a “trivialização” do problema de “definir o direito como uma classe de normas do comportamento exterior, sem antes relacioná-lo à dimensão da validade” para, após, “afirmar que não poderia haver uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral porque seria possível imaginar normas do comportamento exterior com qualquer conteúdo”.

2.1.3.2 Argumentos analíticos e normativos

Duncker & Humblot, 1992, p. 85-108) o autor indica seis distinções (mais uma vez, embora abordasse a diferença entre *normas isoladas* e *sistema jurídico*, bem como entre o argumento da *injustiça* e o argumento *dos princípios*, não havia incluído anteriormente estas distinções na parte que denominou como “quadro conceitual”. Por outro lado, não indicou neste último texto, dentre as distinções, a diferença entre os conceitos de direito *isentos* e *não isentos* de validade, mantida na obra “Conceito e validade do direito”.

Robert Alexy (1989, p. 168 e 2009a, p. 24-25) afirma que tanto a tese da separação quanto a tese da conexão, apesar de indicarem como o conceito de direito deve ser definido, apenas formulam o resultado de uma argumentação, porém, sem apresentar os argumentos que a sustentariam.

Diante disso, o autor defende que tais argumentos poderiam ser divididos em dois grupos:²⁴⁹ os **argumentos analíticos** (ou conceitualmente necessários) que se relacionam às *razões conceituais* (apresentam-se argumentos analíticos sobre o conceito do direito quando, por exemplo, se afirma que a inclusão de elementos morais nesse conceito seria necessária, impossível ou simplesmente possível *conceitualmente*) e os **argumentos normativos** (ou normativamente necessários) que se relacionam com o alcance de determinados *objetivos* (por exemplo, “a alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantiria segurança jurídica, ou a afirmação, em prol da tese da vinculação, de que ela seria capaz de oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal”)²⁵⁰ ou *valores* (os direitos humanos) ou, ainda, com o cumprimento de determinadas *normas* (como a vedação à retroatividade das leis)²⁵¹. Sendo certo que, conforme os exemplos acima indicam, Alexy entende que podem ser apresentados argumentos analíticos e normativos tanto favoráveis quanto contrários às teses da separação e da conexão.

Para Alexy (2009a, p. 25-26), o argumento analítico mais importante para as teorias positivistas consiste na afirmação “de que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”, ou seja, a *tese da separação*. Sendo que a defesa da versão

²⁴⁹ Interessante observar que no texto de 1989, “*On Necessary Relations Between Law and Morality*”, apresentava-se três categorias de argumentos, incluindo os argumentos *empíricos*, que seriam aqueles que se baseiam na descrição de determinado uso da linguagem ou prática, ou ainda, aqueles que se referem a necessidades fáticas (Alexy, 1989, p. 168). Todavia, em “Conceito e Validade do Direito”, publicado três anos depois, afirma-se que esse tipo de argumento, ao menos no que concerne à definição do conceito de direito, estaria integrado nos argumentos analíticos ou nos argumentos normativos: “É uma tese empírica a que afirma que um sistema jurídico que não protege nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade de um sujeito de direito qualquer não tem perspectiva alguma de vigência permanente. Mas a proteção da vida, da liberdade e da propriedade também é uma exigência moral. Portanto, pode-se dizer que o cumprimento de determinadas exigências morais mínimas é faticamente necessário para a vigência permanente de um sistema jurídico. O argumento empírico conduz exatamente até esse ponto, e não além. Para lançar a ponte até o conceito de direito, é preciso inseri-lo num **argumento analítico** que diga que, por *razões conceituais*, apenas os sistemas que têm uma vigência permanente são sistemas jurídicos. Por outro lado, a inserção num **argumento normativo** acontece, por exemplo, quando, para determinada definição de direito, apresenta-se como argumento a tese empírica de que determinados *objetivos*, como a sobrevivência, só podem ser alcançados quando o direito produz determinados conteúdos juntamente com a premissa normativa de que esse objetivo deve ser alcançado.” (ALEXY, 2009a, p. 25, grifo nosso).

²⁵⁰ (ALEXY, 2009a, p. 26).

²⁵¹ (ALEXY, 2006, p. 84).

universal desse argumento demandaria duas etapas, cada uma relacionada especificamente com um dos tipos de argumentos apresentados:

A positivist who wants to defend the universal version of the thesis of separation with any chance of success has therefore to make **two claims**. Firstly, he has to **deny any conceptually necessary connection** between law and morality on an *analytical level*, and secondly, on a *normative level*, he has to claim that there are **better reasons** for a definition independent of morality than for a definition that includes morality. (ALEXY, 1989, p. 170, grifo nosso)

Todavia, segundo o autor, enquanto um *positivista* precisa necessariamente defender o argumento *analítico* de que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, sob pena de derrocada da tese da separação, o *não positivista* não estaria comprometido com a defesa de qualquer posição específica no nível dos argumentos analíticos. Isto porque, embora possa advogar a favor de uma conexão *conceitualmente* necessária (e se conseguir comprová-la, terá demonstrado a vitória do não positivismo), pode também renunciar a ela, concentrando-se em demonstrar, através de argumentos *normativos*, que o conceito de direito deve ser definido mediante a inclusão de elementos morais.²⁵²

Apesar dessa afirmação, reitera o autor que a essência de sua teoria consiste na existência de uma conexão *conceitualmente* necessária entre direito e moral, embora defenda que os argumentos normativos têm um relevante papel na definição do conceito de direito, parecendo indicar uma relação de suplementação e reforço entre os argumentos analíticos e normativos:

Verificar-se-á, em primeiro lugar, que o **argumento conceitual tem apenas um alcance limitado** e, em segundo, que ele dispõe apenas de uma força limitada. Fora do alcance do argumento conceitual, e para ampliar sua força, fazem-se necessários argumentos *normativos*. A tese afirma, primeiramente, que **existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral** e, em segundo lugar, que **existem razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito**. Em parte, tais razões reforçam a conexão conceitualmente necessária e, em parte, excedem essa conexão. Resumindo: **existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral**. (ALEXY, 2009a, p. 27, grifo nosso)

2.1.3.3 Normas isoladas e sistema jurídico como um todo

²⁵² Ressalte-se a incorreção na tradução da versão portuguesa de “Conceito e Validade do Direito” ao afirmar que “Poderá tentar apoiar em argumentos normativos sua tese de que o conceito de direito deve ser definido mediante a inclusão de **argumentos normativos**” (Alexy, 2009a, p. 26, grifo nosso). O equívoco pode ser demonstrado pelo contraste com a edição norte-americana “*The argument from injustice: a reply to legal positivism*” que indica “He can appeal to normative arguments in attempting to support his thesis that the definition of the concept of law is to incorporate **moral elements**” (ALEXY, 2002, p. 21, grifo nosso).

Outro ponto relevante para a teoria alexyana consiste na distinção entre o sistema jurídico, considerado em sua integralidade, e as normas jurídicas consideradas isoladamente. Tal diferenciação é fundamental para a compreensão adequada de diversos outros argumentos do autor (perspectiva do observador e do participante, pretensão de correção, argumento de injustiça e as conexões classificadoras e qualificadoras) que tem relação direta com a possibilidade de perda de juridicidade, pois as conclusões estabelecidas em situações pontuais não serão necessariamente as mesmas que aquelas relacionadas ao sistema em sua plenitude. Em outras palavras, “a questão da relação entre direito e moral deve ser respondida de forma diferente quando se trata de normas isoladas de quando se trata de sistemas jurídicos como um todo”²⁵³, ou seja, “o que é válido para normas isoladas pode não valer para um sistema jurídico como um todo”.²⁵⁴

2.1.3.4 Sistemas jurídicos como norma e como procedimento

A distinção entre o sistema jurídico como um sistema de normas e como um sistema de procedimentos também é indicada como diferença relevante para a tese de Alexy. Como *sistema de procedimentos*, o ordenamento jurídico seria um sistema de ações que se apoia e é guiado por regras, ações através das quais normas são estabelecidas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e executadas, portanto, tendo como objeto o seu aspecto interno. Já como um *sistema de normas* o ordenamento jurídico seria um sistema de resultados ou produtos de procedimentos de criação de normas, independentemente da origem ou características desses procedimentos, portanto, relacionado ao seu aspecto externo.

²⁵³ (ALEXY, 2014a, p. 275).

²⁵⁴ (ALEXY, 2014a, p. 253). Alexy baseia essa afirmação no raciocínio efetuado por Hart, em seu artigo de 1958 “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”: “After all, it may be urged, we have learned that **there are many things which are untrue of laws taken separately, but which are true and important in a legal system considered as a whole**. For example, the connection between law and sanctions and between the existence of law and its “efficacy” must be understood in this more general way. It is surely not arguable (without some desperate extension of the word “sanction” or artificial narrowing of the word “law”) that every law in a municipal legal system must have a sanction, yet it is at least plausible to argue that a legal system must, to be a legal system, provide sanctions for certain of its rules. So too, a rule of law may be said to exist though enforced or obeyed in only a minority of cases, but this could not be said of a legal system as a whole. Perhaps the differences with respect to laws taken separately and a legal system as a whole are also true of the connection between moral (or some other) conceptions of what law ought to be and law in this wider sense”. (HART, 1958, p. 621).

Alexy indica que essa diferenciação se aproxima daquela defendida por Lon Fuller²⁵⁵, em 1964, – apesar de reconhecer que a definição de conceitos nas áreas científicas costumeiramente se concentra muito mais nos *resultados* do que na *atividade* da qual estes produtos resultam²⁵⁶ – quando já falava sobre a clara separação entre o *esforço intencional* existente na elaboração do direito (direito como atividade)²⁵⁷ e o *direito* que de fato emerge desse esforço (direito como produto ou resultado).²⁵⁸

Suppose [...] *A* and *B* are two persons in conscious and lively interaction with one another. *A* and *B* may, for example, have entered upon some common undertaking. They have not yet settled on the terms of their collaboration, but as the venture gets under way they begin to negotiate, by words explicitly and by actions tacitly, a kind of constitution regulating their relations with one another. **Each is orienting his words, signs, and actions by what he thinks the other seeks and in part also by what he thinks the other thinks he seeks.** Here there emerges from the parties' interactions no hard factual datum that can be set off against the purposes that brought it into existence. The quality and terms of the parties' emergent relationship - its "laws" if you will – constitute an important social reality, but **it is a reality brought into being and kept alive by purposive effort and by the way each of the parties interprets the purposes of the other.**

What I have just been trying to convey is brought to eloquent expression in the following passage from a treatise on interactional sociology: "**Reality**, then, **in** this distinctively **human world**, is not a hard immutable thing but is fragile and adjudicated – **a thing to be debated, compromised, and legislated.**" (FULLER, 1969, p. 194-195, grifo nosso).

O que Alexy parece defender é que o sistema jurídico não pode ser considerado somente como o *resultado* ou *produto* objetivo dos procedimentos de criação de normas, mas também (e possivelmente com mais ênfase) como um sistema onde as razões, os motivos e os propósitos, que foram responsáveis por fundamentar os procedimentos de produção de normas, também fazem parte do sistema.²⁵⁹

2.1.3.5 Perspectivas do observador e do participante

²⁵⁵ Foi professor da Universidade de Harvard, sendo reconhecido mundialmente em função de sua obra "*The case of the speluncean explorers*" ("O caso dos exploradores de cavernas").

²⁵⁶ (FULLER, 1969, p. 119).

²⁵⁷ "[...] law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules. Unlike most modern theories of law, this view **treats law as an activity** and regards a legal system as the product of a **sustained purposive effort**". (FULLER, 1969, p. 106).

²⁵⁸ "[...] a neat separation between the purposive effort that goes into the making of law and the law that in fact emerges from that effort". (FULLER, 1969, p. 193).

²⁵⁹ (ALEXY, 2009a, p. 88) Essa proposta permite compreender a defesa de que os argumentos da injustiça e dos princípios estão inseridos no sistema jurídico.

O autor indica que essa distinção “é semelhante à encontrada por Herbert Hart entre um ponto de vista interno e outro externo (*internal / external point of view*)”.²⁶⁰ Embora, sem apresentar maior aprofundamento, alerte que “não se pode falar de uma correspondência em todos os aspectos já pelo próprio fato de a distinção de Hart ser ambígua”.²⁶¹ Visando minimizar essa ambiguidade, enfatiza que a distinção será considerada com a seguinte interpretação:

adota a *perspectiva do participante* aquele que, em um sistema jurídico, **apresenta argumentos** sobre aquilo que esse sistema jurídico **comanda, proíbe e permite**, bem como sobre suas **atribuições de poder**. No centro da perspectiva do participante está **o juiz**. Quando outros participantes, por exemplo, cientistas do direito, advogados ou cidadãos interessados no sistema jurídico, apresentam argumentos a favor ou contra determinado conteúdo do sistema jurídico, eles se referem, no final das contas, a **como um juiz deveria decidir se ele quisesse decidir de forma correta**. Ao contrário, adota a *perspectiva do observador* aquele que **não** pergunta **qual é a decisão correta** em determinado sistema jurídico, **mas como em determinado sistema jurídico de fato se decide**. Um exemplo de um tal observador é o americano branco [...] que quer viajar com sua esposa negra pela África do Sul, sob a vigência das leis do *Apartheid*, e que pensa nos detalhes jurídicos de sua viagem. (ALEXY, 2014a, p. 278, grifo em negrito nosso)

O que Alexy busca defender – fazendo referência específica à distinção anterior – é que para um participante, o sistema jurídico não pode ser considerado apenas como um *sistema normativo* (onde o que importa é o produto do procedimento), mas também um *sistema de procedimentos*, ou seja, que as razões e motivos que ele considera no procedimento de decisão e de fundamentação são não apenas relevantes, mas fazem parte do próprio procedimento (ALEXY, 2009a, p. 88).

Exatamente por isso, o autor afirma que a perspectiva do observador é mais favorável ao positivismo jurídico, enquanto a perspectiva do participante favorece o não positivismo (ALEXY, 2001c, p. 83).

Esta distinção é, até os dias atuais, fonte de substancial divergência entre positivistas e não positivistas.

²⁶⁰ A diferenciação específica de Hart foi apresentada na seção 1.1.1.

²⁶¹ (ALEXY, 2009a, p. 30-31).

2.1.3.6 Conexões classificadoras/classificatórias e conexões qualificadoras/qualificatórias (ou ideais)²⁶²

Uma das distinções mais relevantes concerne a dois tipos possíveis de conexão entre o direito e a moral: a classificatória e a qualificatória. A *conexão classificatória* ocorreria quando normas ou sistemas de normas que não satisfazem determinados critérios morais não são normas ou sistemas *jurídicos*. A fórmula de Radbruch, por exemplo, estabelece uma conexão classificatória: “*pode* haver leis tais, com um **tal grau de injustiça e de nocividade** para o bem comum, que **toda a validade** e até o **carácter de jurídicas** não poderão jamais deixar de lhes ser **negados**”.²⁶³

Ao contrário, indica-se apenas uma *conexão qualificatória* “quando se diz que normas ou sistemas normativos que não satisfazem um determinado critério moral podem ser normas ou sistemas jurídicos, mas são normas jurídicas ou sistemas jurídicos defeituosos”. Ressalte-se que tal defeito não seria simplesmente um defeito moral, mas também um defeito jurídico (ALEXY, 2009a, p. 31).

É interessante perceber que essa distinção tem forte inspiração na obra de Radbruch, não só em relação à conexão classificatória, mas também no que concerne a conexão qualificatória. O trecho abaixo, retirado de uma obra de 1946, demonstra isso:

The **conflict between justice and legal certainty** may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, **unless** the conflict between statute and justice **reaches such an intolerable degree** that the statute, as ‘**flawed law**’, must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of **statutory lawlessness** and **statutes that are valid despite their flaws**. One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: Where there is **not even an attempt at justice**, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, **then the statute is not merely ‘flawed law’, it lacks completely the very nature of law**. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice. (RADBRUCH, 2006, p. 10, grifo nosso)

²⁶² Os termos utilizados variam de acordo com as diferentes traduções, para a língua portuguesa, de obras de Alexy: *classificadoras* vs. *qualificadoras* são utilizados em “Conceito e validade do direito” (ALEXY, 2009a, p. 31) e *definitória/classificatória* vs. *qualificatória* são utilizados em “Teoria discursiva do direito” (ALEXY, 2014a, p. 247-248; 276-277). Especificamente quanto ao termo “*definitória*”, o autor escreve uma nota interessante em seu artigo “*Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs*” (Defesa de um conceito de direito não-positivista), de 1992: “No passado, falei de uma conexão ‘definitória’ ao invés de uma conexão ‘classificatória’; cf. R. Alexy (nota 2), *Zur Kritik des Rechtspositivismus* [...]. **A mudança da terminologia é necessária**, porque também a conexão qualificatória é elemento de uma definição completa do direito”. (ALEXY, 2014a, p. 276-277, grifo nosso)

²⁶³ Desenvolvida em 1945 quando Radbruch reviu parcialmente aquilo que tinha defendido antes da Segunda Guerra Mundial (RADBRUCH, 1974, p. 417, grifo em negrito nosso).

Alexy (2009a, p. 31-32, grifo nosso) afirma que os argumentos que sustentam a conexão qualificadora se fundamentam “na suposição de que *ideais jurídicos* estão necessariamente contidos na realidade de um sistema jurídico”, motivo pelo qual entende que se poderia falar de uma “*conexão ideal*”.

2.1.3.7 O Argumento da injustiça e o argumento dos princípios

No artigo “*Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs*” (Defesa de um conceito de direito não-positivista), de 1992, Alexy faz uma breve observação sobre a distinção entre os argumentos da injustiça e dos princípios:

O *argumento da injustiça* é idêntico à fórmula de Radbruch. Ele tem como objeto uma **situação de exceção** do sistema jurídico: a de leis extremamente injustas. O *argumento dos princípios* aponta, ao contrário, para o **dia a dia do sistema jurídico**. Ele afirma que todo sistema jurídico desenvolvido **contém princípios** que, já com base em sua estrutura, **estabelecem**, no processo da aplicação jurídica, uma **conexão necessária entre direito e moral**. (ALEXY, 2014a, p. 276, grifo em negrito nosso)

Portanto, o argumento da injustiça consiste na tese da perda qualidade jurídica em função de se ultrapassar um limiar de injustiça ou iniquidade. Segundo Alexy, este é exatamente a tese da vinculação relacionada a uma conexão classificadora com base na fórmula de Radbruch.

Verificar-se-á mais à frente que, para Alexy, essa perda do caráter jurídico não depende apenas dessa injustiça, mas também dependerá da perspectiva considerada (do observador ou do participante), bem como do fato de se analisar normas isoladas ou o sistema jurídico como um todo.

Já o argumento dos princípios tem relação com o debate sobre a discricionariedade judicial²⁶⁴, pois considera que o juiz, mesmo em situações de *textura aberta*, está juridicamente vinculado em suas decisões, exatamente porque o direito não seria composto apenas por regras, mas também por princípios.

A base do argumento dos princípios é constituída pela **distinção entre regras e princípios**. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “*mandamentos definitivos*”. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são *mandamentos de otimização*. Como

²⁶⁴ Conforme já comentado quando da análise do debate Hart-Dworkin, em especial nas seções 1.1.4 e 1.2.2.

tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (ALEXY, 2009a, p. 85, grifo em negrito nosso)

2.1.4 A Perspectiva do Observador

Utilizando o exemplo do “11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*”²⁶⁵ – que, por motivos racistas, determinou que os judeus emigrados fossem privados da cidadania alemã – Alexy busca demonstrar que um expectador externo conseguiria, sem maiores dificuldades, relatar as consequências imediatas daquilo que é estabelecido em algumas normas de determinado país, independentemente de suas opiniões pessoais sobre estas normas. Além disso, a inclusão de elementos morais, nesse contexto específico, poderia gerar confusões e contradições, dificultando a adequada compreensão por outros observadores.

Um exemplo seria exatamente a descrição daquilo que foi estabelecido pelo citado decreto e suas consequências imediatas: “(1) A é desnaturalizado segundo o direito alemão” estipulado durante o período nazista (ALEXY, 2009a, p. 35).

Nesse sentido, o conceito de direito, na *perspectiva de um observador*, é formado por “aquilo que os tribunais e as autoridades fazem apoiando-se no enunciado de normas [...] estabelecidas conforme o ordenamento”. Sendo assim, “a inclusão classificadora de elementos morais no conceito de direito que se refira a *normas individuais* não apenas é conceitualmente desnecessária, como também conceitualmente impossível” e, portanto, “a partir da perspectiva de um observador, não é possível apoiar a tese da vinculação de Radbruch numa conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”. (ALEXY, 2009a, p. 36-37)

Em outras palavras, aparentemente o autor busca argumentar que a tentativa de explicar a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão – que considerou o decreto em comento nulo *ab initio* e, portanto, poderia ser traduzida por meio do enunciado “(2) A não é desnaturalizado segundo o direito alemão” –, em momento anterior à própria decisão judicial, seria contraditória para alguém que seja um observador puro e que, portanto, esteja fazendo

²⁶⁵ Apresentado na seção 2.1.2.1.

um relato meramente descritivo. Isso é exemplificado através de relato hipotético mais detalhado da situação:

(3) A não é desnaturalizado segundo o direito alemão, no obstante todas as autoridades e todos os tribunais alemães tratem A como desnaturalizado e se apoiem no enunciado de uma norma que, de acordo com os critérios de validade do sistema jurídico vigente na Alemanha, é estabelecida conforme o ordenamento. (ALEXY, 2009a, p. 35-36)

Porém, “o que é válido para uma norma individual não se aplica necessariamente a um sistema jurídico como um todo”.

Alexy parece defender essa afirmação, primeiramente, indicando que podem existir dois tipos de exigências morais que estabeleceriam relação necessária com os *sistemas jurídicos*: formais e materiais. Um exemplo que sustenta a conexão com *critérios morais formais ou procedimentais* seria a teoria da moral interna do direito (*internal morality of law*) de Lon Fuller que inclui, dentre outros, os princípios do estado de direito (*legality*), da generalidade da lei (*generality of law*), o da promulgação (*promulgation*) e o da proibição da retroatividade (*retroactive laws*)²⁶⁶. Como exemplo de tese que sustenta a conexão entre *critérios morais materiais* e o sistema jurídico se pode indicar a proposta de Otfried Höffe²⁶⁷, ao defender que só podem ser considerados como ordenamentos jurídicos aqueles sistemas que satisfazem determinados critérios fundamentais da justiça definidos pelo princípio da vantagem distributiva (que compreende o princípio da segurança coletiva) que exige, por exemplo, a proibição homicídios, roubos e furtos.

Num segundo momento, Alexy afirma há que se distinguir claramente entre conexões fáticas e conexões conceituais e apresenta modelos hipotéticos de ordenamentos sociais que pressupõem certo desenvolvimento entre si, com o intuito de apontar a diferença significativa entre eles e buscar identificar o que seria essencial para a caracterização de um sistema jurídico.

O ordenamento absurdo ou dos bandoleiros (*senseless order*) ocorreria “quando um grupo de indivíduos é dominado de tal modo que é impossível tanto reconhecer finalidades consistentes do(s) dominador(es) quanto perseguir de forma duradoura a finalidade dos dominados”, ou seja, os dominados não têm qualquer direito, obedecem às ordens exclusivamente por medo e sequer existe organização entre próprios bandoleiros (ALEXY, 2009a, p. 39).

²⁶⁶ (FULLER, 1969, p. 46-53).

²⁶⁷ Professor titular de filosofia na Universidade de Tübingen.

O ordenamento predatório, rapace ou dos bandidos organizados (*predatory or rapacious order*) representaria uma ‘evolução’ do modelo anterior caracterizada pela organização entre os bandidos.

Isso pressupõe, no mínimo, que se introduzam uma proibição de violência e uma hierarquia de ordens entre os indivíduos armados. Além disso, supõe-se que se decrete, para os dominados, um sistema de regras cuja **única finalidade** é cuidar para que eles continuem sendo **objetos suscetíveis de exploração** por muito tempo. [...] Essas regras **não fundamentam direitos em relação aos bandidos**. A finalidade da exploração é clara para todos, e os bandidos não fazem o menor esforço para escondê-la. (ALEXY, 2009a, p. 40)

O ordenamento de dominadores (*governor system*) representaria o “desenvolvimento” do modelo anterior por meio da busca de “legitimação”, pois apesar da exploração permanecer como elemento central, esta ocorreria sob um falso discurso de que serve “a uma finalidade superior” como, por exemplo, “o desenvolvimento do povo”.²⁶⁸

O autor argumenta que os dois primeiros tipos de ordenamento social, independentemente de poderem ou não se manter vigentes, “não são sistemas jurídicos já por razões conceituais”.²⁶⁹ O terceiro, porém, apresentaria característica distinta que, do ponto de vista conceitual, permitiria sua classificação como jurídico.

Com essa etapa do desenvolvimento, transpõe-se um limiar. Não há dúvidas de que o sistema é extremamente injusto. Não obstante, **do ponto de vista conceitual**, já **não se exclui** que ele seja designado como “**sistema jurídico**”. Trata-se, portanto, de **saber em que reside a diferença** entre o sistema dos dominadores e o sistema dos bandoleiros e dos bandidos.²⁷⁰

A diferença significativa estaria no fato de existir, somente no último caso, uma **pretensão de correção** “que é exigida de todos”. Para Alexy, “todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção”, e essa afirmação constituiria uma reconstrução racional do enunciado não tão claro feito por Radbruch: “O direito é a realidade que tem por sentido servir aos valores e a ideia de direito”.²⁷¹

Apesar de admitir que haveria poucas consequências práticas, considerando que os sistemas jurídicos existentes costumam formular uma pretensão de correção “por menos justificada que ela seja”, o autor insiste que as consequências sistemáticas são relevantes:

²⁶⁸ “Homicídios e saques contra dominados individuais, que, na realidade, servem apenas ao interesse dos dominadores na exploração, continuam possíveis a qualquer tempo, mas são punidos se no forem realizados segundo determinada forma, por exemplo com base na decisão tomada em comum acordo por três membros do grupo dos dominadores, e se no forem publicamente justificados pela finalidade de promover o desenvolvimento do povo” (ALEXY, 2009a, p. 40-41).

²⁶⁹ (ALEXY, 2009a, p. 39).

²⁷⁰ (ALEXY, 2009a, p. 41) Aqui Alexy parece cometer uma incoerência, pois estaria admitindo que um sistema “extremamente injusto” pode ser considerado “jurídico” (ao menos do ponto de vista conceitual). Fato que Bulygin explorará ao longo dos debates, como será apresentado nas próximas seções.

²⁷¹ (ALEXY, 2009a, p. 42).

Tal pretensão **limita um pouco mais a tese positivista da separação já na perspectiva do observador**. Embora ela se aplique a essa perspectiva de forma ilimitada quando se trata de normas individuais, no caso dos **sistemas jurídicos** esbarra – ainda que apenas em casos extremos e improváveis na realidade – num **limite definido pela pretensão à correção**. (ALEXY, 2009a, p. 42)

2.1.5 A Perspectiva do Participante

O ponto de vista do participante corresponde ao do indivíduo que, em um sistema jurídico, apresenta argumentos sobre aquilo que esse sistema comanda, proíbe e permite, bem como sobre suas atribuições de poder, tendo como exemplo mais expressivo o magistrado (ALEXY, 2014a, p. 247).

Alexy (2009a, p. 43) afirma que – diferentemente do que ocorre na perspectiva do observador – quando se trata da perspectiva do participante, “a tese da separação é inadequada, e a da vinculação, correta”. Para defender essa afirmação utiliza três argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.

2.1.5.1 O Argumento da correção

Logo de início, o autor ressalta a relevância desse argumento para sua teoria:

O argumento da correção **constitui a base dos outros dois argumentos**, ou seja, o da injustiça e o dos princípios. Ele afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo **formulam necessariamente a pretensão à correção**. *Sistemas* normativos que *não formulam* explícita ou implicitamente essa pretensão **não são sistemas jurídicos**. Nesse sentido, a pretensão à correção tem uma **relevância classificadora**. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas *não a satisfazem* **são defeituosos**. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem uma **relevância qualificadora**. Cabe a ela uma relevância exclusivamente qualificadora quando se trata de *normas jurídicas e de decisões jurídicas individuais*. **São juridicamente defeituosas** quando *não formulam ou não satisfazem* a pretensão à correção. (ALEXY, 2009a, p. 43, grifo nosso)

Visando demonstrar a existência de uma pretensão de correção necessariamente conectada ao direito, Alexy apresenta seu famoso exemplo da cláusula constitucional da injustiça “(1) *X e uma república soberana, federal e injusta*”. Trata-se de situação de

sociedade hipotética onde a minoria oprime a maioria, mas, por desejar fazê-lo de forma “honesta”²⁷², aprova o texto acima como primeiro artigo da nova constituição.²⁷³

De acordo com o autor, esse artigo tem um “defeito”, mas a questão principal consiste em identificar que tipo de deficiência seria esta. Para responder a essa questão, Alexy busca identificar os tipos possíveis de defeitos, para, através de um processo de eliminação, indicar qual seria aquele que caracteriza especificamente o problema.

Primeiramente trata sobre o defeito, erro, falha ou deficiência *técnica*. Este consistiria no fato do enunciado ser inadequado²⁷⁴, inconveniente²⁷⁵ ou inoportuno²⁷⁶ por dificultar que seus objetivos sejam efetivamente alcançados em função da resistência que pode gerar, exatamente por não simular boas qualidades.²⁷⁷

Alexy (2009a, p. 44) admite que este defeito está presente no enunciado, “mas ainda não explica a imperfeição desse artigo”. Para defender seu argumento estabelece uma comparação com outra situação hipotética: a mudança de uma forma de governo monárquico para *republicano* numa sociedade cuja admiração da maioria do povo, pelo monarca deposto, seja tão significativa que coloque em risco a estabilidade da sociedade (especificamente em função da mudança de sistema de governo).

Para o autor, tanto o caso da cláusula constitucional da injustiça como o da mudança de regime apresentam defeitos técnicos, mas o primeiro “tem algo de absurdo” e o segundo não. Portanto, a falha do enunciado não caracterizaria apenas uma deficiência técnica.

Em segundo lugar, analisa a *deficiência ou imperfeição moral*, através de outra comparação:

Suponha-se que a injustiça consista no fato de pessoas de determinada raça serem privadas de determinados direitos. **Sob o ponto de vista do defeito moral não haveria diferença** se a cláusula da injustiça fosse cancelada e substituída por um segundo artigo que privasse as pessoas dessa raça desses direitos. **Sob o ponto de vista do caráter defeituoso continuaria havendo, porém uma diferença.** (ALEXY, 2014a, p. 259, grifo nosso).

Embora o caráter moralmente defeituoso obviamente exista, haveria algo além. Portanto, a deficiência moral, por si só, não forneceria uma explicação completa para o caso.

A terceira possibilidade indicaria uma *deficiência convencional*, cuja característica seria a contrariedade à prática generalizada – mas não obrigatória – relacionada à redação de

²⁷² Talvez fosse melhor utilizar outro termo, como “expressa” ou “declarada”.

²⁷³ (ALEXY, 2009a, p. 43-44).

²⁷⁴ (ALEXY, 2009a, p. 44).

²⁷⁵ (ALEXY, 2001a, p. 71).

²⁷⁶ (ALEXY, 2014a, p. 258).

²⁷⁷ (ALEXY, 2001a, p. 71).

textos constitucionais. Porém, argumenta o autor, o caso da cláusula de injustiça não pode ser considerado simplesmente questão de desrespeito a uma simples convenção:

A regra violada é **mais do que uma mera convenção**. Isso pode ser percebido no fato de que ela não pode ser mudada nem mesmo em caso de alteração de circunstâncias e preferências. Pelo contrário, ela é **constitutiva para a prática da legislação constitucional**. E isso também fica claro no fato de um artigo como (2) X é um Estado justo ser **redundante** numa constituição. (ALEXY, 2009a, p. 45, grifo nosso)

Mais uma vez, admite-se que existe uma falha convencional, mas que essa, isoladamente, não possibilita uma explicação satisfatória para a compreensão adequada do defeito existente.

Portanto, após buscar descartar progressivamente outros possíveis tipos de deficiências – pois, ainda que estejam presentes, não caracterizariam o problema em toda sua extensão – Alexy tenta demonstrar que a cláusula da injustiça constituiria uma “*deficiência conceitual*”²⁷⁸, caracterizada por uma *contradição performativa*:

Ao ato de produção de uma constituição está **necessariamente conectada** uma **pretensão de correção** que é, nesse caso, **sobretudo uma pretensão de justiça**: o legislador constituinte comete uma *contradição performativa* quando **o conteúdo de seu ato legislativo-constitucional nega essa pretensão, embora ele a levante ao praticar esse ato**. (ALEXY, 2014a, p. 259, grifo nosso).

Alexy (2009a, p. 46) dá ainda outro exemplo de *contradição performativa*, baseado em um magistrado que emite a sentença “(3) O réu é condenado à prisão perpétua, o que é incorreto”, cuja adequada interpretação deve ser “(4) O réu é condenado à prisão perpétua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente”.

Nesse caso, o magistrado estaria saindo de sua função social e violando as normas, presentes em todos os sistemas jurídicos, que obrigam os juízes a interpretar corretamente o direito válido. O mais relevante é compreender que, para o autor, não se trata *apenas* de violação de regras sociais, morais ou mesmo jurídicas, mas sim de uma *contradição performativa* que, por sua vez, caracterizaria um defeito conceitual.

Ambos os exemplos mostram que os participantes de um sistema jurídico, nos mais diversos níveis, **formulam necessariamente uma pretensão à correção**. Se e na medida em que essa pretensão tem **implicações morais**, fica demonstrada a existência de uma conexão **conceitualmente necessária** entre direito e moral. (ALEXY, 2009a, p. 47, grifo nosso).

O autor reconhece, porém, que isso não comprova a tese da vinculação, basicamente em função de duas objeções: a) pode-se sustentar que, fora as situações limítrofes – nas quais

²⁷⁸ “Aqui, essa expressão é empregada num sentido amplo, que também se refere a infrações de regras constitutivas dos atos de fala, ou seja, a expressões linguísticas como ações” (ALEXY, 2009a, p. 45).

o sistema sequer formula uma pretensão de correção – a tese da separação não seria afetada já que não há perda da qualidade jurídica; b) pode-se alegar que a pretensão de correção tem um conteúdo trivial que não inclui implicações morais, conseqüentemente não acarreta uma conexão necessária entre direito e moral. Alexy buscará responder a primeira alegação por meio do argumento da injustiça e a segunda com base no argumento dos princípios.

2.1.5.2 O Argumento da Injustiça

Como já indicado, o *argumento da injustiça* se relaciona com a fórmula de Radbruch que trata sobre a possibilidade de **perda da natureza jurídica** de normas a depender de um limiar de injustiça ou iniquidade. Em “Conceito e validade do direito” Alexy conclui que “a aplicação do argumento da injustiça a um sistema jurídico como um todo não traz conseqüências que vão além daquelas de sua aplicação a normas individuais”. Por esse motivo, serão analisadas as questões relativas às normas individuais, sob a perspectiva do *participante*.

Considerando essas delimitações, Alexy (2009a, p. 49) argumenta que a análise sobre a fórmula de Radbruch não poderia ser resolvida unicamente por meio de argumentos analíticos ou conceituais, mas que precisa ser fundamentada com a utilização de *argumentos normativos*. Apesar de reconhecer a existência de argumentos normativos a favor e contra o argumento da injustiça, defende que, quando apreciados à luz do argumento da correção²⁷⁹, as posições prevalentes serão aquelas favoráveis à fórmula.

As principais polêmicas sobre a fórmula de Radbruch poderiam ser resumidas em oito tópicos distintos: linguagem, clareza, efetividade, segurança jurídica, relativismo, democracia, inutilidade e honestidade.

Linguagem: no que concerne a ambigüidade da expressão “direito”, Alexy defende que não seria possível apresentar uma razão conclusiva, favorável ou contrária, ao argumento da injustiça.

Apesar disso, reconhece que poderia ser alegado que a inclusão de elementos morais no conceito de direito (exigida pelo argumento da injustiça) acarretaria em uma inadequação

²⁷⁹ Segundo o autor, essa necessidade derivaria, em sua proposta, da afirmação prévia de que o argumento da correção constitui a base do argumento da injustiça.

da linguagem utilizada. Por exemplo, partindo da afirmação não positivista de que o “11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*” não pode ser classificado como “direito”, poderia ser solicitado “dizer qual palavra usual de nossa língua poderia substituir o conceito de direito – que o não positivista carrega de moral – capaz de expressar uma função axiologicamente neutra”.

Para Alexy, a resposta a este questionamento correlaciona duas distinções: entre observadores e participantes, de um lado, e entre sistema de procedimentos e sistema de normas, de outro.

O **observador** vê o 11º Decreto como *resultado* de um procedimento de criação de normas do qual outras pessoas participaram. Da mesma forma, para ele, uma sentença baseada nesse decreto é resultado de um procedimento, mais exatamente de um procedimento de aplicação de normas no qual ele não tomou parte. Se norma e sentença coincidirem, ele não verá razão para que ambas não sejam designadas como "direito". Se ambas não coincidirem, ele se perguntará se deve descrever uma contradição ou constatar um direito jurisprudencial derogante (*derogierendes Richterrecht*). A partir da perspectiva do **participante**, surge outro quadro. Certamente, também para o participante – por exemplo, para o juiz – o 11º Decreto é, antes de tudo, resultado de um procedimento de criação da norma. Mas para ele e **apenas para ter uma segunda propriedade**. Esta consiste em ser o 11º Decreto o *ponto de partida* de um procedimento de aplicação da norma no qual o **participante toma parte** e cujo **resultado aparece com a pretensão à correção**. (ALEXY, 2009a, p. 50, grifo em negrito nosso)

O autor entende que o uso adequado da expressão “direito” precisa considerar os argumentos substanciais, devendo ser compatível com diferentes teses substanciais. Por exemplo, caso existam boas razões jurídicas para que o juiz não aplique o 11º Decreto, pronunciando sentença que contradiga seu enunciado, não seria adequado que esse mesmo juiz afirme que o 11º Decreto é direito.

Como decide por **razões jurídicas**, ele também precisa qualificar sua sentença de "direito". Porquanto esta contraria o 11º Decreto, a classificação deste último como "direito" teria como consequência a necessidade de ele caracterizar como "direito" as **normas opostas entre si**, a saber, a norma geral estatuída pelo decreto e a norma individual expressa pela sentença. Essa contradição pode ser facilmente solucionada se o juiz disser que, **embora, *prima facie*, o 11º Decreto seja direito, no resultado ele não o é**. Com isso se exprime que, **ao longo do procedimento de aplicação, é-lhe negado o caráter jurídico**. Existindo boas **razões jurídicas** para não se aplicar o 11º Decreto, o juiz não só pode como deve dizer que, no resultado, ele não é direito, para evitar uma contradição. (ALEXY, 2009a, p. 51, grifo em negrito nosso)

Importante ressaltar que a questão sobre se existem ou não boas razões jurídicas para não se aplicar uma determinada lei é, em si, uma questão substancial e, como tal, não pode ser resolvida com base em reflexões sobre o uso linguístico adequado de uma expressão. Portanto, a análise da linguagem não seria capaz de, por si só, fundamentar objeções contra a inclusão de elementos morais no conceito de direito.

Clareza: Em defesa da clareza conceitual, Hart, por exemplo, afirma:

[...] if we [...] make our protest against evil law in the form of an assertion that certain rules cannot be law because of their moral iniquity, we **confuse** one of the most powerful, because it is the simplest, forms of moral criticism. If with the Utilitarians we speak plainly, we say that laws may be law but too evil to be obeyed. This is a moral condemnation which everyone can understand and it makes an immediate and obvious claim to moral attention. If, on the other hand, we formulate our objection as an assertion that these evil things are not law, [...] it would seem to **raise a whole host of philosophical issues before** it can be accepted. So perhaps the most important single lesson to be learned from this form of the denial of the Utilitarian distinction is the one that the Utilitarians were most concerned to teach: when we have the ample resources of plain speech we must not present the moral criticism of institutions as propositions of a disputable philosophy.²⁸⁰

Embora a clareza constitua um intento louvável – afirma Alexy (2001c, p. 87) – este não pode ser o único objetivo na definição de conceitos, principalmente se comprometer sua adequação. Além disso, “o não positivismo também pode ser formulado em linguagem clara, e o positivismo também pode ser considerado uma filosofia discutível”.

No que concerne aos juristas, haveria poucos motivos para rezear que a inclusão de elementos morais no direito possa confundi-los considerando que eles estão acostumados a “lidar com conceitos complicados”. No que concerne aos cidadãos, a falta de clareza não surgiria primeiramente em função dessa inclusão, a afirmação de que mesmo a injustiça extrema é direito também pode confundi-lo.

Para Alexy, mais uma vez, essa é uma discussão conceitual e a determinação de qualquer conceito precisa ser feita de forma adequada, ainda que isso possa, eventualmente, acarretar a necessidade de especificação mais complexa desse conceito.

Além disso, a crítica positivista de que a inclusão de elementos morais no direito poderia encobrir que se trataria de um problema ético e não jurídico, não seria adequada. O não positivista não nega o caráter ético do problema, mas sustenta que este, ao menos no caso da injustiça extrema, também consistiria em um problema jurídico, o que acarreta em consequências jurídicas a partir do julgamento moral.

²⁸⁰ “Se [...] revestirmos nosso protesto contra leis abomináveis com a afirmação de que certas normas, por sua inconsistência moral, não podem ser direito, traremos desorientação para uma das formas mais intensas, posto que simples, de crítica moral. Se nos apropriarmos da linguagem clara dos utilitaristas, diremos que as leis positivas podem ser direito, mas um direito abominável demais para merecer obediência. Esta é uma condenação moral que qualquer um compreende e que exige observância moral de forma imediata e evidente. Mas, se fizermos valer nosso protesto de forma que essas coisas abomináveis não sejam direito, estaremos afirmando algo que [...] deve provocar uma grande quantidade de questões filosóficas polêmicas antes que possam ser aceitas... Se os ricos meios da linguagem clara encontram-se a nossa disposição, não podemos apresentar a crítica moral a normas como teses de uma filosofia contestável. (HART, 1958, p. 620-621, grifo nosso).

O fato de ele [o não positivista] não perseverar no ponto de vista da moral em caso de injustiça extrema, mas passar deste para o ponto de vista do direito não significa que ele esteja tentando velar o problema, e sim que esteja tentando exprimir uma **tese de conteúdo**. Esta **não pode ser atacada com o argumento formal da clareza**, mas somente com argumentos substanciais. (ALEXY, 2009a, p. 54, grifo nosso)

Efetividade: Pode-se alegar que seria ingenuidade pensar que a tese da conexão é capaz de auxiliar no combate às eventuais injustiças cometidas pelo direito. Indo além, poderia até afirmar que ela dificulta o combate à injustiça legal porque, ao confundir as dimensões jurídica e moral, haveria o risco de identificar exigências jurídicas com exigências morais de forma acrítica.

Alexy (2009a, p. 57-58) responde que só haveria esse risco de legitimação acrítica se a teoria não positivista da vinculação afirmasse que uma norma só é jurídica quando seu conteúdo é condizente com a moral. Todavia, não é essa *versão forte da vinculação* que está sendo defendida. Mesmo a fórmula de Radbruch já evidencia que o direito positivo tem prioridade sobre a injustiça, salvo, quando essa alcança um grau *insustentável*, ou seja, adota o que se poderia chamar de “tese fraca da vinculação” que não acarreta em uma identificação entre direito e moral.

A tese fraca da vinculação **não** leva a uma **identificação do direito com a moral**. Segundo ela, normas injustas e, por conseguinte, imorais também podem ser direito. Com isso, ela admite, assim como o positivismo jurídico, uma crítica moral do direito e, nesse sentido, possibilita, como ele, uma postura crítica. A diferença está unicamente no fato de que o **caráter jurídico se perde a partir de certo limiar**. [...] Trata-se de **injustiças extremas**. [...]

O limiar a partir do qual as normas perdem seu caráter jurídico é marcado por **exigências morais mínimas**. O direito humano elementar a vida e a integridade física é um exemplo. Afirma-se que ao menos exigências morais desse tipo são **suscetíveis de uma fundamentação racional**". Se essa afirmação estiver correta, haverá poucas razões para temer algo como uma "legitimação acrítica" de normas que se situem acima do limiar da injustiça extrema. Ela traria, no mínimo, algumas dificuldades. Isso seria uma **razão** para que, muitas vezes, **atos bárbaros de injustiça não fossem executados** segundo formas jurídicas que seguem o ordenamento [...]. (ALEXY, 2009a, p. 58-59, grifo nosso)

Do ponto de vista da efetividade, se existe uma prática jurídica consensual de que o cumprimento de exigências mínimas de justiça é pressuposto necessário para o caráter jurídico de disposições estatais, têm-se um argumento jurídico – e não apenas moral – para fazer oposição aos atos que não atendam sequer a tais exigências mínimas. Obviamente que tais efeitos são provavelmente tênues, mas isso demonstra que o positivista precisa argumentar porque, considerando a efetividade, sua proposta auxiliaria mais no combate à injustiça legal do que a proposta não positivista (ALEXY, 2009a, p. 60-61).

Alexy afirma que a aceitação generalizada ou majoritária de um conceito de direito não positivista pode aumentar o risco de responsabilização daqueles que realizam atos ilegais protegidos pela lei em um país injusto, fazendo com que as pessoas tenham uma visão mais crítica das disposições estipuladas pelo ordenamento jurídico. Portanto, pode-se dizer que, do ponto de vista da contenção da injustiça legal, o conceito de direito não-positivista é preferível ao positivista, pelo menos em alguns aspectos (ALEXY, 2001c, p. 89).

Segurança jurídica: Poder-se-ia afirmar que o conceito não positivista de direito colocaria em risco a segurança jurídica.

Mais uma vez, Alexy afirma que essa crítica está direcionada para a tese forte da vinculação e não para a proposta da tese fraca que prioriza o direito positivo, ressalvada a injustiça extrema.

Partindo-se do pressuposto que os julgamentos sobre a justiça são racionalmente fundamentáveis, estes serão reconhecidos por meio da seguinte proposição: “quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua cognição”. Portanto, tal afirmação conecta o aspecto material ao aspecto epistemológico (ALEXY, 2009a, p. 63).

Por derradeiro, ainda que se considere a possibilidade de uma perda mínima de segurança jurídica, Alexy defende que a segurança não é um valor absoluto do direito:²⁸¹

O valor da segurança jurídica deve ser sopesado com o da justiça material. A fórmula de Radbruch diz respeito a uma ponderação que, em princípio, dá prevalência à segurança jurídica, invertendo a hierarquia somente em casos extremos. Contra isso só pode objetar aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto, o que, como qualquer persecução de um princípio absoluto, contém certa dose de fanatismo. (ALEXY, 2009a, p. 64)

Relativismo: alguns argumentam que a determinação do limite que caracteriza a extrema injustiça não é apenas difícil, mais que isso, todo julgamento relacionado à justiça é insuscetível de fundamentação racional ou cognição objetiva. Essa versão radical do relativismo entende que a inclusão de elementos morais no conceito de direito serviria apenas para que o juiz decidisse contra a lei, com base em suas preferências subjetivas.

É evidente que a tese não positivista da pretensão de correção “pressupõe uma ética não relativista”. A favor dessa posição, pode-se indicar o amplo consenso mundial em relação aos direitos fundamentais e a valores democráticos. Embora isso não constitua uma refutação em sentido estrito – quando se pensa no debate sobre o problema metaético da

²⁸¹ Radbruch, por exemplo, indica três elementos essenciais ao direito: a justiça, a segurança jurídica e a adequação ou conformidade aos fins. (ALEXY, 2001c, p. 90).

fundamentabilidade de julgamentos morais – aproxima-se suficientemente de uma refutação no que concerne à efetiva prática jurídica (ALEXY, 2009a, p. 65-67).

Democracia: Permitir ao magistrado a possibilidade de desconsiderar as determinações estipuladas pelo legislador democraticamente eleito poderia ser considerado uma violação ao princípio da divisão de poderes e à própria democracia.

Alexy (2009a, p. 68) entende que a limitação estabelecida pelo limiar da injustiça – que caracteriza a tese fraca da vinculação – diminui substancialmente a força dessa crítica. Além disso, considerando o controle judicial que pode ser exercido em relação aos direitos fundamentais, a crítica da democracia precisaria desconsiderar a ligação do legislador com os próprios direitos fundamentais.

Inutilidade: Ao menos nos casos de colapso de um governo injusto, nos quais o legislador posterior tem a possibilidade de estabelecer legislação revogando a injustiça legal por meio de lei retroativa, poderia ser argumentado que a fórmula de Radbruch seria inútil.

Em relação a essa crítica, Alexy afirma que – além dos problemas relacionados à área penal, em função do princípio “*nulla poena sine lege*” – a questão é saber o que o juiz deve fazer quando o legislador, independentemente das razões, permanece inativo. “Deve o juiz, nesse caso, pronunciar sentenças que se baseiem numa injustiça extrema e que representem uma injustiça extrema?”

O autor entende que caso o legislador não faça uso da possibilidade de revogar a injustiça extrema anterior e se a injustiça legal não puder ser declarada inadequada com base no direito constitucional agora vigente, o emprego de um conceito não positivista de direito se demonstra necessário para assegurar os direitos fundamentais do cidadão (ALEXY, 2009a, p. 70-71).

Honestidade: alguns afirmam que o conceito não positivista do direito, especificamente no que concerne às infrações penais, poderia servir para eludir o princípio “*nulla poena sine lege*”. A hipótese se relaciona com atos que – embora não fossem considerados antijurídicos na vigência de lei anterior considerada extremamente injusta – foram objeto de condenação judicial em função de modificação do sistema jurídico.

Hart – analisando situação onde uma mulher, com o intuito de livrar de seu marido, denuncia-o por falar contra Hitler – defendeu que nesse tipo de situação existiriam duas opções:

Uma era a de deixar a mulher impune [...]. Outra seria a de enfrentar o fato de que, se a mulher devesse ser punida, deveria ser de acordo com a introdução de uma **lei francamente retrospectiva** e com plena consciência daquilo que se sacrificava para garantir sua punição nestes termos. Odiosas como podem ser a legislação e a punição penal retrospectivas **buscá-las abertamente** nesse caso teria pelo menos, o **mérito da franqueza**. Teria deixado claro que, ao punir a mulher, uma **escolha entre dois males** precisara ser feita, entre o de deixá-la impune e o de sacrificar um preciosíssimo princípio moral endossado pela maioria dos sistemas jurídicos. (HART, 2010, p. 83, grifo nosso)

Alexy – relembrando que sua proposta adota a tese fraca da vinculação – defende que a fórmula de Radbruch poderia ocasionar a punição a mulher (afastando a injustiça legal que ocasiona a exclusão de punibilidade) somente nas situações de injustiça extrema e, nesses casos, não se poderia falar de retroatividade oculta, portanto, não haveria falta de honestidade ao se lidar com o caso.

Quando a injustiça dessas normas é tão extrema e, portanto, tão evidente que qualquer um pode reconhecê-la claramente, não se pode falar em retroatividade oculta. Pois, nesse caso, depois de cometido o ato, sua injustiça era claramente reconhecível. E, como naquele momento ela era tão extrema e, portanto, tão evidente que todos a reconheciam com clareza, essas normas já não eram, no momento do ato, um direito que pudesse levar à exclusão da punibilidade. Por essa razão, não se pode modificar a situação jurídica retroativamente, mas apenas constatar como ela era no momento do ato. (ALEXY, 2009a, p. 74-75)

2.1.5.3 O Argumento dos Princípios

Como indicado anteriormente, enquanto o argumento da injustiça se relaciona com situação a situação excepcional da extrema injustiça legal, o argumento dos princípios trata de situações do dia a dia do direito e seria baseado na existência de uma estrutura ou textura aberta do direito (*open texture*)²⁸², sendo que os casos que se enquadram nesse âmbito de abertura do direito são caracterizados como “casos duvidosos” (*doubtful case*).²⁸³

Nestes casos – segundo Alexy – a teoria positivista afirma que, em função de não ser possível decidir com base no direito positivo, o juiz estaria livre para utilizar critérios extrajurídicos e criar novo direito, discricionariamente, como se atuasse na condição de legislador.

²⁸² Conforme já analisado na seção 1.1.4.

²⁸³ (ALEXY, 2009a, p. 83-84). O autor indica ainda algumas razões para a existência da textura aberta e, conseqüentemente, dos casos duvidosos: “Existem várias razões para tanto. Especialmente importantes são o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa ser apoiada e a possibilidade de decidir até mesmo contra o enunciado [literal] de uma norma em casos especiais”.

Em sentido oposto, o **argumento dos princípios** afirma que o magistrado, mesmo no âmbito de abertura do direito, estaria juridicamente vinculado.²⁸⁴ Para compreender adequadamente essa afirmação é fundamental entender a diferenciação entre regras e princípios feita por Alexy.

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como "*mandamentos definitivos*". Sua forma característica de aplicação é a **subsunção**. Por outro lado, os **princípios** são *mandamentos de otimização*. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de **ponderação**. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (ALEXY, 2009a, p. 85, grifo em negrito nosso)

Segundo o autor, esta distinção, que fundamenta o argumento dos princípios, conduz à necessária conexão entre direito e moral. Todavia, é preciso esclarecer que esta conexão específica teria natureza *conceitual* e *qualificadora* – diferentemente do argumento da injustiça que pode ocasionar uma conexão classificatória – e existiria apenas na perspectiva do *participante* (ALEXY, 2009a, p. 86).

Para entender essa assertiva, será necessário analisar três teses: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção.

2.1.5.3.1 A tese da incorporação

A tese da incorporação afirma que todo sistema jurídico *minimamente* desenvolvido contém, necessariamente, princípios.

Para o autor, um sistema completamente desenvolvido permite a fácil constatação da incorporação desses princípios: a Lei Fundamental da Alemanha, por exemplo, indica, dentre

²⁸⁴ Alexy (2009a, p. 84) faz referência expressa à proposta de Dworkin que entende o direito como prática interpretativa, conforme apresentado na seção 1.2.6.

outros, os princípios da dignidade humana,²⁸⁵ da liberdade,²⁸⁶ da igualdade,²⁸⁷ do estado de direito, da democracia e do estado social²⁸⁸ (ALEXY, 2009a, p. 86).

Todavia, poderia se argumentar que esse exemplo não inviabiliza a tese positivista e, conseqüentemente, não comprova a existência de uma conexão necessária entre direito e moral, porque o positivismo jurídico não vislumbra problema em que valores morais sejam incorporados ao sistema jurídico, mas entende que essa é apenas uma possibilidade a ser estabelecida (ou não) pelo legislador.

Portanto, a questão central é saber se não apenas alguns sistemas jurídicos incorporam princípios, mas se essa é uma necessidade de todos os ordenamentos, independentemente da decisão legislativa de inclusão no direito positivo.

Como já sinalizado no final da seção anterior, Alexy entende que a resposta a essa questão precisa ocorrer a partir da perspectiva do *participante*, mais especificamente de um juiz que precise decidir um *caso duvidoso*, ou seja, que na perspectiva positivista não possa ser solucionado unicamente com base no material previamente estabelecido e dotado de autoridade. Para o autor, se o magistrado realiza uma **ponderação**, isso é um indício de que se utiliza princípios para fundamentar sua decisão.

Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma *ponderação*, esta se apoia necessariamente em princípios. Isso porque uma ponderação é necessária justamente quando existem **razões opostas** que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão. Tais razões ou **são princípios**, ou **se apoiam em princípios**. (ALEXY, 2009a, p. 86, grifo nosso).

Alexy antecipa que um positivista, mesmo se admitisse que o juiz realizasse uma ponderação, poderia alegar que os princípios não teriam natureza jurídica, mas seriam apenas princípios morais ou com outra qualificação, e que a necessidade de ponderação não consistiria em um postulado jurídico, mas sim extrajurídico.

A resposta a essa objeção depende da perspectiva do participante e da compreensão do sistema jurídico como um sistema de procedimentos, conforme indicado nas seções 2.1.3.4 e 2.1.3.5:

²⁸⁵ (art. 1, § 1) “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

²⁸⁶ (art. 2, § 1) “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

²⁸⁷ (art. 3, § 1) “Todas as pessoas são iguais perante a lei”.

²⁸⁸ (art. 20, §§ 1-3) “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social” e) “A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental [...]” e (art. 28, § 1, alínea 1) “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”.

[...] para um *participante*, o sistema jurídico é não apenas um sistema normativo, no sentido de resultados, mas também um *sistema de procedimentos* e que, partindo-se do ponto de vista do participante, as **razões** que ele considera no procedimento de decisão e de fundamentação **fazem parte** do procedimento e, por conseguinte, **do sistema**. (ALEXY, 2009a, p. 88, grifo nosso)

Mais uma vez, um positivista poderia argumentar que, o mero fato de o juiz considerar determinadas razões – princípios, por exemplo – no procedimento de decisão e fundamentação, não conduz a conclusão de que estes pertençam ao sistema jurídico.

A refutação dessa crítica se relaciona com argumento da correção: ao considerar que o direito – inclusive as decisões judiciais – formula necessariamente uma pretensão de correção, essa pretensão tem natureza jurídica e não meramente moral. Sendo assim, a essa pretensão jurídica corresponde o dever jurídico de cumpri-la.

Para se cumprir a pretensão de correção em um caso duvidoso, em que dois princípios colidentes exigem soluções diferentes, é preciso [...] **realizar uma ponderação**. Assim a pretensão de correção necessariamente não é preenchida quando se afirma que, considerando todos os aspectos, aquele princípio fornece as melhores razões, mas, contudo, a precedência será conferida ao outro princípio. Assim, fica claro que em todos os sistemas jurídicos em que a ponderação é possível são juridicamente comandadas ponderações e com isso a consideração de princípios. Isso significa que, **em todos os sistemas jurídicos em que a ponderação é possível**, princípios são, **por motivos jurídicos, elementos necessários do sistema jurídico**. Por motivos jurídicos o procedimento pertence, nesses sistemas, ao sistema jurídico. (ALEXY, 2014a, p. 264, grifo nosso)

Um positivista ainda poderia tentar alegar que é possível que existam sistemas jurídicos onde não ocorrem casos duvidosos e, conseqüentemente, onde não haveria necessidade de efetuar uma ponderação, portanto, onde os princípios não são necessários. Sobre isso, Alexy se defende afirmando que um sistema como esse, caso existisse, sequer poderia ser considerado um sistema jurídico minimamente desenvolvido. Todavia, há que se fazer a restrição de que a existência necessária de princípios só ocorreria em sistemas jurídicos com um mínimo de desenvolvimento (ALEXY, 2009a, p. 90).

2.1.5.3.2 A tese da moral

Alexy admite que ainda que se comprove a presença obrigatória de princípios em todos os sistemas jurídicos (minimamente desenvolvidos) isso não comprova a conexão necessária entre direito e moral. Para chegar à defesa dessa conexão, ainda é necessário analisar a tese da moral e a tese da correção.

Preliminarmente, diferencia entre *tese da conexão necessária fraca* que afirma uma conexão entre o direito e uma moral *qualquer* e *tese da conexão necessária forte* que defende uma conexão entre o direito e uma moral *correta*.

A tese da moral aplica-se quando, entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos, para atender a pretensão de correção, encontram-se sempre aqueles que integram uma moral *qualquer*. Como nos casos duvidosos o que se quer é encontrar uma resposta para uma questão prática, que não pode ser deduzida do material predeterminado dotado de autoridade, deverão ser consideradas todas as possíveis razões (que são princípios ou neles baseados) capazes de indicar o que é devido. Isso certamente engloba princípios de uma moral qualquer.

Um positivista poderia argumentar que isso é perfeitamente compatível com sua teoria, bastando apenas considerar que tais princípios seriam morais e, de acordo com esta teoria, extrajurídicos. Tal afirmação – alega Alexy – desconsidera o ponto crucial:

[...]o fato de os *princípios*, primeiramente, de acordo com a **tese da incorporação**, serem **componentes necessários do sistema jurídico** e, em segundo lugar, de acordo com a **tese da moral**, de **incluir necessariamente** aqueles que integram uma **moral**. Essa dupla propriedade de **pertencer ao mesmo tempo a moral e ao direito** significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas. Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia **decide com base em critérios jurídicos**. Querendo-se recorrer à dicotomia ambígua entre forma e conteúdo, pode-se dizer que, quanto ao conteúdo, ele decide com base em razões morais, mas, quanto à forma, decide com base em razões jurídicas. (ALEXY, 2009a, p. 92, grifo nosso)

2.1.5.3.3 A tese da correção

Como visto até agora, Alexy (2009a, p. 93) teria buscado demonstrar a conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer, mas isso não parece muito relevante. A tese da correção, que visa solucionar essa limitação, “é o resultado de uma aplicação do argumento da correção nos limites do argumento dos princípios”.

Analisando primeiramente os casos onde o direito positivo incorporou princípios morais, é fácil defender a vinculação jurídica do magistrado a estes. Como *mandamentos de otimização*, esses princípios exigem sua mais ampla realização possível e, conjuntamente, exigiriam a tentativa de realização do ideal jurídico “do estado de direito democrático e social”. Sendo assim, o juiz estará juridicamente obrigado a realizar uma otimização relacionada ao caso concreto.

Busca-se dar uma resposta a uma questão jurídica que, em função de seu conteúdo, também é uma questão de moral política, portanto, ao menos parte dos argumentos utilizados pelo juiz para efetuar sua ponderação tem, quanto a seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Sendo assim, a pretensão de correção jurídica – que implica em uma pretensão de fundamentabilidade²⁸⁹ –, necessariamente vinculada à decisão, inclui uma pretensão à correção moral.

Nesse sentido e considerando a perspectiva do participante, “nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta” (ALEXY, 2009a, p. 93-94).

Alexy reconhece que essa proposta tem limitações: i) indica apenas a pretensão de correção moral, mas não tem como garantir o cumprimento desta; ii) fala-se de uma moral correta, mas não se indica em que ela consiste.

No que concerne à primeira limitação, o autor defende que a necessidade de pretensão (e não seu cumprimento) já é suficiente para caracterizar uma conexão qualificadora entre direito e moral, ou seja, ao menos antes do limiar da injustiça extrema, embora as normas não percam sua qualidade jurídica, ocorre necessariamente uma imperfeição jurídica.

No que concerne à segunda limitação, o autor argumenta que, apesar de não se estabelecer qual seria a moral correta, a pretensão de fundamentabilidade, ocasionada pela pretensão de correção indica quais seriam as exigências mínimas que *uma* moral deve atender para não ser classificada como errada, bem como as exigências máximas para a perspectiva de ser considerada uma moral correta.

A conexão qualificadora ou flexível, que se torna clara quando se considera o sistema jurídico também como um sistema de procedimentos a partir da perspectiva do participante, não leva a uma conexão necessária entre o direito e determinada moral contudística que deve ser caracterizada como correta, e sim a uma conexão necessária **entre o direito e a ideia de uma moral correta**, no sentido de uma **moral fundamentada**. Essa ideia não é absolutamente vazia. Sua associação com o direito significa que dele fazem parte não apenas as regras especiais da fundamentação jurídica, como também as **regras gerais da argumentação moral**, pois o que é possível em termos de correção no âmbito da moral, o é em virtude dessas regras. Nelas **fracassam componentes consideráveis de irracionalidade e injustiça**. Além disso, a ideia de moral correta tem o caráter de uma **ideia reguladora**, no sentido de um **objetivo a ser ambicionado**. Nessa medida, a pretensão à correção leva a uma **dimensão ideal**, necessariamente vinculada ao direito. (ALEXY, 2009a, p. 97, grifo nosso)

²⁸⁹ Cujo conceito será melhor analisado na seção 2.3.2.1. Em “Conceito e validade do direito” Alexy afirma apenas que a essa pretensão não está limitada a uma fundamentação da decisão em termos de qualquer moral, ao contrário, ela se refere a correção da decisão em termos de uma moral **justificável e, portanto, correta**. (ALEXY, 2009a, p. 94-95).

2.2 Primeiras divergências (1993 e 1997)

O primeiro *round* do debate Alexy-Bulygin ocorre em um interregno de tempo razoável, considerando que o artigo em que Eugenio Bulygin dispara suas críticas iniciais contra a proposta da pretensão de correção do direito de Alexy foi divulgado em publicação organizada, em 1993, por Aulis Aarnio e Ota Weinberger, entre outros (“*Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit: Festschrift für Werner Krawietz zum 60 geburstag*”). Porém, somente em 1997, em obra organizada, entre outros, por Ernesto Garzón Valdés (“*Normative Systems in Legal and Moral Theory: Festschrift for Carlos E. Alchourròn and Eugenio Bulygin*”), Alexy contesta oficialmente os argumentos de Bulygin.

2.2.1 Críticas iniciais de Bulygin

No artigo que inicia o debate – “*Alexy und das Richtigkeitsargument*” (Alexy e o argumento da correção) escrito por Eugenio Bulygin (2001a, p. 41-42) em 1993 – o autor apresenta seu conceito de **tese da separação** de forma distinta daquela oferecida por Alexy. Para o professor da Universidade de Buenos Aires, “o direito é conceitualmente independente da moral, existindo entre estes dois fenômenos sociais somente relações empíricas, ou seja, contingentes”.

A partir daí, Bulygin concentra sua análise e crítica no argumento da correção – reconhecendo o papel central²⁹⁰ que este tem na teoria alexyana – começando pela tentativa de desconstrução da ideia de conexões *classificadoras* e *qualificadoras*.

2.2.1.1 A contradição da proposta de Alexy

²⁹⁰ “En una serie de publicaciones, Robert Alexy adujo diferentes argumentos en defensa de la tesis de la vinculación. Entre estos argumentos, el así llamado argumento de la corrección desempeña un papel central; en este artículo se considerará particularmente este argumento.” (BULYGIN, 2001a, p. 42).

Para ele, a proposta de Alexy apresenta uma grave contradição. As conexões *classificadoras* poderiam ser consideradas conexões **conceituais ou analíticas**, ou seja, ao determinar que a não satisfação de determinado critério moral acarretaria a perda da característica jurídica estaria sendo estabelecida uma conexão de significados: para que algo seja jurídico é necessário que se cumpra determinado critério moral. Todavia, o mesmo não ocorreria no caso de conexões *qualificadoras*, isto é, se a satisfação do critério moral não é necessária (posto que, nesse tipo de conexão, as normas continuam sendo jurídicas, mesmo quando não formulam/satisfazem aos critérios estabelecidos), então o que existe é uma relação não necessária, portanto, meramente **fática ou sintética**.

Aí estaria a contradição. Por um lado, Alexy afirma que normas, decisões e sistemas jurídicos *necessariamente formulam* uma pretensão de correção, indicando que a conexão entre o caráter jurídico e a pretensão de correção é conceitual ou *classificadora*. Por outro, entretanto, indica que a pretensão de correção, no caso de normas jurídicas e decisões judiciais, teria uma “relevância exclusivamente *qualificadora*”. Esse último caso, defende Bulygin (2001a, p. 44-45), demonstraria que a pretensão de correção não é necessária, sendo que o mesmo pode ser dito em relação à *satisfação* da pretensão de correção, que não seria necessária nem nos casos isolados, nem mesmo na hipótese do sistema jurídico como um todo.

La pretensión de corrección es una característica *definitoria* (y por consiguiente **necesaria**) de los sistemas jurídicos, pero no es una característica definitoria de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas y, por tanto, no es necesaria. Un sistema normativo que no formule una pretensión de esta naturaleza, no es un sistema jurídico; por el contrario, una norma o una decisión judicial **pueden ser consideradas jurídicas, aunque no formulen ninguna pretensión de corrección**. Tampoco la **satisfacción** de esta pretensión de corrección es una característica definitoria de la expresión “sistema jurídico”: un sistema normativo que formule esta pretensión pero que no la satisfaga es, sin embargo, un sistema jurídico aún cuando jurídicamente deficiente.

Más difícil es explicar la afirmación de Alexy de que las normas jurídicas aisladas que no formulen la pretensión de corrección y que los sistemas jurídicos que formulan la pretensión de corrección, pero que no la satisfacen, son jurídicamente (y no moralmente – como se podría esperar–) deficientes. (BULYGIN, 2001a, p. 45-46, grifo nosso)

2.2.1.2 A ausência de fundamentação à teoria da pretensão de correção

Outra crítica de Bulygin dirige-se a falta de fundamentos capazes de sustentar a afirmação de existência de pretensão de correção como característica necessária do direito.

Para ele, Alexy não apresenta razões, mas pretende explicar sua afirmação simplesmente através de exemplos que buscam demonstrar a existência de deficiências que não seriam meramente falhas técnicas, morais ou convencionais, mas sim defeitos *conceituais*, em função de uma “*contradição performativa*”, pois “el contenido del acto constituyente niega la pretensión de corrección que se formula con la ejecución de este acto” (BULYGIN, 2001a, p. 46-47).

Conforme apresentado acima, Alexy indica algumas situações hipotéticas para desenvolver seu raciocínio. Bulygin, porém, argumenta que as conclusões do professor de Kiel não se sustentam.

Nas hipóteses “(1) *X é uma república soberana, federal e injusta*” e “(2) *X é um Estado justo*”, Bulygin (2001a, p. 47-48) concorda que os enunciados são deficientes, porém, discorda que o primeiro seja contraditório e o segundo redundantes. Tais dispositivos hipotéticos certamente não constituiriam *descrições* da realidade ou da constituição (caso fossem descrições, poderiam ser classificados como verdadeiros ou falsos, mas esse não seria o caso).

Poderiam, então, ser considerados como *prescrições* ou ordens (normas) promulgadas por uma assembleia constituinte? Bulygin argumenta que como prescrições não teriam sentido algum, pois não há sentido em ordenar que uma Constituição ou um Estado sejam justos ou injustos “como tampouco tem sentido ordenar que um país seja rico ou que as árvores sejam verdes”.

Ciertamente algunas constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles (al menos en verano) suelen ser verdes, pero se trata de estados de cosas que **no** se pueden **prescribir u ordenar**. **Sólo acciones o aquellos estados** de cosas que son el **resultado de una acción** pueden ser el **contenido de una norma**.²⁹¹

Diante dessas duas impossibilidades interpretativas, Bulygin apresenta uma terceira: compreendê-los não como prescrições ou descrições, mas como *declarações políticas*.²⁹² Nessa hipótese, o enunciado (1), por exemplo, teria algum sentido, ainda que possa ser considerado como uma “falha política”, pois seria politicamente “pouco conveniente” ou

²⁹¹ (BULYGIN, 2001a, p. 48, grifo nosso) O autor até admite que possa ser ordenada a produção de uma “constituição justa ou injusta”, pois, ainda que tal prescrição talvez possa ser considerada politicamente incorreta, poderia ser significativa.

²⁹² Bulygin (2001a, p. 48-51) por um lado indica que é frequente a inclusão de declarações políticas, bem como enunciados teóricos, nas constituições, mas, por outro, reconhece que é passível de discussão se as constituições deveriam incluir tais declarações.

inútil – e por isso equivocado – declarar que um estado é injusto. Portanto, a deficiência não seria conceitual – como indicado por Alexy –, mas sim **política**.²⁹³

Já o enunciado (2), caso seja interpretado como declaração política, não só não seria redundante, como poderia desempenhar um importante papel.

Aos enunciados “(3) *O réu é condenado à prisão perpétua, o que é incorreto*” e “(4) *O réu é condenado à prisão perpétua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente*” poderiam ser apresentadas oposições similares: se forem entendidos como prescrições careceriam de sentido “porque no tiene ningún sentido prescribir u ordenar que una sentencia sea falsa (u originada en una falsa interpretación del derecho vigente)”. Nestes casos, Alexy estaria confundindo duas funções da linguagem, pois, quando o juiz fala sobre sua própria sentença não estaria mais se comportando como magistrado, mas sim emitindo sua opinião (privada) sobre ela e, obviamente, tal opinião não pode ser considerada como parte da própria sentença. Sendo assim, os defeitos desses enunciados seriam puramente erros linguísticos (BULYGIN, 2001a, p. 49-51).

Em conclusão, Bulygin afirma que a teoria de Alexy careceria de adequada fundamentação:

Tengo la impresión de que Alexy no ha justificado suficientemente el argumento de la corrección. De este modo, la tesis de la vinculación carece de base sólida y parece quedar flotando en el aire. Si la conexión entre derecho y moral depende del argumento de la corrección, como Alexy afirma expresamente [...], entonces **se requiere una fundamentación más sólida**. (BULYGIN, 2001a, p. 51, grifo nosso)

2.2.2 As primeiras respostas de Alexy

Em 1997, Alexy apresenta os primeiros contra-argumentos direcionados à crítica de Bulygin, por meio do artigo “*Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*” (A crítica de Bulygin ao argumento da correção).

Alexy admite novamente²⁹⁴ que, num primeiro momento, pode parecer que a pretensão de correção teria pouca relevância: os sistemas jurídicos existentes, em regra, formulam uma pretensão de correção, por menos justificada que esta seja na prática e, no caso

²⁹³ “No habría aquí ninguna falla conceptual sino una falla política, pues es políticamente inútil, y por ello equivocado, declarar que el Estado es injusto” e “Parece razonable interpretarlo como una declaración política, pero como tal es políticamente poco conveniente y, por ende, deficiente, pero no se trata de una falla conceptual, sino de una falla política”. (BULYGIN, 2001a, p. 48 e 50 respectivamente).

²⁹⁴ Conforme já havia sido indicado na seção 2.1.4.

da não satisfação, as consequências do argumento da correção são mais tênues considerando que não ocorre a perda da natureza jurídica, mas somente uma deficiência jurídica.

Todavia, insiste o autor, essa é uma impressão equivocada, pois, por intermédio da pretensão de correção o direito adquire “uma dimensão ideal necessária”, portanto, é a pretensão de correção que “permite distinguir entre direito e força bruta”, excluindo-o “do âmbito da pura contingência”. Além disso, a verdadeira força do argumento da correção se evidenciaria somente quando esse se conecta com outros argumentos, sendo necessário diferenciar entre a situação excepcional de colapso de um sistema injusto e as decisões nos chamados casos difíceis (ALEXY, 2001a, p. 55-56).

Nos casos de colapso de sistemas que apresentam uma extrema injustiça, Alexy afirma que existem argumentos normativos tanto a favor como contrários à fórmula de Radbruch (argumento da extrema injustiça). Todavia, as razões normativas para a negação do caráter jurídico, em casos de extrema injustiça, desenvolvem sua força total somente tendo como pano de fundo o argumento da correção.

Si este argumento acierta, entonces los actos extremadamente injustos de un régimen injusto son desde el comienzo jurídicamente deficientes, debido a la violación de la **pretensión de corrección necesariamente conectada** con ellos. Además, el reconocimiento posterior de este acto extremadamente injusto será medido según el reconocimiento como un acto jurídico necesariamente conectado con la pretensión de corrección. (ALEXY, 2001a, p. 57-58)

Portanto, estas uniões – que seriam analiticamente necessárias – reforçariam as razões normativas a favor da (e atenuariam o peso das razões normativas contrárias à) perda do caráter jurídico quando da transposição do umbral da injustiça, fazendo com que esse conjunto, formado pela pretensão de correção e demais razões normativas, adquira uma relevância classificatória que não existia quando se considerou a pretensão de correção de forma isolada (ALEXY, 2001a, p. 58).

De outro lado, nos *casos difíceis* do cotidiano, onde se verificam a ocorrência da textura aberta do direito²⁹⁵, não se poderia decidir exclusivamente com base nas regras do direito positivado. Na visão positivista, a consequência seria a autorização para o magistrado criar discricionariamente direito novo, com fundamentos *extrajurídicos*. Todavia, na visão não positivista, a pretensão de correção produziria uma interpretação que indica um **dever jurídico (e não apenas moral) de decidir corretamente**.

Esta pretensión, por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, **es una pretensión jurídica**, y **no sólo** una pretensión **moral**. A ella le **corresponde el deber jurídico**, necesariamente unido a los fallos judiciales, **de decidir**

²⁹⁵ Conceito (analisado na seção 1.1.4) indicado como ponto consensual entre positivistas e não positivistas jurídicos (ALEXY, 2001a, 58).

correctamente. En el ámbito de apertura este deber jurídico se refiere también a la **aplicación correcta de normas morales correctas**, ya que por definición, en el ámbito de apertura no se puede decidir sólo sobre la base de las normas del derecho positivo, y **el recurso exclusivo a consideraciones de conveniencia no es suficiente para resolver correctamente un problema jurídico.** En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que **con argumentos morales o de justicia.** Con ello, desde una perspectiva metodológica o de la teoría de la argumentación, la pretensión de corrección **crea una conexión necesaria de derecho y moral.** (ALEXY, 2001a, p. 59-60, grifo nosso)

Em conclusão, Alexy (2001a, p. 61) defende que a pretensão de correção, ligada a outros argumentos, conduz a um conceito de direito “antipositivista”, unindo necessariamente direito e moral. Essa proposta tem consequências significativas que se estendem desde a estrutura do sistema jurídico, passando pela teoria da argumentação jurídica e da interpretação do direito e chegando à própria prática jurídica.

2.2.2.1 A necessidade das conexões qualificadoras

Conforme apresentado na seção 2.2.1.1, Bulygin indica a existência de uma contradição na forma como Alexy apresenta o argumento da correção, referindo-se ao caráter meramente fático ou contingente (considerando que não haveria perda da qualidade jurídica) da pretensão de correção, seja no que concerne a não formulação por normas ou decisões isoladas, seja no caso de não satisfação da pretensão.

Alexy (2001a, p. 54-55) indica que, para responder à objeção, é necessário esclarecer que o argumento da correção consistiria em duas partes: a) a *necessidade da formulação* de pretensão, seja por normas ou decisões jurídicas isoladas, seja pelo sistema jurídico como um todo e b) as *consequências* da não formulação e da não satisfação dessa pretensão que, conforme já indicado anteriormente, podem ser de natureza classificadora (quando acarretam a perda da natureza jurídica) ou qualificadora (quando conservam o caráter jurídico, apesar de ocasionar uma “deficiência jurídica”). O papel *classificador* ocorreria apenas em relação ao sistema jurídico e somente quanto a não formulação da pretensão. Já nos casos de não satisfação da pretensão (pelo sistema ou por atos isolados) e nos casos de não formulação pelas normas jurídicas e decisões judiciais, a pretensão de correção teria um papel exclusivamente *qualificador*.

No caso da *não satisfação* da pretensão, embora esta não acarrete a perda do caráter jurídico, ocasiona *necessariamente* a caracterização – de sistemas, normas e decisões jurídicas – como “*deficientes*”, portanto, segundo Alexy, a conexão *qualificadora* é também uma conexão *necessária*.²⁹⁶

Todavia, no caso de *não formulação* da pretensão de correção por atos isolados, a análise é mais complexa. Como explicar, no contexto da proposta não positivista alexyana, que normas e decisões que sequer formulam uma pretensão de correção podem, ainda assim, não perder seu caráter jurídico? O autor defende que elas se apoiam no caráter institucional do direito, beneficiando-se de uma espécie de união parasitária com a pretensão de correção que necessariamente é formulada pelo sistema jurídico.

Su carácter jurídico se debe a su **engaste en el sistema jurídico** legal conforme al ordenamiento y a su eficacia social, que como un todo formula una pretensión de corrección. Esta **vinculación institucional** permite una unión parasitaria con la pretensión de corrección, que es constitutiva para el derecho visto como un todo. (ALEXY, 2001a, p. 68)

Alexy busca evidenciar que a conexão qualificadora, ainda que não ocasione a perda do caráter jurídico, também tem sua *necessária* consequência, qual seja, a *deficiência* – frise-se, *jurídica* e não meramente moral. Além disso, descarta a tentativa de caracterizar tal deficiência como algo trivial ou mera tautologia, buscando indicar que esta caracterização seria necessária precisamente porque indicaria, em alguma medida, uma violação do próprio conceito de direito.

la pretensión de corrección [...] necesariamente conecta a la corrección, como una **dimensión ideal** e hito de la **crítica**, con el derecho. Esta **deficiencia** es, por consiguiente, mas que una propiedad negativa meramente deplorable. Es algo que, **según el concepto de derecho, no debe estar allí**. (ALEXY, 2001a, p. 64, grifo nosso)

2.2.2.2 A contradição performativa como fundamento da pretensão de correção

Conforme apresentado na seção 2.2.1.2, Bulygin afirma que a tese da pretensão de correção careceria de uma base sólida, como se estivesse “flutuando no ar”. O autor afirma que os enunciados hipotéticos apresentados por Alexy devem ser considerados como

²⁹⁶ “en el caso de la no satisfacción de la pretensión de corrección la cualificación del sistema jurídico como deficiente es necesaria. Por consiguiente, también la conexión cualificatoria es una conexión necesaria. [...] en ellas existe la conexión cualificatoria y necesaria [...] entre la no satisfacción de la pretensión de corrección y la deficiencia. De esta manera, la afirmación de Bulygin sobre la existencia de una contradicción a este respecto no es acertada.” (ALEXY, 2001a, p. 64-65).

“declarações políticas” sob pena de carecem de sentido e, sendo assim, aqueles que apresentam alguma deficiência indicam somente uma “deficiência política” e não uma deficiência conceitual como indicado por Alexy.

Visando refutar o argumento da *deficiência* meramente *técnica* ou *política*, Alexy retoma a hipótese representada por uma nova constituição que afirma, em seu artigo primeiro, “(1) X é uma *república* soberana, federal e *injusta*”. Este teria como suposto objetivo “a estabilização do sistema existente de exploração e opressão” numa sociedade onde a minoria oprime a maioria, mas deseja fazê-lo de forma “honesta”.

O autor, então, busca estabelecer um paralelo entre a situação representada pelo enunciado (a evidenciação de uma sociedade de exploração, portanto, *injusta*) e outra hipótese: a mudança de forma de governo monárquico para *republicano* (ALEXY, 2001a, p. 70-71).

Assumindo que a admiração da maioria do povo, pelo monarca deposto, seja tão significativa que se coloque em risco a estabilidade da sociedade (especificamente em função da mudança de forma de governo), questiona-se: a mudança de sistema também caracterizaria uma “falha política”²⁹⁷ e esta deficiência teria natureza similar à cláusula da injustiça? Para Alexy, este exemplo demonstraria que a afirmação da injustiça na constituição hipotética não caracteriza apenas uma deficiência técnica ou política porque representaria “algo absurdo” que não está presente no caso da modificação da forma de governo.

Por tanto, en el caso de que la introducción de la cláusula de la injusticia **fuese exclusivamente una falla técnica**, el constituyente cometería con la introducción de la cláusula de la república el mismo error. Sin embargo, este no es el caso. La **cláusula de la injusticia** tiene **algo absurdo**, la cláusula de la república no. (ALEXY, 2001a, p. 72)

Poderia se afirmar que a cláusula da injustiça representa uma *deficiência moral*. Todavia, Alexy (2001a, p. 72) entende que esta não é uma explicação completa e, no intuito de demonstrar essa afirmação, estabelece outra comparação: se a cláusula da injustiça genérica fosse substituída por outra que excluísse direitos de cidadãos, especificamente, em decorrência de racismo. Sem efetuar maiores explicações, o autor entende que embora tal substituição continue sendo algo inaceitável, do ponto de vista moral não haveria nenhuma diferença entre as cláusulas, “não obstante, sob o ponto de vista da deficiência existiria diferença”.

Sob a possibilidade de se afirmar que a cláusula da injustiça caracteriza uma *deficiência convencional* – no sentido de que contrariaria uma prática generalizada, mas não

²⁹⁷ Também denominada pelo autor como “deficiência técnica”.

necessária, relacionada à redação de textos constitucionais – mais uma vez o autor argumenta que essa também não é uma explicação completa. Não se trataria de mera convenção, pois a deficiência, no caso da cláusula da injustiça, parece violar algo que “deve ser necessariamente pressuposto pelo constituinte” (ALEXY, 2001a, p. 73).

No artigo “*Law and Correctness*”, publicado em 1998, o autor apresenta outro exemplo visando demonstrar a diferença entre uma simples deficiência convencional e a “absurdidade” que estaria presente na cláusula da injustiça: a inclusão na constituição de um catálogo com 100 páginas elencando os direitos fundamentais também caracterizaria uma prática não convencional, apesar disso não parece algo tão sem sentido quando comparada com a cláusula da injustiça (ALEXY, 1998, p. 210).

Portanto, Alexy tenta ratificar que a cláusula da injustiça constituiria uma “*deficiencia conceitual*”, buscando descartar progressivamente outros possíveis tipos de deficiências, isto é, que não seria uma *deficiencia técnica*, relacionada à irracionalidade entre meios e fins; nem exclusivamente uma *deficiencia moral*, relacionada à violação de pautas morais assumidas como critério de avaliação; nem somente uma *deficiencia convencional*, relacionada às regras combinadas por um determinado grupo social sobre a produção de dispositivos constitucionais (CHIASSONI, 2011, p. 116).

Conforme já indicado, esta deficiência conceitual seria verificada a partir de uma contradição performativa caracterizada pelo fato de que o conteúdo expressado no ato jurídico contradiz aquilo que a própria execução implicitamente pretende.

La expresión “falla conceptual” es utilizada aquí en un **sentido amplio**, ya que se refiere también a las violaciones de las reglas que son constitutivas de los actos lingüísticos, es decir, de **las expresiones lingüísticas como acciones** (o que de alguna otra manera son necesariamente presupuestas por ellos). Con el acto de sanción de la constitución está **vinculada necesariamente la pretensión de corrección** que, en este caso, es **sobre todo una pretensión de justicia**. Un constituyente comete una contradicción performativa cuando el contenido del acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula. (ALEXY, 2001a, p. 73)

Alexy também questiona a afirmação – defendida por Bulygin – de que os enunciados hipotéticos propostos não se referem a ações ou estados de coisas que são resultados de uma ação. Para isso, indica o artigo 20, parágrafo 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha:

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

O professor de Kiel argumenta que esse tipo de prescrição estabelece “*principios constitucionais*” que, diferentemente do que parece crer Bulygin, podem ser direcionados aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Al Legislativo le pueden **prohibir aprobar determinadas leyes**. Es así como el principio de la república prohíbe la introducción de una monarquía, y el principio del Estado social la derogación de cada ayuda social. Los actos del Ejecutivo y del Judicial **son inconstitucionales si contradicen principios constitucionales**. Si esto no fuera así, la jurisdicción constitucional se vería de forma diferente. Por consiguiente, **hay tanto destinatarios como acciones a los cuales los principios constitucionales pueden referirse**. Esto **también se aplica** a un **principio** tan **abstracto** como el de la **justicia**, y a su contraparte monstruosa: el de la **injusticia**. (ALEXY, 2001a, p. 76, grifo nosso).

Portanto, se os princípios podem ser direcionados a determinados destinatários e se relacionam com ações, a objeção de Bulygin acerca da inutilidade ou inadequação de tais prescrições seria superada. Além disso, a introdução de um “princípio de injustiça” como princípio constitucional certamente caracterizaria uma *absurdidade* e, portanto, uma *contradição performativa*. E isso valeria não apenas para os princípios constitucionais, mas para qualquer ato jurisdicional ou legislativo de qualquer ordenamento jurídico, mesmo aqueles não vinculados aos *estados constitucionais democráticos*.²⁹⁸

Dessa forma, – apesar das alegações de Bulygin de que a tese da pretensão de correção não seria fundamentada por meio de razões, mas somente defendida a partir de alguns exemplos – Alexy (2001a, p. 83) entende que uma explicação, por meio de um argumento que busca demonstrar, progressivamente, que a *absurdidade* de determinadas situações não pode ser caracterizada como qualquer outro tipo de deficiência que não seja uma deficiência conceitual, baseado na indicação de uma contradição performativa, pode ser considerada uma fundamentação.

Por consiguiente, las **contradicciones performativas** son meramente un medio con el cual *se puede mostrar* que ciertas reglas son necesariamente válidas. La demostración consiste en la **indicación de un absurdo evitable**, que no puede ser explicado de otra manera que a través de la validez necesaria de una regla. La indicación de un absurdo no aclarado es más que la explicación o la ilustración a través de un ejemplo. **Es aún cuando falible, un argumento**. Esto es suficiente para una **fundamentación**. En materia de preguntas fundamentales más no puede haber. (ALEXY, 2001a, p. 84, grifo em negrito nosso)

²⁹⁸ “Sin embargo, la pretensión de corrección no pertenece a las pretensiones solo vinculadas a los estados constitucionales democráticos. Ella es una **pretensión universal interconectada con todo derecho**. esto puede verse en que las contradicciones performativas no se originan solo en si es negada por un acto del constituyente, sino incluso cuando es negada por **cualquier acto jurisdiccional o legislativo de cualquier ordenamiento jurídico**. Una ilustración de ello es el segundo ejemplo que se refiere a un juez que explica que su sentencia es una interpretación falsa del derecho vigente. Todo esto **no se restringe a los nuevos tiempos**. Sólo hay que imaginar a Justiniano dando como Inst. 1,1,3 la siguiente versión: ‘Iuris praecepta sunt haec: inhoneste vivere, alterum laedere, suum cuique non tribuere.’”

2.3 A Retomada dos debates a partir de Ferrara (1998)

Em 27 de março de 1998 – em uma mesa-redonda sobre o tema “*constitucionalismo y la separación entre derecho y moral*” organizada por Letizia Gianformaggio na Universidade de Ferrara, na Itália – os autores retomaram o debate, em evento que contou também com a participação de outros importantes pensadores do direito como Gustavo Zagrebelsky²⁹⁹ e Luigi Ferrajoli³⁰⁰. Neste segundo *round* entre os autores, pode-se dizer que os tópicos principais – além da divergência geral sobre o argumento da correção – foram a adequação ou obscuridade da ideia de *contradição performativa*; a possibilidade ou não de definição de uma moral objetiva e a influência dessa questão para a ideia de pretensão de correção; a verificação de uma lógica no que concerne a existência de conexões qualificadoras necessárias. As exposições de Alexy e Bulygin deram origem a artigos que foram publicados, no ano de 2000, na edição número 13 do periódico *Ratio Juris*.

2.3.1 A réplica de Bulygin

O artigo “*Alexy’s thesis of the necessary connection between law and morality*” (A tese de Alexy sobre a conexão necessária entre o Direito e a Moral) basicamente reproduz a primeira intervenção que Bulygin realizou no evento supracitado.

2.3.1.1 A ideia de contradição performativa

A ideia de contradição performativa seria “bastante obscura”, pois, apesar de Alexy (2001a, p. 73) afirmar que uma contradição performativa ocorre “cuando el contenido del acto constituyente niega esta pretensión [de corrección], a pesar de que con su ejecución la formula”, Bulygin defende que não fica claro de que tipo de contradição está se tratando.

²⁹⁹ Professor catedrático de direito constitucional na Universidade de Turim.

³⁰⁰ Professor na Universidade de Roma Ter.

Para o professor da Universidade de Buenos Aires certamente não se trata de uma contradição lógica porque não existe nenhuma relação lógica entre o ato de emitir uma norma e o ato de negar qualquer pretensão de correção dessa norma. Nesse sentido, poderiam ser apontados diversos exemplos relacionados à história do direito – como os casos de “Calígula ou Nero” – capazes de exemplificar situações onde as “autoridades jurídicas” não pretendiam que suas normas fossem moralmente corretas ou justas e, ainda assim, seria difícil negar que havia um sistema jurídico em Roma, mesmo durante o período desses imperadores (BULYGIN, 2001b, p. 86-87).

Todavia, continua o autor, mesmo que se aceitasse a ideia de contradição performativa da forma indicada por Alexy, não se vislumbra como esta pode fundamentar a tese da vinculação necessária entre direito e moral, simplesmente porque esta tese depende da possibilidade de definição consensual de uma *moral objetiva*.

[...] aún si admitimos que todas las autoridades jurídicas [...] necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por “corrección moral” o “justicia”? [...] Sin embargo, **la tesis** de la vinculación necesaria entre derecho y moral **implica** que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y **una y la misma moral**, no cualquier sistema moral, por la otra. En el caso de Alexy, es la moral universal, basada en una ética procedimental del discurso. El hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia **no demuestra** que hay una conexión necesaria **entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica**. Para sostener esta última tesis, Alexy no sólo debe **demostrar** que hay una **moral objetiva**, sino **también que esta moral es compartida por todos** los que hacen derecho. (BULYGIN, 2001b, p. 88)

Bulygin argumenta, porém, que basta vislumbrar a história da humanidade para perceber que dificilmente todos aqueles que exerceram um papel de autoridade criadora do direito compartilhavam a mesma compreensão de “correção moral” ou de “justiça”.

2.3.1.2 A desnecessidade das conexões qualificadoras

O autor retoma sua crítica já apresentada no artigo de 1993³⁰¹ indicando a existência de uma contradição nas chamadas *conexões qualificadoras*, considerando que Alexy, por um lado, afirma que as normas jurídicas e decisões judiciais individualmente consideradas *necessariamente* formulam uma pretensão de correção, mas que, paradoxalmente, mesmo

³⁰¹ Seção 2.2.1.1 do presente trabalho.

aquelas normas ou decisões que não formulam tal pretensão, permanecem sendo jurídicas, ainda que *deficientes*. Para Bullygin (2001b, p. 89-90, grifo nosso), “si no es una característica definitoria” ou seja, se não há a perda do caráter jurídico em função do descumprimento do critério específico, “entonces **no** es **necesaria** sino **contingente**.”

Apesar de reconhecer que Alexy buscou responder a esta crítica no artigo de 1997, Bullygin entende que a afirmação de que a não formulação ou satisfação da pretensão de correção ocasionam uma *deficiencia necesaria* constitui uma trivialidade porque, basicamente, significaria afirmar que as normas jurídicas deficientes são deficientes:

Alexy define un sistema jurídico deficiente como uno que no satisface la pretensión, y una norma jurídica deficiente como una norma que no formula la pretensión. De este modo, ambas características son *definitorias*, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “sistema jurídico **deficiente**” y de “norma jurídica **deficiente**”. Por supuesto, una vez que adoptamos estas definiciones, es analíticamente verdadero (y, por tanto, trivial), que las normas jurídicas que no formulan la pretensión de corrección son deficientes, pero es exactamente como decir que las normas jurídicas deficientes son deficientes. (BULYGIN, 2001b, p. 90-91, grifo em negrito nosso)

Sobre a ressalva feita anteriormente por Alexy – no sentido de que esta *deficiencia* indicaria, em alguma medida, uma violação do próprio conceito de direito, considerando que a pretensão de correção necessariamente conectaria o conceito de direito com uma *dimensão ideal*, tornando a *deficiencia* mais do que mera propriedade negativa, mas antes, algo que *conceitualmente* não deveria estar ali –, Bullygin considera tal ideia incompreensível e reafirma a inexistência de conexões qualificadoras necessárias:

Todo esto parece muy misterioso, y debo confesar que está más allá de mi capacidad de comprensión. Soy incapaz de ver en que consiste esa “*dimensión ideal*” del derecho, y por qué esta *deficiencia* es más que una propiedad negativa. Me inclino a pensar que la tautología citada por Alexy captura admirablemente bien lo que él realmente dice acerca del **oscuro concepto de necesidad de las conexiones cualificatorias**. Desgraciadamente, **no existe tal cosa**; sólo las características definitorias son necesarias, y las características cualificatorias de Alexy son efectivamente definitorias, pero no definitorias de “sistema jurídico” o “norma jurídica”, sino de “*deficiencia*”. (BULYGIN, 2001b, p. 91-92, grifo nosso)

O autor aprofunda o questionando sobre a adequação e necessidade da suposta “*dimensão ideal*” do direito. Primeiramente, compara-a com uma “*dimensão estética*”, defendendo que ainda que a beleza pudesse ser uma qualidade desejável, não seria adequado, do ponto de vista lógico, indicar que algo só se enquadraria em um determinado conceito a depender de sua qualidade estética.³⁰²

³⁰² Escolheu-se resumir, no texto principal, o argumento aos elementos essenciais por se entender que se trata de uma escolha infeliz do autor. De toda forma, segue o exemplo completo: “Usando la argumentación de Alexy podríamos, por ejemplo, sostener que hay una conexión cualificatoria pero necesaria entre las mujeres y la

Em um segundo momento, imagina que ao falar da necessidade das conexões qualificatórias, Alexy poderia estar se referindo a uma *necessidade normativa*. Entretanto, argumenta que se necessidade normativa é sinônimo de obrigatoriedade – conforme Alexy parece indicar³⁰³ – tal expressão careceria de sentido, pois se algo é definido como obrigatório, significa que existe a possibilidade de não ser verificado empiricamente (caso contrário, não haveria sentido em estipular sua obrigatoriedade):

Según la definición estándar de necesidad, una proposición p es **necesaria** si y sólo si es **verdadera en todas las circunstancias** o en todos los mundos posibles. Pero si p es **obligatoria**, entonces **debe ser falsa por lo menos en algún mundo posible**, puesto que si es siempre verdadera, entonces no tiene sentido hacerla obligatoria. (BULYGIN, 2001b, p. 93, grifo nosso)

Diante do exposto, defende que existe uma diferença crucial entre “necessidade” e “obrigatoriedade”, consequentemente, falar de necessidade normativa seria utilizar uma metáfora obscura, já que esta não seria nem uma necessidade lógica, nem mesmo empírica. E conclui, afirmando que Alexy não oferece nenhuma explicação sobre o tipo de necessidade que caracterizaria essa “curiosa expressão” (BULYGIN, 2001b, p. 93).

2.3.1.3 Participantes e observadores

Em outro artigo – “*Sobre observadores y participantes*” – publicado em 1998, mesmo ano do evento em Ferrara, Bulygin (1998, p. 41) aprofunda sua análise crítica sobre a teoria segundo a qual “el derecho identificado por un observador no es el mismo derecho que identifica un participante”. Embora o autor não dialogue diretamente com Alexy nesse texto³⁰⁴, justifica-se sua análise considerando que o tema é de fundamental relevância para o debate entre ambos.

A tese atacada por Bulygin afirma as normas sociais têm uma relação complexa com a linguagem: embora as normas só possam ser expressas através da linguagem, a verdade é que

belleza; es decir, que las mujeres necesariamente pretenden ser hermosas. Si una mujer no satisface esta pretensión, esto es, si ella no es hermosa, sigue siendo una mujer, pero fea, y la fealdad es una falla conceptual. La ausencia de belleza no es una propiedad negativa meramente deplorable de algunas mujeres, pues la pretensión de belleza otorga a las mujeres una dimensión ideal, y de esta manera conecta necesariamente a las mujeres con la belleza. Estoy totalmente de acuerdo con la conclusión de este argumento, pues la belleza efectivamente confiere una dimensión ideal a las mujeres, pero me parece que el argumento es lógicamente defectuoso” (BULYGIN, 2001b, p. 92).

³⁰³ “Something being normatively necessary means no more than its being obligatory”. (ALEXY, 1989, p. 169)

³⁰⁴ O autor tem como foco a teoria apresentada por Juan Carlos Bayón, professor da *Universidad Autónoma de Madrid* e – nas palavras do próprio Bulygin – um dos Filósofos do Direito mais relevantes da Espanha.

não teríamos acesso direto às normas (ao significado exato das expressões linguísticas), mas somente aos enunciados por meio dos quais os participantes expressam suas atitudes normativas. Para estabelecer o significado dos enunciados seria necessário utilizar “regras semânticas de designação dos termos descritivos da linguagem”. Todavia, não há garantia de que todos os participantes utilizem as mesmas regras semânticas, ou seja, não se poderia afirmar a existência de um conjunto de regras de designação efetivamente compartilhado. Isso demonstraria que aquilo que um observador deduz sobre o comportamento relacionado às regras sociais seria apenas uma possibilidade dentre várias formulações semânticas possíveis. Portanto, “el derecho identificado por un observador no es el mismo derecho que identifica un participante” (BULYGIN, 1998, p. 41-43).

O professor de Buenos Aires entende que a diferença entre observadores e participantes não seria tão significativa quanto essa exposição parece indicar porque, basicamente, todo participante también é um observador.

La **distinción** entre **observadores** y **participantes** no es tan absoluta y **tajante** como la presenta Bayón. Para decirlo en una forma muy comprimida: en una sociedad, si bien puede haber observadores puros, **no hay tal cosa como un participante puro**, porque *todo participante es también un observador*. Cabe recordar que estamos hablando de una comunidad, un grupo social, cuyos miembros no son ermitaños que viven en cuevas distantes entre sí, sino que están en permanente contacto unos con otros. Y este contacto supone algún tipo de comunicación, es decir, un lenguaje común que ellos -aunque en forma imperfecta- comparten. (BULYGIN, 1998, p. 45, grifo em negrito nosso)

Argumentando que as dificuldades semânticas enfrentadas pelo observador são, em alguma medida, também enfrentadas pelos próprios participantes, Bulygin desenvolve o seguinte raciocínio: considerando que o direito trata de normas relacionadas à convivência social, as regras sociais constituem um ordenamento composto por normas que são não somente aceitas pelos indivíduos, mas que estes creem que também são aceitas pelos demais integrantes – ao menos pela maioria – da sociedade.

Tal crença é baseada na observação do comportamento de seus concidadãos. Esta observação, por um lado, permite a apreensão dos aspectos importantes que constituem o comportamento dos demais e, por outro, possibilita o contínuo aperfeiçoamento da versão subjetiva que cada indivíduo tem das regras. Esse processo permitiria, ao longo do tempo, uma convergência das diferentes versões subjetivas de cada integrante da sociedade.

No hay que olvidar que lo que los distintos aceptantes aceptan no son reglas puramente subjetivas que sólo valen para ellos, sino **reglas sociales**, es decir, reglas que el aceptante cree que son aceptadas por todos o por lo menos por la mayoría de los miembros del grupo social. ¿En qué se sustenta esta creencia? Obviamente en su **observación** de lo que dicen y hacen sus congéneres. En otras palabras, **todo participante observa** permanentemente el comportamiento de los demás

participantes y, en consecuencia, **corrige su versión de las reglas** aceptadas por él en función de lo que dicen y hacen los demás miembros del grupo y de las reglas que ellos aceptan o dicen aceptar. En consecuencia, no hay tal cosa como R_1 , una regla que el participante acepta de una vez para siempre. Lo que hay es un **permanente proceso de identificación** de la regla en el transcurso del cual el **aceptante modifica la regla aceptada por él en consonancia con las reglas aceptadas por otros participantes**, es decir, R_1 tiende a converger, con el tiempo, con las reglas que aceptan otros miembros del grupo ($R_2... R_n$), lo cual quiere decir que todas estas reglas que en un principio eran tal vez bastante diferentes se aproximan con el tiempo cada vez más para volverse prácticamente indistinguibles. Como este proceso se opera en todos los miembros de la comunidad, las reglas que cada uno de ellos acepta tienden a unificarse. **Por lo tanto, la regla N_0 del observador no difiere mayormente de las reglas de los aceptantes.** (BULYGIN, 1998, p. 45-46, grifo em negrito nosso)

Tal divergência semântica seria minimizada, embora não eliminada, quando se pensa na estrutura do direito com funções legislativas e judiciais incumbidas de concretizar as formulações normativas. Obviamente isso não impede que intérpretes diferentes (ou os mesmos intérpretes em situações diferentes) atribuam normas diferentes às mesmas formulações normativas, mas isso seria um elemento natural das expressões linguísticas³⁰⁵ e isso não impossibilita uma linguagem compartilhada com, ao menos, um núcleo central coincidente.

Nesse sentido, em relação às normas jurídicas, as diferenças remanescentes entre versões dos distintos participantes “se manifestariam unicamente na aplicação da regra a casos marginais ou atípicos.[...] Mas isso não autoriza a sustentar que se trata de diferentes regras”.

Sin duda, pueden presentarse casos dudosos, en los que pueden surgir discrepancias. ¿Es matar dejar que un campesino indio se muera de hambre sin ayudarlo? ¿Mata el que no impide que otro tome un avión del que sabe que tiene desperfectos y el otro muere a causa de un accidente? Es posible que estos casos sean resueltos de manera diferente por los distintos aceptantes de la norma «Prohibido matar seres humanos». Pero esto no autoriza a sostener que no existe un significado «objetivo» de la palabra «matar», compartido por los hablantes de un lenguaje, ni se puede concluir que los diferentes hablantes tienen distintos conceptos de matar. (BULYGIN, 1998, p. 47-48)

Portanto, para a existência de regras sociais, consuetudinárias ou legisladas, é essencial a existência de um acordo sobre casos claros que se enquadrem no núcleo central da norma. As possíveis discrepâncias em relação a situações atípicas provariam apenas que o conceito de norma é vago, mas não prova de maneira alguma que o observador tenha um conceito de norma diferente daquele que os participantes utilizam.

³⁰⁵ Basta recordar o conceito de textura aberta indicado por Hart (seção 1.1.4).

2.3.1.4 Os juízes criam direito?

Em 2003 Bulygin publicou o artigo “*Los jueces ¿crean derecho?*” – baseado em apresentação feita no “*XII Seminario Eduardo García Máynez sobre teoría y filosofía del derecho*” organizado, entre outros, pelo *Instituto de Investigaciones Jurídicas* e pelo *Instituto de Investigaciones Filosóficas* da *Universidad Nacional Autónoma de México* (UNAM) – no qual analisa diferentes teorias sobre a criação do direito por magistrados.

Embora esse texto não tenha sido escrito com o objetivo específico de dialogar com a teoria de Alexy – que sequer é mencionado no artigo –, o tema está estritamente relacionado a ao debate entre os autores,³⁰⁶ motivo pelo qual será analisado nesse momento considerando a cronologia de publicação.

Eugenio Bulygin (2003, p. 7) afirma que o debate sobre a criação do direito pelos juízes é tema recorrente nos últimos duzentos anos, sendo necessário distinguir pelo menos três posições específicas:

- A) Aquela que sustenta que o direito, compreendido como o conjunto de normas gerais, é criado pelo legislador e os juízes se limitam a aplicá-lo em casos particulares, denominada de doutrina tradicional.
- B) Aquela que sustenta que o direito – compreendido como o conjunto de todas as normas gerais e individuais – também é criado pelos juízes ao estabelecerem normas individuais. O exemplo mais expressivo seria a teoria kelseniana.
- C) Aquela que sustenta que os juízes não criam direito em situações normais, mas que o fazem em situações muito específicas.

2.3.1.4.1 A doutrina tradicional

Baseada na tese da divisão de poderes, essa proposta se caracteriza pela forte separação entre o *poder legislativo* (poder político, formado por representantes eleito pelo povo, encarregado da criação do direito) e o *poder judiciário* (poder puramente técnico,

³⁰⁶ Conforme se verificará na seção 2.4.1.4, relacionada ao debate ocorrido em Girona, no qual se analisa a posição de Bulygin sobre as decisões judiciais.

exercido por juízes profissionais cuja tarefa é esgotada na aplicação das leis ditadas pelo poder legislativo).

Nesse contexto, o conceito de direito consiste no conjunto de regras gerais ditadas pelo parlamento e pelo poder executivo e a tarefa dos juízes se limita à aplicação das normas gerais aos casos concretos. Consequentemente, pressupõe-se que o direito possibilita a resolução de todos os casos através das normas gerais. Portanto, o direito deve ser completo e coerente, no sentido de que deve conter uma solução para cada problema submetido ao juiz. Aparentemente, a falta de uma norma que resolva o caso (lacuna do direito) ou a existência de duas ou mais regras incompatíveis (conflito de regras) impediria o juiz de resolver o caso, ou seja, aplicar o direito, sem que esses problemas fossem antes solucionados. A codificação napoleônica seria um exemplo prático dessa teoria, considerando que consistiu na primeira tentativa relevante de alcançar uma legislação completa e coerente para determinada matéria.

El que las normas generales **solucionen todos los casos** y lo hagan **en forma coherente** parece ser una **condición necesaria** para poder **exigir del juez** que se **limite a la mera aplicación** de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales. Tan persistente es esta idea que en los órdenes jurídicos modernos que tienen su origen en la codificación napoleónica se da por supuesto que el derecho es siempre completo y coherente en el sentido de que proporciona una respuesta y sólo una respuesta a todo problema jurídico. (BULYGIN, 2003, p. 9, grifo nosso)

Para Bulygin, as exigências que são impostas aos juízes, nos países cujos ordenamentos jurídicos tiveram inspiração no Código de Napoleão, demonstrariam a persistência que a ideia de completude e coerência do direito tem até os dias atuais:

1) Os juízes têm a obrigação de resolver todos os casos sob sua competência. Ainda que os juízes, isoladamente, tenham competências limitadas, presume-se que a competência do conjunto de juízes de determinado país é exauriente, portanto, para cada problema jurídico sempre deve haver um juiz competente.

2) As decisões dos juízes devem ser fundamentadas em normas jurídicas.

3) O direito contém sempre solução para qualquer caso levado ao juiz.

Em analogia aos exemplos da legislação argentina³⁰⁷ apresentados por Bulygin, pode ser indicado o artigo 140 do Código de Processo Civil brasileiro³⁰⁸ em conjunto com o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.³⁰⁹

³⁰⁷ Artigos 15 e 16 do Código Civil argentino.

³⁰⁸ “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

³⁰⁹ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Esse tipo de normatização possibilitaria duas interpretações. Na primeira, ainda que se considere que as normas gerais podem não ser completas, o conjunto (resultante de leis e demais fontes integradoras do direito) é sempre completo e coerente. Para Bulygin, essa proposta é muito similar à posição de Dworkin no sentido de que, ainda que o direito estabelecido (*settled law*) – compreendido como o conjunto de leis e precedentes judiciais – possa parecer incompleto e incoerente, quando interpretado “*a la luz de los principios y de la mejor teoría política subyacente, suministra siempre una respuesta correcta*” (BULYGIN, 2003, p. 10).

Na segunda interpretação, pode-se entender que a proposta das fontes integradoras do direito autorizaria o juiz a modificar o direito existente, agregando uma nova norma, nos moldes do artigo 1 do Código Civil Suíço: “*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*”.³¹⁰ Todavia, essa interpretação estaria em flagrante contradição com a doutrina da divisão de poderes em sua versão tradicional.

A doutrina tradicional foi criticada por Hans Kelsen que compreende todos os atos jurídicos como atos, simultaneamente, de *aplicação* e *criação* do direito.

A **criação** de Direito é sempre **aplicação** de Direito. Estes dois conceitos não são, de modo algum, como presume a teoria tradicional, opostos absolutos. Não é de todo correto classificar os atos jurídicos como atos criadores de Direito e atos aplicadores de Direito; pois, deixando de lado dois casos limítrofes [a norma fundamental e a execução de uma sanção em um caso concreto], **todo ato é, normalmente, ao mesmo tempo, criador de Direito e aplicador de Direito**. A criação de uma norma jurídica é – normalmente – uma aplicação da norma superior que regula a sua criação, e a aplicação de uma norma superior é – normalmente – a criação de uma norma inferior determinada pela norma superior. **Uma decisão judicial**, por exemplo, é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, **é aplicada**, mas, **ao mesmo tempo**, uma norma individual **é criada** obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito. [...]

Desse modo, a função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito. (KELSEN, 2000, p. 193-196, grifo nosso)

Sendo assim, Bulygin (2003, p. 10) conclui – em companhia de Kelsen – que a diferença entre a função do legislador e a do juiz é apenas quantitativa: o juiz geralmente está mais limitado que o legislador, mas ambos criam a lei dentro da estrutura estabelecida pela norma superior (a constituição no caso do legislador e a lei no caso do magistrado).

³¹⁰ “Na ausência de uma disposição legal aplicável, o juiz decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, na ausência do costume, de acordo com as regras que estabeleceria se tivesse que agir como legislador” (tradução nossa).

2.3.1.4.2 A teoria de Kelsen

Apesar de concordar com a crítica à doutrina tradicional, Bulygin não pactua integralmente com a teoria kelseniana que sustenta que os juízes sempre criam o direito ao estabelecerem normas individuais. Para compreender adequadamente essa teoria é necessário esclarecer alguns dos conceitos utilizados pelos autores.

Normas são “expressões usadas prescritivamente para ordenar, proibir ou permitir certa conduta de ação em determinadas circunstâncias”; *caso* é “a situação ou circunstância em que a conduta em questão deve, não deve ou pode ser realizada conforme a norma” e *solução* consiste na “expressão que ordena, permite ou proíbe a conduta em questão”. Sendo assim, “as normas são expressões que correlacionam um caso com uma solução” (BULYGIN, 2003, p. 11, tradução nossa).

Pode-se distinguir entre *caso individual* quando se trata de um evento concreto situado em tempo e espaço específicos e *caso genérico* quando se trata de uma propriedade ou conjunto de propriedades que podem ser utilizados em um número indefinido de casos individuais, portanto, que não se referem a eventos reais, mas apenas a fatos possíveis. Também é possível diferenciar *soluções genéricas* que são tipos ou classes de ações caracterizadas normativamente como obrigatórias, proibidas ou permitidas (que não se referem a eventos reais, mas apenas a fatos possíveis) de *soluções individuais*, que são atos ou omissões feitos por indivíduos específicos, espacialmente e temporalmente localizados, qualificados como obrigatórios, proibidos ou permitidos.

Tudo isso para indicar que *normas gerais* são expressões que correlacionam casos genéricos com soluções genéricas e *normas individuais* são expressões que correlacionam certa descrição de um caso individual com uma solução individual.

Como indicado anteriormente, Kelsen sustenta que as sentenças judiciais são *normas individuais*, mas Bulygin entende que isso caracterizaria um exagero ou simplificação excessiva, pois a generalidade, ao menos no que concerne ao destinatário da norma, seria uma característica necessária para a identificação das normas, sendo tal característica inexistente nas “normas individuais”.

Além disso, Bulygin (2003, p. 12) defende que as *sentenças* são entidades complexas formadas por duas partes: a *parte resolutiva* ou *dispositiva* (que caracterizaria aquilo que Kelsen denomina de norma individual porque destinada a determinar aquilo que deverá ser cumprido – condenando um acusado a tantos anos de prisão ou o demandado a pagar ao autor

determinada quantia) e os “*considerandos*” (por meio do qual “o juiz justifica ou fundamenta sua decisão”).

Los **considerandos** son una parte de la sentencia y una parte muy esencial. En esto estriba una diferencia fundamental entre el acto del legislador y el acto del juez: los **jueces**, a diferencia de los legisladores, **están obligados a justificar expresamente sus decisiones** y esta justificación [...] o fundamentación de la decisión judicial es una parte imprescindible de la sentencia. **Una sentencia que carece de justificación es una sentencia arbitraria, sujeta a la anulación o revocación.** (BULYGIN, 2003, p. 12, grifo nosso)

Para o autor, ainda que a exposição de motivos de uma lei possa demonstrar que, eventualmente, os legisladores também justificam a criação desta, tal exposição não faz parte da lei. Porém, a justificação ou fundamentação da decisão judicial seria uma parte indispensável da sentença.

Os “considerandos” seriam compostos pelos *fundamentos fácticos* (descrição do caso individual e verificação de que este é uma instância de um determinado caso genérico, isto é, que o caso individual tem a propriedade definidora de um caso genérico específico, sendo tal operação é denominada subsunção) e *fundamentos normativos* (norma geral que soluciona o caso genérico ao qual pertence o caso individual submetido à decisão do juiz).

Para que su decisión esté justificada, el juez debe **subsumir el caso individual en un caso genérico** y luego dictar una resolución o norma individual que corresponda a la solución que la norma general invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente.³¹¹

Como já indicado na seção anterior, Kelsen defende que “todo ato é, normalmente, ao mesmo tempo, criador de Direito e aplicador de Direito”, portanto, as decisões judiciais também criariam direito. Além disso: i) a sentença é produto de um ato de vontade e não mero

³¹¹ (BULYGIN, 2003, p. 13, grifo nosso). Todavía, é importante esmiuçar o que significa esse conceito de *fundamentação* na visão de Bulygin. Em texto publicado em 1991 em conjunto com Carlos Alchourrón – Análisis lógico y derecho – o autor detalha o conceito: “El concepto de fundamentación normativa ha sido muy poco explorado en la filosofía jurídica, a pesar de su extraordinaria importancia. Aquí me limitaré a unas pocas observaciones. Justificar o fundar una decisión consiste en construir una **inferencia o razonamiento lógicamente válido**, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una *norma general* de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión **hay una relación lógica, no causal**. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fáctica y, a veces, también analíticas). Desde luego, **no se trata aquí de afirmar que el juez encuentra la solución del caso mediante un proceso deductivo a partir de las normas generales. De qué manera el juez arriba a su decisión es un problema psicológico que no interesa en este contexto**: sólo nos interesa el problema lógico de la fundamentación. No interesa, por tanto, la cuestión de la prioridad temporal: es posible que en muchos casos el juez primero toma la decisión y luego busca justificarla. El orden temporal no afecta la prioridad lógica del fundamento con respecto a la resolución. La decisión judicial no sólo debe ser fundada, sino, además, debe ser fundada en normas jurídicas y en las circunstancias del caso. Esto significa que las normas generales que constituyen el fundamento normativo de la decisión deben ser – al menos en principio – normas jurídicas, y las proposiciones empíricas que integran los considerandos de la sentencia deben corresponder a las circunstancias del caso debidamente probados en los autos”. (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1991, p. 356, grifo em negrito e sublinhado nosso).

ato de conhecimento; ii) na sentença são concretizados vários elementos que só são mencionados abstratamente na norma geral (*e.g.*, o montante da pena, o lugar da execução, etc.), ademais, a norma geral apenas indica um conjunto de possibilidades dentre as quais o juiz precisa selecionar para criar a norma individual.

Bulygin concorda com os dois argumentos de Kelsen, mas discorda da conclusão.

Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. **Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si** la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, **está fundada en una norma general** creada por el legislador, **parece exagerado hablar de “creación del derecho”**. He sostenido en otra oportunidad que **el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador** y estoy dispuesto a mantener esta tesis. Pero ya hemos visto que de acuerdo a la doctrina tradicional esto es precisamente lo que el juez no debe hacer, pues debe fundar su decisión en el derecho, es decir, en las normas generales creadas por el legislador. La pregunta es ¿qué debe y qué puede hacer el juez cuando el derecho no soluciona su caso, es decir, frente a una laguna, si es que hay tal cosa como laguna normativa? (BULYGIN, 2003, p. 9, grifo nosso).

Portanto, para o professor de Buenos Aires, o argumento de que o juiz cria direito ao estabelecer normas individuais – defendido por Kelsen – é incorreto, pois não seria adequado se falar em criação do direito quando a sentença está baseada em uma norma anterior pré-estabelecida pelo legislador, mas apenas em situações onde os juízes criam “normas gerais” como, por exemplo, naquelas caracterizadas pelas lacunas do direito.

2.3.1.4.3 Lacunas normativas

Para entender a posição de Bulygin sobre a criação do direito pelos magistrados é preciso esclarecer a questão das lacunas do direito, sendo que o autor apresenta a existência de três teses sobre o assunto:

I) Teorias que consideram que o direito é necessariamente **completo** e, portanto, negam a possibilidade de lacunas.³¹² Neste caso, a princípio, não haveria discricionariedade

³¹² É interessante observar que, num primeiro momento, Bulygin afirma que Kelsen seria o representante mais conhecido dessa linha de argumentação (“Teorías que consideran que el derecho es necesariamente completo y, por lo tanto, niegan la posibilidad de lagunas. Kelsen es el representante más conocido de esta tendencia, que es compartida por muchos teóricos”). Porém, mais adiante, afirma que Kelsen, ainda que de forma implícita, admitiria ao menos a existência de lacunas axiológicas. (“De hecho, Kelsen admite – si bien a regañadientes – que en el caso de lagunas axiológicas los jueces suelen crear normas generales para justificar sus decisiones, que se apartan de lo dictado por el legislador”) (BULYGIN, 2003, p. 14 e 22-23,

porque não existem lacunas. Entretanto, pode existir discricionariedade judicial desde que o próprio ordenamento jurídico autorize os magistrados a se afastarem do direito posto.

Tais propostas estariam embasadas no *princípio da proibição*, ou seja, “tudo o que não é proibido, está permitido”, sendo assim, todas as condutas teriam um *status* normativo (como proibidas ou permitidas expressa ou tacitamente) e não haveria condutas não reguladas pelo direito.

Bulygin argumenta que tal postura é equivocada e decorre de dois fatores: i) a falta de distinção entre *normas* (expressão prescritiva que proíbe, ordena ou permite certos comportamentos) e *proposições normativas* (expressão descritiva que informa acerca da existência de normas); ii) a polissemia do “termo permitido”.

Cabe preguntarse si el principio “Lo que no está prohibido, está permitido” es una norma o una proposición normativa. Si es una norma que permite todas las conductas que no están prohibidas por otras normas, entonces – como toda norma – es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todo orden jurídico. Si es una proposición normativa, caben dos posibilidades: o bien “permitido” significa “no prohibido” (permisión negativa o débil), o bien significa permisión fuerte o positiva. En el primer caso, el Principio de Prohibición es necesariamente verdadero, pero absolutamente trivial, pues sólo dice que lo que no está prohibido no está prohibido. Esto es totalmente inocuo y perfectamente compatible con la existencia de lagunas. Si, en cambio, “permitido” significa permisión fuerte o positiva, entonces el Principio dice que si una conducta no está prohibida hay una norma que la permite. Esto es claramente falso: del mero hecho de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la presencia de una norma permisiva. Resumiendo, el Principio de Prohibición como norma es contingente y como proposición normativa es o bien vacuo, o bien, falso. En ningún caso puede apoyar la tesis de que el derecho es necesariamente completo. (BULYGIN, 2003, p. 16)

Portanto, alega que “nada autoriza a pensar que en todo orden jurídico exista una norma que permite toda conducta no prohibida”.³¹³

II) Teorias que consideram que, embora existam lacunas normativas, isso não impede que os juízes resolvam todos os casos por meio da **aplicação das normas gerais preexistentes**, destacando-se Juan Ruiz Manero e Fernando Atria como seus expoentes. Segundo essa proposta, não haveria discricionariedade ainda que eventualmente existam lacunas.

respetivamente). Essa postura, talvez, possa ser explicada pela afirmação de Fernando Atria (2002, p. 82, grifo nosso): “**Only axiological gaps** can be a source of discretion for the court. **But according to the sources thesis axiological gaps are not legal gaps**, since they are defined, as we saw, as cases in which ‘**there is a solution** but one that is axiologically inadequate’”.

³¹³ (BULYGIN, 2003, p. 17)

Os autores entendem que a função distintiva da atividade jurisdicional consistiria em fornecer determinações dotadas de autoridade sobre violações de regras primárias, sendo a solução dos conflitos de interesse mera consequência da aplicação dessas regras primárias.³¹⁴

How should we **characterize judicial activity**, if not upon the basis of conflict-resolution? One plausible alternative is to characterize it **as Hart did** when he introduced his notion of secondary rules of adjudication. On this view, **what is distinctive of jurisdictional activity** is not that it solves conflicts of interests but that it **provides "authoritative determinations of the fact of violation of the primary rules"** (Hart, 1994: 97). On this view, conflict-resolution will appear as the characteristic activity of the courts only if that is taken to be the main point of the rules courts are supposed to apply. But if those rules are understood as having as their main point a different one (implementing public policy, maximizing utility, and so forth), then **conflict-resolution might well be regarded as a mere by-product of the application of the rules.** (ATRIA, 2002, p. 79)

Sendo assim, se não existe uma norma específica que determine a condenação, o juiz está obrigado a rejeitar a demanda e não a encontrar uma suposta solução para o conflito mesmo diante da ausência de disposições normativas sobre o caso (BULYGIN, 2003, p. 17).

A law-applying organ has the role of applying legal rules once their operative facts are fulfilled. **If no rule's operative facts are fulfilled, no rule can be applied.** This will mean that many conflicts of interest will not be solved by the law, but it **does not mean that the courts will have discretion.** (ATRIA, 2002, p. 81)

Bulygin (2003, p. 19) argumenta – partindo da premissa que a função primordial dos órgãos judiciais é resolver os conflitos – que tal teoria é equivocada porque é baseada em exemplos penais nos quais, quando não há regra que penalize a conduta do acusado, o juiz deve absolvê-lo. Nos processos “não penais” sempre há conflitos de interesse que o juiz deve resolver.

Além disso, tal como indicou na contrariedade a teoria kelseniana, entende que o erro também decorre da falta de distinção entre *normas e proposições normativas*:

El error de Atria proviene de una falta de distinción adecuada entre normas y proposiciones normativas. Si el juez se limitara a informar a las partes que el derecho no contiene una norma que obligue al demandado, su sentencia sería una mera proposición normativa. **Pero la función del juez** no es informar a los litigantes acerca del contenido del derecho, sino **resolver el conflicto** y para hacerlo **tiene que dictar una norma**, ya sea una norma que obligue al demandado [...] o una norma que permita al demandado no hacer lo que el actor pretende [...]. En ambos casos se trata de normas y no de proposiciones normativas. (BULYGIN, 2003, p. 20, grifo nosso).

III) Teorias que argumentam que a existência ou não existência de lacunas é uma questão **empírica** e, portanto, contingente (tese defendida por Alchourrón e Bulygin na obra

³¹⁴ A análise sobre regras primárias e secundárias foi feita na seção 1.1.2.

“*Normative Systems*”). Neste caso, “os juízes têm discricionariedade para resolver os casos em que não há regulação jurídica”.

[...] en el caso de una laguna normativa el **juez no tiene** la **obligación de condenar** al demandado, **ni tampoco la de rechazar** la demanda. Lo único a que está obligado es a dictar sentencia y **lo puede hacer de cualquiera de las dos formas posibles**: condenando al demandado o rechazando la demanda. En otras palabras, el juez **puede decidir discrecionalmente** el caso individual. (BULYGIN, 2003, p. 17, grifo nosso)

Conforme já apresentado, diferentemente da proposta de Atria, Bulygin (2003, p. 21) entende que a função primordial dos órgãos judiciais é resolver os conflitos. Além disso, também entende que os juízes estão obrigados a justificar expressamente suas decisões e esta fundamentação é parte fundamental da sentença. Então, como justificar as “normas individuais” se o caso genérico correspondente não está regulado por nenhuma norma (lacuna normativa)? A resposta do autor é simples: “el juez tiene que crear una norma general para solucionarlo”, sendo certo que “esta norma general no existía en el derecho [...] antes de la decisión del juez.”.

Eugenio Bulygin defende que a criação dessa norma geral não violaria o direito exatamente porque não haveria qualquer norma jurídica previamente estabelecida. Portanto, como não há parâmetros jurídicos pré-estabelecidos, não haveria como se defender a existência de uma “única resposta correta”, cabendo ao juiz resolver discricionariamente o caso por meio da criação de uma norma geral a qual o caso individual será subsumido.

Exemplificando através de um caso – apresentado por Atria – onde recém-casados discutem judicialmente onde passarão suas férias, sendo que o direito não estabelece qualquer norma sobre isso, Bulygin argumenta:

¿Pero no podría acaso un juez suficientemente conservador hacer lugar a la demanda del marido decidiendo [...] que es el marido quien puede elegir el lugar de las vacaciones? O un juez feminista ¿no podría resolver hacer lugar a la demanda de la mujer? Al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia. Lo decisivo es que [...] tanto cuando hace lugar a la demanda del marido o de la mujer, o cuando rechaza ambas demandas, el juez dicta una norma individual que sólo puede estar justificada por una norma general creada por el mismo juez.

[...]

Pero no hay nada que obligue al juez a adoptar una determinada solución: tanto la condena del demandado como el rechazo de la demanda requieren la creación de una norma general sin la cual la decisión del juez no estaría justificada, esto es, sería arbitraria. (BULYGIN, 2003, p. 23-24)

Por derradeiro, Bulygin afirma que a decisão acarreta a aceitação, pelo próprio juiz, da norma geral que ele mesmo criou para fundamentar sua decisão e, conseqüentemente,

compromete-o a decidir do mesmo modo todos os casos relevantemente análogos. Porém, logo a seguir, esclarece melhor o que isso significa:

Cuando digo que la decisión del juez en un caso individual lo compromete a decidir de igual modo todos los casos iguales (o relevantemente análogos) **no** quiero insinuar **que el juez esté (jurídicamente o moralmente) obligado** a seguir sus propios precedentes. No se trata de una obligación, **sino de una condición de racionalidad**: un juez que resuelve dos casos iguales de manera distinta, sin indicar en qué consiste la diferencia que lo induce a hacerlo, actúa **irracionalmente**. (BULYGIN, 2003, p. 21, grifo nosso)

Portanto, a “aceitação” na norma geral criada por ele mesmo não constitui uma limitação ou parametrização jurídica, nem mesmo moral, mas sim uma questão de lógica e racionalidade.³¹⁵

2.3.1.4.4 Criação judicial do direito

Em conclusão, o autor argumenta que a ideia de nítida separação entre o papel do poder legislativo, como criador de normas gerais, e a função do poder judiciário como mero aplicador dessas normas é **insustentável**. Juízes seriam forçados a criar normas gerais quando confrontados com casos de lacunas, contradições normativas ou casos de penumbra³¹⁶ e também em casos de “lacunas axiológicas”³¹⁷.

Todavia, essa criação judicial apresentaria diferenças significativas quando comparada com a criação legislativa:

a) Enquanto as normas criadas pelo poder legislativo são obrigatórias para todos e especialmente para os juízes, as normas gerais – criadas pelo juiz em um caso de lacuna normativa – “não obrigam, em princípio, os outros juízes”;

b) Ainda assim, a norma geral criada por um juiz constitui um precedente e, se outros juízes seguirem esse entendimento, ter-se-á uma jurisprudência uniforme: “a regra geral criada pelos juízes adquire o caráter de obrigatória”. Caso outro juiz decida de maneira diversa existiriam normas incompatíveis, sendo que tal conflito, cedo ou tarde, será resolvido

³¹⁵ Conforme se questionará no capítulo 3, em especial na seção 3.4, diante dessa afirmação, restam algumas dúvidas: não se pode dizer que o juiz que decide de forma “irracional”, porque afastada dos padrões estabelecidos anteriormente, estaria *jurídicamente* equivocado? Não haveria qualquer obrigação *jurídica* de respeitar a regra geral por ele mesmo criada? Se assim for, ainda que se possa dizer que o juiz agiu de forma irracional, do ponto de vista jurídico não se poderia dizer que está errado?

³¹⁶ Aqueles relacionados à textura aberta do direito, conforme analisado na seção 1.1.4.

³¹⁷ Conceito que será analisado na seção 2.4.1.4.2.

“por outros juízes, de modo que o processo de criação judicial das normas gerais acarretará em uma regra geral reconhecida de origem jurisprudencial” (BULYGIN, 2003, p. 25).

2.3.2 A tréplica de Alexy

No artigo “*On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's Critique*” (Sobre a tese de uma conexão necessária entre Direito e Moral) Robert Alexy busca apresentar contra-argumentos à exposição feita por Bulygin no encontro em Ferrara. Far-se-á aqui a análise desse e de outros trabalhos que o professor de Kiel menciona expressamente no artigo, mas cujos tópicos não foram nele aprofundados, em especial os textos “*Gerechtigkeit als Richtigkeit*” e “*Law and correctness*”, publicados em 1997 e 1998 respectivamente.

2.3.2.1 O que significa formular uma pretensão de correção

Levando em conta que as críticas de Bulygin reiteradamente afirmam a suposta falta de clareza ou obscuridade de diversos conceitos utilizados para fundamentar a pretensão de correção, Alexy busca esclarecer o que significa formular uma pretensão de correção.

Em “*Gerechtigkeit als Richtigkeit*” (Justiça como correção), publicado em 1997, o professor de Kiel busca esclarecer o significado de *correção*, considerando que se trata de um conceito abstrato e indeterminado, ainda mais que o próprio conceito de justiça.³¹⁸

Primeiramente, faz uma analogia entre os conceitos de justiça e verdade, tendo como ponto em comum a ideia de *correção*:

El más importante *analogon* del concepto de justicia es el concepto de **verdad**. Así como la verdad es el más alto criterio de valoración de la **corrección** de proposiciones que vierten en torno a aquello que ocurre, del mismo modo la **justicia** es el más alto criterio de valoración de la **corrección** de distribuciones y compensaciones. (ALEXY, 2003a, p. 163, grifo em negrito e sublinhado nosso)

³¹⁸ O autor, após estabelecer que o conceito de justiça está relacionado com distribuições e compensações, afirma: “La justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación.” (ALEXY, 2003a, p. 163).

O que o autor busca indicar é que o conceito de *correção* se relaciona com os mais altos critérios de valoração relativos a determinados âmbitos. Nesse sentido, quem afirma que algo é correto entende que é suscetível de fundamentação ou justificação, mediante a apresentação de razões.

Baseando-se na teoria do discurso³¹⁹ prático racional – caracterizada como uma teoria *procedimental* (uma norma só será considerada correta se puder ser o resultado de um procedimento, no caso específico, se respeitar as condições da argumentação prática racional³²⁰ que é um procedimento argumentativo³²¹) sobre a correção das normas,³²² cuja ideia básica é a possibilidade de discutir racionalmente sobre problemas práticos, com uma pretensão de correção que não pode ser confundida com a simples elaboração de consensos.³²³ O autor afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, cujo ponto em comum é que as ambas as formas de discurso tratam da **correção** de enunciados normativos.

³¹⁹ É importante esclarecer que o termo “discurso”, no presente contexto, designa uma atividade linguística caracterizada pela presença de vários interlocutores, portanto, mais próxima daquilo que comumente denominados “diálogo”. Apesar disso, Alexy (2017b, p. 175, grifo nosso) entende que também é possível refletir sobre discursos realizados por um único participante, desde que sejam considerados os argumentos contrários ao que se propõe: “Os discursos são por isso atos com diversos participantes. Isso não impede, porém, que se possa falar também de discursos ‘internos’. Os discursos internos são **reflexões de uma pessoa** em que se **levam em conta os possíveis argumentos contrários dos oponentes imaginados**. Pode-se falar de discursos internos bem-sucedidos em sentido fraco, na medida em que todos os contra-argumentos conhecidos sejam valorados imparcialmente. Em um sentido mais forte, um discurso interno é bem-sucedido na medida em que isso tenha acontecido com todos os contra-argumentos imagináveis de todos os oponentes imagináveis. Aqui há de se deixar aberta a questão sobre com que extensão e como são possíveis uns e outros. Cabe apontar que a teoria aqui desenvolvida oferece também as bases de uma teoria do discurso interno; porém, uma teoria do discurso interno teria de resolver uma série de problemas adicionais”.

³²⁰ Alexy (2017b, p. 279) apresenta, em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica”, uma análise detalhada sobre sua proposta, incluindo um anexo com mais de vinte regras que devem ser respeitadas para a existência de um discurso racional, caracterizando uma espécie de “código da razão prática”.

³²¹ (ALEXY, 2000b, p. 226).

³²² “Según la teoría del discurso una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, y precisamente del procedimiento propio de un discurso práctico racional” (ALEXY, 2003a, p. 165).

³²³ Alexy (2014a, p. 114) utiliza o debate sobre os direitos humanos para explicar as limitações do consenso, a depender de como se compreenda esse conceito: “A quarta abordagem é o consensualismo. De acordo com ela os direitos humanos são justificados quando encontram a concordância de todos. A existência dos direitos humanos se apoia então na existência de um consenso que os sustenta. Se esse consenso é concebido como nada mais que um acordo sobre convicções, o consensualismo não é diferente de um **intuicionismo coletivo**. A única fonte da validade é o fato do acordo. Ora, não se deveria menosprezar um acordo sobre os direitos humanos que abranja todos os seres humanos, quando esse acordo é suficientemente estável. Porém, mesmo quando um tal acordo existe, podem ser exigidas razões para as respectivas convicções. **Quando porém o consenso não é apoiado por todos**, o que no caso dos direitos humanos é exatamente o que ocorre, **são indispensáveis argumentos**. Quando se trata de fundamentações, argumentos contam mais que meras maiorias. Por essa razão um **consensualismo** apoiado exclusivamente no fato da concordância ou congruência **não é suficiente para a fundamentação** dos direitos humanos. Para isso **são necessários argumentos**. Porém assim que eles entram em jogo o campo do puro consensualismo é abandonado”.

Para compreender a correlação entre discurso e correção, conforme estabelecida por Alexy (2017b, p. 175, grifo nosso), é importante evidenciar que “os **discursos** são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a **verdade ou correção** das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos”.

De forma mais expressiva e com foco na atuação daquele que participa do diálogo, o autor argumenta que

o núcleo da fundamentação pragmático-universal das normas fundamentais do diálogo racional é formado pela tese de que **todo falante** une às suas manifestações as **pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade**. Quem afirma um juízo de valor ou dever formula uma **pretensão de correção**; pretende que sua afirmação seja **fundamentada racionalmente**. (ALEXY, 2017b, p. 128, grifo nosso)

É nesse sentido que Alexy (2003a, p. 164-165; 1998, p. 214) defende que “una pretensión de corrección presupone una pretensión de fundabilidad”. Restando evidente que a pretensão de correção não existe somente no direito.

Todavia, é importante ressaltar que essa pretensão de correção não é, no discurso jurídico, exatamente a mesma que ocorre nos discursos práticos em geral, pois, em relação ao primeiro tipo, existem limitações mais específicas que no outro. É isso que Alexy (2017b, p. 175, grifo nosso) defende ao afirmar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral: “o **discurso jurídico** [...] pode-se conceber como um *caso especial* do discurso prático geral que ocorre sob **condições limitadas**, como a lei, a dogmática e o precedente”.

Em “*Law and correctness*” (Direito e correção), publicado em 1998, Alexy traz alguns aprofundamentos para auxiliar a explicar o que significa formular uma pretensão de correção, iniciando pela proposta de distinção entre atos institucionais e atos não institucionais.

Atos institucionais ou *autoritativos* seriam aqueles realizados em decorrência das normas que concedem poder ou autoridade, ou seja, aqueles que estão em conformidade com o ordenamento jurídico. Os *atos não institucionais* ou *não autoritativos* seriam, *contrario sensu*, aqueles que compreendem todos os tipos de argumentos práticos não autoritativos, ou seja, a dimensão livre, discursiva ou ideal.³²⁴

³²⁴ (ALEXY, 2014a, p. 92). Ressalte-se que essa diferenciação já estava presente no artigo publicado em 1997 “*Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*”. Diante da crítica de que se o princípio moral utilizado está incluído no direito, então, não há que se falar em conexão entre direito e moral porque ou bem se trata de um princípio jurídico (portanto, seu critério de utilização é baseado no material institucional) ou se trata de um princípio *exclusivamente* moral (portanto, não é juridicamente relevante para a fundamentação da decisão), Alexy (2001a, p. 60-61) afirma: “La solución de este dilema consiste en definir los principios y argumentos morales jurídicamente exigibles, de tal manera que **el deber jurídico de su observación, se derive exclusivamente de su corrección material**. La solución sólo gana la corrección para el derecho, y no otra

O autor afirma que “o cerne do argumento da correção consiste na tese de que tais atos institucionais **estão sempre conectados** ao ato *não* institucional de *afirmar* que o ato jurídico é **substancial e processualmente** correto”. A consequência dessa afirmação de correção é significativa: **correção implica justificabilidade**. Portanto, ao formular uma pretensão de correção, o direito necessariamente também formularia uma pretensão de fundamentabilidade.³²⁵

Diante disso, a pretensão de correção seria composta por três elementos: *i*) uma *afirmação* de correção; *ii*) a *garantia* de justificabilidade ou fundamentabilidade e *iii*) *expectativa* de aceitação de correção.

In recognizing this claim it does not only accept a general obligation to justification on principle; it also maintains that this obligation is complied with or can be met. The claim to correctness therefore **includes** not only a mere assertion of correctness but a **guarantee of justifiability**. Moreover, there is a third element besides assertion and guarantee. It is the **expectation** that all addressees of the claim will accept the legal act as correct as long as they take the stand-point of the respective legal system and so long as they are reasonable. (ALEXY, 1998, p. 208, grifo em negrito nosso)

Afirmações ou asserções seriam, nesse contexto específico, atos de fala que levantam ou formulam uma pretensão de verdade ou correção.³²⁶ Consequentemente, “todo falante

cosa. Su fuerza argumentativa es, **exclusiva**, de tipo **no institucional**. Exactamente esto lleva a la demarcación entre derecho positivo y moral. El derecho positivo sólo puede ser definido a través de una especie de institucionalización. Sus principales elementos son la *legalidad de acuerdo con el ordenamiento*, y la *eficacia social* – apoyada sustancialmente a través de sanciones –. La *corrección material*, junto a la legalidad de acuerdo con el ordenamiento y a la eficacia social, es el tercer posible elemento definicional del derecho. Quedaría pendiente la pregunta de que si la corrección material es de importancia en el sistema jurídico, con la inclusión de los elementos de la legalidad y la eficacia, entonces, la conexión entre derecho y moral sería de hecho determinada exclusivamente por el derecho positivo. Pero, si el derecho promulgado y eficaz necesariamente formula una **pretensión de corrección**, y ello *comprende la corrección material, y con ella a la moral*, entonces la moral pertenece, en el sentido del dilema [...] al derecho, **pero el derecho, al cual ella pertenece, no es el derecho de los positivistas. Incluye también**, además de la legalidad y la eficacia, a la **corrección material, y con ella a la moral**. La pretensión de corrección hace volar por los aires así el concepto de derecho positivista, y lo abre a la moral. Por el contrario, nada más debe añadirse como condición previa del concepto de derecho antipositivista, ya que la corrección material, y con ella la moral, es parte del derecho.

Estas precisiones conceptuales deben **distinguirse de la observación empírica** de que los sistemas jurídicos continuamente encierran en sí mismos normas morales, en la medida que criterios no jurídicos son transformados en criterios jurídicamente relevantes. También por esto, tiene la **pretensión de corrección** una **relevancia sistemática** importante. Si ella no existiera, se presentaría el **peligro** de que la relación entre derecho y moral **deviniera en una relación entre derecho y convención** o *Zeitgeist*. La pretensión de corrección crea así la posibilidad conceptual de que las reglas asimiladas por los legisladores o los jueces como morales, puedan ser moralmente falsas. De esta manera, un rol esencial de la pretensión de corrección consiste en su **función crítica**, que, como cualquier verdadera función crítica, **se alimenta de ideales**”.

³²⁵ “The core of the argument of correctness is the thesis claiming that such institutional acts are **always connected** to the non-institutional act of *asserting* that the legal act is **substantially and procedurally correct**. This assertion of correctness has consequences. **Correctness implies justifiability**. Therefore, in raising a claim to correctness, law also raises one to justifiability”. (ALEXY, 1998, p. 208, grifo em negrito nosso)

³²⁶ (ALEXY, 1998, p. 214).

deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”.³²⁷

O conceito de *expectativa* pode ser esclarecido ao se imaginar que toda pessoa, que formula uma pretensão de correção jurídica, erige contra quem a pretensão se dirige a reivindicação de que aceite o respectivo ato jurídico como correto.³²⁸

Segundo o autor, na argumentação jurídica, essa trilogia não só está conectada com todos os chamados atos institucionais, como também qualquer participante do sistema jurídico – seja um advogado no tribunal ou o cidadão em um debate público – faz afirmações sobre o que é ordenado, proibido ou permitido no respectivo sistema jurídico e aquilo que o sistema autoriza levanta uma pretensão que consiste na afirmação de correção, na garantia de fundamentabilidade e na expectativa de aceitação (ALEXY, 1998, p. 208-209).

Poderia se imaginar uma objeção à proposta de pretensão de correção no direito visando substituí-la pela interpretação do direito como simples expressão de poder, portanto, completamente livre de preocupações quanto à correção. Todavia, para Alexy, esse tipo de proposta só serve para evidenciar a necessária existência de uma pretensão de correção não só no direito, mas em qualquer empreendimento social que se relacione com os atos de interação comunicativa e que pressuponham que as sentenças emitidas por cada integrante da sociedade têm um significado relacionado à veracidade ou correção.

Pretensões de correção existem, de modo nenhum, somente no direito. Elas também são promovidas com sentenças de valor e de obrigação morais e sua forma mais geral é enlaçada com o ato de falar da afirmação. Tomadas de posição morais, que não promovem essa pretensão, não são sentenças morais, mas somente a expressão de emoções, requisições, de sentir semelhantemente, ou relatórios sobre sentimentos e colocações. Quem desiste da pretensão de correção perde, bem genericamente, a possibilidade de estabelecer afirmações, seja qual for o tipo, porque **afirmações são somente tais atos de falar, com os quais é promovida uma pretensão de verdade ou correção**. A eliminação da possibilidade de afirmações iria alterar, fundamentalmente, nosso idioma e, com isso, nossa autoconsciência e vida. Em vez de sentenças e afirmações existiriam, somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de correção e verdade por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo.

Com isso, está claro em que sentido a **pretensão de correção é necessária**. Ela é necessária relativamente a uma prática, que, essencialmente, é definida pela distinção entre verdade ou correção e falsidade. Essa prática é, todavia, uma prática de um tipo particular. Nós podemos tentar despedir as categorias de verdade, de correção e de objetividade. Se isso desse-nos bom resultado, nosso falar e atuar, porém, seriam algo essencialmente diferente como agora. O preço não só seria alto. Ele compor-se-ia, em um certo sentido, de nos mesmos. (ALEXY, 2011a, p. 24-25, grifo nosso)

³²⁷ (ALEXY, 2017b, p. 129-130).

³²⁸ (ALEXY, 1998, p. 208).

Portanto, renunciar à pretensão de correção ocasionaria a impossibilidade de concretização ou manutenção de uma prática social que é essencialmente definida pela distinção entre verdadeiro ou correto e falso ou errado³²⁹ típica dos atos de fala e essencial no direito. Além disso, a própria ideia de “dever”, no sentido de obrigação jurídica, poderia desaparecer porque “um ‘dever’ que é mais que uma expressão de vontade somente pode ser definida por meio do conceito de correção”.³³⁰

Todavia, ainda que se aceite os argumentos acima, isso só indicaria que pessoas ou sujeitos de direito têm a habilidade de formular uma pretensão de correção. Como esse tipo de pretensão poderia ser formulada pelo próprio direito?

Para responder a essa pergunta, o autor propõe a distinção entre formulações *subjetivas ou pessoais* e formulações *objetivas ou oficiais*. As formulações subjetivas se relacionam com questões privadas: “uma pessoa formula uma pretensão *subjetivamente* se ela *quer* fazê-lo”. Entretanto, a formulação oficial está necessariamente conectada ao *papel* desempenhado pelo participante no sistema jurídico, independentemente de suas razões pessoais, em outras palavras, “existe uma formulação de pretensão de correção *objetiva* se todos que decidem, julgam ou debatem questões no sistema jurídico *devem necessariamente* formular essa pretensão”.

Com base nessa explicação, afirma Alexy (1998, p. 206, tradução e grifo nosso): “a pretensão é formulada por pessoas, mas *em nome do direito*. Portanto, pode-se dizer que o direito formula essa pretensão por intermédio de pessoas que trabalham para o e no direito”.

É possível perceber que, nada do que foi indicado até agora determina o conteúdo da pretensão de correção e, para Alexy (1998, p. 209), não é essa sua ambição. Ao contrário, a **verdadeira característica da pretensão de correção** é, exatamente, que o **critério** de correção seja **aberto**. Do contrário, não poderia ser formulado em todos os aspectos do direito, bem como seria difícil compreender que não apenas o critério de correção pode variar de acordo com os diferentes sistemas jurídicos, como também que, dentro de um mesmo sistema, os critérios de correção válidos para a legislação e aqueles relacionados a sentenças judiciais e atos administrativos são de tipos bastante distintos.

³²⁹ “This clarifies the sense in which the claim to correctness is necessary. It is necessary relative to a practice that is essentially defined by the distinction of true or correct and false or wrong” (ALEXY, 1998, p. 214).

³³⁰ “An ‘ought’ that is more than an expression of will can only be defined by means of the concept of correctness.” (ALEXY, 2003b, p. 13 tradução e grifo nosso).

2.3.2.2 Contradição Performativa

Com base no conceito de pretensão de correção e retomando o reiterado exemplo onde uma minoria oprime a maioria da sociedade evidenciando essa injustiça por meio de cláusula constitucional (cujo enunciado é “X é um Estado soberano, federal e *injusto*”), Alexy (2001b, p. 100) defende que, se pretender implica *afirmar*, estabelecer uma cláusula constitucional como a enunciada não caracteriza uma descrição, mas sim a “expressão de um princípio normativo” que, dentre outras consequências, vincula o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Portanto, ao estabelecer um “princípio de injustiça”, a cláusula constitucional “obriga o legislativo, o executivo e o judiciário a concretizar a injustiça”.

Porém, para o autor, o ato de aprovar uma Constituição implicaria necessariamente uma pretensão de correção. No exemplo específico, a pretensão de correção levantada aqui consiste na “proposição de que a república constituída é justa”. É justamente a contradição entre a pretensão de correção implícita e a negação desta de forma explícita que caracterizaria a *contradição performativa* (ALEXY, 1998, p. 210).

In the case of the claim to justice raised here, it is the assertion that the constituted republic is **just**. This assertion, being **implicit in the act of giving a constitution, contradicts the explicit content of the constituent act**, the injustice clause. Contradictions between the content of an act and necessary presuppositions of its execution can be designated as ‘*performative contradictions*’. (ALEXY, 1998, p. 210, grifo nosso)

O caráter *performativo* resultaria exatamente do fato de que apenas uma parte da contradição se origina naquilo que é explicitamente declarado pelo ato, enquanto a outra parte está implícita na pretensão ou reivindicação necessariamente conectada à execução desse ato. Portanto, para Alexy, a objeção de Bulygin sobre a inexistência de relação lógica entre os atos não consegue compreender a verdadeira natureza da contradição performativa:

Así, la objeción de Bulygin de que no hay ninguna relación lógica entre actos, **no se aplica** a la idea de una contradicción performativa, puesto que esta idea **no está basada en la noción de una contradicción entre actos**, lo cual es ciertamente oscuro. Se basa en el concepto clásico de contradicción, que puede ser aplicado a los **actos de producir el derecho**, porque esos actos **expresan e implican contenidos asertivos o proposicionales**. (ALEXY, 2001b, p. 102, grifo nosso)

Assim, conforme já indicado anteriormente (seção 2.2.2.2), a existência da contradição performativa caracterizaria uma deficiência conceitual, pois somente tal tipo de deficiência seria capaz de explicar a injustiça peculiar relacionada à cláusula constitucional de injustiça. Por derradeiro, se efetivamente o que existe é uma deficiência *conceitual* caracterizada pela

contrariedade entre o que é implicitamente pressuposto (uma pretensão de correção) e o que é explicitamente determinado (injustiça), então, é porque a pretensão de correção é efetivamente necessária ao conceito de direito.

If one uses the term ‘conceptual mistake’ in such a broad sense that it also relates to **violations of rules being constitutive for speech acts**, that is, linguistic utterances as actions, or being otherwise **necessarily presupposed by them**, one may conclude that a **conceptual mistake** in form of a *performative contradiction* is under consideration. Accordingly, a *what-else conclusion*, starting with the conventional fault passing the moral and the technical mistake, leads to the result that **only the assumption of a conceptual mistake can explain the peculiar wrongness of the injustice clause**. Yet, if the mistake is a conceptual one, the necessary connection between law and the claim to correctness on which it rests can be called ‘conceptually necessary’. (ALEXY, 1998, p. 210-211, grifo nosso)

Quanto à dúvida de Bulygin – citando Nero e Calígula – sobre se todas as autoridades realmente “pretendem que suas normas sejam moralmente corretas ou justas”, Alexy (2001b, p. 104-105) afirma que é necessário efetuar duas distinções, ambas já citadas anteriormente. A primeira concerne à diferença entre formulações *subjetivas ou pessoais* e formulações *objetivas ou oficiais* da pretensão de correção; a segunda se refere à diferença entre sistema jurídico e normas ou atos jurídicos isolados.

Na primeira distinção – comentada na seção anterior –, imaginemos que Nero sentencia alguém à morte, de forma arbitrária, simplesmente para sua diversão e para mostrar seu poder. Nesse caso, a formulação de pretensão de correção decorre do fato de que ele atua como “autoridade jurídica”, portanto, tal pretensão está objetivamente ligada ao seu papel no sistema judicial e não a seus motivos subjetivos ou pessoais. Todavia, é precisamente esse conflito entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva que produz o caráter escandaloso (ou absurdo) da pena de morte determinada por Nero.

Quanto à segunda distinção, Alexy reitera a ideia de que os atos jurídicos isolados mantêm seu caráter jurídico – mesmo quando sequer formulam a pretensão – em função da conexão parasitária decorrente do caráter institucional do direito.³³¹ Por isso, Bulygin está correto ao afirmar havia um sistema jurídico em Roma, mesmo no período de Nero e Calígula, pois um sistema jurídico não perde seu caráter jurídico se algumas normas ou decisões isoladas deixam de formular a pretensão de correção, salvo se estas forem tão significativas que acarretem em um colapso do sistema.

Este podría sólo ser el caso si hay tal cantidad de normas o decisiones que no formulan la pretensión de corrección, que uno puede decir que el sistema en tanto un todo abandona esta pretensión. Semejante renuncia general de la pretensión de corrección puede ocurrir en una variedad de formas. Una manera sería que todos o la

³³¹ Conforme explicado seção 2.2.2.1.

mayoría de los jueces practiquen o confiesen en público algo así como una negación de los tres famosos *iuris praecepta* de Ulpiano:
Iuris praecepta sunt haec: vivere del inhoneste, laedere del alterum, el cuique del suum no el tribuere. (ALEXY, 2001b, p. 105)

Porém, nenhum sistema regulado por máximas que evidenciem um sistema absurdamente injusto poderia ser considerado jurídico e certamente não era isso que, contextualizadamente, ocorria no sistema jurídico romano, nem mesmo no período de Calígula e Nero, por isso, tais imperadores atuaram de forma parasitária em um sistema jurídico que, considerado em sua integralidade, formulou numa pretensão de correção. É verdade que Calígula e Nero exemplificam a possibilidade do abuso do direito, mas tal possibilidade não destrói a necessidade de pretensão de correção, muito pelo contrário, “el concepto de abuso **presupone el concepto de uso correcto**” (ALEXY, 2001b, p. 106, grifo nosso)

Por derradeiro, Alexy reitera sua defesa sobre a utilização da ideia de contradição performativa como fundamento da pretensão de correção:

Performative contradictions are therefore only a means of *showing* that specific rules are necessarily in force. The demonstration consists in the reference to an inevitable absurdity that can only be explained by the necessary existence of a rule. This is an argument, even though it is fallible, and therefore, if one does not take the concept of substantiation too narrowly, it is a substantiation. (ALEXY, 1998, p. 213)

2.3.2.3 A necessária conexão entre direito e moral

Preliminarmente, Alexy (1998, p. 215-216) admite que um positivista poderia concordar com a tese da pretensão de correção no direito e, ainda assim, defender que nada disso demonstra a *necessidade* de conexão entre direito e moral.

Visando refutar essa afirmação, o autor, partindo da questão da textura aberta do direito, argumenta que a pretensão de correção demonstraria a existência de uma obrigação (não apenas moral, mas também jurídica) de decidir de forma *correta* mesmo nos casos onde não é possível julgar com base exclusiva no material autoritativo (denominados casos difíceis ou duvidosos).³³²

Citando Kelsen e Hart, Alexy indica que a visão positivista propõe, ao menos nos casos difíceis, a existência de uma esfera de discricionariedade para que o juiz *crie novo*

³³² Conforme analisado no debate Hart-Dworkin (em especial, seções 1.1.4 e 1.2.2) e afirmado por Alexy (seção 2.1.5.3).

direito por meio da utilização de outros padrões além daqueles estipulados no direito positivo (pois estes não são capazes de responder à questão), portanto, padrões extralegais, como se fosse legislador. O não positivismo levaria a uma proposta diferente. A pretensão de correção seria uma pretensão jurídica – e não simplesmente moral – porque está necessariamente conectada com as decisões judiciais, correspondendo a uma obrigação jurídica de produzir decisões corretas.

Considerando que tais decisões tratam de questões normativas (porque relacionadas ao que é comandado, proibido ou permitido) e que o material autoritativo não é capaz de indicar a resposta pré-estabelecida (esfera de abertura) é necessário utilizar padrões de *utilidade*, *tradição* ou *moral*. Porém, apesar de todos esses padrões terem relevância, Alexy defende que “questões de correta distribuição e correta compensação devem ter prioridade”. Sendo certo que tais questões se referem à justiça e, conseqüentemente, à moralidade.

[...] decisions in the sphere of openness are **decisions of a normative matter** because in the last analysis they tell us what is obligatory, prohibited, or permitted. This problem cannot be solved solely on the basis of legal standards because, if this were possible, we would not be in the sphere of openness. Therefore, only a recourse to **standards other than legal** standards is available, such as general reflections on utility, traditional and common ideas of what is good and evil, as well as principles of justice. In short, utility, custom, and morality. Now, considerations on utility and the recognition of tradition and value of the respective community do have without doubt a legitimate place in judicial rulings. Yet, if the *claim to correctness* is to be met, the question of correct distribution and correct balance must have priority. **Questions as to correct distribution and as to correct balance are questions of justice.** Questions of justice are, however, **moral questions.** Therefore, the claim to correctness produces a **necessary methodological or argumentative connection between law and morality.** The claim to legal correctness is on **no** account **identical** with the claim to moral correctness **but it includes a claim to moral correctness.** (ALEXY, 1998, p. 216, grifo nosso)

Portanto, a pretensão de correção produz uma conexão metodológica e argumentativa necessária entre direito e moralidade. A correção material passa a ser considerada como um terceiro elemento para a definição do direito, ao lado da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia.

Yet, if the enacted and efficacious law necessarily raises a claim to correctness, and therefore necessarily embraces substantial correctness, and thus also morality, then **morality indeed belongs to law** [...] but the law to which it belongs **is not the law of the positivists.** Besides enactment and efficacy it also embraces correctness, and thus morality. [...] Under the conditions of a non-positivist concept of law nothing is left to be connected because substantial correctness, and therefore morality, are already part of law. (ALEXY, 1998, p. 218-219, grifo nosso)

Por derradeiro, Alexy apresenta um argumento visando evidenciar que a existência de uma necessária pretensão de correção no direito têm conseqüências não apenas nas situações dramáticas que envolvem um grande bando de saqueadores ou o colapso de um sistema

injusto. Apesar de admitir que nas questões cotidianas de um sistema jurídico – portanto, aquém do limite da extrema injustiça – o direito injusto ainda é direito, o autor assevera que, a partir da ideia de pretensão de correção, julgamentos injustos não podem mais ser simplesmente classificados como “moralmente questionáveis” enquanto mantêm a perfeição como instrumentos jurídicos. Ao contrário, considerando que a dimensão crítica não seria apenas externa, mas inserida no próprio direito, tais julgamentos passam a ser também *juridicamente defeituosos*.

The **critical dimension** is **inserted** into the law itself. Whatever the social contingency of particular legal orders, this results in a **nexus of law** and the **idea of correct morality**. Once it is established that the claim to correctness is as a **conceptual necessity** connected to law, it follows that an **ideal dimension** is also necessarily so connected. And that does not imply a simple substantial correspondence of law and morality but their **necessary conceptual connection**. (ALEXY, 1998, p. 218-219, grifo nosso).

2.3.2.4 A questão da moralidade objetiva

Ao contrário de Bulygin, Alexy (2001b, p. 107-109) defende que a teoria da conexão necessária entre direito e moral não pressupõe uma *moral objetiva* no sentido de “uma moral efetivamente compartilhada por todos”, mas que tal tese seria compatível com a disputa entre diferentes visões de moralidade. Obviamente que a pretensão de correção também não se coaduna com *qualquer moral* (pretensão de correção em sentido fraco) sob pena de o subjetivismo esvaziar tal pretensão. Mas como compatibilizar estas duas afirmações?

O que a pretensão de correção propõe é que se busque uma *moral correta*, não no sentido de que só possa existir uma única resposta para toda e qualquer questão moral, mas sim no sentido de que possa ser *fundamentada* através da prática discursiva (pretensão de correção em sentido forte), ou seja, estariam excluídos quaisquer “componentes consideráveis de irracionalidade e injustiça”. É evidente que isso não indica qual seria a moral correta ou a resposta adequada, portanto, a pretensão de correção (e consequentemente de fundamentabilidade) não estabelece uma fórmula capaz de indicar, com caráter de certeza, qual seria essa moral correta. Todavia possibilita, através do debate, o desenvolvimento de níveis mais elevados de justificação das decisões a serem tomadas.

The claim to justifiability does, however, create the possibility of raising counterarguments which can prove to be better and eventually change the practice of justifying. In this way the necessarily **raised claim to justifiability** bears in itself

the **possibility of developing higher levels of justification** like those developed in modern legal systems. (ALEXY, 1989, p. 180)

Portanto, Alexy (2009a, p. 97) defende uma proposta que tem “o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo ambicionado”, portanto relacionada a uma “dimensão ideal” à qual o direito estaria necessariamente vinculado. E isso não se confunde com uma moral objetiva, pré-estabelecida e compartilhada por todos.

En orden a obtener una relación necesaria entre derecho y moral **no** se necesita – como Bulygin afirma – una moral objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen derecho. La **idea de una moral correcta**, la **práctica de la argumentación racional** sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esta base, **racionalidad práctica**, es *suficiente*. (ALEXY, 2001b, p. 109, grifo nosso)

2.3.2.5 A necessidade das conexões qualificadoras

Sobre a suposta contradição alegada por Bulygin nas chamadas conexões qualificadoras, Alexy (2001b, p. 111) admite que, a primeira vista, realmente parece existir uma contradição: como é possível algo, que necessariamente *formula* uma pretensão de correção, estar em uma posição de *não formulação* dessa pretensão? Se for possível não formular a pretensão, esta não será necessária, mas meramente contingente!

Todavia, isso poderia ser explicado através da distinção entre formulações *subjetivas ou pessoais* e formulações *objetivas ou oficiais* da pretensão de correção que possibilita compreender que os atos jurídicos estão atrelados ao contexto institucional e que a validade jurídica desses atos advém de normas que especificam as competências ou poderes conferidos pelo ordenamento jurídico. As pessoas que exercem funções com base nessas determinações desempenham um papel oficial no sistema jurídico, sendo que a pretensão de correção estaria necessariamente conectada a essa atuação oficial.

La pretensión de corrección esta **necesariamente conectada a este rol oficial**; necesariamente conectada, siempre que el sistema jurídico en tanto un todo formule esa pretensión. Un juez que **niega la pretensión** de corrección **sólo** puede hacer esto **de una manera subjetiva o personal**. Siempre que actúe como juez, la pretensión de corrección es formulada objetiva u oficialmente. Inevitablemente hay una **contradicción** entre el lado subjetivo o personal y el lado objetivo u oficial. Esta es otra forma de expresar la teoría de las **contradicciones performativas**. (ALEXY, 2001b, p. 112, grifo nosso)

Portanto, o autor parece indicar que as possibilidades de não formulação da pretensão de correção decorrem da existência de uma dimensão pessoal passível de divergência com a

dimensão oficial. Sendo que os episódios onde tais divergências ocorrem caracterizam uma *deficiência*.

Além da suposta contradição analisada, Bulygin (2001b, p. 92) aponta ainda que a ideia de *conexão qualificadora necessária* caracterizaria algo inexistente ou uma mera **trivialidade**: “no existe tal cosa; sólo las características definitorias son necesarias, y las características cualificatorias de Alexy son efectivamente definitorias, pero no definitorias de ‘sistema jurídico’ o ‘norma jurídica’, sino de ‘deficiencia’”.

Todavía, Alexy busca demostrar que as consequências advindas da compreensão não positivista do direito são muito significativas e, portanto, não podem ser classificadas como triviais. A afirmação de que deficiências morais, em função da necessária conexão qualificadora, são também defeitos jurídicos, não só não é trivial como tem efeitos teóricos e práticos muito significativos.

No que concerne à existência e necessidade das conexões qualificadoras, Alexy (2001c, p. 83) reforça que o conceito de conexão qualificadora está estritamente vinculado com a pretensão de correção, pois se o direito formula uma pretensão de correção, isso implica a existência de uma conexão específica entre o direito e a moral. Além disso, reitera os argumentos apresentados anteriormente:

La *pretensión de corrección* formulada por el derecho **comprende** una **pretensión de justicia**. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y al equilibrio? Y el derecho, en todas sus ramificaciones, **no puede prescindir de la distribución y el equilibrio**. Las **preguntas sobre la justicia son preguntas morales**. Si el derecho realiza distribuciones o equilibrios incorrectos, comete por ello una *falla moral*. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente formulada por el derecho es, sin embargo, una *falla jurídica*. Según el **positivismo** jurídico, la **deficiencia moral** es algo que está **fuera del dominio del derecho**. La **pretensión de corrección transforma a la deficiencia moral en deficiencia jurídica**. Y esto no es en ningún sentido trivial. Es la conversión del positivismo en antipositivismo. La pretensión de corrección **del derecho no es** de ninguna manera **idéntica** con la pretensión de corrección **moral, pero incluye** una pretensión de corrección moral. Es esta inclusión la que más claramente muestra que no sólo es posible hablar sobre las conexiones cualificatorias, sino que también es necesario si entendemos la naturaleza del derecho. (ALEXY, 2001b, p. 114-115, grifo em negrito nosso)

Em resumo, o autor busca defender que o direito é composto não somente por uma dimensão fática, mas também por uma dimensão ideal, caracterizando a tese da dupla natureza do direito. E essa proposta teria o mérito de demonstrar que o sistema jurídico consiste em muito mais do que um complexo de normas que devem ser obedecidas porque representam a facticidade do poder.

Si el derecho necesariamente se conecta con una pretensión de corrección, el derecho consiste en algo más que en la pura facticidad del poder, órdenes

respaldadas por amenazas, hábito, o coerción organizada. Su naturaleza no sólo comprende un **lado fáctico o real**, sino también una **dimensión crítica o ideal**. Esta tesis del **carácter doble del derecho**, tiene consecuencias trascendentes para el viejo debate acerca de si hay algún tipo de conexión necesaria entre derecho y moral. Es más fácil defender el punto de vista positivista de la separación entre derecho y moral si al derecho le falta el lado ideal, definido por la pretensión de corrección. (ALEXY, 2001b, p. 95-96, grifo nosso)

2.4 A Conferência de Girona (2010)

O terceiro *round* da disputa ocorreu em maio de 2010, na Espanha, em evento – “*1st Conference on Philosophy and Law: Neutrality and Theory of Law*” – organizado pelas Universidades de Girona e Pompeu Fabra, em conjunto com a editora Marcial Pons. Para demonstrar a relevância do evento, basta citar alguns dos mais influentes professores, ligados à área de Teoria e Filosofia do Direito, responsáveis pelas principais palestras: além dos dois autores em comento, Brian Bix, Brian Leiter³³³, Bruno Celano³³⁴, Frederick Schauer, Jorge L. Rodríguez³³⁵, Juan Carlos Bayón³³⁶, Jules L. Coleman, Riccardo Guastini³³⁷, Scott Shapiro e Wilfrid J. Waluchow.

O evento foi construído em torno da seguinte pergunta condutora: “*A teoria jurídica pode ser neutra?*”. De acordo com os organizadores, a temática foi escolhida por dois motivos. Primeiramente porque se trata de um problema metodológico que atravessa diversas linhas de pesquisa jurídicas e – apesar de, algumas vezes, pesquisadores tomarem por certo a possibilidade ou impossibilidade de teorizar sobre o direito de um modo valorativamente neutro – nenhuma das duas propostas pode ser apresentada como obviamente correta e uma teoria completamente elaborada, em qualquer área do direito, precisa analisar (ou partir de determinado pressuposto sobre) essa questão. A segunda razão, obviamente relacionada com a primeira, é que esse assunto é central no debate jusfilosófico, tanto do século XX quanto do século XXI, seja para a tradição anglo-saxã ou para a de matriz romano-germânica.³³⁸

As apresentações realizadas durante o congresso – com exceção da de Scott Shapiro que foi publicada como primeiro capítulo da obra “*Legality*” – deram origem ao livro

³³³ Professor de Teoria do Direito na Universidade de Chicago (EUA).

³³⁴ Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Palermo (Itália).

³³⁵ Professor da Universidade Nacional de Mar del Plata (Argentina) e da Universidade de Girona (Espanha).

³³⁶ Professor de Filosofia do Direito na Universidade de Madri (Espanha).

³³⁷ Professor da Universidade de Gênova (Itália)

³³⁸ (BELTRAN; MORESO; PAPAYANNIS, 2013, p. vi)

“*Neutralidad y Teoría del Derecho*” – publicado pela Marcial Pons em 2012 e traduzido para o inglês pela Springer em 2013.

2.4.1 As últimas críticas de Bulygin

Nessa etapa – concretizada quase 20 anos após as críticas iniciais de Bulygin à Alexy – o professor de Buenos Aires, por meio do artigo “*Alexy between positivism and non-positivism*”, retoma algumas críticas anteriores para, ao final, buscar demonstrar que não existiriam diferenças tão significativas entre a proposta de Alexy e o positivismo jurídico.

2.4.1.1 Argumentos analíticos e normativos

Inicialmente, Bulygin retoma sua crítica sobre a proposta de “necessidade normativa”³³⁹, indicando que Alexy parece identificá-la com a ideia de obrigatoriedade.

A necessidade normativa deve ser estritamente distinguida da necessidade conceitual. O fato de algo ser normativamente necessário **quer dizer simplesmente que é ordenado**. Pode-se contestar a validade de uma ordem sem incorrer numa contradição, mas não a existência de uma necessidade conceitual. Desse modo, fica claro que a necessidade normativa é apenas uma necessidade em sentido amplo. (ALEXY, 2009a, p. 26, grifo nosso)

Reitera que se algo é definido como obrigatório, significa que existe a possibilidade de não ser verificado empiricamente (caso contrário, não haveria sentido em estipular sua obrigatoriedade) e, diante disso, não vislumbra nenhuma vantagem na utilização do termo “necessário” ao invés de “obrigatório”, pois isso só levará a confusões linguísticas.

Além disso, se o que se afirma é que a conexão entre direito e moral é obrigatória, alguém poderia questionar *quem* determina a obrigatoriedade da tese da conexão: seria um agente cujo poder advém do direito positivo ou uma autoridade não positivista?³⁴⁰

Para o autor, Alexy não apenas não responde a essas questões como apresenta argumentos “estranhos” ao admitir que:

³³⁹ Conforme já indicado na seção 2.3.1.2

³⁴⁰ “[...] then one should ask who is it that can command the connection thesis. Is it an agent empowered by the positive law, or is it a non-positive authority?” (BULYGIN, 2013, p. 50).

Verificar-se-á, em primeiro lugar, que o **argumento conceitual tem apenas um alcance limitado** e, em segundo, que ele dispõe apenas de uma força limitada. Fora do alcance do argumento conceitual, e para ampliar sua força, fazem-se necessários argumentos *normativos*. A tese afirma, primeiramente, que **existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral** e, em segundo lugar, que **existem razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito**. Em parte, tais razões reforçam a conexão conceitualmente necessária e, em parte, excedem essa conexão. Resumindo: **existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral**. (ALEXY, 2009a, p. 27, grifo nosso).

Bulygin (2013, p. 50) defende que não há espaço para gradação quando se trata de conexões conceituais: se há conexões conceituais entre direito e moralidade não há necessidade de se recorrer a argumentos normativos. Ou os elementos morais estão incluídos no conceito de direito e os argumentos normativos são supérfluos, ou não estão incluídos e tais argumentos são inúteis.

Diante do exposto, o autor direciona sua análise para os dois argumentos analíticos, apresentados por Alexy, diretamente relacionados às perspectivas do participante e do observador: a fórmula de Radbruch e a pretensão de correção.

2.4.1.2 Perspectiva do observador

A perspectiva do observador consiste no ponto de vista daquelas “pessoas que pretendem **descrever** a lei **sem se comprometer a obedecer** ou seguir suas normas”. Um caso típico seria o cientista do direito, considerando que a tarefa da ciência jurídica é “determinar ou identificar quais normas pertencem ao sistema jurídico e o que elas **prescrevem**, isto é, quais **ações são obrigatórias, proibidas ou permitidas** pelo direito”, ou seja, trata-se basicamente de um problema de cognição do direito e identificação de suas normas.³⁴¹

³⁴¹ “The observer’s perspective is the standpoint of those persons that **pretend to describe** the law **without being committed to obey or to follow** its norms. A typical case is that of a jurist or legal scientist. The task of legal science is to determine or to identify which norms belong to the legal system and what they prescribe, i. e. which actions are obligatory, prohibited or permitted by law. So it is primarily a problem of cognition of law and the identification of its norms”. (BULYGIN, 2013, p. 51, grifo nosso).

O autor assevera que a dicotomia entre observadores e participantes não é tão significativa quanto Alexy parece acreditar, pois a maioria dos observadores é ao mesmo tempo participante e todos os participantes também são observadores.³⁴²

Algunos autores importantes distinguen entre dos perspectivas: la del observador y la del participante y, en consecuencia, hablan de dos conceptos del Derecho. No comparto esta distinción tan tajante. Creo que tanto el dogmático jurídico que describe el Derecho (el típico observador), como el juez (el participante por excelencia en el «juego» del Derecho), usan el mismo concepto de Derecho. (BULYGIN, 2009, p. 89)

O professor de Buenos Aires também afirma que não é claro porque Alexy argumenta que – considerando perspectiva do observador – a fórmula de Radbruch não seria aceitável para normas individuais, mas, apesar disso, seria aplicável para o sistema jurídico como um todo. Afinal, se o sistema é composto por normas jurídicas individuais, por que o que vale para cada um dos componentes não valeria para o todo?

Além disso, os três exemplos de ordenamento social indicados por Alexy (2009a, p. 41) – ordenamento absurdo ou dos bandoleiros (*senseless order*); ordenamento predatório, dos bandidos ou rapace (*predatory or rapacious order*) e ordenamento de dominadores (*governor system*)³⁴³ – não seriam capazes de explicar a distinção de classificação entre eles. O primeiro sequer pode ser caracterizado como sistema normativo porque não existe qualquer norma. Os outros dois seriam sistemas normativos, mas só o último seria, para Alexy, um ordenamento jurídico, apesar do fato de ser “extremamente injusto”. (BULYGIN, 2013, p. 51).

A explicação que Alexy oferece consiste em afirmar que este último sistema exhibe uma *pretensão de correção* que não está presente nos sistemas anteriores:

Trata-se, portanto, de saber em que reside a diferença entre o sistema dos dominadores e o sistema dos bandoleiros e dos bandidos. Essa diferença não reside na aplicação de regras gerais de qualquer tipo. Isso já acontece no sistema dos bandidos. Tampouco reside no fato de o sistema dos dominadores ser igualmente vantajoso para todos, ainda que apenas no plano mínimo da proteção da vida, da liberdade e da propriedade, pois nele os homicídios e saques cometidos contra os dominados também continuam possíveis a qualquer tempo. O **ponto determinante** é, antes, o fato de que, na prática do sistema dos dominadores, está ancorada uma *pretensão à correção*, correção essa que é exigida de todos. A pretensão à correção é um elemento necessário do conceito de direito. (ALEXY, 2009a, p. 41).

Bulygin conclui que, dessa citação, segue-se que a fórmula de Radbruch nunca é aplicável na perspectiva do observador, nem para normas particulares, nem para sistemas jurídicos, pois ambos podem ser extremamente injustos sem perder seu status de lei. Entretanto, ao invés de admitir isso, Alexy (2009a, p. 42) insistiria que a pretensão de correção

³⁴² Esse argumento também foi utilizado o debate com Juan Carlos Bayón conforme apresentado na seção 2.3.1.3. (BULYGIN, 2013, p. 51, grifo nosso).

³⁴³ Conforme seção 2.1.4.

limita a teoria positivista da separação entre direito e moral “ainda que apenas em casos extremos e improváveis na realidade”.

Haveria uma evidente contradição entre a afirmação de que o conceito de direito necessariamente inclui elementos morais e a afirmação de que mesmo um sistema extremamente injusto como o ordenamento de dominadores é, apesar disso, um sistema jurídico. A formulação de pretensão puramente retórica seria suficiente para transformar um ordenamento predatório em um sistema jurídico? Aquilo que é apresentado por Alexy como uma evolução, quando comparado com os ordenamentos exploratórios anteriores, é visto por Bulygin como um retrocesso hipócrita:

From a moral point of view, an order that claims to be correct, but is unjust in the extreme, **is considerably worse than an openly predatory order**. When somebody uses the pretext of moral correctness to commit immoral actions, it is usually called hypocrisy. The transformation of a bandit’s order into a legal system and a gang of bandits into legal authorities seem to be grounded on mere hypocrisy. This sounds more than strange and is certainly incompatible with the assertion that the concept of law necessarily includes moral elements. (BULYGIN, 2013, p. 52, grifo nosso)

A única explicação possível para essa inconsistência seria imaginar que Alexy, enquanto descreve a perspectiva do observador, tacitamente, adota o conceito positivista de direito que não inclui referências à moralidade. Porém, nesse caso, tanto o ordenamento predatório quanto o ordenamento de dominadores seriam sistemas jurídicos, considerando que ambos seriam socialmente eficazes e, do ponto de vista moral, ambos seriam igualmente injustos, embora se pudesse afirmar que o ordenamento predatório ainda possa ser favorecido por ser menos hipócrita. (BULYGIN, 2013, p. 52)

2.4.1.3 Perspectiva do participante

Como visto,³⁴⁴ Alexy afirma que enquanto na perspectiva do observador a tese positivista da separação é *essencialmente* correta, da perspectiva do participante “a tese da separação é inadequada, e a da vinculação, correta”.³⁴⁵

No presente artigo, Bulygin (2013, p. 53) critica a ideia de que a “perspectiva do participante” e o “ponto de vista de um juiz” possam ser encarados como expressões sinônimas. Para ele, *participantes* seriam as pessoas que estão interessadas não em uma mera

³⁴⁴ Conforme apresentando na seção 2.1.5.

³⁴⁵ (ALEXY, 2009a, p. 43, grifo nosso). Todavia, Alexy desenvolverá essa visão no debate de Girona, conforme seção 2.4.2.3.1.

descrição do direito, mas na solução de um problema jurídico, por exemplo, juízes, advogados e pessoas privadas. Nesse sentido, enquanto a perspectiva do observador está baseada na *descrição do direito*, a perspectiva do participante está relacionada com a *aplicação do direito* para resolver problemas práticos.

Portanto, apesar do juiz ser, de fato, o mais importante ator no “jogo jurídico”, sua atividade na resolução de problemas é composta por duas diferentes fases.

Primeiramente ele adota a postura de um **observador** visando determinar o que o direito existente prescreve e, aqui, só há duas possibilidades: ou as regras jurídicas existentes determinam uma solução unívoca e clara para o caso ou não o fazem. Na primeira hipótese “o juiz tem a obrigação de aplicar essa solução” e, sendo assim, “somente a perspectiva do observador é relevante também para o juiz”. Na segunda hipótese – que pode ocorrer por diversos motivos (inexistência de uma solução jurídica previamente estabelecida para determinada situação; existência de soluções jurídicas incompatíveis entre si; casos ou situações de penumbra indicados por Hart³⁴⁶) – “o juiz tem que *decidir* qual solução deve ser aplicada” criando uma nova norma, derogando normas que são contraditórias com outras ou mudando o significado de expressões relevantes.³⁴⁷

Bulygin ainda apresenta outra possibilidade relevante, qual seja, quando o direito **contém uma solução unívoca** para o caso, mas o juiz considera esta solução **extremamente injusta**. Em tais situações poderia o juiz não aplicar a norma existente, recorrendo à outra que entenda mais adequada.

There is another especially interesting possibility, namely, when the law contains a **univocal solution for the case**, but the **judge regards** this solution as **extremely unjust**, either because the legislator did not take into account a relevant property (*axiological gap*), or because the judge does not approve the value criteria of the legislator. In such cases it is possible that the judge **decides not to apply the existing norm and to resort to another norm** (eventually created by himself) that **does not belong to the system** at the time of his decision. (BULYGIN, 2013, p. 53, grifo em negrito nosso).

Para o autor, a aplicação de normas que não pertencem previamente ao sistema jurídico não constitui algo novo e aconteceria com certa frequência, por exemplo, nas situações relacionadas ao direito internacional privado. A diferença significativa – no caso da injustiça extrema pré-estabelecida pelo direito – é que o juiz não aplica lei estrangeira, mas

³⁴⁶ Conforme seção 1.1.4.

³⁴⁷ “In all these cases the judge has to *decide* which solution is to be applied. This means that in the case of a normative gap he must “create” a new norm, in the case of a contradiction he must derogate (completely or partially) at least one of conflicting norms and in a penumbra case he must change the meaning of the relevant expressions. In all these cases the judge changes the existing law. (BULYGIN, 2013, p. 53)

sim uma norma que foi criada por ele, evidenciando que o juiz participa da criação do direito, ainda que em casos excepcionais.

This means that judges participate – even if only in exceptional cases – in the creation of the law. This is what Hart called *judicial discretion*. But it does by no means imply arbitrariness. The judge applies **his own value criteria** for creating, changing or derogating legal norms. It must be stressed that all these problems are typical for application, not for identification of law. (BULYGIN, 2013, p. 54, grifo em negrito nosso).

Portanto, o autor entende que todas essas questões constituem problemas concernentes à aplicação e não à identificação do direito. Sendo assim, Bulygin (2013, p. 54) entende que os participantes não utilizam um conceito diferente daquele percebido por um observador externo. Não existe uma modificação do conceito de direito, mas tão somente das normas e regras do sistema jurídico que são utilizadas nessas situações específicas.

2.4.1.4 Decisões judiciais e opiniões do juiz

Para Bulygin, as decisões judiciais citadas em “Conceito e Validade do Direito” (sobre o “11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich” e a indenização à princesa Soraya)³⁴⁸ – por meio das quais Alexy busca demonstrar que a extrema injustiça não é direito e que o conceito positivista de direito não é adequado do ponto de vista de um juiz – não seriam capazes de atingir esses propósitos.

No primeiro caso – onde a Corte considerou que a norma era nula *ab initio* –, Bulygin alega que, na verdade, tratou-se de uma norma válida do Direito Alemão durante o Nazismo que, somente mais tarde, foi anulada *ex tunc*, ou seja, retroativamente:

The sole fact that the Constitutional Court took the trouble to invalidate this ordinance shows clearly that it was a valid legal norm. If it were not a legal norm, but *e. g.* a mere manifestation of a Nazi personality like Goebbels or Streicher, no court would take the trouble to declare it void. (BULYGIN, 2013, p. 54)

No segundo caso – onde se concedeu compensação monetária, apesar da situação claramente não estar incluída no rol legal estabelecido –, o autor entende que as afirmações de que “o direito não é idêntico ao conjunto das leis escritas” no sentido de que o judiciário está vinculado não somente à lei, mas à “lei e ao direito” só demonstram que a Corte rejeita o estrito positivismo jurídico, ou seja, a ideia de que o direito é idêntico ao conjunto das leis escritas.

³⁴⁸ Conforme apresentado na seção 2.1.2.1.

Porém, alerta Bulygin, atualmente, nenhum positivista respeitável sustenta essa forma obsoleta de positivismo e, conseqüentemente, essa decisão não poderia ser utilizada como motivo para considerar que o conceito não positivista de direito é mais adequado do que o conceito positivista. E conclui:

O que esses exemplos mostram claramente é a conveniência de **distinguir** entre o que os juízes **dizem que fazem** e o que **estão fazendo realmente**. Juízes frequentemente dão argumentos retóricos destinados a **esconder** o que eles estão realmente fazendo. Isso acontece, *e. g.*, porque às vezes as demandas do direito positivo são logicamente impossíveis de satisfazer.³⁴⁹

Aqui, Bulygin retoma seu argumento, anteriormente apresentado,³⁵⁰ no sentido de que a “ideologia dominante, que deriva da doutrina da divisão de poderes” – uma das ideias centrais sobre a organização política e jurídica do estado desde o período do Iluminismo – afirma que “os juízes têm o dever de aplicar a lei existente e são proibidos de modificá-la”.³⁵¹

Esta idea no sólo presupone una tajante **distinción entre creación y aplicación**, sino que exige, además, que el **derecho** resuelva todos los problemas jurídicos de tal manera que **para cada caso haya una y sólo una solución** suministrada por el derecho, lo cual implica que éste tiene que ser **completo y consistente**. Esta es una condición necesaria para que los jueces puedan cumplir su obligación de resolver todos los casos conforme al derecho, sin que les sea permitido modificarlo. La codificación napoleónica fue la concreción práctica de esa concepción. Esto explica, al menos en parte, la idea tan difundida entre los juristas de que en el derecho no hay, ni puede haber lagunas, ni contradicciones normativas. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 76)

Mas, se a “ideologia dominante” está equivocada, como os juízes efetivamente decidiriam os casos? Quais os deveres dos magistrados no momento da aplicação do direito?

Para responder essas perguntas, considerando a concepção de Bulygin, são necessários alguns esclarecimentos sobre os distintos tipos de sentenças judiciais e a justificação da decisão e os deveres do juiz.

2.4.1.4.1 Diferentes tipos de sentença judicial

³⁴⁹ “What these examples clearly show is the convenience of distinguishing between what judges say that they do and what they are doing really. Judges rather frequently give rhetoric arguments destined to conceal what they are really doing. This happens, *e. g.*, because sometimes the demands of the positive law are logically impossible to satisfy.” (BULYGIN, 2013, p. 55, tradução e grifo nosso). As “demandas do direito positivo” na visão de Bulygin serão indicadas na seção 2.4.1.4.2.

³⁵⁰ Conforme seção 2.3.1.4.4.

³⁵¹ “[...] according to the dominant ideology, that stems from the doctrine of the division of powers, judges have the duty to apply the existent law and they are prohibited to modify it (BULYGIN, 2013, p. 55).

De acordo com Bulygin, existiriam dois tipos de sentença: declarativas e normativas.

As **sentenças declarativas** consistiriam em asserções ou afirmações com o objetivo de resolver *problemas de classificação*, nos quais o juiz precisa decidir se um caso individual pertence, ou não, a determinado caso genérico, portanto, se está incluído em uma classe específica ou possui determinada propriedade (*e.g.*, se X é herdeiro de Y ou se cumpriu os requisitos para usucapir).

As **sentenças normativas**, embora também envolvam problemas de classificação, têm como característica específica a presença de normas ditadas pelo juiz com o intuito de solucionar *problemas normativos*, nos quais o magistrado deve decidir se alguém “deve, não deve ou pode realizar determinada ação”. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 79-80, tradução nossa).

Para o autor, essa distinção é relevante porque – diferentemente da classificação processualista que estabelece três classes de sentenças (declaratória, constitutiva e condenatória) – evidenciaria que todas as sentenças que rejeitam uma demanda são *normativas* e não meramente declaratórias.

2.4.1.4.2 A justificação da decisão e os deveres do juiz

Bulygin afirma que a decisão judicial que resolve um problema normativo por meio do estabelecimento de uma norma individual para o caso concreto deve ser – como todas as decisões judiciais – justificada, existindo um procedimento adequado para essa fundamentação:

En primer lugar, el juez debe mostrar que el **caso individual** sometido a su conocimiento **pertenece a un caso genérico** y que **hay una norma jurídica general** que resuelve de cierta manera ese caso genérico. (Las normas generales, por definición, siempre se refieren a casos genéricos.) En segundo lugar, el juez debe **dictar una norma individual** que **corresponda a la norma general** que resuelve el caso genérico. Para ello **debe usar la norma general**; no basta una mera mención de tal norma. La distinción entre uso y mención es muy importante en este contexto. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 81, grifo nosso)

Portanto, se existe uma norma jurídica que resolve o caso genérico ao qual o caso individual pertence, “o juiz deve aplicá-la”. Todavia, o autor aponta circunstâncias que não se enquadram perfeitamente nesse procedimento porque o juiz pode se ver “forçado a afastar-se

do direito”: seriam as situações de lacunas axiológicas, lacunas normativas e contradições normativas.

Pero puede suceder que la solución prevista en la norma general resulte **muy injusta** de tal modo que el juez se resista a aplicarla. Esto ocurre en el caso de una *laguna axiológica*. Este es uno de los casos en los que el juez puede verse **constreñido a apartarse del derecho**. Los otros casos son los de una *laguna normativa*, cuando no hay ninguna norma general referente al caso genérico al que pertenece el caso individual y el de una *contradicción normativa*, en el que hay dos o más normas incompatibles que se refieren al caso genérico en cuestión. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 81-82, grifo nosso)

Bulygin (ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 82) estabelece ainda um paralelo interessante entre a questão das lacunas nos casos penais e ‘não penais’. Segundo ele, no “direito penal liberal” – em função do “*nullum crimen sine praevia lege*” – não haveria lacunas.³⁵² Todavia, no direito civil (em sentido amplo, abarcando todas as questões não penais), considerando que “no existe por lo general una norma análoga al principio *nullum crimen*” o juiz não estaria obrigado a rejeitar a demanda.

Portanto, para Bulygin, à exceção dos casos penais, existiriam situações nas quais “os juízes se veem obrigados” a modificar o direito. Isso ocorreria porque as exigências impostas aos magistrados, pelo direito positivo, forçariam o juiz a violá-las, em determinadas situações, em decorrência da impossibilidade lógica de satisfazê-las.

Considerem-se as exigências abaixo feitas pelo direito contemporâneo aos magistrados:

- 1) O juiz tem o dever de *dar um veredicto* (ele é proibido de se recusar a decidir);
- 2) Sua decisão deve ser *justificada*; e
- 3) Deve ser fundamentada *em normas legais válidas*.

No caso de lacunas ou inconsistências normativas, por exemplo, o juiz não teria como atender ao item 3, pois não seria possível justificar suas decisões com base no direito existente. Ao invés disso, os magistrados “modificam o direito, aplicando uma nova norma, criada por eles mesmos”, evidenciando que os juízes participam da criação do direito.³⁵³

En el caso de una laguna normativa, es decir, falta de solución para el caso genérico, o en el de contradicción normativa o conflicto de normas (cuando hay dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso genérico), los **jueces se ven obligados**

³⁵² Aparentemente se poderia falar na existência de lacunas axiológicas, mas somente para beneficiar o réu: “En el derecho penal liberal en el que rige la norma “*nullum crimen sine praevia lege*” no hay **lagunas normativas**, porque el juez debe absolver al acusado si no hay una norma penal expresa que establezca una pena para el acto realizado por el acusado, aun cuando este resultado le parezca injusto al juez [...] Pero aun en el derecho penal los jueces a veces **se apartan del derecho** cuando se trata de **favorecer** la situación del **acusado**”. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 82, grifo nosso).

³⁵³ “In cases of normative gaps or inconsistencies judges cannot justify their decision by means of existing law and so instead of applying an existent norm they change the law, applying a new norm, created by themselves. This means that judges participate in the creation of the law.” (BULYGIN, 2013, p. 55).

a modificar el derecho, lo que **en principio les está prohibido**, ya que es tarea propia del legislador. Es que las exigencias impuestas al juez en las legislaciones positivas obligan en ciertas situaciones al juez a violarlas. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 83, grifo nosso).

Mas as decisões precisam ser fundamentadas! O que fazer se não há qualquer norma aplicável a situação específica? Para Bulygin, a resposta é simples: o juiz pode resolver o caso discricionariamente (em qualquer dos sentidos possíveis: seja rejeitando a demanda seja condenando o demandado) e a fundamentação dessa decisão será baseada na nova norma geral criada por ele mesmo.

Si el juez resuelve hacer lugar a la demanda, condenará al demandado a realizar la prestación exigida por el actor, para lo cual **dictará una norma** de la forma “Obligatorio p” (Op), donde p representa la acción del demandado que el actor pretende que el demandado debe realizar. Si el juez resuelve rechazar la demanda, **dictará una norma** que dice que p no es obligatorio (-Op). Es muy importante subrayar que lo que dicta el juez es una norma y no una mera proposición normativa y la *norma* “No obligatorio p” (-Op) equivale a la *norma* “Permitido no p” (P-p). En otras palabras, al rechazar la demanda que pretende que el demandado debe hacer p (por ejemplo, pagar una suma de dinero), el juez permite al demandado abstenerse de pagar, es decir, le permite omitir p. Tanto en la sentencia condenatoria, como en la absolutoria, la parte dispositiva de la sentencia contiene una norma, o bien una norma que obliga a hacer p, o bien una norma que permite no hacer p. (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 87-88, grifo em negrito e sublinhado nosso).

Para o autor, não é correto afirmar que o juiz, nos casos de lacuna normativa, teria o dever de rejeitar a demanda, pois essa suposta obrigação de rejeição só poderia existir se houvesse norma determinando tal comportamento ao magistrado. Entretanto, não existiria norma que obrigue o juiz a rejeitar a demanda.

Apesar de tudo isso, em função da já apresentada “ideologia dominante”, “a maioria dos juízes tenta ocultar, por meio de diferentes artifícios retóricos, que eles estão realmente mudando o direito em tais situações”.³⁵⁴ Em especial naquelas situações onde, apesar de existir norma jurídica clara e inequívoca aplicável ao caso, tal solução é considerada, pelo magistrado, muito injusta ou inconveniente.

Esta situación se produce cuando las **valoraciones del juez no coinciden con las del legislador**, sea porque haya alguna *circunstancia, relevante* en la opinión del juez, que no ha sido contemplada por la norma general (lagunas axiológicas), sea porque haya un **conflicto valorativo directo entre el juez y la norma del legislador**. En tales casos los jueces suelen **apelar a diversas estrategias** para no aplicar la norma general **que en principio es aplicable** y, en consecuencia, aplicar otra norma, eventualmente creada por el mismo juez. Como los jueces están **obligados a justificar sus decisiones en el Derecho vigente**, tratan de **ocultar** el

³⁵⁴ “But as according to the dominant ideology, that stems from the doctrine of the division of powers, judges have the duty to apply the existent law and they are prohibited to modify it, most judges try to conceal by means of different rhetorical devices that they are really changing the law in such situations”. (BULYGIN, 2013, p. 55).

hecho de que se **apartan de la ley por razones valorativas**. A veces buscan justificar su decisión apelando a la constitución para declarar inconstitucional una ley. Otras veces declaran que el caso no está resuelto, es decir, que es una laguna normativa, cuando en realidad no es que no haya una solución, sino que ésta es, en su opinión, injusta. Otras veces recurren a la teoría de la derrotabilidad.

En todos estos casos los jueces participan en la creación del Derecho, entendiendo por tal las normas generales, cuya creación en principio incumbe al legislador. Este fenómeno fue llamado por Hart discreción judicial. Pero la discreción no significa arbitrariedad: el juez **aplica sus valoraciones (morales o de otra índole)** y normalmente se esmera en justificar su apartamiento de la ley. (BULYGIN, 2009, p. 89, grifo nosso).

Ao invés de pressupor que todos os casos podem ser decididos de acordo com o direito existente, deveríamos entender que os juízes estão autorizados a criar novas normas em “casos críticos”.³⁵⁵ Sendo assim, seria consideravelmente mais realista a adoção da fórmula estipulada pelo Código Civil Suíço:

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.³⁵⁶

2.4.1.5 A pretensão de correção

No que concerne à suposta necessidade da pretensão, o autor busca demonstrar que a teoria alexyana caracterizaria uma *argumentação circular*. Por um lado, afirma-se que as normas ou sistemas jurídicos que não atendem a pretensão de correção (pela não formulação ou não satisfação) ou não são jurídicos ou são juridicamente deficientes, portanto, introduz-se a ideia de “deficiência jurídica” (*legal faultiness*) como evidência da pretensão de correção naqueles casos onde, apesar do descumprimento de uma característica necessária do direito, não há perda da qualidade jurídica. Por outro lado, tal deficiência consistiria em uma característica muito peculiar do direito, diferenciando-se das outras características, exatamente por ser baseada na pretensão de correção.

Em resumo, há necessariamente uma pretensão de correção no direito. Isso porque sua ausência acarreta a perda da qualidade jurídica ou a deficiência jurídica. E a deficiência decorre exatamente do fato de não ter sido atendida a satisfação da pretensão de correção.

³⁵⁵ “Instead of presupposing that all cases can be decided according to existent law, judges are empowered by this rule to create new norms in critical cases.” (BULYGIN, 2013, p. 55)

³⁵⁶ “Na ausência de uma disposição legal aplicável, o juiz decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, na ausência do costume, de acordo com as regras que estabelecerá se tivesse que agir como legislador” (tradução nossa).

Portanto, conclui Bulygin, “a necessidade de pretensão é, **ao mesmo tempo**, a **causa** e a **consequência** dessa pretensão”.³⁵⁷

Sobre a necessidade de inclusão de elementos morais no conceito de Direito, decorrente da necessária pretensão de correção, Bulygin argumenta que tal afirmação é ambígua porque pode significar duas coisas distintas: *i*) que todo sistema jurídico inclui sempre alguma (não necessariamente a mesma) moralidade; ou *ii*) que há uma moralidade específica ao qual todo sistema jurídico está vinculado.

A primeira versão, caracterizada por Alexy como uma tese da conexão necessária *fraca* ou em sentido fraco, é completamente inócua e, além disso, nenhum positivista discorda que todo sistema jurídico inclui princípios morais. A segunda versão – tese da conexão necessária *forte* ou em sentido forte – afirmaria que “existe uma conexão necessária entre todos os sistemas jurídicos e uma moralidade específica, ou, como coloca Alexy, a ideia de uma moralidade correta ou justificada”. (BULYGIN, 2013, p. 57)

Bulygin entende que existem pelo menos duas objeções contra essa última versão: *i*) não está claro que exista algo como *a* moral correta ou verdadeira; *ii*) é necessário distinguir entre a moral correta e a *ideia* de moral correta, pois ainda que houvesse a primeira, certamente existiriam diferentes ideais ou concepções daquela.

Nesse sentido, para provar que a tese forte é verdadeira, seria necessário demonstrar que todas as pessoas compartilham a mesma ideia de uma moral correta. Isso, é óbvio, configura situação extremamente improvável.

2.4.1.6 Coincidências e diferenças entre positivismo e não positivismo

No capítulo final de seu artigo apresentado em Girona, Bulygin procura demonstrar que as diferenças entre o positivismo e o não positivismo alexyano não seriam tão significativas, mormente ao se observar algumas supostas coincidências significativas.

1) Ambas as teses concordam que a *legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade* e a *eficácia social* são características essenciais do direito. Alexy adiciona a conexão com a moral, mas não está claro o que isso significa tendo em vista que ele considera que “normas extremamente injustas e, conseqüentemente, imorais, são normas jurídicas”.

³⁵⁷ “The claim to correctness is necessary because normative systems that raise it without fulfilling it are faulty. And this faultiness has a special character because it is based on the necessity of the claim. So the necessity of the claim is at the same time a reason and a consequence of this claim.” (BULYGIN, 2013, p. 57).

2) Ambas aceitariam que: i) na perspectiva do observador, o conceito de direito não inclui nenhum elemento moral; ii) tanto os sistemas jurídicos quanto as normas individuais podem ser imorais sem perder sua característica jurídica. Nem mesmo a injustiça extrema faria uma norma emitida por uma autoridade competente perder sua qualidade jurídica.

3) Concordariam também que, para um observador externo, é possível identificar todas as normas jurídicas sem recorrer a valores morais. Sendo exatamente isso que todos os positivistas relevantes, de Bentham a Raz, sustentam. Portanto, a ciência do direito é ou pode ser puramente descritiva.³⁵⁸

4) No que concerne à perspectiva do participante, ambas as teses concordariam que juízes frequentemente não aplicam as normas que consideram muito injustas, apesar dos positivistas afirmarem que o fazem por razões morais enquanto Alexy defende que o fazem por razões jurídicas.³⁵⁹

Para Alexy (2009a, p. 42-43), a admissão de que “a partir da perspectiva do observador, a tese positivista da separação é, em sua essência, correta”, teria colocado um fim ao debate entre positivismo e não positivismo, pelo menos naquilo que concerne ao conceito de direito, pois o positivismo “não está interessado na *aplicação* do direito, mas em sua *identificação*”. Esse seria o ponto de convergência entre todos os positivistas relevantes, referindo-se à tese da separação que propõe que o teor de um sistema jurídico pode ser determinado sem qualquer referência à moral.³⁶⁰

E conclui afirmando que Alexy, embora não pareça entusiasmado com a possibilidade de ordenamentos injustos serem considerados jurídicos, não nega tal fato, enquanto os positivistas asseveram que “o direito positivo, como qualquer outro produto da atividade humana, pode ser bom ou mau, justo ou injusto”. Além disso, negar a denominação de “direito” a uma ordem normativa injusta não acarretará na remoção da injustiça. “Ordens normativas injustas certamente merecem ser duramente criticadas, mas não há razão para não chamá-las de ‘sistemas jurídicos’.” (BULYGIN, 2013, p. 59).

³⁵⁸ Mesmo que signifique descrever valorações morais, tal como Hart já defendia em seu pós-escrito (ver seção 1.3.2.1).

³⁵⁹ “Regarding the participant’s perspective **both parties agree** that **judges sometimes do not apply** those **norms**, which they regard as **very unjust**. For a positivist they do it for moral reasons, for Alexy for legal reasons. But both agree that they do it.” (BULYGIN, 2013, p. 59, grifo nosso)

³⁶⁰ “The recognition that ‘the positivistic separation thesis is from the observer’s perspective essentially correct’ puts an end to the debate between positivism and non-positivism, at least concerning the concept of law, because positivism is interested not in the application of law, but in its identification. The positivistic separation thesis means that the contents of a legal system can be determined without any reference to morality.” (BULYGIN, 2013, p. 58, tradução e grifo nosso).

2.4.2 A defesa final de Alexy

No último artigo que Alexy escreveu, especificamente sobre seu debate com Bulygin, procurou retomar e esclarecer alguns pontos centrais de sua tese, com especial atenção aos temas mencionados em Girona.

2.4.2.1 Argumentos normativos e o conceito de direito

O autor reforça que os argumentos que fundamentam a tese não positivista da conexão³⁶¹ – na qual o direito necessariamente inclui elementos morais – podem ser divididos em dois grupos: *analíticos* ou *conceituais* e *práticos* ou *normativos*.³⁶²

Bulygin (2013, p. 50) critica tal divisão argumentando que não há espaço para gradação quando se trata de conexões conceituais:³⁶³

All this sounds extremely strange. If there are conceptual connections between law and morality, then there is no need to resort to normative arguments. Either the element of morality is included in the concept of law, or it is not. If it is included, then normative arguments are superfluous; **if it is not included, they are useless. In this question there is no room for grading.**

Em resposta, Alexy reitera que existe uma inclusão, *conceitualmente necessária*, da moralidade no conceito de direito. Todavia, isso não tornaria os argumentos normativos supérfluos como alega Bulygin, ao contrário, “isso torna os argumentos normativos

³⁶¹ Apenas para evitar dúvidas, tanto em “*On Necessary Relations Between Law and Morality*” quanto em “Conceito e validade do direito”, Alexy defende que podem ser apresentados argumentos desses diferentes tipos tanto a favor da tese da separação quanto a favor da tese da conexão. Por exemplo, no trecho: “A tese da separação ou da vinculação é sustentada por um argumento normativo quando se demonstra que a inclusão ou não de elementos morais no conceito de direito é necessária para que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma. Podem-se designar as vinculações ou separações assim fundamentadas como ‘normativamente necessárias’. São argumentos normativos, por exemplo, a alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantiria segurança jurídica, ou a afirmação, em prol da tese da vinculação, de que ela será capaz de oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal” (ALEXY, 2009a, p. 26).

³⁶² (ALEXY, 2013, p. 226), conforme seção 2.1.3.2.

³⁶³ Conforme apresentado na seção 2.4.1.1.

necessários”.³⁶⁴ Sendo que os *argumentos práticos ou normativos* são aqueles “baseados na ideia de fazer o melhor de uma prática social à luz de suas funções ou tarefas.”³⁶⁵

Para defender essa afirmação, o professor de Kiel reitera que, desde “Conceito e validade do direito” já teria apresentado a relação entre argumentos analíticos e normativos como uma relação de reforço e suplementação.³⁶⁶ Porém, visando refutar a objeção de Bulygin, é necessário acrescentar, às anteriores, uma relação de *inclusão*, que consiste na reafirmação da pretensão de correção somada à ideia de que esta acarreta a inclusão de elementos morais não apenas na aplicação do direito, mas também na identificação da natureza e do conceito de direito.

The argument from *inclusion* consists of two parts, and the first part is this. It is a **conceptual necessity** that **law raises a claim to correctness**. The second part of the argument is that this claim to correctness **necessarily leads** to an **inclusion of non-authoritative normative** – that is, **moral** – **elements**, not only at the level of the **application** of law but also at the level of determining the **nature and defining the concept of law**. (ALEXY, 2013, p. 226, grifo nosso)

Para explicar o argumento da inclusão, Alexy parte do pressuposto que a primeira parte do argumento – que o direito necessariamente erige uma pretensão de correção – é correta.³⁶⁷ Ou seja, sua análise será uma resposta à questão de que, se a tese da pretensão de correção é verdadeira, argumentos normativos podem ser utilizados tanto na determinação da *natureza* quanto na definição do *conceito* de direito.

2.4.2.2 A dupla natureza do direito

Preliminarmente, Alexy (2013, p. 226) defende que a pretensão de correção não se refere apenas à questão de se a aplicação do direito em um caso concreto é correta (ou seja, numa dimensão concreta), mas também à questão de se é correto, abstratamente, aplicar o direito.

No que concerne a essa dimensão abstrata da pretensão de correção, ela também teria duas dimensões: a dimensão real ou factual (cujo princípio mais abstrato é a *segurança jurídica*) e a dimensão ideal ou crítica (cujo princípio mais abstrato é a *justiça*).

³⁶⁴ “My reply to this is that there exists, indeed, a conceptually necessary inclusion of morality into the concept of law, but this makes normative arguments by no means superfluous, as Bulygin suggests. On the contrary, it makes normative arguments necessary.” (ALEXY, 2013, p. 226)

³⁶⁵ “[...] practical or normative arguments based on the idea of **making the best of a social practice** in the light of its functions or tasks.” (ALEXY, 2003b, p. 6-7, grifo nosso)

³⁶⁶ Conforme seção 2.1.3.2.

³⁶⁷ Considerando que esta já foi amplamente apresentada e defendida em diversos textos anteriores.

Para o autor, somente a conjugação dessas duas dimensões seria capaz de atender “as exigências morais de evitar os custos da anarquia e da guerra civil e alcançar as vantagens da coordenação e cooperação sociais”.³⁶⁸

Sendo assim, a pretensão de correção necessariamente conecta ambos os princípios da *justiça* e da *segurança jurídica* com o direito, caracterizando a natureza dupla ou dual do direito. Se tais princípios estão necessariamente relacionados com o direito, quando um *participante* é confrontado com uma lei injusta precisa refletir se esta deve ser considerada como direito válido. Se apenas um dos citados princípios fosse o único relevante, a resposta seria fácil. Todavia, para determinar a fronteira entre o direito válido e o direito inválido, a dupla natureza do direito exige que o *participante* encontre um equilíbrio ponderando ambos os princípios. O resultado correto dessa ponderação, capaz de determinar a fronteira e os limites do direito, seria uma questão que diz respeito ao *conceito* e à *natureza* do direito. Sendo que, para Alexy (2013, p. 227), essa ponderação deve priorizar o princípio da segurança jurídica em todos os casos, com exceção da *injustiça extrema* (fórmula de Radbruch).

O autor destaca quatro pontos relevantes:

- i) Essa ponderação concerne ao problema do conceito e da natureza do direito e não apenas à aplicação do direito;
- ii) Os argumentos utilizados nessa ponderação são argumentos *normativos* ou *morais*;
- iii) Tais argumentos estão, em função da pretensão de correção, necessariamente conectados ao conceito de direito e essa conexão necessária implica na impossibilidade do *participante* do sistema jurídico “dizer o que o direito é sem dizer o que o direito **deve ser**”,³⁶⁹

That the claim to correctness, which is necessarily connected with the law, has *two dimensions* implies that **law is necessarily connected with two kinds of values or principles**, those of the **authoritative dimension** of law and those of its **ideal dimension**. The most abstract value or principle of the authoritative dimension is **legal certainty**, the most abstract value or principle attached to the ideal dimension is **justice**. Law would not be law if it did not comprise **these principles**, which, as principles or values, **say what law ought to be**. This implies that **it is impossible to say what the law is without saying what it ought to be**. Indeed, it is true that law is a social institution. Its being a social institution does not, however, preclude its being a moral entity. **Law is a part of reality that refers necessarily to the ideal.**

³⁶⁸ “The insufficiency of the ideal dimension *qua* decision procedure necessitates as its complement the existence of the real, that is, the positive dimension of law. This necessity stems from the moral requirements of avoiding the costs of anarchy and civil war and achieving the advantages of social coordination and cooperation.” (ALEXY, 2010a, p. 173; 2018, p. 256)

³⁶⁹ “[...] these **normative or moral arguments** are, owing to the claim to correctness, **necessarily connected** with the **concept of law**. This necessary connection implies that **it is impossible** for a **participant** in a legal system to **say what law is without saying what law ought to be**.” (ALEXY, 2013, p. 227, grifo nosso).

If this is a correct explanation of the nature of law, the theoretical task of explaining the nature of law **necessarily includes a normative task**. (ALEXY, 2007, p. 52-53, grifo nosso)

Isso que responde à pergunta de Bulygin sobre *quem* determina a obrigatoriedade da tese da conexão. “É a pretensão de correção levada a sério pelo participante”. O “é” do participante – diferentemente do observador – inclui um “deve ser”.³⁷⁰

iv) Apesar da pretensão de correção conter elementos morais e carregá-los consigo para o conceito de direito, ela não é capaz de, por si só, executar a tarefa de definir o conceito de direito. Sendo assim, os princípios ou valores aos quais ela necessariamente se refere – em especial o princípio da justiça, relacionado à dimensão ideal – são indispensáveis como argumento de suporte para a definição do conceito de direito.

Para retomar a questão específica de como os argumentos normativos podem ser utilizados na determinação da *natureza* e do *conceito* de direito, é relevante analisar alguns textos escritos entre 2003 e 2008, nos quais o professor de Kiel exemplifica a já mencionada correlação entre argumentos conceituais e argumentos normativos, enfatizando a relevância desses últimos, apesar da indispensabilidade daqueles.

Em “*The nature of arguments about the nature of law*”, Alexy (2003b, p. 6-9) argumenta – apesar de reconhecer a controvérsia do tema, que divide inclusive os positivistas³⁷¹ – que a **coerção** é um elemento essencial da dimensão real ou institucional do direito. Sendo que a adequada análise sobre essa questão só pode ser feita por meio da utilização de argumentos *analíticos* ou *conceituais* (baseados no uso da linguagem) e *práticos* ou *normativos* (baseados na ideia de fazer o melhor de uma prática social considerando suas funções, finalidades ou tarefas). A análise acerca do uso da linguagem não poderia ser considerada a “última palavra” na determinação de um conceito, embora, certamente, possibilite um ponto de partida.

Nesse sentido, o autor apresenta como *argumento conceitual* a seguinte alegação: se por um lado, não se pode afirmar que todas as normas de um sistema jurídico sejam necessariamente reforçadas por sanções legalmente estabelecidas, pressupondo que a coerção seria a única motivação para os participantes cumprirem a lei (tese da coerção extrema), por outro, também não é razoável imaginar que se aplique o termo “direito” a sistemas normativos que neguem, em qualquer hipótese, a possibilidade de cumprimento forçado de algumas

³⁷⁰ “By contrast with the observer’s ‘is’, the participant’s ‘is’ includes an ‘ought’”. (ALEXY, 2013, p. 227)

³⁷¹ Enquanto Hart busca minimizar o papel da coerção no direito (seção 1.3.2), Schauer enfatiza essa importância (seção 3.3.2).

normas por meio da ação de “agentes oficiais ou por indivíduos ou estados em defesa de seus direitos”, sugerindo que a coerção nunca pode ser um fator motivacional para o cumprimento da lei (tese da não-coerção extrema). Portanto, *é conceitualmente necessário* que, ao menos, algumas normas jurídicas sejam reforçadas pela possibilidade de coerção.

It is required **by the meaning of the concept** of law, as presently used, that at least some norms of the legal system are enforceable and that coercion, at least sometimes and for some persons, can be a motivation to comply with the law. In this sense it is **analytically true** that law is connected with coercion. (ALEXY, 2003b, p. 7, grifo nosso)

Mas Alexy reconhece que essa é uma *necessidade relativa*, seja em função do uso da linguagem ou mesmo em função da estrutura atual do conceito de direito, considerando que ambos podem mudar geográfica ou temporalmente.

O reconhecimento de uma *necessidade absoluta* da conexão entre direito e coerção pressupõe que a estrutura atual do conceito de direito também é necessária, e, para Alexy (2003b, p. 8), isso só pode ser alegado por meio de *argumentos práticos ou normativos* capazes de demonstrar que tal estrutura é imprescindível para concretizar determinadas funções ou tarefas ou realizar certos valores considerados fundamentais para o próprio direito. Sendo assim, o professor de Kiel propõe o seguinte raciocínio:

These [practical or normative] arguments show that the present structure of the concept of law exhibits a practical or normative necessity. Practical or normative arguments are applied when it is argued that law itself or some features of law are necessary in order to **fulfil certain functions or tasks** or to comply with **certain norms or values**. It is useful to distinguish three arguments in which an effort to establish the *practical necessity of law* is carried out. Each of these three arguments consists of a reason why **morality as such is insufficient to resolve the problems of social co-ordination and co-operation**. The first reason concerns the problem of practical knowledge. There are a great many practical questions about which never-ending debate is possible. Kant therefore demands that the rights of the citizens be determined by law. This is a central aspect of the authoritative nature of law. The second reason is that a solution to the cognitive problem is not enough. In order to secure the rights of citizens, the **determination** of these rights by legislation and adjudication must be completed, as Kant puts it, by ‘public lawful external coercion’. Determination and **enforcement** can never produce perfect legal certainty but they can produce legal certainty that is adequate. Through these means, law surmounts the state of nature, in which we ‘can never be secure against violence from one another. Determination and enforcement not only avoid the atrocities of civil war. They are also necessary in order to avoid the erosion of law that will occur if it can be violated without cost. Only in this way can the ‘assurance’ be achieved which is the basis of a ‘decent life in society and [the] successful pursuit of ends and projects. Determination and enforcement are completed by means of a third reason for the necessity of law: **organization**. Numerous moral demands and desirable aims such as unemployment benefits or support of countries in need cannot be achieved through spontaneous moral action. Organization is necessary, and organization presupposes law. Determination, enforcement, and organization, taken together, promote not only the value of legal certainty but also the value of efficiency. Legal certainty and efficiency are the two formal and minimal values of law. ‘Whoever adheres to these values must endorse the law, including, when necessary, its enforcement by coercion.

This is the point at which the conceptual and the practical or normative argument are connected. [...] This *practical necessity* [of coercion] is mirrored in the conceptual necessity of the present structure of the concept of law. (ALEXY, 2003b, p. 8-9, grifo nosso)

[...]

Unravelling this connection between conceptual and practical necessity makes clear in what sense coercion belongs as a necessary property to the nature of law. (ALEXY, 2004, p. 163)

Portanto, a presente estrutura do conceito de direito inclui a coerção porque esta reflete uma *necessidade prática* – definida por uma relação de meios e fins, portanto com uma característica teleológica – para que o direito possa ser uma prática social capaz de atender suas funções básicas definidas pelos valores da segurança jurídica e da eficiência.³⁷² A adequada compreensão de uma prática social pressupõe a compreensão de seus valores subjacentes, bem como a possibilidade de concebê-la como uma tentativa de extrair o melhor desses valores em vista dos obstáculos reais e demais valores externos que estejam em confronto com ela.³⁷³

Essa necessidade prática explicaria porque a necessidade conceitual, implícita no uso da linguagem, não pode ser baseada apenas em questões convencionais, mas também na *natureza* da coisa à qual o conceito se refere. Portanto, nesse sentido, a necessidade prática seria uma necessidade absoluta.

2.4.2.3 Perspectivas do observador e do participante

Reforçando o papel central que a diferença entre as perspectivas do observador e do participante tem para a teoria não positivista, o autor refuta, em parte, a afirmação de Bulygin de que “a dicotomia entre observadores e participantes não é tão forte quanto Alexy parece acreditar. A maioria dos observadores são, ao mesmo tempo, participantes e todos os participantes também são observadores”.³⁷⁴

Preliminarmente, esclarece que a diferença é entre perspectivas e não entre pessoas como Bulygin parece sugerir. Enquanto a perspectiva do participante é caracterizada pela

³⁷² “The necessity of coercion, it has been shown, is based on a practical necessity defined by a means-end relation. In this respect, it has a teleological character.” (ALEXY, 2004, p. 164)

³⁷³ “Understanding a social practice presupposes understanding its underlying values and conceiving it as an attempt to make the best of these values in view of actual obstacles and colliding values external to it.” (Alexy, 2003b, p. 9)

³⁷⁴ “But the dichotomy between observers and participants is not so sharp as Alexy seems to believe. Most observers are at the same time participants and all participants are also observers”. (BULYGIN, 2013, p. 51)

pergunta “qual é a resposta jurídica correta?”, a do observador o é pela questão “quais decisões jurídicas foram realmente tomadas, estão sendo realmente tomadas e serão realmente tomadas?”.

Alexy reafirma³⁷⁵ que sua versão do não positivismo define o direito com base em três elementos: legalidade conforme o ordenamento, eficácia social (que correspondem à dimensão real ou factual do direito) e correção material (que corresponde à dimensão ideal ou crítica do direito). Consequentemente, o não positivismo inclui os elementos positivistas e isso, por sua vez, implica que a perspectiva do participante engloba a perspectiva do observador. Sendo assim, não há qualquer divergência em relação à afirmação, feita por Bulygin, de que “todos os participantes também são observadores”.

Todavia, embora a perspectiva do participante absorva a do observador, também vai além, exatamente porque, além de todos os elementos da dimensão real, ela considera também os elementos da dimensão ideal.

In this case, however, the observer’s perspective is subordinate to the participant’s perspective. **The answer given to the observer’s question**, as hard cases make clear, **is not necessarily the final answer** – as it would be in case of a pure observer –. This is also the crucial point where Bulygin’s thesis that «[m]ost observers are at the same time participant’s is concerned». This might be read as follows: There are many fewer pure observers than participants. (ALEXY, 2013, p. 228, grifo nosso)

2.4.2.3.1 Perspectiva do observador

Outra crítica de Bulygin que Alexy busca refutar consiste na suposta contradição – considerando especificamente a perspectiva do *observador* – existente entre, de um lado, declarar que o direito necessariamente inclui elementos morais e, de outro, asseverar que mesmo um sistema extremamente injusto (como o ordenamento de dominadores³⁷⁶) é, apesar disso, um sistema jurídico.

There is a clear contradiction between the thesis that the non-positivistic concept of law necessarily includes moral elements and Alexy’s assertion that even an extremely unjust system as the governor order is nevertheless a legal system. What moral elements does this order contain? (BULYGIN, 2013, p. 52)

Alexy (2013, p. 229) entende que não há qualquer contradição: para estabelecer um conceito de direito não positivista se deve defender a tese da conexão (que estabelece uma

³⁷⁵ Conforme seção 2.1.1.

³⁷⁶ Conforme seções 2.1.4 e 2.4.1.2.

relação necessária “entre validade jurídica ou correção jurídica de um lado e correção moral do outro”), sendo que tal conexão existiria na perspectiva do *participante* (considerada como fundamental porque “o direito é impossível sem participantes, mas seria possível sem observadores puros”).

Portanto, a tese da conexão aplicada à perspectiva do participante é suficiente para estabelecer um conceito não positivista de direito. Diante disso, mesmo que a tese da conexão não se aplicasse a perspectiva do observador, isso não afetaria a concepção não positivista e, conseqüentemente, estaria afastada a crítica de contradição indicada por Bulygin.

Todavia, afirma Alexy, existe uma conexão necessária mesmo na perspectiva do observador, sendo tal afirmação apresentada desde “Conceito e validade do direito”.

Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção. Nesse sentido, a pretensão à correção tem uma importância classificadora. **Somente em sentido indireto ou figurado** poderá um **observador** designar como "sistema jurídico" um sistema normativo que **não formule** explicita nem implicitamente uma **pretensão à correção**. (ALEXY, 2009a, p. 42).

Portanto, um sistema de regras que não reivindique a pretensão de correção não é um sistema legal, mesmo do ponto de vista de um observador.³⁷⁷

A última crítica de Bulygin – na perspectiva do observador – refere-se ao fato de que uma formulação de pretensão de correção puramente retórica (quando da passagem do ordenamento de bandidos para um ordenamento de dominadores, onde se sabe de antemão que a correção sequer será efetivamente buscada) caracterizaria uma pretensão hipócrita, sendo incompatível com a tese da conexão necessária.³⁷⁸

From a moral point of view, an order that claims to be correct, but is unjust in the extreme, **is considerably worse than an openly predatory order**. When somebody uses the pretext of moral correctness to commit immoral actions, it is usually called hypocrisy. The transformation of a bandit's order into a legal system and a gang of bandits into legal authorities seem to be grounded on mere hypocrisy. This sounds more than strange and is certainly **incompatible with** the assertion that the concept of law **necessarily includes moral elements**. (BULYGIN, 2013, p. 52, grifo nosso)

Alexy concorda com o fato de que a hipocrisia, quando somada à extrema injustiça, torna o ordenamento social *moralmente* pior, mas isso apenas reforçaria a tese da conexão necessária: é a necessidade de pretensão de correção que faz com que todos os governos, inclusive os tirânicos, busquem ao menos uma máscara de legitimidade. E quando esta tentativa de legitimação não passa de retórica e hipocrisia, isso ocasiona uma dificuldade

³⁷⁷ “It can be added to this that a necessary connection exists even from the observer's perspective. A system of rules that does not lay claim to correctness is not a legal system, even from the point of view of an observer.” (ALEXY, 2013, p. 229)

³⁷⁸ Seção 2.4.1.2.

permanente de manutenção do ordenamento social e, conseqüentemente, da estabilidade do sistema jurídico.³⁷⁹

2.4.2.3.2 Perspectiva do participante

No que concerne especificamente ao ponto de vista do participante, a crítica de Bulygin pode ser dividida em relação aos casos fáceis ou simples e aos casos difíceis ou duvidosos.

Nos *casos simples ou fáceis* – onde há uma solução claramente prevista pelo direito positivo – Bulygin (2013, p. 53), conforme visto na seção 2.4.1.3, afirma que “somente a perspectiva do observador é relevante.”

Alexy discorda dessa posição porque a classificação de um caso como simples não constituiria assunto pacífico. Asseverar tal classificação significa afirmar que não existem argumentos capazes de ocasionar dúvidas significativas sobre a clareza da solução estabelecida. Portanto, a identificação de um caso como simples ou de uma solução como unívoca demanda a eliminação de todos os possíveis contra-argumentos.

A questão é que esses possíveis contra-argumentos incluiriam razões de moralidade. Segundo Alexy, o próprio Bulygin teria admitido isso ao afirmar que, mesmo em situações onde existe uma solução unívoca predeterminada, ainda assim, o juiz pode aplicar outra norma por discordar do critério valorativo utilizado pelo legislador:

There is another especially interesting possibility, namely, when the law contains a **univocal solution** for the case, **but the judge regards this solution as extremely unjust**, either because the legislator did not take into account a relevant property (*axiological gap*), or because the judge **does not approve the value criteria** of the legislator. In such cases it is **possible** that the judge **decides not to apply the existing norm** and to resort to another norm (eventually created by himself) that does not belong to the system at the time of his decision. (BULYGIN, 2013, p. 53, grifo em negrito nosso)

Sendo assim, a análise sobre a inexistência de argumentos – que incluem razões morais – capazes de ocasionar dúvidas sobre a clareza da norma estabelecida transcenderia a perspectiva do observador, sendo concebível apenas como um ato realizado a partir da perspectiva do participante.(ALEXY, 2013, p. 230)

³⁷⁹ “The fact that the claim to correctness never allows tyrants to attain more than hypocritical legitimacy does not refute the connection thesis. It corroborates it.” (ALEXY, 2013, p. 230)

Já no que concerne aos *casos difíceis*³⁸⁰, Bulygin alegaria que nenhum argumento, com base nesse tipo de situação, pode ser utilizado contra o positivismo porque, nesses casos, o juiz estaria criando novo direito com base em critérios extralegais e conforme sua discricionariedade, como se fosse legislador. Sendo assim, o conceito positivista do direito não seria afetado por tais situações.

In which way can these facts influence the concept of law? Does it mean that the judge uses **another concept of law than the external observer** that wants to describe it? **I don't think so**. When the judge does not apply a valid norm because **in his opinion its application would lead to a great injustice and instead applies another norm**, eventually created by him, this **cannot** be described as **modification of the concept of law**. What is modified in such cases are the norms or rules of a legal system, not the concept of law. (BULYGIN, 2013, p. 54, grifo nosso)

Alexy concorda com Bulygin no que concerne ao fato de que, nas decisões judiciais sobre os casos difíceis, o que ocorre não é uma modificação do conceito de direito. Porém, o autor considera insuficiente a descrição do processo de decisão judicial, nesses casos, como um ato de criação jurídica que transforma considerações morais em direito.

Para o professor de Kiel é insuficiente porque: i) desconsidera a existência de uma pretensão de correção no direito que, conseqüentemente, é também formulada pelo juiz nessas situações; ii) essa pretensão de correção não se refere apenas ao direito positivo, mas também à justiça, ou seja, à moralidade; e iii) essa pretensão de correção acarreta uma conexão necessária entre validade ou correção jurídica e a moral.³⁸¹

Da forma como apresentado por Bulygin, a decisão do juiz para evitar uma “grande injustiça” é apenas uma preocupação pessoal ou subjetiva do magistrado e não algo que é objetivamente exigido pela pretensão de correção do direito.

Além disso, suponha-se que uma lei possibilite duas interpretações, sendo uma considerada justa e a outra injusta. O que ocorre se um juiz escolhe a interpretação injusta?

De acordo com a interpretação positivista a decisão é juridicamente perfeita, ainda que apresente deficiências morais. Conforme a interpretação não positivista a decisão é não apenas moralmente deficiente, mas também juridicamente defeituosa.

É uma deficiência jurídica porque há não apenas a violação da pretensão *moral* de correção, mas também a violação de uma pretensão correção *do direito*. Disso decorre uma

³⁸⁰ “Positivists and non-positivists generally agree that every positive law has, as Hart remarked, an open texture. This is necessitated, *inter alia*, by the vagueness of legal language, the possibility of a conflict between norms, the gaps that exist in the law, and the possibility of deciding a case contrary to the language of a statute in special cases. Cases within the scope of this open texture are hard cases”. (ALEXY, 2013, p. 231)

³⁸¹ Conforme seção 2.3.2.3.

conexão necessária ideal ou qualificadora entre direito e moral³⁸² e, conseqüentemente, indica que a pretensão de correção implica na existência de uma dimensão ideal do direito, ao lado de sua dimensão real ou institucional. Somente por meio de um conceito não positivista do direito é que seria possível compreender que deficiências, em qualquer destas duas dimensões, caracterizam defeitos jurídicos e não apenas morais (ALEXY, 2013, p. 232).

Ao aspecto teórico supramencionado, o autor adiciona um aspecto prático: se a deficiência fosse exclusivamente moral seria difícil explicar porque as instâncias superiores deveriam “ter o poder de afastar decisões injustas de um tribunal inferior, em casos nos quais a decisão justa é tão compatível com o direito positivo quanto a decisão injusta.”³⁸³

2.4.2.4 A construção da decisão judicial nos casos difíceis

Ao analisar os dois casos que Alexy apresentou em “Conceito e validade do direito” (o “11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich” e a indenização à princesa Soraya)³⁸⁴, Bulygin afirma que as decisões judiciais desses casos constituem “argumentos retóricos” utilizados pelos juízes para “esconder o que eles estão realmente fazendo”, ou seja, que estão mudando o direito.³⁸⁵

What these examples clearly show is the convenience of **distinguishing** between what judges **say that they do** and what they **are doing really**. Judges rather frequently give **rhetoric arguments** destined to **conceal** what they are really doing. This happens, e. g., because sometimes the demands of the positive law are logically impossible to satisfy. (BULYGIN, 2013, p. 55, grifo nosso)

Alexy concorda que é preciso diferenciar o que os juízes dizem que fazem daquilo que efetivamente fazem, mas isso não significa que os juízes estão necessariamente fazendo algo diferente daquilo que dizem fazer. Para esclarecer tal diferença seria necessário analisar os argumentos utilizados pelos magistrados.

Todavia – afirma Alexy – Bulygin simplesmente substitui a construção não positivista dos casos pela positivista, sendo que a mera confrontação entre ambas não seria suficiente

³⁸² “O que importa e que o defeito afirmado seja um defeito jurídico e não meramente moral. Os argumentos que visam a conexões qualificadoras apoiam-se na suposição de que ideais jurídicos estão necessariamente contidos na realidade de um sistema jurídico” (ALEXY, 2009a, p. 31).

³⁸³ “If the defect were only a moral one, it would be difficult to explain why a higher court should have the power to set aside unjust decisions of a lower court in cases in which a just decision is as compatible with the positive law as the unjust decision”. (ALEXY, 2013, p. 232)

³⁸⁴ Conforme apresentado na seção 2.1.2.1.

³⁸⁵ Conforme apresentado na seção 2.4.1.4.

para rejeitar a primeira. Seria necessário demonstrar que a construção positivista dos casos é melhor do que a alternativa não positivista. Demonstrar isso significa, entre outras coisas, evidenciar que o positivismo consegue capturar melhor a natureza do direito do que o não positivismo.³⁸⁶ Mas é exatamente essa a questão em debate e a crítica de Bulygin – sobre as decisões dos dois casos apresentadas por Alexy – simplesmente pressupõe precisamente aquilo que deveria demonstrar.

2.4.2.5 A pretensão de correção: duas questões

Como visto na seção 2.4.1.5 Bulygin trouxe, para o debate em Girona, duas críticas específicas sobre a pretensão de correção: i) a teoria caracterizaria uma *argumentação circular* (a introdução do conceito de “deficiência jurídica” (*legal faultiness*) não conseguiria evitar o fato de que “a necessidade de pretensão [de correção] é, **ao mesmo tempo**, a **causa e a consequência** dessa pretensão”³⁸⁷) e ii) a necessidade de inclusão de elementos morais no conceito de Direito – decorrente da necessária pretensão de correção – ou é completamente inócua (tese da conexão necessária *fraca*) porque nenhum positivista discorda que todo sistema jurídico inclui princípios morais; ou é inverossímil (tese da conexão necessária *forte*) porque seria extremamente difícil demonstrar que todas as pessoas compartilham a mesma ideia de uma moral correta.

Quanto à circularidade do argumento, Alexy afirma que o conceito de correção está necessariamente conectado com o conceito de sistema jurídico. A pretensão de correção equivale à pretensão de não ser falho ou defeituoso, portanto, a necessidade de pretensão de correção conecta, necessariamente, o direito ao conceito de não defeituoso (*non-faultiness*). É isso que o autor queria defender ao afirmar que “é a necessidade da pretensão de correção que dá à deficiência uma característica especial”³⁸⁸. E conclui argumentando que, apesar de ter realmente afirmado que os conceitos de correção e falha, defeituosidade ou deficiência

³⁸⁶ Nessa passagem, Alexy parece adotar posição similar àquela expressada por Hart, apresentada na seção 1.1.5, sobre a escolha entre dois conceitos possíveis: “Ao fazermos uma escolha racional entre estes conceitos, tem de ser porque um é superior ao outro na maneira por que ele auxiliará as nossas pesquisas teóricas, ou fará avançar e clarificará as nossas deliberações morais, ou contemplará ambas”. (HART, 2005, p. 225)

³⁸⁷ “The claim to correctness is necessary because normative systems that raise it without fulfilling it are faulty. And this faultiness has a special character because it is based on the necessity of the claim. So the necessity of the claim is at the same time a reason and a consequence of this claim.” (BULYGIN, 2013, p. 57).

³⁸⁸ “It is the necessity of the claim to correctness which gives faultiness a special character”. (ALEXY, 2000a, p. 146)

(*faultiness or defectiveness*) estão analiticamente conectados por meio de uma negação, não afirmou que essa equivalência seria uma relação de razão substantiva e consequência substantiva, como teria de ser se a crítica da circularidade fosse defensável. (ALEXY, 2013, p. 234)

Quanto à questão da inclusão da moralidade no direito, Alexy (2013, p. 235) concorda com Bulygin que a versão fraca da tese da conexão não causa qualquer dificuldade à teoria positivista, portanto, resta analisar a versão forte da tese.

O autor reitera que sua proposta não defende a existência de uma única resposta correta que poderia ser alcançada através da moralidade: há muitas questões morais para as quais não é possível estabelecer uma única resposta correta por meio de um discurso real.³⁸⁹

Além disso, também não defende a existência de uma única ideia de moralidade correta que seja compartilhada por todos porque, obviamente, pessoas diferentes têm diferentes concepções morais. Portanto, não existe uma moralidade específica que esteja albergada por todos os sistemas jurídicos.³⁹⁰

Mas, então, no que consiste exatamente a tese forte da conexão entre direito e moralidade na concepção alexyana? O professor de Kiel afirma que dois elementos são necessários para se interpretar adequadamente sua proposta: uma teoria dos direitos humanos básicos e as regras e formas da argumentação ou discurso prático racional.

The first element is a **theory of basic human rights** that can be established as **discursively necessary**. This is an elementary form of the one and only correct or right morality, but it does not suffice to provide for a single right answer to each and every moral question. The second element consists of the rules and forms of **rational practical argumentation or discourse**. The first element is substantive, the second procedural. To be sure, these two elements, even taken together, by no means guarantee a single right answer in each and every case. They define, however, a regulative idea that transcends the convictions of actual persons. It is **an idea necessary for all rational beings**. This idea defines the **ideal dimension of law**. Interpreted in this way, the strong connection thesis is true. (ALEXY, 2013, p. 235)

Embora esses elementos não possam garantir a obtenção de uma única resposta correta, definem uma ideia reguladora, uma pretensão de *fundamentabilidade* do direito que – por meio da prática discursiva e considerando um núcleo de direitos básicos extensivos a todos os seres humanos – busque o desenvolvimento de níveis mais elevados de justificação. Tudo isso se relaciona exatamente com a ideia de dimensão ideal do direito.

³⁸⁹ “There are many moral questions for which a single right answer cannot be established in a real discourse”. (ALEXY, 2013, p. 235)

³⁹⁰ “There exists no actually held morality that is included in all legal systems”. (ALEXY, 2013, p. 236)

2.4.2.6 O não positivismo inclusivo

Alexy chama atenção para o título do artigo de Bulygin “*Alexy between positivism and non-positivism*” visando esclarecer que não há terceira via possível entre tais teorias: só se poderia ser positivista ou não positivista.

Além disso, a afirmação final de Bulygin – de que o debate entre positivismo e não positivismo teria sido encerrado – também é veemente contestada:

The recognition that «the positivistic separation thesis is from the observer’s perspective essentially correct» puts an end to the debate between positivism and non-positivism, at least concerning the concept of law, because positivism is interested not in the application of law, but in its identification. (BULYGIN, 2013, p. 58)

Tal afirmação estaria equivocada por três motivos. Primeiramente porque ao se afirmar que a tese a separação estaria “*essencialmente*” correta sob o ponto de vista do observador, especificou-se as restrições acarretadas pela pretensão de correção, mesmo nessa perspectiva:

Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção. [...]. **Somente em sentido indireto ou figurado** poderá um **observador** designar como "sistema jurídico" um sistema normativo que **não formule** explícita nem implicitamente uma **pretensão à correção**.

Essa designação tem poucas consequências práticas. Sistemas normativos efetivamente existentes costumam formular a pretensão à correção, por menos justificada que ela seja. [...]. Todavia, são **relevantes as consequências sistemáticas** da pretensão à correção. Tal pretensão **limita um pouco mais a tese positivista da separação já na perspectiva do observador**. Embora ela [tese da separação] se aplique a essa perspectiva de forma ilimitada quando se trata de normas individuais, no caso dos sistemas jurídicos esbarra – ainda que apenas em casos extremos e improváveis na realidade – num limite definido pela pretensão a correção. (ALEXY, 2009a, p. 42)

Uma das consequências sistemáticas mais significativas é, exatamente, a exclusão daqueles sistemas que sequer formulam a pretensão de correção. Portanto, nem mesmo da perspectiva do observador, tais sistemas poderiam ser caracterizados como jurídicos.

A segunda razão para rejeitar a afirmação de Bulygin é que o conceito de Direito não é uma preocupação exclusiva do positivismo jurídico. A inclusão de elementos morais no conceito de direito, mormente por meio de argumentos normativos, estabelece um limite à extrema injustiça e isso se refere não apenas à aplicação, mas também à identificação do direito.

As just stated, even from the observer’s perspective a necessary connection exists; it stems from the claim to correctness. Over and above this, from the participant’s perspective normative arguments are necessarily included in the concept of law – as I have argued in the first part of this article, where I discuss the relation between normative arguments and the concept of law. These normative arguments establish a threshold of extreme injustice, as expressed by Radbruch’s formula. **This concerns** – as I have attempted to show in the fourth part of this text, where I discuss the relation between construction and counter-construction – **not only the application but also the identification of law**. The formula does not say that ‘extreme injustice should not be law’ but, rather, that ‘extreme injustice is not law’. (ALEXY, 2013, p. 237, grifo nosso)

O terceiro e último motivo para afastar a alegação de fim do debate entre positivismo e não positivismo é que a pretensão de correção tem como consequência a transformação de defeitos morais em defeitos jurídicos, o que, obviamente, também concerne ao conceito de direito.

Por derradeiro, Alexy busca refutar também a tentativa de Bulygin de minimizar as diferenças entre as teorias positivista e não positivista. O fato desta última realmente incluir os elementos da *legalidade conforme o ordenamento* e da *eficácia social*, não diminuiria a importância do elemento da *correção material* que também está presente, razão pela qual Alexy caracteriza sua proposta como “não positivismo inclusivo.”

Portanto, tal inclusão não pode ser confundida com a ideia de que o direito se reduziria a sua dimensão institucional ou real porque a dimensão ideal ou crítica também precisa ser considerada.

Dessa forma, a teoria não positivista – ao contrário do positivismo jurídico – **impediria** que ordenamentos que não apresentam a pretensão de correção, bem como normas individuais extremamente injustas, sejam incluídos no conceito de direito. Isso, somado à transformação de deficiências morais em defeitos jurídicos, evidenciaria a distinção irreconciliável entre ambas as teorias e indicaria que não se trata de mera divergência “verbal”³⁹¹, mas, ao contrário, de desacordo que alcança a essência do direito (ALEXY, 2013, p. 238).

³⁹¹ “I have the impression that the discrepancy looks very like a verbal one.” (BULYGIN, 2013, p. 59)

3 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS NOS DEBATES HART-DWORKIN E ALEXY-BULYGIN

Buscar comparar dois grandes debates – expressivos não só pela sua relevância, mas também pelas décadas de duração – é uma empreitada complexa. Nesse sentido, qualquer escolha de tópicos acaba privilegiando determinados pontos em detrimento de outros. De toda forma, buscou-se selecionar temas que possam contribuir para elucidar a questão da necessidade ou não da relação entre direito e moral, considerando o recorte teórico explicitado na introdução do presente trabalho.

3.1 A relação entre concepções filosóficas, pressupostos teóricos e o conceito de direito

É importante observar como os diferentes pressupostos filosóficos de cada autor podem auxiliar a compreender melhor suas diferentes concepções sobre o conceito de direito. Em outras palavras, “cada filosofia do direito é, explícita ou implicitamente, expressão de um conceito de direito” (ALEXY, 2011a, p. 19).

Sem desconsiderar que as teorias de cada autor sofreram modificações ao longo dos anos – com possíveis idas e vindas em relação à suas propostas originais –, busca-se apresentar um resumo de cada proposta de forma a valorizar certa coerência, considerando os argumentos que permaneceram ou foram desenvolvidos de acordo com a cronologia das respectivas obras.

3.1.1 A teoria de Hart

A tese de Hart busca focar na questão *estrutural* do direito (*law*), tentando apontar os *elementos comuns* que essa construção social teria em qualquer comunidade contemporânea e, portanto, que poderiam ser identificados, por qualquer pessoa razoavelmente instruída, como os “pontos importantes de semelhança entre os diferentes sistemas jurídicos” conforme elencados abaixo:

(i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmam direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas. (HART, 2005, p. 7).

Posteriormente, ao longo da obra “O conceito de direito”, Hart resumiria essas cinco *características estruturais semelhantes*, que os diversos sistemas jurídicos contemporâneos supostamente apresentariam, em dois tipos de normas diferentes: *primárias* (aquelas que determinam que os indivíduos façam ou deixem de fazer algo) e *secundárias* (as que permitem que se possam criar novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas; determinar sua incidência e aplicação; e identificar os aspectos ou características capazes de definir quais seriam as regras de direito válidas), sendo a interação entre essas normas considerada como “a chave para a ciência do direito”. Portanto, Hart elege como *caso central ou paradigmático*, para seu projeto de identificação do conceito de direito, a combinação dessas normas, argumentando que sua correta observação e descrição poderia esclarecer diversas questões que não eram adequadamente explicadas pelas teorias imperativas do direito (como a de John Austin).

Obviamente, todo pressuposto teórico acarreta algumas consequências e, sendo assim, dentre as diversas implicações que decorrem da escolha desse modelo de caso paradigmático podem ser citadas como mais relevantes:

a) Tese das fontes sociais do direito – O filósofo britânico sustenta que a existência e identificação do direito dependem da ocorrência de alguma prática social que determina, em diferentes sistemas jurídicos, quais são as fontes fundamentais, os critérios derradeiros ou os testes últimos de validade jurídica. A ideia é que o **direito é** composto por um conjunto de normas – sejam elas regras ou princípios³⁹² – que podem ser **identificadas através da observação da prática social**, acarretando o argumento de que “o critério último de validade jurídica deriva da prática dos tribunais em aceitar o que denominei em meu livro <<uma regra de reconhecimento>>” (HART, 1980, p. 5).

É através desta “regra última de um sistema” que se pode, de forma definitiva e concludente, identificar os aspectos ou características capazes de definir quais seriam as regras de direito que podem e devem ser consideradas como válidas em uma determinada organização social, ou seja, ela é o critério fundamental para a certificação da validade de

³⁹² Como indicado no pós-escrito da obra “O conceito de direito” de Hart.

uma regra jurídica. Nas palavras do próprio autor, “onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar” o direito, já que é a regra de reconhecimento “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada” (HART, 2005, p. 111-118).

Portanto, Hart propõe uma análise supostamente *geral e descritiva* do conceito de Direito:

Geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, «normativa»). Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a **mesma forma e estrutura gerais** [...].

O meu relato é *descritivo*, na medida em que é **moralmente neutro** e não tem propósitos de justificação; **não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras**, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, **embora uma compreensão clara destas constitua**, penso eu, um **ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil**. (HART, 2005, p. 300-301, grifo em negrito nosso e itálico do autor).

b) Tese da *discricionariedade jurídica* – Se o **direito** pode ser caracterizado, ao menos nos casos centrais, através desse conjunto definido de regras primárias e secundárias, isto significa que existem casos não albergados por essas normas, já que o direito é caracterizado pela finitude e incompletude. Além da possível ausência de regras, Hart admite que a incompletude do direito também possa derivar de limitações e indeterminações oriundas da própria linguagem humana, bem como da *relativa ignorância de fato* e a *relativa indeterminação de finalidade*, típicas de qualquer empreendimento que busca influenciar em comportamentos futuros – ocasionando o que o autor denomina **textura aberta do direito**. Por tudo isso, é razoável afirmar que o direito é parcialmente incompleto ou indeterminado – ou seja, nas situações onde não existem regras claramente aplicáveis (seja porque não houve previsão desse fato ou porque as normas criadas incorrem na textura aberta do direito), não existe “direito” previamente estabelecido – e, em tais situações, caso o judiciário tenha o dever de apresentar uma decisão³⁹³, caberá ao magistrado exercer um **poder discricionário** – no sentido de que se não existe norma *legal* aplicável, conseqüentemente, não existe nenhum padrão *obrigatoriamente* vinculante (para os positivistas, só o direito posto pode ser

³⁹³ No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, o artigo 140 do Código de Processo Civil (CPC) afirma expressamente que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Esta previsão já existia no CPC de 1973, em seu artigo 126, embora com algumas indicações adicionais: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

considerado vinculante), devendo o magistrado escolher entre padrões *não jurídicos* – de criação do direito para aquela situação específica.

c) **Tese da separação conceitual entre direito e moral** – Por derradeiro, se é possível identificar o direito com base na observação neutra dessas regras que ocorrem na prática social, **não existiria relação necessária entre direito e moral** (ou, para usar outras expressões também citadas, entre o que o direito *é* e o que ele *deveria ser*, entre moralidade e legalidade, entre validade jurídica e justiça) – embora possam existir conexões contingentes em determinadas comunidades –, ou seja, a existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito, outra.³⁹⁴

É interessante observar como a tese da separação entre direito e moralidade crítica aparece como corolário necessário da teoria das fontes sociais, ao menos na visão de Hart. O autor afirma que a existência da regra de reconhecimento depende exclusivamente da aceitação desta como apta a exercer seu papel de identificar o direito: “sua existência é uma questão de fato”. E afirma, também, sobre a regra de reconhecimento:

Esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização. [...] Se tais regras existem comprovadamente na prática real de um grupo social, não há que se colocar uma questão autônoma da sua validade, embora evidentemente o seu valor ou o seu caráter desejável possam ser questionados. (HART, 2005, p. 120-121, grifo nosso).

Portanto, esses três pilares do positivismo hartiano seriam *decorrências lógicas de seu pressuposto teórico* – qual seja, que o cerne do direito é constituído pela união de regras primárias e secundárias que podem ser objetivamente identificadas através de uma metodologia descritiva.

Para o presente trabalho uma das consequências mais relevantes do pressuposto hartiano é a **impossibilidade de realização de avaliações de cunho valorativo, dentro de uma ciência meramente descritiva**, já que a metodologia pretende apenas observar e descrever os elementos acima elencados.

Isso não significa que valores da própria comunidade (o *ponto de vista interno*) não possam estar presentes entre os elementos que serão descritos – é nesse sentido que Hart

³⁹⁴ Essa afirmação, que consiste em verdadeiro mantra do juspositivismo – ou, como diria Hart (2005, p. 223), que configura o grito de guerra do positivismo jurídico – até os dias de hoje é baseada na obra de Austin (2007, p. 157), originariamente publicada em 1832, “*The Province of Jurisprudence Determined*”: “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation. This truth, when formally announced as an abstract proposition, is so simple and glaring that it seems idle to insist upon it. But simple and glaring as it is, when enunciated in abstract expressions the enumeration of the instances in which it has been forgotten would fill a volume”.

(2005, p. 306) afirma que “uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação”. Aqui o autor busca defender que a postura descritiva não só não inviabiliza a consideração de valores que podem estar presentes no objeto de estudo, mas, além disso, que o relato desses valores não significa uma aquiescência do pesquisador aos valores relatados, mas simplesmente uma descrição destas e da forma como os integrantes de uma comunidade valoram determinadas práticas sociais.

No mesmo sentido, Neil MacCormick³⁹⁵ (2010, p. 219), visando defender a razoabilidade dessa visão hartiana, afirma que é possível “considerar importante para uma melhor compreensão estudar um objeto, instituição ou conjunto de instituições específico sem atribuir valor moral específico ao objeto ou instituições estudadas”, o que, por sua vez, não significa afirmar que aquilo que foi descrito não é passível de avaliação moral, apenas que tal avaliação não será efetuada no âmbito da ciência (ou, ao menos, do projeto) que se pretende tão somente descritiva e não avaliativa.

A citada impossibilidade de realização de avaliações de cunho valorativo, dentro de uma ciência meramente descritiva, obviamente também não significa que Hart não vislumbre possibilidade de influência da ética ou de padrões morais no direito. Desde a versão original de “O Conceito de Direito”, em 1961, Hart já havia reconhecido diversas possibilidades de conexão entre ambos (capítulo IX, seção 3), mas, para o autor, todas essas relações seriam meramente contingentes e não teriam como consequência a necessária inclusão da moralidade como critério de validade das normas jurídicas.

Mais uma vez, delimitado esse contexto específico, é possível considerar inteligível a afirmação de Hart (2005, p. 301-302) de que seu projeto sobre o conceito de direito “é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito” e, portanto, constitui um empreendimento radicalmente diferente da teoria do direito de Dworkin que é vislumbrada como avaliadora e interpretativa.

Tais afirmações indicam que a caracterização da teoria de Hart como algo que busca definir o direito apenas com base no uso linguístico ou semântico do vocábulo pode ser uma acusação leviana – não obstante a questão da *filosofia da linguagem* seja efetivamente crucial para os trabalhos de Hart.³⁹⁶ É, todavia, importante que se esclareça que embora Dworkin

³⁹⁵ Falecido professor da *University of Edinburgh*.

³⁹⁶ Nesse sentido, ver a introdução da obra “*Ensaio de teoria do direito e filosofia*”, onde Hart (2010, p. 2-6) fala sobre a importância da filosofia da linguagem para seus trabalhos, mas também das limitações dessa em relação à teoria do direito, mormente no que concerne às questões que envolvem conflitos morais: “Um defeito mais geral em minha primeira aproximação à teoria do direito a partir da filosofia da linguagem foi a falha de

(2010, p. 234) continue caracterizando a tese das fontes sociais de Hart como uma “afirmação semântica”, o professor norte-americano também, ao menos nos trabalhos mais recentes, reconhece que “Hart não pretendeu, por certo, apresentar uma mera definição de dicionário nem um conjunto de sinônimos de qualquer palavra ou expressão específica”.

Entretanto, mesmo que o projeto de Hart não se resuma a busca do conceito de direito através de uma análise do uso que se faz da palavra ‘direito’, mas, antes, caracterize-se como uma proposta de identificação de um conceito social através de uma metodologia descritiva que se concentre em casos centrais ou paradigmáticos, caracterizados pela união de regras primárias e secundárias, ainda persiste o questionamento se o *pressuposto* adotado por Hart é verdadeiro ou se constitui a melhor opção na identificação do conceito de direito, bem como se a *metodologia* adotada com base nesse pressuposto é adequada e porque consistiria em um projeto melhor do que a alternativa avaliadora e justificadora proposta por Dworkin.

3.1.2 A teoria de Dworkin

Entende-se que as discussões iniciais entre Hart e Dworkin – sobre se o direito é composto só por regras ou também por princípios e se a regra de reconhecimento é capaz de lidar com a presença desses novos padrões – está relativamente superada. Sendo assim, buscar-se-á destacar argumentos mais recentes que, mesmo segundo alguns positivistas (SHAPIRO, 2007, p. 27), ainda representam uma “objeção poderosa” ao positivismo jurídico.³⁹⁷

não deixar claro que um entendimento, ainda que sofisticado ou profundo, do funcionamento da linguagem só pode produzir resultados significativos para a teoria do direito quando as dificuldades tiverem surgido da falha em identificar a maneira pela qual algum uso específico da linguagem que se desvia de um paradigma tacitamente aceito, ou quando formas radicalmente diferentes de expressão fossem equivocadamente incorporadas a alguma forma mais familiar. [...] Os métodos da filosofia da linguagem, que são neutros entre os princípios morais e políticos, e silentes em relação aos diferentes pontos de vista que poderiam emprestar maior relevância a um e não a outro aspecto de certos fenômenos jurídicos [...] não são adequados para resolver ou esclarecer controvérsias que surgem, como é o caso de muitos dos problemas centrais da filosofia do direito, da divergência entre conceitos que em parte se sobrepõem, refletindo divergências de ponto de vista básico, de valores ou de teoria de suporte (*background*), ou que surgem de conflito ou de incompletude das regras jurídicas. Em tais casos, é preciso primeiramente identificar os pontos de vista conflitantes latentes que levaram à escolha ou formação de conceitos divergentes e, em segundo lugar, aos argumentos deliberados (*reasoned arguments*) voltados a estabelecer os méritos de teorias conflitantes e de conceitos ou regras divergentes, ou a mostrar como poderiam ser compatibilizados por meio de alguma restrição de seu escopo”.

³⁹⁷ “Indeed, it is one of the great ironies of modern jurisprudence that in spite of the huge amount of ink spilled on the Hart-Dworkin debate, so little attention has been paid to this second, more **powerful objection**. To be sure, legal positivists have relentlessly attacked Dworkin’s positive theory of constructive interpretation. Yet they have made almost no effort to defend their own theory against Dworkin’s

Os argumentos posteriores de Dworkin, mormente a partir da obra “*O império do Direito*”, concentram-se em afirmar que o positivismo não é capaz de explicar a ocorrência de situações que Dworkin denomina *divergências ou desacordos teóricos* (*theoretical legal disagreements*) que seriam aqueles casos onde os juristas, apesar de não divergirem sobre os fatos históricos relativos à determinada situação e nem mesmo sobre a existência de determinadas normas jurídicas (que esgotariam as condições de veracidade do direito, segundo os positivistas), ainda assim, discordam sobre a aplicação do direito ao caso em análise.

Para compreender essa crítica se deve partir do argumento principal de “O Império do direito” (p. 231, grifo nosso): “o conceito de direito [...] **associa o direito à justificativa de coerção oficial**”, portanto, “uma concepção do direito **deve explicar** de que modo aquilo que chama de direito **oferece uma justificativa** geral para o exercício do poder coercitivo pelo Estado”. Tal argumento parece se embasar não somente na visão que os próprios juristas, ao menos nas democracias contemporâneas, teriam do direito, mas parece também reforçar a posição que Dworkin defende desde “Levando os direitos a sério” (2002, p. XIII-XV): direitos (*rights*) como trunfos políticos que o cidadão tem “contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação explícita”, embora, não se coadunando com as teorias jusnaturalistas.

Os direitos individuais são **trunfos políticos** que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum. Mas não pressupõe que os direitos tenham alguma característica metafísica especial. Portanto a teoria defendida nestes ensaios distingue-se das teorias mais antigas que se apoiam em tal suposição. (DWORKIN, 2002, p. XV, grifo nosso).

Em resumo, o pressuposto teórico primordial de Dworkin é o de que uma concepção adequada sobre o conceito de Direito – diferentemente da questão estrutural enfocada por Hart – precisa oferecer uma **justificativa** para o exercício do poder coercitivo do Estado. Como afirmado anteriormente, todo pressuposto teórico apresenta consequências e isso pode auxiliar a compreender melhor diversas afirmações provenientes da teoria de Dworkin:

a) O sentido (*point*) do direito – Se o **direito tem uma finalidade**, um propósito, isso significa que sua *identificação e aplicação* estão, em alguma medida, atreladas a tal propósito. É por isso que o direito consiste em uma **prática argumentativa**, ou seja, caracterizada pela

negative arguments in Law’s Empire. They have made no attempt to show how theoretical legal disagreements are possible”. (SHAPIRO, 2007, p. 38-39, grifo nosso).

compreensão que os próprios participantes têm da necessidade de apresentarem *razões* para que as proposições jurídicas que defendem sejam compreendidas como verdadeiras pelos demais participantes dessa prática. Conseqüentemente, qualquer proposta sobre o que o direito significa deve ser uma **interpretação** que considera a intencionalidade e finalidade pressupostas pela prática.

Obviamente isto não significa que o intérprete pode transformar a obra “no que ele quiser”. Embora qualquer interpretação obviamente seja sensível às convicções daquele que a concretiza, existem limites que são estipulados por uma teoria acerca da identidade da própria obra, aquilo que a caracteriza e identifica, possibilitando que as interpretações que sejam apresentadas tenham o intuito de continuar algo que já existe e não o objetivo de criar algo novo e desvinculado da realidade histórico-institucional (donde surge a proposta de Dworkin do *romance em cadeia*, ou seja, a ideia de que cada nova interpretação precisa compreender que sua missão ou sua responsabilidade é acrescentar um capítulo que dê continuidade ao romance – portanto, considerando integralmente os capítulos anteriores – e não começar um novo romance).

Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a **dupla responsabilidade** de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são "realmente", que motivos os orientam, qual é o **tema ou o propósito** do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas. (DWORKIN, 2005, p. 236-237, grifo nosso).

Portanto, qualquer proposta que se filie à teoria de Dworkin, deve evidenciar a diferença de interpretações sobre o que o *direito é* de outros projetos que afirmam aquilo que o direito *deveria ser*.

Mas como estabelecer esses motivos ou propósitos sem cair em petição de princípio ou sem estabelecer definições baseadas em preferências arbitrárias que não se relacionam com a história da prática social? Se a interpretação literária e a interpretação do direito têm em comum o objetivo de construir um sentido, que significa “demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra [...] mais valiosa”, como encontrar esse sentido? Se Dworkin (2005, p. 239) admite que – assim como os críticos literários – os juristas também podem razoavelmente discordar e apresentar diferentes interpretações e concepções de um mesmo conceito, **como identificar se uma teoria fornece uma melhor justificação do que outra?**

Para Dworkin (2005, p. 213-216; 239-249), uma interpretação plausível deve atender a requisitos de duas dimensões diferentes acerca da prática que está sendo interpretada: (i) a dimensão **formal, de ajuste ou de adequação** que tem relação com as características de identidade, coerência e integridade; e (ii) a dimensão **substancial, de moralidade política ou de conteúdo**, relacionada a características de valor ou finalidade.

i) Dimensão formal, da adequação ou de ajuste (fit): qualquer prática social se desenvolve dentro de um contexto histórico e, como tal, apresenta determinados requisitos e traços característicos – que podemos denominar de “história institucional” (DWORKIN, 2002, p. 136); “fatos brutos da história jurídica” (DWORKIN, 2007, p. 305) ou outros nomes que o autor utiliza em suas várias obras – que qualquer raciocínio, argumento ou interpretação razoável deve considerar seriamente sob o risco de, caso não o façam, serem classificadas como inadequadas ou, ainda pior, baseadas em ignorância ou má-fé.

ii) Dimensão substancial, de moralidade, de conteúdo, de valor ou de justificação: se na primeira dimensão o foco é na adequação à história institucional (que poderia ser traduzida como uma preocupação com a “segurança jurídica”), aqui o que há é uma preocupação com substância da interpretação e esta, para a teoria dworkiniana, deve buscar “demonstrar sua finalidade ou valor”. Obviamente ocorre uma diferença significativa entre a interpretação artística e a interpretação jurídica: enquanto no primeiro tipo a dimensão da finalidade deve considerar valores artísticos, no segundo caso, obviamente, isso não é razoável porque o direito constitui um empreendimento social de outra natureza, qual seja uma natureza **política**. Destarte, a dimensão do valor, no que concerne à interpretação jurídica, deve utilizar argumentos que consistam em valores políticos, ou seja, Dworkin substitui a “hipótese estética” por uma “hipótese política”.

O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. [...] Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, **deve demonstrar seu valor, em termos políticos**, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (DWORKIN, 2005, p. 239, grifo nosso).

Todo esse processo desagua na exigência de que se perceba (ou se construa) o direito como algo integrado, formado de maneira coerente e fundado em princípios que são responsáveis por essa unidade:

O **direito como integridade** pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma **comunidade de princípios**. (DWORKIN, 2007, p. 291, grifo nosso).

b) Conceito *versus* concepções – Qualquer interpretação de uma prática social, exatamente por albergar uma *dimensão valorativa*, é caracterizada em parte por proposições mais abstratas que são compartilhadas pelos integrantes da comunidade (**conceito** – parte consensual), mas, a partir desse platô abstrato de consenso, é possível a proposição de subinterpretações daquela ideia mais abstrata e consensual (**concepções** – parte não consensual). Para Dworkin (2010, p. 17, grifo nosso), o direito seria um **conceito interpretativo**, ou seja, um daqueles conceitos que as pessoas compartilham, apesar de agudas divergências sobre os critérios (não existe consenso, ao menos em alguns aspectos) para identificação e aplicação do conceito.³⁹⁸ Tais conceitos “nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal construto” e as respostas aos questionamentos e divergências sobre estes conceitos, “dependem da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos [...] e do **melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente** quando da decisão de uma situação específica”, revelando a hercúlea missão de quem pretende levar os direitos a sério.

c) Insuficiência da metodologia descritiva – partindo do pressuposto que o direito tem uma *finalidade*, isto faz com que exista uma *dimensão valorativa ou ideal* que precisa ser considerada na identificação deste conceito o que, por sua vez, determina que o direito seja um conceito do tipo *interpretativo* (ou *valorativo* ou *político*, como Dworkin denomina em outros momentos). Tudo isso, condiciona a metodologia necessária para a identificação do direito: não seria possível definir adequadamente este tipo de conceito interpretativo através de uma **metodologia meramente descritiva**: (i) seja porque não há um perfeito consenso sobre os critérios a serem utilizados na definição/identificação do conceito (divergências ou desacordos teóricos); (ii) seja porque tais conceitos demandam uma interpretação e não simplesmente um relato daquilo que ocorre ou ocorreu ao longo da história. Isto não significa que a metodologia descritiva não seja importante e mesmo necessária, entretanto, ela não é suficiente nesses casos, pois também se faz necessária uma metodologia avaliativa.

³⁹⁸ Para explicar sua ideia, Dworkin (2010, p. 17) a exemplifica através do conceito de ‘vencer um assalto de boxe’, afirmando que pessoas podem compartilhar este conceito – entendendo-o plenamente – ainda que possam também discordar sobre quem é o vencedor numa situação específica ou, ainda, sobre quais são os critérios objetivos para decidir este caso.

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém, diferente de ambas. (DWORKIN, 2005, p. 219).

Explicada esta possível linha de raciocínio de Dworkin, talvez fique mais fácil compreender porque ele acusa o positivismo hartiano de não ser capaz de explicar os *desacordos teóricos*. Se o direito pode ser explicado simplesmente de uma forma descritiva a partir de seus elementos estruturais (factuais) por que, então, as pessoas divergem sobre o que o direito determina em casos onde, aparentemente, todos concordam sobre os fatos e sobre os textos jurídicos existentes?

Dworkin (2007, p. 5-10) propõe que para compreendermos a verdadeira natureza dos desacordos que existem quando os juristas divergem sobre o direito, precisamos entender dois conceitos essenciais: (i) **proposições jurídicas** (“*propositions of law*”) que seriam as alegações que são feitas sobre aquilo que o direito permite, proíbe ou autoriza – que podem ser verdadeiras ou falsas – sendo que a veracidade ou não dessas proposições dependeria do que ele chama de (ii) **fundamentos do direito** (“*grounds of law*”)³⁹⁹ que são “outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições jurídicas são parasitárias” e que especificam quando essas proposições jurídicas “devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras” (DWORKIN, 2007, p. 7 e 136 respectivamente).⁴⁰⁰ Ou seja, em última análise, aquilo que o direito realmente é depende daquilo que consideramos adequado a servir como fundamento para a identificação do direito.

Portanto, para Dworkin (2007, p. 8) os juristas estariam divergindo “sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito”, bem como sobre o corolário dessa divergência: caso esses elementos não esgotem os fundamentos do direito, **o que mais poderia ser considerado como elemento apto a tornar as proposições jurídicas verdadeiras?**

Dworkin (2007, p. 8) afirma que as divergências sobre a veracidade do que o direito determina – *proposições jurídicas* – podem ocorrer de duas maneiras:

³⁹⁹ Brian Leiter (2007a, p. 2) afirma que a maioria dos filósofos do direito denomina de “critérios de validade jurídica” (*the criteria of legal validity*) aquilo que Dworkin denomina de *grounds of law*, ou seja, os critérios que uma norma precisa satisfazer para ter validade jurídica, ou ser juridicamente vinculante ou, simplesmente, ser considerada como uma norma de um sistema jurídico.

⁴⁰⁰ Esses dois conceitos são fundamentais para a proposta de Dworkin – em *A justiça de toga* – acerca dos diferentes sentidos que a palavra direito pode ter.

a) **divergência empírica** (“*empirical disagreement*”). – as pessoas podem ter a mesma visão quanto aos fundamentos do direito, mas divergem no que concerne à efetiva *ocorrência factual* de tais fundamentos em um caso;

b) **divergência teórica** (“*theoretical disagreement*”) – as pessoas podem divergir exatamente sobre a *identificação dos próprios fundamentos* do direito, ou seja, sobre quais são os argumentos que tornam uma proposição jurídica verdadeira, apesar de concordarem sobre os fatos, “sobre quais leis foram aplicadas, e sobre o que as autoridades públicas disseram e pensaram no passado”.

Para Dworkin (2007, p. 10-15), a teoria positivista de Hart só conseguiria explicar as divergências empíricas porque pressupõe, em função da regra de reconhecimento – que deve ser aceita pela comunidade como a norma última do sistema, “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada” –, que os fundamentos do direito são fixados entre as autoridades. Por isso os positivistas, de uma forma geral, ou simplesmente desconsideram a existência de divergências teóricas ou simplesmente desqualificam esse tipo de desacordo afirmando que não passa de uma ilusão, não faz sentido ou é apenas política disfarçada.

Apesar destas críticas dos positivistas, bastaria observar os casos mais complexos decididos pelos tribunais – ao menos nas democracias ocidentais –, bem como a compreensão que os próprios juristas têm de sua prática para afirmar que efetivamente ocorrem divergências teóricas: em diversos casos os juristas, apesar de concordarem sobre as questões factuais e sobre o que dizem os textos legais, divergem sobre o que o direito determina para aquela situação específica.

O professor norte-americano afirma que a teoria jurídica que vincula o conceito de direito a simples questões factuais não consegue explicar as divergências teóricas porque desconsidera uma questão crucial sobre a prática jurídica. Conforme já indicado anteriormente, embora o direito seja um fato social, ele apresenta uma característica especial que não seria – segundo o autor – comum a todos os fatos sociais: sua prática é *argumentativa*. Mas o que significa isso? Para Dworkin (2007, p. 17) uma prática argumentativa é caracterizada pela compreensão que os próprios participantes têm da necessidade de apresentarem *razões* para que as proposições jurídicas que defendem sejam compreendidas como verdadeiras pelos demais participantes dessa prática.

Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. (DWORKIN, 2007, p. 17).

3.1.3 A teoria de Bulygin

Em “*Mi visión de la filosofía del derecho*” Eugenio Bulygin assevera que na base de sua concepção de *filosofia do direito* estão quatro pilares: a *filosofia analítica*, a *lógica*, a *teoria pura do direito* e o *ceticismo axiológico*. Tal afirmação permite a compreensão de sua visão sobre o papel da filosofia geral – e, conseqüentemente, da filosofia do direito – como primordialmente direcionado à análise conceitual:

La filosofía se ocupa de los aspectos necesarios de la realidad, llámense éstos ideas, categorías, conceptos o síntesis a priori. Esto implica una adhesión a la idea de que **la filosofía es sustancialmente análisis conceptual**. El análisis de la **estructura** del Derecho y de sus partes **componentes**, en primer lugar, de las normas jurídicas, así como de los conceptos jurídicos generales es, en mi opinión, **la tarea primordial de la filosofía jurídica**. (BULYGIN, 2009, p. 87, grifo nosso).

O ponto crucial é que, para Bulygin (2009, p. 87-88), a filosofia em geral e a filosofia do direito em particular não lidam com a realidade, porque é para isso que existem as diferentes ciências, entre elas a ciência jurídica.⁴⁰¹

A tarefa da filosofia do direito consiste exclusivamente em analisar o conceito de direito, sendo que tal análise não estaria condicionada à identificação das “propriedades essenciais” ou da “natureza” da coisa:

¿Cuáles son las **propiedades necesarias** de la cosa que observo en este momento? Si la identificamos como una lámpara, entonces la propiedad de iluminar es esencial, y el material del que está hecha resulta accidental. Pero si la identificamos como un objeto de bronce, entonces el material del cual está hecho resulta esencial, y su capacidad de iluminar accidental. **Es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa independientes del concepto usado para identificar esa cosa**. Si por <<naturaleza>> entendemos el conjunto de todas las propiedades esenciales o necesarias de una cosa, entonces, parece razonable sostener que **es sólo en virtud de nuestros conceptos que las cosas tienen una naturaleza**, *i. e.*, que algunas de sus propiedades son necesarias o esenciales, y esto significa que son propiedades definitorias del concepto correspondiente. (BULYGIN, 2007, p. 101-102).

Portanto, conforme o entendimento do autor, embora se possa afirmar que conceito e natureza se encontrem estreitamente vinculados, não haveria propriedades essenciais de uma coisa de *per se*, no sentido de serem independentes do conceito, mas, ao contrário, são os conceitos que estabelecem as propriedades necessárias e, conseqüentemente, a natureza

⁴⁰¹ “la filosofía en general y la filosofía del Derecho en particular **no** se ocupan de la realidad, **porque para eso están las distintas ciencias** y entre ellas la ciencia jurídica”.

daquilo que estamos analisando. Nesse sentido, não existiria natureza de uma coisa sem um conceito desta e, assim, a explicação de um conceito consistiria na explicação da própria natureza. Conseqüentemente, a explicação da natureza do direito não é mais do que a caracterização do conceito de direito, isto é, de suas propriedades definidoras. (BULYGIN, 2007, p. 104)

Além disso, a análise conceitual estaria muito conectada com a análise de significado das palavras. Nesse sentido, Bulygin (2007, p. 105) faz referência à contribuição valiosa de Herbert Hart – que, em “O conceito de direito”, esclarece o uso da palavra “*law*” e demais termos a ele relacionados – indicando que a análise da linguagem pode auxiliar no aprofundamento do conhecimento de um conceito, da mesma forma que Hart já havia asseverado no prefácio de sua clássica obra:

[...] a sugestão de que as investigações sobre os **significados das palavras** apenas lançam luz sobre palavras é falsa. **Muitas distinções importantes**, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais, podem ser mais bem trazidas à luz por um **exame dos usos-padrão de expressões relevantes** e do modo por que estes **dependem de um contexto social**, ele próprio deixado frequentemente por afirmar. Neste campo de estudos é particularmente verdade que podemos usar, como disse o Professor J. L. Austin, «uma **consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos**». (HART, 2005, p. 2, grifo nosso).

Não se quer com isso afirmar a completa identificação entre conceitos e significados, mas tão somente que não se pode desconsiderar a conexão expressiva entre os conceitos, a linguagem e o uso que se faz deles.

Quanto à ciência jurídica – retomando que, para Bulygin (2009, p. 88), a filosofia não lida com a realidade, porque é para isso que existem as diferentes ciências –, o autor entende que esta caracteriza um conjunto de enunciados verdadeiros sobre o fenômeno do direito, sendo sua função fundamentalmente descritiva. Mesmo sendo o direito baseado em valorações, não haveria qualquer impossibilidade de “descrever as valorações sem valorá-las”. Nesse sentido, sempre que juristas, advogados, juízes, dentre outros estão descrevendo o direito – e não fazendo avaliações – estariam realizando ciência jurídica.⁴⁰²

Essa visão certamente se entrelaça com sua posição como defensor do positivismo jurídico “que consiste básicamente en la distinción entre la *descripción* del Derecho positivo y su *valoración* como justo o injusto”. Isso implicaria em alguns pontos: i) a distinção entre descrição e valoração indica que o termo “Direito” não deve ser utilizado de forma elogiosa porque o direito, como produto da atividade humana, pode ser bom ou mal justo ou injusto; ii)

⁴⁰² Adicionando que «ciencia no valorativa» es un pleonasma y «ciencia valorativa» se acerca mucho a una contradicción en términos”. (BULYGIN, 2009, p. 88).

a negação de existência de algo como o direito natural, pois o direito “é fundamentalmente artificial e não tem nada de natural”.⁴⁰³

Portanto, considerando que a teoria de Bulygin tem como pilares a *filosofia analítica*, a *lógica*, a *teoria pura do direito* e o *ceticismo axiológico*, é compreensível que produza uma filosofia geral e do direito que não lidam diretamente com a realidade e uma ciência jurídica cuja função é fundamentalmente descritiva.⁴⁰⁴ Com base nesses pressupostos é possível compreender que suas “simpatias estejam seguramente do lado do **positivismo exclusivo**”⁴⁰⁵, percebendo o direito como produto da atividade humana, podendo ser bom ou mal, justo ou injusto e, portanto, onde o conceito de direito proposto se relaciona exclusivamente com a estrutura e seus elementos componentes, em especial, as normas.⁴⁰⁶

Aliás, o forte ceticismo axiológico de Bulygin é perfeitamente compatível com – e explica – sua concepção de filosofia do direito completamente apartada das questões morais:

Podría decirse que en la **base** de mi **concepción de la filosofía del Derecho** y de mi adhesión al **positivismo jurídico** se encuentra mi **escepticismo axiológico**, basado en la idea de que los juicios morales, políticos y estéticos dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos y por lo tanto **no están sujetos al control racional**. En la medida en que tales juicios dependen de factores emocionales no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. (BULYGIN, 2009, p. 90, grifo nosso)

Sendo assim, questões relacionadas com a avaliação do direito não teriam espaço dentro de sua filosofia jurídica, nem mesmo na teoria do direito. E questionamentos sobre a obrigatoriedade de obediência ao direito não pertenceriam a estas disciplinas.

Mi tesis principal [sobre a normatividade] es que el **problema de la normatividad** del derecho, entendido como el de su valor moral, **no es un problema jurídico, sino moral** y que, por lo tanto, su solución pertenece al campo de la **filosofía moral y no al de la filosofía jurídica**. La persistencia de los filósofos del derecho en formular esta pregunta y de tratar de responderla se debe a una falta de la comprensión del problema. Se trata de un típico pseudo-problema que no requiere una solución, sino una disolución. Preguntas tales como “¿Tiene el derecho valor moral?” o “¿Hay un deber moral de obedecer el derecho?” o “¿Suministra el derecho razones morales para la acción?” **no tienen respuestas en una teoría del derecho** y, por lo tanto, carecen de sentido. Es como preguntarse si la televisión es moralmente buena o mala. Hay ciertamente muchos programas televisivos que son malos y moralmente condenables; muchos programas son moralmente indiferentes y a veces, aunque no muy a menudo, se puede encontrar programas moralmente recomendables, pero la televisión como tal no es ni buena ni mala y, por lo tanto, la pregunta acerca de su valor moral carece de sentido. Algo similar sucede con el

⁴⁰³ (BULYGIN, 2009, p. 87, tradução e grifo nosso).

⁴⁰⁴ Afirmação similar é feita por Raz (1996, p. 202) em relação à teoria pura de Kelsen: “For Kelsen it is self-evident that legal theory is free of all moral considerations. Given his essentially emotivist theory of ethics, this is a prerequisite for legal theory to be 'scientific'.”

⁴⁰⁵ “Mis simpatías estén seguramente del lado del positivismo excluyente, pero no comparto la teoría de RAZ sobre la autoridad. Ciertamente la de RAZ no es la única variante del positivismo excluyente. Por consiguiente, no se justifica mi adhesión al positivismo excluyente raziano [...]” (MORESO e REDONDO, 2007, p. 202, tradução e grifo nosso).

⁴⁰⁶ (BULYGIN, 2009, p. 87).

derecho. Hay buenas y hay malas normas jurídicas; hay normas jurídicas que solucionan problemas sociales y contribuyen de esta manera a la paz y a la felicidad, pero también hay normas jurídicas malas e incluso perversas. Preguntas acerca del valor moral de una norma jurídica o de un conjunto de normas jurídicas o acerca de nuestro deber moral de obedecer tales normas son perfectamente significativas, pero **no la pregunta acerca del valor moral del derecho en sí**. Lamentablemente, los filósofos del derecho suelen formular esta última pregunta y no es demasiado sorprendente que sus respuestas sean poco satisfactorias. (BULYGIN, 2004a, p. 16, grifo nosso).

Portanto, conforme indicado pelo próprio autor, sua descrença na razão prática originada de seu ceticismo axiológico ocasiona sua adesão à teoria positivista. (BULYGIN, 2009, p. 89-90)

3.1.4 A teoria de Alexy

Tanto em “*The nature of arguments about the nature of law*” quanto em “*Los principales elementos de mi filosofía del derecho*”, Robert Alexy defende alguns pontos centrais de sua visão filosófica.

No primeiro artigo, argumenta que a filosofia se caracteriza como uma *reflexão geral e sistemática* sobre o que existe, sobre o que se deve fazer ou sobre o que é bom, além da reflexão sobre como o conhecimento acerca dessas questões é possível. Isso porque a filosofia busca *explicitar* as suposições ontológicas, éticas e epistemológicas que estão *implícitas* em todas as práticas humanas.

Perhaps the most general feature of the concept of philosophy seems to be **reflexivity**. Philosophy is reflective because it is reasoning about reasoning. Philosophy is reasoning about reasoning, for its subject, **the human practice of conceiving**, on the one hand, **of the world, oneself, and other minds**, and, on the other, **of human action**, is essentially **determined by reasons**.

Having a conception of the world, oneself, and other minds is to have a conception about what there is. Action, on the other hand, presupposes a conception about what ought to be done or is good. Reasoning about the general question of what there is defines metaphysics *qua* ontology; reasoning about the question of what ought to be done or is good defines ethics. **Human practice** is not only based – for the most part implicitly – on answers to both questions, it also includes – again, for the most part implicitly – numerous answers to a third question: the question of how to justify our beliefs on what there is and on what ought to be done or is good. This question defines epistemology. **Philosophy** attempts to make explicit the **ontological, ethical, and epistemological** assumptions **implicit in human practice**.

Explicit reflexivity is necessary but not sufficient to explain the nature of philosophy. A teacher who abhors students’ chewing gum during his lecture may become reflective by asking himself what the reasons for his attitude are, but this is not enough for him to become a philosopher. Reflexivity must be associated with two other properties if it is to be seen as capturing something genuinely philosophical in nature. The reflection must be **reflection about general or**

fundamental questions, and this reflection must be of a **systematic** kind. The shortest, most abstract, but nevertheless truly comprehensive definition of philosophy might therefore run as follows: Philosophy is general and systematic reflection about what there is, what ought to be done or is good, and how knowledge about both is possible.⁴⁰⁷

Tal definição abstrata e provisória não pretende esgotar o objeto da filosofia, mas tão somente servir de ponto de partida visando responder a pergunta sobre a *natureza da filosofia do direito*, sendo que dela derivaria uma consequência relevante, qual seja, a reflexão filosófica apresenta três dimensões: a *crítica ou normativa* (perguntar e argumentar sobre o que existe, sobre o que é verdadeiro ou correto e que pode ser justificado), a *analítica* (identificar e explicitar as estruturas fundamentais do mundo natural e social e os conceitos e princípios por meio dos quais compreendemos ambas as realidades) e a *sintética ou holística* (tentativa de unificar tudo isso em um todo coerente).⁴⁰⁸

Transportar esses pressupostos para a filosofia do direito – considerando que, para Alexy, a filosofia do direito é um ramo da filosofia que se diferencia por seu objeto específico, o direito⁴⁰⁹ – significaria se envolver com a compreensão, ao mesmo tempo sistemática e crítica, sobre a *natureza do direito* e, nesse sentido, a filosofia jurídica se caracteriza como “*argumentação sobre a natureza do direito. A reflexão sobre a filosofia do direito é, assim, uma reflexão sobre a natureza dos argumentos referentes à natureza do direito*” que também apresenta as mesmas três dimensões da filosofia geral.⁴¹⁰

Pode-se pensar que refletir sobre a natureza dos argumentos que se referem à natureza do direito, mormente diante das três dimensões dessa atividade reflexiva, demandaria catalogar todas as pré-compreensões possíveis sugeridas pela prática estabelecida do direito, bem como suas relações com todas as propriedades possíveis do direito. Todavia, essa é uma exigência improvável de ser realizada, além de ser incompatível com o caráter sistemático e crítico da filosofia diante da complexidade do conceito de direito e das diversas pré-compreensões e propriedades jurídicas que podem dela surgir. Diante disso, a proposta de Alexy para a construção de um sistema ou marco conceitual adequado passa pela análise sistemática dos argumentos expostos na discussão sobre a natureza do direito.⁴¹¹

Para o autor, os argumentos relacionados à questão da natureza do direito girariam em torno de três problemas: *i)* que **tipos de entidade** compõem o direito e **como se relacionam**

⁴⁰⁷ (ALEXY, 2004, p.156-157, grifo nosso).

⁴⁰⁸ (ALEXY, 2004, p.158).

⁴⁰⁹ (ALEXY, 2004, p. 158).

⁴¹⁰ (ALEXY, 2003b, p. 4, grifo e tradução nossa).

⁴¹¹ (ALEXY, 2004, p. 159).

entre si (concernente aos conceitos de norma e sistema normativo); *ii*) como esses elementos estão conectados com o mundo real, ou seja, aquilo que caracteriza a **dimensão real, fática, autoritativa ou institucional** do fenômeno jurídico, sendo que tal conexão poderia ser apreendida por meio da *legalidade de acordo com o ordenamento* e da *eficácia social*; *iii*) a correção ou legitimidade do direito cuja principal questão consistiria na relação entre direito e moralidade, ou seja, a **dimensão ideal ou crítica** do direito. Perguntar sobre a natureza dos argumentos sobre a natureza do direito significaria analisar essa tríade de problemas.⁴¹²

Os questionamentos acerca desses problemas – e as consequentes respostas – poderiam ser caracterizados como juízos de segunda ordem, ou seja, juízos sobre os juízos que se expressam na dogmática jurídica.⁴¹³

Segundo o professor de Kiel essa tripartição pretende ser completa, neutra e sistemática. O modelo é *completo* porque absorveria todos os argumentos que podem ser aduzidos, de forma favorável ou contrária, em relação às teses sobre a natureza do direito; *neutro* porque não adicionaria qualquer preferência aos argumentos que elenca; e *sistemático* porque permitiria uma imagem coerente acerca da natureza do direito. Sendo que a única prova – sobre a adequação dos possíveis modelos acerca dos argumentos sobre a natureza do direito – consiste em testar e expor a críticas tais modelos, sabendo-se que se trata de uma busca e não da garantia de obtenção de uma teoria perfeita:

Only by elaborating the **best theory connecting answers to all three questions** about the nature of law can the nature of legal philosophy become as clear as possible. It is, however, not only not the case that one can develop such a perfect theory here, but also the case that one may well be sceptical about whether such an ideal of perfection can ever be achieved. Fortunately, it is not necessary to know all, in order to know enough. In order to obtain as much as is necessary for our purposes it suffices to use the triadic model as a framework for the discussion of paradigmatic problems.⁴¹⁴

No que concerne ao tratamento dos problemas paradigmáticos, Alexy defende quatro teses:⁴¹⁵

⁴¹² (ALEXY, 2003b, p. 4-5).

⁴¹³ Nesse sentido, afirma Carlos Bernal Pulido (2008, p. 13) no “*Estudio introductorio*” à obra “*El concepto e la naturaleza del derecho*”: “puede decirse que, para responder, mediante un juicio de primer orden, la pregunta acerca de qué es lo que el derecho ordena para cierto caso concreto, es necesario responder, mediante un juicio de segundo orden, el interrogante relativo a si ciertas entidades que regulan dicho caso concreto pertenecen o no al derecho y, por tanto, deben considerarse como las que expresan el deber ser jurídico atinente a dicho caso.”

⁴¹⁴ (ALEXY, 2004, p. 160, tradução e grifo nosso) “Somente por meio da elaboração da melhor teoria para conectar as respostas a todas as três questões sobre a natureza do direito é que a natureza da filosofia do direito se tornará o mais clara possível. Apesar de não ser possível desenvolver uma teoria perfeita nesse terreno, não se deve ser completamente cético ao fundamento de que esse ideal de perfeição possa ser atingido. Felizmente, não é necessário saber de tudo para saber o suficiente. Para obter tanto quanto necessário para os nossos propósitos, é suficiente usar o modelo triádico como estrutura para a discussão de problemas paradigmáticos”.

⁴¹⁵ (ALEXY, 2004, p. 160).

- i) a tese da *natureza geral* – todos os problemas da filosofia podem apresentar-se na filosofia do direito;
- ii) a tese do *caráter específico* – existem problemas específicos da filosofia jurídica em função da dupla natureza do direito, ou seja, dele ser composto tanto por uma dimensão institucional quanto por uma dimensão ideal;
- iii) a tese da *relação especial* – existe uma relação especial entre a filosofia jurídica e outras áreas da filosofia prática, especialmente a filosofia moral e a filosofia política. O fundamento desta tese consiste na *tese do caso especial* – que Alexy defendeu em sua “Teoria da argumentação jurídica” – que compreende o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral e, com base nesse pressuposto, resulta lógico que a disciplina que estuda o discurso jurídico, ou seja, a filosofia do direito esteja também em uma relação especial com a filosofia prática, isto é, com a disciplina que estuda o discurso prático geral.⁴¹⁶
- iv) a tese do *ideal compreensivo* que – de forma sobreposta às teses anteriores – sustenta que a filosofia do direito só pode cumprir adequadamente seus propósitos se forem aceitas todas as três teses anteriores.

Alexy admite que – diferentemente do caráter de neutralidade pretendido no modelo triádico referente aos argumentos relacionados à questão da natureza do direito – estas teses **não** pretendem ser neutras porque representariam a escolha entre um pensamento filosófico e a ausência de um pensamento filosófico. Para ele, a alternativa a um modelo de “ideal compreensivo” seria algo como uma “máxima restritiva” cuja versão radical sustentaria que a filosofia do direito não se engajasse em problemas genuinamente filosóficos, concentrando-se exclusivamente no estudo da dimensão real ou fática do direito e delegando todas as questões críticas e normativas à filosofia moral e política, sendo que tais disciplinas estariam fora do alcance da filosofia do direito, transformando-a em uma teoria jurídica do direito completamente separada da filosofia geral e da filosofia prática.

The choice between the comprehensive ideal and the restrictive maxim is a fundamental choice. **The character of legal philosophy is determined by it** much more radically than by the choice between legal positivism and non-positivism. The choice between positivism and non-positivism is a choice inside the realm of legal philosophy. The choice between the comprehensive ideal and the restrictive maxim amounts to a **choice between philosophy and non-philosophy**. This is the background against which our paradigmatic problems have to be considered. (ALEXY, 2004, p. 161, grifo nosso).

⁴¹⁶ (PULIDO, 2008, p. 16).

Essa questão pode ser considerada como atrelada a um terceiro nível de reflexão, também denominado *metateoria do direito*, que questiona exatamente os juízos sobre os juízos que se emitem no âmbito da filosofia do direito. Pode-se dizer que Alexy apresenta três teses sobre essa questão: a natureza genuinamente *filosófica* de alguns argumentos; a natureza *conceitual* de alguns argumentos e a natureza *prática ou normativa* de alguns argumentos.⁴¹⁷

Por exemplo, a discussão sobre que classe de objetos são os *conceitos* (se são, por exemplo, representações mentais, habilidades ou sentidos fregeanos) – e conseqüentemente qual é sua estrutura – é essencial para poder compreender que tipo de análise conceitual pode ser realizada de forma plausível. Todavia, tais questões só podem ser enfrentadas se forem encaradas como *problemas genuinamente filosóficos*. Portanto, independentemente da linha de argumentação proposta (seja a vinculação da natureza do conceito de direito a uma dimensão ideal ou a redução da natureza do conceito de direito a uma dimensão psíquica ou física) será necessário debater em um nível filosófico e não simplesmente remeter tais questões para outra esfera.

[...] the question of what kind of entities does the law consist, is the most fundamental issue. A classical answer to this question is to be found in Hans Kelsen, who, in the first edition of his Pure Theory of Law (*Reine Rechtslehre*) defines ‘law as norm’, and norms as meaning, and the ‘unique sense’ of this meaning as ‘ought’, and ‘ought’ as a ‘category’. This is the language in which abstract entities are described. Kelsen insists that norms – and thus, law – can be reduced neither to physical events nor to psychical processes. They belong to an ideal reality, not to natural reality. The question, however, whether there exists, in addition to the physical and the psychical world, such a world of abstract semantic or ideal entities, that is, a ‘third realm’ in the sense of Frege, is one of the main problems of philosophy. It concerns philosophy as *metaphysica generalis sive ontologia*. This shows us that **one class of arguments about the nature of law is genuinely philosophical in nature**. This applies not only to authors like Kelsen, who attempt to employ transcendental arguments in order to show that the ‘ought’ as a ‘relative a priori category’ constitutes law as an ideal reality. It **also applies to skeptical authors**, who try to reduce law to psychical or even to physical facts. One such example of reductionism is to be found in Karl Olivecrona, who, with an eye to Kelsen, maintains that ‘[t]he rules of law are a natural cause – among others – of the actions of the judges in cases of litigation as well as of the behavior in general of people in relation to each other’, and that the ‘ought’ is not more than ‘a verbal expression in conjunction with certain emotions’. The problem of reductionism, too, is a genuine philosophical problem. **Not only the non-sceptic, who pleads for idealistic solutions in metaphysics or epistemology, argues philosophically. A sceptic who endorses some species of naturalism does so as well.**

Thus far, we have arrived at a first answer to our question concerning the nature of arguments about the nature of law: one class of arguments is genuinely philosophical in nature, for these arguments are applied to solve metaphysical (or

⁴¹⁷ Pulido (2008, p. 14) também exemplifica: “[...] la metateoría del derecho se ocupa de preguntas tales como: ¿Qué tipo de problemas son aquellos que debe afrontar la filosofía del derecho? ¿Que tipo de argumentos se utilizan para definir en que tipo de entidades consiste el derecho y qué es aquello que las vincula para formar el todo llamado derecho? o ¿cómo es posible evaluar la corrección de las conclusiones que derivan de estos argumentos y de las justificaciones que estos argumentos representan? Si la filosofía del derecho es una reflexión acerca de la naturaleza del derecho, la metateoría del derecho es una reflexión acerca de la reflexión acerca de la naturaleza del derecho.”

ontological) and epistemological problems. (ALEXY, 2003b, p. 5-6, grifo em negrito nosso)

Sobre os argumentos analíticos ou conceituais, bem como os argumentos normativos, já foi feita exposição na seção 2.1.3.2.

O ponto crucial, para Alexy (2004, p. 162), consiste em que reflexões sobre a natureza do direito não podem ter sucesso quando separadas da filosofia geral, o que, para o autor, caracterizaria a visão positivista do direito.

Portanto, ao considerar que Alexy parte do pressuposto de que a filosofia busca *explicitar* as suposições ontológicas, éticas e epistemológicas que estão *implícitas* em todas as práticas humanas, torna-se mais compreensível a afirmação do autor, em “*Los principales elementos de mi filosofía del derecho*”, que a *tese da dupla natureza do direito* se encontra no cerne de sua filosofia jurídica, ou seja, que o direito compreende tanto uma dimensão real, fática ou institucional (cujos elementos essenciais são a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social) quanto uma dimensão ideal ou crítica (cujo elemento essencial é a correção moral).⁴¹⁸

No centro das minhas reflexões está a tese de que **o direito possui uma natureza dupla**. Ele inclui necessariamente tanto uma dimensão real ou fática, quanto uma ideal ou crítica. [...] Quem define o direito exclusivamente em função da produção formalmente adequada e da eficácia social defende um conceito de direito positivista. Tão logo se agrega a correção moral como um terceiro elemento necessário, transforma-se o quadro fundamentalmente: forja-se um conceito de direito não positivista. **A tese da dupla natureza implica, então, o não positivismo.**⁴¹⁹

Portanto, sua concepção filosófica focada na explicitação das suposições ontológicas, éticas e epistemológicas das práticas humanas o direciona para uma concepção jusfilosófica preocupada não só com a dimensão real, mas também com uma dimensão ideal, que implica numa concepção não positivista do direito. Ao contrário de Bulygin, a confiança que Alexy deposita na racionalidade prática ocasiona sua postura não positivista.

3.2 O(s) Conceito(s) de Direito

⁴¹⁸ (ALEXY, 2009b, p. 68).

⁴¹⁹ (ALEXY, 2009b, p. 68).

Apresentadas as propostas de cada autor, quais são suas consequências específicas para a determinação do conceito de direito?

Eugenio Bulygin (2007, p. 106) é contundente ao afirmar sua defesa de uma pluralidade de conceitos de direito considerando que estes seriam produtos históricos que se modificam através do tempo, sendo tal afirmação compatível com a ideia do autor de uma conexão expressiva entre os conceitos, a linguagem e o uso que se faz deles.

Além disso – considerando que “as coisas têm muitas (provavelmente infinitas) propriedades” e que a definição de quais seriam essenciais (ou qual seria a natureza do direito) depende do prévio estabelecimento de um conceito⁴²⁰ – as diversas teorias do direito produziram diferentes conceitos de direito, cada qual identificando somente algumas destas propriedades, na tentativa de elucidar a estrutura da instituição chamada “direito” (BULYGIN, 2007, p. 101-102; 107).

En este sentido, las **diferentes respuestas** a la pregunta «¿qué es el derecho?» **conducen a diferentes conceptos de derecho**. Las **propiedades necesarias** del derecho no son las mismas para Tomás de Aquino, Austin, Holmes, Kelsen, Hart o Dworkin. La pregunta «¿qué es el derecho?» ha recibido numerosas respuestas diferentes en el curso de la historia y, como HART correctamente observa, constituye un pedido de una definición de derecho; y el hablar de la esencia o naturaleza del derecho es sólo una variación oscuramente formulada de la misma pregunta. (BULYGIN, 2007, p. 107, grifo nosso)

Todavía, isso não significaria que todos os conceitos possam ser considerados igualmente adequados. Pode-se considerar determinado conceito melhor do que outro porque é mais preciso ou porque não leva a distorções: “las diferentes teorías del derecho se esfuerzan por formular un concepto de derecho más exacto y apropiado de acuerdo con algún criterio teórico, como la simplicidad, la fecundidad e incluso la elegancia de la presentación” (BULYGIN, 2007, p. 108).

Com base nesse pressuposto, o autor indica quais seriam, por exemplo, as teses intangíveis de uma teoria pura kelseniana, capazes de produzir um conceito de direito adequado:

a) *positivismo jurídico*. Todo derecho es derecho positivo, esto es, consiste en normas creadas y aniquiladas mediante actos humanos; b) *escepticismo ético*. No hay normas verdaderas; las normas en general y las normas morales en particular no son ni verdaderas ni falsas [...]; c) *separación entre ser y deber ser*. De lo que es no se sigue que deba ser, y del hecho de que algo deba ser no se sigue que lo sea; d) *ciencia jurídica avalorativa*. La ciencia jurídica consiste en la descripción del derecho positivo y no en su valoración. (BULYGIN, 2005, p. 101-102)

⁴²⁰ “Las cosas tienen muchas (probablemente infinitas) propiedades, pero sólo algunas de ellas son esenciales o necesarias. [...] Es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa independientes del concepto usado para identificar esa cosa. [...] es sólo en virtud de nuestros conceptos que las cosas tienen una naturaleza, *i. e.*, que algunas de sus propiedades son necesarias o esenciales, y esto significa que son propiedades definitorias del concepto correspondiente” (BULYGIN, 2007, p. 101-102)

Quanto a sua própria concepção sobre o conceito de direito, Bulygin indica que a *legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade* e a *eficácia social* são as características essenciais do direito e, nesse sentido, tanto os sistemas jurídicos como um todo quanto as normas individuais podem ser moralmente questionáveis (inclusive aqueles extremamente injustos) sem que isso ocasione qualquer impacto em sua natureza jurídica.⁴²¹

Algumas posições de Bulygin parecem compatíveis com a proposta de Herbert Hart. O professor britânico, após apresentar sua proposta focada na questão *estrutural* do direito – caracterizando-a como *geral e descritiva* de um conceito de direito e, portanto, diversa da proposta *interpretativa e avaliadora* de Dworkin –, afirma que “não é óbvia a razão por que deverá haver, ou efetivamente poderá haver, qualquer conflito significativo entre empreendimentos tão diferentes”, bem como assegura não estar interessado em disputar a elaboração de qualquer proposta interpretativa, sinalizando a possibilidade de aceitar distintos conceitos de direito. (HART, 2005, p. 301-303).

Hart também defende que é possível fazer uma escolha racional entre os diferentes conceitos de direito que podem ser propostos:

O que está realmente em jogo é o **mérito comparado** de um conceito ou modo de classificar regras mais amplo e de um mais restrito, os quais pertencem a um sistema de regras eficaz de um modo geral na vida social. A[o] fazermos uma **escolha racional** entre estes conceitos, tem de ser porque um é superior ao outro na maneira por que ele auxiliará as **nossas pesquisas teóricas**, ou fará avançar e clarificará as **nossas deliberações morais**, ou contemplará ambas. (HART, 2005, p. 225, grifo nosso)

Porém, é possível argumentar que, diferentemente de Bulygin, ao incluir a possibilidade de que a “escolha racional” seja baseada não apenas no avanço das pesquisas teóricas, mas também considerando as “deliberações morais”, Hart (2005, p. 201; 221) sugere certo reconhecimento da racionalidade prática, o que poderia ser confirmado pelo fato de admitir a possibilidade de existência de uma “crítica moral esclarecida” em relação à “moral convencional” ou por defender que, mesmo nas situações de discricionariedade judicial, a decisão do magistrado “pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial”.

Apesar disso, o autor é categórico em afirmar que nada disso significa que os critérios de validade jurídica devam incluir, de forma tácita ou explícita, referências à moral ou justiça,

⁴²¹ “Both parties agree that **authoritative issuance and social efficacy** are defining characteristics of law. Alexy adds to them the connection with morality, but it is not clear what this means, taking into account that he regards extremely unjust and hence immoral normative orders as legal orders.” (BULYGIN, 2013, p. 58)

salvo se esse tipo de critério for estabelecido pela própria regra de reconhecimento de determinada sociedade, portanto, relacionada a fatos sociais (HART, 2005, p. 201; 312; 332).

Diferentemente dos autores positivistas, Ronald Dworkin (2010, p. 200) – conforme exposto detalhadamente na seção 1.4 – propõe que o conceito de direito têm *natureza interpretativa*, portanto, que deve estimular as reflexões sobre a própria prática social de forma a produzir a melhor interpretação das regras, princípios, convenções e expectativas e outros fenômenos, bem como do melhor modo de aplicar tudo isso conjuntamente. Nesse sentido, uma teoria que pretenda identificar adequadamente o conceito de direito não poderia fazê-lo de forma exclusivamente descritiva, pois demandaria necessariamente “mostrar porque a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor” que caracteriza a prática.

Partindo do pressuposto que o direito deve justificar a possibilidade de utilização de coerção pelo Estado, o autor propõe um detalhamento hipotético da construção de uma teoria adequada sobre o conceito de direito, sendo que a moral estaria presente ao logo dessas etapas:

1^a) **Estágio Semântico** – o conceito de direito é do tipo *interpretativo*, ou seja, deve estimular as reflexões e contestações sobre aquilo que é exigido por alguma prática social.

2^a) **Estágio Teórico** – para buscar o valor geral da prática jurídica (considerando o pressuposto anterior que direito é um conceito *interpretativo*), realizar-se-á uma interpretação das práticas que envolvem o conceito buscando identificar o *conjunto de valores que melhor justifica a prática*. Dworkin propõe que os valores serão obtidos através do *conceito aspiracional* de direito (relacionado com a ideia de legalidade ou de Estado de Direito). Pressupõe, ainda, que este conceito (aspiracional) deve priorizar o *ideal de integridade política* (o Estado deve governar com um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendam a todos), visando legitimar o poder de coerção estatal.

3^a) **Estágio Doutrinário** – a descrição das condições de veracidade das proposições de direito (considerando que ele é um conceito *interpretativo*, cujos valores são baseados no conceito *aspiracional*, que prioriza a *integridade política*) especifica que uma proposição será verdadeira se decorrer de *princípios de moralidade* que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea. Mas, como podem ocorrer diferentes interpretações, a melhor interpretação é a que apresenta uma melhor justificação moral do corpo doutrinário – *atende melhor aos ideais* do direito, definidos no estágio teórico (*integridade política*).

4^a) **Estágio da Decisão Judicial** – para decidir *se, quando e qual* deve ser o papel das autoridades judiciais naqueles casos específicos em que **a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem** – considerando o ideal de integridade que informa sua teoria – os juízes devem considerar a moral tanto pra decidir o que é o direito (*identificação* do direito) quanto sobre o modo de honrar suas responsabilidades enquanto juízes (*aplicação* do direito).

Já o conceito de direito de Robert Alexy – ao partir de uma concepção filosófica visando explicitar as suposições ontológicas, éticas e epistemológicas que estariam implícitas nas práticas humanas relacionadas ao fenômeno jurídico – deságua no argumento da pretensão de correção que, por sua vez, implica a *tese da dupla natureza do direito*. Portanto, o conceito de direito necessariamente compreende tanto uma *dimensão real ou factual* (representada pelos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social) quanto uma *dimensão ideal ou crítica* (representada pelo elemento da correção moral), sendo que esta última necessariamente conecta direito e moralidade (ALEXY, 2010a; 2018).

É nesse sentido que o autor caracteriza como uma “visão restrita” a proposta de que o conceito de direito depende apenas de fatos sociais. Ao contrário, o professor de Kiel defende o que denomina de “visão compreensiva” sobre o conceito de direito, indicando que argumentos morais necessariamente pertencem às condições de correção das afirmações jurídicas e, portanto, ao próprio conceito de direito. O que o direito deve ser necessariamente se incorpora ao que o direito é.

According to the *restricted view*, what the law is depends exclusively on what has actually been issued and is socially efficacious. It is a matter of social fact. According to the *comprehensive view*, **what the law is depends on what it is correctly taken to be**. This view constitutes the participant’s perspective. What is correctly taken to be the law depends not only on social facts but also on moral correctness. In this way, **what the law ought to be finds its way into what the law is**. (ALEXY, 2008a, p. 297, grifo nosso)

As ideias de Dworkin e Alexy (conceito interpretativo e dimensão ideal) parecem relacionar, em alguma medida, o modo de identificação/definição do conceito de direito com a apresentação de razões e justificativas capazes de explicar porque determinada concepção sobre o direito é mais adequada do que outra. A diferenciação que estes autores fazem sobre as perspectivas do *observador* e do *participante* é fundamental para a compreensão desta afirmação.

3.2.1 Perspectivas do observador e do participante

Eugenio Bulygin (2009, p. 89) – conforme apresentado na seção 2.4.1.2 – deixa evidente sua contrariedade em relação à ideia de que a diferenciação entre as perspectivas de observadores e participantes possa, em alguma medida, causar impacto no conceito de direito, ainda que possa ter influência na aplicação dele. Para ele, tal dicotomia não seria significativa porque a maioria dos observadores é ao mesmo tempo participante e todos os participantes também são observadores. (BULYGIN, 2013, p. 51)

Nesse ponto é interessante observar que Hart dá maior relevância à ideia de ponto de vista interno, sendo que Brian Bix (1999, p. 167-168) chega a afirmar que a maior contribuição de Hart à Filosofia do Direito anglo-americana foi exatamente a introdução da perspectiva interna (do participante) à teoria do direito, sendo que essa proposta pode ser encarada como um “giro hermenêutico” na filosofia do direito.

Conforme apresentado (seção 1.1.1) Hart denomina de “atitude crítica reflexiva” a postura, relacionada às normas jurídicas, daquele que “como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta” porque se entende tais normas são necessárias à manutenção da vida social ou de outro aspecto relevante.

Esse “ponto de vista interno”, todavia, não impediria que um observador externo pudesse, com o intuito de identificar o direito, **anotar as regularidades de comportamentos observáveis**, desde que considere o fato de que os participantes não só se comportam externamente de determinada maneira, mas que aceitam e usam as regras como padrão de conduta correto para si e para os outros de forma crítica, incluindo a autocrítica. Em outras palavras, compreendendo que os participantes encaram tais normas como uma “razão” para agir de determinada forma.

Entretanto, considerar o ponto de vista interno não significa renunciar a uma postura meramente descritiva, pois, mesmo situações onde a perspectiva do participante é essencial poderiam ser consideradas pelo teórico descritivo: “uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação” (HART, 2005, p. 306)

Dworkin (2007, p. 17), ao defender que o direito consiste em uma prática argumentativa indica que estas são caracterizadas pela compreensão que os *próprios participantes* têm da necessidade de apresentarem *razões* para que as proposições jurídicas que defendem sejam compreendidas como verdadeiras pelos demais participantes dessa prática.

Em outras palavras, ao adotar uma teoria interpretativista, Dworkin pressupõe que a prática do direito não se limita a existir, mas, antes, que ela tem um valor, que serve algum objetivo, interesse ou propósito. Além disso, que os requisitos para esta prática não são necessariamente ou exclusivamente aquilo que sempre foram, porque podem sofrer modificações exatamente em função do objetivo ao qual a prática necessariamente serve. Toda essa proposta parece difícil de ser levada a cabo, em sua integralidade, por alguém que simplesmente observa a prática, sem dela participar.

Em sentido similar, Alexy (2010b, p. 20-21; 2007, p. 52-53) defende a dupla natureza do direito, ou seja, que o direito é uma parte da realidade que se refere necessariamente a um ideal. Isso significa que o direito está necessariamente conectado com dois tipos de valores ou princípios, aqueles da dimensão real do direito e aqueles de sua dimensão ideal. O princípio mais abstrato da dimensão real consiste na *segurança jurídica*, enquanto o princípio mais abstrato ligado à dimensão ideal é a *justiça ou correção moral*. “O direito não seria o direito se não incluísse esses princípios, que, como princípios ou valores, dizem o que a lei deveria ser. Isto implica que é impossível dizer o que é a lei sem dizer o que deveria ser”.

Todavia, só o participante – que é quem, mesmo considerando a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, ainda se questiona sobre o que o direito realmente determina a partir da perspectiva da dimensão ideal – consegue considerar adequadamente ambas as dimensões do direito. O participante não considera o sistema jurídico apenas como um sistema de resultados, mas também como um sistema de procedimentos no sentido de que “as razões que ele considera no procedimento de decisão e de fundamentação fazem parte do procedimento e, por conseguinte, do sistema” (ALEXY, 2009a, p. 88).

Enquanto a perspectiva do observador está relacionada com a pergunta “Como as decisões jurídicas são atualmente tomadas?” a perspectiva do participante é definida pela pergunta “Qual é a resposta jurídica correta?”, ou seja, correspondem a duas visões diferentes sobre o que o direito é: uma “visão restrita” e uma “visão compreensiva”.

Nesse sentido, o participante está comprometido com a pretensão de correção, no sentido de que o direito incorpora uma *afirmação* de correção, a *garantia* de justificabilidade ou fundamentabilidade de suas afirmações e a *expectativa* de aceitação de correção dessa afirmação por ele próprio e pelos demais integrantes do grupo. É por isso que “o direito é impossível sem participantes, mas seria possível sem observadores puros” (ALEXY, 2013, p. 229).

A participant in a legal system is characterized in terms of the questions and arguments on **what counts as the correct answer** to a legal question in the legal system in which the participant finds himself. Now, arguments on what counts as the

correct answer are **impossible without raising a claim to correctness**. This implies that the participant necessarily **refers to both legal certainty and justice**. (ALEXY, 2010a, p. 175)

Portanto, a correção de uma afirmação acerca do que é o direito não depende apenas de fatos sociais, mas também de argumentos morais. Nesse sentido, argumentos morais pertencem às condições de correção das afirmações jurídicas e, portanto, ao próprio conceito de direito. “Com isso, o que o direito deve ser encontra entrada naquilo que o direito é. O ‘é’ do participante é, dessa forma, necessariamente um ‘é’ que inclui um dever-ser. Assim como em relação à correção poder-se-ia também falar de um ‘ser’ de segunda ordem”. (ALEXY, 2010b, p. 20-21)

Tudo isso significa que, da perspectiva do participante, o direito não é considerado como um sistema normativo fechado onde as normas podem ser identificadas em um momento e permanecem irretocáveis para sempre caso não haja modificação do material autoritativo. Ao contrário, em função do discurso jurídico, tal como qualquer discurso racional, permitir diversas opções discursivamente possíveis, o sistema sempre tem certa abertura permitindo variação interpretativa de suas normas, mas somente o participante se encontra em condições, em função da pretensão de correção, de executar adequadamente essa tarefa (GAIDO, 2017, p. 285).

3.3 O Direito tem uma função, objetivo, propósito ou finalidade?⁴²²

Defende-se no presente trabalho que as visões não positivistas (em especial as de Dworkin e Alexy, escolhidas como marco teórico) relacionam o conceito de direito, em alguma medida, às ideias de finalidade, propósito, objetivo ou função. Ponto que será desenvolvido ao longo das próximas seções.

O questionamento sobre a existência de funções, finalidades ou objetivos do direito divide opiniões. Alguns entendem que a identificação da natureza do direito e o estabelecimento deste conceito dependem exatamente da resposta à pergunta sobre as

⁴²² Os termos “finalidade”, “objetivo”, “função”, “propósito” e “sentido” serão utilizados como sinônimos nesta seção. Em sentido similar é a posição de Ehrenberg (2016, p. 21, grifo nosso): “I will use ‘ends’, ‘purposes’, and ‘goals’ fairly interchangeably, although the last will be used more when emphasizing human intentions”. Sendo certo que todos esses termos são utilizados para indicar as “**funções próprias**” de algo: “A thing’s proper function is the **characteristic ends** that it yields (or is supposed to yield) which explain its presence, development, or selection.”

finalidades do direito, enquanto outros tendem a minimizar o papel que as funções do direito teriam nas explicações sobre sua natureza e conceito. Sendo certo que os debates entre Hart e Dworkin e Alexy e Bulygin, em alguma medida, demonstram essa divergência.

Tendo em vista a diversidade de usos dos termos indicados no subtítulo dessa seção e apesar da utilização de forma intercambiável, cabem algumas clarificações sobre cada um deles.

Utilizando como referência o “Dicionário de Filosofia” de Nicola Abbagnano⁴²³ (2007, p. 532, grifo em negrito nosso), pode-se indicar que o termo “**fim**”, no sentido aqui proposto, pode apresentar dois significados. Primeiramente, “motivo ou causa final, no sentido da quarta das quatro causas aristotélicas”, sendo que

[...] a palavra italiana *scopo*, a francesa *but*, a inglesa *purpose* são mais bem empregadas, pois têm caráter objetivo, quer se entenda o F.[fim] como imanente à natureza, quer se entenda como **motivo de um comportamento humano**: é o termo **final do projeto ou do plano** ao qual se refere.

Ou ainda, “intuito ou alvo”, ou seja, “[...] como aquilo que tem em mira certa intenção, mas que pode ser diferente do alvo atingido na realidade”.

Sendo assim, pode-se indicar que a palavra “**finalidade**” caracteriza a “correspondência entre um conjunto de coisas ou de acontecimentos e um fim. Assim, p. ex., a F.[finalidade] de um plano ou de um projeto é a correspondência ou a adequação desse plano ao fim a que visa”. Sendo importante evidenciar que “essa palavra não se aplica, pois, exclusivamente à causalidade dos fins da natureza (à qual se aplica a palavra finalismo), mas em geral designa **certa forma de organização ou ordem**”.

No que concerne ao termo “**função**”, no sentido aqui proposto, Abbagnano (2007, p. 548-549, grifo em negrito nosso) indica que a palavra está relacionada com a ideia de *operação* ou ação direcionada para um determinado fim e capaz de realizá-lo.

Neste significado o termo corresponde à palavra grega *ergon*, do modo como é empregada por Platão, quando diz que a F.[função] dos olhos é ver, a F. dos ouvidos é ouvir, que cada virtude é uma F. de determinada parte da alma e que a F. da alma, em seu conjunto, é comandar e dirigir (Rep., I, 352 ss.). F., nesse sentido, é a operação *própria* da coisa, no sentido de ser **aquilo que a coisa faz melhor do que as outras coisas** (Ibid., 353 a). Aristóteles emprega esse termo com o mesmo sentido, quando, em *Ética a Nicômaco*, procura descobrir qual é a F. ou a operação própria do homem como ser racional (Et. nic, I, 7). Além disso, insiste no caráter finalista e realizador da F.: “a F. é o fim, e o ato é a F.” (Met., IX, I, 1050 a 21). Essa palavra é usada frequentemente com esta significação tanto na linguagem científica quanto na comum. [...] O conceito de **operação para um fim ou capaz de realizar um fim** também está implícito no uso dessa noção pelas ciências biológicas e sociais. Em biologia, F. é a operação por meio da qual uma parte ou um processo do organismo contribui para a conservação do organismo total [...]. Em sociologia a F. foi definida por Durkheim (*Règles de la méthode sociologique*, 1895) como a

⁴²³ Foi professor de História da Filosofia na Universidade de Turim.

correspondência entre uma instituição e as necessidades de um organismo social, vale dizer, como a atividade pela qual uma instituição contribui para a manutenção do organismo. Com o mesmo espírito, Radcliffe-Brown define a F. de uma atividade social recorrente (como, p. ex., a punição dos crimes ou uma cerimônia funerária) como "o papel que ela desempenha na vida social como um todo e, por isso, a contribuição que ela dá para a manutenção da continuidade estrutural" (*Structure and Function in Primitive Society*, 1952, p. 180). A significação de **operação ou de ação dirigida para um fim e capaz de realizá-lo** predomina em todas essas noções.

No que concerne ao termo **“objetivo”**, o significado aqui proposto se relaciona como aquilo “que existe como objeto do intelecto, enquanto pensado ou imaginado, sem que isso implique sua existência fora do intelecto, na realidade”. Conforme explica Abbagnano (2007, p. 842, grifo nosso) “‘existir objetivamente’ significa, neste caso, existir em forma de representação ou de ideia, ou seja, como objeto do pensamento ou da percepção”. Portanto, nesse sentido, o objetivo “não designa o que é real nem o que é irreal, mas simplesmente o que é **objeto do intelecto** e **pode**, numa segunda consideração, **revelar-se real ou irreal.**”

3.3.1 O direito como artefato

Uma teoria que expressa de forma significativa a necessidade de atenção às funções, finalidades, objetivos ou propósitos para a adequada compreensão do direito é a teoria do direito como artefato (*artifact theory of law*).

Uma definição filosófica padrão de “artefato” se refere à ideia de que estes são objetos feitos intencionalmente, com a finalidade de realizar algum propósito. Esta definição está enraizada, em última análise, na distinção proposta por Aristóteles entre as coisas que existem por natureza e coisas que existem por criação. Aquelas que existem por natureza têm origens em si mesmas, enquanto aquelas que são criadas têm sua origem no artesão – especificamente, na forma da coisa como existe na mente do criador. (PRESTON, 2018)

Artefato é um “objeto produzido, no todo ou em parte pela arte ou por qualquer atividade humana, na medida em que se distingue do objeto *natural*, produzido pelo acaso”, ressaltando ainda que, para que seja reconhecido como tal, “deve manifestar a intenção, preexistente à sua construção, de utilizá-lo com finalidade determinada, ou seja, deve constituir a realização de um projeto.” (ABBAGNANO, 2007, p. 93-94)

Com base nesse conceito, alguns teóricos do direito – relacionados tanto a visões positivistas como não positivistas –, ao longo das últimas décadas, têm desenvolvido e aplicado à teoria dos artefatos ao campo jurídico.

Apenas exemplificativamente, Keneth Ehrenberg⁴²⁴ (2016, p. 10-11; 31) – um defensor do positivismo jurídico – define artefatos como instrumentos que são intencionalmente modificados *de forma a serem reconhecidos por outros* como certo tipo de coisa, sendo que alguns desses artefatos que desempenham funções de simbolização e representação podem ser *abstrações*. Além disso, a função de um artefato seria o propósito ou fim para o qual foi projetado, feito ou (minimamente) colocado em prática por um agente.

As instituições serviriam como paradigma desse tipo de artefato: uma universidade, por exemplo, é uma instituição que não é idêntica aos seus edifícios, professores, técnico-administrativos e estudantes.

Portanto – diferentemente de um objeto concreto que, em alguma medida, se confunde com sua estrutura –, as instituições são geralmente artefatos abstratos: *i)* são *artefatos* porque são ferramentas que criamos para ser reconhecíveis e *ii)* são *abstratos* porque não são idênticos a nenhum conjunto específico de entidades físicas concretas. O direito seria caracterizado como um artefato abstrato institucionalizado, sendo o termo institucionalizado utilizado para destacar “a importância de sua funcionalidade para a compreensão de sua natureza”, pois o exame das funções que o direito serve na sociedade colaboram para sua adequada compreensão. (EHRENBERG, 2016, p. 12 e 192 respectivamente)

A ideia de que o direito é um artefato parece razoavelmente aceita entre boa parte dos teóricos do direito. O próprio Herbert Hart, citando aquele que é conhecido por muitos como o pai do positivismo jurídico moderno⁴²⁵, demonstra que o reconhecimento do direito como artefato foi feito até mesmo por Jeremy Bentham.

Bentham contemplated and elaborately documented the abuses of the English law of his day, the fantastic prolixity and obscurity of its statutes, the complexity and expense of its court procedure, the artificiality and irrationality of its modes of proof. He was horrified by these things, but even more horrified by the ease with which English lawyers swallowed and propagated the enervating superstition that these abuses were natural and inevitable, so that only a visionary would dream of their radical reform. He believed that only those who had been blinded to the truth that **laws were human artefacts** could acquiesce in these absurdities and injustices as things to be ascribed to nature; and one way of opening men’s eyes was to preach to them the simple but important doctrine that laws were but **expressions of the human will**. Law is something that **men add to the world**, not find within it. (HART, 1982, p. 26, grifo nosso)

⁴²⁴ Professor de *Public Law and Legal Theory* da *Scholl of Law* da *University of Surrey* (Inglaterra).

⁴²⁵ (SHAPIRO, 2011, p. 389)

Também Eugenio Bulygin assevera não só sua concordância com a tese de que o direito seria um artefato, como vincula tal posição à teoria do positivismo jurídico de forma geral, em decorrência da teoria das fontes sociais.

Legal Positivism can be characterized by two theses: 1) The *Sources Thesis* and 2) the *Separability Thesis*. According to the first, what counts as valid law is a matter of social fact, which can be ascertained without any recourse to moral evaluations. **This implies** that all **law** is man-made: it is a **human artefact**. (BULYGIN, 2004b, p. 219, grifo em negrito nosso)

Segundo Julie Dickson (2012, p. 50; 58; 62), o positivismo jurídico está vinculado à ideia de que o direito é um artefato construído socialmente, no sentido de que tanto a *existência* quanto o *conteúdo* do direito serão determinados, em última análise, por meio de referências a fatos sociais, portanto, também correlacionando a ideia de artefato à teoria dos fatos sociais.

Isso não significa que identificação do direito como um artefato não tenha opositores, mas estes, aparentemente, representam minoria. Brian Leiter chega a afirmar que, apesar de resistências incompreensíveis, a identificação do direito como um artefato tem sido considerada algo trivial:⁴²⁶

The concept of law is the concept of an *artifact*, that is, something that **necessarily owes its existence to human activities intended to create that artifact**. Even John Finnis, our leading natural law theorist, does not deny this point. I certainly do not understand Kelsen, Hart, Raz, Dickson, or Shapiro to deny this claim. Those who might want to deny that law is an artifact concept are not my concern here; the extravagance of their metaphysical commitments would, I suspect, be a subject for psychological, not philosophical investigation. (LEITER, 2013, p. 164, grifo em negrito nosso)

Tanto Leiter quanto Frederick Schauer, por exemplo, rejeitam uma abordagem “essencialista” na análise do conceito de direito baseados na ideia de que o direito, sendo um artefato social, está sujeito a mudanças.⁴²⁷

Para Schauer é óbvio que o direito não pode apresentar uma essência – ao menos no mesmo sentido de objetos naturais como a água, o ouro e os animais – porque ele é produto

⁴²⁶ No mesmo sentido Roversi (2014, p. 1) e Schauer (2018, p. 32). Interessante observar que, apesar de Leiter citar nominalmente Joseph Raz como um autor que nega a teoria do direito como artefato, este último, ao menos em sua obra “The authority of Law”, – na qual ele também reconhece a importância acerca do conhecimento das funções do direito – faz uma afirmação que parece indicar a possibilidade de aceitação desta proposta: “The law is not just a fact of life. It is a form of social organization which should be used properly and for the proper ends. It is a tool in the hands of men differing from many others in being versatile and capable of being used for a large variety of proper purposes. **As with some other tools, machines, and instruments a thing is not of the kind unless it has at least some ability to perform its function.** A knife is not a knife unless it has some ability to cut. **The law to be law must be capable of guiding behaviour, however inefficiently.**” (RAZ, 1979, p. 226, grifo nosso)

⁴²⁷ (BURAZIN; HIMMA; ROVERSI, 2018, p. vii)

da criação humana, ou seja, sem os seres humanos ele sequer existiria, não apenas no que concerne ao construto social em si, mas a própria *ideia* de direito.

What makes law different from water, gold, and elephants is that **law is a creation of human beings**, and is thus an **artifact**. Like chairs, art, and music, law is created by people, and **without people such creations would simply not exist**. Moreover, it is not just that human beings create individual chairs, or particular works of art, or specific pieces of music. Rather, **the very ideas** (or **concepts**, if you will) of chairs, of art, and of music **are human creations**, and are consequently unlike gold, water, and elephants, all of which could and would exist without human beings. And although none of the foregoing observations is specifically about law, what is legally and jurisprudentially important about the distinction between the natural and the artifactual is that not only specific laws, specific legal sources, and specific legal institutions but also **the very idea of law itself lies on the artifactual side of the line between the artifactual and the natural**. (SCHAUER, 2018, p. 29)

Neil MacCormick defende uma análise relacionada às funções ou finalidades do direito considerando que, no caso de artefatos, aquelas parecem desempenhar um papel relevante, ainda que existam divergências sobre quais seriam essas funções.⁴²⁸

[...] human artefacts and contrivances, including any rules by which people try to live, or get others to live, **have to be understood functionally**. What is **their point**, what is the **final cause** to which they are oriented? They perform well or ill, are in good shape or bad, to the extent that they can be seen to work towards these essential ends with a minimum of regrettable side-effects. It is undoubtedly controversial what functions should be ascribed to law in general or to particular laws or any other human production. (MACCORMICK, 2007, p. 305)

Luka Burazin⁴²⁹ tem sido, nos últimos anos, um dos autores mais profícuos sobre o tema da compreensão do direito como um artefato. Para ele, o direito também pode ser melhor compreendido como um “artefato institucional abstrato” (*abstract institutional artifact*): *i) artefato* porque criado por "autores" humanos que possuem estados mentais relevantes baseados no conceito de direito desses autores, desde que esses estados mentais sejam amplamente realizados com sucesso; *ii) institucional* porque baseado em normas e exige intencionalidade coletiva para sua existência (i. e., só pode ser criado inicialmente se houver reconhecimento coletivo ou aceitação de normas constitutivas relevantes que conferem esse *status* institucional acompanhado de poderes deontológicos relevantes (por exemplo, direitos, deveres, poderes); e só pode continuar a existir enquanto esse reconhecimento for mantido); e *iii) abstrato*, uma vez que não ontologicamente material – ou seja, o sistema não deixaria de existir se, por exemplo, todos os textos normativos originais de um sistema fossem destruídos. (BURAZIN, 2018, p. 113-114).

⁴²⁸ (BURAZIN; HIMMA; ROVERSI, 2018, p. vii)

⁴²⁹ Professor da *University of Zagreb* (Croácia).

Além disso, Burazin caracteriza o direito como um artefato público e social: *i) público* porque “pretende ser reconhecível como direito para o público-alvo, ou seja, destinatários do direito, e que, como tal, carrega certas normas de reconhecimento, ou seja, normas sobre como deve ser reconhecido ou identificado”; e *ii) social* porque “só existe em uma sociedade e para propósitos sociais”.⁴³⁰

Para os positivistas jurídicos o fato de o direito ser um artefato social – de ter uma *natureza fundamentalmente social* – confirmaria a tese das fontes sociais do direito, ou seja, a *existência e o conteúdo* do direito seriam identificados considerando as fontes sociais e não apreciando os seus possíveis méritos ou deméritos.

Legal positivists understand law as having a *fundamentally social nature*: it is a human artifact which has been **socially constructed**. [...] More specifically, contemporary legal positivists are committed to *the social thesis*. They hold that the existence and content of the law is ultimately to be determined by reference to social facts, in particular by reference to law’s social sources, and not by reference to the merits of the legal norms in question.

That law has a fundamentally social nature, and that the existence and content of valid legal norms is ultimately to be determined by reference to social sources, and not by reference to the merits of the norms in question, are, in my view, **the core tenets to which legal positivism is committed**, and are endorsed in the work of all those contemporary legal positivists mentioned [Raz; Waluchow; Green; Gardner; Marmor; Coleman; Shapiro; Kramer; Hart]. (DICKSON, 2012, p. 50-51)

Alguns positivistas como Burazin (2016, p. 388) e Schauer (2018, p. 35-36) fazem questão de asseverar que isso significa que o direito não tem um caráter estático e que podem existir diferentes (culturalmente dependentes) conceitos de direito. Portanto, não haveria motivo para defender que o direito (onde e quando quer que seja encontrado) tenha propriedades necessárias ou essenciais.

Since human beliefs, intentions and interests can change over time and can be different at different places, the concept of law is also susceptible to historical and cultural developments and changes. Once it is recognized that **our concepts of law are contingent**, there is no reason why there could not be **different concepts of law**, e.g. one treating and the other not treating moral acceptability (or, indeed, something else) as a condition of legal validity. (BURAZIN, 2019, p. 4, grifo nosso)

Entretanto, o ponto que o presente trabalho quer ressaltar se refere à ideia de que admitir que o direito tem uma finalidade, função, propósito, objetivo ou sentido pode colaborar com o argumento de que se algo não for capaz de desempenhar sua função – cuja

⁴³⁰ “Moreover, it is said that law is also a **public and social artifact**. It being a public artifact means that law is **intended to be recognizable as law to the intended audience**, i.e. law-addressees, and that as such it carries certain norms of recognition, i.e. norms on how it should be recognized or identified [...]. It being social means that ‘it **only exists in a society and for social purposes**’.” (Tuzet 2018: 227). (BURAZIN, 2019, no prelo, p. 3, grifo nosso)

especificação precisa ser definida – então, não pode ser considerado como pertencente aquela categoria de artefato.

Jonathan Crowe⁴³¹ (2014, p. 754), por exemplo, defendendo a compreensão do direito como um tipo especial de artefato, denominado *artefato institucional*, argumenta que algo só pode ser qualificado como direito se atende duas condições: *i*) é *coletivamente reconhecido* como direito, por um grupo que tenha um conceito apropriado de direito, incorporando sua *função* e uma série de outras características relevantes (condição de aceitação); e *ii*) é constitutivamente capaz de cumprir suas funções (condição de sucesso).

É relevante apontar que o autor argumenta existirem duas visões acerca dos artefatos na literatura filosófica. A posição ortodoxa já apresentada acima defende que os artefatos, diferentemente dos objetos naturais, não teriam elementos ou propriedades essenciais. Porém, essa visão estaria dividindo espaço na atualidade com uma vertente que vem se fortalecendo e que afirma, ao contrário, que a categoria dos artefatos possuiria atributos essenciais.⁴³² Tal essencialismo é baseado, ao menos em parte, em trabalhos de psicologia cognitiva que sugerem que os artefatos podem ser mais bem compreendidos como reflexões de julgamentos sobre as propriedades essenciais ou definidoras dos objetos, em vez de empregar conceitos por agrupamentos (*cluster concepts*).⁴³³

⁴³¹ Professor da *Bond University* (Austrália).

⁴³² São citados por Crowe (2014, p. 738-739) como exemplos dessa vertente não ortodoxa, os seguintes trabalhos: BAKER, Lynne Rudder. The ontology of artifacts. **Philosophical Explorations**, v. 7, n. 2, p. 99-111, 2004; BAKER, Lynne Rudder. **The metaphysics of everyday life: an essay in practical realism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; ELDER, Crawford L. **Real natures and familiar objects**. Cambridge: MIT Press, 2004; ELDER, Crawford L. On the place of artifacts in ontology. In: MARGOLIS; LAURENCE (Eds.). **Creations of the mind: theories of artifacts and their representation**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 33-51; HILPINEN, Risto. Authors and artifacts. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 93, p. 155-178, 1992; LEVINSON, Jerrold. Defining Art Historically. **British Journal of Aesthetics**, v. 19, n. 3, p. 232 -250, 1979; LEVINSON, Jerrold, Artworks as artifacts. In: MARGOLIS; LAURENCE (Eds.). **Creations of the mind: theories of artifacts and their representation**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 74-82; MILLIKAN, Ruth Garrett. **Language, thought, and other biological categories: new foundations for realism**. Cambridge: MIT Press, 1984; THOMASSON, Amie L. Realism and Human Kinds. **Philosophy and Phenomenological Research**, v. 67, n. 3, p. 580-609, 2003; THOMASSON, Amie L. Metaphysical Arguments against Ordinary Objects. **Philosophical Quarterly**, v. 56, p. 340-359, 2006; THOMASSON, Amie L. 'Artifacts and human concepts'. In: MARGOLIS; LAURENCE (Eds.). **Creations of the mind: theories of artifacts and their representation**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 52-73; THOMASSON, Amie L. **Ordinary Objects**. Oxford: Oxford University Press, 2007).

⁴³³ Conforme didática apresentação de Thomas Bustamante (2018, p. 722): “A noção de ‘conceitos por agrupamento’ (*cluster concepts*) é utilizada para se referir a conceitos ‘cuja aplicação é uma função não de critérios necessários ou suficientes, mas ao invés disso de uma lista ponderada de critérios, sendo que nenhum deles é necessário ou suficiente’ [...]. Esse tipo de uso linguístico é normalmente atribuído a Searle. Ao discutir o uso de nomes próprios, por exemplo, Searle sustenta que a função desses nomes é justamente permitir que sejamos capazes de referir a certos indivíduos ou objetos específicos sem empregar descrições precisas e exaustivas de suas características: ‘se os critérios para nomes próprios fossem em todos os casos bastante rígidos e específicos, então um nome próprio seria nada mais do que uma abreviação para esses critérios, um nome próprio funcionaria exatamente como uma descrição definida de modo elaborado. Mas o que há de único e a imensa conveniência pragmática de nomes próprios em nossa linguagem residem precisamente no fato de

Uma das características essenciais dos artefatos seria, conforme já apontado, a ideia de intencionalidade autoral. Todavia, Crowe, apesar de destacar a importância das intenções do(s) autor(es) dos artefatos, também chama a atenção para a relevância da “**aceitação social**” na definição de um artefato e de sua própria função, inclusive identificando situações onde um artefato social poderia não ter um “criador”.

Imagine a situação de uma grande árvore que, sem interferência humana, cai no meio de um vilarejo, sendo que as pessoas começam a, regularmente, utilizar essa árvore como local para sentar enquanto fazem seus lanches e conversam. “Eles pensam e falam sobre a árvore como se fosse um banco colocado lá para seu uso. Eles dizem coisas um para o outro como ‘eu vou encontrá-lo no banco na hora do almoço’”.

Para Crowe (2018, p. 4-5), situações como essa demonstrariam que nesse tipo de artefato (efetivamente identificado e utilizado pelos integrantes da comunidade – participantes – como um objeto que tem um uso proposital específico) não é possível identificar uma intenção autoral. Em vez disso, o *status* do artefato “é uma questão de fato social que envolve a atribuição coletiva de um *status* (banco) associado a uma função (servindo de assento para várias pessoas)”, ou seja, “esse *status* não surge das intenções autorais, mas da aceitação social”. Nesse sentido, os *artefatos institucionais* são aqueles cujo status funcional é melhor explicado “por meio de referências a crenças e práticas sociais”.

Contudo, é importante ressaltar que a aceitação social é responsável pela conferência do *status* e não da função em si. Isso é crucial para entender a diferença proposta por Crowe (2014, p. 745) entre duas classes de artefatos que podem⁴³⁴ ser criados “não intencionalmente”: os artefatos *institucionais* e os artefatos *sociais*. Os primeiros devem tanto seu *status* quanto a sua função à aceitação coletiva. O dinheiro, por exemplo, não poderia exercer sua função se não houvesse um reconhecimento coletivo dele como um artefato cuja função é servir como meio de trocas econômicas. Porém, o exemplo da árvore-banco indicado acima caracterizaria um artefato *social*, pois embora o *status* de banco ocorra em decorrência da aceitação social, o fato é que mesmo que não fosse aceito coletivamente como um banco (consequentemente sem o *status*), ainda poderia desempenhar seu papel funcional.

que eles nos permitem referir publicamente a objetos sem sermos forçados a levantar questões e chegar a um acordo sobre quais características descritivas exatamente constituem a identidade do objeto’ [...].”

⁴³⁴ Talvez o mais adequado fosse evidenciar que o conceito de “intencionalidade” nesses casos deve ser interpretado como uma concepção vinculada à *aceitação social*. Sendo assim, ainda que a árvore não tenha sido derrubada por alguém com a intenção de criar um objeto com finalidade específica, isso não muda o fato de que as pessoas passaram a utilizar e, portanto, a considerar a árvore como local para sentar enquanto fazem seus lanches e conversam. Sua criação “social”, isto é, a convenção das pessoas sobre a finalidade daquele objeto, substitui sem maiores dificuldades sua “criação intencional”, além de justificar adequadamente a perpetuação e manutenção daquele artefato.

Outra característica essencial dos artefatos, para Crowe, seria o que ele denomina “**condições de sucesso**”, sendo esse o ponto de destaque de sua teoria.

As condições de sucesso refletem a ideia de que algo só pode ser considerado como um artefato do tipo X se for capaz de cumprir as funções características de X. Portanto, a intenção autoral ou aceitação coletiva por si só não é suficiente para caracterizar um artefato, pois, para Crowe (2014, p. 749) existe uma relação necessária das “condições de existência de tipos de artefatos com suas funções características”.

É óbvio que qualquer artefato criado pelo ser humano, além de funções características específicas, pode apresentar outras funções, algumas relevantes, outras acessórias e outras simplesmente incidentais. Então, como distinguir as funções *apropriadas, típicas ou adequadas* de um artefato – os fins característicos que ele produz (ou supostamente produz) e que explicam sua existência, desenvolvimento ou escolha⁴³⁵ – de outros usos incidentais que um artefato pode ter?

Crowe (2018, p. 2) cita um interessante exemplo: o projetista de uma pistola moderna certamente prevê que ela irá expelir cápsulas de balas usadas, mas a expulsão de munições gastas não é a função adequada ou específica de uma pistola que, na verdade, consiste em disparar projéteis em direção a um alvo. Portanto, expelir cápsulas é algo meramente incidental (ainda que os projetistas possam buscar garantir que isso ocorra da melhor forma possível).

Para Crowe, em sua teoria dos artefatos institucionais, a *função* própria ou adequada de um artefato é um *atributo causal característico* que é, ao mesmo tempo, um *componente essencial* para qualquer **explicação** adequada sobre porque determinado artefato é considerado um membro de uma determinada categoria; e um *padrão avaliativo fundamental* para julgar de se o artefato é um exemplo mais ou menos bem sucedido de determinada espécie.

The function of a chair, for example, is to be sat upon. This is a **characteristic causal feature** of chairs that **plays a fundamental role** in **both explaining** why something is a chair [...] **and evaluating** something as a good or bad chair. [...] We saw previously that a decorative chair, which is not intended to be sat upon, is still a chair. It counts as a chair **because its creator had in mind an appropriate**

⁴³⁵ “While it might be initially easy to think of functions in terms of the beneficial effects that something has, which it is either designed to accomplish or selected to accomplish (perhaps even by a natural process), there are at least two different ways to use this idea. One is what is called a ‘selected’ function in the biological literature, sometimes a ‘design’ function in the artifact literature, or more generally a ‘proper’ function. A thing’s proper function is the characteristic ends that it yields (or is supposed to yield) which explain its presence, development, or selection. Ruth Millikan introduced the idea of proper function to distinguish it from the ends that certain tokens might actually be used to serve. Hence, the proper function of any carpenter’s hammer is to drive nails (and pull them), even if I am using a particular hammer as a doorstop.” (EHRENBERG, 2016, p. 20-21)

function+ concept of a chair and **intended to create something that largely complied with that concept**. However, even a decorative chair **must meet the minimum constitutive conditions** for ‘chairhood’. It **must be constitutively capable of performing the chair-function**. An item with the appearance of a chair that is so fragile it would collapse if sat upon by even the lightest person is not a chair. (CROWE, 2014, p. 750, grifo nosso)

Em texto mais recente, Crowe (2018, p. 3, grifo nosso) argumenta que a “*função apropriada* de uma chave de fenda, nessa visão, desempenha um papel central na **explicação** de por que algo conta como uma chave de fenda **em primeiro lugar**”. Para o autor, um artefato pode ser considerado, por exemplo, como uma chave de fenda “**somente se seu criador tiver em mente um conceito apropriado** de uma chave de fenda (**incluindo sua função adequada**) e **pretende** que o item criado **cumpra substancialmente esse conceito**.” Portanto, “o **tipo de intenção** que é necessário para produzir uma chave de fenda é **parcialmente definida por sua função apropriada**.”

Com base em Hart (2005, p. 311; 57 respectivamente) – que afirmava “que a função primária do direito” consiste em “orientar a conduta dos seus sujeitos” e que o direito cumpre sua função não apenas por meio de ameaças e força, mas, primariamente, criando uma atitude crítica reflexiva nos cidadãos – Jonathan Crowe (2014, p. 751-752) caracteriza esta atitude como “senso de obrigação” (*sense of obligation*) e afirma que as pessoas veem o direito como algo que fornece obrigações genuínas para agir de maneiras específicas, não apenas como algo que os força ou manipula para fazer alguma coisa e, sendo assim, propõe que a função do direito como um artefato “é servir como um marcador deôntico criando um sentido de obrigação social”.

Laws aim not only to set boundaries on human conduct, but also to serve as ‘standards of criticism of such conduct’. People view laws as giving them genuine obligations to act in specific ways, not merely as forcing or manipulating them to do so.

[...] Law is presented by legal officials not merely as guiding people’s conduct, but as holding genuine normative force. Furthermore, people tend to accept standards as having the status of law not merely because they are actually followed, but on the assumption that they *ought* to be followed. [...] This is what distinguishes law and other normative standards from mere habits.

I therefore **propose that law’s function as an artifact is to serve as a deontic marker by creating a sense of social obligation**. The view that law’s function is to serve as a deontic marker helps to explain the social understanding of law as presenting obligations. [...] The concept of law, then, contains an **internal standard** by which we **can evaluate specific examples as better or worse at fulfilling their function**. The preceding analysis of law’s function also enables us to **identify the success conditions for law**. A putative law will be constitutively incapable of fulfilling its function if it is incapable of being generally **accepted as binding** by members of the community.

[...] A putative law of this kind **cannot play the law-function** and is therefore **incapable of counting as law**. (CROWE, 2014, p. 751-753, grifo em negrito nosso)

Como para Crowe algo só pode ser considerado um *artefato* de determinada espécie se for capaz de cumprir adequadamente suas funções, para que algo seja considerado “direito” é necessário que seja capaz de cumprir sua *função* – servir como marcador deôntico criando um sentido de obrigação social – portanto, deve possuir a capacidade de ser geralmente aceito como vinculante pelos integrantes (que poderiam ser considerados como participantes em contraste aos meros observadores) da comunidade.

Com base nesta ideia, podem ser suscitadas situações que demonstrariam a incapacidade de um “suposto direito” ser aceito como vinculante: *i*) atributos *formais*: quando uma promulgação legal é incompreensível, impõe requisitos contraditórios ou é impossível de ser seguida, pois tais situações não indicam um curso claro de ação, portanto, são incapazes de orientar o comportamento social e de criar um senso de obrigação; *ii*) atributos de *conteúdo*: podem existir normas que são tão contrárias às “motivações humanas comuns” que seriam incapazes de auferir o *status* de “regra social” no sentido indicado por Hart. (CROWE, 2014, p. 752-753)

Apesar de ressaltar que a capacidade de determinado padrão ser, geralmente, visto como vinculante depende tanto do *conteúdo* do próprio padrão como da *natureza da comunidade* no qual ele se encontra – reconhecendo diversos exemplos de padrões que, ao longo da história da humanidade, apesar de sua repugnância, conseguiram uma aceitação geral da sociedade específica –, o autor reforça que “uma comunidade que valorize e respeite seus membros mais vulneráveis será menos propensa a produzir um ambiente onde um direito profundamente injusto possa receber reconhecimento social” elevando o patamar para o direito cumprir sua função e, portanto, “aumentando a probabilidade de padrões injustos falharem em se qualificar como direito”. E conclui:

A law that is so unjust or unreasonable that it is incapable of engaging human motivations to the extent necessary to become generally accepted as binding will therefore be **incapable of performing law’s function** as an artifact. It will be the wrong type of thing to qualify as law. (CROWE, 2014, p. 753, grifo nosso)

3.3.2 O positivismo jurídico e as funções do direito

A proposta de Eugenio Bulygin – de que são os conceitos que estabelecem as propriedades necessárias, a essência ou a natureza daquilo que estamos analisando (e não o contrário), podendo gerar uma pluralidade de conceitos de direito, caracterizados como

produtos históricos que se modificam através do tempo – parece compatível com a ideia de que o direito seria um artefato. Todavia, parece negar, da mesma forma que Leiter e Schauer, a possibilidade de se estabelecer uma finalidade ou objetivo específico (no sentido de uma espécie de essência universal) para o direito.

Artifact concepts, even simple ones like “chair,” are notoriously resistant to analyses in terms of their **essential attributes**, both because they are **hostage to changing human ends and purposes**, and because they cannot be individuated by their natural properties – unlike say natural phenomena like “water,” which just is H₂O. [...] **Because human ends and purposes shift**, the concept of a “chair” **has no essential attributes**. (LEITER, 2013, p. 164, grifo nosso)

Sigo siendo firme partidario del positivismo jurídico, que consiste básicamente en la distinción entre la descripción del Derecho positivo y su valoración como justo o injusto. [...] pues el Derecho **es producto de la actividad humana** y como tal puede ser bueno o malo, justo o injusto. [...] pues el Derecho es fundamentalmente artificial y **no tiene nada de natural**. (BULYGIN, 2009, p. 88, grifo nosso)

Apesar disso, ainda que não fale especificamente de finalidades ou funções do direito – mesmo porque sempre destacou a compreensão deste como conjunto de normas ou sistema normativo e seu enfoque na análise do ponto de vista lógico –, reconhece que uma das finalidades principais (ainda que não a única) do legislador, ao ditar normas jurídicas (portanto, das próprias normas) “**es motivar ciertas conductas sociales**” (ALCHOURRON; BULYGIN, 1991, p. 441-442, grifo nosso).

Já Herbert Hart (2005, p. 209-216) – partindo do pressuposto de que o objetivo dos homens, em termos gerais, “é viver” – reconhece ser possível falar sobre verdades elementares ou truísmos sobre a natureza humana, o mundo em que vivem e suas finalidades (vulnerabilidade humana; igualdade aproximada; altruísmo limitado; recursos limitados; compreensão e força de vontade limitadas), indicando que “enquanto estas se mantiverem válidas [portanto, em alguma medida, reafirmando também o aspecto contingencial], há certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter, para ser viável”. Portanto, relacionadas não só ao direito, mas também à moral porque, sem considerar tais aspectos, “o direito e a moral não pod[er]iam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros”.

Portanto, Hart reconhece que, naquilo que concerne ao ser humano, deve-se compreender “a aceitação da **sobrevivência** como uma **finalidade** que é **necessária**”. Isso seria “algo pressuposto pelos termos da discussão: porque a nossa preocupação reside **nos arranjos sociais para conseguir uma existência continuada** e não nos de um clube de suicidas”. Portanto, “há certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter, para ser viável”, sendo que tais regras “constituem de facto um **elemento comum no direito e**

na moral convencional de todas as sociedades que progrediram até ao ponto em que ambos são distinguidos como formas diferentes de controlo social”.

Insistimos em que se encontrarão, em todos os códigos morais, alguma forma de proibição do uso da violência, relativamente a pessoas ou coisas, e exigências de verdade, de comportamento correto e de respeito pelos compromissos. Admitidas apenas **certas verdades muito evidentes sobre a natureza humana** e o carácter do mundo físico, tais coisas podem ver-se de facto como sendo **essenciais**, se os seres humanos deverem viver permanentemente juntos, em estreita proximidade, e **seria, por isso, extraordinário se as regras que dispõem sobre tais realidades não se revestissem, por toda a parte, da importância moral e do estatuto que descrevemos**. Parece claro que o sacrifício do interesse pessoal que tais regras *exigem* é o **preço que tem de pagar-se num mundo tal como o nosso, para viver com os outros**, e a **proteção que concedem é o mínimo** que, para seres como nós, faz **valer a pena na viver com os outros**. Estes factos simples constituem [...] um **núcleo de verdade indiscutível nas doutrinas do Direito Natural**. (HART, 2005, p. 196, grifo nosso).

Além disso, a aceitação de que a sobrevivência é uma finalidade ou objetivo do ser humano tem um “estatuto especial **em relação à conduta humana** e no **nosso pensamento acerca dela**” porque não se trata apenas da verificação de que a maioria de nós deseja efetivamente viver, mas de que essa compreensão acarreta reflexos “em **todas as estruturas do nosso pensamento e linguagem**, em termos das quais descrevemos o mundo e nos descrevemos uns aos outros”. Assumir esse “desejo geral de viver” como objetivo fundamental acarreta reflexos em diversos outros conceitos (perigo, segurança, dano, benefício, necessidade, função, doença e cura entre outros) “porque estes são modos de simultaneamente descrever e apreciar as coisas, por referência à contribuição que dão para a sobrevivência, a qual é aceite como um objetivo”. (HART, 2005, p. 208)

Apesar de tudo isso, no pós-escrito de “O conceito de direito”⁴³⁶, há uma afirmação categórica de que sua teoria, “como outras formas de positivismo, [...] não apresenta qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas enquanto tais”, considerando que é completamente irrelevante “procurar qualquer finalidade mais específica que o direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta”. (HART, 2005, p. 310, grifo nosso)⁴³⁷

Portanto, os dois autores vinculados ao positivismo jurídico, aparentemente, recusam a ideia de que a determinação de finalidades ou funções do direito seria relevante para a identificação do conceito de direito. Conforme o próprio texto de Hart indica, não tem sido

⁴³⁶ Ressaltando que, conforme já esclarecido na seção 1.3.2, Hart faleceu antes de finalizar seu pós-escrito – que foi editado por Penelope Bulloch e Joseph Raz –, portanto, não se sabe qual era seu nível de satisfação acerca das anotações encontradas por sua esposa após sua morte.

⁴³⁷ “Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses **exigindo deles certa conduta** conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito **poderia existir**”. (HART, 2005, p. 137, grifo nosso)

incomum a afirmação de que os positivistas defendem que o direito é melhor compreendido sem que haja uma pretensão de identificar sua finalidade.

Kenneth Ehrenberg (2016, p. 1), por exemplo, ao comentar sobre as teorias de diversos autores vinculados ao positivismo jurídico – ao qual também se filia – assevera que estas “tendem a minimizar o papel da funcionalidade do direito em suas explicações sobre a natureza do direito”.

Alguns desses autores, afirmam que a diferença fundamental entre positivistas e não positivistas estaria relacionada com a concepção que aqueles têm do direito como instrumento, enquanto estes defendem que uma compreensão do direito seria mais adequada quando focalizada em suas finalidades.

[...] the key difference between Hart, Kelsen [...] and Fuller (and Dworkin) is their conception of the **law as means**. The **positivists** claim that **law is ‘better understood’ by focusing on its means** while **Fuller and Dworkin** think that the law is better understood by **focusing on its ends**. (SEBOK, 2010, p. 192, grifo nosso)

A afirmação – feita por Leslie Green⁴³⁸ e seguida por Antony Sebok⁴³⁹, em obra publicada em 2010 – sustenta que o direito tem um caráter instrumental, é algo maleável, consistindo em instrumento para a consecução de finalidades, valores ou propósitos *escolhidos livremente*, portanto, são os *meios* pelos quais o direito é produzido que têm primazia sobre os fins ou propósitos e, portanto, são eles que são determinantes para a compreensão do direito. (STRUCHINER, 2010, p. 120)

[...] **law’s means are more important in identifying law as a social institution** than are **law’s ends**. Law has ends and law should serve good ends. Perhaps law should serve good ends as part of the nature of law. But what makes law special are the **means by which it serves those ends**. Moreover, **law’s ends**, even if they are proper ideals for law, **are not distinctive: there are no ends universal among or unique to all legal systems**, no ends that unify and explain all features of its means. This helps interpret Kelsen’s cryptic remark that ‘legal norms may have any kind of content’. Kelsen does not mean that a law could be a rock or a slug. Indeed, he asserts that every law has features that could quite naturally be called the ‘content’ of law (e.g. delicts and sanctions). His substantive point is this: the same means that gave us the Fewer School Boards Act could also have given us a More School Boards Act, or a School Boards (Restoration) Act, and all of these Acts would have been law, and they **would have been law in virtue of the means by which they were produced, rather than the character (moral or otherwise) of the ends** at which they were aimed. (GREEN, 2010, p. 173-174, grifo nosso)

Portanto, pode-se afirmar que ao menos parte da doutrina não tem demonstrado maior preocupação com as funções ou finalidades do direito, mormente quando se busca apresentar explicações sobre a natureza do direito. (EHRENBERG, 2016, p. 1)

⁴³⁸ Professor de *Philosophy of Law* da *Oxford University*.

⁴³⁹ Professor da *Cardozo School of Law* da *Yeshiva University*.

Michel Villey (2003, p. 180-181) indica o movimento histórico que, em sua opinião, levou ao afastamento do estudo das finalidades de um modo geral:

O **movimento científico moderno** caracterizou-se, entre outras coisas, por **sacrificar as causas finais**, o que explica muito bem, por exemplo, *Francis Bacon* no início do século XVII. Não que ele já negasse as causas finais. – Entretanto, a **ciência deve ser útil**: ora, as **causas finais são**, diz ele – coisa pouco amável com relação às jovens que se obstinam a preservar a virgindade – "**virgens estéreis**": **conhecê-las não leva a nada**. Portanto, elas não lhe interessam. A **ciência** deixa de ser contemplativa. **Reduz-se à busca das causas eficientes, sucessões regulares de causas e efeitos** cujas leis ela estabelecerá: o que tornará possível construir máquinas, prever o futuro. Primado da *praxis* (ainda não revolucionária). Eis o advento capital, através do qual se explica toda esta história: **os fins, escapando ao domínio das ciências, serão deixados aos filósofos**. No dualismo cartesiano (que coloca de um lado a matéria, do outro o espírito), os fins só pertencem ao mundo do espírito. **Passam a ser subjetivos**. (VILLEY, 2003, p. 180-181, grifo em negrito nosso)

Guardadas as devidas proporções, essa exposição parece se coadunar com a posição de Bulygin (2004a, p. 16; 2009, p. 90)⁴⁴⁰ que estabelece que questionamentos sobre finalidades específicas não só não pertenceriam à ciência do direito, mas sequer – e talvez de forma mais extrema do que apresentado na crítica de Villey – à filosofia do direito, mas sim, no máximo, à filosofia política ou moral, em função da suposta impossibilidade de controle racional desses juízos subjetivos.

Não se quer dizer que não ocorreram (ou continuem ocorrendo) debates significativos sobre as ‘funções do direito’. Michel Villey (2003, p. 194-195), por exemplo, relembra o congresso do IVR (Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social) ocorrido em 1973 na Espanha, cujo tema central foi exatamente “as funções do direito”. Mas o que se percebia – e que parece continuar operando atualmente – é a falta de acordo sobre quais seriam as funções ou finalidades do direito (a justiça; a segurança; a obtenção da ordem e da paz social; a solução dos conflitos; a manutenção da dominação de uma classe sobre as outras; a alteração ou manutenção dos arranjos sociais; o estímulo ou controle do comportamento social, dentre outros) e, conseqüentemente, sobre sua relevância para o estabelecimento do conceito de direito.

Após essa exposição, voltemos ao argumento de que as teorias de Hart e Bulygin aparentemente recusam a ideia de que a determinação de finalidades ou objetivos do direito seja relevante para a identificação do respectivo conceito.

Apesar da posição dos dois autores, é importante ressaltar que diversos positivistas têm reconhecido a existência de “funções do direito”. Wil Waluchow, em texto publicado em “*Stanford Encyclopedia of Philosophy*”, assevera que “uma das funções essenciais do direito

⁴⁴⁰ Conforme destacado na seção 3.1.3.

é a orientação do comportamento”.⁴⁴¹ Enquanto Andrei Marmor⁴⁴² e Alexander Sarch⁴⁴³ – ao analisarem a questão da coerção no direito – confirmam a existência de diversas funções relevantes que o direito proporciona à sociedade, dentre as quais a definição de padrões de comportamento desejáveis:

[...] we should probably refrain from endorsing Austin’s or Kelsen’s position that law’s only function in society is essentially tied to its coercive aspects. **Solving recurrent and multiple coordination problems, setting standards for desirable behavior, proclaiming symbolic expressions of communal values, resolving disputes about facts,** and such, **are important functions which the law serves** in our society, and those have very little to do with law’s coercive aspect and its sanction-imposing functions. (MARMOR; SARCH, 2015)

Joseph Raz, em sua já clássica obra “*The authority of law*” dedica toda uma seção ao tema “*functions of law*” asseverando que “o conceito de funções do direito é, obviamente, de grande importância para qualquer teoria do direito que busque uma explicação geral da natureza do direito.”⁴⁴⁴ Sendo que uma parte essencial das funções do direito consistiria em demarcar quando uma opinião ou perspectiva acerca dos esquemas de cooperação, coordenação ou abstenção social se transforma em algo obrigatório para todos os membros, apesar da existência de desacordos, sendo que o direito faz isso prescrevendo formas publicamente determináveis para guiar a conduta e regular aspectos da vida social. Sendo certo que, para o autor, a identificação dos padrões de comportamento deve ocorrer sem o envolvimento de argumentos morais.⁴⁴⁵ Além disso, Raz defende a existência de quatro *funções sociais primárias* do direito – aquelas que afetam a população geral e nas quais devem ser encontradas “a razão e justificativa para a existência do direito”: a) prevenir comportamento indesejável e assegurar comportamento desejável (que é a função mais básica e elementar que o direito tem); b) fornecer possibilidades para arranjos privados entre

⁴⁴¹ “One of the essential functions of law is the guidance of behavior.” Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/constitutionalism/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁴⁴² Professor de *Philosophy and Law* na *Cornell Law School*.

⁴⁴³ Professor de *Legal Philosophy* da *Scholl of Law* da *University of Surrey* (Inglaterra).

⁴⁴⁴ “The concept of the functions of law is, quite obviously, of major importance to any theory of law which attempts a general explanation of the nature of law” (RAZ, 1979, p. 163)

⁴⁴⁵ “It is a commonplace that social life requires and is facilitated by various patterns of forbearances, cooperation, and co-ordination between members of the society or some of them. The same is true of the pursuits of goals which the society or sections in it may set themselves. Different members and different sections of a society may have different views as to which schemes of co-operation, co-ordination, or forbearance are appropriate. It is an **essential part of the function of law** in society to mark the point at which a private view of members of the society, or of influential sections or powerful groups in it, ceases to be their private view and becomes (i.e. lays a claim to be) a **view binding on all members notwithstanding their disagreement with it**. It does so and can only do so by providing publicly ascertainable ways of **guiding behavior and regulating aspects of social life**. [...] the alleged authority that it issues rulings which are binding regardless of any other justification, it follows that it must be possible to identify those rulings without engaging in a justificatory argument, i.e. as issuing from certain activities and interpreted in the light of publicly ascertainable standards not involving moral argument.” (RAZ, 1979, p. 50-52, grifo nosso)

indivíduos; c) prestação de serviços e redistribuição de benefícios e d) indicar procedimentos para solução de controvérsias não regulamentadas.⁴⁴⁶

Frederick Schauer, em recente livro publicado em 2015, também fala sobre funções de organização, planejamento e coordenação que são desenvolvidas pelo direito, ressaltando que – não obstante o direito tenha tanto um papel positivo quanto restritivo – uma das funções mais relevantes está relacionada com a coerção, consistindo em evitar que pessoas (não só as más como também as boas) evitem fazer “coisas boas”, mesmo que seja com base naquilo que consideram “boas razões”, afinal, muitas vezes, “as coisas boas que as pessoas boas com bons motivos pensam que estão fazendo, frequentemente não são tão boas quanto pensam que são”.

[...] it is true that even a community of angels would need law to serve important **organizing, planning, and coordinating functions**. But it is also true that law serves an important, and **perhaps uniquely important**, **constraining role**. This role, however, is not limited to the role of law in keeping bad people from doing bad things, however important that aspect of law may be. Perhaps more importantly, law **keeps good people from doing what they think are good things for good motives**. Law does so in part because we live in a complex world in which the collective good is often ill served by individuals pursuing their own interests. But, even more, we live in a world in which the good things that good people with good motives think they are doing **often are not as good as they think they are**. (SCHAUER, 2015, p. 165-166, grifo nosso)

Alguns positivistas chegam a admitir que o reconhecimento de “funções do direito” pode, em alguma medida, estabelecer o tipo de empreitada que precisa ser realizada por aqueles que buscam construir uma teoria do direito. Kenneth Ehrenberg, por exemplo – em livro que trata exatamente sobre as “funções do direito”, publicado em 2016, contando com o apoio de diversos autores relevantes⁴⁴⁷ – não obstante se alinhe com a teoria positivista, afirma que é difícil negar o valor de algumas funções que o direito efetivamente teria para a sociedade. Portanto, embora se possa manter certa neutralidade em relação à análise sobre a possibilidade de se alcançar tais funções por meio do direito positivo, seria difícil negar que o teórico do direito está engajado simultaneamente em uma atividade explicativa, mas também normativa.

The natural lawyer John Finnis adopts the common view that the function of law is **to organize behavior** so that society members can **solve coordination problems and cooperate** in pursuit of their **common good**. As with those of many other natural lawyers, the function Finnis articulates **is one whose value is hard to deny**. Hence, while it might be possible to retain some neutrality about whether positive law is the best means available for achieving this function, it is **not generally open to doubt** whether **the function itself is valuable**. As such, a certain kind of

⁴⁴⁶ “(a) Preventing Undesirable Behaviour and Securing Desirable Behaviour”; “(b) Providing Facilities for Private Arrangements between Individuals”; “(c) The Provision of Services and the Redistribution of Goods” e “(d) Settling Unregulated Disputes”. (RAZ, 1979, p. 169-172)

⁴⁴⁷ Scott Shapiro, John Gardner, Leslie Green, Kenneth Himma, Frederick Schauer, Mark Murphy, Jeremy Waldron, Joseph Raz, Jules Coleman, Stephen Perry, dentre outros.

theoretical neutrality is closed off and **the theorist is engaged in both an explanatory and a normative enterprise**. Since the **law is supposed to be doing good**, the theorist needs to explore **what aspects of law best enable it to succeed**. (EHRENBERG, 2016, p. 182, grifo nosso)

Diante de todo o exposto – e apesar da posição de Bulygin e Hart aparentemente indicarem que o positivismo jurídico “não apresenta qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito” – pode-se perceber que diversos teóricos relevantes vinculados ao positivismo jurídico reconhecem a importância do estudo sobre as funções ou finalidades do direito, portanto, a afirmação de que o positivismo jurídico é, necessariamente, refratário à ideia de funções, objetivos ou finalidades do direito pode ser uma declaração complexa de ser sustentada. Todavia, como se verá na seção 3.4, o presente trabalho defende que o positivismo não tem levado a sério a ideia de finalidade do direito.

3.3.3 O não positivismo jurídico e as funções do direito

Entende-se, como será apresentado abaixo, que tanto a teoria de Dworkin como a de Alexy evidenciam a existência de relações entre as finalidades ou funções da prática jurídica e a aplicação ou conceituação do direito. Todavia, é importante ressaltar também que não foi possível encontrar, no âmbito desta pesquisa, qualquer referência a ideia de direito como artefato social. Supõe-se que isto ocorra tendo em vista a forte referência que esta ideia de direito como artefato social tem para o positivismo jurídico de uma forma geral.

Ronald Dworkin (2010, p. 15, grifo nosso) – conforme exposto detalhadamente na seção 1.4 – defende que “os conceitos podem atender a tipos muito diferentes de usos, e nossa teoria de qualquer dos conceitos de direito deve ser **sensível ao papel** que supomos que ele deva desempenhar”. Para alcançar esse intuito, entende que é necessário questionar “quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito” o que envolve, em alguma medida, a atribuição de valor, propósito, função, objetivo ou finalidade à prática relacionada ao conceito.

Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que **exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade**, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões. Para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e **formulamos concepções sobre as condições de veracidade** das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, **à luz dos propósitos e valores que especificamos**. (DWORKIN, 2010, p. 19, grifo nosso).

Dworkin claramente correlaciona o direito à ideia de que é necessário buscar justificar a função coercitiva do direito disponibilizada ao Estado, sendo que este deve governar com um conjunto coerente de princípios morais e políticos, cujos benefícios se estendam a todos, exatamente para que o poder de coerção estatal possa ser legitimado. É a coerência com tal conjunto de princípios que determinará se uma legislação ou decisão judicial específicas têm validade jurídica.

Portanto, no centro da teoria dworkinana está a afirmação de que a finalidade do direito consiste em legitimar o poder de coerção estatal. Tal afirmação já ocorria de forma textual na obra “O império do direito” (DWORKIN, 2007, p. 231) e foi evoluindo até chegar à argumentação sustentada em “A justiça de toga”, no sentido de que, para encontrar os valores que melhor justificam a prática do direito, deve-se estudar o conceito aspiracional de direito (seção 1.4.1.4) que se relaciona ao Estado de Direito como ideal político. (DWORKIN, 2010, p. 20-21)

Conforme já apontado anteriormente,⁴⁴⁸ Dworkin (2007, p. 115-118) constrói o seguinte raciocínio: os governos têm diversos objetivos e para sua consecução se utilizam da força estatal que monopolizam, sendo assim, de um modo geral, assume-se “que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo”. Para o autor, o direito insiste – ou pressupõe – que a força estatal (coerção) só pode ser utilizada quando “permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública”, mesmo que em outras situações possam existir vantagens sociais ou fins nobres que poderiam ser atingidos pela coerção estatal.

Nesse sentido, o conceito de direito seria caracterizado como o sistema de direitos e responsabilidades que autorizam a coerção estatal porque decorrente de “decisões anteriores do tipo adequado”. Todavia, ainda poderiam existir divergências a partir desse suposto patamar consensual, sendo que estas teriam o objetivo de aprimorar a interpretação inicial e consensual, buscando oferecer respostas a três perguntas formuladas pelo conceito: a) justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que decorrem das decisões políticas anteriores? b) Se tal sentido existe, qual é ele? c) Que leitura de “decorrer” – que noção de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada?

⁴⁴⁸ Seção 1.2.6

De forma resumida, Stephen Guest (2010, p. 38, grifo nosso) indica que Dworkin “considera que a existência do direito é uma justificação moral para a coerção do Estado e afirma que o conceito de direito que compartilhamos é um conceito por meio do qual entendemos que o **sentido do direito** é limitar e autorizar a coerção governamental”.

Importante ressaltar que a busca por essa tentativa de legitimação da coerção não constitui uma garantia de certeza nas respostas obtidas, mas uma tentativa de evidenciar a responsabilidade dos agentes estatais, da sociedade e do próprio direito: “se não podemos exigir que o governo chegue a repostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente”. (DWORKIN, 2002, p. 286)

Conforme define Nicos Stavropoulos (2010) em “*Stanford Encyclopedia of Philosophy*”, a teoria interpretativa elaborada por Dworkin é uma tese sobre *o que* determina os direitos e deveres jurídicos, sendo esta formulada a partir do conceito de fundamentos (ou bases ou raízes) das proposições jurídicas. A questão central dos fundamentos não é uma questão sobre os requisitos legais em qualquer jurisdição, nem é a questão sobre qual é o conteúdo do direito em um ou outro país. Pelo contrário, é uma questão sobre *o que faz o conteúdo do direito ser o que ele é*. Para responder a essa pergunta a teoria interpretativa afirma que a prática jurídica é, essencialmente, interpretativa, ou seja, é caracterizada por uma atitude especial composta por dois elementos: *i*) o pressuposto de que a prática serve a algum propósito, intenção ou princípio – ou seja, tem um valor, finalidade ou sentido; *ii*) a prática é constantemente reestruturada considerando esta finalidade, valor ou propósito.

Todos desenvolvem uma complexa atitude "interpretativa" com relação às regras de cortesia, uma atitude que tem dois componentes. O primeiro é o **pressuposto** de que **a prática** da cortesia não apenas existe, mas **tem um valor**, serve a algum **interesse ou propósito**, ou **reforça algum princípio** – em resumo, tem alguma **finalidade** – que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto adicional de que **as exigências** da cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza – **não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem**, mas, ao contrário, **suscetíveis a sua finalidade**, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas **segundo essa finalidade**. Quando essa **atitude interpretativa** passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem rúnica. As pessoas agora tentam impor um **significado** à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, **reestruturá-la à luz desse significado**. (DWORKIN, 2007, p. 57-58, grifo em negrito nosso) ⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ Interessante observar que, no que concerne à possibilidade de reestruturar o conceito de direito que eventualmente se defenda, Frederick Schauer – reconhecido representante do positivismo jurídico – ao reconhecer que o direito é um **artefato social** e, portanto, que “sem as pessoas essa criação simplesmente não existiria”, afirma expressamente que não só a sociedade poderia ter (no passado) criado o direito de forma diferente como pode, inclusive, efetuar modificações não apenas nas leis, mas no próprio conceito de direito: “[...] recognizing that the idea of law itself is an **artifact** entails the **conclusion** that **what humans have created humans could have created differently, and** what humans could have created differently is what humans, subject to all of the constraints of path dependence, **can still**, to some extent, **change**. And thus an

Já Robert Alexy – em sentido exatamente oposto aquele formulado por Bulygin – defende que são as propriedades necessárias ou essenciais que definem a natureza do direito, sendo que o direito, necessariamente erige uma pretensão de correção e compreende tanto uma *dimensão real ou fática* como uma *dimensão ideal ou crítica*. Para comprovar tais asserções seria necessário apresentar argumentos adequados sobre a natureza do direito.

Para Alexy, existem tanto razões práticas quanto teóricas que justificam a persistência do debate sobre a natureza e o conceito do direito, sendo que a importância deste tipo de argumento – bem como sua relação com finalidades, valores, objetivos ou funções – é evidenciado ao longo de suas obras.

Em "*The special case thesis*", publicado em 1999, Alexy (2014a, p. 96) afirma que as razões pragmáticas seriam aquelas que “dizem respeito à **adequabilidade de fins** para a **realização de certos objetivos** assim como à ponderação de interesses e compromissos”.

Em outros textos, os **argumentos práticos** ou **normativos**⁴⁵⁰ também se relacionam com o alcance de determinados *objetivos* (por exemplo, “a alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantiria segurança jurídica, ou a afirmação, em prol da tese da vinculação, de que ela seria capaz de oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal”⁴⁵¹) ou *valores* (os direitos humanos) ou, ainda, com o cumprimento de determinadas *normas* (como a vedação à retroatividade das leis)⁴⁵².

O professor de Kiel não pretende indicar que é possível estabelecer a natureza ou o conceito de direito apenas com base em argumentos normativos. Ao contrário, desde “Conceito e validade do direito”, insiste que sua teoria afirma a existência de uma conexão *conceitualmente* necessária entre direito e moral, mas reforça que os argumentos normativos têm um relevante papel na definição do conceito de direito, indicando uma relação de suplementação e reforço entre os argumentos analíticos e normativos:

Verificar-se-á, em primeiro lugar, que o **argumento conceitual tem apenas um alcance limitado** e, em segundo, que ele dispõe apenas de uma força limitada. Fora do alcance do argumento conceitual, e para ampliar sua força, fazem-se necessários argumentos *normativos*. A tese afirma, primeiramente, que **existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral** e, em segundo lugar, que **existem razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de**

important implication of **recognizing** the artifactual nature of law is recognition of **the capacity that humans possess to remake** or at least modify that which they themselves have made. It is not simply that humans can remake or modify particular laws, or reconstruct or alter all or part of some legal system, but that humans can remake **or modify the very concept of law** that exists within some community.” (SCHAUER, 2018, p. 30, grifo nosso)

⁴⁵⁰ Conforme exposto nas seções 2.1.3.2, 2.1.5.2, 2.2.2, 2.4.2.1 e 2.4.2.6.

⁴⁵¹ (ALEXY, 2009a, p. 26).

⁴⁵² (ALEXY, 2001c, p. 84).

direito. Em parte, tais razões reforçam a conexão conceitualmente necessária e, em parte, excedem essa conexão. Resumindo: **existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral.** (ALEXY, 2009a, p. 27, grifo nosso).

Alexy (2004, p. 165) reconhece que o conceito de necessidade prática – relacionado aos argumentos ou razões normativas – é ambíguo. É possível identificar uma versão *fraca* dessa necessidade, que considera a relação entre meios e fins como algo hipotético ou meramente uma questão de fato. Herbert Hart, por exemplo, teria proposto algo similar ao argumentar que as finalidades relacionadas ao direito caracterizam uma “necessidade natural”, verdades elementares ou truísmos sobre a natureza humana. Porém, é possível defender uma versão *forte* da necessidade prática, onde as “**finalidades gerais do direito**” (*the general ends of law*) são consideradas como requisitos da razão prática, sendo que estes requisitos poderiam ser considerados elementos necessários do direito. Essa versão da necessidade prática forneceria uma fundamentação valorativa ou normativa para o direito.

Essa necessidade prática explicaria porque a necessidade conceitual, implícita no uso da linguagem, não pode ser baseada apenas em questões convencionais, mas também na *natureza* da coisa à qual o conceito se refere. Portanto, nesse sentido, a necessidade prática seria uma necessidade absoluta.

Sendo assim, para o autor, os argumentos normativos são necessários tanto na determinação da natureza quanto na definição do conceito de direito, pois a adequada compreensão de uma prática social pressupõe a compreensão de seus valores e finalidades subjacentes, possibilitando que o direito, enquanto prática social, seja concebido como uma tentativa de cumprir suas funções, valores e finalidades da melhor forma possível.⁴⁵³

Embora Robert Alexy não afirme específica e expressamente qual seria a função ou finalidade do direito, certamente indicou questões cruciais que estariam relacionadas ao tema,

⁴⁵³ Alguns trechos de obras de Alexy que exemplificam tal afirmação são: "Understanding a social practice presupposes **understanding its underlying values** and conceiving it as an **attempt to make the best of these values** in view of actual obstacles and colliding values external to it." (ALEXY, 2003b, p. 9, grifo nosso), bem como "Concepts based on the actual use of language are in need of modification once they prove not to be, as Kant says – mentioning, *inter alia*, the concepts of gold, water, and law – “adequate to the object” (Kant 1996a, 680). Including coercion in the concept of law is adequate to its object, the law, because it mirrors a practical necessity necessarily connected with law. Coercion is necessary if law is to be a social practice that **fulfils its basic formal functions** as defined by the values of legal certainty and efficiency as well as possible. This practical necessity, which seems to correspond to a certain degree to Hart’s “natural necessity” (Hart 1994, 199), is mirrored in a conceptual necessity implicit in the use of language. This shows that language, which we use to refer to social facts, is inspired by the hermeneutic principle that **each human practice is to be conceived of as an attempt to carry out its functions as well as possible**. Unravelling this connection between conceptual and practical necessity makes clear in what sense coercion belongs as a necessary property to the nature of law." (ALEXY, 2004, p. 163, grifo nosso)

dentre as quais as ideias de dimensão ideal ou crítica do direito e, conseqüentemente, de pretensão de correção.

Em artigo recente, o autor afirma que para determinar adequadamente a relação existente entre as dimensões real e ideal do direito é necessário enfrentar cinco questões fundamentais, cujas respostas oferecidas por Alexy (2017a, p. 329) caracterizam o “pentágono da dimensão ideal” (“*ideal dimension pentagon*”) e acarretam as seguintes afirmações:

1) O primeiro ponto de conexão entre as duas dimensões do direito é representado pela *fórmula de Radbruch*⁴⁵⁴ que constitui a fronteira limítrofe do direito.

2) A segunda área onde as dimensões estão conectadas se relaciona com a argumentação jurídica. Por meio da *tese do caso especial*⁴⁵⁵, defende-se que a argumentação ou discurso jurídico é um caso especial (porque comprometido com as normas, precedentes e a dogmática jurídicos) da argumentação ou discurso “prático geral” que, por sua vez, utiliza-se de todos os tipos de argumentos práticos não autoritativos (morais – relacionados à justiça; éticos – relacionados à autocompreensão coletiva; pragmáticos – racionalidade entre meios e fins), embora inclua uma prioridade *prima facie* de razões autoritativas.

A tese do caso especial afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral [...]. A argumentação jurídica, como a argumentação prática geral, trata, no fundo, do que é obrigatório, proibido e permitido, ou seja, de questões práticas. Tanto no discurso prático geral quanto no jurídico é erigida uma pretensão de correção. A peculiaridade consiste no fato de que a pretensão de correção no discurso jurídico não se refere, ao contrário do que ocorre no discurso prático geral, ao que é correto independentemente do direito positivo vigente em cada caso, mas sim ao que é correto no âmbito de um sistema jurídico determinado. O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente do que foi estabelecido autoritativa ou institucionalmente e do que se adapta ao sistema. Se se quer colocar isso em uma fórmula sucinta, pode-se dizer que a argumentação jurídica está vinculada às leis e precedentes, e se deve considerar o sistema de direito desenvolvido pela dogmática jurídica. Se uma decisão decorre claramente de uma lei, precedente ou construção dogmática e, sob o aspecto da correção interna, não há nenhuma alegação séria, decide-se o caso apenas pelo que foi posto autoritativa e institucionalmente. Mas se as leis, precedentes e a dogmática não determinam a resposta para uma questão jurídica — o que define um caso difícil — são necessárias valorações adicionais que não derivam do material autoritativo preestabelecido. Se a pretensão de correção deve cumprir algum papel satisfatório, essas premissas adicionais devem ser fundamentadas. (ALEXY, 2010b, p. 24)

Todavia, essa prioridade *prima facie* das razões autoritativas pode ser relativizada quando “fundamentos racionais podem ser citados para conferir precedência para outras

⁴⁵⁴ Seção 2.1.3.6.

⁴⁵⁵ Seção 2.3.2.1.

[espécies] de argumentos”.⁴⁵⁶ Portanto, a argumentação jurídica não é baseada exclusivamente em razões autoritativas, pois não apenas também considera razões não autoritativas, como estas podem ter prevalência sobre aquelas a depender da situação.

3) Um dos pontos de fundamental importância para a relação entre as dimensões institucional e ideal do direito consiste na questão dos *direitos humanos* e sua relação com os sistemas jurídicos. Para Alexy (2012, p. 9-11; 2017a, p. 337) os direitos humanos são caracterizados por cinco propriedades:

i) Universalidade: todos os seres humanos, pelo simples fato de o serem, são detentores de direitos humanos;

ii) Caráter fundamental: não obstante sua relevância, os direitos humanos não protegem todos os aspectos do bem-estar, mas somente as capacidades, interesses e necessidades fundamentais;⁴⁵⁷

iii) Abstração: essa propriedade é muito similar a ideia de “patamares abstratos para o consenso” (*abstract plateau of agreement*) presente nos “conceitos políticos” da teoria de Dworkin (seções 1.2.4.2 e 1.2.6.2). Tal consenso existe apenas no que concerne à importância social que os conceitos (e os valores que albergam) efetivamente possuem, mas tal consenso ainda “deixa em aberto questões substantivas cruciais sobre o que, mais precisamente, tais valores são ou significam”. De forma mais simples podemos dizer que as pessoas concordam com a relevância social dos conceitos, mas não acerca dos valores específicos que compõem estes conceitos ou – como Dworkin já defendia em “O império do direito” –, em outras palavras, podem concordar abstratamente sobre o conceito, mas discordam no que concerne à concepção apropriada desse conceito, sobre o sentido, o significado, que efetivamente tais valores têm (DWORKIN, 2006a, p. 148). Trazendo para o foco específico de Alexy, podemos dizer que todos concordam que o direito à saúde caracteriza um direito humano, mas o que isso significa, em situações concretas, é algo passível de grandes controvérsias;

iv) Moralidade: enquanto os direitos positivos existem porque são “devidamente promulgados e socialmente eficazes” os “direitos morais são válidos se e somente se forem justificáveis. Por esta razão, a existência de direitos humanos como direitos

⁴⁵⁶ “Arguments which give expression to a link with the actual words of the law, or the will of the historical legislator, take precedence over other arguments, unless rational grounds can be cited for granting precedence to the other arguments.” (ALEXY, 2017a, p. 337)

⁴⁵⁷ Obviamente, é exatamente o debate sobre quais capacidades, interesses e necessidades podem ou não ser consideradas fundamentais que determina o conteúdo e extensão dos direitos humanos.

morais **depende de sua justificabilidade, e somente disso**” (ALEXY, 2011b, p. 87-88, grifo nosso). Obviamente que a validade dos direitos morais pode vir acompanhada dos elementos constitutivos da dimensão real do direito – promulgação conforme o ordenamento e eficácia social –, mas a posituação dos direitos humanos seria tão somente a tentativa de reconhecimento institucional de algo que é válido exclusivamente em decorrência de sua correção. Justificabilidade e correção estariam necessariamente conectadas, pois “o que é justificável é correto”⁴⁵⁸ (ALEXY, 2017a, p. 338);

v) **Prioridade**: os direitos humanos têm prioridade sobre todas as outras normas. A ideia básica consiste em afirmar que “se os direitos humanos são justificáveis, sua pretensão de prioridade é, assim, também justificável” (ALEXY, 2012, p. 9).

Para Alexy, as propriedades dos direitos humanos, aliada a teoria do discurso, demonstrariam que somente um “participante genuíno no discurso” pode compreender e considerar adequadamente a dimensão ideal do direito e, conseqüentemente, fundamentar os direitos humanos, pois ter capacidades discursivas não implica necessariamente um interesse em fazer uso efetivo delas. O interesse em fazer uso destas capacidades diz respeito não apenas à dimensão do discurso, mas também à dimensão da ação, ou seja, o “interesse na correção consiste em levar a sério as implicações das capacidades discursivas na vida real, ou seja, **levar os direitos humanos a sério**”.⁴⁵⁹

Essa ligação entre faculdade e interesse implica o reconhecimento do outro como autônomo [...]. Quem reconhece o outro como autônomo, reconhece-o como pessoa. Quem o reconhece como pessoa, atribui-lhe dignidade. Quem lhe atribui dignidade, reconhece seus direitos humanos. Com isso, estamos no centro da fundamentação. (ALEXY, 2010b, p. 22)

4) A democracia não pode ser entendida exclusivamente como um procedimento de decisão, mas também como uma forma de discurso ou procedimento argumentativo, que pode ser representando pela ideia de *democracia deliberativa*.

Taking decisions, in the manner familiar from the majority principle, is *the real side* of democracy. **Argumentation**, as public discourse, is necessarily connected

⁴⁵⁸ Conforme visto com maior profundidade nas seções 2.3.2 e 3.2.1.

⁴⁵⁹ “Having discursive capabilities does not imply an interest in making use of them. This might be called the ‘interest problem’. The interest problem concerns the dimension of discourse as well as the dimension of action – that is, real life as distinct from mere talk. In this second dimension, it is far more pressing. Now human rights are rights that concern not only discourse but also essentially action. The interest in making use of discursive capabilities solely in the sphere of argument might be called a ‘weak interest in correctness’. By contrast, the interest in making use of discursive capacities not only in the sphere of argument but also in the realm of action can be characterized as a ‘strong interest in correctness’. The strong interest in correctness comprises taking seriously the implications of the discursive capabilities in real life, that is to say, in taking human rights seriously. In this way, the interest in correctness makes it possible for us to arrive at the object of our justification.” (ALEXY, 2012, p. 11-12)

with the claim to substantive correctness. For this reason, it is the *ideal side* of democracy. The only possibility for the realization of second-order correctness in political life, especially in public law-making, is **the institutionalization** of a democracy **that unites both sides**. The name given to this unity is ‘deliberative democracy’. (ALEXY, 2017a, p. 338, grifo nosso)

5) Os sistemas jurídicos compreendem não apenas *regras* que expressam um "dever ser" real, mas também *princípios* expressando um "dever ser" *prima facie* ou ideal. Os princípios de um sistema jurídico, quando considerados em seu conjunto, constituiriam o que Alexy denomina “o mundo do dever ser ideal” (*world of the ideal Ought*). Considerando que “o direito é um sistema normativo” cuja *natureza* é “essencialmente definida pelo fato de o direito possuir necessariamente não só uma dimensão real, mas também uma dimensão ideal [...], parece então adequado considerar ambas normativas” (ALEXY, 2014a, p. 217).

Em conclusão, pode-se afirmar que tanto Dworkin como Alexy, ainda que não da mesma forma, concebem o direito não como uma realidade fixa ou algo dado, mas como uma **atividade ou prática social por meio da qual se busca alcançar certos fins ou valores**. (ATIENZA, 2017, p. 30-31)

3.3.4 Observações sobre a relação entre finalidade/função e conceito de direito

Conforme já indicado na seção anterior, tem sido um pressuposto central das modernas teorias sobre práticas e instituições sociais que – considerando que tais práticas são estabelecidas e mantidas para servir a algum propósito, finalidade ou função relacionados aos seres humanos – a atenção às finalidades destas é valiosa, e talvez até necessária, para uma compreensão ou explicação adequada da prática. (BIX, 2013, p. 36)

O pressuposto é baseado no seguinte raciocínio: em diversas atividades intencionais, a consideração do objetivo, propósito ou finalidade destas é fundamental para sua adequada compreensão.

Brian Bix – apesar de expor algumas críticas a esse pressuposto – apresenta um exemplo esclarecedor: imagine duas pessoas arremessando uma bola entre si, onde, alternativamente, (a) elas podem estar fazendo isso apenas pela alegria de jogar e pegar uma bola; (b) poderia ser um jogo competitivo, onde se ganha fazendo a outra pessoa errar; ou (c) pode ser um jogo cooperativo, em que o objetivo é ver quantas vezes a bola pode ser lançada e devolvida sem que uma das pessoas falhe. Obviamente, não é possível afirmar que se

compreende, total ou adequadamente, a atividade que se está observando, se não se sabe qual dessas três caracterizações da atividade corresponde à realidade. (BIX, 2013, p. 36)

Esse exemplo pode auxiliar em diversas outras problematizações. Imagine-se uma situação onde um dos participantes parte do pressuposto que estão realizando uma atividade cooperativa, enquanto o outro imagina se tratar de um jogo competitivo. Será que existe uma finalidade que fundamente “aquilo” que eles estão fazendo? Consequentemente, será que esta atividade específica poderia sequer ser classificada como uma prática social?

Retomando o raciocínio anterior: se a adequada compreensão de atividades simples, como a relatada acima, depende da devida atenção às suas finalidades, é provável que práticas sociais mais complexas – como, por exemplo, o direito – possam ser melhor compreendidas quando se leva em consideração seus objetivos ou funções.

Conforme apresentado nas seções anteriores, os autores vinculados às teorias *não positivistas* certamente demonstram sua preocupação com a identificação das finalidades, objetivos, funções, propósitos ou sentidos do direito e sua relação com a devida compreensão desta prática social e, conseqüentemente, a influência destas no estabelecimento do conceito de direito.

Já os autores positivistas divergem sobre o assunto, embora tenha ficado claro que vários positivistas reconhecem a possível relevância que a identificação das finalidades do direito pode ter para a adequada compreensão deste fenômeno. Frederick Schauer, por exemplo, – apesar de refutar qualquer postura essencialista – assevera que entender as finalidades ou funções do direito ou, em outras palavras, porque o direito pode fazer coisas que outras instituições políticas ou sociais não podem (ou, ao menos, não tão bem como o direito) – considerando, inclusive, suas características coercitivas específicas – pode auxiliar na compreensão sobre *quando e por que realmente precisamos do direito*. Nesse sentido, não se pode negligenciar a importância desse aspecto do direito, nem parece razoável assegurar que a análise das finalidades ou funções não faz parte da empreitada teórica ou filosófica sobre o direito.⁴⁶⁰ Já Kenneth Ehrenberg afirma categoricamente que “a melhor maneira de entender o direito é tentando descobrir suas funções sociais”.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ “And thus, focusing on the coercive side of law helps us to understand why and when we might need law, and why and when law can do things that other political institutions and other forms of social organization cannot. This is not a book about institutional design, and it would depart far too much from this book’s purpose to explore just what functions are best served by law in its coercive capacity. But if we ignore or slight that capacity, or even think that exploring it is not part of a theoretical or philosophical enterprise, we may lose some of the understanding of law that helps us to see when using law is wise— and when it is not.” (SCHAUER, 2015, p. 168)

⁴⁶¹ “[...] a central claim of this book is methodological – that the best way to understand law is by attempting to discover its social functions – [...]” (EHRENBERG, 2016, p. 14)

3.3.4.1 Críticas: a separação entre descrição e avaliação de um conceito

Apesar disso, é preciso reconhecer a existência de posturas críticas em relação a essa tendência finalística atrelada ao adequado entendimento sobre o conceito de direito. Como indicado, Brian Bix (2013, p. 44-45), por exemplo, defende que um objeto, entidade, prática ou processo deveria ser compreendido separadamente do padrão por meio do qual ele será avaliado. Todavia, o autor admite que essa proposta “não nega a importância da avaliação, ou a conexão entre os padrões de avaliação e a natureza do objeto, prática ou processo a ser avaliado”, desde que se compreenda que isso não esmorece a necessidade e relevância de uma teoria puramente descritiva – posição que se coaduna com a de Herbert Hart.⁴⁶²

Entretanto, pode-se contra argumentar que o pressuposto dessa crítica consiste em afirmar que uma metodologia exclusivamente descritiva: *i*) seria não só necessária, mas também *suficiente* para a adequada compreensão de um objeto, entidade ou prática que se está analisando; e *ii*) permitiria uma compreensão *neutra* e *não valorativa* daquilo que se está analisando.

Estas questões foram, ao menos parcialmente, analisadas na seção 1.4 ao se verificar que Dworkin busca argumentar sobre a *insuficiência* – embora reconheça a *necessidade* de sua consideração – de uma simples descrição para a compreensão de um conceito valorativo ou interpretativo⁴⁶³, mas mais que isso, o autor busca demonstrar que a defesa de uma postura que, por exemplo, privilegie elementos históricos, sociais, culturais, científicos (ou quaisquer outros que Dworkin identifica como típicos dos conceitos criteriológicos⁴⁶⁴) não é, só com base nisso, necessariamente menos valorativa ou engajada do que outra que advogue em favor de critérios morais como elementos necessários para a identificação de um conceito.

A metodologia puramente descritiva pode até ser considerada neutra – como afirma Hart – “na medida em que é moralmente neutr[a] e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito”. Entretanto, a defesa de que é possível compreender adequadamente todo e qualquer tipo de conceito (seja ele relacionado a um

⁴⁶² Seção 1.3.2.1

⁴⁶³ Seção 1.4.3.1

⁴⁶⁴ Seção 1.4.2

objeto, entidade, instituição ou prática) utilizando-se exclusivamente este tipo de metodologia, não pode ser considerada uma proposta “neutra”.

Conforme afirma Alexy (2004, p. 160) – ao analisar a natureza da própria filosofia do direito – uma proposta neutra é aquela que “não adiciona preferências aos pesos dos [tipos de] argumentos que incorpora”, sendo que a única prova que pode se oferecer para indicar qual modelo é o mais adequado, consiste em confrontar as propostas com o maior número possível de instâncias críticas.

Obviamente isso não significa que não se possa propor a devida atenção, e até a primazia, de critérios descritivos em detrimento de outros de natureza diversa. O que se quer é evidenciar que quaisquer propostas que deem primazia a algum aspecto de identificação/definição/caracterização de um conceito são tão valorativas quanto quaisquer outras, pois produzirão efeitos concretos tanto na identificação quanto na aplicação do conceito. Nesse sentido, seria preciso oferecer razões para fundamentar porque uma teoria específica possibilita um conceito mais adequado do que as outras teorias disponíveis.

Além disso, pode-se questionar: se a finalidade, função, objetivo ou propósito for considerado como *elemento essencial* de uma prática, entidade ou objeto, é possível chegar a conclusões *definitivas* sobre o conceito destes por meio de uma metodologia exclusivamente descritiva?

O ponto central é que o debate sobre se a finalidade pode ser considerada como elemento essencial de um conceito caracteriza uma questão “*genuinamente filosófica*”.

Conforme visto na seção 3.1.4, Alexy argumenta que a primeira pergunta sobre a natureza de algo envolve a análise sobre um *juízo de segunda ordem*: que **tipos de entidade** compõem o objeto e **como** estas **se relacionam** entre si?

Mas a análise sobre que *tipos de argumentos* devem ser considerados na busca da resposta a esta pergunta, caracterizaria um *terceiro nível de reflexão* ou uma *metateoria do direito*, que questiona exatamente os juízos sobre os juízos que podem ser adequadamente emitidos nesse tipo de análise.

Carlos Bernal Pulido⁴⁶⁵ (2008, p. 14) também expressa posicionamento semelhante:

[...] la metateoría del derecho se ocupa de preguntas tales como: ¿Qué tipo de problemas son aquellos que debe afrontar la filosofía del derecho? ¿Que tipo de argumentos se utilizan para definir en que tipo de entidades consiste el derecho y qué es aquello que las vincula para formar el I todo llamado derecho? o ¿cómo es posible evaluar la corrección de las conclusiones que derivan de estos argumentos y de las justificaciones que estos argumentos representan? Si la filosofía del derecho es una reflexión acerca de la naturaleza del derecho, la metateoría del derecho es una reflexión acerca de la reflexión acerca de la naturaleza del derecho.

⁴⁶⁵ Professor da *Macquarie Law School* (Austrália)

Conforme o entendimento de Alexy, a discussão sobre qual classe de objetos caracteriza os *conceitos* – e conseqüentemente qual é sua estrutura – é essencial para poder compreender que tipo de análise conceitual pode ser realizada de forma plausível. Todavia, tais questões só podem ser enfrentadas se forem encaradas como problemas *genuinamente filosóficos*. Portanto, independentemente da linha de argumentação proposta será necessário debater em um nível filosófico e não simplesmente remeter tais questões para outra esfera ou alegar, sem maiores aprofundamentos filosóficos, que uma metodologia descritiva é capaz de identificar todos os elementos essenciais de toda e qualquer espécie de conceito.

Thus far, we have arrived at a first answer to our question concerning the nature of arguments about the nature of law: one class of arguments is genuinely philosophical in nature, for these arguments are applied to solve metaphysical (or ontological) and epistemological problems. (ALEXY, 2003b, p. 5-6, grifo em negrito nosso)

A proposta interpretativa de Dworkin (2010, p. 212) que defende que o direito é um conceito político⁴⁶⁶ – que funciona “no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de valor: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor” – serve como exemplo da crítica à insuficiência de uma metodologia simplesmente descritiva e da necessidade do debate em um nível mais aprofundado.

We must therefore recognize that we share **some of our concepts**, including the political concepts, in a different way: they function for us as **interpretive concepts**. We share them because we share social practices and experiences in which these concepts figure. We take the concepts to describe values, but **we disagree**, sometimes to a marked degree, **about what these values are and how they should be expressed**. We disagree because we interpret the practices we share rather differently: we hold somewhat **different theories about** which values best justify

⁴⁶⁶ Interessante verificar a relação entre os conceitos interpretativos ou políticos indicada por Dworkin e a ideia de “conceitos densos” ou “espessos” utilizada por Bernard Williams, especialmente no que concerne a correlação entre descrição e prescrição envolvida nestes conceitos: “What they have found are a lot of those “thicker” or more specific ethical notions I have already referred to, such as *treachery* and *promise* and *brutality* and *courage*, which seem to express a **union of fact and value**. The way these notions are applied is determined by what the world is like (for instance, by how someone has behaved), **and yet, at the same time**, their application usually **involves a certain valuation** of the situation, of persons or actions. Moreover, they usually (though not necessarily directly) **provide reasons for action**. Terms of this kind certainly do not lay bare the fact-value distinction. Rather, the theorist who wants to defend the distinction has to interpret the workings of these terms, and he does so by treating them as a conjunction of a factual and an evaluative element, which can in principle be separated from one another. The clearest account, as so often, is given by Hare: a term of this kind involves **a descriptive complex to which a prescription has been attached**, expressive of the values of the individual or of the society. A statement using one of these terms can be analyzed into something like “this act has such-and-such a character, and acts of that character one ought not to do.” It is essential to this account that the specific or “thick” character of these terms is given in the descriptive element. The value part is expressed, under analysis, by the all-purpose prescriptive term *ought*. (Williams, 2011, p. 143-144, grifo em negrito nosso)

what we accept as **central or paradigm** features **of that practice**. (DWORKIN, 2011, p. 6, grifo nosso)

Da mesma forma, a proposta de Alexy (2001c, p. 84; 2004, p. 165; 2009a, p. 26; 2014a, p. 96) que defende a existência de argumentos práticos ou normativos – vinculados a objetivos, valores e finalidades e que devem ser considerados como argumentos essenciais para a adequada compreensão do direito – defendendo que uma “dimensão ideal” é elemento essencial do conceito de direito, também sugere que um dos pontos centrais do debate acerca do conceito ou natureza de algo consiste justamente em analisar que tipo de argumentos e, conseqüentemente, que metodologias são adequadas e necessárias para a apreensão do objeto analisado.

Portanto, a afirmação de Bix de que se deve compreender um objeto separadamente do padrão por meio do qual ele será avaliado, não pode ser tomada como pressuposto da análise conceitual, pois este tipo de questionamento faz parte do próprio debate e precisa, ele mesmo, ser posto em questão e as possíveis respostas precisam ser defendidas (ou refutadas) por meio da apresentação de **razões** que **justifiquem** o porquê de uma proposta ser mais adequada que as outras.

A análise da crítica abaixo auxiliará a aprofundar esta afirmação.

3.3.4.2 Críticas: o mínimo denominador comum

Outra objeção – contra a ideia de que certos tipos de objetos ou conceitos poderiam ser compreendidos por meio da consideração do melhor exemplar possível daquilo que está sendo analisado ou daquele que atende mais adequadamente suas funções ou finalidades – está relacionado com uma abordagem da análise conceitual: por que a definição de um conceito deve ser feita a partir de versão supostamente mais desenvolvida ao invés de ter como base o *mínimo denominador comum*, ou seja, daquilo que existe em todos os exemplares do objeto analisado? Especialmente quando se analisa conceitos relacionados a práticas sociais, a crítica acima precisa lidar com a identificação do que poderia ser caracterizado como “casos centrais” e “casos marginais”, defeituosos ou desviantes. (BIX, 2013, p. 45)

A possibilidade de um conceito ter como base o *mínimo denominador comum* pode ser analisada a partir da consideração de uma prática social comum: o casamento.

Conforme já apresentado na seção 1.4.3.1.2, imagine que um observador tenha como missão catalogar todas as práticas sociais relacionadas ao casamento ao longo da história da humanidade. Certamente ele encontrará práticas diversificadas que variaram de acordo com a sociedade e o tempo e, algumas vezes, com divergências num mesmo contexto sociocultural: poligínia, poliandria, monogamia, casamento em grupo, dentre outros (KHANDARE, 2015, p. 343). Na imensa maioria dos casos, relacionando necessariamente sexos opostos, embora algumas sociedades reconheçam a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, em alguns casos ocorrem limitações com base em outros critérios como idade, religião, classe social, etnia, entre outras possibilidades.

A partir desse “catálogo” seria possível estabelecer um conceito adequado de casamento? Considerando uma metodologia puramente descritiva, como estabelecer qual é o *mínimo denominador comum* que indica os elementos essenciais do conceito de casamento? Devemos considerar somente duas pessoas? De sexos opostos? Necessariamente da mesma religião? Da mesma etnia? O amor (ou ao menos a vontade real de se unir) é um elemento necessário? As pessoas devem ser oriundas da mesma classe social? Uma diferença de idade significativa constitui empecilho? Ou, ao contrário, o “mínimo” significa estabelecer que duas (ou mais) pessoas, independentemente de quaisquer outros critérios, desde que sejam racionalmente capazes podem se casar?

Dworkin (2010, p. 233) afirma que ao analisar “conceitos políticos” (o direito e o casamento são espécies desse tipo) – independentemente da metodologia ou dos objetivos que o teórico possa ter – sempre ocorrerão consequências práticas na determinação do próprio conteúdo do direito, ou seja, não pode o teórico se esconder sob uma “camuflagem metodológica” imaginando, desejando ou fingindo que suas escolhas metodológicas não exercem efetiva influência sobre aquilo que o conceito é, já que esses argumentos (supostamente de segunda ou terceira ordem) serão utilizados pelos participantes no seu discurso (supostamente de primeira ordem), sendo, na prática, “impossível distinguir suficientemente os dois tipos de alegações [...] para que possamos situá-los em diferentes categorias lógicas”, ao menos, no que concerne às consequências destas alegações.

Retomando o debate anterior, pode-se questionar: e quando não existe consenso acerca dos elementos essenciais do conceito de casamento nem mesmo dentre aqueles que supostamente compartilham o mesmo contexto sociocultural, ainda assim seria possível/adequado identificar o conceito de casamento por meio de uma metodologia que considere exclusivamente a observação das práticas sociais? Ou, além dessa etapa descritiva fundamental, também é necessário refletir sobre questões “*genuinamente filosóficas*” que não

podem ser respondidas apenas a partir daquilo que foi observado (embora essa *dimensão real* constitua um elemento muito relevante e que precisa ser considerado), mas exigem também argumentação sobre a própria *natureza* da instituição social denominada casamento ou, como diria Dworkin, sobre sua “razão de ser”. Por exemplo, sobre se existe alguma função ou finalidade relacionada a essa prática social e quais seriam os elementos essenciais para que tal instituição tenha maior possibilidade de concretizar tais propósitos.

Por isso, há que se concordar com Dworkin quanto defende (seção 1.4.2) que não é possível compreender os conceitos políticos, valorativos ou interpretativos como conceitos criteriológicos, porque não há consenso sobre os critérios que devem ser utilizados, mesmo que haja consenso sobre os fatos históricos e socioculturais que se relacionam ao tema. Além disso,

elaborar uma teoria desse tipo de conceito [criteriológico] significa propor uma definição mais precisa, para uma finalidade específica. Mas seria um erro afirmar que qualquer definição mais precisa apreende melhor do que outras a essência do conceito. É um erro afirmar, por exemplo, como tantos fazem hoje, que a essência do casamento é uma união entre um homem e uma mulher, pois tal afirmação faz do casamento *gay* uma contradição em termos. (DWORKIN, 2010, p. 16).

Alexy (2008, p. 284; 2017, p. 321) – por meio de sua proposta da dupla natureza do direito – busca defender que a dimensão ideal exige que o “conceito seja adequado ao objeto”, ou seja, “apesar de estar ancorado no mundo real, o direito não pode ser reduzido a um conceito relacionado a um tipo ou objeto natural”, pois é um conceito de um “tipo não-natural na forma de um tipo social”. Isso significa que, em última análise o conceito deve ser concebido de forma a atender, da melhor forma possível, suas funções ou finalidades, considerando as questões, valores e necessidades que realmente importam para os seres humanos.

This ideal dimension requires [...] that concepts be ‘adequate to the object’. The concept of law does not refer to a natural kind – such as the concepts of water, black holes, and killing – but to a non-natural kind in the form of a social kind. The argument from correctness *qua* analytico-conceptual argument requires that normative or practical arguments be given in order to establish **the adequacy of the concept of law as a concept of a social kind**, normative arguments that are based on the idea of **making the best of this social practice in the light of its functions or tasks**. These arguments include ‘the issues of reality and value that are really at stake’ as well as the ‘human *needs*’ [...]. (ALEXY (2017a, p. 321, grifo em negriyo nosso)

Embora seja plenamente possível realizar um projeto meramente descritivo – incluindo-se o relato dos valores que estão presentes numa comunidade, sem efetuar avaliações morais, preocupando-se somente com a estrutura comum que o direito supostamente apresenta em sociedades (do passado ou contemporâneas) – não parece razoável

afirmar que o que foi identificado a partir dessa metodologia, sem posteriores avaliações e argumentações, possa ser caracterizado como o conceito adequado ou apropriado de uma prática social complexa que, em alguma medida, vincula-se a necessidades e expectativas sociais.

Apenas para aprofundar o debate, voltemos ao conceito de casamento. Se observarmos o desenvolvimento deste instituto na história da humanidade verificaremos divergências significativas: concepções heteroafetivas ou homoafetivas; casamentos monogâmicos ou poligâmicos; casamentos com ou sem possibilidade de separação; casamentos livres ou condicionados a fatores como etnia, idade, classe social, condição econômica, entre vários outros. Diante de todo o exposto, como identificar por meio de uma metodologia meramente descritiva, qual seria a concepção adequada do conceito de casamento? Como identificar o *mínimo denominador comum* e, ainda que seja possível identificá-lo, como saber se ele realmente representa a concepção mais adequada daquele conceito?

Portanto, a crítica – que defende a definição de um conceito a partir do *mínimo denominador comum* e não de sua suposta versão mais desenvolvida ou de propostas de outra natureza – não resolve o problema porque ainda precisa responder a duas questões cruciais: *i) por que* essa proposta **é melhor** do que as outras? e *ii) como* identificar os **elementos essenciais** que integram esse “mínimo”?

3.3.4.3 Críticas: a definição das finalidades ou funções próprias de um conceito

Por derradeiro, no que concerne às críticas ao enfoque teleológico ou funcionalista do conceito de direito, ainda que se assuma a importância de identificação das finalidades para a adequada compreensão do direito – o que pode ser contestado –, disso não se segue que exista convergência quanto à determinação de quais seriam tais finalidades. Teorias diferentes obviamente oferecerão respostas distintas sobre a(s) finalidade(s) do direito: a justiça; a segurança; a regulação dos comportamentos sociais; a obtenção da ordem e da paz social; a solução dos conflitos; a manutenção da dominação de uma classe sobre as outras; a alteração ou manutenção dos arranjos sociais; o estímulo ou controle do comportamento social; a justificação da possibilidade de uso da coerção pelo estado, dentre outros.

Apesar desse reconhecimento quanto à divergência na definição de quais seriam as funções do direito, parece existir algum nível de consenso – aproximando positivistas e não positivistas – sobre o fato de que, dentre tais funções, ocuparia lugar de destaque a questão da regulação ou orientação do comportamento humano ou de coordenação social.⁴⁶⁷

Conforme indicado diversas vezes, Herbert Hart (2005, p. 310), mesmo minimizando o papel das finalidades do direito, reconheceu que este tem o propósito “de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta”.

Bulygin, embora não fale expressamente sobre finalidades do direito, reconhece que as normas (portanto, por extensão, o sistema jurídico) têm como uma de suas finalidades principais motivar determinadas condutas sociais (ALCHOURRON; BULYGIN, 1991, p. 442).

O próprio Kelsen (1998, p. 26) reconheceu que “de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado”, sendo que tal “função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas”.

John Finnis (2011 p. 28; 276), concordando com Tomás de Aquino, entende que uma das razões para a existência do direito é possibilitar “soluções para os problemas de coordenação da vida em sociedade”, visando “o bem comum dessa comunidade”.

Kenneth Ehrenberg (2016, p. 182) reconhece – apesar de ser um positivista – que esta função do direito apontada Finnis, assim como por outros “defensores do direito natural” (*natural lawyers*) “é uma daquelas cujo valor é difícil de negar”.

Kenneth Himma (2017) afirma categoricamente: “parece claro que, em qualquer teoria geral do direito plausível, as instituições e o conteúdo do direito são construídos por seres humanos com o propósito de regular o comportamento humano”.

Joseph Raz (2009, p. 115) afirma que o direito é uma “estrutura de coordenação de segunda-ordem”, ou seja, ele não apenas fornece “a solução para os problemas de coordenação social, mas também a solução para a questão de quando se trata de uma questão de coordenação, e quem tem a autoridade pública para resolvê-la”.

⁴⁶⁷ Existem posicionamentos que discordam radicalmente dessa posição. Brian Leiter (2018, p. 27), por exemplo, afirma: “Those influenced by speculative evolutionary psychology and anthropology sometimes think that law’s function is a certain kind of ‘social coordination’, which is an even more demanding standard than the fairly thin idea of ‘guiding conduct’. I do not consider such proposals here, given how thin the scientific evidence is that this picks out a distinctive function of law. Consider: if law’s function were really “social coordination,” then why does the actual content of the law in societies at similar levels of economic development differ so dramatically? Evolutionary functionalists need to answer that question.”

Dworkin, conforme apresentado, coloca a questão da função do direito no centro de sua teoria, pois “considera que a existência do direito é uma justificação moral para a coerção do Estado e afirma que o conceito de direito que compartilhamos é um conceito por meio do qual entendemos que o sentido do direito é limitar e autorizar a coerção governamental”. (GUEST, 2010, p. 38)

Também se verificou que Alexy, apesar de não apontar especificamente qual seria a função ou finalidade do direito, certamente expôs questões cruciais que estariam relacionadas ao tema, dentre as quais as ideias de: argumentos práticos não autoritativos (baseados na ideia de fazer o melhor de uma prática social considerando suas funções, finalidades ou tarefas) como razões a serem consideradas na argumentação jurídica; direitos humanos como direitos morais com prioridade sobre as outras normas; constitucionalismo democrático e democracia deliberativa como possibilidade para a institucionalização da razão, dentre outras. Todas essas ideias se relacionam com a dimensão ideal ou crítica do direito.

Apesar de existirem posicionamentos em sentido contrário, os autores acima parecem confirmar o pressuposto de que o direito – considerado como um artefato social institucionalizado – tem finalidades que não são estipuladas pela natureza, mas sim construídas pelos seres humanos, dentre as quais certamente funções relacionadas à orientação do comportamento dos indivíduos nas suas relações sociais.

Como indicado anteriormente, boa parte dos positivistas jurídicos veem essa diferença entre o natural e o artificial como uma comprovação de que o direito não tem uma natureza predeterminada, mas que, na verdade, varia de acordo com o contexto social. Bulygin (2009, p. 88) exemplifica bem esse pensamento ao afirmar que o direito, como produto da atividade humana, “pode ser bom ou mau, justo ou injusto [...] não tendo nada de natural”.

Todavia, mesmo que se aceite que o direito não tem necessariamente uma essência, isso não significa que ele possa ser qualquer coisa ou ter qualquer conteúdo. Defende-se aqui que a máxima de John Austin (2007, p. 157), repetida desde 1832 – “[t]he existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry” – precisa ser analisada à luz da afirmação de que o direito é um artefato criado socialmente com finalidade e propósito.

Portanto, mesmo antes de definir exatamente qual a função ou objetivo do direito, o que se defende é que, qualquer objeto, instituição ou prática social só tem sentido de existir, só tem uma razão de ser, se, minimamente, possui capacidade e condições de buscar atingir seu propósito, afinal, diferentemente de um objeto natural, sua criação e perpetuação só existem porque houve e há uma intenção que fundamenta e motiva sua construção.

Isso seria ainda mais significativo no caso dos artefatos institucionais que exigem – conforme tratado na seção 3.3.1 – intencionalidade coletiva para sua existência e continuidade, porque só podem ser criados inicialmente ou ter continuidade existencial se houver, além do reconhecimento ou aceitação coletiva, uma relação necessária das “condições de existência de tipos de artefatos com suas funções características” ou, para utilizar as palavras de Jonathan Crowe (2014, p. 749), além da *condição de aceitação*, também é necessária a *condição de sucesso*.

Portanto, defende-se que a “*função apropriada*” de um artefato desempenha um papel central na explicação de por que algo conta como um exemplo adequado daquele tipo de artefato, ou seja, “o tipo de intenção que é necessário para produzir um [artefato] é parcialmente definida por sua função apropriada” (CROWE, 2018, p. 3).

Em outras palavras, se a natureza do direito é melhor entendida em relação a um ideal, finalidade ou objetivo, então não se poderia separar “a lei como ela é” de “lei como deveria ser”.⁴⁶⁸

Consequentemente, o próprio conceito deste artefato social será limitado pela sua funcionalidade, o que não significa necessariamente defender a existência de uma essencialidade inata aos artefatos sociais, mas tão somente a necessidade de sua conceituação seja adequada e coerente às funções e finalidades que justificam sua criação e perpetuação.

Seria adequado caracterizar algo como uma chave de fenda, caso esse objeto seja incapaz de executar sua função precípua de (des)aparafusar? Certamente poderíamos dizer que uma chave de fenda quebrada ou gasta ainda é uma chave de fenda⁴⁶⁹, mas o adjetivo “quebrada” ou “disfuncional” a acompanha exatamente porque as chaves de fenda (como os demais artefatos) têm alguma *função conceitual*, que o objeto em análise é incapaz de cumprir (HIMMA, 2018, p. 146). Diante disso, cabe fazer duas provocações: *i*) seria adequado propor uma *teoria sobre o conceito* de chaves de fenda que possibilitasse que objetos *incapazes* de realizar a função característica desse artefato fossem identificados como tipos adequados de chave de fenda?; *ii*) comparando-se a teoria descrita no item anterior com outra que, em decorrência da definição proposta, só possibilitasse que objetos *capazes* de realizar a função

⁴⁶⁸ Essa posição se aproxima significativamente – ainda que por uma via diversa – do argumento de Alexy (2013, p. 227) de que a ponderação entre a certeza jurídica e a justiça, decorrente da dupla natureza do direito, no intuito de identificar a natureza do direito necessariamente inclui argumentos morais ou normativos e que, a existência necessária destes argumentos no debate sobre o conceito de direito, tornam “impossível para um participante do sistema jurídico dizer o que o direito é sem dizer o que o direito deveria ser”.

⁴⁶⁹ Talvez o mais adequado seja dizer que o objeto *foi* uma chave de fenda (no caso de estar gasta ou quebrada) ou que *se pretendia fazer* uma chave de fenda (no caso de um problema, em sua fabricação, que tenha ocasionado a impossibilidade de execução de suas funções).

característica fossem identificados como tipos adequados de chave de fenda, seria possível afirmar que alguma delas estaria *conceitualmente* mais adequada?

Antes de responder às provocações, é importante reconhecer que, obviamente, identificar a função conceitual específica de uma prática social complexa como o direito é muito mais difícil do que de um objeto simples. Para alguns, a função conceitual ultrapassa a mera identificação de uma função primária que a prática pretende realizar, pois também seria necessário determinar para que *problema o artefato busca solução*.

Kenneth Himma (2018, p. 146-147), por exemplo, indica que a função primária de pregar, tida como típica de um martelo, na verdade, deve ser compreendida dentro de um contexto maior: somos vulneráveis aos elementos da natureza e, por isso, precisamos de abrigo que seja construído a partir de substâncias resistentes e duráveis para que possam nos proteger. É óbvio que um martelo pode resolver esse problema unindo grandes superfícies de madeira. Em relação a essa contextualização do projeto filosófico que envolve o martelo não há maiores dificuldades.

Todavia, identificar a função conceitual do direito apresenta problemas diferentes e questões filosóficas mais relevantes. “[O] projeto filosófico de especificar a natureza do direito é de substancial interesse teórico por causa do que o direito faz em nossas vidas – isto é, restringe nossa liberdade limitando quais atos podem ser legalmente realizados” (HIMMA, 2018, p. 146-147).

Mas essa afirmação de Himma precisa ser analisada após se responder à pergunta: o que o direito efetivamente faz em nossas vidas? Como as teorias positivistas e não positivistas respondem essa questão?

3.4 A *definição* do(s) conceito(s) de Direito implica consequências em sua *aplicação*?

As teorias pós-positivistas ou não positivistas – ao menos aquelas propostas por Dworkin e Alexy – são claras em relação a essa questão evidenciando a correlação entre a identificação e a aplicação e/ou interpretação do direito.

Para Robert Alexy (2014a, p. 96), tanto razões práticas – aquelas que “dizem respeito à **adequabilidade de fins** para a **realização de certos objetivos** assim como à ponderação de interesses e compromissos” – quanto teóricas estão envolvidas no debate tanto sobre a natureza e o conceito de direito, quanto na aplicação deste.

Ao menos, desde a publicação de “*Begriff und Geltung des Rechts*” (Conceito e Validade do Direito) em 1992, Robert Alexy (2009a, p. 151) deixa evidente as consequências de sua proposta para a aplicação do direito ao estabelecer que o direito é um sistema normativo que:

- 1) formula uma pretensão de correção;
- 2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição, bem como na totalidade das normas estabelecidas de acordo com essa constituição, que sejam socialmente eficazes ou tenham possibilidade de eficácia social e não sejam extremamente injustas e
- 3) “ao qual pertencem os **princípios e outros argumentos normativos**, nos quais **se apoia** e/ou deve se apoiar o **procedimento de aplicação** do direito **para satisfazer a pretensão de correção**”.

Portanto, a teoria de Alexy combina análises estruturais com elementos substantivos juntamente com uma teoria da aplicação do direito.

Para Ronald Dworkin (2010, p. 15-19, grifo nosso) a definição de um conceito político ou interpretativo – como é o direito – só é possível a partir da interpretação das práticas complexas que envolvem o conceito, “a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade”. Por meio da atribuição de “valor e propósito à prática” é que podem ser estabelecidas as condições de veracidade as afirmações efetuadas no contexto da e sobre a prática. É nesse sentido que o autor afirma que a “teoria de qualquer dos conceitos de direito deve ser **sensível ao papel** que supomos que ele deva desempenhar”.

O significado que tem a prática social – e, portanto, o conceito envolvido nesta prática – é feito a partir de uma atitude interpretativa que compreende e reestrutura constantemente a prática de forma a que seja possível “vê-la em sua melhor luz”. (DWORKIN, 2007, p. 57-58)

Por tudo isso, Dworkin (2007, p. 112-113) enfatiza que as teorias gerais do direito, apesar de serem abstratas tendo em vista que sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da prática social relacionada ao direito, não podem deixar de ser “interpretações construtivas”, no sentido de que tentam apresentar o conjunto da prática jurídica em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a prática jurídica tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática. Desta forma, nenhuma linha claramente delineada separa a teoria do direito de qualquer aspecto da prática jurídica ou da aplicação do direito⁴⁷⁰ e essa relação constitui uma via de mão dupla.

⁴⁷⁰ Mais uma vez, a tradução da obra para o português não colabora com a adequada compreensão do pensamento de autores relevantes. Enquanto na obra original se lê “So no firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice”, a tradução indica “Assim, nenhuma linha claramente

Qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e restrito seja, adota o tipo de fundamento abstrato que lhe oferece a doutrina, e, quando há confronto entre fundamentos antagônicos, um argumento jurídico assume um deles e rejeita os outros. Desse modo, o **voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito**, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos **A doutrina é a parte geral da jurisdição [aplicação do direito]**, o prólogo silencioso de qualquer veredito. (DWORKIN, 2007, p. 113, grifo nosso)

Sendo assim, em sua proposta a teoria do direito adotada e, conseqüentemente, o conceito de direito decorrente, estão umbilicalmente ligados com a interpretação e a aplicação do direito que precede às decisões judiciais.

Já o *mainstream* das teorias positivistas contemporâneas tem afirmado que sua preocupação está relacionada com o conceito (ou a natureza) do direito e não teria relação direta com a aplicação ou interpretação do direito pelos magistrados ou sua obediência pelos cidadãos. Portanto, a existência do direito não implicaria um dever (nem moral e, aparentemente, nem jurídico) seja para o cidadão agir, seja para o magistrado decidir conforme suas determinações.

Inúmeros posicionamentos comprovam tal afirmação.

Brian Leiter, citando diversos expoentes do positivismo jurídico (dentre os quais Bentham, Hart e Raz, assevera que nenhum deles defendeu que a afirmação “Isso é o direito” resolve a questão “É isso que deve ser feito?”.⁴⁷¹

O mesmo autor, em artigo publicado em 2018, afirma claramente que não é porque o poder legislativo promulgou determinadas regras em conformidade com o ordenamento jurídico ou porque a mais alta corte do judiciário declarou que o direito significa X, que ele deve ser obedecido.

[...] there is no reason to think that because human beings have said or done things that do create laws that what they have done is good, or sensible, or fair, or just, **or ought to command our obedience**, or even our allegiance. **What the law is** in our society is one thing; what it morally ought to be, **whether we ought to obey it or endorse it, is wholly another**. We would do well not to confuse the two, **says the positivist**; we would do well, for example, not to think that because the U.S. Supreme Court says the law is X, that we have any moral obligation to comply with X or to celebrate it or defer to it. Or, as Jeremy Bentham was concerned to argue, we should never confuse the fact that certain rules were duly enacted by Parliament and so constitute “law” with the question whether these laws are any good, whether they make most people better off, **whether they should be respected or, instead, ridiculed and repealed**. (LEITER, 2018, p. 4, grifo nosso)

delineada separa a [teoria geral do direito da] doutrina da deliberação judicial, ou de qualquer outro aspecto da aplicação do direito”, estando ausente a parte negritada entre parênteses, o que modifica completamente o sentido da frase.

⁴⁷¹ “Neither Hart nor Raz is quite the notorious enemy of the status quo that Bentham was, but both share with Bentham the progressive impulse and the desire to demystify “law” so that no one thinks the judgment, ‘This is the law’ settles the question, ‘Is this what ought to be done?’” (Leiter, 2010, p. 5)

Brian Bix, no artigo “*Robert Alexy's Radbruch Formula, and the Nature of Legal Theory*”, questiona se análises e propostas sobre a *natureza* do direito trariam consequências para a efetiva aplicação do direito pelos magistrados, pois não haveria relação necessária entre a tarefa de “oferecer uma teoria do direito” e a de “dar instruções para juízes”.

To what extent can (or should, or must) a theory of law have **implications for the resolution of real-world legal disputes**? Here theorists have offered a wide variety of answers, which might be considered along a spectrum. At one extreme, Ronald Dworkin seems to argue that a judge’s legal theory always has an impact on the resolution of individual cases. [...] At the other extreme is **the view I have advocated** elsewhere: that one’s **theory of law has** (or should have) **no effect on the resolution of particular cases**. (BIX, 2006, p. 143, grifo nosso)

Apesar disso, o autor (BIX, 2018, p. 175), em texto publicado doze anos depois, parece ter relativizado sua posição ao afirmar que “o mistério mais persistente sobre a natureza do direito é como os sistemas jurídicos e as regras jurídicas (parecem [fornecer]) nos fornecem razões morais para ações que não tínhamos antes”, sendo certo que, apesar dos intensos esforços da maioria das abordagens teóricas contemporâneas sobre a natureza do direito (positivistas ou não positivistas), ainda não foi possível resolver todas as dúvidas sobre o tema.

Julie Dickson⁴⁷² – em obra editada por Andrei Marmor – afirma expressamente que é muito importante a compreensão de que a “existência do direito não determina, sem a adição de outras premissas, o que alguém deve fazer, e, particularmente, não determina se e sob que circunstâncias as autoridades jurídicas e/ou aqueles que estão sujeitos ao direito devem segui-lo”.

Legal positivism is committed to certain views about the nature of law. But the truths it communicates **do not, in themselves, give anyone reasons for action**. That law has a fundamentally social nature, and that *its existence and content* are determined, ultimately, by reference to social facts, are facts about the nature of law, **not recommendations that anyone ought to do anything**. Of course, as several legal positivists point out, if there are already good reasons to engage with law in certain ways, then the social thesis can identify the law with which one is to be engaged. [...] But the social thesis, and **the official recognition practices** which constitute the relevant law-identifying social facts in a given jurisdiction, **do not**, on their own, and without the addition of further premises, **give anyone good reasons** to become a judge, or **to apply or obey the legal norms** which that jurisdiction’s recognition practices identify [...] (DICKSON, 2012, p. 58, grifo nosso)

Noel Struchiner (2005b, p. 412) reforça esse posicionamento ao defender que o positivismo (na versão que denomina de *conceitual*) é normativamente inerte e, portanto, não informa como trabalhar com as normas que venham a ser identificadas como pertencentes ao ordenamento jurídico. Em outras palavras, o positivismo jurídico é *exclusivamente* uma tese

⁴⁷² Professora da Faculdade de Direito da *University of Oxford*.

sobre a *validade* do direito, sendo “compatível com muitas outras teses acerca da natureza do direito”. Portanto, existiriam diferentes modelos de tomada de decisão (que seriam responsáveis pela interpretação e aplicação do direito) e todos seriam compatíveis com a teoria do positivismo jurídico.

A conclusão é que o *positivismo conceitual* apresenta uma tese sobre como **identificar o direito existente** de uma determinada sociedade. Trata-se de uma **tese descritiva** que diz que o direito deve ser identificado recorrendo-se às suas fontes e não ao seu mérito. (STRUCHINER, 2005a, p. 16-17, grifo nosso)

É de máxima importância perceber que a tese do positivismo conceitual, **nota característica do positivismo jurídico e expressão mais autêntica da corrente juspositivista**, por si só é normativamente inerte. Ser normativamente inerte significa que **não pode servir como um guia para a ação**. [...] Apesar de a tese do positivismo conceitual estabelecer as condições que tornam uma norma válida juridicamente (condições que recorrem às fontes e não ao mérito da norma), ela por si só **não determina que as normas jurídicas válidas devem ser seguidas**. Tal afirmação requer argumentos adicionais. (STRUCHINER, 2005a, p. 47, grifo nosso) **Nada** no positivismo conceitual **determina** que as informações jurídicas, as regras jurídicas putativas identificadas pela regra de reconhecimento **sejam assimiladas como regras de fato**. A tese do positivismo conceitual é normativamente inerte e **não pretende guiar a ação na prática**. (STRUCHINER, 2005a, p. 178, grifo nosso)

Dimitri Dimoulis, um dos mais conhecidos defensores do positivismo jurídico em nosso país, apresenta uma opinião crítica sobre este distanciamento entre a conceituação do direito e sua aplicação.⁴⁷³

As divergências entre autores tornam impossível dizer qual é a visão do positivismo jurídico no sentido estrito no âmbito da interpretação do direito. Com efeito, a **maioria dos positivistas** dedica sua pesquisa ao debate sobre as condições de validade das normas e dos sistemas jurídicos e **praticamente silencia sobre os problemas relacionados à interpretação jurídica**. A explicação mais plausível é que os positivistas estão preocupados em não serem acusados de subjetivismo ou moralismo e por isso evitam emitir opiniões sobre os deveres do intérprete.

Em nossa opinião essa **lacuna no positivismo no sentido estrito** prejudica seu vigor teórico. Refletir sobre a interpretação e se posicionar **sobre os deveres do aplicador é tarefa primordial do teórico do direito**. (DIMOULIS, 2017)

Após o exposto, pode-se afirmar que, apesar de algumas posições dissonantes – como a do professor Dimitri Dimoulis – é perceptível a tendência das teorias positivistas contemporâneas afirmarem que o positivismo jurídico está relacionado exclusivamente com a conceituação do direito e não com sua interpretação e aplicação, posição esta que, como será apresentada abaixo, é compartilhada por Hart e Bulygin.

⁴⁷³ Embora, seja importante ressaltar, tal postura seja um desenvolvimento quando comparada a posicionamentos anteriores: “

3.4.1 A posição de Herbert Hart

Analisando alguns trechos tanto de “O conceito de direito” como de outras obras de Herbert Hart, o autor parece entender que existiria uma espécie de obrigação *prima facie* de obediência ao direito, ao menos no que concerne aos seus casos centrais. Evidenciando, inclusive, que os juízes e tribunais não consideram as regras jurídicas como simples previsões do que provavelmente ocorrerá nas decisões, mas como “padrões a seguir na decisão”.

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas **regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta**. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que **não pode ser desrespeitado livremente** por eles no exercício da autoridade para proferir decisões, que **não podem ser contestadas dentro do sistema**. **Qualquer juiz** em concreto, quando toma posse do seu cargo, como qualquer marcador quando inicia suas funções, **encontra uma regra** [não necessariamente explícita], por exemplo, a que dispõe que os atos promulgados pela Rainha no Parlamento são direito, estabelecida como uma tradição e **aceite como padrão de conduta** daquele cargo. Esta regra **circunscreve**, ao mesmo tempo que permite, **a atividade criadora** dos seus titulares. Tais padrões não poderiam na verdade continuar a existir, a menos que a maior parte dos juízes da época aderissem a eles, porque a sua existência em dada época consiste simplesmente na **aceitação** e no uso deles como **padrões de julgamento correcto**. Mas isto não transforma o juiz que os utiliza em autor desses padrões ou [...] no «legislador» competente para decidir como lhe aprouver. **A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria.** (HART, 2005, p. 159) ⁴⁷⁴

Essa era, inclusive, a opinião de M.B.E. Smith⁴⁷⁵, conforme exposto no seu clássico ensaio de 1973, “*Is there a prima facie obligation to obey the law?*”. Citando um texto de Hart, publicado em 1955, Smith afirma que, “de acordo com Hart a simples existência de uma empreitada cooperativa daria origem a certa obrigação *prima facie*”. Portanto, essa obrigação seria decorrência de uma espécie de “*fair play*” jurídico-social, considerando que a obediência possibilitaria benefícios para todos.

[...] when a number of persons conduct any **joint enterprise** according to rules and thus **restrict their liberty**, those who have submitted to these restrictions when required **have a right to a similar submission from those who have benefitted by their submission**. The rules may provide that officials should have authority to enforce obedience and make further rules, and this will create a structure of legal rights and duties, but **the moral obligation to obey the rules** in such circumstances **is due to the cooperating members** of the society, and they have the correlative moral right to obedience. (HART, 1955 apud SMITH, 1973, p. 954, grifo nosso)

⁴⁷⁴ A palavra “marcador” é utilizada neste capítulo como sinônimo de árbitro de modalidade esportiva, sendo que Hart compara as funções de um juiz à de um árbitro no intuito de identificar a diferença entre as regras existentes em um sistema e as decisões proferidas pelas respectivas autoridades, não podendo haver confusão entre estas, mesmo que decisões equivocadas tornem-se definitivas.

⁴⁷⁵ Professor de Filosofia do *Smith College*.

Todavia, Hart também se posicionou expressamente no sentido de que a identificação do direito não se confunde com sua aplicação⁴⁷⁶, asseverando que a validade do direito não tem relação com sua obediência, considerando que esta deveria ser verificada a partir de um exame moral, portanto, vinculado a padrões *externos* ao direito.

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 dos 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 suas exigências **devem no fim ser sujeitas a exame moral**. Este sentido, de que há **algo fora do sistema oficial**, por referência ao qual o indivíduo deve, em última análise, **resolver os seus problemas de obediência**, é seguramente mais susceptível de manter-se vivo entre aqueles que estão acostumados a pensar que as regras de direito podem ser iníquas, do que entre os que pensam que nenhuma iniquidade pode ter em qualquer parte o estatuto de direito. (HART, 2005, p. 226-227, grifo nosso).

Nesse ponto, é importante indicar que o presente trabalho entende que existe certa incoerência nessa última posição de Hart. Conforme apresentado na seção 1.1.2, o autor atribui “um lugar central à união das regras primárias e secundárias na elucidação do conceito de direito”, sendo certo que as regras primárias ou de obrigação são aquelas por meio das quais “é exigido [dos seres humanos] que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não” (HART, 2005, p. 122 e 91 respectivamente).

Além disso, Hart (2005, p. 128) já havia indicado que a “prova de existência de um sistema jurídico” está vinculada a “duas condições mínimas necessárias e suficientes”: *i*) as regras primárias ou de comportamento “devem ser geralmente obedecidas” pelos cidadãos, independentemente dos motivos que os levam a fazê-lo, “embora numa sociedade sã eles aceitem de facto frequentemente estas regras como padrões comuns de comportamento e reconheçam uma obrigação de lhes obedecer”; *ii*) as regras secundárias (de reconhecimento, de alteração e de julgamento) devem ser compreendidas, pelas autoridades competentes, como *padrões críticos* em relação ao comportamento social esperado, ou seja, as autoridades “devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros”.

Como é possível compatibilizar tais posições aparentemente divergentes?

⁴⁷⁶ Seção 1.1.5. Esta posição também foi indicada em “American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream”, embora de maneira mais tenue, ao defender algumas influências benéficas do movimento realista, entre as quais “[...] sempre suspeitar, embora *não* rejeitar sempre ao final, alegações de que as regras ou precedentes existentes eram limitações fortes e completas o suficiente para determinar qual deveria ser a decisão de um tribunal sem qualquer outra consideração entre jurídica”. (HART, 2010, p. 147)

É razoável afirmar que o direito é composto por regras que “exigem” que as pessoas façam (ou deixem de fazer) algo “quer queiram ou não” e, paralelamente, defender que a existência e validade do direito não são concludentes quanto à sua obediência? É possível afirmar que as autoridades devem encarar as regras do direito como padrão de comportamento cujo desvio deve ser visto de forma crítica e, apesar disso, concluir que estas razões relacionadas ao cumprimento de suas normas estão sujeitas a um “exame moral”?

Poder-se-ia afirmar que o que Hart defende aqui é a diferença entre a obediência jurídica e a obediência moral. Entretanto, tendo em vista que se trata de obra de um reconhecido teórico positivista, isto seria, no mínimo, redundante. Além disso, mesmo que se aceite essa hipótese, de que adianta todo o esforço e tinta gastos com o intuito de diferenciar e separar a área jurídica do âmbito moral se, ao final e ao cabo, a identificação de um construto social que tem como uma de suas funções primordiais a organização da sociedade, a regulação ou orientação do comportamento humano ou a coordenação social, **depende** de “algo fora do sistema oficial, por referência ao qual o indivíduo deve, em última análise, resolver os seus problemas de obediência”.

Do ponto de vista *teórico*, assumir que problemas de obediência devem ser resolvidos com base em um “exame moral” desloca o “ponto de vista interno” – que deveria existir *internamente* em relação às regras jurídicas, ou seja, “como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta” – para algo que está *fora* do direito, mais especificamente para a esfera da moralidade. Nesse caso, as pessoas não encarariam o direito “como uma razão para [atuar] em conformidade com as regras [jurídicas]” porque a “razão e justificação” para agir ou não agir estaria relacionado não ao direito, mas sim a um “exame moral”, violando uma das grandes contribuições que Hart trouxe para a teoria do direito:

[...] **quando existem regras, os desvios** delas não são simples fundamentos para a previsão de que se seguirão reacções hostis ou de que os tribunais aplicarão sanções aos que as violem, mas **são também a razão ou justificação** para tal reacção e para a aplicação de sanções. (HART, 2005, p. 94, grifo nosso)

Portanto, considerar que a obediência depende de um padrão “externo” ao direito, nas palavras do próprio Hart, desconsidera “o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade”:

Estes são os funcionários, os juristas ou as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, como **guias de conduta da vida social**, como base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais familiares da vida, de harmonia com as regras. Para eles, a violação da regra não é apenas uma base para a predição de que se seguirá uma reacção hostil, mas uma razão para a hostilidade. (HART, 2005, p. 100, grifo nosso)

Qual o sentido de afirmar que a “validade” do direito depende apenas de fatos sociais e não de questões morais, se a questão relacionada à sua concretização está condicionada a um exame moral?

Citando as palavras de Andrei Marmor (2015) – ao explicar a teoria da autoridade de Joseph Raz – “é inútil ter uma diretiva autoritativa se, para descobrir qual é a diretiva [que supostamente substitui as *razões corretas* que cada pessoa pode ter, porque pressupõe que auxilia na ponderação de todas as razões que podem existir em cada situação], você precisa se envolver no mesmo raciocínio que a confiança na diretiva supostamente deveria substituir”.

Consequentemente, do ponto de vista *pragmático*, a ideia de que “isto é direito [, porém,] demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar” não permite que o direito possa “fornecer orientações à conduta humana” e, muito menos, “padrões de crítica de tal conduta”, sendo que estas constituem finalidades do direito admitidas pelo próprio Hart (2005, p. 226 e 310 respectivamente). Se o comportamento social e a visão crítica que temos sobre ele “devem no fim ser sujeitas a exame moral”, a coordenação e o planejamento social, o estabelecimento justificado de expectativas comportamentais em relação aos outros ou as pretensões sobre como devemos nos comportar não estarão baseados naquilo que é estabelecido pelo direito, mas em um exame relacionado a um padrão extrajurídico. E isso, não aconteceria somente em casos difíceis ou limítrofes, mas em toda situação que demande “obediência” ao direito.

3.4.2 A posição de Eugenio Bulygin

Eugenio Bulygin tem uma posição complexa no que concerne à aplicação do direito, especialmente no que diz respeito aos deveres do magistrado na justificação de sua decisão. Em diversos trechos de diferentes obras e artigos, o autor afirma que o magistrado deve seguir as normas estabelecidas pelo legislador. Porém, em outros, inclusive no texto que encerrou sua participação no debate Alexy-Bulygin – “*Alexy between positivism and non-positivism*” –, aparentemente, este dever de vinculação às normas legais seria relativizado.

Para que esta questão fique mais clara, segue-se uma breve recapitulação daquilo que foi detalhado nas seções 2.3.1.4 e 2.4.1.4.

Bulygin (2003, p. 2-12) afirma que não adota a posição da denominada doutrina tradicional (baseada na teoria da separação dos poderes e que defende que o juiz deve se

limitar a aplicar as normas criadas pelos legisladores, sem nenhum papel na criação do direito) nem a posição que atribui à Kelsen (na qual os juízes são considerados sempre como criadores do direito, tendo em vista que na sentença são concretizados vários elementos só mencionados abstratamente na norma geral que indica um conjunto de possibilidades dentre as quais o juiz precisa selecionar para criar a norma individual).⁴⁷⁷

Sendo assim, o professor de Buenos Aires defende a posição de que os juízes não criam direito em situações “normais”, mas que o fazem em situações específicas: “He sostenido en otra oportunidad que **el juez sólo crea derecho** cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión **no es una norma creada por el legislador** y estoy dispuesto a mantener esta tesis”. (BULYGIN, 2003, p. 14, grifo nosso)

Porém, diferentemente dos legisladores, o juiz precisa justificar expressamente suas decisões, sendo que a forma mais comum de justificação da sentença seria a subsunção do caso individual às normas gerais (caso genérico) previamente estipuladas pela legislação.

El **fundamento normativo** [de la parte dispositiva de la sentencia] **es una norma general** que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez. Para que su decisión esté justificada, el juez **debe subsumir el caso individual en un caso genérico** y luego dictar una **resolución** o norma individual **que corresponda a la solución que la norma general** invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente. (BULYGIN, 2003, p. 13, grifo nosso)

E conclui: “las normas creadas por el poder legislativo son obligatorias **para todos y en especial** para todos **los jueces**” (BULYGIN, 2003, p. 25, grifo nosso).

Em texto publicado posteriormente, Bulygin (2009, p. 89) reforça sua posição: considerando que a atividade do magistrado consiste em resolver conflitos aplicando o direito existente, “se o juiz encontra [na legislação] uma solução clara e unívoca deve aplicá-la”.

Porém, poderiam ocorrer situações em que a “norma geral” que fundamenta a sentença judicial em um caso específico não seria uma norma criada pelo legislador. A maioria desses casos decorreria de circunstâncias onde o direito não disponibiliza uma solução previamente estabelecida. Isso poderia ocorrer, por exemplo, nas seguintes situações:

i) *Lacunas normativas* – quando não há norma clara previamente estabelecida indicando a solução do caso, o juiz pode decidir em qualquer sentido por meio da criação de uma norma geral (considerando que esta ainda não teria sido posta pelo legislador). Porém,

⁴⁷⁷ “Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un **acto de voluntad** y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general. **Pero** esto **no implica** que el **juez esté creando derecho**. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está fundada en una norma general creada por el legislador, **parece exagerado hablar de ‘creación del derecho’**” (BULYGIN, 2003, p. 14, grifo nosso).

diferentemente da criação legislativa, esta não teria a princípio um caráter de obrigatoriedade, não vinculando – nem moral nem juridicamente – os demais magistrados.⁴⁷⁸

ii) Antinomia ou contradição normativa – quando há duas ou mais normas que se referem ao caso genérico indicando soluções incompatíveis entre si. Nesta hipótese, o magistrado “se vê obrigado a modificar o direito” de modo a solucionar o caso concreto (por exemplo, efetuando um procedimento que equivaleria à derrogação parcial de uma das normas, introduzindo uma exceção, ou mesmo à derrogação total); (BULYGIN; ATIENZA; BAYÓN, 2009, p. 83-84).

iii) Casos de penumbra ou lacuna de reconhecimento – nas situações onde a legislação oferece uma solução, porém esta é formulada em termos vagos com falta de precisão semântica, de maneira que “não se sabe se o caso individual que o juiz precisa resolver está dentro ou fora do âmbito de aplicação de uma norma geral” (BULYGIN, 2009, p. 89). Nesses casos, retoma-se posicionamento similar ao apresentado por Herbert Hart no que concerne à previsão de discricionariedade (seções 1.1.4 e 1.3.1.1.3).

En este punto, el juez para decidir el caso debe ejercer su poder de creación de derecho, aunque **no** debe hacerlo **arbitrariamente**, es decir, debe siempre tener algunas **razones** generales **que justifiquen su decisión** y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según **sus propias creencias y valores**. Pero si satisface esas condiciones, está legitimado para seguir *standars* o razones para la decisión que **no estén estipulados por el derecho** y puedan diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a un caso difícil similar. (HART, 1980, p. 8)

Poderíamos resumir o exposto até aqui, com a seguinte explanação:

Un juez cuya función es resolver un caso aplicando el Derecho existente, tiene que **determinar cuál es la solución suministrada por las normas jurídicas** y en esto su actividad es muy parecida al del científico jurídico. **Si el juez encuentra una solución clara y unívoca debe aplicarla. Pero si no la encuentra**, igualmente tiene que resolver el caso y es aquí donde los caminos de la ciencia descriptiva del Derecho y la función del juez se bifurcan. El juez tiene que dar una solución y **si ésta no se encuentra en las normas jurídicas existentes [...] entonces tiene que modificar el Derecho**. (BULYGIN, 2009, p. 89, grifo nosso)

Sem entrar no mérito da afirmação, pode-se compreender a alegação de que, se não há no direito posto uma solução para o caso (ou, ao menos, não há solução clara porque existem

⁴⁷⁸ “[...] las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general “creada” por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial.” (BULYGIN, 2003, p. 25)

divergências legislativas), não existiria vinculação judicial de uma decisão em qualquer sentido.

iv) *Lacunax axiológicas*

Todavia, segundo Bulygin (2003, p. 22-23), existiriam alguns casos em que, apesar do direito fornecer uma solução para o caso em análise, o juiz pode se ver “forçado a se afastar do direito” tendo que “criar normas gerais para justificar suas decisões, que se distanciam daquilo ditado pelo legislador”. Tais hipóteses (que constituiriam uma *quarta* possibilidade de situação onde a “norma geral” que fundamenta a sentença judicial não ser embasada em uma norma criada pelo legislador) são nomeadas por Bulygin como *lacunas axiológicas*.

[...] situaciones en las cuales, si bien **existe una solución** – por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas –, la solución existente es **axiológicamente inadecuada** [...] *porque* el legislador **no tuvo** en cuenta una distinción que **debía haber tomado** en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una **propiedad relevante** (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado. [...] **se piensa** que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad en muchos casos). (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 155-156, grifo em itálico no original)

Toda explicação acima elencada – publicada numa das primeiras e mais clássicas obras de Bulygin, conjuntamente com Carlos Alchourrón⁴⁷⁹, cuja primeira edição foi produzida em 1975 – vincula a “inadequação axiológica” da norma *efetivamente produzida* pelo legislador, a uma expectativa do juiz acerca do que o legislador *teria feito* caso tivesse considerado determinada propriedade quando da elaboração da norma.⁴⁸⁰

Tal previsão, por si só, parece por em dúvida a possibilidade da metodologia puramente descritiva dar conta da adequada identificação e da efetiva aplicação do direito. E, aparentemente, isso foi assumido pelo autor ao afirmar que a lacuna axiológica pressupõe a existência de uma propriedade que é relevante para o caso em questão, *no sentido prescriptivo*, mas que, *no sentido descritivo*, não se encontra contemplada pela solução prevista no ordenamento porque não foi efetivamente considerada pelo legislador.

⁴⁷⁹ Saudoso professor titular de *Teoría General y Filosofía del Derecho* da Universidad de Buenos Aires.

⁴⁸⁰ Embora em “Sistemas Normativos” – que, apesar de ter sido publicado originalmente em 1975, sua segunda edição revisada foi publicada por Bulygin em 2012 – o autor dê ênfase a propriedades ou circunstâncias que *deveriam* ter sido consideradas pelo legislador e efetivamente não o foram, em texto publicado em 2015, Bulygin também considera a possibilidade de propriedades que foram levadas em conta pelo legislador, mas *não deveriam* ter sido: “[...] it may occur that the valuations of the judge do not coincide with those of the legislator: a property that according to the norms is irrelevant may be deemed relevant by the judge **and vice versa**: the judge may regard that a property which is **relevant for the legislator should not be regarded as such**. These kinds of problems give rise to what is called *axiological gaps* that are very different from normative gaps.” (BULYGIN, 2015, p. 348, grifo em itálico no original).

Visando explicar melhor o conceito de lacuna axiológica, Bulygin afirma que esta definição pressupõe que:

- a) relaciona-se com uma *propriedade relativa* a determinado sistema e a uma “hipótese de relevância”;
- b) exista uma *solução previamente estipulada* para o caso em análise;
- c) exige a existência de uma propriedade que deve ser relevante de acordo com um determinado *critério axiológico* (hipótese de relevância).

Com base nesses critérios, o autor diferencia o que denomina “defeito axiológico” do sistema das chamadas lacunas axiológicas: “Si el legislador ha considerado todas las circunstancias (que deben ser) relevantes del caso y después lo solucionó mal (injustamente), el resultado es un defecto axiológico del sistema, pero no una laguna”, ou seja, não há garantias de que as soluções previstas sejam sempre justas, mesmo que todas as propriedades relevantes sejam consideradas pelo legislador (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 157-158).

Porém, apesar da ressalva, uma das perguntas que este tipo de diferenciação provoca é: seria possível estabelecer – por meio de uma metodologia meramente descritiva – quais propriedades ou circunstâncias “*deveriam*” ter sido consideradas relevantes para o caso em questão, com base em determinado “*critério axiológico*” que efetivamente não foi considerado pelo legislador?

v) *Conflicto valorativo direto*

No artigo “*Mi visión de la filosofía del derecho*”, publicado em 2009 na revista DOXA, Bulygin, aparentemente, elenca um quinta situação na qual a sentença judicial não seria fundamentada nas normas legislativas. Embora já exista uma “solução clara e unívoca” estabelecida pelo direito posto de cuja “valoração” o magistrado diverge, aqui não seria sequer necessário à existência de uma circunstância ou propriedade relevante que supostamente não foi considerada pelo legislador (lacuna axiológica), mas tão somente “um conflito valorativo direto entre o juiz e a norma do legislador”.

[...] la situación más interesante se presenta cuando **el Derecho da una solución clara y unívoca**, pero ésta es **considerada por el juez como muy injusta o inconveniente**. Esta situación se produce cuando las **valoraciones del juez no coinciden con las del legislador**, sea porque haya alguna *circunstancia, relevante* en la opinión del juez, que no ha sido contemplada por la norma general (*lagunas axiológicas*), sea porque haya un **conflicto valorativo directo entre el juez y la norma del legislador**. En tales casos los jueces suelen **apelar a diversas estratagemas para no aplicar** la norma general que en principio es aplicable y, en consecuencia, **aplicar otra norma, eventualmente creada por el mismo juez**. Como los jueces están **obligados a justificar sus decisiones en el Derecho vigente**, tratan de **ocultar** el hecho de que se **apartan de la ley por razones valorativas**. A veces buscan justificar su decisión apelando a la constitución para declarar

inconstitucional una ley. Otras veces declaran que el caso no está resuelto, es decir, que es una laguna normativa, cuando en realidad no es que no haya una solución, sino que ésta es, en su opinión, injusta. (BULYGIN, 2009, p. 89, grifo nosso)

Em resumo, aparentemente Bulygin defenderia que, em regra, os juízes devem respeitar as normas emanadas do legislador. Porém, isso poderia não ocorrer nas hipóteses em que: *i*) não exista uma norma clara e unívoca emitida previamente ou *ii*) embora exista norma clara e unívoca, o juiz (por diferentes motivos) diverge valorativamente do direito posto.

Essa posição, na verdade, dá uma liberalidade extremamente ampla ao aplicador do direito. Isso talvez explique porque o professor de Buenos Aires, em seu último artigo do debate Alexy-Bulygin – “*Alexy Between Positivism and Non-positivism*” – tenha afirmado que o “positivismo está interessado não na aplicação do direito, mas em sua identificação” e que, “no que concerne à perspectiva do participante, ambas as teorias [positivista e não positivista] concordam que os juízes, algumas vezes, não aplicam as normas que consideram muito injustas”, sendo que, para um positivista isso ocorreria por “razões morais”, enquanto para Alexy (bem como para Dworkin) por “razões jurídicas”.⁴⁸¹

Entende-se que todas as observações e críticas que já foram feitas em relação à posição de Herbert Hart (seção 3.4.1) se aplicam a posição de Bulygin, sendo necessário adicionar outras.

Bulygin afirma que os juízes se utilizam de “estratagemas” visando “ocultar” a realidade de que “se afastam da lei por razões valorativas”. Entretanto, considerando que os positivistas defendem a teoria das fontes sociais – a base para a validade jurídica reside nos fatos sociais – e que Bulygin, mais especificamente, defende a possibilidade de uma ciência jurídica ser puramente descritiva, é difícil compreender porque os magistrados precisariam se utilizar de subterfúgios.

Ou o conceito de direito, por meio das fontes sociais, permite que os magistrados possam *criar* ou *modificar* o próprio direito, bem como *utilizar* ou *não utilizar* as normas previamente estipuladas, caso em que tais ardis seriam completamente desnecessários, até porque tais procedimentos seriam aceitos pela sociedade; ou muito bem os fatos sociais não

⁴⁸¹ “The recognition that ‘the positivistic separation thesis is from the observer’s perspective essentially correct’ puts an end to the debate between positivism and non-positivism, at least concerning the concept of law, **because positivism is interested not in the application of law, but in its identification.** [...] If one compares the ideas of a positivist like Kelsen or Hart with those of a non-positivist like Alexy one arrives to strange results. [...] Regarding the participant’s perspective both parties agree that **judges sometimes do not apply those norms**, which they regard as **very unjust**. For a **positivist** they do it for **moral reasons**, for **Alexy** for **legal reasons**. But both agree that they do it.” (BULYGIN, 2013, p. 58-59, grifo nosso)

permitem que tais posturas sejam engendradas pelos magistrados e, portanto, estas não têm o condão de justificar aquilo que está sendo praticado.

Além disso, ainda que se concorde que é preciso diferenciar o que os juízes dizem que fazem daquilo que efetivamente fazem, a simples afirmação de que os juízes estão dizendo uma coisa e fazendo outra não é suficiente para comprovar isso. Para esclarecer tal diferença seria necessário analisar os argumentos utilizados pelos magistrados, mas isso não é feito por Bulygin.

Outro ponto relevante se refere a ampla liberdade que o magistrado recebe em decorrência da proposta de Bulygin. A ideia de que, mesmo em situações onde existe uma norma clara e unívoca, o juiz poderia, simplesmente em decorrência de *divergências valorativas*, decidir de acordo com outra norma “eventualmente criada pelo próprio juiz”, impede, na prática, a distinção desta teoria daquelas relacionadas ao realismo jurídico.

Os realistas jurídicos, ao afirmarem que os juízes não precisam aplicar as regras jurídicas previamente dadas, menosprezam o papel das regras na explicação do conceito de direito, sendo que a ideia de que as regras formam o núcleo daquilo que conhecemos como direito é a mais básica intuição do senso comum jurídico. (STRUCHINER, 2005a, p. 41-42)

Embora Bulygin, ressalte-se, tenha sido um crítico do realismo jurídico classificando-o como uma posição extrema que confunde os planos lógico e psicológico, a questão é que sua proposta acaba permitindo uma aproximação pragmática substancial com principais premissas daquela tese:

El *realismo jurídico* ha sido un movimiento reacción (en algunos aspectos saludables) contra el formalismo-legalista encarnado en la teoría del silogismo. Algunos autores de esta tendencia han llegado a sostener las siguientes tesis:

- b₁) Las normas no constituyen el único (y ni siquiera el más importante) factor que determina la decisión judicial.
- b₂) El juez es motivado por diversos factores: valoraciones personales; sus ideas morales y religiosas, consideraciones políticas; factores emotivos, etcétera.
- b₃) El juez primero toma la decisión y luego busca justificarla mediante invocación de normas.
- b₄) El razonamiento contenido en los considerandos no es más que una racionalización de la parte dispositiva. (ALCHOURRON; BULYGIN, 1991, p. 349).

Ao afirmar que os juízes se afastam das determinações legais por razões valorativas (embora estivessem obrigados a justificar sua decisão com base no direito vigente), mas o fazem por meio de estratagemas que buscam ocultar esta postura, todas as quatro teses acima elencadas e que caracterizam, segundo o próprio autor, o realismo jurídico passam a ser muito factíveis.

Por derradeiro, parece indicar certa falta de coerência filosófica que um autor que se reconhece como vinculado ao *ceticismo ético*, defenda que o juiz pode se afastar do direito posto com base em “razões valorativas”.

3.5 O sujeito da injustiça social como elemento de crítica às teorias do direito

Outro argumento que o presente trabalho pretende explorar consiste na afirmação de que **as teorias que consideram o direito como um artefato** – criado intencionalmente pela sociedade, portanto com função ou finalidade determinada (relacionada à coordenação social por meio da regulação ou orientação do comportamento humano) e considerando que a existência desta função conceitual *limita o próprio conceito* que define e identifica o artefato (pois existe uma relação necessária entre as condições de existência e permanência do artefato com a possibilidade dele cumprir as suas funções características) – e que **levam a sério** a ideia de **finalidade(s) ou função(ões) típica(s)** deste construto social **têm, necessariamente, maiores possibilidades de participar da realização do sujeito de direitos, em especial, do sujeito da injustiça social.**⁴⁸²

Conforme afirmam os professores José Ricardo Cunha⁴⁸³ e Bethania Assy⁴⁸⁴ (2016, p. 2, grifo nosso), “[o] **sentido de ser** do próprio **direito** se vincula a **existência de relações sociais e de pessoas concretas**, mas nem sempre isso é considerado no mundo jurídico”, sendo que este seria um traço característico de todas as teorias do direito paradigmáticas (desde o jusnaturalismo, passando pelo juspositivismo e alcançando até o não positivismo ou pós-positivismo jurídico).

Os autores buscam demonstrar como a própria ideia de “*sujeito de direito*” caracteriza, ironicamente, a obliteração jurídica do sujeito real que é substituído por uma representação funcional despida de quaisquer singularidades – a partir da ideia de homem médio,

⁴⁸² A ideia surgiu a partir da leitura da obra “Teoria do Direito e o sujeito da injustiça social” dos professores José Ricardo Cunha e Bethania Assy (2016, p. 2): “Trazer a questão do sujeito da injustiça social para o coração da teoria do direito nos parece algo crucial tanto no debate jurídico quanto no debate moral e político. A teoria jurídica está acostumada a lidar com o sujeito de direito, mas tal sujeito é uma idealização e se volta para um homem médio que é bem diferente daquele que sofre concretamente as injustiças sociais, seja por razões econômicas, seja por razões políticas ou culturais. Os paradigmas jurídicos mais conhecidos são objeto de intensos debates na filosofia do direito, mas é preciso também mobilizar um arsenal de críticas a partir do sujeito da injustiça social, isto é, usando tal sujeito como parâmetro para a análise desses ditos paradigmas.”

⁴⁸³ Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

⁴⁸⁴ Professora Adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ).

substancialmente diferente do ser humano verdadeiro que sofre as consequências das determinações legais e decisões judiciais – com o intuito de possibilitar o funcionamento esperado da estrutura legal e jurisdicional, ainda que à custa de transformá-lo, na verdade, em *objeto de direito*.

A definição corrente deste conceito informa que sujeito de direito é aquela pessoa que o ordenamento jurídico considera apta a exercer uma faculdade conferida por uma norma jurídica ou a ser submetida a um imperativo legal ou dever jurídico. É importante notar que a “pessoa” apenas aparece como tal enquanto referenciada a uma norma jurídica. Nesse sentido ela é desenraizada de sua própria história para ressurgir como categoria funcional perante o ordenamento jurídico. Trata-se de um movimento, ao mesmo tempo, de objetivação do sujeito e de abstração do concreto. (CUNHA; ASSY, 2016, p. 3)

A partir dessas e de outras colocações, os professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) indicam como os principais paradigmas da teoria do direito participam desta obliteração, em especial quando relacionada ao *sujeito da injustiça social*, ou seja, àquele que vive situações resultantes “da opressão decorrente das privações impostas pelo empobrecimento resultante do sistema econômico vigente, ou, então, da opressão decorrente de preconceitos e discriminações que resulta em desigualdades injustas e imerecidas”, portanto, que podem ocorrer por “razões econômicas, políticas ou culturais”. (CUNHA, 2018a, p. 67-68; CUNHA; ASSY, 2016, p. 1-2 e 159).

Embora os autores analisem criticamente as três teorias do direito mais expressivas (jusnaturalismo, positivismo jurídico e não positivismo), far-se-á aqui referência apenas às duas últimas, considerando o marco teórico do presente trabalho.

3.5.1 O sujeito da injustiça social no contexto do juspositivismo

No que concerne ao positivismo jurídico, a crítica principal pode ser resumida ao fato de que não há nenhum aspecto do critério de validade da norma jurídica que considere, em qualquer medida, o sofrimento do outro como fonte do direito (CUNHA; ASSY, 2016, p. 105), portanto, pode-se dizer que o sujeito da injustiça social é irrelevante (não porque desprezado em sentido pejorativo, mas porque sequer é considerado teoricamente) para a teoria positivista.

É nesse sentido que, sob a perspectiva do sujeito da injustiça social, entende-se que o juspositivismo falha como teoria exatamente porque “no plano teórico, é preciso que a teoria

do direito seja capaz de enfrentar o drama real daqueles que sofrem a injustiça e propor alguma resposta, ainda que não definitiva para as diferentes formas de opressão e violência” (CUNHA; ASSY, 2016, p. 68).

Explique-se: visando evitar as críticas de que apoiaria a existência de sistemas extremamente injustos, o positivismo jurídico desenvolveu argumentos que parecem, ao menos parcialmente, uma tentativa de redirecionar os holofotes. Um dos principais argumentos consiste em se identificar como uma teoria que não está preocupada com a *aplicação* do direito, mas *apenas* com sua *identificação*. Ou seja, “a reação mais usual no âmbito do paradigma positivista é excluir a questão [da injustiça que pode ser causada pelo direito] como sendo [extrajurídica], empurrando-a para o que seriam outros fóruns de debate, como a política ou a moral” (CUNHA; ASSY, 2016, p. 87).

Nesse sentido, o posicionamento de que o positivismo jurídico é *normativamente inerte*, ou seja, de que a “existência do direito não determina, sem a adição de outras premissas, o que alguém deve fazer, e, particularmente, não determina se e sob que circunstâncias as autoridades jurídicas e/ou aqueles que estão sujeitos ao direito devem segui-lo”⁴⁸⁵, acarreta a completa desconsideração, do ponto de vista da teoria do direito, das consequências desta para a aplicação e concretização do sistema jurídico nas vidas de qualquer sujeito do direito, o que é ainda mais grave quando se afigura o sujeito da injustiça social.

A compatibilidade do positivismo jurídico com diversos modelos de tomada de decisão (sejam eles mais voltados às regras, sejam mais particularistas ou mistos), exatamente porque o positivismo “não dá a ninguém razões para agir”, demonstra esta falta de comprometimento – não necessariamente moral, mas certamente teórico – com as consequências que podem advir desta proposta.

A posição de Bulygin – no exemplo hipotético sobre os recém-casados⁴⁸⁶ que ingressam com uma ação judicial por discordarem sobre o local de suas férias – é sintomática.

¿Pero no podría acaso un **juez suficientemente conservador** hacer lugar a la demanda del marido decidiendo [...] que es el marido quien puede elegir el lugar de las vacaciones? O un **juez feminista** ¿no podría resolver hacer lugar a la demanda de la mujer? Al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia. Lo decisivo es que [...] tanto cuando hace lugar a la demanda del marido o de la mujer, o cuando rechaza ambas demandas, el juez dicta una norma individual que sólo puede estar justificada por una **norma general creada por el mismo juez**.

⁴⁸⁵ Conforme exposição do pensamento de diversos autores positivistas, feito na seção 3.4, dentre os quais Julie Dickson (2012, p. 58) dissertando não apenas sobre sua posição, mas sobre aquilo que caracterizaria o comprometimento do positivismo jurídico.

⁴⁸⁶ Seção 2.3.1.4.

[...]

Pero no hay nada que obligue al juez a adoptar una determinada solución: tanto la condena del demandado como el rechazo de la demanda requieren la creación de una norma general sin la cual la decisión del juez no estaría justificada, esto es, sería arbitraria.⁴⁸⁷

Ao colocar no mesmo patamar as posições de um juiz supostamente conservador com as de um magistrado supostamente feminista, sugerindo que a decisão judicial, ao menos em alguns casos, reduzir-se-ia a uma escolha entre preferências aleatórias, o autor demonstra a completa falta de comprometimento da teoria positivista não apenas com os resultados advindos do direito, mas com a própria ideia de necessidade de justificação que, como tal, não pode ser feita de forma arbitrária a partir das próprias “razões”, mas como algo que deveria ser construído de forma a colaborar com a coordenação social e com a orientação da conduta humana de forma fundamentada.

Tal postura permite (no sentido de que o positivismo jurídico “não dá a ninguém razões para agir”) que diferentes teorias de tomada de decisão judicial possam dela se utilizar, inclusive aquelas que admitem a existência de um sistema absolutamente injusto. Diante disso, se não é possível afirmar que o positivismo jurídico, em sua vertente conceitual, estimula situações de injustiça social (porque não tem nada a dizer sobre isso), certamente é possível asseverar que não há qualquer intenção de evitá-las ou mesmo minimizá-las (exatamente porque ele não tem nada a dizer sobre isso).

Essa dura afirmação pode ser exemplificada considerando alguns argumentos que os próprios teóricos positivistas utilizam em defesa de sua tese, principalmente aquela que afirma que esse tipo de crítica confundiria a *identificação* do direito com a *aplicação* do direito, bem como direcionariam ao teórico positivista uma responsabilidade que seria da própria sociedade onde tais injustiças vicejam. Um recente artigo, publicado pelo professor Dimitri Dimoulis no site “Enciclopédia Jurídica da PUCSP”, ilustra a questão:

Essa crítica [de ser indiferente em relação ao conteúdo do direito] confunde os requisitos de validade de uma norma com os requisitos de validade do sistema jurídico como um todo. Os juspositivistas afirmam que qualquer norma pode vigorar, desde que satisfaça os requisitos de validade internos, isto é, estabelecidos pelo sistema. Mas isso não esgota a questão. Para reconhecer a validade de um sistema jurídico, os positivistas **exigem que seja socialmente eficaz**, isto é, globalmente respeitado pela população.

Isso modifica a pergunta [sobre se positivismo jurídico legitima o direito positivo injusto]. Se o direito de um regime claramente antidemocrático vigorou porque a população aderiu às suas previsões, **o juízo de reprovação deve ser endereçado às forças políticas e aos cidadãos que apoiaram regimes violentos e autoritários e não aos teóricos juspositivistas que constatam esse fato político-social**. Os positivistas têm tão pouca culpa pelo ocorrido durante um período ditatorial quanto o médico que diagnostica a doença de seu paciente. O médico não diz que o paciente

⁴⁸⁷ (BULYGIN, 2003, p. 23-24)

deve morrer, mas que em decorrência de certa doença poderá morrer, por mais que o médico não o deseje. (DIMOULIS, 2017)

Aproveitando a analogia utilizada pelo professor Dimoulis, talvez possamos apontar que a diferença mais significativa, é que não existe a menor possibilidade de que novas doenças surjam em função do simples diagnóstico realizado adequadamente pelo médico, mas, a proposta defendida pelos positivistas, conforme já indicado acima, se não é diretamente responsável pelas situações de injustiça social, certamente não indica qualquer intenção de evitá-las ou minimizá-las. Além disso, este tipo de postura “normativamente inerte” pode ser comparada ao médico que, identificando com precisão a doença – e eventualmente conseguindo controlá-la –, não se preocupa em orientar o paciente sobre os comportamentos que deve ter ou se abster para evitar a remissão.

Poder-se-ia dizer que este comportamento se refere exclusivamente a uma questão moral e não a uma questão de saúde? A identificação do conceito de medicina pode ser completamente apartada das consequências de sua aplicação?

A afirmação feita por Herbert Hart de que “isto é direito[, porém,] demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar”⁴⁸⁸ – além das incoerências já apontadas na seção 3.4.1, no que concerne a impossibilidade de “fornecer orientações à conduta humana” – parece desconsiderar que a questão primordial não se refere ao debate sobre a (in)existência de uma obrigação moral de obediência, mas sim ao problema da coercibilidade/coercitividade que o estado dispõe para fazer cumprir suas determinações, mesmo quando demasiado iníquas.

Além disso, qual o ponto de vista moral que será efetivamente considerado para determinar quando uma norma jurídica deve ou não ser aplicada. Certamente não será a dos indivíduos mais vulneráveis ao sistema, principalmente ao considerar que Bulygin tem como um de seus pilares o ceticismo axiológico⁴⁸⁹ e que para Hart (2005, p. 128) a “aceitação” das regras secundárias é algo exigido somente das autoridades, pois os cidadãos precisam apenas obedecer, “sejam quais forem os motivos por que o façam”.⁴⁹⁰

A questão da coercitividade e suas consequências para os cidadãos é muito bem exemplificada por outro positivista. Frederick Schauer, logo nos primeiros parágrafos de seu livro lançado em 2015 – *“The Force of Law”*, evidencia que o direito nos força a realizar coisas mesmo quando nós não queremos, contra nossas avaliações sobre o que é certo ou errado e até mesmo em circunstâncias que não fazem sentido. Além disso, diferentemente de

⁴⁸⁸ Seguida por Bulygin (2013, p. 58-59) ao afirmar que os juízes, algumas vezes, não aplicam as normas reconhecidas como juridicamente válidas por considerá-las muito injustas.

⁴⁸⁹ Seção 3.1.3.

⁴⁹⁰ Seção 1.1.3.

outras esferas prescritivas – como a moral ou a etiqueta – o direito tem um arsenal de sanções à sua disposição que podem ser significativamente severas e que são impostas sob a pressuposição que tudo isso é feito de forma legítima e justificada.

Law makes us do things we do not want to do. It has other functions as well, but perhaps the most visible aspect of law is its frequent insistence that **we act in accordance with its wishes**, our own personal interests or **best judgment notwithstanding**. The law demands that we pay taxes even when we have better uses for our money and think the taxes unwise. It requires us to obey traffic regulations even when the circumstances make them seem pointless. And at times the law conscripts us into military service, though we may believe the wars immoral, the dangers exaggerated, or the enemies imagined.

Law is hardly the only inhabitant of our normative universe. Morality makes demands upon our behavior as well, as do manners, etiquette, and countless social norms. **But law, unlike morality and etiquette, possesses the resources to compel compliance in ways that other normative systems do not.** It may be wrong to tell a lie or to clip one's fingernails in public, but disobeying these strictures often brings no sanctions whatsoever. And even when such behavior attracts the social penalties of disapproval, shaming, guilt, ostracism, and damage to reputation, the penalties are diffuse and unsystematic. By contrast, **the law has sanctions at its disposal that are systematic, often severe**, and highly salient. The legal system can put us in prison, take our money, and in some places even flog us and kill us. Moreover, when the law imposes such sanctions, **it is commonly understood to be operating justifiably** – that is, **legitimately**. Of course, the law is often subject to moral and political criticism when it imposes its sanctions unfairly, unwisely, imprudently, or immorally, but it remains widely accepted that law may ordinarily and legitimately use force to ensure compliance with its directives. (SCHAUER, 2015, p. 1, grifo nosso)

E isso, obviamente, é ainda mais cruel quando se encara as desigualdades sociais e as substanciais diferenças individuais no que concerne à possibilidade de enfrentar toda a estrutura coercitiva estatal, simplesmente sob a alegação de que o positivismo é “normativamente inerte”. Conforme bem identificam José Ricardo Cunha e Bethania Assy, o sujeito da injustiça social não dispõe dos mesmos instrumentos – desde o conhecimento do e sobre o direito, até os meios de resistência econômica, política, social e cultural – para poder fazer valer esta suposta possibilidade de “escolha” de (des)obediência às determinações jurídicas.

O problema com o argumento é que ao colocar a responsabilidade pela obediência ao direito exclusivamente como uma decisão pessoal, sem levar em consideração os mecanismos de repressão e sanção do próprio direito, parece **reiterar a vulnerabilidade e o abandono das pessoas diante do direito positivo**. Nesse sentido, essa omissão da teoria jurídica ou da filosofia do direito acabaria por reforçar as condições sociais por meio das quais alguns podem decidir não obedecer à lei e enfrentam consequências mínimas ou nenhuma, ao passo que outros tomam a mesma decisão e enfrentam as consequências mais gravosas, podendo, inclusive, no limite da repressão, pagar com a própria vida. Esse é o dilema do sujeito da injustiça social. Seja por razões econômicas, políticas ou culturais ele **estará mais uma vez abandonado a própria sorte diante da lei, para que “escolha” não cumpra-la e, com isso, tenha que facear todo tipo de consequências [...]**. Nessa linha, a filosofia do direito positivista é um alívio para os fortes e o um infortúnio para os fracos, pois descreve para ambos o direito e diz a eles: decidam! Esperar que os sujeitos da injustiça social simplesmente decidissem contrariamente à lei, mesmo

vivendo na pele toda a sorte de opressão que enfrentam, seria exigir deles que fossem heróis. E toda a teoria jurídica sabe que o direito não é feito para heróis e sim para pessoas comuns. (CUNHA; ASSY, 2016, p. 97-98)

No mesmo sentido, a resistência do positivismo jurídico em debater sobre quais são exatamente as funções ou finalidades do direito⁴⁹¹ ou a afirmação de que o direito pode servir a diferentes propósitos a depender dos contextos sociais ou – ainda que se concorde que a finalidade ou função do direito está relacionada com a coordenação social – a defesa de que os objetivos do direito podem ocorrer por diversos meios, sendo que o *meio* como a finalidade é buscada em cada sociedade seria mais importante do que a *finalidade* em si,⁴⁹² tudo isso indica um esvaziamento da responsabilidade em relação às consequências que a definição do conceito de direito pode acarretar. E tudo em nome de uma suposta neutralidade e objetividade em detrimento da própria finalidade, função, propósitos ou valores que são essenciais para o direito que, como artefato social, foi criado e é mantido exatamente para atender a determinadas finalidades que efetivamente interessam aos sujeitos reais que estão subordinados ao direito.

Uma das formas mais comuns utilizadas por positivistas para afirmar a objetividade do direito e **negar que juízos de valores façam parte do raciocínio jurídico** é o recurso ao conceito de técnica, onde esta pode ser entendida como um procedimento imparcial que conduz a um resultado isento.

[...] no âmbito da técnica jurídica, a realidade tornada objeto pelo sujeito da técnica é sempre uma pessoa. Mas como pessoa objetificada ela aparece como *não-subjetividade*, como um ente ou uma coisa à disposição daquele sujeito da técnica.

[...]

No mais das vezes, o *sujeito de direitos* poderia ser chamado de *objeto da técnica*, até porque **não é raro que a técnica se sobreponha aos direitos, como se o fim** do ordenamento jurídico **fosse aquela (técnica) e não esses (direitos)**. (CUNHA; ASSY, 2016, p. 70-72, grifo em negrito nosso)

Joseph Raz, por exemplo – embora reconheça que a compreensão sobre as funções do direito é muito importante para qualquer teoria do direito –, defende que a especificação das finalidades do direito é feita pelo próprio direito e que isso não teria relação com juízos de valor em si ou compartilhados pela sociedade. Sendo assim, ao defender que “prevenir comportamentos indesejáveis e assegurar comportamentos desejáveis” é “a função mais básica e elementar que o direito desempenha”, paradoxalmente, argumenta que isto não significa que o comportamento especificado seja “realmente indesejável” ou que a maioria da

⁴⁹¹ “Como outras formas de positivismo, a minha teoria não apresenta qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas enquanto tais; [...]” (HART, 2005, p. 310)

⁴⁹² Conforme a afirmação de Anthony Sebok (seção 3.3.2) diferenciando positivistas de não positivistas: “[...] the key difference between Hart, Kelsen [...] and Fuller (and Dworkin) is their conception of the law as means. The **positivists** claim that law is ‘better understood’ by focusing on its **means** while **Fuller and Dworkin** think that the law is better understood by focusing on its **ends**.” (SEBOK, 2010, p. 192, grifo nosso)

sociedade o considere indesejável, mas, tão somente que foi assim estipulado pelo direito.⁴⁹³ Portanto, conforme reiterado pelos professores da UERJ, não é incomum que a finalidade do direito seja estabelecida como se fosse algo independente daqueles que o criaram e que mantêm sua perpetuação.

A própria ideia de que não cabem questionamentos acerca do valor moral do direito – proposta de suposta neutralidade defendida pelo positivismo jurídico e exemplificada pelas afirmações expressas de Herbert Hart⁴⁹⁴ e Eugenio Bulygin⁴⁹⁵ – demonstra a resistência em debater sobre as finalidades do direito e o conseqüente afastamento dos juízos de valor na definição de um conceito que, como artefato, deveria questionar exatamente quais são suas funções e as finalidades que pretendem adequadamente atingir.

Conforme já defendido anteriormente,⁴⁹⁶ a metodologia puramente descritiva pode até ser considerada neutra, entretanto, a defesa de que é possível compreender adequadamente todo e qualquer tipo de conceito (considerando as relações complexas que alguns deles podem envolver) utilizando-se exclusivamente este tipo de metodologia, não pode ser considerada uma proposta “neutra”.

Seguindo o entendimento de Robert Alexy (2004, p. 160) – ao analisar o debate sobre a natureza da própria filosofia do direito – uma proposta neutra é aquela que “não adiciona preferências aos pesos dos [tipos de] argumentos que incorpora”, sendo que a única prova que pode se oferecer para indicar qual modelo ou teoria é a mais adequada, consiste em confrontar as propostas com o maior número possível de instâncias críticas.

Por que as *consequências* da estipulação do conceito de direito, mormente em relação àqueles que mais sofrem, não deveriam ser encaradas como uma dessas “instâncias críticas” às quais as diferentes propostas precisam ser submetidas?

Obviamente isso não significa que não se possa propor a devida atenção, e até a primazia, de critérios descritivos em detrimento de outros de natureza diversa. O que se quer é evidenciar que quaisquer propostas que deem primazia a algum aspecto de

⁴⁹³ “(a) Preventing Undesirable Behaviour and Securing Desirable Behaviour. [...] It may be claimed that this function is the most basic and elementary the law performs. [...] It should be obvious that by talking about undesirable behaviour it is **not** implied that the behaviour **is really undesirable** or that the **majority of the population considers it undesirable**. It is **regarded so by the law**. [...] It may be regarded undesirable **for any reason**.” (RAZ, 1979, p. 169, grifo nosso)

⁴⁹⁴ Seção 1.3.2.1: “O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito” (HART, 2005, p. 300)

⁴⁹⁵ Seção 3.1.3: “Preguntas acerca del valor moral de una norma jurídica o de un conjunto de normas jurídicas o acerca de nuestro deber moral de obedecer tales normas son perfectamente significativas, pero **no la pregunta acerca del valor moral del derecho en sí**.” (BULYGIN, 2004a, p. 16, grifo nosso)

⁴⁹⁶ Seção 3.3.4.1.

identificação/definição/caracterização de um conceito são tão valorativas quanto quaisquer outras, pois produzirão efeitos tanto na identificação quanto na aplicação concreta do conceito (mormente em relação aos sujeitos da injustiça social).

É por isso que o presente trabalho defende que é necessário oferecer *razões* que *justifiquem* porque uma teoria possibilita um conceito mais adequado do que as outras. Sendo que o juspositivismo, ao se afirmar normativamente inerte, efetivamente não o faz no que concerne às consequências da estipulação do conceito, mormente ao se pensar naqueles que não possuem meios para buscar se defender das determinações jurídicas.

3.5.2 O sujeito da injustiça social e o não positivismo

E no que concerne ao não positivismo ou ao pós-positivismo e sua relação com os sujeitos da injustiça social, seriam as teorias vinculadas a este paradigma adequadas à ideia de realização do sujeito de direito, mormente daqueles que vivem situações resultantes de opressão econômica ou relacionadas a preconceitos e discriminações que acarretam desigualdades injustas e imerecidas?

Embora reconheçam alguns méritos das teorias não positivistas, mormente em relação à superação de certos entraves verificados no positivismo jurídico – como o cientificismo, o tecnicismo e a aparente falta de preocupação com as consequências que possam advir da adoção de um determinado conceito de direito –, os professores da UERJ também apresentam críticas a diversos aspectos das teorias não positivistas, dentre as quais foram selecionadas aquelas consideradas mais contundentes, sendo possível afirmar que todas estão umbilicalmente ligadas entre si:

1) O não positivismo, apesar de ter o mérito de reabilitar uma dimensão axiológica no direito, precisa se aprimorar quanto ao fato de que os valores e princípios podem ser "capturados em jogos de sentido onde a condição retórica pode acabar por se sobrepor à realidade mesma" (CUNHA; ASSY, 2016, p. 150);

2) As teorias devem lidar com o fato de que “a fundação do direito é produto de uma força constituinte originária que cria as normas e as mantém suspensas graças ao crédito”, ou seja, a um *ato de fé* que as sociedades e indivíduos depositam no próprio direito enquanto instituição, sendo que, como toda “crença”, este não pode ser confundido com um fundamento ontológico ou racional. Portanto, com base em Jacques Derrida, afirma-se que o

direito é constituído por um “fundamento místico, que acompanha o ato constituinte e **não por conta de valores ou princípios**” (CUNHA; ASSY, 2016, p. 154-155, grifo nosso).

3) É necessário desconstruir o “*logonomocentrismo*”. A teoria não positivista negligencia “a dimensão do poder e da luta no direito” olvidando que a ordem jurídica é “um espaço instituinte de sentidos que decorrem da ação política de seus agentes” e não somente um conjunto de normas que supostamente se mantém coerentes com base em princípios ordenados pela razão argumentativa ou pela razão hermenêutica (CUNHA; ASSY, 2016, p. 157).

4) A moralidade concebida de forma abstrata, representativa, sem considerar o sujeito real, caracteriza uma perspectiva idealista que contribui para a “obliteração do sujeito”. Assim, a cena jurídica reforça as opressões sofridas na vida social geral, acarretando na exclusão teórica e prática do sujeito de direito, mormente daquele cuja opressão se origina de razões econômicas, políticas ou culturais (CUNHA; ASSY, 2016, p. 159).

Os parágrafos abaixo oferecem reflexões às advertências acima expostas.

É obvio que a simples identificação de uma *dimensão de valor, substancial, de moralidade política ou de conteúdo* (conforme a proposta de Dworkin – seções 1.2.6.4 e 1.4.2.3) ou de uma *dimensão ideal ou crítica* (de acordo com a teoria de Alexy – seções 2.1.5, 2.3.1.2 e, em especial, 2.4.2.2) – embora meritória no sentido de indicar que existem valores, finalidades, propósitos ou sentidos específicos que orientam o direito – não resolve os problemas que abarcam lutas sociais e batalhas de interesses divergentes que ocorrem desde a criação até a interpretação e aplicação do direito. Além disso, é obvio que tais conflitos podem transcorrer de modos mais diretos ou submersos na retórica e em possíveis imposições ou formulações axiológicas.

Todavia, defende-se aqui que, apesar do reconhecimento de que valores e princípios realmente não impedem, por si só, a possibilidade de opressão dos menos favorecidos, existem elementos nas teorias de Dworkin e Alexy, bem como outros desenvolvidos ao longo deste trabalho, que podem minimizar – ainda que nunca eliminar – essa ocorrência.

Uma das primeiras propostas de limitação da tentativa de captura de valores e princípios por meio da retórica se relaciona com a ideia de **artefato**. Tudo o que é construído pelo ser humano tem uma intencionalidade, uma finalidade, propósito ou objetivo que se deseja atingir e isto parece ser algo razoavelmente aceito pela substancial maioria dos teóricos do direito. Mas o ponto em que há significativa divergência e que se defende nesta tese (conforme exposto na seção 3.3) consiste em afirmar que os artefatos **só podem ser**

compreendidos funcionalmente, ou seja, por meio da adequada apreensão de seu sentido, causa final, valor, propósito ou – como diria Dworkin – seu *point*.

Essa afirmação tem potencial para servir de contra-argumento às críticas direcionadas ao não positivismo, como se buscará demonstrar nos próximos parágrafos.

É evidente que, mesmo que se concorde com isso, ainda restarão três grandes questões: *i)* como estabelecer a função específica de um artefato?; *ii)* mesmo que exista acordo sobre qual é exatamente a finalidade ou valor de um artefato, é provável que exista uma margem de indeterminação acerca da exata *concepção* da finalidade ou valor em que o artefato se fundamenta; e *iii)* caso se consiga alcançar a convergência sobre a exata concepção do propósito da finalidade do artefato, disso não se segue que tal finalidade seja necessária e automaticamente atingida na realidade.

No que concerne à definição da finalidade dos artefatos – por exemplo, o direito – a ideia de *conceitos políticos ou interpretativos* de Dworkin traz argumentos interessantes. A proposta (conforme visto nas seções 1.2.6 e 1.4) defende que questões relacionadas a valores, finalidades ou propósitos de práticas sociais não são dadas pela natureza, mas, ao contrário, precisam ser **construídas** por meio da exposição e debate das razões, motivos e justificativas que buscam fundamentar exatamente as práticas sociais às quais estão relacionadas.

Robert Alexy (2003b, p. 9), em sentido similar, ao enfatizar a importância dos argumentos práticos ou normativos – baseados na ideia de fazer o melhor de uma prática social considerando suas funções, finalidades ou tarefas – indica que a adequada compreensão de uma prática social pressupõe a compreensão de seus valores subjacentes, bem como a possibilidade de concebê-la como uma tentativa de extrair o melhor desses valores diante dos obstáculos reais e demais valores externos que estejam em confronto com ela.

Essa ideia de “atitude interpretativa” (nas palavras de Dworkin), pressuposto para a adequada compreensão dos conceitos interpretativos relacionados às práticas sociais, teria dois componentes: *a)* auxiliar na compreensão de que qualquer prática social “não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio – em resumo, tem alguma finalidade – que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática”; *b)* por isso mesmo, as exigências de qualquer prática social não estão vinculadas exclusiva e necessariamente às tradições, mas devem ser sensíveis função ou finalidade da própria prática.

[...] o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas, ao contrário, **suscetíveis a sua finalidade**, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade. Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição [...]

deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem rúnica. As pessoas agora tentam impor um *significado* à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, **reestruturá-la à luz desse significado**. (DWORKIN, 2007, p. 57-58, grifo em negrito nosso)

Portanto, a identificação da finalidade exige uma atitude interpretativa sobre o próprio significado das práticas sociais e da intenção que justifica, não apenas sua criação, mas também sua perpetuação no momento atual.

Neste contexto, é importante retornar à crítica do “fundamento místico da autoridade”, que se origina no pensamento de Montaigne ao defender que a obediência às leis não decorre de sua justeza, mas, como indica Derrida (2010, p. 21), “porque têm autoridade” e a origem desta autoridade se apoiaria sobre si mesma. Sendo assim, o direito seria “desconstruível, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis [...], ou porque seu fundamento último, por definição não é fundado” nem sobre questões de justiça, nem sobre valores, nem sobre nada que não seja ele mesmo. Entretanto, o próprio Derrida (2010, p. 26) indica que isso não significa necessariamente uma visão pessimista, pois “[q]ue o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico”.

A ideia de “pretensão de correção” de Alexy, por exemplo, parece oferecer uma reflexão sobre esta crítica. Ao mesmo tempo em que reconhece a possibilidade de indeterminações e divergências em relação ao direito, não abre mão da busca por um padrão comum, reconhecendo que este não é predeterminado, mas deve ser necessariamente aberto.

It is a **genuine characteristic of the claim to correctness** that the **criteria** of correctness are **open**. Otherwise it could not be raised everywhere in law. Not only do the criteria of correctness of different legal systems differ from one another, but also within a legal system criteria which are valid for correctness, for example, of statutes, judicial judgments, and acts of administration are of quite a distinct kind. The question is whether, in spite of all differences, there is a communality that produces a necessary connection between law and morality. (ALEXY, 1998, p. 209, grifo nosso)

Mas o fato de ser aberto não significa que possa ser qualquer coisa e a grande questão é exatamente debater o que, apesar de todas as diferenças, pode sinalizar aquilo que é comum e que conecta direito e moralidade.

Exemplificativamente, com o desenvolvimento das sociedades contemporâneas, em direção aos regimes democráticos, bem como o significativo consenso mundial em relação aos direitos humanos, o significado do direito necessariamente passou a se relacionar com conceitos, valores e princípios que com eles se entrelaçam e os reforçam, até para que o uso da força estatal (coerção) possa ser justificado. Portanto, ao se falar sobre a finalidade de

coordenação social por meio da orientação ou regulação de comportamentos (que certamente faz parte das funções do direito) tal propósito só pode ser adequadamente compreendido sob um viés democrático e que considere a dignidade humana.

Todavia, como já indicado acima, mesmo que exista acordo sobre a finalidade ao qual o direito serve, é plenamente possível a existência de indeterminações e divergências sobre a exata *concepção* desta finalidade. E isso faz parte do fato de que tanto o direito quanto sua própria finalidade podem ser considerados conceitos políticos ou interpretativos (assim como os próprios conceitos de democracia e dignidade). A terminologia do debate Hart-Dworkin relacionada a conceitos e concepções⁴⁹⁷ versou sobre esta questão que pode ser resumida da seguinte forma:

I call these “interpretive concepts” – that we share in spite of disagreeing about which understanding of the **concept** is best. We argue for one **conception** over others by constructing a theory to show why our favored conception best captures the value locked in the concept. Conceptual theories are of course controversial; this explains why different conceptions compete in both ordinary and philosophical usage. (Dworkin, 2011, p. 51, grifo nosso)

Portanto, é verdade que diferentes teorias e concepções disputarão não só o estabelecimento sobre qual é a finalidade de qualquer prática social (por exemplo, o direito) como também, mesmo após a definição dessa finalidade, tentarão emplacar suas próprias concepções sobre o exato significado desta finalidade. E cada uma dessas concepções está atrelada à visão de mundo específica e às teorias mais abrangentes sobre o que se considera o funcionamento adequado da sociedade e como determinada prática social se insere nesse contexto.

Neste ponto é importante ressaltar – conforme já indicado na introdução desta tese e, em alguma medida, tangenciado pelos professores da UERJ – que a inserção de padrões axiológicos no direito não pode servir de escusa para a incorporação de *moralismos* e a consequente *naturalização* de concepções de “bem” e “mal” que podem estar muito mais relacionadas à posição (social, econômica, cultural, étnica e de qualquer outra espécie) ocupada pelo indivíduo ou grupo (algo que poderia ser definido como *status*) do que propriamente a supostas características ou critérios racionais que diferenciariam e definiriam tais conceitos.

A existência de divergências, disputas e conflitos sobre as concepções valorativas que devem prevalecer, realmente possibilita que os valores e princípios possam ser “capturados em jogos de sentido onde a condição retórica pode acabar por se sobrepor à realidade

⁴⁹⁷ Em especial na seção 1.2.6.2.

mesma". Todavia, defende-se que não há outra forma de evitar este perigo real a não ser participando ativamente da própria disputa, que sempre ocorrerá ao se lidar com práticas sociais onde as demandas são vastas e, muitas vezes, mutuamente excludentes.

A proposta de direito como artefato no sentido de debater publicamente quais são suas finalidades e propósitos – e, conseqüentemente, quais conceitos axiológicos e suas específicas concepções fundamentam tais finalidades, sempre a depender **do papel ativo dos participantes** nos permanentes conflitos e disputas que perpassam nossas práticas sociais –, ao fomentar o permanente e escancarado debate acerca das finalidades do direito, pode colaborar com a concretização do caráter desconstruível que o direito tem/precisa ter para considerar a dinâmica social e a busca pela obtenção de uma sociedade menos injusta.

Aliás, conforme defende Dworkin, todos aqueles que participam destas disputas ou conflitos, seja de maneira mais intensa ou mesmo de forma muito tênue (por meio dos instrumentos políticos, das decisões judiciais, na vida acadêmica, na participação nos movimentos sociais ou mesmo nas conversas com amigos e vizinhos) estão tomando partido de alguma concepção específica – vinculada a teorias também específicas sobre o funcionamento da sociedade e o papel de cada cidadão – mesmo que não tenham plena consciência disso.

Few people who use the concept of democracy would agree that what a democracy is depends on which political theory provides the best justification of paradigms of the concept. Most would insist that they rely on a criterial or commonsense account of the matter, or none at all. But we nevertheless need the idea of an interpretive concept to explain their behavior: why they support or oppose theories of democracy in the way they do, and why their agreements and disagreements about whether particular governments are democracies are genuine, as they certainly suppose them to be. People are not always or even often aware of the buried theoretical structure needed to justify the rest of what they think. (DWORKIN, 2011, p. 163)

Dentre estas diferentes propostas de visão do direito e do mundo que o cerca, tanto Dworkin como Alexy parecem, em alguma medida, preocupados em oferecer teorias que considerem o interesse de todos os envolvidos.

Para Alexy, a preocupação com o interesse de todos os envolvidos pode ser representada pelo “pentágono da dimensão ideal” onde o autor defende que a correlação entre as duas dimensões do direito (ideal e real) necessariamente implica:

a) A fórmula de Radbruch como limite do direito visando evitar a injusta extrema, portanto, certamente minimizando os sofrimentos mais intensos a que os sujeitos da injustiça social poderiam ser expostos.

b) A utilização de argumentos não autoritativos que envolvem tanto argumentos *morais* (relacionados à justiça), *éticos* (relacionados à autocompreensão coletiva) e *pragmáticos* (estabelecendo uma racionalidade entre meios e fins), sendo que a pretensão de correção atribuiria prioridade às razões morais.⁴⁹⁸ É bem verdade que a teoria alexyana prevê uma prioridade *prima facie* das razões ou argumentos autoritativos ou institucionais, mas tal prevalência existe desde que não existam “motivos racionais que possam ser citados para conceder precedência aos outros argumentos [não autoritativos ou não institucionais]”. Portanto, a princípio, nada impede uma proposta (devidamente desenvolvida) escolhendo o sofrimento das pessoas em pior situação social, econômica ou cultural como motivo racional que tenha prevalência sobre os argumentos institucionais.

c) A prioridade dos direitos humanos sobre todas as outras normas, com fundamentação na ideia de que “se os direitos humanos são justificáveis, sua pretensão de prioridade é, assim, também justificável”. Para Alexy (2012, p. 9; 2017a, p. 337-338) o caráter moral dos direitos humanos assegura que sua validade depende apenas de sua *justificabilidade*, portanto, são direitos morais independentemente de sua posituação. Este é um exemplo perfeito de eleição de critério *não institucional* com pretensão de precedência sobre qualquer outro argumento possível.

Nesse sentido, talvez seja um dos pontos mais relevantes em relação ao sujeito da injustiça social, por dois motivos. Primeiro em função da priorização de direitos que obviamente atendem mais imediatamente aos que têm maior possibilidade de estar sofrendo ou em vias de sofrer desigualdades injustas e imerecidas decorrentes de preconceitos, discriminações ou empobrecimento. Segundo, porque aqui o autor evidencia uma possível diminuição da abstração ou idealização do sujeito de direito de sua teoria, ao afirmar que as propriedades dos direitos humanos, aliada a teoria do discurso, indicam que somente um “participante genuíno no discurso” pode compreender e considerar adequadamente a dimensão ideal do direito e, conseqüentemente, fundamentar os direitos humanos, pois ter capacidades discursivas não implica necessariamente um interesse em fazer uso efetivo delas.

Esse *interesse* em fazer uso destas capacidades diz respeito não apenas à dimensão do discurso, mas também à **dimensão da ação**, ou seja, o “interesse na correção consiste em levar a sério as implicações das capacidades discursivas na vida real, ou seja, levar os direitos

⁴⁹⁸ Conforme nomenclatura utilizada pelo próprio autor (ALEXY, 2017a, p. 336-337)

humanos a sério”.⁴⁹⁹ Além disso, evidencia que a ideia de **fundamentação** ou **justificação** deve estar relacionada à ideia de reconhecer o outro como uma pessoa que, conseqüentemente, precisa ter sua dignidade reconhecida, portanto, ainda que não utilizando exatamente esta palavra, reconhece ao menos um esboço de *outricidade*.

Essa ligação entre faculdade e interesse implica o reconhecimento do outro como autônomo [...]. Quem reconhece o outro como autônomo, reconhece-o como pessoa. Quem o reconhece como pessoa, atribui-lhe dignidade. Quem lhe atribui dignidade, reconhece seus direitos humanos. Com isso, estamos no centro da fundamentação. (ALEXY, 2010b, p. 22)

É verdade que a proposta ainda se encontra em um nível significativo de abstração, mas nada parece contradizer a possibilidade de um desenvolvimento em direção a uma maior responsabilidade e consideração no que concerne à singularidade do outro. Conforme ensina Derrida (2010, p. 37, grifo nosso), singularidade e universalidade, ao menos na busca da garantia de direitos e na concretização de justiça, não são necessariamente antagônicos, porque a justiça se endereça sempre “à singularidade do outro, apesar ou **mesmo em razão** de sua pretensão à universalidade”.

Além disso, se combinarmos a correlação que Alexy faz entre justificabilidade e reconhecimento do outro, com a questão específica da necessidade de debate e justificação da própria finalidade do direito (e de seu próprio conceito, se considerarmos a teoria do direito como artefato) poderíamos afirmar que o debate valorativo sobre os propósitos do direito não tratam necessariamente de uma essência, como algo dado. Trata-se, por um lado, de uma definição *racional* no sentido de que algo só é criado e se mantém socialmente se for capaz de realizar adequadamente suas finalidades e, por outro, de uma definição *ética* a partir do momento em que estipula que a pretensão de correção ou a dimensão ideal ou a dimensão valorativa devem considerar o interesse de todos os envolvidos e o reconhecimento de cada cidadão como uma singularidade dotada de dignidade.

Portanto, conceder maior peso ou urgência às dignidades que estiverem sob maior ameaça não parece algo incompatível com o não positivismo, mormente se compreendermos

⁴⁹⁹ “Having discursive capabilities does not imply an interest in making use of them. This might be called the ‘interest problem’. The interest problem concerns the dimension of discourse as well as the dimension of action – that is, real life as distinct from mere talk. In this second dimension, it is far more pressing. Now human rights are rights that concern not only discourse but also essentially action. The interest in making use of discursive capabilities solely in the sphere of argument might be called a ‘weak interest in correctness’. By contrast, the interest in making use of discursive capacities not only in the sphere of argument but also in the realm of action can be characterized as a ‘strong interest in correctness’. The strong interest in correctness comprises taking seriously the implications of the discursive capabilities in real life, that is to say, in taking human rights seriously. In this way, the interest in correctness makes it possible for us to arrive at the object of our justification.” (ALEXY, 2012, p. 11-12)

que a própria perpetuação existencial da sociedade (e conseqüentemente do direito) depende da concretização dessa proposta.

É para superar as formas enrijecidas do estado de direito e as eventuais desconfianças morais que o **princípio ético** atua na co-originalidade trivalente. Ele determina que o **primeiro de todos os valores é o valor que se dá a alguém**. [...] O princípio ético [como ética da alteridade] exige consideração e valorização do outro, mas não apenas isso, exige também que **as demandas daqueles que sofrem a injustiça social sejam prioritariamente consideradas**. Toda alteridade importa, mas o tempo da injustiça requer um tratamento especial para aqueles que mais sofrem com as diferentes modalidades de opressão. Aquela consciência que a teoria do direito deve adquirir ao levar em consideração **o papel** [função, finalidade ou propósito] que o **direito** possui na **manutenção dos laços sociais**, implica não apenas constatar a singularidade dos **sujeitos da injustiça social**, mas, também, **elevá-los a condição de sujeito universal da ética**, compreendendo que a violação da dignidade que lhes é intrínseca significa a violação da dignidade de toda e qualquer pessoa, sem o que se torna **impossível o projeto de uma sociedade de pessoas livres e iguais**. (CUNHA; ASSY, 2016, p. 172-173, grifo nosso)

d) A democracia não pode ser entendida exclusivamente como um procedimento de decisão, mas também como uma forma de discurso ou procedimento argumentativo, que só pode ser representando pela ideia de democracia deliberativa. Nela, “o plano dos interesses e do poder é superposto pelo plano dos argumentos, no qual todos os interessados debatem sobre uma solução política correta” (ALEXY, 2010b, p. 23).

Cabe aqui reiterar exposição feita anteriormente⁵⁰⁰, posto que fundamental para compreensão do tema: pressupõe-se que é possível discutir racionalmente sobre problemas práticos, considerando uma pretensão de correção que não pode ser confundida com a simples elaboração de consensos, pois um “consensualismo” – no sentido de algo que é apoiado exclusivamente no fato da concordância ou congruência – não é suficiente para constituir uma fundamentação, sendo necessária a apresentação de argumentos.

Destarte, o debate democrático demanda uma prática de afirmar, questionar e apresentar razões, sendo que tal prática deve ser fundada na liberdade e igualdade substancial dos participantes do discurso.

Certamente caberia um aprofundamento sobre como seria possível fazer com que as pessoas que se encontram, muitas vezes, alijadas das verdadeiras esferas de decisão da sociedade, possam ser ouvidas ou, ainda, quais ações podem colaborar para a efetiva concretização da liberdade e igualdade pressupostas, visando que tais debates não se transformem em mera retórica.

A ideia dos “mandatos coletivos” que vem ocorrendo desde 2016 no Brasil pode ser um exemplo interessante na análise sobre a concretização da ideia de democracia deliberativa.

⁵⁰⁰ Seção 2.3.2.1.

Embora as normas eleitorais e o regimento das assembleias e câmaras legislativas impeça que um grupo atue como titular de um mandato parlamentar, algumas candidaturas coletivas têm sido postas em prática, ocasionando inclusive mobilização para reformar as normas e permitir uma rotatividade física destes representantes, o que atualmente não é possível.

O que se busca argumentar aqui é que todas as propostas de operacionalização da democracia deliberativa – e, portanto, que contribuam para dar voz (e rosto) aos excluídos – é perfeitamente compatível com este pressuposto abstrato da teoria não positivista de Alexy.

e) Os sistemas jurídicos compreendem não apenas regras que expressam um "dever ser" real, mas também princípios expressando um "dever ser" *prima facie* ou ideal. Embora Alexy (2014a, p. 202-207) admita que, enquanto *ideal*, este dever constitua “um dever ser abstrato ainda não relacionado às limitadas possibilidades dos mundos empírico e normativo”, também entende que “todo princípio exige uma solução do caso que a ele corresponda, ou seja, um dever ser concreto que corresponda a ele”. Sendo assim, o dever ser ideal “é um verdadeiro dever ser, que em casos de conflito implica um dever ser concreto que, porém, **deve poder ser avaliado de acordo com as possibilidades do mundo, do jeito que ele é**”.

Levando em conta tais afirmações, não parece haver uma impossibilidade em considerar “o sujeito concreto e imediato” como “doador de sentido [...] para as normas de direito” (CUNHA; ASSY, 2016, p. 169), sendo que os princípios (ao considerar o mundo “do jeito que ele é”, mas sem perder o horizonte de um mundo ideal) podem colaborar nessa adequada compreensão sobre o sentido do direito em situações concretas.

Sendo assim, concorda-se com a lição da professora Cláudia Toledo (2017, p. 47) quando assegura que

A obra de Alexy busca constantemente identificar a racionalidade presente na realidade jurídica, objetivando *não só* sua descrição, mas sua implementação e incremento. Sua contribuição resta assim não apenas no esclarecimento das *questões* que leva ao debate, mas na *perspectiva* propositiva do seu pensamento visando ao aperfeiçoamento da realidade jurídica no sentido de sua racionalidade, requisito indispensável para sua *correção*, ou seja, para um *Direito* que não só normatize a vida social, mas que seja justo.

Já Ronald Dworkin (2010, p. 221-224, grifo nosso) busca estipular em suas obras mais recentes uma epistemologia dos valores que distingue dois modos de compreensão sobre eles: a) o valor pode ser considerado como **autônomo** em relação à ideia de viver bem – deve-se respeitá-lo porque é, *em si mesmo*, algo importante; b) o valor pode estar **integrado** à própria ideia de viver bem, o fato de aceitar esse valor “enriquece a nossa vida de algum outro modo”,

ou seja, só é considerado um valor em função de alguma melhoria que proporciona a ideia de viver bem, e não por ser, *de per si*, considerado um valor.

Existem valores que não podem ser considerados de modo autônomo, pois só adquirem a importância avaliativa que lhes é atribuída “devido à contribuição que dão ao desfrute de nossa vida **e das vidas alheias**”, embora isso não signifique que só têm valor como instrumento para obtenção de uma vida boa. Nas palavras do autor, “consideramos esses valores como *aspectos ou componentes* de uma vida atraente e plenamente bem-sucedida, e não como recursos instrumentais para vir a tê-la”.

A justiça não é um deus ou um ícone: nós a valorizamos, se o fazemos, devido a suas **consequências** para as vidas que levamos **enquanto indivíduos e coletivamente**. (DWORKIN, 2010, p. 224, grifo nosso).

No último livro publicado antes de seu falecimento, “*Justice for hedgehogs*”, Dworkin (2011, p. 1) desenvolve este argumento até chegar ao que chama de *unidade do valor*, caracterizada pela ideia básica de que os conceitos relevantes para os seres humanos – principalmente a ideia de ‘viver bem’ e ‘ser bom’ (ou, simplesmente, de bem e justo) – não devem apenas ser **coerentes**, mas devem se **reforçar mutuamente**, formando um todo coeso, integrado e onde o conjunto reforça as partes e cada unidade apoia a manutenção do conjunto.

Evidente que isso não chega ao ponto de defender expressamente – como o faz a teoria crítica do direito dos professores José Ricardo Cunha e Bethania Assy – uma ética da alteridade, mas Dworkin certamente indica a questão da consideração e respeito que devemos ter com o próximo.

Aliás, ele indica expressamente dois **princípios soberanos** que qualquer governo precisa reunir para ser considerado legítimo (e legitimamente exercer a coerção), bem como qualquer teoria da justiça precisa incorporar para ser considerada aceitável: *igual consideração pelo destino* de todos e *pleno respeito pela responsabilidade* de cada um tem pelas próprias vidas. É verdade que a compreensão de Dworkin prevê tais princípios como abstratos e universais, mas reconhece a necessidade de que estes sejam sensíveis às circunstâncias do mundo real, bem como a urgência de sua concretização. Sua única exigência é que a interpretação de tais valores ocorra de forma a – priorizando a unidade do valor – não produzirem conflitos entre si, mas que se reforcem mutuamente. Todavia, isso não significa que qualquer interpretação que supostamente não gere conflito seja aceitável.

Neste ponto, torna-se evidente que ainda que fosse alcançado o improvável consenso sobre qual é a finalidade do artefato – bem como a exata concepção do valor ou princípio por trás dessa finalidade – disso não se segue que tal propósito seja automaticamente atingido na

realidade, pois, em grande parte o sucesso do projeto depende de não se “negligenciar a dimensão do poder e da luta no direito”, porque efetivamente depende “da ação política de seus agentes”. (CUNHA; ASSY, 2016, p. 157)

Para demonstrar a existência de “falsas concepções” sobre os dois princípios soberanos, Dworkin (2011, p. 353-354) critica uma interpretação “conservadora” da *igual consideração* que nega que a distribuição de recursos materiais seja uma função essencial do governo. Nesta interpretação a igual consideração seria atendida pelo governo “simplesmente permitindo toda a liberdade de que necessitam para trabalhar, comprar e vender, poupar ou gastar, como podem ou pensam ser melhor”. Obviamente, mesmo que se partisse de condições iguais em relação aos recursos materiais iniciais que cada um dispõe, o grau de riqueza produzido após algum tempo seria muito desigual porque as diferentes pessoas têm características e habilidades distintas, além disso, fatores como sorte também poderiam ter uma influência significativa.

Apesar do relato, os conservadores defenderiam que, como nada disso se relaciona às ações do governo (que nada fez), não se pode acusá-lo de desrespeitar a igual consideração, da mesma forma que a maioria dos corredores que não terminam uma maratona nos primeiros lugares não pode acusar os organizadores de não demonstrar igual consideração pelos perdedores.

O autor afirma que, apesar de popular, tal argumento é tolo exatamente porque “pressupõe que o governo pode ser neutro diante dos resultados da corrida econômica” (ou de qualquer tipo de disputas sociais). Entretanto, “tudo o que o governo de uma grande comunidade política faz ou deixa de fazer afeta os recursos de cada um dos seus cidadãos e o sucesso por eles alcançado”.

Obviamente que outras variáveis também devem ser consideradas: capacidades físicas e mentais, escolhas anteriores, sorte, as atitudes dos outros cidadãos, dentre várias possibilidades. Mas as decisões políticas adotadas pelas comunidades certamente têm um peso substancial.

As leis e programas de ação política de uma comunidade constituem o seu **acordo político**. [...] todas as outras partes da legislação também pertencem a esse acordo: as políticas fiscal e monetária, as leis trabalhistas, as leis e programas ambientais, o planejamento urbano, a política externa, a política de assistência médica, a política de transporte, as regulamentações de alimentos e medicamentos e tudo o mais. Quando se modifica qualquer uma dessas leis ou programas de ação política, **modifica-se também a distribuição da riqueza e das oportunidades na comunidade**, dadas as mesmas escolhas, a mesma sorte, as mesmas capacidades e todas as outras variáveis pessoais de cada cidadão. Por isso, não podemos fugir ao desafio da igual consideração afirmando que os recursos do indivíduo dependem de suas escolhas, e não das escolhas do governo. **Dependem de ambos. O acordo político**, que está sob o controle da comunidade, **fixa as oportunidades e as**

consequências da escolha de cada indivíduo para cada um dos conjuntos de escolhas sobre educação, formação, emprego, investimento, produção e lazer que ele possa fazer, e para cada um deles, os eventos de boa ou má sorte que ele pode encontrar. É um subterfúgio tosco dizer que a política do *laissez-faire* (que simplesmente significa a escolha de um conjunto de leis, ao invés de outro) não é um ato de governo. (Dworkin, 2011, p. 353-354, tradução e grifo em negrito nosso)

E, reiterando, que cada escolha sobre o acordo social tem, obviamente, suas consequências, o autor assevera que a analogia com a maratona é perfeita, pois evidencia que as decisões não podem ser (e efetivamente não são) neutras em relação à distribuição de recursos e demais consequências sociais:

Corridas apropriadamente projetadas **não são neutras**: elas são aparelhadas para que pessoas com habilidades específicas tenham maior probabilidade de vencer. Esse tipo de ajuste não caracteriza um preconceito; ele trata as pessoas como iguais porque se presume que compartilham o sentido do propósito da atividade. Mas o propósito de conviver em **comunidades políticas legítimas** subordinadas ao **princípio da dignidade** não é identificar e recompensar qualquer conjunto de habilidades, qualidades ou sorte em particular. Portanto, **leis que previsivelmente terão esse resultado podem ser tendenciosas**. (Dworkin, 2011, p. 354, tradução e grifo em negrito nosso)

Tudo isso visa argumentar que Dworkin, apesar de defender “a virada da hermenêutica moral na teoria do direito”, parece concordar com a afirmação de que “o fundamento moral do direito deve ser debatido e disputado ao invés de simplesmente assumido” (CUNHA; ASSY, 2016, p. 157-158).

Sendo assim, nada parece contrariar, por exemplo, a proposta que Derrida denomina de “desconstrução rigorosa”, exatamente porque se busca estimular o permanente debate não apenas teórico, mas também político, jurídico, social e ético (reconhecendo que não é possível separar completamente essas esferas) acerca das finalidades do direito. E, ao fazê-lo, consequentemente se determina a necessidade de discutir e questionar sobre seus valores e princípios não apenas fundantes, mas que justifiquem sua perpetuação.

[...] manter sempre vivo um questionamento sobre a origem, os fundamentos e os limites de nosso aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça é, do ponto de vista de uma desconstrução rigorosa, tudo salvo uma neutralização do interesse pela justiça, uma insensibilidade à justiça. Pelo contrário, é um aumento hiperbólico na exigência de Justiça, a sensibilidade é uma espécie de desproporção essencial que deve escrever nela, o excesso e a inadequação. (DERRIDA, 2010, p. 37)

Projeto que é inalcançável por meio da teoria do positivismo jurídico (seja em sua vertente normativista, que o atrela a um caráter estático, seja em seu viés conceitual, normativamente inerte, que considera absolutamente irrelevante as suas consequências práticas).

Após todo o exposto, esta tese defende que uma proposta no sentido de que o sofrimento dos sujeitos da injustiça social deve ser considerado razão prioritária, tanto na identificação da finalidade do direito (e conseqüentemente na definição do próprio conceito) quanto na interpretação dos valores que integram a prática social, parece perfeitamente compatível com a estrutura geral das teorias não positivistas apresentadas até aqui, ainda que se reconheça a necessidade de desenvolvimentos capazes de especificar a operacionalização que fomente a participação efetiva dos sujeitos da injustiça social.

CONCLUSÃO

Este trabalho partiu da hipótese de que o *mainstream* das teorias do direito não tem dado a devida atenção aos conceitos de finalidade(s) ou função(ões) típica(s) do direito. E foi possível perceber que mesmo aquelas teorias que indicam a relevância de finalidades ou funções, não realizam um estudo mais sistemático sobre as consequências destes conceitos para a identificação e aplicação do direito ou, muitas vezes, o fazem de um modo que possibilita que sejam alvos de críticas sobre sua excessiva abstração e a possível desconsideração da realidade.

Ao longo do trabalho, buscou-se em um primeiro momento apresentar os pontos centrais das teorias do positivismo (a partir dos argumentos de Hart e Bulygin) e do não positivismo (considerando as posições de Dworkin e Alexy) visando confrontá-los com os seguintes questionamentos: *i*) seria possível afirmar que o direito, enquanto construto social, tem uma função, objetivo, propósito ou finalidade? *ii*) a definição do(s) conceito(s) de direito, de cada uma das propostas apresentadas, implica consequências em sua aplicação? e *iii*) é possível e adequado utilizar a ideia de sujeito da injustiça social como elemento de crítica às teorias do direito e, em caso afirmativo, como isso se reflete em cada teoria?

A identificação dos pressupostos filosóficos e teóricos, bem como as singularidades específicas de cada teoria possibilitou reconhecer convergências e divergências e a busca de respostas aos questionamentos, acima elencados, a partir das propostas específicas de cada um dos autores.

Com base neste mapeamento, foi possível verificar que, ao menos atualmente, há certo consenso sobre a existência de finalidades ou funções relacionadas ao direito. Apesar disso, é importante reconhecer divergências pontuais sobre: a) a (im)possibilidade de especificar finalidades e funções comuns a qualquer direito existente em qualquer tempo ou lugar; b) como identificar e quais seriam estes propósitos similares; e c) qual seria sua efetiva relevância (se é que teria alguma) para a conceituação e aplicação do direito.

Portanto, esta convergência acerca da existência de funções e finalidades do direito não gera necessariamente discursos e consequências similares para todas as teorias.

Por exemplo, para o positivismo jurídico de forma geral, considerando que o direito é algo construído pela sociedade e que diferentes coletividades podem ter diversos propósitos ou mesmo modificar seus objetivos ao longo do tempo, isto significa que o direito não é estático, mas dinâmico, portanto não existiria necessariamente funções ou finalidades *essenciais*, no sentido de algo sem o qual o direito não poderia existir. O direito não tem uma

essência, ao menos não no mesmo sentido de objetos naturais como a água, o ouro e os animais.

Já as teorias não positivistas deixam evidente sua preocupação com a existência de finalidades, funções, objetivos, propósitos, sentidos e valores que servem como fundamentação das práticas sociais e que estes, em alguma medida, constituem ou fazem parte dos próprios elementos essenciais do direito.

Não obstante estas e outras divergências, foi possível verificar que também existe certo consenso sobre o fato de que a função ou finalidade do direito estaria relacionada, em alguma medida, com a organização dos comportamentos humanos visando auxiliar na resolução dos problemas de coordenação social.

Diversos positivistas (como Hart, Bulygin⁵⁰¹, Kenneth Ehrenberg, Wil Waluchow, Andrei Marmor, Frederick Schauer e Joseph Raz), passando por jusnaturalistas (como John Finnis) até chegar aos representantes expressivos do não positivismo (como Dworkin e Alexy) identificam que as finalidades ou funções do direito têm relação com esta ideia básica de guiar, orientar e regulamentar os comportamentos sociais.

Além disso, esta também parece ser a compreensão não só dos cidadãos comuns, mas das próprias autoridades que lidam cotidianamente com o direito.

É verdade que “guiar ou orientar o comportamento”, “auxiliar na coordenação social” e outras noções similares são amplas o suficiente para abarcarem concepções diversas. O debate entre Hart e Dworkin exemplifica esta afirmação, considerando que divergem, por exemplo, sobre se a justificação da coerção deveria ser considerada dentre as finalidades ou funções do direito.

Entretanto, um dos argumentos que a presente tese procurou demonstrar é que o direito pode ser adequadamente compreendido como um *artefato social*, ou seja, como algo que é construído pelo gênero humano com finalidade, função, propósito ou objetivo.

Mais especificamente, defende-se – seguindo o pensamento de Jonathan Crowe – que se algo é criado visando atender a determinados propósitos, *logicamente*, não apenas sua aplicação, mas até mesmo sua própria conceituação são delimitadas pela função ou finalidade que se espera que o artefato atenda, sob pena de não representar adequadamente as intenções ou expectativas que justificaram tanto a criação quanto a perpetuação e continuidade de sua existência.

⁵⁰¹ Embora este não fale expressamente em funções ou finalidades do direito, mas sim de finalidades principais do legislador e, conseqüentemente, da legislação (ALCHOURRON; BULYGIN, 1991, p. 441-442).

O exemplo de uma prática social simples – duas pessoas arremessando, entre si, uma bola – demonstra o raciocínio básico desta teoria. As pessoas estão simplesmente se divertindo ao jogar e pegar uma bola? Trata-se de um jogo competitivo, onde se ganha fazendo a outra pessoa errar? É uma ação cooperativa, em que o objetivo é ver quantas vezes a bola pode ser lançada e devolvida sem que uma das pessoas a deixe cair?

Defende-se que a adequada compreensão de uma prática social, mesmo simples como essa, não é plenamente possível sem que se possa identificar qual dessas três caracterizações (entre diversas outras possíveis) corresponde aos propósitos daqueles que a criaram e dos praticantes que a mantêm. E só poderemos saber se as ações desenvolvidas pelos participantes podem se enquadrar adequadamente numa daquelas práticas sociais a partir de sua avaliação em contraste com as finalidades e os objetivos específicos que caracterizam e conceituam a própria prática que supostamente estão realizando. Neste sentido, os propósitos de uma prática social não só servem para avaliar se as “ações” de seus participantes estão em conformidade com o que supostamente se espera, mas também caracteriza um componente essencial da própria prática que, assim, influencia na conceituação desta. Exemplificativamente, o conceito de uma prática cooperativa possui, necessariamente, ao menos alguns elementos e pressupostos teóricos e filosóficos que não se confundem com aqueles de uma prática competitiva.

Obviamente que esta afirmação, bem como a definição sobre quais são estes pressupostos caracteriza o que Alexy denomina de questão “genuinamente filosófica”. Mas o ponto relevante de qualquer questão filosófica é que ela não pode ser respondida somente com base numa metodologia meramente descritiva, típica da perspectiva de um observador (ainda que esta possa constituir uma fase importante para a compreensão de uma prática social), e a presente tese se utiliza da teoria do artefato para buscar defendê-la.

Diferentemente dos objetos naturais, os artefatos são efetivamente criados ou instituídos⁵⁰², bem como mantidos e perpetuados, para que se atinjam determinados objetivos. Sem os seres humanos tais objetos sequer existiriam ou, ao menos, não teriam a existência que lhes foi concedida. Conseqüentemente, sua essência, sua natureza, sua razão de ser enquanto artefato depende umbilicalmente das finalidades que justificam sua existência.

Com essa perspectiva, para que uma prática social seja reconhecida como “direito” é necessário que seja constitutivamente capaz de cumprir suas funções. Mas, para além disto, a

⁵⁰² Não se utiliza aqui apenas a palavra “criação” exatamente para que se possa abarcar as situações onde não houve um momento específico de criação, apesar da prática social considerar determinado artefato como tendo uma função ou finalidade específica. Basta recordar o exemplo da árvore caída “transformada” em local de encontro e descanso.

função ou finalidade é algo que delimita o próprio conceito que define a prática. Em outras palavras, a *função* própria ou típica deste construto social é um *atributo causal característico* que é, ao mesmo tempo, um *componente essencial* para qualquer **explicação** adequada sobre o conceito de direito, bem como um *padrão avaliativo fundamental* para julgar se qualquer ação, documento ou prática constitui um exemplo mais ou menos adequado para ser considerado como pertencente ao direito.

Neste sentido é que se afirma que algo só pode ser considerado “direito” se é: *i*) coletivamente reconhecido como direito – por um grupo que tenha um conceito apropriado de direito, incorporando sua função e uma série de outras características relevantes – (*condição de aceitação*); e *ii*) é constitutivamente capaz de cumprir suas funções (*condição de sucesso*). Ao combinar as duas condições – essenciais para qualquer artefato – pode-se compreender porque a *função apropriada* desempenha um papel central na explicação de um conceito e que este é delimitado pela própria função, finalidade ou propósito.

The proper function of a screwdriver, on this view, plays a central role in explaining why something counts as a screwdriver in the first place. An artifact normally counts as a screwdriver only if its creator both has in mind an appropriate concept of a screwdriver (including its proper function) and intends the created item to substantially fulfil that concept. The type of intention that is necessary to produce a screwdriver is therefore partly defined by its proper function.

Sendo assim, fortalece-se o argumento de que se algo não for capaz de desempenhar minimamente sua função ou buscar sua finalidade – cuja especificação obviamente está aberta a questionamento e debates públicos – então, não pode ser considerado como pertencente àquela categoria de artefato.

Entende-se que a teoria do artefato constitui um marco importante porque gera propostas dissonantes quando confrontada com as teorias positivistas e não positivistas, indicando problematizações que podem colaborar para uma melhor compreensão sobre o conceito de direito.

O positivismo jurídico é praticamente consensual quanto ao fato do direito constituir um artefato social, ou seja, um construto intencional humano. Todavia, como já indicado acima, para esta teoria isso só significa que o direito é dinâmico e, portanto, que suas finalidades e objetivos podem mudar considerando o espaço geográfico e o decurso do tempo. Sendo assim, não há relação necessária entre determinadas finalidades e sua conceituação. Já no que concerne à aplicação do direito, considerando a proposta do positivismo conceitual de ser normativamente inerte, sequer há que se questionar sobre o ajuste entre as efetivas consequências do direito e qualquer finalidade possível.

O não positivismo também apresenta interessantes questões quando contraposto à teoria do direito como artefato, pois, embora ele deixe evidente a preocupação com as finalidades, funções e propósitos do direito – não apenas no que concerne à aplicação, mas com influência direta na própria conceituação – não foi possível encontrar nos argumentos de Dworkin e Alexy, ao menos no âmbito da pesquisa realizada, qualquer referência à ideia do direito como artefato. Supõe-se aqui que isto ocorra tendo em vista a forte referência que esta terminologia tem para o positivismo jurídico.

Além disso, entende-se que as correlações que o não positivismo estabelece com as ideias de finalidade e seus correlatos são feitas com a intermediação de propostas que, ao menos em um primeiro momento, podem remeter a concepções significativamente abstratas e, de acordo com certas interpretações, até mesmo metafísicas.

Ou seja, é verdade que tanto Dworkin quanto Alexy tratam diversas vezes sobre a relação entre o direito e suas finalidades, mas isso é feito, na maior parte do tempo, com o auxílio de ideias como dimensão de valor ou de moralidade; comunidade de princípios; “princípios que melhor se ajustam ao direito constituído e melhor o justificam”; conceitos políticos ou interpretativos; conceito aspiracional do direito; direito como integridade; unidade valorativa; pretensão de correção; conexões classificadoras e qualificadoras; argumento da injustiça; contradição performativa; dimensão ideal; entre outros.

Entende-se que na base de todas estas propostas estão as ideias de objetivo, propósito, sentido, valor, função ou finalidade do direito, bem como que estas têm uma vinculação com a realidade concreta a partir da ideia de perspectiva do participante, adotada por ambas as teorias.

Todavia, defende-se que a teoria do artefato pode contribuir para diminuir a resistência de algumas destas propostas, trazendo elementos mais palatáveis e que limitam a conceituação e a aplicação do direito a partir de noções que colaboram para uma compreensão mais factível de algumas propostas abstratas dos autores, mormente ao se considerar que existe certo consenso sobre a(s) finalidade(s) básica(s) do direito perpassando as principais teorias do direito.

Se o direito tem uma *finalidade* isso significa que sua identificação e aplicação estão, em alguma medida, atreladas a tal propósito, sob pena de não haver qualquer lógica em sua criação e manutenção, mormente quando se trata de instituição tão dispendiosa em termos de estrutura, recursos, pessoas e tempo. Isso sem contar a influência efetiva que tem na vida de todos. É por isso que o direito consiste em uma prática *argumentativa*, ou seja, caracterizada pela compreensão que os próprios *participantes* têm da necessidade de apresentarem razões

para que as proposições jurídicas que defendem sejam compreendidas como *justificáveis* pelos demais participantes dessa prática. Consequentemente, qualquer proposta sobre o que o direito é deve ser uma interpretação que considera a intencionalidade e finalidade pressupostas pela prática.

Partindo do pressuposto que a finalidade do direito está relacionada com a orientação de condutas, diversos exemplos podem demonstrar a incapacidade de um “suposto direito” cumprir suas funções. Alguns destes caracterizariam deficiências ou problemas *formais*, como em casos onde uma promulgação legal é incompreensível, impõe requisitos contraditórios ou é impossível⁵⁰³ de ser seguida, sendo que tais hipóteses não indicam um curso claro de ação, portanto, são incapazes de orientar o comportamento social e de criar um senso de obrigação. Outros indicam deficiências de *conteúdo*, bastando imaginar normas que são tão contrárias às “motivações humanas comuns” que seriam incapazes de serem reconhecidas como algo que possa colaborar para a consecução daquela finalidade (CROWE, 2014, p. 752-753).⁵⁰⁴

Ainda que tais exemplos se refiram a leis pontuais e não ao direito como um todo, nada impede sua extrapolação no sentido de afirmar que se algo é supostamente definido como o direito, mas na verdade, sua própria conceituação não leva em conta a finalidade para a qual foi criado, não há lógica nem em sua criação, nem em sua perpetuação. A ideia de que o direito deve ser identificado apenas com base nas fontes ou fatos sociais precisa ser relativizada, pois, além disso, ele deve ser capaz de atender suas funções. E tal delimitação conceitual vale para qualquer tempo e lugar.

Diante de todo o exposto e a partir da teoria do direito como artefato na perspectiva de que as finalidades delimitam tanto a aplicação quanto a conceituação do direito, tecem-se as seguintes considerações.

Primeiramente, quanto ao positivismo jurídico – não obstante a contribuição histórica relevante desta teoria que deve ser sempre reconhecida – é perceptível a incoerência que existe no que concerne à correlação artefato-finalidade.

Embora a maioria dos teóricos contemporâneos vinculados a esta corrente afirme não só o reconhecimento do direito como um artefato como também ressaltem a importância do estudo de suas finalidades e propósitos para a adequada compreensão do fenômeno jurídico,

⁵⁰³ Basta imaginar que a prestação deverá ser paga na lua ou no dia 30 de fevereiro.

⁵⁰⁴ Dentre as diversas – lamentavelmente – “leis” que se enquadrariam no critério de absoluta contrariedade às motivações humanas, pode-se citar a legislação “anti-gay” de Uganda (país do continente africano que manteve a retrógrada visão de seu período colonial inglês). Além da criminalização do “delito de homossexualidade” (“*the offence of homosexuality*”), que pode ser punida até com prisão perpétua ou morte, existe também a possibilidade de prisão de pais, irmãos e amigos que não “reportarem o delito”. A lei acabou sendo derrubada em 2014 pela Corte Constitucional de Uganda sob a alegação de que não teve o quórum necessário.

isso não muda o fato de que ao abdicar de uma preocupação com a concretização do direito – provavelmente para se afastar do normativismo do qual foi acusado durante anos – ocasionou numa postura incoerente em relação à proposta de que o direito deve auxiliar na resolução dos problemas de coordenação social por meio da orientação ou regulação do comportamento.

A admissão que diversos positivistas fazem atualmente no sentido de que o positivismo jurídico não seria uma teoria completa acerca da natureza do direito – ainda que ressaltem a sua relevância e busquem indicar esse aspecto como uma vantagem – tem uma simbologia relevante.

Julie Dickson (2012, p. 54, grifo nosso), por exemplo, em seu texto de dezessete páginas, assume isso expressamente em cinco diferentes momentos que são bem representados pelo trecho abaixo

A **commitment** to the fundamentally social nature of law, and to the **social thesis, leaves open**, and leaves room for, a variety of other views and investigations into **other aspects of law's nature**: whether it necessarily claims and/or possesses moral authority; how we are to understand and justify certain aspects of constitutional adjudication; whether and in what sense law provides reasons for action; whether certain semantic theories can help us make sense of conceptual inquiries into the character of law; and many more. **Legal positivism is hence not a complete theory of the nature of law**, it is a commitment to a small [...] vitally important subset of truths about law's nature.

Noel Struchiner (2005a, p. 52-53, grifo nosso), de forma mais clara e citando John Gardner⁵⁰⁵, também parece admitir a limitação do juspositivismo, deixando evidente que a proposta de identificação do direito não é capaz de responder (e sequer parece estar preocupada com isso) se tal identificação auxilia ou dificulta a realização dos propósitos e finalidades que, em tese, justificam sua criação e manutenção:

[...] o positivismo jurídico, consubstanciado na tese do positivismo conceitual (que é a única tese compartilhada por todos aqueles que são taxados de positivistas), **não constitui uma teoria completa sobre a natureza do direito**. [...] A tese do positivismo jurídico é **exclusivamente uma tese sobre a validade do direito**, e é compatível com muitas outras teses acerca da natureza do direito. Após a identificação de uma norma válida, ainda permanecem questões importantes acerca do significado dessa norma, **se ela deve ser obedecida pelos sujeitos jurídicos e aplicada pelos juízes, se ela ajuda a realizar os propósitos do direito** e se é justa, apenas para citar algumas das indagações que **devem ser tratadas** se o objetivo é criar uma teoria capaz de abarcar todos os aspectos da natureza do direito, e não só a sua validade. [...] A tese do positivismo conceitual deixa as portas abertas para o aparecimento de outras teses sobre como se deve lidar com o direito válido, ou **até mesmo se devemos nos importar com o direito válido**.
 [...] **Fazer isso significa ir muito além da tese do positivismo conceitual**.

Ainda que se possa compreender a alegação de que o “positivismo conceitual” não pretende guiar o comportamento das pessoas, é inquestionável se tratar de uma proposta de

⁵⁰⁵ Professor de *Law and Philosophy* da *University of Oxford*.

identificação conceitual de um construto social (o direito) que, ao menos este, pretende orientar as condutas e efetivamente produz (porque tem o objetivo de fazê-lo) efeitos de largo espectro na sociedade.

O direito é considerado tanto pelos cidadãos como pelas autoridades como algo que tem a função de indicar o que devemos ou não fazer. Aliás, como admitido por outro reconhecido positivista, o direito nos força a realizar coisas mesmo quando nós não queremos, contra nossas avaliações sobre o que é certo ou errado e até mesmo em circunstâncias que não fazem sentido, com um arsenal de sanções que podem ser significativamente severas. E tudo isso sob um discurso político-jurídico de legitimidade, mesmo quando existem divergências significativas na sociedade (SCHAUER, 2015, p. 1).

Portanto, o positivismo nos deixa na seguinte situação: 1) o direito é criado pelos seres humanos e, como toda criação humana, com determinada intenção; 2) essa intenção – apesar de sociedades diferentes poderem ter objetivos específicos diferentes – está relacionada com a orientação e regulação dos comportamentos com o intuito de minimizar ou solucionar os problemas de cooperação social; 3) o conjunto de normas dispostas pelo direito é considerado, ao menos em seu conjunto, como obrigatório pela sociedade, sob pena daqueles que o descumprirem voluntariamente serem coagidos a cumpri-lo ou serem punidos; 4) porém, apesar de tudo isso, a teoria que se propõe a identificar esse construto social, dispara: “a existência do direito não determina, sem a adição de outras premissas, o que alguém deve fazer”.

Qual o sentido de criar algo com a intencionalidade de auxiliar na organização dos comportamentos sociais se, ao final e ao cabo, será necessário recorrer a outro construto social (“algo fora do sistema oficial”, como diz Hart) para decidir se os comportamentos sociais devem considerar aquilo que foi estabelecido no artefato que tinha a função de orientar os comportamentos sociais?

Obviamente, o positivismo jurídico não tem levado a sério as finalidades ou funções do direito. Isto só pode ocorrer se a definição do conceito de direito estiver, ainda que minimamente, relacionada às suas finalidades e, por conseguinte, implicar consequências em no que se refere à sua aplicação.

Concluída a análise sobre a primeira hipótese desta tese, cabe verificar a segunda que está diretamente relacionada com a anterior: o não positivismo, mormente a partir da ideia de que as finalidades ou funções do direito limitam tanto sua conceituação quanto sua aplicação, constitui uma tese capaz de dar a devida atenção aos *sujeitos da injustiça social*, ou seja,

podendo incorporar o sujeito real da injustiça como parâmetro de análise da validade do direito.

Obviamente não se quer afirmar com isso que a ideia de finalidade ou função possa acarretar automaticamente a sensibilização em relação ao sofrimento daqueles submetidos a desigualdades injustas e imerecidas em decorrência de opressões econômicas, culturais ou sociais.

A entrada da dimensão axiológica no âmbito jurídico não resolve todas as questões, pois efetivamente continuarão existindo tensões entre diversas concepções (de valores, finalidades, princípios ou qualquer outro conceito que se utilize) que buscarão se apresentar como as propostas mais adequadas ou melhores. Sendo certo que isso pode ocorrer de forma legítima ou por meio de retóricas meramente interessadas em capturar sentidos.

Numa sociedade que pretenda guiar comportamentos da melhor forma possível, com consideração e respeito por todos os integrantes desta coletividade, a única forma de minimizar o perigo da captura retórica dos valores ou finalidades que fundamentam tais práticas sociais é a participação ativa e permanente nestes conflitos e disputas, que continuarão ocorrendo enquanto os seres humanos tiverem seus vícios e suas virtudes e enquanto existirem, para o bem e para o mal, visões de mundo completamente diferentes. E a participação deve valorizar as regras do discurso no sentido da apresentação de razões que busquem convencer um auditório universal, com a possibilidade de participação de todos.

Esta possibilidade de debate permanente e participativo acerca da finalidade e dos valores do direito parece ser uma característica favorável dos artefatos, uma espécie de reconstrutibilidade. Como diz Frederick Schauer, o reconhecimento da natureza artificial do direito é o reconhecimento da capacidade que os seres humanos têm para refazer ou pelo menos modificar aquilo que eles próprios criaram.

E o fato do direito ser *desconstruível* (ou reconstruível), como diz Derrida, não é necessariamente algo ruim, podendo significar a chance de progresso. A democracia, os direitos humanos e diversos outros projetos podem se beneficiar da permanente e escancarada possibilidade de discussão e rediscussão, desde que orientadas por *razões* que considerem os interesses de todos os integrantes da sociedade e que possam ser consideradas por todos como justificativas plausíveis para as decisões que sejam tomadas, bem como busque indicar propostas capazes de dar voz a todos, em especial àqueles que se encontram com maior dificuldade de serem vistos e ouvidos.

Nesse sentido, uma proposta que valorize prioritariamente o sofrimento daqueles mais oprimidos por situações de desigualdades e injustiças imerecidas não parece ser contrária às

teorias não positivistas, ao menos àquelas aqui apresentadas, ainda que certamente não esteja incorporada plenamente no seu atual estágio de desenvolvimento.

O simples fato de precisarmos discutir as finalidades, os valores e as funções do direito, a partir de justificações que ocorram dentro do contexto jurídico já tem o mérito de fazer com que todos, principalmente aqueles que lidam mais diretamente com o direito, precisem se aprofundar nestas questões, ao invés de simplesmente remetê-las a outras esferas de conhecimento que podem ser, muitas vezes, menos acessíveis e democráticas.

Conforme já se argumentou ao longo do trabalho, tanto do ponto de vista da efetividade e do senso de obrigação e de respeito ao direito, quanto no que concerne a maior probabilidade de se alcançar as finalidades de orientação de condutas sociais, a proposta não positivista de que o cumprimento de exigências mínimas de justiça (cujas adequada concepção e extensão precisa ser permanente debatida e desenvolvida democraticamente) é pressuposto necessário para a validade jurídica – têm-se um argumento jurídico, não apenas moral, para fazer oposição aos atos que não atendam sequer a tais exigências mínimas – pode aumentar a responsabilização daqueles que realizam atos ilegais protegidos pela lei em um país injusto, fazendo com que as pessoas tenham uma visão mais crítica das disposições estipuladas pelo ordenamento jurídico.

Qualquer teoria que tenha como escopo analisar um artefato precisa considerar as finalidades que justificaram sua criação e perpetuação e não apenas de um ponto de vista abstrato, mas também as consequências que efetivamente decorrem da adoção de sua proposta teórica. Somente assim, é possível considerar que estamos levando as finalidades do direito, bem como os sujeitos de direito a sério.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George. **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Portland: Hart Publishing. 2007, p. 37-55.
- ALEXY, Robert. **The argument from injustice: a reply to legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- ALEXY, Robert. Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). **Neutrality and theory of law**. New York: Springer, 2013, p. 225-238.
- ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2014b.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.
- ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. . **Ratio Juris**, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008a.
- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Naturaleza del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008c.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.
- ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001a, p. 53-84.
- ALEXY, Robert. A Defence of Radbruch's Formula. In: DYZENHAUS, David. (Ed.). **Recrafting the Rule of Law: the limits of legal order**. Oxford, Portland: Hart Publishing, 1999.
- ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Trad. José Antonio Scoane. In: **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 5, p. 75-95, 2001c.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. **Ratio Juris**. v. 23, n. 2, p. 167-182, 2010a.
- ALEXY, Robert. The existence of human rights. In: Abstract Book of 25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. Frankfurt: Goethe Universität, 2011b, p. 87-89.
- ALEXY, Robert. The ideal dimension of law. In: DUKE, George; GEORGE, Robert. (Eds.) **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017a. p. 314-341.

ALEXY, Robert. Institucionalización de la razón. **Persona y Derecho**, n. 43, p. 217-249, 2000b.

ALEXY, Robert. Justicia como corrección. **DOXA: Cuadernos del Filosofia del Derecho**, Espanha, n. 26, p. 161-171, 2003a.

ALEXY, Robert. Law and Correctness. **Current Legal Problems**, Oxford, v. 51, p. 205-221, 1998.

ALEXY, Robert. Law, Morality, and the Existence of Human Rights. **Ratio Juris**, v. 25, n. 1, p. 2-14, 2012.

ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, L.H.; PAULSON, S.L.; POGGE, T.W. (Eds.). **Rights, Culture, and the Law**. Themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2003b. p. 3–16.

ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. **DOXA: Cuadernos del Filosofia del Derecho**, Espanha, n. 26, p. 147-159, 2003c.

ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. **Ratio Juris**. v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.

ALEXY, Robert. A natureza dos argumentos acerca da natureza do Direito. **PANOPTICA** (em reformulação), [S.l.], v. 3, n. 1, p. 56-69, jun. 2008b. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_3.1_2008_56-69/139>. Acesso em: 02 Jun. 2018

ALEXY, Robert. On necessary relations between law and morality. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, p. 167-183, 1989.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Tradução de: Fernando Leal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9-30, jan. 2010b. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>> <doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8041>>. Acesso em: 11 Abr. 2018.

ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. Trad. A. D. Oliver-Lalana. **DOXA: Cuadernos del Filosofia del Derecho**, Espanha, n. 32, p. 67-84, 2009b.

ALEXY, Robert. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001b, p. 95-115.

ALEXY, Robert. The special case thesis and the dual nature of law. **Ratio Juris**. vol. 31, nº 3, p. 254-259, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary relations between law and morality: Bulygin's critique. **Ratio Juris**. vol. 13, nº 2, p. 138-147, 2000a.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALMEIDA, Gilberto. Moralismo na política brasileira: manifestações recentes. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM COMUNICAÇÃO E POLÍTICA, 4., Rio de Janeiro: UERJ, 2011. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/03/Gilberto-Almeida.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. (Coleção Os Pensadores). Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. México: Fontamara, 2001.

ATIENZA, Manuel. **Filosofía del derecho y transformación social**. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Lisboa: Escoar Editora, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Tras la justicia: una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico**. Barcelona: Editorial Ariel Editora, 1993.

ATRIA, Fernando. **On Law and Legal Reasoning**. Oxford: Hart Publishing, 2002.

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis Lógico y Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Sistemas normativos: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Austrea, 2012.

AUSTIN, J. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Leonardo F.. Pressupostos teóricos e questões metodológicas relevantes no debate Hart-Dworkin. In: José Ricardo Cunha. (Org.). **Epistemologias Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 375-396.

BARBOSA, Leonardo F.. Ronald Dworkin: uma homenagem a um filósofo porco-espinho. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 4 n. 7, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8348>>. Acesso em: 07 Mar. 2014.

BARRETO, Vicente. **A leitura ética da constituição**. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_3.html>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BARRETO, Vicente. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar e São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 10 de ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista da EMERJ**, v. 4, n.º. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert et al. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018, p. 49-69.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Quaestio iuris**, v.2, n.1, p. 1-48, 2006. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641>>. Acesso em: 20 de dez. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). **Neutrality and Theory of Law**. New York: Springer, 2013.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Trad. Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn. In: **Legal Theory. Southern Methodist University Law Review**, vol. 52, pp. 167-199, 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=163810>>. Acesso em: 29 de ago. 2016.

BIX, Brian. Ideals, practices, and concepts in legal theory. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). **Neutrality and theory of law**. New York: Springer, 2013, p. 32-47.

BIX, Brian. Legal Positivism. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (Eds.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

BIX, Brian. Obligations from Artifacts. In: BURAZIN, Luka; HIMMA, Kenneth Einar; ROVERSI, Corrado (Eds.). **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 163-176.

BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. In: **Rechtstheorie**, v. 37, p. 139-149, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BOBBIO, Norberto **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Comissão De Relações Exteriores e de Defesa Nacional. **Mensagem nº. 389, de 2000**. Relator Dep. A. C. Pannunzio. Brasília. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sileg/integras/1035.htm>>. Acesso em 10 nov. 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Folha do CJF** – Informativo Bimestral do Conselho da Justiça Federal n. 5 - novembro/dezembro 2007.

BULYGIN, Eugenio. Alexy Between Positivism and Non-positivism. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). **Neutrality and Theory of Law**. New York: Springer, 2013, p. 49-59.

BULYGIN, Eugenio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001a, p. 41-51.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's Thesis of the necessary connection between Law and Morality. **Ratio Juris**, vol. 13, n. 2, p. 133-137, jun. 2000.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 9, p. 257-279, 1991.

BULYGIN, Eugenio. Carlos E. Alchourrón and the Philosophy of Law. **South American Journal of Logic**, vol. 1, n. 2, p. 345-360, 2015.

BULYGIN, Eugenio. ¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 27, p. 15-26, 2004a.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho?. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho** n. 18, p. 7-25, abril 2003.

BULYGIN, Eugenio. Mi visión de la filosofía del derecho. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 32, p. 85-90, 2009.

BULYGIN, Eugenio. El problema de la validez en Kelsen. In: KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, R. **Validez y eficacia del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2005. pp. 99-118.

BULYGIN, Eugenio. Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”. In: RAZ, Joseph et al. **Una Discusión sobre la Teoría del Derecho** (trad. Hernán Bouvier). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 99-110.

BULYGIN, Eugenio. Sobre observadores y participantes. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 21, p. 41-48, 1998.

BULYGIN, Eugenio. Objectivity of law in the view of legal positivism. **Analisi e diritto**, p. 219-227, 2004b.

BULYGIN, Eugenio. La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001b, p. 85-93.

BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

BURAZIN, Luka. Can There Be an Artifact Theory of Law?. **Ratio Juris**, vol. 29, n. 3, p. 385-401, 2016.

BURAZIN, Luka. Law as an Artifact. In: SELLERS; MORTIMER; KIRSTE; STEPHAN (Eds.). **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**, Springer, 2019 (Forthcoming). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3274294>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

BURAZIN, Luka. **Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts**. In: BURAZIN, Luka; HIMMA, Kenneth Einar; ROVERSI, Corrado (Eds.). **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 112-135.

BURAZIN, Luka; HIMMA, Kenneth Einar; ROVERSI, Corrado (Eds.). **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 707-745, Mai. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200707#B63>. Acesso em: 11 de nov. de 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, jan./jun. 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 21, p. 209-220, 1998.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Marcos Faro. Política e economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos. **Cadernos de Ciência Política**, Brasília, n. 7, p. 1-59, 1993.

CAT, Jordi. “Otto Neurath”. Verbete. In: ZALTA, Edward N. (Ed.) **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. (Winter 2011 Edition). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/neurath/>>. Acesso em: 10 out. 2015.

CELLA, José Renato Graziero. **Legalidade e Discricionariedade: o debate entre Hart e Dworkin**. In: XIX JORNADAS ARGENTINAS Y PRIMERAS JORNADAS ARGENTINO-

BRASILEÑAS DE FILOSOFIA JURÍDICA Y SOCIAL. San Carlos de Bariloche, 2005.
Disponível em: < http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf >. Acesso em: 28 ago. 2014.

CHIASSONI, Pierluigi. Un baluarte de la modernidad. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 34, p. 101-120, 2011.

CHUERI, Vera Karam de. “DWORKIN, Ronald”. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 259-263.

CNT. O Moralismo e a Alienação das Classes Médias. **Cadernos do Nosso Tempo**, n. 2, p. 150-159, janeiro-junho, 1954.

COLEMAN, Jules L. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

CROWE, Jonathan. Functions, Context and Constitutional Values. In: DIXON, Rosalind. (Ed.). **Australian Constitutional Values**. Oxford: Hart Publishing, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3163247>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CROWE, Jonathan. Law as an artifact kind. **Monash University Law Review**. v. 40. n. 3, p. 737-757, 2014.

CUNHA, José Ricardo. A ética como fundamento para o direito: amor e justiça na perspectiva da ética da alteridade. In: RIAL, Gregory. **Aproximações: O pensamento de Emmanuel Levinas em diálogo**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018a, p. 67-82.

CUNHA, José Ricardo. A Ética entre o logos e o pathos: a alteridade como um sentido possível para a ética no tempo presente. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Perspectivas contemporâneas do discurso jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

CUNHA, José Ricardo. A Justiça diante da lei na razão jurídica contemporânea. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. In: MAIA, Antônio. **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CUNHA, José Ricardo. Modernidade, Pós-Modernidade e Emancipação na Perspectiva da Ética da Alteridade. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 9 n. 3, 2018b. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n3/2179-8966-rdp-9-3-1313.pdf> >. Acesso em: 07 dez. 2018.

CUNHA, José Ricardo; ASSY, Bethania. **Teoria do direito e o sujeito da injustiça social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DICKSON, Julie. Legal Positivism: contemporary debates. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **The Routledge companion to philosophy of law**. New York: Routledge, 2012, p. 48-64.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>>. Acesso em: 14 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Londres: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. Law, philosophy and interpretation. In: **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, v. 80, p. 463-475. 4. Quartal 1994.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

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

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 25, No. 2, pp. 87-139, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EHRENBERG, Kenneth. **The functions of law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution (1789). **First Amendment to the United States Constitution**. Proposed 9/25/1789 and Ratified 12/15/1791. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 10 de nov. 2012.

FABRA, Jorge Luis. Una visita al debate Hart–Dworkin. **Cartapacio de Derecho** [Online], v. 15 (28 April 2009). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1856643>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRI, Caroline. **A interface entre direito e moral segundo a perspectiva de Robert Alexy**. Orientadora: Jeanine Nicolazzi Philippi. 2006. 118p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FRANKENA, William K. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FRIEDMAN, Thomas L. Justice Goes Global. **New York Times**, 14 June 2011. Op-Ed Columnist. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/06/15/opinion/15friedman.html>>. Acesso em 22 de ago. 2014.

FULLER, Lon. Positivism and fidelity to law. A replay to Professor Hart. **Harvard Law Review**, vol. 71 , 1957-1958.

FULLER, Lon. **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1969.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GAIDO, Paula. Introducción. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

GAIDO, Paula. O espaço da moral no direito. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 275-294.

GALLIE, W. B. Essentially Contested Concepts. In: **Meeting of the Aristotelian Society**, on March 12th, 1956. Disponível em: <<http://commonsenseatheism.com/wp-content/uploads/2011/05/Gallie-Essentially-Contested-Concepts.pdf>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

GREEN, Leslie. Law as a means. In: CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 169-188.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Are there any natural rights?. **The Philosophical Review**, vol. 64, no. 2, p. 175-191, apr. 1955 apud SMITH, M. B. E. Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?. *The Yale Law Journal*, v. 82, no. 5, p. 950-976, 1973.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream** (1977). Sibley Lectures. Paper 33. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33> Acesso em: 14 de mar. 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 4ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Trad. Liborio Hierro, Francisco Laporta i Juan Ramón Páramo. **Sistema: Revista de ciencias sociales (Madrid)**. nº 36, p. 3-18, Mayo 1980.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of Law and morals. **Harvard Law Review**, 71, 1958.

HART, H. L. A. **Post scriptum al concepto del derecho**. Editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

HECK, Luís Afonso. Nota do tradutor. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

HIMMA, Kenneth. The conceptual function of law: law, coercion, and keeping the peace. In: BURAZIN, Luka; HIMMA, Kenneth Einar; ROVERSI, Corrado (Eds.). **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 136-162.

HIMMA, Kenneth. Law as a Social Artifact (reviewing Luka Burazin, Can There be an Artifact Theory of Law?, 2016). *JOTWELL*, 6 out. 2017. Disponível em: <<https://juris.jotwell.com/law-as-a-social-artifact/>>. Acesso em: 7 set. 2018.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. In: **Annual Review of Political Science**. vol. 11, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 03 de ago. 2014.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 61, p. 97-113, 2004.

KHANDARE, Jayashree. The concept of marriage and its form: an indian and western perspective. **IJSR - International Journal of Scientific Research**, v. 4, n. 12, p. 342-344, Dec. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3ª ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZICKI, Kátia. HART, Herbert Lionel Adolphus. In: BARRETO, Vicente (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 409-412.

KRAMER, Matthew H. In defence of Hart. University of Cambridge. **Faculty of Law Research Paper**, No. 18, jul. 2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2111280>>. Acesso em 25 de ago. 2014.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985.

LEAL, Fernando. O projeto metodológico do não positivismo de Alexy. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro: UERJ. v. 10, n. 1, p. 258 -273, 2017.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **American Journal of Jurisprudence**. v. 48, p. 17-51, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=312781>>. Acesso em: 25 de ago. 2014.

LEITER, Brian. The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). **Neutrality and theory of law**. New York: Springer, 2013, p. 161-174.

LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. **University of Texas Law**, Public Law Research Paper No. 124. 2007a. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1004768> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1004768>>. Acesso em: 06 de setembro de 2018.

LEITER, Brian. Legal positivism about the artifact law: a retrospective assessment. In: BURAZIN, Luka; HIMMA, Kenneth Einar; ROVERSI, Corrado (Eds.). **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 1-28.

LEITER, Brian. **Most Cited Law Professors by Specialty, 2000-2007**. 2007b. Disponível em: <http://www.leiterrankings.com/faculty/2007faculty_impact.shtml>. Acesso em 14 ago. 2012.

LEITER, Brian. The radicalism of legal positivism. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**, Working Paper n. 303, 2010. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em 23 ago. 2015.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of law**: An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACEDO, Ronaldo Porto Macedo Jr. Apresentação. In: HART. H.L.A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Considerações introdutórias. In: STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Coords.) **Vinte Anos de Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117-168.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 4 n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10212>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2569&context=facpub>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. The Nature of Law. In: ZALTA, Edward N. (Ed.) **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. (Fall 2015 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MARMOR, Andrei. The Nature of Law: an introduction. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **The Routledge companion to philosophy of law**. New York: Routledge, 2012, p. 48-64.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. **Estud. av.**, São Paulo, v. 12, n. 34, Dec. 1998. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 jul. 2015.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. Apresentação: O Direito e a Razão Prática. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 440-454.

MORESO, José Juan. In defense of inclusive legal positivism. **Diritto & questioni pubbliche**. No 1. Palermo: Università di Palermo. p. 99-117, 2001.

MORESO, José Juan; REDONDO, María Cristina (Eds.). **Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEURATH, Otto. Protocol statements. In: ROBERT, Cohen; NEURATH, Marie (Eds.). **Philosophical Papers 1913–1946**. Dordrecht / Boston / Lancaster: D. Reidel Publishing Company, 1983.

NINO, Carlos Santiago. **Derecho, Moral y Política**. Una revisión de la teoría general del Derecho. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PLATÃO. **Diálogos**. Seleção e tradução direta do grego por Jaime Bruna. 9ª ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2006.

POSCHER, Ralf. **The hand of Midas**: when concepts turn legal or deflating the Hart-Dworkin debate. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1121128>>. Acesso em: 26 de ago. 2014.

POUND, Roscoe. **Law and Morals**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1924.

PRESTON, Beth. “Artifact”. Verbete. In: ZALTA, Edward N. (Ed.) **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. (Fall 2018 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/artifact/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

PULIDO, Carlos Bernal. Estudio introductorio. In: ALEXY, Robert. **El Concepto y la Naturaleza del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 9-34.

RACHELS, James; RACHELS, Stuart. **Elementos de filosofia moral**. Belo Horizonte: AMGH Editora, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Cabral de Moncada. 5.ed. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1974.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946). **Oxford Journal of Legal Studies**, V. 26, N. 1, p. 1-11, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ª ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Hart Publishing, 2007, p. 17-36; Oxford Legal Studies Research Paper No. 15/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=999873>>. Acesso em: 27 de ago. 2014.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**: on the theory of law and practical reason. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. Can There Be a Theory of Law?. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (eds.). **Blackwell guide to philosophy of law and legal theory**. Blackwell, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1010287>>. Acesso em: 27 de ago. 2013.

RAZ, Joseph. Dworkin: A new link in the chain. **California Law Review**, vol. 74, 1986. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/15>>. Acesso em 03 nov. 2015.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the Morality of Law and Politics. Oxford: Clarendon Press, 1996.

RODRIGUES, Fernando. Conceito de direito e teorias da argumentação. **Cadernos de Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro: EMARF, v.4, n.2, p. 33-51, 1out. 2011/mar. 2012.

RODRIGUES, Fernando. Ética do bem e ética do dever. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 19, n. 28, p. 247-265, dec. 2010. Disponível em: <<http://www.oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/321>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

RODRIGUES, Fernando. Regras e princípios no direito brasileiro. **Cadernos de Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro: EMARF, v.2, n.2. p. 57-79, out. 2009/mar. 2010.

ROVER, Aires José; SERBENA, Cesar Antonio; CELLA, José Renato Gaziero. Conexões entre moral e direito sob um ponto de vista lógico. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. 232, p. 247-256, jan.-jun. 2009.

ROVERSI, Corrado. **Legal Metaphoric Artifacts** (March 18, 2014). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2410790> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2410790>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SANDEL, Michal J. **Justiça - o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Porto: Afrontamento, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Deconstructing Law's Normativity**. SSRN Electronic Journal. 30, nov. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3080437>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick. Law as a Malleable Artifact. In: BURAZIN, Luka; HIMMA, Kenneth Einar; ROVERSI, Corrado (Eds.). **Law as an Artifact**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 29-43.

SCHAUER, Frederick. Positivism Before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Eds.). **The Legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013, p. 271-290.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEBOK, Antony J. Comment on 'Law as a Means'. In: CANE, Peter (Ed.). **The Hart-Fuller debate in the twenty-first century**. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 189-195.

SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed**. University of Michigan Public Law Working Paper No. 77. February 2, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em: 02 de ago. 2014.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **What is law (and why should we care)?**. In: 1ST CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW: NEUTRALITY AND THEORY OF LAW. Girona: Universitat de Girona, 2010. Disponível em: <http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/scott_j_Shapiro.pdf>. Acesso em: 02 out. 2013.

SILVA, Alexandre Garrido da; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; VIEIRA, José Ribas; MAGALHAES, Juliana Neuenschwander; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; STRUCHINER, Noel. Acesso à justiça e metodologia da decisão judicial no Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, Rio de Janeiro, v.1, n. 3 (Edição Especial), p. 19-34, dez. 2008.

SILVA, Fernanda Xavier. **Os Cadernos do Nosso Tempo e o IBESP**: por um modelo brasileiro de desenvolvimento. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE HISTÓRIA DA CIÊNCIA E DA TECNOLOGIA, 14., 2014, Belo Horizonte, **Anais Eletrônicos...** Belo Horizonte: UFMG, 2014. Disponível em: <http://www.14snhct.sbhct.org.br/arquivo/download?ID_ARQUIVO=1708>. Acesso em: 30 abr. 2018.

SMITH, M. B. E. Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?. **The Yale Law Journal**, v. 82, no. 5, p. 950-976, 1973.

STAVROPOULOS, Nicos. Interpretivist Theories of Law. In: ZALTA, Edward N. (Ed. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. (Summer 2010 Edition). Disponível em: <<https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/sum2010/entries/law-interpretivist/>>. Acesso em: 20 de ago. 2014.

STRECK, Lenio. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 4, n. 7, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

STRECK, Lenio. Prefácio. In: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. **Revista UNIFESO – Humanas e Sociais**, Teresópolis: UNIFESO, v.1, n.1, 2014. Disponível em: <<http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifesohumanasesociais/issue/view/5/showToc>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. (Org.). **Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005b.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO Jr., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119-152.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Filosofia, Rio de Janeiro, 2005a.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUÍÇA. **Code civil suisse**. Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/a1.html>>. Acesso em: 10 de out. de 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. (July 2002). U. **Chicago Law & Economics**, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>>. Acesso em: 26 de ago. 2014.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TOLEDO, Cláudia (Org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503-525.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. **Projeto Excelências: parlamentares em exercício no país**. 2012. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/@pls.php>>. Acesso em: 01 de dez. 2015.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo Introdutório: A teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 1-32.

VASQUEZ, Adolfo Sanches. **Ética**. 32a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 de ago. de 2014.

VIGO, Rodolfo Luis. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. CARBONELL, Miguel et al. (Coords.) **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Vol. 4, Tomo 2, 2015, p. 851-885.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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.

WALDRON, Jeremy. **Ronald Dworkin: An Appreciation** (June 7, 2013). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2276009>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

WALUCHOW, Wilfrid. Direitos constitucionais e a possibilidade de uma interpretação construtiva distanciada. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 7, n. 4, p. 741-769, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/26488>>. Acesso em: 07 maio 2018. doi:<https://doi.org/10.12957/dep.2016.26488>.

WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In: E. Craig (Ed.), **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge, 2001. Disponível em: <<https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-positivism-inclusive-versus-exclusive/v-1>>. Acesso em: 10 de nov. 2017.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the Limits of Philosophy**. London: Routledge, 2011.

AS CONEXÕES ENTRE ÉTICA E DIREITO: uma análise teórica a partir dos debates
Hart-Dworkin e Bullygin-Alexy

UERJ
2019