

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA  
DOUTORADO EM FILOSOFIA**

Mayara Roberta Pablos

**Por que os princípios são mais discricionários do que as  
regras?**

Florianópolis,  
2018



Mayara Roberta Pablos

**Por que os princípios são mais discricionários do que as regras?**

Tese submetida como requisito final para a obtenção do grau de doutoramento em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Delamar J. V. Dutra (UFSC).  
Coorientador: Prof. Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU)

Florianópolis  
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca  
Universitária da UFSC.

Pablos, Mayara Roberta

Por que os princípios são mais discricionários do  
que as regras? / Mayara Roberta Pablos ;  
orientador, Delamar José V. Dutra, coorientador,  
Roberto Bueno Pinto, 2018.

210 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas,  
Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis,  
2018.

Inclui referências.

1. Filosofia. 2. Discricionariiedade Jurídica. 3.  
Regras. 4. Princípios. 5. Textura aberta da  
linguagem. I. V. Dutra, Delamar José. II. Pinto,  
Roberto Bueno . III. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. IV.  
Título.

Mayara Roberta Pablos

**Por que os princípios são mais discricionários do que as regras?**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do Título de “Doutora em Filosofia” e aprovada em sua forma final pelo Centro de Filosofia e Ciências Humanas e pelo Programa Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina.

Local, 25 de junho de 2018.

---

Prof. Roberto Wu, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. José D. V. Dutra, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Roberto B. Pinto, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Uberlândia- Videoconferência

---

Prof.<sup>a</sup> Maria de Lourdes A. Borges, Dr.<sup>a</sup>  
Presidente da banca

Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Denilson L. Werle, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Charles Feldhaus, Dr.  
Universidade Estadual de Londrina - Videoconferência

---

Prof. Cláudio L. de Oliveira, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof.<sup>a</sup> Andréa L. B. Faggion, Dr.<sup>a</sup>  
Membro Suplente  
Universidade Estadual de Londrina

---

Prof. Alessandro Pinzani, Dr.  
Membro Suplente  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Aylton B. Durão, Dr.  
Membro Suplente  
Universidade Federal de Santa Catarina

Mayara Roberta Pablos

## POR QUE OS PRINCÍPIOS SÃO MAIS DISCRICIONÁRIOS DO QUE AS REGRAS?

Esta tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutora em Filosofia”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

Florianópolis, 25 de junho de 2018.



Prof. Roberto Wu, Dr.  
Coordenador do Curso

### Banca Examinadora:



Prof.<sup>a</sup> Maria de Lourdes Alves Borges, Dr.<sup>a</sup>  
Presidente  
Universidade Federal de Santa Catarina



Prof. Denilson Luis Werle, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina



Prof. Cláudio Ladeira de Oliveira, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina



Prof. Charles Feldhaus, Dr.  
com participação por videoconferência  
Universidade Estadual de Londrina

**Prof. Dr. Roberto Wu**  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação  
em Filosofia/CFH-UFSC  
Portaria nº 1344/2016/GR

Ao meu melhor e maior amor,  
André.



## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer aos Professores Dr. Delamar J. V. Dutra e Professor Dr. Roberto B. Pinto pela orientação ao longo do desenvolvimento do curso. À Universidade Federal de Santa Catarina e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo financiamento da bolsa de Doutorado. Aos professores que gentilmente aceitaram o convite para fazer parte da banca de qualificação e de defesa do doutoramento. Aos meus pais que sempre estiveram ao meu lado, me apoiando e incentivando. Ao meu amado marido André S. Carvalhal, pelo apoio incondicional, alegrias e a ajuda dispensada para que esta tese pudesse ser concluída.



## RESUMO

Esta tese irá tratar sobre o problema da textura aberta da linguagem e a discricionariedade jurídica a partir do debate Hart–Dworkin. Para tanto, serão reconstruídas as concepções de direito subscrita por ambos os autores. O objetivo desta reconstrução é duplo: apresentar as críticas que Dworkin tece a Hart e as respostas oferecidas por este em seu *Pós-Escrito* e desfazer alguns equívocos originados pela leitura que Dworkin faz da teoria Hartiana. Entre eles, o de que Hart endossa uma teoria discricionária do direito. Negaremos que esta seja uma leitura correta sobre Hart e contra argumentaremos afirmando que a teoria dos *princípios* de Dworkin não resolve o problema da discricionariedade como pretendia. Ao contrário, a amplia. Por fim, apresentaremos um último argumento a favor de Hart, qual seja, o de que só é possível afirmar uma discricionariedade fraca em Hart e não uma discricionariedade forte e normativa conforme Dworkin o atribuiu.

**Palavras-chave:** Direito. Textura aberta da linguagem. Discricionariedade jurídica. Regras. Princípios.



## ABSTRACT

This thesis will address the problem of open texture of language and legal discretion from the Hart-Dworkin debate. For this, the conceptions of law signed by both authors will be reconstructed. The purpose of this reconstruction is twofold: to present Dworkin's criticisms of Hart and the answers offered by Hart in his Postscript and to dissolve some misunderstandings arising from Dworkin's reading of the Hart theory. Among them, that Hart endorses a discretionary theory of law. We shall deny that this is a correct reading of Hart and will argue that Dworkin's theory of principles does not solve the problem of discretion as he intended. On the contrary, the broad. Finally, we will present a final argument in favor of Hart, that is, that it is only possible to affirm weak discretion in Hart and not a strong and normative discretion as Dworkin attributed it.

**Key-Words:** Law. Open texture. Legal discretion. Rules. Principles.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>CAPÍTULO 1 - A CONCEPÇÃO DE DIREITO EM HERBERT HART .....</b>	<b>29</b>
1.1 AS INFLUÊNCIAS DO POSITIVISMO NA TEORIA DE HART .....	30
1.2 AS CRÍTICAS DE HART AO SOBERANO DE AUSTIN .....	41
1.3 A TIPIFICAÇÃO DAS REGRAS E SEUS SENTIDOS DE OBRIGAÇÃO .....	50
1.4 REGRAS MORAIS <i>VERSUS</i> REGRAS JURÍDICAS .....	55
1.5 REGRAS SOCIAIS <i>VERSUS</i> HÁBITOS .....	62
1.6 O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS: AS REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS .....	75
<b>CAPÍTULO 2 - A CONCEPÇÃO DE DIREITO DWORKINIANA<sup>83</sup> .....</b>	<b>84</b>
2.1 DIREITO EM: LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO .....	84
2.2 DIREITO EM: O IMPÉRIO DO DIREITO .....	93
2.3 O CONVENCIONALISMO .....	97
2.4 O PRAGMATISMO .....	100
2.5 O DIREITO COMO INTEGRIDADE .....	102
<b>CAPÍTULO 3 - A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NATURAL .....</b>	<b>113</b>
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO TERMO “TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM” .....	113
<b>CAPÍTULO 4 - O DEBATE HART- DWORKIN .....</b>	<b>129</b>
4.1 QUAL DIREITO DWORKIN ATRIBUI A HART? .....	130
<b>4.1.1A resposta de Hart sobre o que é direito .....</b>	<b>133</b>
<b>4.1.2 A tese da separabilidade .....</b>	<b>137</b>
<b>4.1.3 A moralidade do sistema jurídico de Dworkin e suas críticas a Hart .....</b>	<b>137</b>
<b>4.1.4 A resposta de Hart a Dworkin .....</b>	<b>138</b>

<b>4.1.5 As regras: a regra de reconhecimento na visão de Dworkin .....</b>	<b>141</b>
<b>4.1.6 As respostas de Hart acerca dos mal-entendidos .....</b>	<b>145</b>
<b>4.1.7 A Discricionarietà Jurídicã: introdução ao debate .....</b>	<b>151</b>
<b>4.1.8 HART: a textura aberta da linguagem como causa da discricionarietà.....</b>	<b>154</b>
<b>4.2 DWORKIN: A DISCRICIONARIEDADE E A TESE DA RESPOSTA CORRETA.....</b>	<b>160</b>
<b>4.2.1 As críticas de Dworkin a Hart e as respostas oferecidas a elas.....</b>	<b>166</b>
<b>CAPÍTULO 5 - POR QUE OS PRINCÍPIOS SÃO MAIS DISCRICIONÁRIOS DO QUE AS REGRAS? .....</b>	<b>173</b>
<b>CAPÍTULO 6 - UM ÚLTIMO ARGUMENTO EM FAVOR DE HERBERT HART .....</b>	<b>195</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>199</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>205</b>

## INTRODUÇÃO

O debate jusfilosófico comumente é abordado a partir de questões como a possível relação entre a moral e a esfera jurídica; a caracterização do positivismo; a investigação sobre se o direito é cognitivo ou não-cognitivo; o modo como os juízes decidem os casos; o que deve ser levado em conta para a decisão etc. Os problemas hermenêuticos do direito e sua interpretação também configuram as questões recorrentes com as quais os filósofos se deparam e sobre as quais se detêm, pois impactam de forma direta a argumentação sobre a melhor compreensão, interpretação e aplicação do direito.

As contendas mais recorrentes no meio acadêmico acerca da aplicabilidade do direito tendo em vista o modo como os juízes decidem os casos jurídicos são as que dizem respeito à tese da separabilidade entre o direito e a moral. O direito e a moral seriam coextensivos ou o direito deve ser uma esfera própria à parte da moral? Os teóricos que defendem a tese de que direito e moral são conceitos interdependentes de tal forma que um direito sem critérios morais não pode ser considerado justo são conhecidos como jusnaturalistas. A leitura do jusnaturalismo não possui uma única interpretação acerca da relação que o direito estabelece com a esfera da moralidade. Embora haja diferentes concepções jusnaturalistas, a tese central que orienta esta concepção jusfilosófica é a mesma: direito e moral não podem ser concebidos de forma separada.

Por outro lado, há autores que defendem que direito e moral possuem cada qual sua especificidade sendo necessário, desta forma, separá-los a fim de melhor compreender o papel que a cada um cumpre. Os defensores da chamada tese da separabilidade entre direito e moral são conhecidos na literatura jurídica como positivistas. De forma semelhante ao jusnaturalismo, o positivismo têm sido interpretado e abordado de maneiras diferentes, de acordo com a concepção defendida por seus adeptos. Porém, tal como o jusnaturalismo, a teoria positivista também possui um núcleo central: a ideia de que a moral não é elemento fundamental para a teoria jurídica.

Entre as teses positivistas estudadas no meio acadêmico duas delas se destacam na discussão sobre a conceituação do direito. São elas: a tese do positivismo exclusivo e a tese do positivismo inclusivo. A primeira tese nega toda e qualquer

relação entre direito e moralidade como condição para apreciação e caracterização do direito, seja através de teorias jurídicas descritivas ou normativas. A moralidade para os positivistas exclusivos não é condição *sine qua non* para responder a questão “O que é o direito?”. Antes, é possível explicar e definir o direito sem recorrer a teses carregadas de moralidade, de tal forma que, o modo como os juízes decidem os casos também não está submetido à moralidade da comunidade na qual está inserido.

Esta discussão é trazida à tona, sobretudo, quando o que está em pauta é o modo como os juízes decidem os casos difíceis. Dois são os contextos que originam os casos difíceis. O primeiro diz respeito a casos que surgem no direito e para os quais não há qualquer normativa na lei para sua apreciação. O segundo contexto diz respeito à possibilidade de haver mais do que uma resposta possível para a mesma questão, colocando nas mãos dos juízes a escolha sobre qual decisão seria mais acertada tomar.

Os casos fáceis, por oposto, são casos para os quais a resposta possível de ser dada se apresenta de forma clara na lei, não demandando qualquer interpretação que não aquela já direcionada pelo próprio direito. Os casos fáceis levantam outro questionamento comumente feito no direito, qual seja: o de se há apenas uma resposta correta no direito que deveria ser descoberta.

A segunda tipificação do positivismo é chamada de positivismo inclusivo e defende que embora a moral não seja determinante para a definição do direito e, conseqüentemente, para as decisões que são feitas nos tribunais, há momentos em que o direito é composto por questões morais. Este é o caso, por exemplo, de costumes e regras morais compartilhados pela sociedade que são elevados ao *status* de direito. Estes costumes são incorporados aos códigos de direito deixando de ser apenas uma regra moral para a conduta para se tornarem uma regra do direito.

Entre os autores que defendem o positivismo inclusivo destaca-se Herbert Hart e sua célebre definição sobre o que é direito exposta na obra *O Conceito de Direito*. A concepção de direito Hartiana é conhecida como uma das leituras mais sofisticadas sobre o positivismo jurídico, até mesmo por seus opositores teóricos. Aliás, esta definição emana justamente do

maior opositor da teoria Hartiana, Ronald Dworkin. Hart é o primeiro jusfilósofo a propor uma compreensão sobre o conceito de direito ao defini-lo como uma questão de regras. O direito, assim entendido, é um fenômeno social independente da moral e constituído a partir da união de regras primárias e secundárias.

As regras primárias são regras do tipo que permitem ou proíbem que certas ações sejam feitas, ao passo que as regras secundárias, operam como metarregras, pois regulam a aplicação das primeiras. As regras secundárias são regras instituidoras cuja especificidade é atribuir poderes, sejam públicos ou privados. Além disso, as regras secundárias exercem a função de validade que falta às regras primárias, isto é, são regras que determinam o que é direito. Somente a partir da validação através da regra secundária de reconhecimento é que algum conteúdo passa a ser matéria do direito.

Até então, toda a tradição positivista havia apresentado definições sobre o direito justificando a normatividade do mesmo a partir do seu caráter coercitivo como, por exemplo, a concepção de Austin, segundo o qual o direito é o que o Soberano ordena. O direito assim definido seria fruto da ordem de uma autoridade que possui poder para instituir as normas jurídicas e fazer com que estas sejam cumpridas. O aspecto inovador da filosofia de Hart foi fundamentar a autoridade criadora do direito nas regras que compõe o próprio ordenamento jurídico.

Apesar de ter sido reconhecida como uma das teorias mais completas e sofisticadas do positivismo a teoria jurídica de Hart não está isenta de críticas. Ronald Dworkin critica acridamente a definição de direito como união de regras por entender que um modelo de direito isento não fundamentado na moralidade não é capaz de dar conta do problema da textura aberta da linguagem a partir da qual as regras do direito são formuladas. Por textura aberta da linguagem entende-se a margem de nebulosidade que a linguagem cotidiana contém e que dá margem às diversas interpretações, e mesmo, ambiguidades.

Durante muito tempo a leitura positivista do direito agiu no sentido de tentar mitigar tanto quanto possível a textura aberta da linguagem e do direito, ao propor um direito formado por uma linguagem lógica. Esta postura, entretanto, é expressamente rejeitada por Hart, para quem a linguagem positivista não condiz com as práticas e as demandas que surgem no cotidiano. Ao

contrário, somente uma linguagem usual tal como a que praticamos diariamente, seria capaz de dar conta das necessidades e as demandas que surgem diariamente em todos os aspectos da vida, inclusive no direito.

As acusações que pesam sobre Hart e sua adesão à linguagem cotidiana e a definição de direito como regras são, entre outras, a de que o autor estaria defendendo um modelo de direito que subscreve a tese da discricionariedade jurídica por parte dos juízes diante de casos lacunosos no direito. Por discricionariedade jurídica entende-se o poder de escolha por parte do juiz quanto à melhor forma de decidir um caso difícil, haja vista a margem de textura aberta apresentada pelas regras do direito.

Estas críticas serão apresentadas através da compreensão que Dworkin tem sobre a teoria de Hart, compreensão esta que será lida nesta tese como não fidedigna. Dworkin irá criticar Hart por considerar que um modelo de direito baseado só em regras é insuficiente para sanar os casos difíceis e eliminar a discricionariedade. Isso porque, de acordo com ele as regras operam de acordo com a lógica do *tudo-ou-nada*, ou seja: ou um caso se encaixa perfeitamente na regra e esta, então, se aplica a ele ou o caso não se encaixa em nenhuma regra, que por sua vez não se aplica ao caso. De acordo com a lógica do *tudo-ou-nada* quando há conflito de conteúdo entre duas regras a solução para a contenda só pode ser desfeita com a exclusão de uma das regras ou ao postular que uma delas terá caráter de exceção, tornando-se uma aplicação especial da regra com a qual conflita. Esta última, por seu turno, se torna uma regra geral.

Segundo o jurista norte americano, somente uma concepção de direito formada por regras e princípios, isto é, padrões morais abstratos, é capaz de evitar que as decisões dos tribunais sejam tomadas de acordo com a leitura subjetiva dos juízes. Os princípios diferentemente das regras possuem uma dimensão de peso e, enquanto tais, não se excluem diante de controvérsias. Isso porque os princípios são considerados como *prima facie*, todos possuem a mesma importância no direito, muito embora em casos particulares eles assumam um caráter mais específico e mais condizente para a tomada de decisão. Por terem caráter *prima facie* não há conflito entre os princípios não sendo necessário excluir qualquer um deles, pois eles operam segundo a dimensão de peso.

Para Dworkin, o resultado de separar o direito e a moralidade é produzir uma concepção de direito arbitrária, pautada apenas nas decisões subjetivas de seus operadores. Contra esta postura e a fim de sanar os problemas causados pela teoria Hartiana, Dworkin propõe um conceito de direito como *integridade* no qual as esferas do direito, da justiça e da moralidade operam de forma conjunta. Assim, diante de casos difíceis para os quais não há direito posto, por exemplo, o juiz teria o recurso de recorrer aos princípios como padrões abstratos de moralidade para embasar sua decisão, de acordo com a melhor interpretação a ser tomada. Com isso, o autor pretende dar uma resposta definitiva ao problema da textura aberta da linguagem e seu problema principal, a discricionariedade jurídica.

O que se verá, entretanto, é que o argumento de Dworkin apresenta alguns problemas teóricos e metodológicos, o que resultará em algumas objeções contra a tese de Dworkin que serão realizadas em três momentos. No primeiro mostraremos que a leitura que o jurista faz da teoria de Hart é uma leitura distorcida e, portanto, equivocada acerca do funcionamento do direito, pois Dworkin atribui a Hart uma concepção de regra que opera segundo o modelo do *tudo-ou-nada*, da qual o filósofo não comunga. No segundo, mostraremos a falta de compreensão de Dworkin a respeito de a discricionariedade ocorrer em níveis diferentes como o normativo e o descritivo, como Hart observou.

Por fim, rejeitaremos que a noção de direito como *integridade* baseado em princípios morais seja capaz de sanar a textura aberta e a discricionariedade. Contra-argumentaremos no sentido de mostrar que Dworkin não só não consegue dar conta do problema que pretende resolver, mas que, ao contrário, o alarga ainda mais. Defenderemos que a discricionariedade é alargada com o conceito de princípios, justamente porque estes se assentam sobre a moralidade, que os torna ainda mais amplos. Basta perceber as diferentes concepções correntes de moralidade e o pluralismo moral, que compõe a mesma sociedade. Lançaremos ainda um último argumento em favor da tese de Hart, ao argumentar que tendo em vista o modo como Hart definiu direito e seu funcionamento não haveria discricionariedade forte em sua teoria, apenas discricionariedade fraca.

Frente ao exposto, reiteramos que o objeto central da presente tese é o problema da textura aberta da linguagem ea

discricionariedade jurídica. Argumentaremos no sentido de mostrar que não é possível eliminar a textura aberta do direito, ainda que se elimine a textura aberta da linguagem – postura esta não endossada nesta tese. Faremos isso a partir do debate sobre o conceito de textura aberta da linguagem e sua extensão na esfera jurídica. Este debate de cunho filosófico será apresentado a partir da reconstrução da teoria do direito de Herbert Hart, mais precisamente da obra *O Conceito de Direito*, ao longo dos seis capítulos que compõem a presente tese, distribuídos e constituídos conforme exposto a seguir.

No primeiro capítulo será apresentada a concepção de direito de Herbert Hart em sua obra *O Conceito de Direito*. Começaremos com uma exposição geral dos fatores que influenciaram o pensamento do autor e o modo como ele aderiu à tese positivista do direito. Estes apontamentos permitirão conhecer o pensamento Hartiano, tanto quanto, a postura assumida pelo autor diante do debate jusnaturalista e positivista amplamente difuso no direito. Para tanto, será feita uma breve análise do contexto do surgimento do próprio positivismo no intuito de mostrar a origem do termo.

Relacionaremos ao positivismo autores como Kelsen, Austin e Bentham, como precursores da referida postura que exerceu influências diretas a Hart. O modo como a compreensão jurídica dos autores serviu como início das indagações Hartianas, bem como o modo como Hart, uma vez tendo se servido da compreensão positivista, sobretudo de Austin, parte para um entendimento diferente sobre o direito. Esta mudança de paradigma quanto à compreensão do direito será apresentada na seção que trata das críticas que o autor dirige ao modelo de direito constituído a partir da ideia de um soberano. Hart apontará a insuficiência de um modelo baseado em ordens que emanam da figura do soberano que tem por objetivo criar uma obediência habitual nos indivíduos que compõem sociedades mais complexas. Além disso, será rejeitada a ideia de que o direito se fundamenta pela coerção.

Esta discussão será desenvolvida ao mesmo tempo em que argumentaremos no sentido de mostrar que ao rejeitar a tese do direito como sendo fruto das ordens emitidas pelo soberano, Hart não recorre à noção de moralidade para sustentar seu sistema de direito. Ao contrário, mostra como é possível construir uma teoria jurídica sem fundamentações morais, a partir da

noção de regras. Há de se esclarecer, contudo, que embora Hart defenda a tese da separabilidade entre direito e moralidade o autor concede que possa haver, em alguns casos, uma tangência entre direito e moral. Esta flexibilização da compreensão do positivismo jurídico é conhecida na literatura jurídico filosófica como positivismo inclusivo.

Apesar de parecer haver certa incompatibilidade entre a assunção da corrente positivista e a tese do positivismo inclusivo esta é desfeita à medida que se compreende que o que Hart irá negar ao longo de suas obras é que a moral seja determinante para o direito. Assim, embora em alguns casos o direito inclua em seu bojo características morais ou incorpore ao direito algum preceito moral, a moralidade não é determinante do direito de tal forma que só é incorporada a ele quando do seu reconhecimento através da regra de reconhecimento. Ou seja, do processo de validação da norma jurídica.

A tese da separabilidade se apresenta de forma mais clara a partir da compreensão de Hart sobre “direito”. O conceito de direito é definido por Hart como um fenômeno social, como produto do desenvolvimento histórico das relações sociais que se caracteriza pela oposição à ideia de regras que operam a partir de limites fixos. Ora, se o direito é uma questão de regras, necessário se faz compreender o que se entende com o conceito de “regras”.

A discussão sobre “O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?” (HART, 2011, p. 18), ocupa um lugar central no início da obra *O Conceito de Direito*. Esclarecer o que se entende por regras e em que medida o direito é constituído a partir delas lança luz sobre a tese defendida na referida obra. Tendo isso em vista, é que uma espécie de tipologia do conceito de regras será apresentada na terceira seção do primeiro capítulo. Através desta tipologia será possível compreender não apenas o que são regras, mas também, de que modo as regras do direito diferem das regras jurídicas, bem como, de que forma as regras habituais se diferem das regras costumeiras. Com isso, pretendemos tornar a teoria d’*O Conceito de Direito* mais clara.

Feito isso, o passo seguinte é apresentar no que consiste propriamente dito o positivismo de Hart expresso na tese fundamental de que o direito é constituído a partir da união de regras primárias e secundárias. Por regras primárias o autor

designa as regras de permissão e proibição através das quais a comunidade jurídica é ordenada. Uma sociedade composta tão somente de regras primárias é tida como limitada e incapaz de dar conta das demandas que surgem em seu seio, dado o fluxo constante das relações. Por não se tratar de uma comunidade estagnada é preciso que se pense o código jurídico de conduta da comunidade de regras como passível de correção, segundo as necessidades que surgem ao longo das transformações históricas sociais. As regras secundárias são regras que permitem alterações no sistema jurídico, cujo papel principal é cancelar a condição de pertencimento ao sistema jurídico figurando assim, como critério último de validade do direito. Por isso são fundamentais ao sistema jurídico.

No segundo capítulo da tese, apresentaremos a concepção de direito defendida por Dworkin nas obras *Levando os direitos a sério* e *O Império do Direito*. A partir da primeira obra mostraremos as críticas que Dworkin apresenta ao convencionalismo, sobretudo o defendido pelo positivismo, como recurso metodológico para fundamentar sua concepção de direito como *trunfo*. Desta forma, assim como Hart parte das críticas que faz à Austin para traçar e fundamentar sua teoria do direito, Ronald Dworkin, irá partir das críticas à compreensão Hartiana de direito como pano de fundo para apresentar sua concepção jurídica, que segundo ele, se apresenta como uma alternativa ao modelo de Hart. Serão reconstruídas algumas das críticas que Ronald Dworkin faz ao modelo de direito Hartiano, sob a acusação de que Hart teria subscrito a tese da textura aberta da linguagem e, inevitavelmente, a tese da discricionariedade jurídica.

A segunda parte deste capítulo irá tratar sobre a concepção de direito apresentada em *Levando os direitos a sério*. Faremos isso ao mesmo tempo em que esclareceremos que o conceito de direito segundo Dworkin será apresentado nesta tese a partir do conceito de Direito como *Integridade* e não, como na maioria das obras acadêmicas encontradas, a partir do conceito de *Princípios*. E mais, defenderemos que a leitura do conceito de direito atribuída a Dworkin e interpretada como correspondente a *princípios* é uma leitura mal feita das obras do autor.

Afirmar que o direito para Dworkin é principiológico, entretanto, não corresponde ao mesmo que dizer que a definição

de direito dada pelo autor é a de *princípios*. Quer dizer apenas que Dworkin não limita o entendimento do fenômeno jurídico aos precedentes ou a letra da lei estrita, mas afirma que outros aspectos devem ser levados em conta para a apreciação jurídica dos casos por parte dos juízes. Estes aspectos são o que o autor chama de *princípios*, definidos como um padrão de decisão abstrato, porém, moralmente relevante para a justificação das decisões jurídicas. Estes, porém, não definem o direito, antes fazem parte do que é definido por *direito como integridade*.

O direito como *integridade* é mais abrangente do que a leitura do direito como sendo constituído meramente de *princípios*, uma vez que entende que outros aspectos constituem o direito, tais como: a moral, a política e o devido processo legal. Este fato torna evidente a diferença teórica entre Hart e Dworkin, uma vez que o primeiro nega que o direito dependa de ideais morais para a sua definição, ao passo que para Dworkin não é possível separar o direito das esferas da moralidade e da política.

Por fim, mostraremos a concepção que Dworkin tem propriamente dos *princípios* e o modo como entende sua natureza e funcionamento dentro do direito para a tomada de decisão por parte dos juízes, diferenciando-os das regras. Estes esclarecimentos são pertinentes, pois são os fundamentos da crítica dworkiniana ao modelo de direito Hartiano que será abordado no terceiro capítulo.

O terceiro capítulo tratará sobre a textura aberta da linguagem. Será apresentado o contexto histórico do surgimento do termo atribuído a Fredrich Waismann. Em seguida mostraremos como Hart apropriou-se do conceito de textura aberta da linguagem remetendo-o ao direito como uma consequência natural da textura aberta da linguagem que formam as proposições da linguagem jurídica. Para tanto, será necessário esclarecer o uso que Hart faz da textura aberta da linguagem e como ele a compreende como parte do direito.

Estes esclarecimentos são necessários uma vez que a partir deles é que outro nível da discussão jurídica será apresentado: o das decisões realizadas pelos tribunais e a discricionariedade jurídica. A textura aberta da linguagem é apontada como a causa da discricionariedade jurídica na concepção defendida por Herbert Hart. Concepção esta que nos colocará frente ao problema hermenêutico do direito e as

implicações práticas que o impactam, como a questão de como os juízes formulam suas decisões frente aos casos difíceis do direito, ou seja, casos que demandam uma solução mesmo que não haja direito positivado para tanto. Argumentaremos no sentido de mostrar que a textura aberta é inevitável e que não é imperioso eliminá-la, haja vista o fato de o direito não ser uma ciência exata como, por exemplo, a matemática, mas sim, um fenômeno social que como tal possui um fluxo histórico.

O quarto capítulo tratará diretamente do debate Hart-Dworkin, o que será feito a partir das críticas que cada autor faz ao outro. Os capítulos iniciais da tese se ocupam de esclarecer a teoria de cada filósofo, permitindo assim, que a comparação entre as teorias sejam traçadas a fim de mostrar as diferenças teóricas que ambos assumem quanto à definição do conceito de direito e o modo como as questões jurídicas são decididas nos tribunais.

O debate será reconstruído tendo em vista conceitos específicos como o que é direito; a tese da separabilidade; a concepção de regras e de princípios e a discricionariedade jurídica. Com relação ao que é direito, retomaremos as propostas dos autores com o intuito de apontar suas diferenças quanto a objetos e metodologias. Já com a tese da separabilidade, mostraremos a diferença entre tomar a moralidade como fundamento do direito e tomá-la como conteúdo mínimo do direito. No que diz respeito às regras, destacaremos o fato de que Dworkin não faz uma leitura fidedigna da teoria Hartiana de regras por entender que ela não corresponde ao que Hart apresentou como constituindo uma regra do direito. A discricionariedade, por fim, será apresentada a partir das suas causas, tanto quanto, das consequências que acarreta ao direito.

Faremos isto ao mesmo tempo em que retomaremos a questão da textura aberta com o intuito de mostrar que a discricionariedade pode ser discutida em dois níveis diferentes: o descritivo e o normativo. Com isso objetivamos mostrar que a teoria do direito Hartiana trata a discricionariedade no nível descritivo, isto é, o autor apenas constata a discricionariedade, muito embora Dworkin atribua a ele a discricionariedade no nível normativo, como se Hart prescrevesse a discricionariedade.

Diferentemente da leitura que Dworkin atribui a tese Hartiana, este não prescreve a discricionariedade, apenas a descreve ao constatar que diante dos casos difíceis os juízes

muitas vezes têm de recorrer à outra instância para a tomada de decisão, já que não há direito positivado. Entretanto, esta decisão é feita de acordo com a melhor alternativa possível dentre as opções, e não de forma arbitrária como Dworkin o acusou de ter feito.

Constatar que há uma margem de nebulosidade e, portanto, de abrangência da textura aberta que demanda discricionariedade não é o mesmo que afirmar que esta deve ser realizada em um sistema jurídico. Em outras palavras, ao constatar no âmbito descritivo a textura aberta e a discricionariedade, Hart não está a subscrever a tese normativa da textura aberta, muito menos da discricionariedade, como Dworkin afirma ter sido o caso.

No quinto capítulo apresentaremos uma crítica a Dworkin e ao modo como ele apresentou a teoria de Hart de forma caricaturada, bem como defenderemos que ao introduzir a noção de *princípios* Dworkin deixa não apenas de resolver o falso problema que cria e atribui a Hart (discricionariedade forte), como também o torna mais abrangente. Para isso, mostraremos a compreensão que será defendida nesta tese: a de que os *princípios* demandam mais discricionariedade jurídica do que as próprias regras. Para tanto, apresentaremos a partir dos escritos de Joseph Raz ao menos quatro sentidos por meio dos quais é possível argumentar que os princípios são mais discricionários do que as regras.

Com esta discussão pretendemos refutar a teoria dos *princípios* como uma teoria capaz de resolver os problemas acarretados pela textura aberta do direito por resolver. Além disso, contra-argumentaremos ao afirmar que por serem gerais e não passíveis de validação por um critério certificador os princípios são mais discricionários do que as regras, pois demandam uma maior subjetividade dos tribunais quando da sua aplicação.

No último capítulo apresentaremos em linhas gerais o porquê não há discricionariedade forte em Hart. Para tanto, retomaremos o conceito de regras secundárias, especificamente a regra de reconhecimento e de julgamento, que além de estabelecer o que é direito oferece um critério para a sua aplicação. Contrariando assim a ideia de que os juízes agem de forma decisionista diante dos casos difíceis e ratificando que a

tese da não separabilidade entre moral e direito não é condição determinante para a eliminação da discricionariedade jurídica.

## CAPÍTULO 1- A CONCEPÇÃO DE DIREITO EM HERBERT HART

Este capítulo irá tratar sobre a concepção de direito endossada por Hart em sua obra *O Conceito de Direito*<sup>1</sup>. Contudo, antes de iniciar a abordagem é necessário fazer alguns esclarecimentos, ainda que em linhas gerais, sobre as influências do debate jurídico e as vertentes que entusiasmaram Hart, tanto quanto, entender qual a posição teórica assumida pelo autor no debate jurídico entre positivistas e jusnaturalistas. A partir da compreensão sobre o debate entre os teóricos do direito natural e do positivismo jurídico e seus respectivos posicionamentos a respeito da tese da separabilidade entre moral e direito é que o conceito de “direito” para Hart será apresentado ao longo da discussão exposta neste capítulo. A importância de tal abordagem se justifica diante da clareza que se almeja ao reconstruir a teoria Hartiana.

Em um segundo momento e após apresentar em qual lado do debate entre jusnaturalistas e positivistas Hart se enquadra, mostraremos de que modo o autor se distancia da postura assumida por alguns positivistas e teóricos do direito de sua época como Austin, Kelsen, Bentham, que outrora o haviam influenciado. Será visto que esse distanciamento tem como pano de fundo a adoção de um novo posicionamento quanto à configuração e a aplicação do sistema jurídico, a saber: a concepção de Direito como a união de regras primárias e secundárias. Esta concepção tornou-se a base para a fundamentação da teoria Hartiana, considerada como um novo modelo teórico a respeito das questões relativas à matéria do direito.

Pretendemos mostrar de que forma a compreensão do direito constituído por regras suscitou a questão das possíveis interpretações acerca da lei, introduzindo com isto a questão que este trabalho se propõe analisar: a discricionariedade jurídica. Portanto, a reconstrução das influências teóricas sobre Hart e sua concepção de direito caracterizam-se como pontos fundamentais para a compreensão de sua obra e compõe a metodologia empregada ao longo desta tese.

---

<sup>1</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6º Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

## 1.1 AS INFLUÊNCIAS DO POSITIVISMO NA TEORIA DE HART

O termo “positivismo” foi cunhado no século XIX pelo filósofo e sociólogo Auguste Comte, com o objetivo de estabelecer e estruturar a ordem social que havia sido abalada após as revoluções ocorridas na Europa. Segundo Comte, somente através da ciência seria possível restaurar a organização social, econômica e política enfrentada, sobretudo, pela França no período que sucedeu a revolução francesa<sup>2</sup>.

Os ideais positivistas refletiam o papel exercido pelo conhecimento científico para a fundamentação e a construção das mais diversas ciências como é o caso, por exemplo, da ciência jurídica. Desse modo, tendo em vista o ideal positivista acerca da linguagem, alguns teóricos do Direito que participaram do Círculo de Viena, também conhecidos como Neopositivistas lógicos, tentaram fundamentar a ciência do Direito a partir dos ideais de exatidão, o que ocorreu por volta da metade do século XIX e início do século XX. O objetivo do Círculo de Viena e de seus membros era o de fundamentar a filosofia e outras áreas do saber, como o Direito, por meio de um conhecimento científico, isto é, depurado de todo dado metafísico<sup>3</sup>.

No âmbito jurídico, por sua vez, o positivismo teve ascensão a partir da formação do Estado moderno, cujas raízes estão na centralização do poder estatal e a priorização dos processos racionais de ordenamento social perante a organização metafísica. A partir do advento do Estado moderno, a ordem social passou a ser realizada através do direito que assumiu a forma de códigos operados por legisladores. Começa a emergir deste cenário a priorização de códigos jurídicos cujo fundamento está nas leis escritas, validadas pelos sistemas

---

<sup>2</sup> Para uma discussão mais detalhada sobre as ideias defendidas por Comte e o período histórico no qual o termo “positivismo” foi cunhado ver: WACQUANT, L. J. D. 1996. Positivismo. In : OUTHWAITE, W. & BOTTOMORE, T. (orgs.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro : J. Zahar.

<sup>3</sup> Para uma discussão pormenorizada ver: ZILHÃO, A. *Do círculo de Viena à filosofia analítica contemporânea*. Lisboa: Livros de Areia Editores, 2007.

jurídicos, em oposição ao modelo de direito baseado em um direito natural inato.

É importante frisar que embora o positivismo tenha tido origem a partir de um grupo específico de estudiosos, há diferentes posturas no que diz respeito aos aspectos por meio dos quais o positivismo foi caracterizado.

Existem diversas compreensões e teorias sobre essa concepção jurídica, sejam elas de cunho filosófico ou jurídico. Não há um consenso, por assim dizer, por parte de seus adeptos quanto à caracterização positivista através da qual fosse possível estabelecer uma única teoria positivista. O que pode, no entanto, ser apontado como a tese compartilhada por seus adeptos é a ideia de que o Direito deve ser analisado enquanto fonte e não como mérito, ou seja, deve ser uma ciência avaliativa, sendo oposta ao jusnaturalismo<sup>4</sup>.

No que concerne à separação entre moral e direito e a distinção entre positivistas<sup>5</sup> e jusnaturalistas<sup>6</sup>, é sabido que se

---

<sup>4</sup> O próprio Dworkin apresenta uma analogia para esclarecer as diferentes concepções sobre o positivismo. Após agrupar em tópicos algumas das teses atribuídas ao positivismo, que serão tratadas ao longo da tese, ele afirma que “Este é apenas o esqueleto do positivismo. A carne é distribuída diferentemente por diversos positivistas [...] As diferentes versões diferem sobretudo na sua descrição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica” (DWORKIN, 2010, p. 29).

<sup>5</sup> Grande parte dos positivistas defende a ideia de que o direito e a moral são esferas distintas e que é possível e necessário fazer uma descrição avaliativa do direito. Os positivistas que defendem a total separação entre direito e moral são denominados de positivistas exclusivos, já os que defendem a separação, mas aceitam que alguns componentes morais estejam presentes no direito são denominados de positivistas inclusivos.

<sup>6</sup> Uma bipartição pode ser apresentada também dentro do direito natural no que diz respeito às propriedades morais. Embora uma grande maioria de autores defenda que as verdades morais são derivadas das verdades humanas ou reduzidas à realidade (realismo jurídico), há os que defendam que embora as verdades morais precisem ser descobertas, elas não derivam da natureza humana. Ou seja, podem manter uma conexão, porém, não são derivadas. Esta é a postura, por exemplo, de Finnis em *Natural Law and Natural Rights*, p. 36, 2011.

para os positivistas a moral e o direito são conceitos opostos, cuja relação é meramente contingente, para a tradição jusnaturalista estes conceitos estão vinculados. Desse modo, é a união ou não do direito com a moral, bem como o caráter necessário que os une ou os separa que fundamenta a distinção entre o positivismo e o jusnaturalismo.

Há diferentes teorias dentro do jusnaturalismo e do positivismo e, assim sendo, diferentes posturas acerca do direito. Neste sentido, ao invés de perguntar sobre uma definição última do que é direito deve-se, antes, perguntar “direito para quem?”, uma vez que a depender da concepção diferentes respostas serão obtidas<sup>7</sup>. Apesar da multiplicidade de posições teóricas no seio correntes supracitadas, pode-se dizer que a característica geral compartilhada entre os jusnaturalistas é a de que nenhum sistema de Direito pode ser justificado na ausência de ideais de moralidade ou de justiça, isto é, sem conceitos morais que o fundamentem. O direito natural, tal como entendido pelos jusnaturalistas, é anterior a todo e qualquer sistema jurídico positivado, sendo justificado na natureza e na razão humana.

A respeito da posição jusnaturalista e a tese da compatibilidade entre moral e direito Hart apresenta no capítulo VIII da sua obra *O Conceito de Direito* algumas concepções acerca desta corrente filosófica. De acordo com o autor, talvez a mais conhecida postura jusnaturalista seja a por ele denominada de tomista, que diz respeito a uma concepção de moralidade cuja percepção remonta a uma origem divina, descoberta pela razão ou pela revelação. Nas passagens seguintes da mesma obra, a definição Hartiana sobre o direito natural é expressa através da afirmação de que “há certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido” (HART, 2011, p. 202).

---

<sup>7</sup> A respeito das diferentes teses que permeiam o direito natural e o positivismo jurídico Brian Bix apresenta um debate esclarecedor sobre a fundamentação e as características que compõe ambas as teorias, realizado a partir da concepção de importantes teóricos como Fuller, Hart, Kelsen, Finnis. Para compreensão mais clara acerca do assunto sugere-se ver: BIX, Brian. “On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 75 p. 1613–24: 2000.

De acordo com esta postura, um direito injusto não seria um direito (*Lex iniusta non est Lex*), haja vista que as leis dos homens não podem contrariar as leis do direito, derivadas de uma ordem divina (HART, 2011, p. 180). O direito assim entendido não deve ser apenas uma fonte de aplicação das normas jurídicas, mas deve manter também um laço estreito com a moralidade e a justiça. Esta, portanto, é a visão defendida pelos teóricos do direito natural tal qual apresentada por Hart.

Na outra via do debate acerca do direito e a moralidade está, por sua vez, a característica positivista compartilhada entre alguns teóricos do direito, e entre estes Hart, segundo a qual o Direito é uma ciência descritiva e não valorativa. Assim, o positivismo jurídico Hartiano pode ser definido a partir da “afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito” (HART, 2011, p. 202).

Com relação a este ponto, Stephen Perry apresenta duas facetas do positivismo ao escrever seu artigo intitulado *Hart's Methodological Positivism*<sup>8</sup>. Segundo ele, o positivismo tanto pode ser substantivo (inclusivo ou exclusivo) que sustenta a visão de que não há conexão necessária entre a moralidade e o conteúdo do direito, como pode ser um positivismo jurídico metodológico e defender a visão de que a teoria legal pode e deve oferecer uma descrição normativa neutra de um fenômeno social denominado direito.

Os teóricos do positivismo substantivo inclusivo afirmam que apesar de não ser uma condição necessária, o direito pode conter aspectos morais em sua fonte. Ao passo que o positivismo substantivo exclusivo nega esta possibilidade. Diante da descrição fornecida por Stephen, pode-se dizer que a distinção entre positivismo substantivo inclusivo e exclusivo embasam a distinção entre as concepções do *hard* positivismo, que nega qualquer conexão entre as esferas, e *soft* positivismo, que afirma

---

<sup>8</sup> PERRY, S. R. *Hart's Methodological Positivism* In: *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: University Press, 2005.

que não há conexão necessária, muito embora possa haver algum tipo de relação em alguns casos<sup>9</sup>.

Os teóricos do positivismo metodológico, por sua vez, partem do pressuposto de que é possível oferecer uma descrição não valorativa do direito, seja o modelo jurídico inclusivo ou exclusivo. A moralidade das regras e normas jurídicas que compõe o direito não são critérios a partir dos quais o conceito de direito possa ser delimitado, segundo a visão positivista do direito. Nesse sentido, ainda que uma norma jurídica seja considerada injusta ela continua a ser uma norma jurídica, até o momento de sua revogação. Diferentemente do que ocorre dentro dos sistemas morais a respeito da apreciação do caráter moral das regras, pois se desconsidera de imediato do sistema moral toda regra que não estiver de acordo com seus preceitos.

Diante desta distinção, pode-se dizer que Hart é um positivista substantivo inclusivo, pois não nega que a regra de reconhecimento valide critérios morais como pertencentes ao direito, ao mesmo tempo em que possui um positivismo metodológico, por defender uma teoria geral e descritiva do direito. Ao descrever o direito Hart não objetiva fazer juízos de valor sobre o mesmo, nem postular que todo direito necessariamente depende de critérios morais ou de justiça.

Estas ideias aparecem de forma clara nos escritos de Hart ao tomar em consideração o modo como o autor abordou os *princípios da justiça*, ao afirmar que “há ótimas razões, na verdade, para que a justiça tenha um lugar dos mais proeminentes na crítica das soluções jurídicas”, mas que, apesar disso, “é importante ver que se trata de um distinto segmento da moral e que as leis e a sua aplicação podem demonstrar excelências de diversos gêneros ou carecer destas” (HART, 2011, p. 171-172). O ponto para o qual Hart está chamando a

---

<sup>9</sup> Em alguns momentos do texto as posturas do Soft Positivism será apresentada como correspondente ao positivismo inclusivo e a postura do Hard Positivism como representativa do positivismo exclusivo. Para fins didáticos, por positivismo inclusivo entende-se a postura do direito positivo que embora defenda a separação entre direito e moralidade, não nega que o direito possa apresentar em seu âmbito características emergidas da moralidade, muito embora esta não seja uma condição necessária para o direito e sua caracterização. O positivismo exclusivo, por seu turno, nega toda e qualquer relação entre direito e moralidade.

atenção é o de que a justiça pode ou não ser um ramo da moral. Isso porque, pode-se dizer que os defensores da segregação racial possuíam uma espécie de moral, porém, não é possível afirmar na mesma esteira que essa “moralidade” era justa para com os demais cidadãos, sobretudo os negros.

Mais adiante ele segue afirmando a diferença entre os conceitos que compõe juízos morais e de justiça ao dizer:

que justo e injusto sejam formas mais específicas de crítica moral do que bom ou mau, ou certo ou 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, 2011, p. 172).

Assim como a justiça e a moralidade são ramos distintos que podem ser conectados em alguns momentos, o direito e a moral também podem apresentar conexão contingente. A validade de um sistema jurídico independe de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral, pois como bem colocado por Hans Kelsen, se o direito dependesse em última instância de uma fundamentação moral que lhe conferisse valor e validade seria necessário que houvesse uma moral comum, fundamental, que figurasse como critério último de justificação<sup>10</sup>. Uma moral assim pensada, entretanto, é inimaginável haja vista a multiplicidade de sistemas morais compartilhados nas sociedades.

A postura assumida por Hart quanto ao positivismo, quando comparada com outros autores que o precederam como Bentham, Kelsen e Austin, possuem semelhanças e divergências quanto ao entendimento do que constitui o conteúdo do direito, bem como as suas aplicações. Ao escrever seus Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia, Hart apresenta algumas dessas semelhanças e dessemelhanças a respeito de como as questões

---

<sup>10</sup> KELSEN, H. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. Este assunto será retomado no capítulo que apresenta as críticas a filosofia de Dworkin e a sua concepção de princípio moral.

relativas ao direito são tratadas nos mais variados sistemas jurídicos<sup>11</sup>.

Talvez a semelhança que mais se sobressaia entre os referidos positivistas seja a que diz respeito ao fato de que a moral e o direito se constituem como matérias diferentes e, portanto, seus conteúdos não devem ser confundidos. Apesar da aproximação teórica quanto à defesa da separação entre a moralidade e o direito, Hart chama a atenção para o fato de que

há, entretanto, uma complexidade inicial que tem gerado grande confusão na crítica. Devemos lembrar que os Utilitaristas aliavam à sua insistência na separação entre direito e moral duas outras doutrinas distintas, mas igualmente famosas. Uma era a importante verdade de que um estudo puramente analítico de conceitos jurídicos, um estudo do sentido (meaning) do vocabulário do direito, era tão vital para nossa compreensão da natureza do direito quanto os estudos históricos ou sociológicos embora, é claro, não os pudesse suplantar. A outra era a famosa teoria imperativa da lei – de que a lei é, essencialmente, um comando (HART, 2010, 61-62).

Hart, assim como Kelsen, Bentham e Austin, endossa a tese da separabilidade sem se comprometer, contudo, com a doutrina imperativista ressaltada pela citação acima. De acordo com Hart, o positivismo tem sido caracterizado como correspondente à ideias como as de que leis são comandos; direito e moral são esferas diferentes; o estudo dos termos linguísticos do sistema jurídico deve ser diferenciado do estudo de outros aspectos, como o social, histórico e etc.; decisões jurídicas são provenientes de deduções lógicas, haja vista o fato de o direito ser um sistema fechado; juízos morais não são passíveis de provas factuais e assim por diante (HART, 2010, p. 62)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> HART, H. L. A. Ensaios sobre teoria do direito e filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>12</sup> A citação consta como uma nota de rodapé na obra indicada.

Destacam-se como precursores da referida compreensão autores como Jeremy Bentham e John Austin, importantes expoentes do positivismo jurídico. Suas ideias influenciaram Hart ao mesmo tempo em que serviram como ponto de partida para que ele desse início a um novo modelo de sistema jurídico que compartilha os ideais positivistas sem se comprometer, contudo, estritamente com todas as características elencadas acima. Isso porque, embora Hart concorde com as afirmações de que direito e moral sejam esferas separadas, de que o conteúdo do direito difere da análise de outros conteúdos e de que há uma importância na análise linguística de seus termos, ele rejeita a tese de que o direito seja um sistema fechado, tanto quanto, a de que ele consiste em comandos justificados pelo hábito de obediência a um soberano (MacCORMICK, 2010, p. 13).

A contestação de Hart no que diz respeito à caracterização do direito como um sistema fechado pode ser trazida à luz a partir da crítica feita pelo autor aos formalistas. Desse modo, embora compartilhe dos ideais do positivismo jurídico, Hart recusa o formalismo jurídico radical, isto é, a ideia de que o mundo possa ser adequado a uma jurisprudência mecânica e que seja possível congelar o sentido da norma de tal modo que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta a sua aplicação. Hart define o formalismo nas seguintes palavras:

O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em pauta a sua aplicação (HART, 2005, p. 142)

O formalismo jurídico pode ser analisado a partir de dois aspectos: a teoria da legislação e a teoria da jurisdição. No que diz respeito à teoria da legislação, a concepção formalista objetiva criar regras que sejam menos controversas e discricionárias possível. Os esforços são dirigidos no sentido de

evitar a prática criativa dos operadores do direito, uma vez que se entende que quem deve criar o direito são os legisladores e não os juízes.

O segundo aspecto decorre do primeiro e trata sobre o modo como os operadores do direito legislam, dado o direito posto. De acordo com a postura formalista no que concerne à legislação, os juízes devem ater-se o máximo possível ao texto, norma positivada, e ao seu significado linguístico (analisado a partir do aspecto da clareza e não da literalidade). E mais, os casos que suscitem dúvidas quanto ao texto escrito devem ser decididos a partir de convenções já estabelecidas previamente, postura esta conhecida como convencionalismo<sup>13</sup>

Dessa forma, a postura do *conceptualismo* ou *formalismo* considera que novos casos sempre devem ser analisados sob o pressuposto de que eles estão dentro do âmbito das normas instituídas. A finalidade de tal procedimento, segundo os formalistas, é a de poder prever as possíveis aplicações da regra em casos futuros, ou seja, trata-se da previsibilidade do sistema jurídico.

Com relação à tese imperativista, a fim de melhor entender a influência sofrida por Hart na fundamentação da sua concepção de direito, faz-se necessário entender os limites que separam Hart dos demais pensadores. Com relação às influências de Bentham ao positivismo Hartiano, destaca-se o fato de Bentham defender em 1789 em sua obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* princípios baseados na utilidade ao invés de princípios da razão natural ou racional<sup>14</sup>. De acordo com Bentham, o direito baseado no bem-estar geral tem por finalidade a maximização do bem da sociedade, buscando com isso a utilidade. Assim sendo, tanto o Direito como o Estado devem promover um equilíbrio entre os interesses dos indivíduos, sejam eles coletivos ou particulares, tendo em vista sempre a coletividade. Ou seja, o Estado e seu

---

<sup>13</sup>O convencionalismo jurídico será abordado em pormenor no segundo capítulo a partir da argumentação dworkiniana sobre o tema.

<sup>14</sup>BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. J. H. Burns and H. L. Hart (Ed.). Oxford University Press, 1996.

sistema jurídico têm a incumbência de garantir o maior bem para a maioria<sup>15</sup>.

Para tanto, Bentham recorre à figura do soberano aplicador do direito cuja função é prover os meios necessários para garantir o bem-estar coletivo, o que é feito a partir da aplicação das normas por ele criadas. A criação de normas por parte do legislador torna evidente o caráter de soberania através da figura do soberano legislador que é quem tem o poder imperativo de instituir normas e as fazer cumprir através do poder de coerção e sanção. As leis diante de tal modelo jurídico possuem aplicações reais, uma vez que são fruto da necessidade real da sociedade<sup>16</sup>.

Nesta mesma esteira John Austin, herdeiro de Bentham, escreveu anos depois sua conhecida obra *The Province of Jurisprudence determined*, na qual defende a ideia de um soberano legislador<sup>17</sup>. Segundo Hart, os aspectos que definem a teoria de Austin podem ser agrupados nas seguintes teses: (a) toda lei é um comando; (b) por comando se entende a expressão da vontade do soberano legislador que estabelece o que deve ou não ser feito pelos indivíduos, (c) as leis são positivadas pela pessoa do soberano ou o conjunto de pessoas que o formam, (d)

---

<sup>15</sup> Embora tenha afirmado que Bentham influenciou de forma direta a filosofia de Hart, algumas considerações devem ser feitas a este respeito. Em primeiro lugar é preciso ter claro que Hart aceita a tese positivista de seus antecessores de que o direito é uma questão de fontes, mas discorda de Bentham e Austin sobre a fonte que justifica o direito. Essa discordância marca o primeiro afastamento teórico entre os autores, uma vez que o direito para Hart é uma questão de regras e para Bentham e Austin está pautado na figura do soberano. O segundo ponto de discordância diz respeito à motivação utilitária do direito Benthamiano. Se para o autor o direito deve tomar em conta a utilidade e a maximização do bem-estar geral, para Hart o direito não tem como objetivo a maximização geral. Assim, se para os utilitaristas uma regra jurídica que não atenda o requisito de maximização não tem razão para existir, as regras jurídicas no sistema Hartiano conservam seu estatuto, haja vista o ideal da imunidade à alteração deliberada (HART, 2011, p. 190). Ainda que não promova maximização de bem-estar algum.

<sup>16</sup> Para uma discussão mais detalhada ver: MacCORMICK, 2010.

<sup>17</sup> AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge University Press, 1995.

deve haver o hábito de obediência ao soberano, mas este não deve obediência a ninguém.

De acordo a postura sustentada por Austin, o direito consiste em comandos e ordens que expressam a vontade ilimitada do soberano. Este, por sua vez, é caracterizado por Austin como aquele que é obedecido por todos, mas não tem por hábito obedecer a ninguém. A figura do soberano pode ser caracterizada por apenas um indivíduo, tanto quanto, por um corpo de indivíduos e é a forma mais eficaz de garantir o cumprimento da lei, o que ocorre pelo medo da sanção nos casos de desvio de conduta<sup>18</sup>.

A obediência por parte dos demais cidadãos é crucial para a caracterização da imagem do soberano aplicador de direito. Sua importância se mostra no fato de que somente um soberano que possua poderes ilimitados e indeterminados poderia assegurar que o estado de caos não se instalasse na sociedade<sup>19</sup>. O direito assim visto figura como um conjunto de regras e suas ordens de cumprimento sustentadas pela ameaça de punição, caso haja o descumprimento da lei. Diante disso, os cidadãos estariam submetidos e obrigados a agir de acordo com as regras jurídicas impostas sob pena de punição em casos de desobediência.

Como será visto, Hart rejeita a noção de direito como comando derivado do soberano por entender que este modelo não se caracteriza como um bom sistema jurídico. Embora tenha

---

<sup>18</sup> Os escritos de Norberto Bobbio são elucidativos neste sentido. Segundo o autor, “em sentido lato, o conceito político-jurídico de Soberania indica o poder de mando de última instância, numa sociedade política [...]. É poder absoluto, perpétuo, imprescritível, inalienável e indivisível”. (BOBBIO, 2008, p.1179).

<sup>19</sup> A ideia de um soberano com poderes ilimitados nos remete à figura do soberano descrita por Hobbes no *Leviatã*. Segundo alguns comentaristas, Hart teria concebido a teoria hobbesiana como uma entre as teorias imperativistas que haviam, inclusive, influenciado Bentham e Austin para a fundamentação de suas teorias, ambas imperativistas. Anos após ter atribuído a Hobbes a teoria imperativista, Hart teria voltado atrás em sua conceituação ao reconhecer a má compreensão da interpretação feita acerca da teoria da obrigação em Hobbes. Para uma discussão pormenorizada acerca da relação entre Hobbes e os demais autores sugere-se ver: SHINER, R. A. *Hart and Hobbes*. Wm. & Mary L. Rev. 201 (1980). V. 22. Issue 2. Art. 3.

comungado de algumas das características que definem a concepção de positivismo, o autor nega que a tese do soberano represente uma explicação plausível acerca do sistema jurídico. Hart entende que o direito é formado a partir de outra origem, a saber, as regras aceitas pela sociedade.

Ainda segundo o autor, a refutação destes sistemas baseados em teorias imperativas deve ser feita a partir do conhecimento de suas fragilidades, sem que para tanto seja necessário recorrer a quaisquer noções de moralidade, mantendo assim, a tese da separabilidade. Portanto, a necessidade de correção dos sistemas jurídicos não deve ser vista como justificativa para a tentativa de introdução do caráter moral ao sistema jurídico. Mostraremos a seguir de que modo Hart se distancia de Austin ao rejeitar a noção de soberania sem recorrer a sistemas de moralidade para fundamentar sua teoria jurídica.

## 1.2 AS CRÍTICAS DE HART AO SOBERANO DE AUSTIN

Conforme visto anteriormente, ao escrever *O Conceito de Direito*, Hart parte justamente de algumas objeções à teoria do soberano de Austin, denominada imperativista, para então apresentar seu conceito de direito. Hart não estava interessado apenas em fazer uma crítica ao modelo austiniiano de direito, mas partindo de uma crítica deste, fornecer um modelo de direito mais condizente com os sistemas sociais modernos. A crítica ao modelo de Austin é relevante, pois através dela é possível mostrar o afastamento de Hart dos modelos tradicionais de direito defendido pelos positivistas imperativistas.

Assim sendo, “os erros da teoria imperativa simples são uma melhor bússola para a verdade, do que os das suas teorias rivais mais complexas” (HART, 2011, p. 21). Ou seja, a estrutura do direito e seu sistema podem ser esclarecidos de forma mais eficaz quando se parte da ineficácia da conhecida teoria sobre o soberano e as regras de aplicação do direito do que, por exemplo, da controversa relação entre direito e moralidade. Os erros e críticas que Hart dirige à Austin serão aqui apresentados a partir dos seguintes aspectos: (i) a ideia de um direito baseado fundamentalmente em sanções e ameaças; (ii) a ineficiência de um modelo jurídico pautado no hábito de obediência ao soberano e, por fim, (iii) a insustentabilidade e as limitações de tal sistema.

O primeiro aspecto tratado será a ideia de um direito pautado em sanções. Ainda que as regras jurídicas sejam diferentes das demais regras cotidianas ou hábitos, isto é, que as leis jurídicas sejam fontes de sanções, o direito não pode ser compreendido através desta visão restrita. A respeito da conceituação jurídica a partir da noção de comandos, César Kíraly ressalta que, diferentemente de Austin, Hart chama a atenção para o fato de que não “podemos limitar a compreensão da lei à noção de comandos sancionatórios, pois existe uma larga série de normas que não acarretam nenhum mal para aqueles que as descumprem”. Tal é o caso, por exemplo, de leis que “atribuem algum poder a alguém ou que regulamentam o âmbito de aplicação de uma lei” (KIRALY, 2008, p. 66).

O sistema jurídico não é formado apenas por leis que acarretam sanções quando descumpridas, mas também, por leis como as que estabelecem as condições para a celebração de contratos como, por exemplo, o matrimônio, testamentos e etc., que ao invés de impor deveres e obrigações regulam as condições e criam mecanismos para que estes sejam realizados. Em outras palavras, conferem “poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro – coercitivo do direito” (HART, 2011, p. 35).

Austin comete um erro, portanto, ao não se dar conta de que nem todas as regras são dotadas de sanção. Um segundo ponto a ser esclarecido é que assim como nem todas as regras são dotadas de sanção, igualmente elas não estão fundamentadas em ameaças. Esse fato torna evidente que há uma diferença entre as regras e os comandos baseados em ameaças, que consiste no fato de que as regras figuram como ordens, uma vez que foram emitidas por uma autoridade (estabelecida através de uma norma jurídica), enquanto os comandos, ao contrário, podem ser emitidos tanto pelo soberano de Austin como por um assaltante.

Há, portanto, uma diferença crucial entre a ordem que se segue de uma regra e a obrigação que se gera diante disso, da obrigação que decorre do comando do soberano ou do assaltante. Esta diferença diz respeito à distinção entre “*ter uma obrigação de*” e “*ser obrigado a*”, cujo divisor de água é o aspecto que fundamenta cada tipo de obrigação. Enquanto o primeiro tipo tem como fundamento o caráter normativo, o

segundo tem como base apenas a ameaça. A fim de melhor compreender a diferença fundamental entre os tipos de obrigação mencionados e de que modo elas correspondem respectivamente ao modelo de direito formado por regras e à teoria imperativista, considere o exemplo do assaltante apresentado pelo próprio Hart.

Imagine que um indivíduo A' é surpreendido por um assaltante que emite o seguinte comando: me entregue todo o dinheiro possui. Esta situação pode acarretar duas reações diferentes por parte de A'. Na primeira, pode ser que ao receber o comando A' execute a ordem diante da ameaça sofrida pelo assaltante e por medo da punição que aquele pode vir a lhe infligir. A segunda hipótese é a de que A' não se sinta intimidado pelo comando recebido, isto é, não acredite que o mal anunciado pelo assaltante seja maior do que a perda que irá sofrer ao entregar seus pertences. Por isso, não se sente ameaçado e opta por não entregar seus pertences, não cumprindo a ordem.

Estas possibilidades alertam para a seguinte questão: as ordens do soberano têm as mesmas características da ordem do assaltante, uma vez que ambas são baseadas em ameaças e emitidas através de um comando. Neste sentido, pode-se perguntar: o que difere as ordens do soberano das do assaltante, uma vez que ambas são cumpridas por medo?

Substancialmente não haveria diferença alguma além do fato de que as ordens do soberano têm a pretensão de extensão, de ser aplicável a todos, ao passo que as ordens do assaltante são individuais. Para além disso, nada garante que as ordens do soberano, assim como as do assaltante, causem medo nos indivíduos a ponto de criar neles a *obrigação de* agir conforme se espera. O que se nota neste exemplo é apenas uma tentativa de *obrigá-los a* agir segundo o comando emitido, o que pode ou não ocorrer.

Um modelo jurídico baseado meramente em ordens e ameaças além de ser um sistema fadado a ineficácia pode ser posto na mesma esteira das ordens emitidas por um assaltante, salvo a diferença de que a ordem do assaltante é momentânea, ao passo que a ordem do soberano almeja ser permanente. O que se nota, entretanto, é que o modelo de direito pautado no desejo expresso pelo soberano só seria exequível em uma sociedade totalitária, mas não em sociedades democráticas.

Estas considerações levaram Hart a rejeitar a definição e o funcionamento do direito como sendo o conjunto de comandos baseados em ameaças e a apresentar sua concepção pautada no conceito de regras. Ainda diante da mesma situação exemplo, vejamos de que modo a ordem emitida pelo assaltante difere da ordem que emana das regras jurídicas.

Somos obrigados a fazer ou deixar de fazer algo no exemplo do assaltante mesmo contra a nossa vontade, pois o descumprimento da ordem pode gerar danos físicos maiores do que o cumprimento. Assim, só agimos de acordo com a ordem do assaltante para evitar, por exemplo, ser ferido pelo disparo de um revólver e não porque entendemos que esta seja uma ordem que deve ser seguida de livre e espontânea vontade<sup>20</sup>.

A ação é realizada mediante coação neste caso. Não há qualquer elemento normativo por trás da ação exigida em circunstâncias como um assalto e etc. Antes, a ação é pautada pelo medo do dano físico que o agente poderá vir a sofrer. A motivação neste caso é a sanção, a coerção, medo ou qualquer elemento outro, mas não o sentido de normatividade ou a reflexão crítica acerca da ordem, pois estes elementos são inexistentes quando se trata de *ser obrigado a* algo.

Diferentemente, quando temos uma obrigação de agir de determinada forma ou nos abstermos de agir, o fazemos porque há uma interiorização da legitimidade e legalidade da ordem recebida que posteriormente é realizada. Neste caso há uma reflexão crítica para o cumprimento da ordem, cujo fundamento é normativo. Segundo Hart, o conceito de regras envolve não apenas uma prática (o modo como costumamos aplicar regras), como também, uma atitude normativa (agimos assim porque acreditamos ser obrigatório) diante dela. O sentido de obrigação

---

<sup>20</sup> Um contraponto poderia ser feito com relação aos conceitos de “coação” e “livre vontade” e seu modo de gerenciamento pelos sistemas jurídicos. Há casos nos quais as leis nos obrigam a agir ou nos abster de determinadas ações. Considere, por exemplo, o entendimento do Ministério da Saúde sobre a vacinação dos menores de dezoito anos e os constrangimentos legais que incidem sobre os cidadãos que descumprem a normativa de vacinação no Brasil. Trata-se da coação legal exercida pelo Estado. Embora esta seja uma discussão de extrema relevância, ela está para além dos limites desta tese.

para Hart deve ser compreendido como o fundamento de uma regra e, portanto, de uma ação de tal forma que “nada mais se quer significar por termos normativos tais como <<obrigação>> do que uma predição de comportamento oficial” (HART, 2011, p. 151).

O conceito de obrigação em Hart é composto pela aplicação da regra, a atitude normativa perante ela e a noção de pressão social exercida para o cumprimento da regra. Há, portanto, uma explicação e justificação plausível para que a ação seja realizada de acordo com o conteúdo expresso pela regra, uma vez que esta ordem emana de uma regra do ordenamento jurídico e não por ameaças, que podem ou não ter força vinculante. A obrigação nestes termos não diz respeito às volições do soberano, mas a um conjunto de práticas sociais realizadas diante de um critério normativo.

A confusão gerada pela não distinção entre *ser obrigado a* e *ter a obrigação de* leva a má compreensão do caráter do direito e das regras e tem como pressuposto “a afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra”, ideia esta combatida por Hart ao afirmar que “nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação”, cujo não cumprimento resulte em coação (HART, 2011, p.95-96). Seja porque apenas um tipo especial de regra, como as da moralidade e do direito, podem criar a *obrigação de*; seja porque nem mesmo todas as regras do sistema possuem papel dentro do ordenamento.

Desse modo, Hart rejeita a compreensão de que o direito seja constituído a partir da ideia de comandos e ordens baseadas em ameaças, que tem como objetivo a coerção dos indivíduos por meio do direito. Essa rejeição aparece de forma clara na fala do autor quando este se questiona se “terão as leis promulgadas, para serem leis, de exprimir realmente os efectivos desejos, intenções ou aspirações de um qualquer legislador?” (HART, 2011, p. 33); ao que Hart responde negativamente reiterando que:

Para além destas objecções a respeito do conteúdo, modo e origem e campo de aplicação, toda a concepção de um soberano supremo e independente habitualmente

obedecido, na qual assenta o modelo, é enganadora, visto pouco haver em qualquer sistema jurídico real que lhe corresponda (HART, 2011, p. 34).

A figura do soberano, cuja expressão do desejo deve ser obedecida como ordem, é incompatível com o real modelo de direito das mais variadas sociedades. Do mesmo modo, em tais sociedades as regras não têm como função obrigar as pessoas a agirem nos mesmos termos que da obrigação exigida pelo assaltante. Antes, o papel das regras é guiar o comportamento das pessoas de acordo com os padrões estabelecidos para sua aplicação e uso.

O segundo aspecto da referida crítica versa sobre a ineficiência de um sistema baseado no hábito de obediência. De acordo com Austin, embora o soberano não tenha o hábito de obedecer a ninguém, suas ordens devem ser obedecidas por todos. A soberania no modelo austiniano é definida pela obediência habitual ao soberano. Contudo, o que se verifica é que em sociedades reais como, por exemplo, monarquias constitucionais até mesmo o Rei encontra-se sob a ordem da Constituição, não podendo colocar-se acima dela. As leis podem até ser criadas por um soberano ao invés de um corpo legislativo, porém, uma vez criadas todos estão condicionados ao seu conteúdo normativo.

O terceiro e último aspecto a ser tratado versa sobre as limitações de um sistema baseado na obediência e decorre do segundo aspecto abordado. Mostraremos a insuficiência da teoria imperativista tomando como argumento a noção de temporalidade que, como será visto, reforça não só a incapacidade de um sistema tal como proposto pelos imperativistas, como também, a ideia de que as ordens do soberano e do assaltante possuem a mesma natureza.

Com relação à indistinção entre as ordens do assaltante e a do soberano, fora afirmado que ambas possuem a mesma natureza, uma vez que tem como pressuposto a ameaça e o medo da sanção como fundamento para a ação. As únicas características que separam a ordem do soberano das de um assaltante seriam a extensão e a temporalidade visto que a ordem do soberano pretende ser aplicável a todos e permanente, enquanto a do assaltante é individual e sua duração é

temporária. A questão é: seria a ordem do soberano permanente tal como reivindicado por Austin?

O fato é que mesmo que o soberano reivindique a permanência de suas ordens, seu desejo não é suficiente para garantir tal permanência. Não há um critério normativo na ordem do soberano tanto menos no hábito de obediência que resista de forma atemporal às mudanças, o que levou Hart a afirmar que somente “as leis têm, todavia, de forma proeminente, esta característica de ‘permanência’ ou persistência” (HART, 2011, p. 28). Ainda que os padrões de uma sociedade, seus costumes, seu legislador ou qualquer outra mudança ocorra, uma norma jurídica permanecerá tendo força vinculativa até o momento de sua revogação ou alteração. Neste caso há uma pretensão, uma projeção jurídica de manutenção do poder normativo por meio das regras do direito. O mesmo não se pode dizer, entretanto, sobre o hábito de obediência ao soberano como exposto acima.

Isto por sua vez, torna evidente que as ordens do soberano por si só não garantem esse caráter perene das regras, de tal forma que sua ordem se constitua como uma obrigação normativa em todos os tempos e sob quaisquer circunstâncias. A determinação da persistência da ordem emanada do soberano também é passível de controvérsias, uma vez que o caráter duradouro está na regra, na lei e no que ela ordena, e não no próprio comando como os imperativistas pareciam acreditar. Nesse sentido, a continuidade do poder do soberano é questionada por Hart tanto nos casos em que ocorre sucessão dos soberanos, quanto acerca do que garante e legitima o poder do novo soberano nas sociedades onde o hábito de obediência ainda não foi interiorizado pelos cidadãos.

A questão aqui posta é a de que uma vez que o soberano institui outro soberano para legislar em seu lugar, o hábito de obediência que os sujeitos possuíam até então, não é transferido para o novo legislador de forma automática (HART, 2011, p. 62). Isto porque, não se trata de um processo mecânico, passível de sucessão sem qualquer perda de obrigatoriedade. A transferência do poder quando pautado no hábito de obediência não possui força normativa capaz de transferir o hábito para o novo soberano, fazendo com que todos passem a obedecer ao

novo soberano da mesma forma como faziam anteriormente<sup>21</sup>. O que levou Hart a afirmar que diante de casos como estes ocorreria uma cisão na obediência habitual. Assim sendo,

[...] a idéia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer *direito* à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens do novo legislador serão obedecidas (HART, 2011, p. 64).

Diante de casos como os citados acima, haveria uma interrupção do hábito de obediência, o que tornaria inviável a ideia de soberania apresentada por Austin. Este lapso temporal proveniente da alteração de soberania, entretanto, não ocorre quando a obediência se origina do conteúdo das regras, ou das leis. Isso porque uma vez que regras são instituídas seu conteúdo normativo passa a ser imediatamente vigente sobre os cidadãos que seguem as regras de acordo com seu conteúdo normativo, seja qual for o soberano ou legislador que as aplique. Neste caso, há não apenas a interiorização do conteúdo expresso pela regra, isto é, uma compreensão da diretriz que resulta da regra e não de seu aplicador, mas também a compreensão de que o novo legislador foi instituído para exercer sua função a partir de regras jurídicas válidas. A sucessão neste

---

<sup>21</sup> Não obstante, Hart reitera que “o facto de se prestar obediência habitual a um legislador não fundamenta nem a afirmação de que o seu sucessor tem direito a criar direito, nem a afirmação factual de que será provavelmente obedecido” (HART, 2011, p.69).

caso é amparada pelo próprio sistema jurídico e não por sucessão, hereditariedade e etc.<sup>22</sup>.

A conclusão a qual Hart chega ao analisar a teoria imperativa de Austin é a de que a “continuidade da autoridade legislativa, que caracteriza a maior parte dos sistemas jurídicos depende daquela forma de prática social que constitui a aceitação de uma regra”, diferindo assim, substancialmente, da ideia de mera obediência habitual (HART, 2011, p. 68). Nestes termos, falta ao modelo austiniano de direito a perspectiva da prática social já que o hábito de obediência não deriva da prática coletiva, podendo ser visto apenas como a soma convergente de cada prática individual. Isto é, a teoria imperativa do direito não pode ser compreendida como uma prática social, haja vista o fato de que o hábito de obediência não pressupõe tal prática, mas tão somente o comportamento convergente dos indivíduos.

Tendo isto em vista, Hart afirma que a teoria austiniana se apresenta como uma má leitura do sistema jurídico, sendo incapaz de explicar seus mecanismos. A causa desta incapacidade tem como origem os “elementos a partir dos quais a teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças”. Todos estes elementos são avessos à ideia de regras, ideia “sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito (HART, 2011, p. 90). Sendo assim, o direito tal como apresentado por Austin não pode ser entendido como uma prática social, tanto menos, como normativo, já que a obediência habitual não é capaz de sustentar tal tese.

Frente ao exposto, Hart apresenta o conceito de direito a partir de uma concepção jurídica baseada na aplicação das

---

<sup>22</sup> Como bem ressaltado por Dworkin: “Hart concorda com Austin que as regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Contudo, Austin pensava que a autoridade dessas instituições encontrava-se tão-somente no seu monopólio do poder. Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, padrões constitucionais esses previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental. Esse plano legitima as decisões do governo e lhes confere a forma e o caráter de obrigação que faltava às ordens cruas do soberano de Austin” (DWORKIN, 2002. p. 34-35).

regras. A proposta de Hart se caracteriza como uma alternativa mais eficaz e plausível de definição do direito, na medida em que o ordenamento jurídico passa a ser entendido como constituído por regras. Por meio das regras é possível compreender o direito e sua aplicação a partir do caráter normativo proveniente das regras que o compõe, sendo esta concepção oposta a apresentada através da figura do soberano.

No intuito de melhor entender o caráter normativo das regras que guiam a conduta dos indivíduos, analisaremos a seguir a concepção de “regra” apresentada por Hart. Pretendemos mostrar com esta exposição de que forma uma regra costumeira se difere de uma regra moral e de outras regras jurídicas, haja vista o fato de todas apresentarem-se como critério de correção e normatividade para as ações. Esta distinção é relevante, na medida em que o direito, segundo Hart, é considerado um sistema social composto pela união de regras primárias e secundárias, independente de qualquer relação com os demais tipos de regras. Vejamos como isto se torna possível na teoria Hartiana.

### 1.3 A TIPIFICAÇÃO DAS REGRAS E SEUS SENTIDOS DE OBRIGAÇÃO

No primeiro capítulo do livro *O conceito de Direito*, ao tratar sobre as questões persistentes, Hart afirma que três perguntas recorrentes têm sido a causa das dificuldades quanto à conceituação e a definição do conceito de “direito”. A primeira questão apresentada é: “Como difere o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas?”; a segunda visa explicar “Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta?”; e por fim, “O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?” (HART, 2011, p. 18).

A primeira das três perguntas postas por Hart foi respondida na seção anterior, a partir da reconstrução das críticas à teoria imperativista de Austin. Esta crítica apresenta o que Hart chamou de visão restrita do direito, a saber, a definição de direito como sendo constituído apenas por comandos e ameaças emitidos por um soberano. Com isso, mostramos que enquanto para Austin o direito era compreendido em termos de comandos emitidos por um soberano, caracterizado como aquele

que tem o monopólio do poder, para Hart, a autoridade jurídica ocorre no plano dos padrões constitucionais<sup>23</sup>.

A segunda questão, sobre a diferença entre regras morais e jurídicas será respondida nesta seção, a partir da compreensão de que direito e moralidade são esferas distintas, que possuem, porém, algumas semelhanças. Entre elas, a de que há critérios de normatividade e correção que são peculiares tanto ao direito quanto a moral e que o não cumprimento de tais critérios podem gerar censura em ambas as esferas. Isto é, faz parte da moralidade apresentar critérios normativos para a conduta humana, assim como o direito. Por fim, a terceira pergunta será respondida na seção que trata sobre “o direito como a união de regras”.

Antes de iniciar a discussão sobre a tese da separabilidade, é necessário fazer um breve esclarecimento sobre postura teórica assumida nesta tese acerca da teoria Hartiana. Compartilhamos da compreensão de que o modo como Hart direciona a discussão sobre a definição do direito, a partir das questões expressas acima, torna evidente que seu método de compreender e analisar o direito corresponde ao de um positivista analítico<sup>24</sup>. O termo “analítico” está sendo empregado de acordo com a compreensão filosófica de que o valor de verdade dos enunciados só podem ser verificados a partir do significado dos seus termos<sup>25</sup>. A veracidade dos enunciados analíticos não é passível de verificação empírica, pois caso assim fosse, tratar-se-ia de uma proposição sintética<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Esta definição acerca do direito segundo as concepções de Austin e Hart encontra-se em Ronald Dworkin (DWORKIN, 2010, p. 34).

<sup>24</sup> Em Alf Ross é possível encontrar referência expressa sobre a influência que a tese analítica, sobretudo a de Austin, exerceu sobre a filosofia do direito inglesa da qual Hart faz parte (ROSS, 2010, p. 24).

<sup>25</sup> A frase “nenhum solteiro é casado” representa um exemplo de enunciado analítico, pois a possibilidade de saber se ela é verdadeira depende apenas do conhecimento dos termos que a compõem.

<sup>26</sup> Portanto, embora seja feito um esforço para apresentar a teoria de Hart a partir do viés analítico, seu aspecto normativo não é negligenciado em momento algum. Ao contrário, concentraremos todos os esforços para evidenciar a conexão entre analiticidade e normatividade ao longo do presente capítulo.

Desta forma, ao abordar o direito a partir da concepção analítica Hart não estava interessado em fazer uma análise conclusiva dos termos jurídicos e sim, em entender o direito através do seu esclarecimento linguístico e da sua formação<sup>27</sup>. Seu objetivo não era justificar ou numerar as possíveis aplicações práticas que podem ser feitas das normas jurídicas, mas descrever o direito, o modo como ele funciona e o que o torna possível. Hart não é normativista no sentido de que recomenda a sua teoria, mas no sentido de que concebe o direito (e não sua teoria descritiva) como um sistema normativo, pautado no conteúdo das regras que o compõem<sup>28</sup>. É necessário separar o aspecto normativo da teoria do direito (o que o torna normativo), do aspecto descritivo da teoria sobre o direito<sup>29</sup>.

É nesse sentido que se afirma que a teoria descritiva do direito, assim entendida, não se dirige a um sistema particular de direito, tanto menos a qualquer sistema moral. E mais, embora o direito e a moral possuam um vocabulário semelhante, é notável a distinção que existe entre essas esferas e sua forma de comando (HART, 2011, p. 11-12). O direito deve ser compreendido em termos de uma teoria geral aplicável em toda e qualquer sociedade, ao passo que a moral pode ser compreendida a partir de diferentes vieses sociais, que variam de contexto. Hart afirma que seu objetivo,

---

<sup>27</sup> No prefácio de *O Conceito de Direito* Hart afirma que: “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-padrões de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar” (HART, 2005, p. 2).

<sup>28</sup> Embora tenha afirmado que o positivismo de Hart coaduna-se com o positivismo analítico, sobretudo o de cunho austriano, o presente trabalho defende a tese de que além do aspecto analítico Hart fornece um aspecto normativo para a compreensão do direito. Nesse sentido, o positivismo Hartiano é apresentado como sendo um positivismo analítico normativo, uma vez que o autor não pretendia apenas descrever o direito, mas também, compreendê-lo a como uma prática normativa. O que é feito, porém, a partir do conceito de regras e não através da figura do soberano, marcando o distanciamento que faz da filosofia dos seus predecessores.

<sup>29</sup> É neste aspecto que Hart reivindica neutralidade.

não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais (HART, 2011, p. 22).

Ao adotar essa postura menos enrijecida acerca do direito, Hart se distancia da posição defendida por seus antecessores (a exemplo dos imperativistas) que, segundo ele, possuíam uma visão restrita sobre a ciência jurídica. A concepção de direito apresentada por Hart pode ser compreendida como um fenômeno social, fruto do desenvolvimento histórico das relações sociais, que se caracteriza pela oposição à ideia de que as regras operam a partir de limites fixos. Segundo MacCORMICK, o sistema jurídico apresentado por Hart é um “sistema de regras sociais, sociais em duplo sentido: elas tanto regem a conduta dos seres humanos em sociedade quanto devem sua origem e existência exclusivamente às práticas sociais humanas” (MacCORMICK, 2010, p. 35).

Assim sendo, quais tipos de regras fazem parte da esfera jurídica e quais não são abarcadas pela teoria Hartiana? Argumentaremos no sentido de mostrar que somente as regras que tiverem passado pelo crivo da regra de reconhecimento fazem parte do direito e que todas as demais regras como, por exemplo, as da moralidade, podem vir a compor o direito desde que atendam a este pré-requisito<sup>30</sup>. A condição para validação e incorporação de uma norma moral ao sistema do direito, portanto, é feita através da regra de reconhecimento, como será visto mais adiante.

---

<sup>30</sup>Esta, porém, é uma característica contingente, pois nem as regras morais precisam ser incorporadas à esfera jurídica para que possamos falar sobre o direito. E mais, o fato de ter, alguma vez, incorporado uma regra moral ao direito não acarreta a necessidade de que sob o ponto de vista da validade jurídica o direito seja moral.

Ao tratar sobre a relação entre a moral e o direito, Hart não apresenta uma definição metafísica sobre o que entende por moralidade, mas sim, exemplos acerca dos diferentes tipos de moralidade que são compartilhados pelas sociedades. A apresentação sobre a moral é feita, portanto, ao mesmo tempo em que se discorre sobre suas regras e a prática dos sujeitos de comumente seguir regras morais. Abordar o conceito “moral” como sendo essencialmente social, que engloba os diferentes padrões que regem o convívio social, torna mais compreensível o entendimento de Hart acerca do direito, também enquanto prática social.

Neil MacCORMICK apresenta uma passagem esclarecedora acerca da compreensão Hartiana de moralidade ao compará-la com os padrões (*standards*), valores, seguidos pela coletividade. Para MacCORMICK, Hart parte da ideia de que “quaisquer regras ou *standards* que sejam compartilhados ou comuns em um grupo [...] devem ser considerados como *standards* morais”. Estes standards, segue ele afirmando,

tomados em conjunto [...] constituem uma “moral”, isto é, a moral em grupo em questão (sendo o próprio grupo, em certo sentido, constituído pelos *standards* e sua aplicação, ou em referência a eles). Certamente “moral” nesse sentido não se apóia apenas ou exclusivamente na prescrição universal autônoma de cada agente moral agindo por si só [...] Uma moral assim caracterizada é social e não individual, e é a moral de um grupo de pessoas que vivem juntas e interagem socialmente (MacCORMICK, 2010, p. 69).

A noção de moralidade Hartiana, portanto, emerge do convívio social entre os cidadãos e constitui, segundo MacCORMICK, o que Hart entende por moral positiva. Isto é, a moral aceita por todos os indivíduos de um grupo social. Esta aceção da moral social difere de um segundo tipo de moral descrita por Hart, a saber, a moral crítica. Esta distinção é

apresentada em *Direito, Liberdade e Moralidade*<sup>31</sup>, outra importante obra Hartiana, onde o autor afirma que a moral positiva é sinônimo da moralidade social compartilhada pelos grupos como um modo de organizar suas vidas de forma normativa, ao passo que, a moral crítica atua como um mecanismo de aprimoramento da moral positiva<sup>32</sup>.

É através da moral crítica que novos critérios morais passam a ser incorporados, alterados ou mesmo substituídos por outros ao longo do tempo. Estes aspectos tornam clara a importância da moralidade para a forma como os cidadãos organizam as suas vidas, de acordo com alguns padrões que devem ser aceitos pela maioria. Além disso, é justamente este contexto de convívio que permite distinguir entre regras sociais, sejam elas do tipo moral ou costumeiro e a regra jurídica, ao analisar suas peculiaridades.

#### 1.4 REGRAS MORAIS *VERSUS* REGRAS JURÍDICAS

Para diferenciar as regras morais e as jurídicas Hart elenca algumas características que delimitam de forma clara suas diferenças. A primeira característica apresentada é a da *importância*. De acordo com o autor, as regras morais possuem o estatuto da *importância* para a manutenção do convívio pacífico entre os cidadãos destacando-se, assim, dos demais tipos de regras sociais. Tal importância é apoiada pela pressão social fortemente exercida por parte da sociedade para que tais regras sejam seguidas, o que nem sempre se verifica quando o que está em questão são as demais regras costumeiras.

---

<sup>31</sup> HART, H. L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

<sup>32</sup> Ainda segundo MacCORMICK, “a moral crítica é um refinamento, um desenvolvimento maior da moral positiva. Ela coloca sob reflexão crítica as nossas maneiras de julgar o comportamento e os *standards* – talvez meramente tradicionais – que usamos ao fazê-lo. A moral crítica busca exigir e desnudar as suposições de valores implícitos na moral positiva, reavaliá-las e torná-las coerentes e, assim desenvolver princípios críticos em referência aos quais podemos reavaliar e reorientar nossos julgamentos e normas de julgamento comuns e rotineiros (MacCORMICK, 2010, p. 73).

A pressão para o cumprimento de regras morais tem como justificativa a ideia de que qualquer alteração ou descumprimento destas regras podem resultar em consequências desagradáveis para todos os membros da sociedade. O que justifica a pressão para a não transgressão da moralidade (HART, 2011, p. 189). Oposto a isto, as regras jurídicas independem da *importância*, pois,

uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada. Por outro lado, seria absurdo conceber uma regra como fazendo parte da moral de uma sociedade, mesmo que ninguém a considerasse importante ou que valesse a pena manter (HART, 2011, p. 190).

A segunda característica levada em conta para a distinção entre regras morais e jurídicas, e que decorre da primeira, é a da *imunidade à alteração deliberada*. As regras morais são resultado da ação do tempo, das adaptações e dos comportamentos compartilhados ao longo do tempo e, por isso, não podem ser tomadas como fruto de um ato volitivo. Não se elimina uma regra moral ou qualquer tradição por meio de decretos ou de ato intencional que determine nulidade, já uma regra jurídica sim. Basta para tanto, um ato legislativo para que uma norma jurídica seja alterada e mesmo revogada do ordenamento jurídico (HART, 2011, p. 191). As regras do direito podem ser criadas ou revogadas do dia para a noite, prescindindo de experiências sociais de longa data.

A terceira característica é a do *caráter voluntário dos delitos morais* e diz respeito ao fato de a inobservância das regras morais resultarem em atos de censura quando o sujeito poderia ter agido de forma contrária ao modo como agiu, mas não o fez. Neste caso o indivíduo é censurado, pois poderia agir de forma moral, mas escolheu agir de outra forma. De igual modo, não parece plausível julgar moralmente ou censurar alguém que agiu mal, porém, de forma não-intencional, uma vez que se sabe que ele não poderia ter agido de outra forma

naquele contexto específico<sup>33</sup>. No direito o mesmo não ocorre, pois há gradações para a determinação do delito, como o dolo ou a culpa. Assim, tomando como exemplo o direito brasileiro, ainda que juridicamente o sujeito que agiu em legítima defesa não seja julgado por uma ação dolosa, ele poderá responder por ação culposa (HART, 2011, p. 193)<sup>34</sup>.

A quarta e última característica é a da *forma de pressão moral*, que como o próprio nome se refere, consiste na pressão exercida pela culpa, remorso e exclusão usados pela pressão social. No direito, a forma de pressão sobre os sujeitos fica a cargo do aspecto normativo que pode ou não vir acompanhado de sanção, de modo que “a forma típica de pressão jurídica consiste em tais ameaças. Relativamente à moral, pelo contrário, a forma típica de pressão consiste em apelos ao respeito pelas regras...” (HART, 2011, p.195)<sup>35</sup>. Destaca-se que a moral e o

---

<sup>33</sup>Um caso exemplo poderia ser o de um gerente de banco que abre o cofre para o assaltante que o mantém sob a mira de um revólver. Em uma situação normal ninguém afirmaria que o gerente estaria desculpado por fornecer a senha do cofre, mas durante um assalto sim, pois parte-se do pressuposto que diante da ameaça de morte o gerente estaria justificado em tentar salvar sua vida ao fornecer a senha.

<sup>34</sup> Não parece ser o caso de condenar moralmente alguém que agiu em legítima defesa, mas, tão somente, juridicamente. Antes, a moral diante de tal situação parece estar a serviço da isenção de culpa por parte de quem agiu em legítima defesa, ao justificar que a forma quem age desta forma o faz, uma vez que se encontra em uma situação extrema.

<sup>35</sup> A definição do modelo jurídico Hartiano, de acordo com o qual nem todas as regras jurídicas são caracterizadas por sanção, a exemplo das regras de alteração, nos coloca frente a frente com a teoria jurídica apresentada por Kelsen, para quem, toda norma jurídica é dotada de sanção. Não obstante, para Kelsen, a moral também exerce sanção, de modo que o que a difere do direito é o fato de não existir uma moralidade única, mas sim, uma multiplicidade de sistemas morais. Diferentemente do que ocorre no direito, caracterizado como um sistema unitário. Diante disso, a questão sobre o modo como Hart distingue a norma jurídica sem sanção da moral social poderia ser posta. Pergunta que Hart responde tendo em vista o conceito de norma de reconhecimento, que é o critério a partir do qual Hart distingue a esfera moral da esfera jurídica. Além disso, as regras jurídicas possuem o que MacCORMICK chama de “qualidade sistemática”, “que depende da inter-relação entre dois tipos de regras, as ‘regras primárias’ e as

direito exercem um tipo de pressão social para seu cumprimento, porém, há uma distinção no modo como ela ocorre que consiste no fato de que, enquanto no direito a correção é feita de forma oficial, na moral o mesmo não ocorre. Uma das explicações para tanto é a de que existe apenas um direito vigente nas sociedades, por isso é considerado oficial. Ao passo que a mesma sociedade pode acomodar diferentes sistemas morais coexistentes, ainda que sejam concorrentes<sup>36</sup>.

Necessário se faz esclarecer que, ainda que se aceite que a força seja característica dos sistemas jurídicos, Hart nega toda leitura acerca do direito que o caracterize e o identifique apenas pelo critério da força. Portanto, embora o direito tenha o poder de exercer uma obrigação física, esta não é a sua única e principal característica. O aspecto normativo é o sentido de obrigação característico do direito, por meio do qual deve ser compreendido. A obrigação normativa gerada pelo direito é fundamentada, portanto, pelo conteúdo da regra e não pela força. Na prática, o sistema jurídico é cumprido quando há a compreensão de que o que a regra ordena é norma, de tal forma que esta diretriz é interiorizada e cumprida. Igualmente, age

---

‘regras secundárias’, como Hart as chamava” (MACCORKICK, 2010, p. 35).

<sup>36</sup> A respeito da tese da separabilidade entre direito e moral, tendo em vista o argumento do pluralismo moral e, portanto, a impossibilidade de estabelecê-la como um critério normativo lado a lado com o direito, Dimoulis faz uma distinção clara entre posições radicais e moderadas que sustentam o argumento do relativismo moral. Do lado radical da tese da separabilidade ele aloca Kelsen, que “afirma ser impossível constatar a vinculação necessária entre o direito e a moral, pois a moral é incerta, mutável e, em última análise, depende de referências puramente subjetivas”, o que levanta a questão de como é possível “fazer depender o conteúdo do direito de crenças e práticas subjetivas, se a principal finalidade do ordenamento jurídico é estabelecer normas de conduta e de sanção taxativas e geralmente vinculantes?” (DIMOULIS, 2006, p. 185). A postura mais moderada fica a cargo das observações de MacCORMICK, que segundo Dimoulis, “não chega a afirmar que a moral é totalmente subjetiva, mas observa que as avaliações morais são mais controvertidas e incertas do que a identificação do conteúdo das normas jurídicas válidas” (DIMOULIS, 2006, p.186). Ressalta-se ainda que na referida obra Dimoulis discorre sobre a distinção entre o cognitivismo e o não-cognitivismo moral.

contrário ao direito aquele que não atua de acordo com o conteúdo normativo expresso pelas regras do direito<sup>37</sup>.

Outro ponto a ser esclarecido é que para Hart, muito embora haja quem siga as regras unicamente por medo da pena que poderá vir a sofrer, no geral, as pessoas desejam viver em harmonia dentro de um sistema, tendo seus direitos protegidos e assegurados. E é justamente por isso que o caráter normativo advindo das regras é aceito como padrão de obrigação. Este fato explica a razão pela qual as pessoas tomam o direito a partir de um ponto de vista interno, observando o sentido de obrigação normativa proveniente das suas regras<sup>38</sup>.

Voltando à distinção entre o direito e a moral, segundo MacCORMICK, como temos um cenário onde as regras jurídicas são definidas como regras sociais e essas, “pertencem a uma classe geral à qual também pertencem outros tipos diversos de regra, como regras de moral, de maneiras e etiqueta, de jogos, da fala etc.”, é preciso empreender mais alguns esforços na sua diferenciação frente às demais regras sociais. O que é feito a partir de dois aspectos. “O primeiro é que, tal como as regras morais, as regras jurídicas também compõem a classe e “referem a ‘obrigações’ ou ‘deveres’, isto é, tornam certas condutas ‘obrigatórias’ ou ‘vinculantes’”. Ou seja, as regras morais também “representam um tipo de razão “peremptória” para a ação” (MacCORMICK, 2010, p. 35). Este aspecto, todavia, apenas permite distinguir o direito dos demais tipos de regras sociais, porém, não o distingue da moral.

Evidencia-se deste modo que Hart não nega a existência de alguns pontos tangenciais entre as esferas moral e jurídica,

---

<sup>37</sup> Notório é o fato de que aquele que transgredir o direito pode fazê-lo tendo ele interiorizado ou não a regra jurídica. Não é preciso ter interiorizado o direito para só então, descumprir-lo. O direito pode ser descumprido tanto por aquele que o toma a partir da perspectiva interna como da externa. Pense, por exemplo, nos casos em que o transgressor compreende o sistema jurídico de um ponto de vista interno, porém, não concorda com o conteúdo expresso pela regra e, por isso, age contrário a norma jurídica.

<sup>38</sup> Ao tratar sobre as regras do direito mostraremos um segundo sentido de fonte de autoridade atribuído ao direito: as regras secundárias, sem as quais a teoria jurídica não comporia um sistema coerente com a proposta Hartiana.

conforme apresentado no nono capítulo de *O Conceito de Direito*. Talvez a semelhança mais aparente desta tangência seja a que reforça a importância das “regras de conduta que qualquer organização social deve conter, para ser viável”, isto é, para que possa existir. Segundo o jurista, “tais regras constituem de facto um elemento comum no direito e na moral convencional de todas as sociedades até ao ponto em que ambos são distinguidos como formas diferentes de controlo social” (HART, 2011, p. 209).

O elemento comum apresentado acima constitui o conteúdo mínimo do direito, definição a partir da qual Hart mostra como conteúdos morais que exercerem um tipo de pressão social se assemelham ao direito e a ele podem ser incorporados. Isto se torna possível na medida em que as regras morais são positivadas, passando a compor o ordenamento jurídico. É nesse sentido que se afirma que uma regra moral pode vir a se tornar uma regra do sistema jurídico, desde que esta seja devidamente validada pela regra de reconhecimento (HART, 2011, p. 312).

Deste modo, uma vez que a regra moral é positivada ela se torna parte do sistema jurídico deixando de pertencer apenas ao âmbito da moralidade. Ou seja, tem seu *status* elevado ao deixar de ser considerada uma regra moral para se tornar uma regra do direito, onde a partir de então é tomada com pretensões não valorativas<sup>39</sup>. Um bom arquétipo acerca desta mudança de *status* é, por exemplo, a legislação que versa acerca do adultério<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Conforme já apresentado, a diferença substancial entre o sistema moral e o jurídico tem por base o fato de que enquanto a moral se caracteriza como um sistema de valores, o direito deve ser tomado como um sistema normativo, porém, sem a pretensão de emitir juízos valorativos no que concerto aos conceitos de “bom” e “mal” etc.

<sup>40</sup> O adultério sempre foi considerado uma prática imoral, até o ponto de se tornar parte dos códigos penais de muitos países e povos. No Brasil o adultério também chegou a ser capitulado como crime no artigo 240 do código penal brasileiro. Porém, esta lei foi revogada em 2005. Embora nos dias atuais não seja mais considerado um crime, o direito ainda legisla sobre o adultério no âmbito do direito civil quando versa sobre os deveres de fidelidade recíproca dos cônjuges conforme os artigos 1.566 e 1.704 (sobre a pensão alimentícia) do código civil. Já no âmbito da moral, o adultério ainda é amplamente criticado pela maior parcela da sociedade, que o considera uma prática que atenta contra a moral e os bons costumes.

Hart também fala das semelhanças entre direito e moral no capítulo que antecede a seção intitulada “Direito e Moral”, ao afirmar que as regras do direito e da moral,

são semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do indivíduo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância; o cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente (HART, 2011, p. 187).

Resulta como consequência desta semelhança o fato de que “em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação moral e a obrigação jurídica” (HART, 2011, p. 185). O direito assim entendido faz parte de um fenômeno jurídico social, no qual está implicado a ideia de cooperação entre as partes. Esta visão do sistema jurídico é amplamente aceita e subscrita por alguns teóricos Hartianos, a exemplo de Green para quem, “Hart é bem conhecido como alguém que tem uma visão social do direito, na verdade, ele acha que o direito é totalmente uma construção social” (GREEN, 2013, p. 184)<sup>41</sup>.

Se ambas exercem um tipo de pressão social e encorajam o seu cumprimento, no que consiste a diferença entre ambas? No fato de que “diferentemente das regras morais, elas [as regras jurídicas] têm uma qualidade sistemática que depende da inter-relação de dois tipos de regras, as “regras primárias” e as “regras secundárias”, como Hart as chamava” (MacCORMICK, 2010, p. 35). Introduz-se aqui o sistema Hartiano de regras.

O direito do ponto de vista formal não depende da aceitação ou não da maior parte de pessoas envolvidas para garantir sua manutenção e estabilidade. Conforme visto, podemos não aceitar uma regra. Este fato, contudo, não descaracteriza o direito enquanto tal. Apesar disso e dado o fato de que o sistema jurídico é normativo e impõe obrigações, as

---

<sup>41</sup> Tradução nossa.

quais não estão em cogitação pelos indivíduos, pode-se dizer com propriedade que a característica do direito é, entre outras, a de estabelecer obrigações materiais. Estas são feitas através de suas regras e do conteúdo que possuem.

Assim, é possível que alguém se recuse a agir de acordo com o que uma regra social costumeira ou moral ordena, podendo sofrer ou não retaliação social, contudo, este não é o caso quando se está diante de regras jurídicas<sup>42</sup>. Não posso simplesmente me eximir de cumprir uma determinação proferida pelo juiz, sem que isso implique em uma pena correspondente, por exemplo<sup>43</sup>. Apesar disso, ao estabelecer esta característica como peculiar aos sistemas de direito, Hart não está a propor que todas as regras sejam do tipo que estabelecem obrigações. Há exceções quanto ao caráter de obrigatoriedade das regras jurídicas como, por exemplo, as regras que atuam como mecanismos de alteração, entre outras.

Tendo esclarecido a diferença entre as regras sociais do tipo moral e as regras jurídicas, resta ainda discorrer sobre a distinção entre regras sociais e hábitos. Esta diferenciação é importante, na medida em que permite lançar luz para as diferentes regras sociais mencionadas de meros hábitos rotineiros, que possuem aparência de regra social do tipo moral. Faremos isso através da noção apresentada por meio dos conceitos de “aspecto interno” e “aspecto externo” das regras, fundamental para a compreensão das regras jurídicas e do sistema proposto por Hart.

## 1.5 REGRAS SOCIAIS *VERSUS* HÁBITOS

Para Hart, existem alguns tipos de comportamento que embora não sejam regras propriamente morais são respeitados e

---

<sup>42</sup> Ver a discussão sobre ter *uma obrigação de* e *estar obrigado à* realizada no capítulo sobre as Críticas de Hart ao soberano de Austin.

<sup>43</sup> Segundo Hart, no caso de regras jurídicas, a consequência previsível é definida e organizada de forma oficial, enquanto que no caso não jurídico seja provável uma reação hostil semelhante ao desvio, esta não é organizada, nem definida em substância (HART, 2011, p. 15). Por isso diz-se que as características da pressão social no direito e na moral semelhantes e não idênticas.

seguidos pela coletividade como, por exemplo, os que compõem as regras costumeiras. Estas regras podem ser regras de etiqueta, de fala, familiares etc. presentes nas mais diferentes sociedades e que são seguidas, apesar de não serem positivadas através de códigos escritos. São regras aprendidas pela prática, observância e pela tradição de forma hereditária e muitas delas apresentam como característica um sentido de obrigação sem, contudo, o apelo à coerção ou força física.

Igualmente, as regras morais também são ensinadas e se espera que sejam seguidas, pois elas figuram como critério de correção e normatividade que regula as ações, com o intuito de impedir danos a terceiros e promover o bom convívio social. O papel de guia de ações desempenhado por estas regras sociais do tipo moral torna-se fundamental para a organização dos indivíduos em sociedade, de tal forma que a pressão social para seu cumprimento tem uma função crucial.

É preciso ter claro, então, que assim como as regras morais, as regras costumeiras (ambas tipos de regras sociais)<sup>44</sup> desempenham um papel na ordenação das sociedades de modo a compor um sistema normativo em sociedades que sempre estão sob a égide do direito. A função que estas regras possuem não pode ser minimizada, conforme se tem frisado ao longo da discussão. O fato é que além das regras sociais citadas existem ações que embora assumam a forma de regra, dizem respeito apenas a meros hábitos que podem ser constatados nas mais diferentes sociedades.

Os hábitos são aprendidos e ensinados sem que seu cumprimento tenha como pano de fundo o critério da normatividade, pois esta característica se faz ausente nas práticas habituais. Em outras palavras, as ações derivadas de hábitos não geram punição ou repressão apoiada por meio da pressão social. Isso porque, os hábitos não possuem como característica qualquer parâmetro de correção, uma vez que se trata apenas de hábitos que podem ser encontrados na

---

<sup>44</sup> As regras sociais englobam três tipos de regras: as regras morais, as regras costumeiras e as regras do direito. Apesar de possuir um estatuto diferente, diz-se que as regras do direito também são pertencentes ao âmbito social, uma vez que o direito é compreendido como um fenômeno social, como o próprio Hart afirmou (HART, 2011, p. 22).

sociedade. Estes hábitos podem ser praticados de forma isolada ou em coletividade, porém, permanecem sendo apenas hábitos.

No que diz respeito à distinção apresentada por Hart entre hábitos e a prática de seguir regras, Struchiner faz uma clara explanação sobre o tema. De acordo com Struchiner, “alguém pode ter o hábito de comer mingau três vezes ao dia, mas isso não significa que existe uma regra segundo a qual todos devem comer mingau três vezes ao dia”. Desta forma, ninguém pode afirmar que alguém comete um erro ao deixar de comer mingau. Isto porque, trata-se de um hábito. “Por outro lado, quando alguém para no sinal vermelho, normalmente isso ocorre porque internalizou uma regra segundo a qual as pessoas, incluindo a mesma, devem parar no sinal vermelho”. Do que se conclui que se a própria pessoa não para diante do semáforo com a luz vermelha “é bem possível que diga mais tarde que cometeu um erro, e se as outras pessoas não param, provavelmente serão criticadas por não respeitarem a regra que determina parar no sinal” (STRUCHINER, 2005, p. 63).

Ninguém é punido pelo hábito de comer mingau, muito embora o seja por não respeitar a sinalização de trânsito. Podemos ter diversos hábitos, cujo desvio de conduta a eles não ocasiona punição. Contudo, quando um hábito é institucionalizado passando a compor uma regra social, que gera um critério de normatividade, ele é apoiado pela pressão exercida pela sociedade.

Tome como exemplo o hábito dos mais antigos em vestir-se de modo formal para celebrações religiosas que se transformou no costume geral observado de não usar trajes curtos nas igrejas. Quando alguém age de modo contrário a este costume é censurado ou mesmo impedido de entrar em alguns locais de culto. A explicação oferecida é que, uma vez que as regras sociais do tipo costumeiro tornam-se regras morais, elas fornecem uma razão para a ação e “por isso, dizemos que censuramos ou castigamos um homem *porque* violou a regra e não meramente que era possível que o censuraríamos ou castigaríamos” (HART, 2011, p. 15). O mesmo vale para regras morais que se tornam direito.

A condição para que as condutas desviantes sejam punidas é a regularidade das nossas ações que evidencia a forma como nos expressamos, nos comportamos e agimos em nossas práticas diárias. Esta regularidade é tida neste contexto

não apenas como a regularidade que fundamenta os hábitos, mas como a ordem por meio da qual podemos afirmar que existe um conteúdo normativo que está sendo seguido. A expressão do conteúdo normativo das regras gera um comportamento padrão, que justifica a regularidade por nós observada. Desta forma, não é o comportamento comum que justifica a regra, mas, ao contrário, o fato de que todos os indivíduos seguem a regra de acordo com o que ela ordena é que gera um comportamento comum em um contexto específico<sup>45</sup>. Portanto, é a prática de seguir a regra de acordo com o que ela ordena que torna evidente a ordem expressa pela regra.

Como os hábitos não geram comportamento normativo comum, no sentido de que prescindem de normatividade, eles não podem figurar com parâmetro de correção no mesmo sentido que as regras jurídicas ou costumeiras do tipo moral. E este é outro ponto relevante quanto à distinção entre regras e hábitos apresentado por Hart no momento em que ele trata sobre as questões recorrentes no direito, mais especificamente sobre as críticas ao modelo imperativo do direito. De acordo com ele, o direito não pode ser compreendido pela mera ideia de hábitos e ações convergentes, justamente porque falta a estas práticas o aspecto institucional e normativo que o direito reivindica. Por isso “esta distinção é crucial para a compreensão do direito” (HART, 2011, p, 16).

Se seguissemos uma regra jurídica meramente pelo hábito de assim o fazer a ocorrência de mudança de hábito, por menor que fosse, caracterizaria um novo comportamento e, necessariamente, um novo direito. Neste sentido, seria o hábito que moldaria o direito e sua necessidade e não o oposto, como se está a defender. O que se percebe, contudo, é que nossos hábitos podem ser alterados, mas disso não se segue como necessário que o direito também o seja. Além disso, o modo como os hábitos são revogados, por cair em desuso, difere totalmente do modo como as leis jurídicas são revogadas, através de atos institucionais.

---

<sup>45</sup> Do mesmo modo, a transgressão das regras gera um comportamento oposto ao esperado frente ao padrão normativo, o que justifica a censura.

Outro esclarecimento significativo quanto à distinção entre hábitos e regras é apresentado por Hart através da afirmação de que para que haja qualquer hábito “não se exige que nenhum dos membros do grupo pense, de qualquer modo, no comportamento geral ou saiba sequer que o comportamento em questão é geral”. Ou seja, “basta que cada um, por seu lado, se comporte da forma que os outros também se comportam efectivamente”<sup>46</sup>. Ao passo que “para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo”. A conclusão a qual Hart chega é a de que “uma regra social tem um aspecto ‘interno’, para além do aspecto externo que compartilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme”, passível de ser observado e registrado por qualquer indivíduo (HART, 2011, p. 65).

A distinção entre o que chamou de aspecto “interno” e “externo” das regras além de delimitar as diferenças entre hábitos e a prática de seguir regras, também elucida a diferença entre a prática de seguir a regra da mera ação conforme a regra, ou seja, sem atitude crítica reflexiva (HART, 2011, p. 66). A definição sobre os aspectos “interno” e “externo” das regras é dada por Hart através da seguinte citação:

quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamá-lhes os ‘pontos de vista’ respectivamente ‘externo’ e ‘interno’ (HART, 2011, p. 98-99).

---

<sup>46</sup> Ainda que os hábitos observados pudessem encorajar práticas, estas seriam realizadas apenas enquanto comportamento de massa e não como uma atitude normativa guiada por regras.

O ponto de vista externo do direito diz respeito à apreensão das práticas em uma dada comunidade a partir da observação de suas condutas, sem que o próprio observador interiorize o conteúdo normativo das regras. Por isso se diz que o ponto de vista externo é descritivo, uma vez que quem observa descreve o modo como os indivíduos agem, sem aceitar as razões que levam tais sujeitos a agir de determinado modo. Ou seja, a análise feita do ponto de vista externo limita-se a descrever os comportamentos regulares observados, pois não toma em consideração o conteúdo das regras que coordenam as respectivas práticas. Este é o caso, por exemplo, do observador radicalmente externo que apenas descreve as práticas e regularidades observadas em uma comunidade, porém, não as compreende. Apesar disso, mesmo sem conhecer o motivo que levou as pessoas a agirem do modo como fizeram, o observador pode analisar e listar com certo êxito as ações observadas (HART, 2011, p.99).

Uma segunda tipificação do aspecto externo pode ser explicada através da imagem do observador engajado que leva em consideração o que as regras dizem, mas não as aceita ele próprio. Segundo Hart, este 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 *e/les* estão afectados por elas” a partir do ponto de vista interno (HART, 2011, p. 99). Neste caso o observador compreende o padrão normativo seguido, porém, não o aceita, isto é, limita-se apenas a descrever o padrão interno das ações de outros indivíduos sem que isto seja feito a partir do seu próprio ponto de vista interno.

O ponto de vista interno, ao contrário, tem como fundamento o conteúdo normativo das regras que são seguidas por determinados indivíduos como justificação para o modo como suas ações são executadas. Desta forma, o ponto de vista interno possui uma linguagem normativa, não sendo meramente descritiva como o externo. O aspecto interno pressupõe uma atividade crítica e reflexiva acerca das práticas realizadas, entendida como um padrão a ser seguido. Conhecer o ponto de vista interno implica em conhecer as razões que motivam as ações e seu caráter normativo e, portanto, “compreender o direito passa a ser, necessariamente, compreender o seu caráter institucional, o que demanda um ponto de vista ‘interno’ na compreensão do seu sentido” (KOZICKI, 2014, p. 58).

Através das definições sobre o aspecto interno e externo das regras Hart pretende esclarecer a distinção que há entre um hábito estabelecido na sociedade como, por exemplo, tirar o chapéu ao entrar na igreja e uma regra jurídica, como a prática de parar no sinal vermelho do trânsito. Seu objetivo é mostrar de que modo as ações habituais observadas na sociedade diferem das demais regras, sobretudo as do direito. Para tanto, Hart estabelece uma relação entre o aspecto interno das regras e seu conteúdo normativo<sup>47</sup>.

É preciso ter em conta, que o aspecto externo das regras também pode ser entendido de forma normativa, como no caso do indivíduo que toma o ponto de vista interno, o compreende, mas não o aceita e, portanto, se mantém de fora na postura de observador externo. Neste caso, apesar de adotar uma postura externa com relação ao conteúdo da regra o observador pode sofrer punição caso realize uma ação contrária às regras. Neste caso a diferença entre o aspecto interno e externo das regras não é a ausência de normatividade, mas sim, uma atitude postural diante do conteúdo da regra. O fato de que os sujeitos não aceitam o critério expresso pela regra como parâmetro para suas ações não implica, portanto, na inexistência de normatividade. Trata-se apenas da recusa a este padrão<sup>48</sup>.

Frente ao exposto uma questão se coloca: como é possível que um expectador distinga ações habituais de ações praticadas a partir dos aspectos referidos? A fim de responder a questão considere o seguinte exemplo: imagine que um turista chega a uma cidade, em outro país, da qual não conhece nenhuma lei do código de trânsito, costume etc. Ao esperar sobre a calçada para atravessar a rua o turista percebe que os motoristas ao pararem no semáforo, quando este está com a luz vermelha, também

---

<sup>47</sup> A mesma relação não pode ser estabelecida, entretanto, quando se trata de hábitos. Estes não se relacionam nem com o aspecto interno nem o externo das regras, uma vez que os hábitos não possuem caráter normativo.

<sup>48</sup> Há duas formas de compreensão do ponto de vista externo: o daquele que não compreende o padrão normativo da regra e o daquele que o compreende, porém, não o aceita.

desligam o rádio e permanecem com os vidros abertos. E que isto acontece repetidamente<sup>49</sup>.

Quais as possíveis interpretações a partir desta observação um turista poderia fazer estando ele em um país diferente do qual vive e que possui outra legislação, costumes e hábitos? Por se tratar de outra cultura e organização social o modo de vida observado é totalmente estranho ao turista. Inúmeras situações possíveis podem passar pela cabeça do turista no afã de compreender o comportamento dos motoristas. Vejamos, então, algumas destas possíveis hipóteses.

A primeira hipótese (a) é a de que o turista poderia pensar que a regra de legislação de trânsito do referido país ordena que todos os motoristas devem desligar o som de seus carros ao pararem no semáforo. Entre as razões apresentadas para tanto poderia estar a de que esta exigência fosse uma forma de evitar constranger, com um som muito alto, os demais motoristas que param uns ao lado dos outros<sup>50</sup>.

Outra possibilidade (b) é a de que o objetivo de permanecer com o som desligado ou sem volume é uma forma de não atrapalhar a audição dos pedestres que têm deficiência visual e precisam se orientar através do sinal sonoro dos semáforos. A conclusão, neste caso, é a de que há uma lei que obriga os motoristas a agirem de determinado modo, de tal forma que o turista poderia ser levado a crer que os motoristas que não agem de acordo com esta regra estão infringindo o código de trânsito. Se fizermos uma relação da hipótese acima, temos que a relacionar com o aspecto interno, que implica a aceitação do conteúdo expresso pela regra e a prática de seguir a regra, veremos de que modo o “aspecto interno” se relaciona com a prática de seguir a regra, levando em conta seu aspecto normativo.

---

<sup>49</sup> Como este exemplo faz parte de uma hipótese argumentativa, não cabe aqui dizer se todos os motoristas ou apenas a maior parte observada age de modo a abaixar o volume do rádio sempre que param no sinal vermelho de trânsito. O que nos interessa é analisar quais as possíveis interpretações o turista poderia ter diante de tal fato, a fim de mostrar o quão claro o argumento do aspecto interno e externo possui.

<sup>50</sup> Esta poderia ser considerada uma atitude motivada por uma regra social do tipo moral. Moralidade entendida enquanto um valor de respeito, no caso, para com os demais motoristas.

Outra hipótese (c) é a de que o turista acredite que o que ocorre é apenas fruto de uma prática comum e habitual entre os moradores deste país. Assim, haveria apenas uma coincidência proveniente do hábito de abaixar o volume ou desligar o rádio ao parar no sinal vermelho. A conclusão diante deste caso poderia ser a de que existe um costume inusitado em tal local, porém, nada além disso. Um observador externo poderia ser levado a crer, neste caso, que uma tradição de respeito ao trânsito silencioso foi passada de geração em geração ao longo do tempo, justificando a atitude de tais cidadãos.

É necessário frisar que qualquer dado que leve o turista às conclusões hipostasiadas não pode estar relacionado com o fato de ele ter observado qualquer tipo de coerção sofrida pelo motorista infrator ao ser multado, por ter permanecido com o volume alto na situação problema. A identificação de uma regra jurídica não pode ser feita a partir de uma sanção, coerção. Isso porque, segundo Hart o direito não pode ser compreendido meramente como um sistema de regras coercitivas<sup>51</sup>. Caso isto ocorresse, o critério para identificação do direito na concepção Hartiana se assemelharia ao critério imperativista, o que poria a teoria Hartiana em contradição. Hart desenvolve uma teoria jurídica cujo sentido de obrigação é normativo e que não pode ser explicado exclusivamente pela sanção ou coerção, muito embora afirme que estes elementos compõem a compreensão acerca do direito.

Pode-se aventar ainda a hipótese de que o turista simplesmente suspenda seu juízo diante dos fatos, uma vez que não há conhecimento sobre se tal ação possui caráter normativo ou não. Ou seja, é impossível entender ou conhecer a cultura

---

<sup>51</sup> A despeito dos esforços de Dworkin para atribuir a Hart a “pressuposição de que o cerne ou a finalidade do direito e da prática jurídica reside em justificar a coerção”, Hart afirma que “não é seguramente, nem nunca foi, o meu ponto de vista de que o direito tenha uma justificação como seu cerne ou propósito [a coerção]”. E segue afirmando que “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; assim, não há nada na minha teoria que apóie o ponto de vista [...] segundo o qual a finalidade do direito consiste em justificar o uso da coerção” (HART, 2011, p. 310).

local do país só pela observação dos comportamentos registrados a partir do aspecto radical externo das regras que são seguidas. Resulta desta análise a ideia de que o direito não se apresenta de modo tão claro e distinto dos demais tipos de regras como se poderia crer, pois somente a partir da observação não é possível distinguir entre uma obrigação gerada por um conteúdo normativo e um mero hábito. E este é o ponto que nos interessa.

A dificuldade de distinção entre as regras e os hábitos tem como explicação a não compreensão das razões que levam os motoristas a agirem como o fizeram. Isto porque, tudo que se veria do ponto externo é a regularidade, uniformidade dos comportamentos, que permitem uma previsão sobre condutas futuras, porém, não elucidam a motivação das condutas. Esta previsão, entretanto, é comum tanto aos hábitos como às regras sociais. Voltamos então, ao problema inicial aqui posto: como o observador pode distinguir entre hábito e regras sociais do tipo jurídico?

Embora Hart tenha afirmado que um observador possa permanecer apenas no aspecto radicalmente externo das regras ao descrevê-las com certo êxito, ao fazê-lo, entretanto, o observador não consegue classificar com certeza quais regras são parte ou não do sistema jurídico, a menos que o observador faça parte do sistema em questão. Neste caso, ele está inserido dentro da sociedade e sob a égide das regras que coordenam e legislam a comunidade. Em última instância, não seria possível saber distinguir as ações, uma vez que o observador não compartilha dos padrões seguidos, tampouco, está inserido na prática de seguir regras naquela sociedade em específico.

Somente quando o indivíduo compartilha do modo de vida, das práticas de uma sociedade e sistema jurídico é que se torna possível distinguir entre hábitos e regras. Igualmente, somente então a ele é facultado agir a partir do aspecto externo engajado ou interno das regras, segundo suas motivações<sup>52</sup>. Em outras

---

<sup>52</sup> Uma segunda questão levantada é a de como saber se um indivíduo agiu de acordo com o ponto de vista interno ou externo e que importância isso teria para o cumprimento do direito. Porém esta discussão está além dos limites deste trabalho.

palavras, a escolha entre agir de acordo com o aspecto interno do direito, observando as regras e as aceitando como critério normativo de condutas ou agir a partir de um ponto de vista externo, sem aceitar as regras, tendo sua ação conforme ao direito apenas por medo da punição, se torna possível apenas uma vez tendo conhecido o aspecto interno. Somente após compreender o conteúdo normativo da regra é que a possibilidade se coloca para o indivíduo, a ele é facultado escolher.

Um observador radicalmente externo, que não conhece o modo como uma sociedade é coordenada não pode distinguir entre regras, costumes e hábitos, sem antes fazer parte destas práticas ou conhecê-las. Se o que Hart está a defender, como parece ser o caso, é que é possível que o observador radical externo descreva com certo grau de êxito as condutas e o que levou os agentes a realizá-las, inclusive prevendo as possíveis sanções que podem ser infligidas, ele incorre em um erro argumentativo. Em que consiste esse erro?

Hart diz que o observador no começo contenta-se apenas com as anotações das regularidades dos comportamentos observados e que estas regularidades “consistem 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, 2011, p. 99). E mais, que depois de algum tempo o observador externo pode, “com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reações hostis”, tornando-se “apto a predizer com uma razoável medida de êxito e avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reação hostil ou castigo” (HART, 2011, p. 99).

O problema é que só é possível saber que alguém cometeu um erro quando conhece a regra e o que seu conteúdo expressa. Somente então sabe que alguém agiu de forma contrária a ela. Outro problema é que para poder prever com algum êxito as reações hostis que certo comportamento desviante irá sofrer também é necessário saber que tipo de erro foi cometido, qual regra foi transgredida. É necessário compreender ainda quais regras são seguidas para aplicar a

---

punição, pois somente assim o observador poderia elencar um rol de comportamentos hostis que resultariam em castigo para o transgressor.

Note a quantidade de conteúdos normativos que é preciso ter em conta para que seja possível prever a transgressão às regras e os castigos relativos a este ato. É preciso saber o conteúdo da regra para somente depois saber se ela foi violada e poder punir comportamentos desviantes, pois só assim será possível saber que esta punição está sendo aplicada por conta deste contexto específico e não de outro.

Adotar um ponto de vista radical externo é totalmente diferente de adotar um ponto de vista externo, porém, engajado. Diferença esta que consiste no fato de que o observador externo conhece as regras jurídicas e seu conteúdo, mas resolve não aceitá-las. Isso porque, este observador, antes de tudo, compreendeu o conteúdo da regra para só depois, então, colocar-se na postura externa. Sem contar que há a possibilidade de, conhecendo o conteúdo da regra, ele agir segundo sua prescrição somente para evitar qualquer sanção jurídica, sem, contudo, dar seu assentimento para o seu conteúdo (HART, 2011, p. 99).

Dizer que tal compreensão só é possível quando estamos inseridos nas práticas da comunidade não implica em subscrever a tese comunitarista<sup>53</sup> das regras de que o que permite distinguir entre uma regra e outra é a prática social. Se tal compreensão fosse baseada apenas no comportamento comunitário cairíamos no problema de ter que assumir que o comportamento comum justifica a regra e não o contrário. Ou ainda, que o aspecto externo é suficiente para fundamentar uma prática. Esta compreensão, no entanto, é oposta à noção Hartiana de regras e normatividade o que se está a defender neste trabalho.

Portanto, a normatividade é dada sempre pela regra que gera um comportamento comum, cujo caráter é o de uniformidade das ações dos indivíduos. Este aspecto uniforme, entretanto, pode ser analisado tanto a partir de uma postura

---

<sup>53</sup>Para uma discussão pormenorizada acerca da tese comunitarista da linguagem e da prática de seguir regras ver: KRIPKE, S. A. *Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1982.

externa, quanto de uma postura interna, isto é, crítica reflexiva acerca do uso das regras. Somente a partir da perspectiva interna é que podemos distinguir entre regras jurídicas, regras costumeiras e os hábitos que partilhamos na sociedade na qual estamos inseridos. Isso porque conhecemos os diferentes tipos de regras e os elementos que configuram seus conteúdos e seu caráter normativo. Compartilhamos a mesma forma de organizar nossas atividades.

Frente ao exposto, conclui-se que o direito é uma construção social cujas regras não são morais, nem do tipo costumeiras ou meramente habituais, muito embora tais regras possam vir a compor o direito quando da sua positivação. O caráter normativo do direito advém do conteúdo das suas regras e que estas possuem um grau de importância maior do que o apresentado pelas regras sociais costumeiras, sem, contudo, que para isso seja necessário recorrer a uma fundamentação coercitiva ou ao aspecto da força física, como acreditavam os imperativistas<sup>54</sup>. Além disso, esclarecemos que os hábitos não possuem força normativa e, por isso, o não cumprimento de um hábito não é passível de qualquer imputação ou repressão por parte dos demais indivíduos.

Somente as regras veiculam critérios normativos que determinam e orientam as ações e por isso se diz que elas são, ao mesmo tempo, o critério de conduta para ação e para correção das ações. Para tanto é necessário conhecer o que seu conteúdo ordena, o que só é possível quando se está inserido dentro da comunidade que compartilha estes critérios normativos. Feito isto, cabe agora tratar sobre o que consistem, então, as regras jurídicas e como são formadas. Vejamos o que Hart diz sobre as regras jurídicas a fim de responder a terceira e

---

<sup>54</sup> Ainda segundo Hart: “De facto, penso que é totalmente despidendo 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, 2011, p. 310).

última questão apresentada na citação inicial do presente capítulo.

## 1.6 O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS: AS REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Herbert Hart apresenta sua concepção de direito na obra *O conceito de Direito*. Para o autor, o direito é formado pela união de regras primárias e secundárias. As regras primárias são definidas como padrões de conduta que exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos impondo, dessa forma, deveres. As regras secundárias são parasitárias das primeiras e permitem introduzir novas regras, extinguir ou modificar as antigas e ainda controlar sua aplicação (HART, 2011, p.91). Por isso podem ser compreendidas como metarregras.

Por serem regras prescritivas, as regras primárias ditam o que deve ou não ser feito. A obrigação de seguir tais regras e, por conseguinte, abster-se ou não de determinadas condutas é efetivada pela aceitação da regra por parte dos indivíduos. Este fato por si só, entretanto, não é suficiente para distinguir o direito de outros sistemas normativos. Isso porque, assim como as regras primárias, as regras morais também figuram como padrões de correção das ações e, portanto, possuem caráter normativo e prescritivo. Deste modo, dizer que a autoridade é efetivada pela aceitação da regra pode ser suficiente se tratando de uma teoria moral ou para regras de etiqueta. Todavia não o é para o direito. Por isso a necessidade de estabelecer outra fonte de autoridade para o direito, além da aceitação.

Ciente deste fato, Hart chama a atenção para a fragilidade de um modelo pautado apenas em regras primárias, considerado simples demais para dar conta de todas as demandas sociais inerentes a um grupo ou sociedade. O que é feito a partir de um experimento mental, através do qual o autor concebe um modelo de sociedade hipotético regido por regras sociais do tipo moral, costumeira e jurídica do tipo primário. Todas as regras do referido sistema teriam como função apenas proibir ou permitir que certos atos fossem praticados.

Por se tratar de um sistema muito limitado, pois é incapaz de distinguir entre os tipos de ordem, na medida em que essas comunidades formadas apenas por regras primárias vão se

tornando mais complexas podem surgir alguns conflitos quanto ao alcance das regras que impõe deveres. Hart apresenta três situações problema no afã de fundamentar o argumento apresentado, quais sejam: o defeito da incerteza, o caráter estático das regras e a ineficácia na pressão social.

O defeito da *incerteza* diz respeito ao caráter mutável das regras e os padrões que guiam ações. De acordo com Hart, com o passar do tempo as regras da sociedade podem sofrer alterações, o que poderia gerar incertezas sobre quais obrigações ainda são válidas e quais deixaram de ser. Não obstante, há de se considerar ainda a possibilidade de que novas regras venham a surgir, o que só aumenta o sentimento de incerteza. Visto que em sociedades como estas só haveria regras de obrigação e de atribuição de deveres os indivíduos não teriam a quem recorrer diante de casos de incerteza, pois falta a esta sociedade um código, regra, diretriz que possa ser consultado diante das incertezas. Este cenário de incerteza, portanto, só seria desfeito mediante outros tipos de regra, que não fossem as do tipo primário (HART, 2011, p. 104).

O segundo defeito mencionado versa sobre a falta de mecanismos oficiais que regulem as alterações das regras e das obrigações que são impostas e é denominado de *caráter estático*. Na ausência de regras de modificação, a alteração das regras em sociedades primitivas seria realizada apenas a partir do lento processo de mudanças acerca do entendimento das ações, que inicialmente seriam pensadas como facultativas, em seguida habituais, para só então, tornarem-se regras sociais e, portanto, obrigatórias. Diante da falta de um mecanismo de extinção e estabelecimento de novas regras de forma oficial a comunidade ficaria às margens do lento processo de mudança ocorrida em seu seio, que pode vir a ocorrer ou não. Isso porque, falta nestas sociedades regras criteriosas que possibilitem a deliberação e promovam alterações (HART, 2011, p. 105).

O terceiro e último problema tratado pelo autor resulta como consequência dos dois primeiros e diz respeito à *ineficácia* da pressão social exercida na manutenção das regras. Aventa-se aqui, a possibilidade de que a incerteza e o caráter estático das regras possam gerar nos indivíduos a impressão errônea de que regras não devem ser obedecidas. Este processo teria como resultado a perda de confiabilidade e credibilidade nas autoridades responsáveis pela aplicação do direito. Ou, em caso

oposto, diante da transgressão das obrigações a pergunta que se coloca é: teria a pressão social influência o bastante para fazer cumprir ordens e sanções? Segundo Hart, este não parece ser o caso e por isso se faz necessário uma instância diferente de regras que institua poderes para os devidos procedimentos necessários a oficiais (HART, 2011, p. 106)<sup>55</sup>.

Uma vez tendo identificado os problemas que podem surgir deste momento pré-jurídico em comunidades primitivas que possuem apenas regras primárias, e como solução para suas possíveis demandas e possibilidade de distinção dos sistemas de regras jurídicas dos demais sistemas sociais, Hart introduz em seu sistema jurídico o elemento da validade. O que é feito por meio das regras secundárias<sup>56</sup>.

O papel das regras secundárias é atribuir ou instituir poderes, sejam públicos ou privados, exercendo, assim, a função de validade que falta as regras primárias. Segundo Hart, as regras secundárias se subdividem em: *regra de reconhecimento*, *regras de alteração* e *regras de julgamento*. Cada uma destas regras secundárias corrige os defeitos das regras primárias, a partir das quais sistemas de direito muito simples são formados.

Assim, a solução para a incerteza das regras primárias é a introdução de *normas de reconhecimento*. Esta norma tem papel fundamental na teoria Hartiana, uma vez que tem como função a

---

<sup>55</sup> O conceito de obrigação jurídica passa a ser formado pela regra mais a pressão social para o seu cumprimento. Pressão social esta exercida por pessoas que estão inseridas em sociedades que possuem um modelo de moralidade, pois como será visto Hart não exclui parâmetros morais do direito. Apenas qualifica de que maneira a moral pode estar inserida no direito.

<sup>56</sup> Hart apresenta, portanto, o que entende ser a solução para tais defeitos, ao dizer que: “[o] remédio para cada um destes três defeitos principais [incerteza, estático e ineficácia], consiste em complementar as regras *primárias* de obrigação com regras *secundárias*, as quais são regras de diferentes espécies. A introdução de um correctivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico” (HART, 2011, p.103-104).

indicação conclusiva na determinação da validade das regras do sistema jurídico. Devido à variedade de fontes atribuídas ao Direito a regra de reconhecimento indica quais critérios devem ser identificados com o Direito e quais devem ser excluídos. A regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa, uma vez que os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos. De modo que podem incluir, por exemplo, uma constituição escrita, a promulgação do poder legislativo e os precedentes judiciais. Desta forma, é a regra de reconhecimento que estabelece se uma dada norma do grupo, apoiada pela pressão social que exerce, pertence ou não ao sistema jurídico e se é válida (HART, 2011, p.104). O conceito de “regra”, portanto, é entendido a partir do resultado do seu conteúdo normativo mais a prática dos indivíduos perante este (HART, 2011, p. 151).

A regra de reconhecimento certifica quais regras fazem parte do direito e, portanto, é a autoridade máxima do modelo jurídico Hartiano. Dada a importância de tal regra, a pergunta que se coloca é: no que consiste tal norma e quais são as características que as define? Hart salienta que embora a regra de reconhecimento não seja explicitamente declarada sua existência *manifesta-se* na forma como as normas concretas são identificadas, seja pelos tribunais, autoridades, indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos. Portanto, esta regra deve ser efetivamente aceita como norteadora dos padrões públicos de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema (HART, 2011, p. 113).

O primeiro ponto a esclarecer é o de que se a regra de reconhecimento é que fornece o critério último de validade para as demais regras, todas as regras do ordenamento devem ser fundamentadas pela regra de reconhecimento que as legitima<sup>57</sup>. Esta característica é o divisor de água entre as regras ditas jurídicas e as demais regras como, por exemplo, convenções sociais, moralidade, etiquetas e etc. Através da regra de reconhecimento é possível separar as regras do direito das regras morais, mostrando de que modo estas esferas são distintas. Ou seja, as regras jurídicas têm na regra de

---

<sup>57</sup> Nas palavras de Hart: “Acresce que, na simples operação da identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da ideia de validade jurídica” (HART, 2011, p. 105).

reconhecimento sua fonte de legitimidade. Assim, “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” (HART, 2011, p. 114). Além de conferir legitimidade ao direito, esta regra também institui autoridade aos oficiais para que legislem nos tribunais e demais competências, além de normatizar a atuação dos tribunais.

Um segundo ponto é que por ser critério último de validade e de condição para o pertencimento ao sistema jurídico, ela tem de ser critério último de si mesma. Ou seja, não faz sentido perguntar sobre a validade da regra de reconhecimento, uma vez que se esta regra dependesse de algo outro que lhe conferisse validade ela deixaria de ser o critério último do direito e passaria a depender ela mesma de algum critério que a legitimasse. Isto nos levaria a um regresso infinito na busca pelo critério de validade da validade. A conclusão a qual Hart chega é a de que a regra de reconhecimento não pode ser tomada em termos de validade, mas tão somente ser aceita<sup>58</sup>.

Desta forma, ela deve ser compreendida como uma prática social, cujo pano de fundo aponta para a prática comum de aceitação por todos da comunidade como um padrão interno de conduta. Portanto, conforme assinala MacCormick, a “regra última de reconhecimento [...] para que possa sequer existir, deve ser considerada do ponto de vista interno como um *standard* público comum de decisão judicial correta” (MacCORMICK, 2010, p.143). Esta regra, entendida enquanto prática social interiorizada é que diz o que deve ou não ser considerado direito dentro de uma determinada sociedade.

É nesse sentido que Hart apresenta a regra de reconhecimento não como algo meramente explícito em códigos, mas como reflexo da prática social, isto é, como um fato. A regra de reconhecimento entendida como norma suprema que

---

<sup>58</sup> Ou ainda, “esta [a regra de reconhecimento] não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização. Expressar este simples facto dizendo de forma 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 de correcção de toda a medida métrica, é ela própria correta” (HART, 2011, p. 120).

determina o que é direito não depende apenas dos códigos escritos ou da atitude de oficiais. Ela depende, em última instância, da prática convergente de todos na aceitação de seu caráter normativo. Nas palavras de Hart,

[...] a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato (HART, 2011, p. 121).

Pode-se dizer, portanto, que a regra de reconhecimento deve ter ampla aceitação social, o que se mostra na medida em que os tribunais agem de acordo com o que ela determina como pertencente a um sistema jurídico válido. Isso só se torna possível uma vez que a regra de reconhecimento é considerada viva dentro do sistema, isto é, possui a característica de ser uma prática social e um padrão a ser seguido e obedecido ao mesmo tempo.

A regra de reconhecimento deve ser interpretada como um padrão normativo que confere aos tribunais, magistrados e as próprias regras que compõem o sistema jurídico um critério de correção para as ações. Portanto, ao mesmo tempo em que fornece um guia normativo para as condutas, ela as corrige. Tanto do ponto de vista da alteração e incorporação das regras positivadas quanto do modo como os juízes devem aplicar estas regras e espelhar sua atuação, enquanto oficiais submetidos às regras secundárias do sistema jurídico.

Não se trata, desta forma, de um padrão externo ao direito que funciona de forma fixa, mas sim, de uma dentre as várias regras jurídicas, porém, que possui um *status* diferenciado das regras primárias. Isso ocorre uma vez que seu conteúdo e operacionalidade não são passíveis de contestações, alterações e etc. nos mesmos moldes que ocorrem com as regras primárias. A noção de regra de reconhecimento parte do pressuposto de que todos aceitam que há apenas uma fonte válida de direito.

Voltando à subdivisão das regras secundárias e dando continuidade à discussão sobre os problemas apresentados por comunidades primitivas, a solução apresentada para o caráter

estático do regime de normas primárias consiste na introdução de *regras de alteração*. Estas conferem poder a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos para introduzir novas regras primárias ou também para eliminar as antigas regras orientando, não obstante, o processo de extinção e estabelecimento de novas regras (HART, 2011, p.105). Hart chama a atenção para o fato de que “é em termos de tais regras, e não em termos de ordens baseadas em ameaça, que as ideias de acto legislativo e de revogação devem ser compreendidas” (HART, 2011, p. 105). Fundamentando assim, a autoridade do direito por meio de critérios normativos.

Por último, para sanar os defeitos da ineficácia da pressão social difusa ou também para saber se uma norma foi violada, Hart apresenta o que chamou de *regras de julgamento*, que determinam as autoridades que serão responsáveis por indicar e julgar e os procedimentos que os indivíduos deverão seguir. Desta forma, “além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir”, isto é, o rito processual<sup>59</sup> (HART, 2011, p.106). Neste sentido, a regra de julgamento possui uma relação estreita com a regra de reconhecimento, uma vez que regra de julgamento determina quais oficiais devem julgar, de que modo e a partir de quais regras. Assim sendo, o desfecho da regra de julgamento deve estar em sintonia com a regra de reconhecimento, haja vista o fato de que esta valida a autoridade da regra de julgamento.

A conclusão a qual se pode chegar após analisar o modo como Hart fundamenta o direito a partir da união de regras é, segundo ele, a de que

Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de

---

<sup>59</sup> Embora esta regra dite o modo como os procedimentos devem ser conduzidos, ela não se caracteriza como uma regra primária.

validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários (HART, 2011, p. 128).

Com isso, Hart apresenta duas formas de atribuição de autoridade às leis que compõem o sistema jurídico: uma derivada da aceitação das regras (as pessoas aceitam que a regra é apta para criar e estabelecer obrigações), a outra derivada do fato de que a regra que obriga a conduta foi criada de acordo com o procedimento adequado e estabelecido segundo o sistema jurídico. Portanto, ambas as fontes de autoridade são necessárias para a fundamentação do direito, uma vez que a autoridade do direito pautada apenas na aceitação das regras que o compõem é insuficiente para que se possa estabelecer um sistema jurídico complexo, que se distinga de outras formas de pressão social. Daí a necessidade de regras secundárias para a fundamentação do direito.

## CAPÍTULO 2 - A CONCEPÇÃO DE DIREITO DWORKINIANA

O presente capítulo tem como objetivo apresentar a concepção de Direito de Dworkin, qual seja: o Direito como Integridade. Os esforços no sentido de reconstruir a teoria dworkiniana serão feitos a partir de duas obras, *Levando os Direitos a Sério* e *O Império do Direito*<sup>60</sup>. A escolha pelas referidas obras se justifica, entre outros, por dois motivos: (a) o fato de que em *Levando os Direitos a Sério* o autor apresenta sua célebre crítica à teoria dominante que fundamentará sua concepção de jurídica e (b) em *O Império do Direito* apresentar as concepções de moralidade e política imprescindíveis para a definição de direito como integridade<sup>61</sup>.

A discussão a seguir será dividida em duas partes. Na primeira parte, à qual se refere a *Levando os Direitos a Sério*, serão apresentadas algumas noções de importância fundamental para compreender a concepção de direito como integridade. Entre elas, a de que Dworkin possui uma teoria liberal que se coloca a serviço de uma crítica às demais teorias liberais comumente usadas para definir o direito, mais especificamente ao que ele denomina de teoria dominante. A teoria dominante corresponde a uma espécie de misto entre o utilitarismo e positivismo. Como veremos, será a partir das críticas a esta concepção jurídica que o autor irá apresentar sua tese, como uma alternativa às teorias acerca do direito até então apresentadas.

Ainda nesta primeira parte, uma nova subdivisão será realizada onde analisaremos as objeções dirigidas à (i) teoria política do bem-estar, mais propriamente, ao utilitarismo, e (ii) as objeções ao positivismo. Com relação a esta parte, será dada maior atenção à (ii), pelo fato de o positivismo ser o pano de fundo tanto da fundamentação do conceito de direito apresentado na segunda parte deste capítulo quanto do debate Hart-Dworkin, fundamental para discussão do presente trabalho.

---

<sup>60</sup> Muito embora o autor possua uma vasta produção à qual recorreremos, sempre que necessário, para tornar o presente trabalho mais claro ao leitor.

<sup>61</sup> A escolha pelas referidas obras não implica o abandono dos demais textos do autor, aos quais recorreremos sempre que necessário ao longo da exposição.

Na segunda parte, correspondente a *O Império do Direito*, será reconstruído o argumento sobre a moralidade e a política, a partir do qual a compreensão do direito como integridade é fundamentada. Entender a filosofia política e moral de Dworkin é importante na medida em que sua concepção de direito assenta-se em questões de política e de moralidade, comumente chamada por ele de *princípios*. Assim sendo, a discussão sobre os *princípios* é uma noção cara para os leitores de Dworkin, sem a qual não é possível avançar na discussão sobre o direito.

## 2.1 DIREITO EM: LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Na introdução de *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin afirma ser um liberal. O que isso significa? A ideia central de sua obra é fornecer uma teoria liberal do direito com o objetivo de tratar sobre o que são as regras do direito e sobre o modo como os juízes decidem os casos, tendo em vista a preservação dos direitos individuais frente aos direitos coletivos. O objetivo de Dworkin é apresentar uma teoria do direito que seja capaz de preservar os direitos individuais, a saber: a tese dos direitos como *trunfos*.

Há, portanto, uma preocupação não apenas com a tese descritiva sobre o direito, mas também, com a tese das decisões judiciais. O que é feito a partir de uma teoria política liberal particular (oposta à de Hart, que fornece uma teoria geral sobre o direito), já que sua teoria do direito está estritamente conectada com sua concepção política e moral. Sobretudo, a que ele mesmo cria.

A concepção de direito enquanto *trunfo* que os indivíduos possuem contra o direito coletivo é apresentada, ao mesmo tempo, em que o autor critica as concepções de direito tradicionais. Dworkin toma como ponto de partida para tanto, o que denomina de teoria dominante do direito, a saber: o positivismo jurídico. Dworkin, entretanto, possui um entendimento peculiar sobre o positivismo, pois o compreende como um misto entre as teses positivistas e utilitaristas.

Com relação à primeira parte da teoria dominante, o positivismo, Dworkin o define como a “teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas” (DWORKIN, 2010, p. XV). O autor é taxativo ao

estabelecer as diretrizes adotadas no intuito de realizar sua crítica às noções liberais defendidas por grande parte dos positivistas, sobretudo, uma em especial: o positivismo jurídico de Herbert Hart. A escolha de Dworkin pela teoria Hartiana não se deu por acaso, justifica-se dado o fato de Hart ser um grande expoente do positivismo e possuir uma das concepções mais sofisticadas do positivismo – haja vista os diferentes matizes acerca da mesma concepção<sup>62</sup>.

De acordo com Dworkin, a tese positivista de Hart se apoia em três pilares fundamentais para tratar sobre os direitos e obrigações, a saber: a ideia de que o direito é uma questão de regras e para dizer que uma regra faz parte do sistema jurídico é preciso certificá-la através do que o autor denomina teste de *pedigree* (que corresponde à regra de reconhecimento Hartiana); a ideia de que diante de casos não cobertos pelo direito o juiz estaria autorizado a escolher as opções de aplicação do direito que melhor lhe aprouver; e a ideia de que ao fazer isto, o juiz estaria criando direito novo (DWORKIN, 2010, p.27).

A primeira tese positivista afirma que somente há direitos e obrigações se houver uma regra positivada que os crie de forma institucionalizada, ou seja, direitos e obrigações são jurídicos apenas quando existir uma regra positivada que os crie e determine. O positivismo jurídico nega todo e qualquer direito anterior às regras. Ainda neste mesmo argumento, só é considerada como “regra jurídica” as regras que foram produzidas por fontes autorizadas, isto é, que passaram pelo teste de *pedigree*. A validade das regras, desta forma, é determinada pela fonte da qual emana e não pelo seu conteúdo.

Depreende-se desta compreensão possibilidades como a de que um conjunto de regras possa constituir-se de um conteúdo injusto, porém, válido por ter emanado de fontes autorizadas, o que as valida enquanto regras jurídicas, como o seu inverso, caso no qual as regras são consideradas justas, porém, inválidas uma vez que não emanam de fontes

---

<sup>62</sup> Conforme constatado nas passagens: “A mais influente versão contemporânea do positivismo é a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que este livro critica” (DWORKIN, 2010, p XI), e em “quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário” (DWORKIN, 2010, p. 35).

autorizadas (DWORKIN, 2010, p. 27). Estes exemplos são apresentados por Dworkin tendo em vista sua crítica à regra de reconhecimento Hartiana, que opera como um sistema certificador, como fonte autorizada do sistema jurídico.

A segunda tese afirma que os juízes devem decidir os casos de acordo com as regras positivadas. Porém, quando o caso não está circunscrito dentro do leque de regras válidas, aprovadas por fontes autorizadas, o juiz poderia decidir discricionariamente o caso que se apresenta indeterminado. O problema, de acordo com Dworkin, é que se o positivismo nega que existam direitos anteriores aos direitos positivados, o juiz teria de abster-se de qualquer decisão (suspender o juízo) em ambas as direções, pois uma vez que não há direitos anteriores, em tese, nenhuma das partes deveria ganhar o processo ou ser beneficiada com uma decisão unilateralmente favorável (DWORKIN, 2010, p. 48). E mais, diante desta compreensão, o juiz estaria agindo de forma discricionária ao conceder direito a uma das partes, sem que elas possuam direitos pré-existentes às regras positivadas. Evidenciando, assim, a terceira e última tese apontada quanto à leitura feita sobre o positivismo no que diz respeito aos deveres e obrigações, qual seja: a ação discricionária do juiz.

Ainda de acordo com o autor, grande parte da tradição jurídica tende a criar teorias sobre o direito ao versar sobre o que é o direito, como ele deveria ser ou quais elementos deveria conter. Este é o caso, por exemplo, do positivismo que propõe uma leitura descritiva normativa do direito, uma vez que se ocupa em descrever o que o direito é, bem como, o que o direito deve ser. Entretanto, segundo Dworkin, para que uma teoria descritiva normativa se torne possível ela deve ser completa. E uma teoria jurídica completa do direito deve possuir a seguinte estrutura: (a) uma teoria da legislação que trata (ponto de vista do legislador) sobre quem deve legislar e sobre o que legislar; (b) uma teoria da jurisdição, que estabelece os padrões para os juízes decidirem, (c) uma teoria da obediência que trata dos limites e da natureza dos deveres que o cidadão deve obedecer (DWORKIN, 2010, p. IX). Em seguida, o autor subdivide cada uma das partes citadas da seguinte forma:

A legislação deve ser dividida em,

(a<sub>1</sub>) Uma teoria da legitimidade: que diz respeito às circunstâncias que autorizam um grupo ou um indivíduo a fazer leis.

(a<sub>2</sub>) Teorias da justiça: que trata sobre os tipos de lei que estes grupos ou sujeitos estão autorizados ou obrigados a fazer.

A decisão judicial é composta pela,

(b<sub>1</sub>) Teoria da controvérsia: isto é, uma teoria sobre os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis do direito.

(b<sub>2</sub>) Teoria da jurisdição: versa sobre quando e porque os juízes devem tomar decisões da teoria controversa

A obediência da lei também é desdobrada em,

(c<sub>1</sub>) Teoria do respeito à lei: e diz respeito à natureza e os limites do dever, que o cidadão tem de obedecer às leis criadas.

(c<sub>2</sub>) Teoria da execução das leis: que identifica os objetivos da aplicação e da punição, bem como descreve como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crimes e infração à lei.

Aplicando esta estrutura ao modelo da teoria liberal dominante do direito, tal como apresentado pelo autor e ainda de acordo com ele, teríamos um cenário onde a teoria da jurisdição e da obediência estariam para o positivismo, enquanto que a teoria da legislação estaria para o que ele chama de utilitarismo, conforme apresentado pelo autor na introdução de LV.

Isso porque, a teoria dominante do ponto de vista de quem deve legislar e das regras jurídicas que os indivíduos devem obedecer é determinada pelo direito positivado, cujo critério determinante é a fonte de autorização<sup>63</sup>. Dworkin diz que os adeptos da teoria dominante afirmam a independência das partes constituintes ao postular que à primeira parte da teoria dominante cabem as questões sobre as condições necessárias para que se possa afirmar a verdade de uma proposição, ou seja, trata-se de uma teoria sobre o que é o direito e o que o legitima enquanto tal. Em outras palavras, somente porque há uma regra expressa

---

<sup>63</sup>Ao longo do texto as referências à teoria dominante serão feitas ao usar o termo positivismo e vice-versa. Acredita-se não haver maiores problemas quanto a este intercâmbio, uma vez que se tem por esclarecido que o positivismo é a teoria dominante, muito embora por teoria dominante o autor se refira também ao utilitarismo.

e positivada que determina quem tem competência para julgar a aplicação das regras do direito, bem como regras que expressam um caráter normativo é que se pode afirmar que há um direito. Diferentemente do que ocorre com a legislação, uma vez que os teóricos positivistas tendem a adotar uma postura utilitarista quando do momento da criação das regras e sua decisão.

A segunda parte ocupa-se da discussão sobre o que o direito deve ser e o modo como as instituições jurídicas deveriam se comportar, isto é, uma teoria sobre a maximização do bem-estar geral resultante das decisões e o funcionamento do direito. O que explicaria sua maior proximidade com o utilitarismo (DWORKIN, 2010, p. VII-VIII).

Antes de prosseguir, é necessário definir em que termos o conceito de utilitarismo está sendo empregado nesta discussão. A definição clássica do utilitarismo herdeira de Bentham e Mill corresponde à compreensão de que uma boa ação é aquela que produz o melhor resultado para o maior número de pessoas. A ideia central do utilitarismo é o bem-estar de cada sujeito, conceito este concebido ora como prazer, ora como a felicidade gerada<sup>64</sup>. O utilitarismo pode ser entendido, ainda que em linhas gerais, a partir da definição apresentada pelo filósofo Amartya Sen, para quem o conceito é correspondente a três componentes centrais:

O “consequencialismo”, que consiste em julgar as escolhas apenas pelas suas conseqüências; o “bem-estar”, que reduz a apreciação das situações ao que é útil nelas; e o “somatório”, que simplesmente adiciona as utilidades de diferentes pessoas para obter a utilidade agregada (SEN apud SILVA, 2013).

Não obstante, o conceito de justo e injusto também é definido de modo correspondente, de tal forma que para os utilitaristas justa é a ação que maximiza o bem. Resta analisar

---

<sup>64</sup> Uma discussão mais detalhada sobre o que está de fato implicado no conceito de “bem-estar” e “felicidade”, bem como a relação entre ambos, pode ser encontrada no seguinte autor: FERKANY, M. The Objectivity of WellBeing. *Pacific Philosophical Quarterly* 93, p.472-492, 2012, principalmente, p. 481ss.

agora a leitura que Dworkin faz sobre o utilitarismo e da qual se serve para apresentar sua argumentação. Certo é que, ao se referir ao utilitarismo, o autor não tinha em mente a versão clássica acima apresentada. Antes, o que está chamando de utilitarismo se refere a um uso particular sobre esta concepção com o intuito de proteger os direitos individuais que os indivíduos possuem. Direitos estes que, no seu entendimento, são anteriores à lei positivada e por isso se diz serem naturais (DWORKIN, 2010, p. XIII).

Note que o uso da expressão “natural” se refere, neste contexto, aos direitos que temos independentemente de haver ou não uma convenção ou uma lei positivada acerca deles. Não se trata, portanto, da defesa de uma tese jusnaturalista clássica, mas sim, de afirmar que mesmo que a lei não afirmasse, por exemplo, o direito à vida, este permaneceria sendo um direito (DWORKIN, 2010, p. XIV)<sup>65</sup>. Assim, o bom ou o justo, de acordo com o utilitarismo que Dworkin defende, é o que garante a maior preservação destes direitos individuais anteriores à lei positivada. Sendo injusto o que não protege ou protege em menor medida estes direitos individuais (DWORKIN, 2010, p. XV).

Voltando às distinções acerca da teoria dominante que abarca o positivismo e o utilitarismo e os níveis da discussão que Dworkin propõe ao tratar sobre o direito através de suas críticas, a saber, teoria da descrição e da decisão judicial, algumas considerações podem ser feitas diante do exposto. Pode-se dizer desta forma que o positivismo tal qual apresentado por Dworkin, está para a tese descritiva do direito, ao passo que o utilitarismo está para a tese das decisões jurídicas. Isso porque, o modo como os juízes decidem os casos está ligado ao resultado de suas decisões. Dito em outras palavras, no momento de decidir os casos os juízes levavam em conta o resultado final causado pela decisão. Revelando com isso o intuito de sua estratégia: maximizar o bem geral produzido com o resultado da decisão. Por isso se diz ser uma estratégia utilitarista.

Este modelo de decisão consequencialista baseado na maximização do bem-estar coletivo tem sido adotado pelos positivistas, ainda que isso custasse algum sacrifício individual.

---

<sup>65</sup>Por jusnaturalismo clássico entende-se a tese de que os direitos são derivados do Reino de Deus, tal como defendido por São Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

Isto é, se o fim último da política é alcançar o maior benefício para o maior número de pessoas (como Dworkin sugere ser o caso quanto ao positivismo), é legítimo priorizar o bem geral em detrimento dos direitos individuais na hora de realizar o cálculo.

O objetivo de Dworkin ao fazer uma leitura do positivismo tanto a partir do viés descritivo quanto de uma teoria sobre as decisões é o de problematizar a questão dos direitos individuais. Seu entendimento é o de que os direitos individuais, tão caros aos sujeitos, são relegados a um segundo plano quando tomados a partir das teorias positivistas. Isso porque, muito embora o positivismo se apresente como uma teoria liberal ela caracteriza um péssimo modelo de direitos liberais, uma vez que para o positivismo só há direito quando há lei positivada e, não obstante, os direitos coletivos prevalecem sobre os individuais.

Diferentemente dos modelos positivistas e liberais criticados por Dworkin, o autor propõe um modelo liberal pautado no ideal de igualdade. Para Dworkin o fundamental é garantir a igualdade, por isso ele advoga em defesa de um sistema que prioriza o justo sobre o útil. Além disso, para ele não há contradição entre direitos individuais e direitos coletivos, sendo a oposição entre ambos uma leitura errônea acerca dos direitos por se tratar de uma leitura superficial (DWORKIN, 2010, p. 421). Tanto os direitos individuais como os coletivos são pautados no ideal de igualdade que pode ser mais bem compreendido a partir da expressão *Right to equal concern and respect*, entendida como “o princípio de que as pessoas têm o direito a serem tratadas como iguais perante a lei” (DWORKIN, 2010, p. 14)<sup>66</sup>.

Para o autor,

O antagonismo entre direitos particulares e o bem-estar coletivo desaparece, diz ele, porque tanto os direitos particulares quanto o bem-estar coletivo são considerados como consequência de um direito muito mais geral, que chamo de direito que todos os membros de uma comunidade política têm de serem tratados como iguais. Mas nisso não há nenhuma incoerência (DWORKIN, 2010, p. 562).

---

<sup>66</sup> NT.

Dworkin afirma que o mérito de sua crítica é a defesa dos direitos como *trunfos*, uma vez que as demais teorias liberais do direito sejam elas de esquerda ou de direita, “põe em dúvida uma das características específicas, anteriormente mencionada, da teoria dominante”. Entretanto, segue ele afirmando “nenhuma delas argumenta que a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através da legislação explícita” (DWORKIN, 2010, p. XIII).

As teses bem-estaristas comumente defendidas pelo utilitarismo caracterizam-se como opostas à tese dworkiniana de direito como *trunfos*. Dizer que os direitos são *trunfos* é a estratégia usada por Dworkin para preservar os direitos individuais frente aos direitos coletivos. Ao tratar sobre a noção de “trunfos” pode-se dizer que objetivo de Dworkin destinava-se mais à apresentar um conceito através do qual a relação entre indivíduo e sociedade pudesse ser analisada no que concerne ao direito, do que propriamente o *direito*. Entretanto, caso seja necessário uma definição acerca do direito enquanto proteção individual ela pode ser encontrada nos escritos de Stephen Guest, que apresenta uma passagem esclarecedora sobre o conceito de direito dworkiniano, ao afirmar que “o importante [...] é que a ideia de um direito é definida pela sua capacidade de suportar competição contra objetivos não urgentes”, a exemplo do que ocorre com relação aos “objetivos rotineiros comuns da administração política” (GUEST, 2010, p. 70).

Segundo Dworkin, a relação entre a maximização do bem-estar *versus* direitos individuais é mais bem descrita quando tomada a partir da análise acerca do que ele chamou de metas sociais e direitos. Por metas sociais, Dworkin refere-se ao bem-estar da comunidade e a demanda social do aumento da utilidade. Exemplos de metas sociais encontrados na sociedade brasileira são: imunização através da vacinação, políticas de combate à fome, ao analfabetismo, entre outros. Os direitos, por sua vez, estão relacionados à proteção individual. São exemplos de direitos individuais a liberdade de expressão, crença, associação etc.<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup>Tendo em vista as noções de igualdade, direito, justiça e utilidade mencionadas acima, pode-se dizer que quando uma ação é tomada sem levar em conta o aumento da utilidade coletiva incorre em

Para Dworkin, a defesa dos direitos como *trunfos* é a defesa da tese antiutilitarista do direito, uma vez que (a) direitos como *trunfos* são direitos anteriores aos direitos positivados e, por isso, os indivíduos os possuem como trunfos contra o Estado; (b) os direitos devem prevalecer sobre metas sociais exceto em casos graves<sup>68</sup> que demandem primazia das metas, ainda que isto não maximize o bem-estar, (c) por tratar sobre o individual, tratam ao mesmo tempo sobre a justiça, diferentemente das metas sociais (DWORKIN, 2010, p. 144)<sup>69</sup>.

Outro ponto importante levando por Dworkin é o de se uma teoria utilitarista do direito – que visa à maximização do bem-estar a partir das regras jurídicas- consegue dar conta dos direitos pré-existentes e individuais, tal como se propõe fazer a teoria positivista liberal assentada no utilitarismo. A resposta de Dworkin a esta questão é negativa, pois segundo ele, torna-se impossível conciliar direitos individuais e ideais liberais utilitaristas caso se tome como ponto de partida um modelo de positivismo jurídico baseado estritamente nas regras e sua aplicação. E aqui fica evidente o ataque ao modelo de direito Hartiano, entendido como a união de regras primárias e secundárias.

A respeito dos problemas e o fracasso das teorias do direito, o autor afirma:

As diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas

---

problemas quanto ao bem-estar social, ao passo que, quando um direito individual é negligenciado se está diante de problemas de justiça (DWORKIN, 2010, p. 254).

<sup>68</sup> A exemplo do que pode ser considerado um caso grave Dworkin afirma: “O governo não está autorizado, por exemplo, a restringir a liberdade de expressão sempre que lhe parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. Assim, existe afinal um direito geral à liberdade enquanto tal, desde que tal direito se limite a liberdades importantes ou violações graves” (DWORKIN, 2010, p. 415).

<sup>69</sup> A tese dos direitos como trunfos é mais bem abordada por Dworkin em: DWORKIN, D. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não estratégias ou fatos jurídicos. Enterram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral (DWORKIN, 2010, p. 12).

O que Dworkin está chamando de teorias profissionais corresponde à teoria dominante, a teoria positivista liberal, bem como seus adeptos que defendem que os problemas no direito são meras questões de fato<sup>70</sup>. Contra este modelo, ele irá apresentar sua concepção de direito como integridade, na qual já pressupõe que o direito é composto por princípios além das regras positivadas.

## 2.2 DIREITO EM: O IMPÉRIO DO DIREITO

Em *O império do Direito*, mais precisamente no primeiro capítulo intitulado “o que é o direito?”, Dworkin se dedica a esclarecer o que é o direito ao apresentá-lo como um fenômeno social, que difere dos demais fenômenos sociais uma vez que se constitui enquanto prática argumentativa, sendo esta a sua peculiaridade. O direito deve ser compreendido a partir de seu caráter interpretativo ao invés do caráter descritivo, como proposto pelos positivistas em geral<sup>71</sup>. Interpretar significa atribuir

---

<sup>70</sup> “Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes oficiais. Eles são treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir, de forma precisa, os fatos essenciais. E são treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzirão mudanças sociais específicas, anteriormente decididas. A abordagem profissional da teoria do direito tentou reformular as questões relativas à doutrina legal de tal maneira que uma ou mais dessas qualificações fosse empregada. Essa abordagem produziu apenas a ilusão de progresso e deixou intocadas as questões de princípio, genuinamente importantes, que existem no direito” (DWORKIN, 2010, p.4).

<sup>71</sup> “Extraímos o agulhão semântico, e não precisamos mais da caricatura da prática do direito que nos oferecem as teorias semânticas. Agora

ou reconhecer propósito ou finalidade ao objeto interpretado a fim de torná-lo o melhor exemplar possível da categoria a qual corresponde.

Para Dworkin, o direito não deve ser apresentado simplesmente a partir de uma teoria semântica, isto é, uma teoria que se baseia fundamentalmente em fatos para explicar o fenômeno jurídico. Antes, pressupõe um processo de construção interpretativa e, por sua vez, coerência (DWORKIN, 2014, p. 63). Por coerência Dworkin entende não apenas a concordância entre o conceito de direito e sua prática, mas sim, o conceito de direito e a sua melhor justificação. Para tanto é necessário uma fundamentação moral além da mera fundamentação conceitual acerca do direito. A coerência aplicada do sistema jurídico leva em consideração o contexto da decisão ao olhar para o seu todo: a história das decisões, bem como a sua melhor justificação política e moral atual<sup>72</sup>.

Já a teoria semântica, segundo a interpretação dworkiniana, parte do pressuposto de que a compreensão do direito está estritamente condicionada à análise dos fatos jurídicos a partir dos quais a valoração das proposições jurídicas é feita. E por isso é oposta à concepção dworkiniana. Os teóricos semânticos comungam a ideia de que é possível estabelecer critérios linguísticos para avaliar as proposições jurídicas ao reduzir o direito à noção de fato social (DWORKIN, 2014, p. 40). A teoria semântica, também conhecida como teoria profissional do direito, foi comumente atribuída a concepções de direito como: a escola do direito natural, o realismo jurídico e o positivismo<sup>73</sup>.

---

podemos ver com maior clareza, e eis o que vemos. O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário” (DWORKIN, 2014, p. 109).

<sup>72</sup> Ainda sobre o papel da integridade e da coerência como sinônimas no sistema jurídico como integridade o autor afirma: “o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 2014, p. 274).

<sup>73</sup> Para uma discussão mais detalhada sobre o realismo jurídico e o jusnaturalismo ver: Dicionário de teoria e filosofia do direito/ coordenador geral Alexandre Travessoni. São Paulo, LTr, 2011.

Como salientado na primeira parte da presente exposição, não é apenas a definição de direito que suscita questões e dúvidas a respeito do fenômeno jurídico. O modo como seus operadores decidem os processos também é fonte de controvérsias já apresentados como correspondentes a dois níveis de divergências acerca do direito: um de caráter conceitual e outro relativo à teoria das decisões judiciais. Desta forma, os processos judiciais também são fonte de divergências, a partir das quais três tipos de questões se originam, a saber: questões de fato, que tratam sobre os desacordos relacionados aos fatos concretos envolvidos no caso; questão de direito, que diz respeito à discrepância entre o conceito de direito e sua prática; questões de moralidade política e a fidelidade, ou seja, o desacordo sobre o que é considerado certo ou errado em termos morais (DWORKIN, 2014. p. 5).

Para Dworkin, entre as três questões a que se apresenta mais problemática e talvez tenha gerado maiores desacordos entre os juristas é a questão sobre o direito. Grande parte dos juristas positivistas se inclina a ignorar a existência de divergências teóricas no direito ao postularem que estas divergências seriam apenas uma ilusão, uma quimera. E mais, argumentam que caso se aceite a possibilidade de quaisquer divergências na esfera teórica estas estariam, por sua vez, ligadas apenas ao que a lei deveria ser e não à própria natureza do direito.

Dito em outras palavras, alguns juristas possuem uma tendência a assumir a premissa de que não há qualquer desacordo teórico sobre a lei e que os desacordos sobre o direito estão ligados apenas à dificuldade prática de sua aplicação ou de sua compreensão. Toda e qualquer divergência jurídica estaria circunscrita apenas no âmbito fático. Isto explica a alcunha de “teóricos semânticos” atribuída por Dworkin aos que compartilham esta visão positivista de direito tomando-o como mera questão de fato<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Note que em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin já havia feito uma crítica parecida ao positivismo através do que denominou de teoria profissional do direito. Agora, em *O Império do Direito*, essa crítica é retomada através de suas objeções ao que chama de teoria semântica. Apesar de retomar a discussão com uma denominação diferente, a

O direito como simples questão é definido em termos de um direito que se apoia apenas em questões de fato histórico, ou seja, é identificado a partir de fatos empíricos. É o resultado do que foi decidido anteriormente pelas instituições jurídicas. Segundo Dworkin, ao partir deste referencial factual os positivistas semânticos defendem que “a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado” (DWORKIN, 2014, p. 38).

As discordâncias entre os juristas, neste sentido, dizem respeito apenas ao que já foi resolvido em momentos anteriores. A letra da lei, por assim dizer, não causaria qualquer espécie de dúvida ou discordância, uma vez que se parte justamente da ideia de que o direito é aquilo que é praticado nos tribunais. Os conflitos estão apenas no campo prático (âmbito das ações) e não no teórico. Portanto, uma vez que se têm fatos claros e estabelecidos não há dúvidas quanto ao que é direito e, sim, de que modo um juiz decidiu o direito em um dado momento na história.

O argumento acerca da “questão de fato” nos remete ao segundo nível da discussão, conforme mencionado acima, e nos coloca diante da seguinte interrogação: em que sentido pode-se dizer que os direitos das pessoas decorrem de decisões tomadas no passado? Dworkin aponta três possíveis leituras do direito com vistas a responder a dúvida apresentada, sendo estas concepções as que correspondem ao convencionalismo, pragmatismo e o direito como integridade (DWORKIN, 2014, p. 118).

O intuito de Dworkin ao retratar cada uma das noções jurídicas é mostrar como o convencionalismo e o pragmatismo são teorias incompletas para a compreensão do fenômeno em análise. O que é feito ao mesmo tempo em que o autor apresenta sua concepção de direito como integridade, considerada a única alternativa capaz de dar uma resposta à questão do precedente e dos direitos.

## 2.3 O CONVENCIONALISMO

O convencionalismo, segundo o autor, é a postura jurídica de acordo com a qual “o direito é o direito [...] não o que os juízes pensam ser, mas aquilo que é”. Desta forma, a tarefa do juiz “é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 2014, p. 141). Em outras palavras, uma vez convencionalizado o modo como certas decisões são tomadas no direito a fim de resolver suas demandas, cabe ao juiz aplicar o direito tal como feito em casos decididos anteriormente. O papel do convencionalismo é, portanto, explicar como o conteúdo das decisões políticas do passado pode se tornar explícito e incontestável ao mesmo tempo (DWORKIN, 2014, p. 141). Somente desta forma seria possível assegurar uma estabilidade no direito, uma vez que as decisões seriam tomadas com certa previsibilidade.

As ideias centrais que caracterizam o convencionalismo podem ser apresentadas a partir das seguintes premissas: (a) as leis e seu conteúdo derivam das convenções sociais que estabeleceram o que é direito e quais instituições têm o poder de criá-lo, (b) na ausência do direito estabelecido o juiz tem o poder discricionário de criar novo direito (DWORKIN, 2014, p. 144). Por instituições sociais Dworkin entende as práticas sociais convencionais que possuem uma extensão explícita, que diz respeito ao conjunto de proposições que todos (ou quase todos) reconhecem como parte da convenção e uma extensão implícita, ou o conjunto de proposições que expressam a melhor interpretação acerca do que seria a prática de convenção<sup>75</sup>.

A primeira premissa corresponde à versão de direito dos leigos, isto é, ao modo como os leigos compreendem o direito, e é denominada de conservadora<sup>76</sup>. Segundo esta concepção os

---

<sup>75</sup> No original em inglês: “Now we distinguish between the “explicit” and the “implicit” extensions of a convention. The explicit extension is the set of propositions which (almost) everyone said to be a party to the convention actually accepts as part of its extension. The implicit extension is the set of propositions that follow from the best or soundest interpretation of the convention, whether or not these form part of the explicit extension” (LE: 123).

<sup>76</sup> Esta definição é dada pelo autor no início do livro, porém, nos capítulos seguintes, passa a ser apresentada como correspondendo ao

juízes devem ater-se à lei respeitando-a, sem tentar forçar qualquer interpretação que se encaixe ao seu ponto de vista político e pessoal. De acordo com Dworkin, para os leigos, os juízes “podem não gostar do direito que encontram – este pode exigir que despejem uma viúva na véspera do Natal, sob uma tempestade de neve -, mas ainda assim devem aplicá-lo” (DWORKIN, 2014, p. 11).

Entre os leigos, entretanto, há também os que se intitulam progressistas, pois entendem que bons juízes devem preferir a justiça ao direito e para tanto, podem agir de modo político ao aplicar o direito, isto é, aplicar a lei de acordo com a sua melhor compreensão. De acordo com esta visão leiga de cunho progressista, “o bom juiz prefere a justiça à lei” (DWORKIN, 2014, p. 11). Caberia ao juiz, neste caso, interpretar qual a melhor aplicabilidade do direito, evidenciando, assim, a extensão implícita acerca das convenções sociais e sua implicação no direito.

Ambas as versões leigas apresentadas são baseadas no que o autor chama de versão acadêmica do direito entendido como simples questão de fato. Ainda que discorde da versão acadêmica do direito, Dworkin a considera uma versão mais sofisticada do que a versão do direito como mera questão de fato, uma vez que trata sobre a possibilidade de não haver decisões passadas concretas a partir das quais novos casos pudessem ser apreciados (DWORKIN, 2014, p. 12). Hipótese esta que remete ao debate sobre a conduta que o juiz deve adotar e o modo como deve prosseguir na tomada de decisão, diante da inexistência de fatos passados.

Quando não há direito criado, entretanto, os juristas convencionalistas progressistas assumem uma postura negativa quanto ao direito. De acordo com a interpretação negativa nos casos para os quais não há direito posto, estabelecido, o juiz tem a prerrogativa de atuar de acordo com sua melhor interpretação acerca do direito. Este viés defende a discricionariedade no sentido forte, isto é, a atuação do juiz que cria direito novo que, uma vez criado passa a ser tido como o direito vigente que irá regular ações futuras (DWORKIN, 2014, p. 145).

---

que chamou de convencionalismo estrito, que tem a característica de possuir uma extensão explícita.

Dworkin entende que a leitura dos leigos, seja ela progressiva ou conservadora, é insuficiente para explicar o fenômeno jurídico o que o leva a rejeitar ambas as concepções. O argumento apresentado por Dworkin para refutar a versão conservadora do convencionalismo é a de que ao segui-lo de forma estrita os juízes teriam de repetir decisões tomadas outrora, mesmo que estas sejam fruto de decisões controversas ou que não obedçam a padrões políticos morais. Sua compreensão é a de que os precedentes quando tomados de forma estrita nem sempre fundamentam veredictos futuros da melhor forma não podendo, assim, ser tomados como a melhor opção para a apreciação de novos casos (DWORKIN, 2014, p. 142). Além disso, atrelar o direito a uma concepção convencionalista implicaria em condicioná-lo a práticas já realizadas independentemente da decisão do juiz quando do momento de sua decisão<sup>77</sup>.

Por sua vez, o problema quanto à postura leiga progressista é o que de que ao agir de forma discricionária o juiz estaria criando direito novo. As decisões teriam como fundamento o que o juiz acredita ser a melhor compreensão do direito, decorrente de suas escolhas pessoais. O que demandaria discricionariedade no sentido forte do termo (DWORKIN, 2014, p. 143). Em linhas gerais, o autor define a discricionariedade forte como a atuação do juiz nas decisões sem qualquer limitação dos padrões previstos pela autoridade em questão. Este sentido de discricionariedade é oposto ao sentido fraco do termo, isto é, a afirmação de que as decisões não podem ser mecânicas exigindo, assim, o uso da capacidade de julgar dos operadores do direito. Voltaremos a tratar sobre estes conceitos de forma mais detalhada nos próximos capítulos ao tratar sobre a discricionariedade.

---

<sup>77</sup> Por outro lado, desconectar totalmente as decisões dos precedentes não parece ser a via de defesa que Dworkin irá adotar ao tratar o direito com integridade. A questão de quão importante é desconectar-se por completo ou manter-se atrelado ao precedente de forma fidedigna será abordada a seguir, a partir da perspectiva da integridade.

## 2.4 O PRAGMATISMO

A segunda concepção de direito apresentada por Dworkin com vistas a responder a questão sobre em que sentido pode-se dizer que os direitos das pessoas derivam de decisões passadas é o pragmatismo. Os pragmáticos negam a ideia de que o direito deve ser entendido como resultado das decisões realizadas no passado pelas instituições políticas competentes, isto é, que somente decisões judiciais anteriores podem fundamentar novas decisões. Ao contrário, afirmam que o direito deve ser decidido de acordo com a melhor escolha para a comunidade. A compreensão sobre o pragmatismo, deste modo, está mais relacionada ao modo como os juízes decidem seus casos do que propriamente a uma escola ou corrente jurídica.

Há uma mudança de paradigma neste caso, pois se passa a olhar para o futuro ao vislumbrar o tipo de instituição que se deseja ter e os meios para alcançá-la ao invés de olhar somente para o passado na procura pelo modo como os juízes decidiram uma questão anteriormente. Segundo Dworkin, o pragmatismo oferece uma interpretação diferente da prática jurídica, uma vez que defende que “os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo” (DWORKIN, 2014, p. 119)<sup>78</sup>. À primeira vista o pragmatismo parece uma postura mais atraente, na medida em que dá liberdade aos juízes para decidirem os casos de acordo com o que entendem ser a melhor escolha, ou as que tragam como consequência os maiores benefícios possíveis para a comunidade de forma geral.

Esta, entretanto, não é a visão subscrita por Dworkin que critica o pragmatismo apontando as fraquezas desta teoria entendida como incapaz de explicar o funcionamento do direito. Isso porque, o juiz pragmatista falaria em regras e padrões de

---

<sup>78</sup> Aventa-se a questão de quão democrático isto seria, ou mesmo, se é desejável atribuir poderes irrestritos aos juízes conforme pressuposto acima na fala de Dworkin. Para uma leitura mais aprofundada sobre o conceito de democracia em Dworkin ver: DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy in *European Journal of Philosophy*, Vol. 3, 1995.

decisão apenas como uma “nobre mentira” usada para disfarçar suas preferências na aplicação do direito (DWORKIN, 2014, p. 194). Caso contrário, não seria possível manter o aparente padrão de previsibilidade que o direito reivindica o que, por sua vez, geraria descrença no direito e nos magistrados.

A verdadeira condição do pragmatismo, segundo Dworkin, é que o juiz pragmatista não leva a sério os precedentes e padrões anteriores. Tais padrões são seguidos apenas como resultado de um cálculo de custo benefício entre a perda de previsibilidade e suas consequências e a possível injustiça originada pela aplicação do precedente a um novo caso. Os esforços para romper com os padrões anteriores e a sustentação de uma nova decisão só são realizados em casos nos quais a injustiça sofrida pela comunidade é maior do que o mal causado pela perda de previsibilidade e estabilidade gerada pelos precedentes (DWORKIN, 2014, p. 198). Por este motivo o pragmatismo é rejeitado.

Antes de passarmos a tratar da última concepção de direito é necessário fazer um último e breve esclarecimento quanto ao pragmatismo. O dicionário de teoria e filosofia do direito define o pragmatismo como a postura que “considera as normas como juízos, sempre sujeitos à verificação conforme sua capacidade de resolver problemas práticos” (TRAVERSSONI, 2011, p. 331). Porém, pode-se dizer que mais do que uma definição sobre o direito, o pragmatismo é uma teoria sobre o modo como o direito é decidido pelos juízes, isto é, uma teoria sobre a atividade judicial. Segundo Richard Posner, detentor de uma das teses mais conhecidas do positivismo jurídico, o juiz pragmático deve levar em conta na hora da decisão não apenas as consequências casuísticas, mas também, as decisões mais favoráveis à comunidade como um todo (POSNER, 2003, p. 49). Posição oposta à de direitos como *trunfos* defendida por Dworkin conforme visto.

Embora sejam distintas as teses acerca do pragmatismo jurídico, de acordo com seus defensores três teses fundamentais permeiam a compreensão pragmatista, a saber: o antifundacionismo, que corresponde ao não fundacionismo teórico quando da formulação do pragmatismo e as decisões tomadas de acordo com ele; o consequencialismo, ligado ao fato de que para a tomada de decisão não apenas a lei, mas, também as consequências de sua aplicação são levadas em conta; e o

contextualismo, que versa sobre o papel que o contexto para a tomada de decisão exerce na hora da decisão por parte dos juízes.

Segundo autores como Michel Sullivan, a abordagem que Dworkin apresenta quanto ao pragmatismo é tendenciosa e com vistas à defesa do direito como integridade<sup>79</sup>. Isso porque, segundo Sullivan (apud Plante & Gillis, 2014, p. 33), ainda que o precedente não seja o fator determinante para a tomada de decisão, não há como afirmar, contrariando toda uma tradição pragmatista, que seus adeptos rejeitam completamente os precedentes. Ainda segundo Plante e Gillis, por ser antifundacionista os juízes têm de levar em conta os precedentes, haja vista o fato de o raciocínio humano ser estruturado pela experiência e a cultura<sup>80</sup>.

## 2.5 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

A terceira e última concepção de direito apresentada por Dworkin é a de direito como integridade, considerada a melhor entre as três posturas jurídicas abordadas e como uma alternativa às definições sobre o direito até então apresentadas, uma vez que toma como fundamento tanto a história do direito quanto a moralidade política e individual para a fundamentação do conceito. Compreender o direito a partir da característica da integridade permite responder a pergunta sobre o modo como algumas decisões jurídicas passadas podem ser estendidas para novos casos, como um padrão norteador de decisão<sup>81</sup>. Em

---

<sup>79</sup>Necessário se faz destacar que apesar das constatações acerca da leitura possivelmente caracterada que Dworkin faz quanto ao pragmatismo e as objeções acima levantadas, é evidente que o pragmatismo tal como endossado por Posner tem como premissa o consequencialismo característico das teorias utilitaristas e bem-estaristas, ao passo que a teoria dworkiniana possui um viés principiológico. Distanciando, desta forma, a concepção de ambos os autores. O que justifica o debate jusfilosófico entre ambos.

<sup>80</sup> Para uma discussão mais detalhada sobre o pragmatismo jurídico e apropriação Dworkiniana ver: Ronald Dworkin's criticism of pragmatism. Marie-Andrée Plante; Anais Voy-Gillis. Political Dialogues, Paris, 2014.

<sup>81</sup> Nas palavras de Dworkin: "Essa exigência específica de moralidade política não encontra, de fato, bem descrita no clichê de que devemos

outras palavras, através da noção de direito como integridade Dworkin pretende oferecer uma resposta satisfatória para a disputa sobre o direito e sua aplicação.

Assim, a noção de integridade permite compreender a estrutura do sistema jurídico ao lançar luz para o modo como o direito é decidido e aplicado pelas autoridades competentes. Segundo o autor,

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tomar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido (DWORKIN, 2014, p. 212).

O direito íntegro é o resultado das decisões dos órgãos legiferantes pautadas em princípios que norteiam a criação e a aplicação do direito em todos os tempos. Ou seja, o sistema de direito como integridade toma como pressuposto os princípios que nortearam a positivação das leis, bem como os princípios observados na tomada de decisões passadas com vistas à resolução de novos casos que surgem para apreciação. O conceito de *princípio* é definido como um padrão de decisão abstrato, porém, moralmente relevante para a justificação das decisões jurídicas<sup>82</sup>. Nas palavras do autor,

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque

---

tratar os casos semelhantes da mesma maneira. Dou-lhe um título mais grandioso: é a virtude como integridade política” (DWORKIN, 2014, p. 202).

<sup>82</sup> O conceito de “princípio” será minuciosamente analisado e apresentado na próxima sessão, quando a distinção entre regras, princípios e políticas for abordada. Entretanto, por hora, relevante se faz transcrever a conceituação literal deste conceito apresentada por Dworkin na obra *Levando os Direitos a Sério* onde ele afirma: “utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras” (DWORKIN, 2010, p. 36).

é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2010, p.36).

Os princípios distinguem-se de outros padrões como os de política, na medida em que esta visa uma melhoria social ou comunitária, isto é, benefícios de ordem econômica, social, ao passo que aos princípios cumpre o papel de padrão de moralidade constitutivo do direito. Por isso são compreendidos como o resultado dos acordos intersubjetivos feitos ao longo da história institucional. Assim como difere dos padrões de política por uma questão de finalidade, os princípios também diferem das regras, porém, por uma questão de natureza. Para Dworkin,

a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis 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 (DWORKIN, 2010, p. 39).

Segundo Dworkin, o caráter de tudo-ou-nada das regras é mais evidente em um jogo do que, por exemplo, no próprio direito. Por este motivo, ele recorre ao exemplo do jogo de beisebol, cuja regra determina que se o bateador erra três bolas ele está fora do jogo. Diante disso, não é possível que diante de três erros seguidos o juiz que atua na partida não elimine o jogador. Caso isto não aconteça, podemos dizer que o juiz está a seguir qualquer outra regra, menos as regras do beisebol.

Dworkin admite ainda que algumas regras possuam exceções, mas pondera que estas estão contidas no enunciado normativo das regras, isto é, conhecemos as regras como igualmente conhecemos suas exceções. Caso assim não fosse, o enunciado da regra deveria ser considerado incompleto. A exceção referente à regra do beisebol é a de que se o pegador

(*catcher*) deixar a bola cair no terceiro arremesso o batedor não pode ser eliminado (DWORKIN, 2010, p. 40).

O mesmo não ocorre com os princípios, pois a estes é atribuído apenas peso ou importância. Os princípios têm como função auxiliar a interpretação dos juizes perante casos que demandam complexidade. Estes, não são escritos como as leis, mas desempenham um papel proeminente da aplicação do direito, juntamente com as regras (DWORKIN, 2010, p. 42).

A partir desta argumentação o autor traz a baila sua compreensão de direito, que não diz respeito apenas a sua melhor descrição ou interpretação, como o positivismo, mas está fundamentalmente interligada com questões de política e de moralidade. Nesse sentido, o princípio judiciário de integridade “instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada” a fim de expressar o que Dworkin chamou de “uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 2014, p. 271-272).

A integridade é colocada lado a lado com as demais virtudes políticas que integram o direito, a saber, a justiça, a equidade e o devido processo legal. A relação entre as virtudes políticas elencadas e o direito como integridade é esclarecida pelo autor através da seguinte passagem:

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu (DWORKIN, 2014, p. 483).

As virtudes políticas acima descritas caracterizam o direito como integridade, na medida em que são parte integrante da referida concepção. Embora aparentados, tais conceitos são distintos e possuem cada qual o seu papel na compreensão geral do direito. O direito assim entendido não se restringe a atividade de aplicação de regras por parte dos juizes, pois é compreendido

como uma atividade normativa que abrange os princípios e virtudes políticas. O aspecto fundamental de tal sistema é a coerência aplicada pelos seus órgãos, tanto para a elaboração das leis quanto para sua aplicação e cumprimento.

Não basta ter um sistema equânime, ele precisa ser justo também. Equidade e justiça não são conceitos idênticos. Posso tomar uma decisão equânime, porém, injusta. Por isso é necessário pensar um sistema jurídico que atenda a ambos os conceitos e Dworkin faz isso através da integridade. O direito como integridade considera o contexto em seu todo para somente depois formar uma decisão. Assim, tanto a história do direito é tomada em consideração, na medida em que os precedentes formam um quadro que orienta as decisões a serem tomadas no momento atual, quanto a moralidade política que garante que os padrões de justiça estejam presentes no direito e sua formatação.

Entre as vantagens de um sistema jurídico pautado pelo conceito de integridade destaca-se, por exemplo, a eficiência da proteção contra um sistema fraudulento ou parcial (DWORKIN, 2014, p. 228). Além disso, há também o fato de que os próprios indivíduos aceitam mais facilmente serem governados por princípios como os da virtude política do que por leis coercitivas gerais<sup>83</sup>. A própria coerção estatal (tema tão recorrente e de extrema importância entre os teóricos do direito) é mais bem justificada em termos de integridade (em sua conexão com a autoridade moral do direito) do que até, então, apresentada na história do direito<sup>84</sup>. Ainda segundo Dworkin,

---

<sup>83</sup> Ainda segundo o autor: “Uma comunidade de princípios não encara a legislação do mesmo modo que uma comunidade baseada em códigos, como acordos negociados que não têm nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei” (DWORKIN, 2014, p. 413). Na comunidade de princípios os sujeitos concordam que suas atividades, práticas, são coordenadas por um princípio comum e não meramente por acordos derivados de um acordo político.

<sup>84</sup> Considere como exemplo, os moldes nos quais a coerção estatal é justificada por Austin (através da figura do soberano) e por Hart (por meio da regra de reconhecimento) apresentados no capítulo anterior. Ambas as formas de coerção não têm como pressuposto a autoridade moral do direito, de acordo com o autor.

Afirmar que o conceito de direito - o espaço em que o debate entre as concepções se mostra mais útil - associa o direito à justificativa da coerção oficial. 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 (DWORKIN, 2014, p. 231).

O que explica este fato, segundo Dworkin, é a compreensão de que em uma comunidade regulada por virtudes morais os indivíduos comungam da ideia de que devem aceitar as exigências que lhes são feitas, ao mesmo tempo em que podem fazer exigências aos demais, pautados no princípio político aceito pelas partes integrantes (DWORKIN, 2014, p. 230).

A integridade exerce o papel de união entre a vida moral e política dos cidadãos, agindo de modo a fazer com que a obrigação política deixe de ser somente uma questão de obediência cega ou imposta, por um sistema que opera de cima para baixo, para “tornar-se uma ideia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar”, em última circunstância, “como o sistema da comunidade à qual pertence” (DWORKIN, 2014, p. 231).

Dworkin mostra como as obrigações mútuas entre os indivíduos são mais bem aceitas a partir da integridade através do que chamou de *três modelos de comunidade*. Teoria por meio da qual disserta sobre as possíveis formas de socialização e associação entre membros comunitários. Podemos pensar, diz ele, que uma determinada sociedade política teve início apenas como um acidente *de fato*. Neste caso a associação entre os membros que a compõem ocorre pela mera coincidência espaço geográfica ou histórica: estar no mesmo lugar e ao mesmo tempo. Os indivíduos tornam-se membros de forma acidental e não pela afinidade de gostos e escolhas que compartilham (DWORKIN, 2014, p. 251).

As associações que resultam do modelo de acidente *de fato* podem ser estabelecidas de duas formas: por egoísmo ou por pelo sentimento de paixão pela justiça. O exemplo dado por

Dworkin para explicar a união pautada no egoísmo é o de naufragos de países opostos, com preceitos morais e sociais distintos, lançados em uma ilha após uma batalha naval. Em um primeiro momento, ambos veem no outro um meio para sobrevivência na ilha através da ajuda e o trabalho conjunto para a sobrevivência. A circunstância que os une não é a de livre escolha, contrato ou qualquer sentimento de benevolência de um para com o outro. O acordo de reciprocidade entre estes sujeitos seria mantido sob a conjectura de que seria benéfico a ambos, sendo rompido em ocasião contrária.

Outro modelo de associação como acidente *de fato* pode ser explicado através de um sentimento mais nobre como o da paixão pela justiça, segundo o qual não há distinção entre a comunidade à qual se pertence e as demais. Desta forma, não é o sentimento de superioridade entre as comunidades que as diferem e as definem, mas sim, o *fato* de pertencerem à mesma sociedade quando do momento do nascimento. O político que legisla pautando-se por este preceito não considera sua comunidade como mais relevante do que as demais, “assim, quando ele puder aperfeiçoar a justiça em termos gerais, ao subordinar os interesses de seus próprios eleitores, vai achar correto fazê-lo” (DWORKIN, 2014, p.253).

O segundo modelo de comunidade apresentado pelo autor é denominado de *modelo “das regras”*. De acordo com este modelo, os membros de uma comunidade aceitam que as regras são o padrão normativo, não com intuítos egoístas como o do modelo anterior, mas como uma questão de obrigação. Dworkin, “pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de certo modo que é específico dessa comunidade”, sem, contudo, que este compromisso tenha origem em princípios comuns compartilhados (DWORKIN, 2014, p. 253). Este modelo assenta suas bases de compreensão na concepção convencionalista do direito, segundo a qual, uma vez estabelecidas as regras que organizarão a sociedade estas permanecem sendo a fonte de autoridade, até que um novo acordo seja feito e uma nova regra estabelecida.

A objeção que o autor dirige aos modelos anteriores é a de que, por serem modelos muito primários não são capazes de explicar as obrigações associativas entre os membros das comunidades. Como alternativa a esta ineficácia, Dworkin

apresenta o que entende ser a melhor compreensão de comunidade a partir do que chamou de *modelo do princípio*. Seu argumento é que somente o modelo do *princípio* é capaz de explicar as associações comunitárias, uma vez que toma como pressuposto o fato de que todos aceitam os mesmos princípios que fundamentam o direito como integridade. Desta forma,

As pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal (DWORKIN, 2014, p. 254).

Os princípios comuns recém citados são os já apresentados acima (justiça, equidade e devido processo legal), através dos quais os membros se reconhecem enquanto pares que possuem obrigações recíprocas. Se por um lado somente uma comunidade de princípios seria capaz de explicar as associações fraternais entre seus membros, por outro, o direito como integridade tem de ter características obrigatórias para dar conta das associações comunitárias que são pautadas através dos princípios.

A primeira característica das obrigações comunitárias do direito como integridade é a de que elas sejam tidas como *especiais*, ou seja, “dotadas de um caráter distintivo no âmbito do grupo e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele” (DWORKIN, 2014, p. 242). Estas obrigações, portanto, possuem um *status* diferente das demais obrigações que os membros têm para com outros grupos, dos quais não fazem parte.

A segunda característica é a de que as obrigações são *personais*, pois “vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo” (DWORKIN, 2014, p. 242). O resultado das associações pode ser identificado em cada sujeito, em sua singularidade. A troca

singular entre os sujeitos e a troca entre um membro e a coletividade são distintas.

A terceira característica é a de ser *geral*, isto é, os membros podem compreender as responsabilidades e deveres recíprocos como mais abrangentes: como “o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo” (DWORKIN, 2014, p. 242). Com isso, o autor distingue as obrigações que tenho para com os familiares e amigos próximos das obrigações que garantem o bem coletivo da comunidade como um todo.

A quarta e última característica é a do *igual interesse* que os membros apresentam de manter as relações fraternais. Ainda que exista uma hierarquia neste modelo de comunidade, todos aspiram ao interesse de todos de forma igualitária. Somente o direito como integridade consegue dar conta dos requisitos, obrigações, reivindicados por sua matéria. Os outros modelos falham ao restringir o direito a uma questão de regras e sua fonte ao invés de incorporar ao direito padrões políticos e morais também. Este é o triunfo que Dworkin afirma ter perante as demais teorias jurídicas e que o permite explicar de que forma as associações são adotadas pelos indivíduos, sem precisar recorrer a laços emotivos, tampouco, ficar a mercê de associações *de fato*. Antes,

o interesse que exigem é uma propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades – estas devem ser práticas que seriam adotadas pelas pessoas que tenham o grau exigido de interesse – e, não uma propriedade psicológica de algum número fixo dos verdadeiros membros (DWORKIN, 2014, p. 244).

Fica claro, frente ao exposto que as associações não são estabelecidas necessariamente por laços afetivos (pois podem ser gerais), mas que as obrigações que os membros têm entre si, não é facultativa. As pessoas que pertencem ao que Dworkin chamou de sociedades básicas possuem obrigações gerais recíprocas, quer queiram ou não. Daí a necessidade de que

estes membros reconheçam-se como integrantes e cumpram com suas obrigações.

Uma das questões que poderia ser posta quanto ao modo como Dworkin fundamenta os modelos de comunidade e as relações de pertença a cada subtipo é a de qual o papel os três modelos de comunidade têm na fundamentação do direito e onde Dworkin pretende chegar ao discorrer sobre cada uma delas.

Retomando a proposta dworkiniana de apresentar um modelo de direito pautado não apenas em regras positivadas, mas também em ideais políticos e morais, com vistas a negar ou mitigar o quanto possível a discricionariedade jurídica defendida pelos positivistas, a condição para concretizar tal empreendimento apresentado pelo autor foi considerar o aspecto histórico do direito e a moralidade política e individual que compõem o direito e sua aplicação. Ou seja, Dworkin toma como arquétipo jurídico o direito não apenas enquanto fonte, mas o direito como fonte mais a sua melhor justificação moral<sup>85</sup>.

Esta tese é evidenciada pelo autor quando ele trata sobre os “propósitos e princípios”, a partir dos quais teoriza sobre a diferença entre uma comunidade de princípios e uma comunidade de códigos na obra *O Império do Direito*. Em tese, a diferença seria estabelecida diante do fato de que “uma comunidade de princípios não encara a legislação do mesmo modo que uma comunidade baseada em códigos”, uma vez que nesta os acordos negociados “não têm nenhum significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei”. A comunidade de princípios, ao contrário, “trata a legislação como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política” (DWORKIN, 2014, p. 413). Por isso a importância de pensar um sistema jurídico não

---

<sup>85</sup> Segundo Stephen Guest, “a teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes” (GUEST, 2010, p. 7). Neste sentido, segue afirmando o autor, “devemos interpretar o direito de modo a tirar dele o melhor sentido ‘moral’. Em outras palavras, devemos sempre assumir, quando tentamos determinar o que o direito requer ou permite, que isso faça sentido *moralmente*. Por quê? Porque isso dá sentido ao direito. Qual é o propósito de justificar a ação em nome do direito a menos que essa ação tenha também uma justificação moral?” (GUEST, 2010, p. 17).

apenas derivado de regras ou precedentes, mas sim, de princípios morais e políticos que integram a vida de cada um dos indivíduos da sociedade jurídica<sup>86</sup>. Portanto, a obediência ao direito justifica-se diante do caráter equânime apresentado por esta instituição.

A pergunta sobre “O que é o direito?”, no que concerne a sua conceituação, é respondida por Dworkin ao apresentar o direito como um fenômeno social interpretativo composto não apenas de regras, mas também da concepção de princípios morais sem os quais não é possível pensar um conceito de direito. A questão sobre como direitos são derivados de decisões passadas é respondida a partir do conceito de princípios e o modo como eles são decisivos na orientação da tomada de decisão por parte dos juízes.

---

<sup>86</sup> Esta postura apresenta-se problemática, pois pressupõe um sistema de virtudes morais aceito de forma intersubjetiva. Tal modelo só seria operável se todos os membros da comunidade compartilhassem os mesmos pressupostos morais e das mesmas associações comunitárias. Tendo em vista que este ideal pode ser inatingível quando se toma em conta as discordâncias morais é que a presente assunção será objeto de análise e crítica no decorrer da tese apresentado no capítulo que vai apresentar o porquê os princípios são mais discricionários do que as regras.

## CAPÍTULO 3- A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM NATURAL

### 3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO TERMO “TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM”

O termo “textura aberta” (*open texture*) foi utilizado pela primeira vez por Friedrich Waismann em seu artigo “Verifiability”, como alternativa ao debate positivista acerca da linguagem e a possibilidade de verificação conclusiva da aplicação de conceitos, sobretudo, empíricos<sup>87</sup>. Waismann estava interessado em analisar se de fato era razoável ou não levar a cabo o projeto positivista, de acordo com o qual seria possível fornecer um critério a partir do qual afirmações sobre conceitos empíricos pudessem ser verificadas. Para tanto, o autor tomou como ponto de partida a seguinte proposição apresentada pelos positivistas: “O significado de uma afirmação é seu método de verificação” (WAISMANN, 1978, p. 117)<sup>88</sup>.

Sem entrar no mérito da discussão sobre a concepção de “método de verificação” das proposições, é notório lembrar que os positivistas defendiam a ideia de que através do método de verificação das proposições seria possível conhecer o significado por ela expresso, sobretudo, quando a aplicação do conceito a ser analisado ainda fosse desconhecida. Para isso, é necessário que a linguagem apresente como característica a exatidão de seus termos. Somente a partir de critérios linguísticos rígidos seria possível verificar afirmações do tipo: ‘há um livro sobre a mesa’, o que seria feito através da verificação por meio de constatação de que existe uma mesa que contém um livro sobre si, dado um prévio acordo acerca do entendimento que se tem sobre os termos “mesa” e “livro”.

A conclusão de Waismann diante da concepção acima apresentada, entretanto, é a de que nem todos os conceitos

---

<sup>87</sup> WAISMANN, F. “Verifiability”. In: Flew, A. G. N. (ed.). Logic and language (first series). Oxford: Blackwell, 1978. pp. 117-144.

<sup>88</sup> Segundo Glock, esse princípio de verificação também pode ser atribuído à Wittgenstein (cf. GLOCK, 1998, p. 29) e à Schlick, para quem o significado de uma frase é dado pela “descrição das condições em que a frase ou sentença formará uma proposição verdadeira, e das condições em que a proposição é falsa”. (SCHLICK, 1985, p. 85).

físicos e situações que envolvam esses conceitos apresentam-se de forma tão clara e passível de verificação. E é justamente pelo fato de que os conceitos não apresentam uma definição acabada quanto a suas possíveis afirmações que surge o problema da textura aberta. O termo “textura aberta”, portanto, diz respeito à impossibilidade de que os conceitos empíricos, mas, não somente estes, possam ser definidos de forma exaustiva quanto a todas as suas possíveis significações.

Dessa forma, embora o positivismo lógico pretendesse apresentar uma linguagem analítica cuja característica principal fosse o rigor linguístico, Waismann observou que não é possível delimitar um conceito de modo completo, sem que sejam suscitadas novas dúvidas quanto a sua significação. O exemplo utilizado por Waismann para apresentar de forma mais clara o conceito de “textura aberta” e a impossibilidade de uma linguagem tal qual pensada pelos positivistas do Círculo de Viena diz respeito à verificação da seguinte afirmação: “tem um gato no quarto ao lado”. Segundo o autor,

Suponha que eu vá para o quarto ao lado, abra a porta e, de fato, veja um gato. Será que isso é suficiente para provar minha afirmação? Ou, devo além disso, tocar no gato, acariciá-lo e induzi-lo a ronronar? [...] Mas, o que devo dizer se mais tarde aquela criatura crescer assumindo um tamanho gigantesco? Ou se aquela criatura vier a mostrar um comportamento esquisito, que não se encontra nos gatos [...] devo eu, nesse caso, dizer que passou a existir uma nova espécie de animal? Ou que aquela criatura era um gato com propriedades extraordinárias? (WAINSMANN, 1978, p. 199)<sup>89</sup>.

Por mais que possamos definir o que seja um “gato” dizendo que gatos gostam de bolas de lã, passam o dia pendurados em janelas, ronronam, etc. jamais será possível apresentar todas as possibilidades de delimitação acerca da definição desse termo<sup>90</sup>. Ainda que para o positivismo um termo

---

<sup>89</sup> Tradução nossa.

<sup>90</sup> De acordo com Gordon Baker, Waismann foi fortemente influenciado pela noção wittgensteiniana de “hipótese” ao apresentar seu conceito de “textura aberta”. A textura aberta da linguagem assemelha-se a uma hipótese, que nunca pode ser verificada de forma completa, mas, tão somente por suas prováveis evidências. A respeito da noção de hipótese apresentada por Wittgenstein, Baker diz que: “Uma hipótese

só possa ser “definido quando o tipo de situação em que ele deve ser usado é descrito”, é notório que termos empíricos sempre apresentarão uma textura aberta (WAISMANN, 1978, p. 122)<sup>91</sup>. Isso porque, não é possível enumerar todas as possibilidades de uso da palavra “gato”, em diferentes contextos, haja vista que tal conceito pode assumir uma função diferente da que lhe fora atribuída em seu uso primeiro. Portanto, como não é possível prever todos os casos de uso em que uma palavra se aplica ou não, mas tão somente, as semelhanças de família que a palavra possui é que se diz que não é possível delimitar uma palavra de forma exaustiva<sup>92</sup>.

Assim como Waismann, Hart também afirma que a linguagem apresenta algumas nebulosidades ou zonas de “penumbra de dúvida” quanto a seus termos. Contudo, diferentemente de Waismann, para quem a textura aberta tinha como causa a delimitação não exaustiva dos termos empíricos, Hart apresenta a noção de textura aberta sob a ótica da imprecisão linguística dos termos gerais, a partir dos quais são constituídas as regras e as proposições jurídicas.

Como bem apontado por Brian Bix, o famoso exemplo utilizado por Hart para esclarecer a noção de textura aberta das regras e os casos em que uma determinada regra se aplica ou não é apresentado pela seguinte sentença: “É proibida a entrada de veículos no parque”. Segundo Hart, a aplicação dessa norma

admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma delas, nem nenhuma combinação delas, é conclusiva. No máximo, uma hipótese se torna provável em função das evidências que servem para confirmá-las, mas nunca certa” (BAKER, 1979, p. 270).

<sup>91</sup> Ainda segundo o autor, “nós nunca poderemos ter certeza de que nós incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e portanto o processo de definição e refinamento de uma ideia vai continuar sem nunca atingir um estágio final” (WAISMANN, 1978, p. 123) tradução nossa.

<sup>92</sup> É notório lembrar que Waismann fazia parte do Círculo de Viena, tendo conviado com importantes estudiosos e lógicos de sua época, entre eles Wittgenstein, por quem foi fortemente influenciado. Entre as noções wittgensteinianas das quais Waismann valeu-se para apresentar a noção de “textura aberta” como resposta ao idealismo lógico também está a de *semelhanças de família*. Para uma discussão mais detalhada sobre a concepção de semelhanças de família ver: Wittgenstein, L. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 52.

irá depender do que pode ser considerado um veículo (skate, bicicletas, carrinhos de bebê, etc.) tanto quanto da delimitação de que um determinado espaço é um parque. Como em muitos casos não é possível estabelecer previamente todos os objetos que devem ser considerados como sendo um veículo é que, segundo o autor, surgem casos de penumbra quanto à abrangência de aplicação das regras (cf. BIX, 1993, p. 7).

Hart vale-se, portanto, da noção de textura aberta da linguagem cunhada por Waismann, para explicar alguns casos fronteiriços quanto à aplicação das regras jurídicas<sup>93</sup>. Estes casos fronteiriços ocorrem segundo Hart, uma vez que “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” (HART, 2011, p. 139). Tendo isto em vista, é que Hart diz que:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, 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. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações padrões variáveis, *não* exigem deles uma apreciação nova de caso para caso (HART, 2011, p. 148).

Embora grande parte da tradição jurídica tenha apontado a imprecisão da textura aberta da linguagem como a causa da

---

<sup>93</sup> Para uma discussão pormenorizada sobre a relação entre a textura aberta da linguagem e a textura aberta do direito ver: (ANDRADE, 2008, p. 458 – 474). Neste artigo, o autor lança mão dos escritos de Genaro Carrió para esclarecer a relação estabelecida entre autores como Herbert Hart e Alfred Ross no que diz respeito à textura aberta da linguagem na esfera jurídica, bem como de Friedrich Waismann e Ludwig Wittgenstein no que tange à textura aberta a partir da compreensão promovida pela filosofia da linguagem

impossibilidade de estabelecer de antemão todas as regras que formam o sistema jurídico, fazendo com que o direito também apresente uma textura aberta, a visão de Hart quanto à textura aberta da linguagem pode ser considerada menos pessimista. Isso porque, para Hart, o direito não deve ser compreendido sob a ótica de uma ciência exata e enrijecida, mas sim, como um sistema articulado. O fato de que novas normas podem ser criadas e seguidas de acordo com a demanda de cada caso de sua aplicação não torna o direito uma ciência vaga ou menos normativa.

Ainda que o autor conceda que a linguagem em muitos casos é imprecisa e que, até mesmo, uma linguagem pensada a partir de critérios sintáticos pode apresentar casos de dúvida quanto a seu uso e significação, Hart recusa a ideia de que seja necessário que todas as regras sejam previamente estipuladas para serem válidas. Um bom exemplo sobre os casos de dúvida quanto às normas é o que diz respeito, por exemplo, a abrangência da significação de um termo que compõe uma regra. Nesse caso, ainda que a regra tenha sido estabelecida de acordo com o sistema jurídico restariam dúvidas quanto às suas diversas possibilidades de aplicação. Por conseguinte, um caso claro de aplicação de uma regra não é necessariamente um caso previsto no momento de criação de uma regra, mas sim, um caso amplamente aceito por nossas práticas e convenções linguísticas e de uso da regra.

O argumento de Hart é o de que ainda que a linguagem não possuísse uma textura aberta, não seria necessário que todos os limites da norma, ou seja, da aplicação das regras, fossem delimitados. Para o autor, a prática de delimitar todas as possíveis aplicações de uma regra não pode ser vista como garantia de isenção de dúvidas quanto às suas aplicações futuras em diversos contextos.

No mesmo sentido da argumentação expressa acima, Fredrick Shauer em seu livro *Playing by the Rules*, afirma que mesmo quando uma regra factual é considerada universal, casos não previstos de sua aplicação podem surgir colocando em questão sua generalidade<sup>94</sup>. Embora algumas justificações da

---

<sup>94</sup> SHAUER, F. *Playing by the Rules. A philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

regra se assemelhem ao que muitas vezes chamamos de verdades universais, é notório que possuímos apenas um conhecimento falível acerca do mundo, que sofre mudanças constantemente. Logo, não há como criar regras suficientemente capazes de justificar e prever todos os fatos que podem ocorrer no mundo, haja vista que:

essas conclusões empíricas, entretanto, são baseadas na percepção atual do mundo atual, e alguma coisa nesse mundo pode mudar amanhã, ou nós podemos descobrir amanhã alguma coisa desconhecida sobre o mundo de hoje. Em ambos os casos, esse novo conhecimento pode falsificar a precisão da regra previamente presumida (SHAUER, 1998, p. 35)<sup>95</sup>.

A partir da argumentação acima é possível ver que, apesar dos esforços do positivismo jurídico para estabelecer com exatidão e rigor a significação linguística, a linguagem apresenta algumas zonas de porosidade tornando impossível que seja dada uma definição única para seus termos e regras. Com isso, entretanto, Hart não está argumentando que o direito é uma ciência inexata e sem critérios normativos. Diferentemente disso, o autor diz que apesar de apresentar lacunas, o direito, cuja principal função é regular a conduta dos sujeitos na sociedade, é eficaz em sua aplicação. As regras jurídicas fornecem padrões de conduta e comportamento para os indivíduos e suas respectivas sociedades, de todo modo que,

este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto (HART, 2011, p. 148).

Desse modo, embora compartilhe dos ideais do positivismo jurídico, Hart recusa o formalismo jurídico radical, isto é, a ideia de que o mundo possa ser adequado a uma jurisprudência

---

<sup>95</sup> Tradução nossa.

mecânica e que seja possível congelar o sentido da norma de tal modo que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta a sua aplicação<sup>96</sup>. Dessa forma, a postura do *conceptualismo* ou *formalismo* considera que novos casos sempre devem ser analisados sob o pressuposto de que ele está dentro do âmbito das normas instituídas. A finalidade de tal procedimento, segundo os formalistas, é a de poder prever as possíveis aplicações da regra em casos futuros.

O problema quanto a essa postura, segundo Hart, é o de que ela não oferece uma visão clara quanto à demanda de aplicação das regras de acordo com a especificidade de cada caso. Não há qualquer preocupação quanto à correta adequação ou não do caso analisado, dado a regra geral com a qual deve ser compatível (HART, 2011, p. 142). Não obstante, ainda que fosse possível determinar todas as aplicações antecipadamente, segundo Hart, haveriam características contrárias à eficácia de tal procedimento, de todo modo que, enquanto o Direito operar nesses moldes,

seremos forçados por esta técnica a incluir no âmbito da regra casos que desejaríamos excluir, de forma a dar efeito a finalidades sociais razoáveis e que os termos da textura aberta da nossa linguagem teriam permitido excluir, se os tivéssemos deixado menos rigidamente definidos. A rigidez das nossas classificações estará assim em conflito com as nossas finalidades de ter ou de manter a regra (HART, 2011, p. 143)<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup>Hart define o formalismo nas seguintes palavras: “O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em pauta a sua aplicação” (HART, 2011, p. 142).

<sup>97</sup>No capítulo que trata sobre a filosofia de Dworkin veremos que este mesmo problema é abordado, porém, a partir do que Dworkin chamou de convencionalismo jurídico.

O ponto de vista defendido por Hart é o de que, embora existam zonas de penumbra quanto à aplicação do Direito e de sua linguagem, ainda assim, é possível estabelecer um entendimento mútuo entre os sujeitos, pois

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 conhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categorias de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz (HART, 2011, p. 137).

A determinação absoluta dos termos gerais que compõem as regras não é condição *sine qua non* para que possa ser dada de uma vez por todas uma resposta correta para todos os casos jurídicos que podem vir a surgir. Hart concede que seja indispensável conhecer os termos gerais contidos nas regras e que esses termos sejam determinados, pois será a partir da determinação e das convenções feitas quanto à aplicação da regra em casos específicos que se torna possível aplicar os termos gerais sem a presença de dúvidas<sup>98</sup>. Porém, o autor nega que para tanto seja necessário uma determinação absoluta dos termos gerais.

---

<sup>98</sup> Como será abordado nas próximas seções, haverá casos nos quais a aplicação da regra não se apresenta de forma tão clara, apesar de haver uma prática estabelecida de uso e aplicação das regras jurídicas de acordo com a demanda de cada caso em questão. Os casos em que a aplicação da regra extrapola o uso diário, diante dos quais se tem que decidir se uma determinada regra se aplica ou não a uma situação será abordado quando tratarmos sobre a discricionariedade jurídica.

A recusa do formalismo conceitual por parte de Hart não implica a aceitação do ceticismo jurídico sobre as regras, ou seja, a ideia de que não existem quaisquer padrões de conduta que devem ser obedecidos pelos tribunais e que, assim sendo, os legisladores podem criar o direito. Para Hart, o

Céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto [...]. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que chamam regras, exprime seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras (HART, 2011, p. 152).

O fato de que os tribunais algumas vezes têm de tomar decisões diante das lacunas do Direito não significa a inexistência de quaisquer normas, ou ainda, que as normas não possuem qualquer característica normativa. O ceticismo de regras, assim entendido, pode ser considerado um mito, uma vez que para a postura cética o direito consistiria apenas nas decisões dos tribunais e na sua predição. Dessa forma, o equívoco cometido pelo céptico ao assumir essa postura quanto às regras, segundo Hart, é o de não se dar conta de que a existência de um tribunal implica a existência de regras como, por exemplo, as regras secundárias que conferem jurisdição e autoridade para as decisões tomadas (HART, 2011, p. 150). Estabelecem um padrão a ser seguido e respeitado.

O direito, entendido como uma ciência normativa constituída por normas aceitas, não deve ser visto apenas como a aplicação das decisões de seus operadores, ou ainda, como expressão do hábito dessas decisões preditivas. Antes, o direito deve ser entendido como o conjunto de padrões juridicamente aceitos e estabelecidos. As regras do direito, assim como os demais tipos de regras, devem ser entendidas como padrões de normatividade, como diretrizes reguladoras de condutas.

Portanto, as regras jurídicas não são meramente descrições de hábitos, isto é, não figuram como a base comum de predições.

Caso a compreensão das regras jurídicas de acordo com o formalismo ou o ceticismo fosse aceita, incorreríamos no problema de que “ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões;” ou teríamos que assumir que “não há regras mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição” (HART, 2011, p.152). Contudo, ao analisar as regras como padrões de correção e normatividade é possível ver que a regra ordena seu cumprimento, muito embora não seja possível apresentar um limite exaustivo quanto às suas possíveis aplicações. Esse é o caso, por exemplo, da regra de acordo com a qual promessas devem ser cumpridas. Embora existam diferentes formas de cumprir uma promessa, ou seja, modos não exaustivos de realizá-la, ainda assim, não estamos eximidos de honrar com nossas promessas, de cumpri-las. É nesse sentido que se afirma, então, que “uma regra que termina com a expressão «a menos que...» é ainda uma regra” (HART, 2011, p. 153).

Outro argumento que se segue na argumentação do autor em sua afirmação quanto à impossibilidade do ceticismo de regras diz respeito ao cumprimento do que a regra ordena. O fato de que as regras não são apenas modos prescritivos, ou a base comum de nossos hábitos se mostra no modo como seguimos as regras. Isso fica evidente através do modo como movemos uma peça do tabuleiro de xadrez, paramos diante do sinal vermelho de trânsito, e assim por diante.

Neste ponto, argumentamos que a teoria Hartiana pode ser mais bem compreendida quando analisada sob a ótica das ideias de Wittgenstein e sua compreensão sobre seguir regras e agir meramente em conformidade a elas. Com isso, pretendemos mostrar outras possíveis semelhanças, por assim dizer, entre os autores com relação à leitura sobre a normatividade das regras, contexto de aplicação.

O primeiro ponto da leitura de Hart, a partir de Wittgenstein, diz respeito à distinção entre agir conforme a regra e segui-la de fato. Esta diferença mostra, não obstante, quando um sujeito interioriza a compreensão da regra e age a partir de um ponto de vista interno. Segundo Wittgenstein, há uma distinção entre seguir a regra e apenas agir de acordo com ela

conforme apresentado no parágrafo 202 das *Investigações Filosóficas*. De acordo com esta passagem,

seguir a regra” é uma prática. E *acreditar* seguir a regra não é seguir a regra. E por isso não se pode seguir a regra ‘privatim’, porque, do contrário, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra (WITTGENSTEIN, 2009, p. 114).

A definição wittgensteiniana de seguir regras reforça a ideia contida na concepção de Hart, segundo a qual, as regras do direito são práticas sociais partilhadas pelos indivíduos. Para tanto, é necessário que os indivíduos compreendam a regra e ajam de acordo com o que ela ordena, ou seja, segundo sua orientação. Só é possível seguir uma regra jurídica e sua prescrição quando se toma a regra a partir do caráter interno, agindo segundo sua diretriz.

Outro ponto a ser destacado diz respeito ao modo como Hart apresenta o que deve ser entendido como a compreensão das regras, mesmo diante da textura aberta da linguagem da qual as regras são formadas. Ambos os autores rejeitam tanto a postura do platonismo de regras quanto à do ceticismo de regras. Portanto, segundo Hart, as regras não são a expressão de um formalismo de regras que nos arrastam como trilhos, para usar a expressão utilizada por Wittgenstein, do mesmo modo como também não são a expressão cética quanto à possibilidade de aplicação das regras pelos tribunais.

Hart lança luz para a questão acima discutida ao afirmar que

o nosso comportamento de cumprimento da regra é frequentemente uma resposta directa a uma situação concreta, não medida por um cálculo em termos de regras. A prova de que tais acções são verdadeiras aplicações da regra reside na sua situação concreta em certas circunstâncias (HART, 2011, p.153).

Apesar de reconhecer a normatividade das regras, que conferem legitimidade do sistema jurídico, existem algumas divergências quanto à postura teórica de Hart e Wittgenstein no

que diz respeito ao ceticismo de regras. Para Hart, embora as regras possuam critérios normativos a partir dos quais o Direito opera, em alguns casos sua aplicação prescindirá de uma interpretação, feita pelos operadores do Direito<sup>99</sup>. Isso porque, de acordo com Hart, “as leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos concretos (HART, 2011, p. 220). Diferentemente disso, Wittgenstein afirma que as regras e suas aplicações não decorrem de possíveis interpretações, realizadas pelos indivíduos que as seguem. As interpretações realizadas pelos indivíduos não figuram como critério para a prática de aplicar e seguir regras, pois são consideradas subjetivas e para Wittgenstein, é preciso ter um critério público para que as regras sejam seguidas<sup>100</sup>. Este critério é fornecido pelo conteúdo da regra. Por isso Wittgenstein fala em compreensão deste conteúdo e não em interpretação deste conteúdo.

Wittgenstein rejeita como sendo correta a compreensão de que o critério para aplicação de uma regra seja as interpretações que podem ser realizadas pelos sujeitos que as seguem. Aceitar a concepção cética acerca das regras é subscrever a tese segundo a qual não há um critério normativo objetivo, por meio do qual as ações são guiadas. A implicação desta teoria para a ciência do Direito é, por exemplo, o questionamento sobre a eficácia do ordenamento jurídico. Portanto, um sistema de regras que tem por objetivo a validade universal de suas normas, não pode ser fundamentado nas interpretações de suas regras<sup>101</sup>.

Para Wittgenstein, interpretar é substituir uma expressão da regra por outra, sem que isso implique em qualquer relação com o conteúdo normativo das regras. Como bem coloca Dall’Agnol,

---

<sup>99</sup>Trata-se aqui do núcleo de certeza e a zona de penumbra descrita por Hart (HART, 2011, p. 139).

<sup>100</sup> Para uma compreensão mais detalhada sobre a discussão acerca da linguagem pública em Wittgenstein ver: GLOCK, H. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

<sup>101</sup> A discussão sobre as dessemelhanças teóricas entre os autores quanto à prática de interpretar regras está além dos limites desse trabalho, sendo suficiente para os propósitos nele estabelecidos a menção quanto aos pontos convergentes e conflitantes sobre a “interpretação”.

para Wittgenstein “todo signo é capaz de interpretação, mas o *significado* não pode ser interpretado; é a interpretação última”. (BB, p. 61). Pode-se, então, parafraseá-lo da seguinte maneira: “toda lei é capaz de interpretação, mas o seu conteúdo normativo não pode ser interpretado, é a interpretação última” (DALL'AGNOL, 2011, p.108).

A forma como Hart encaminha sua discussão sobre a possibilidade de aplicar as regras jurídicas, apesar do fato de que a linguagem possui uma “textura aberta”, assemelha-se somente a alguns aspectos quanto ao modo como Wittgenstein apresenta sua concepção acerca da possibilidade de seguir regras. Com isso, Wittgenstein mostra que apesar de possuir uma textura aberta, ou seja, diferentes possibilidades de usos, a linguagem possui critérios normativos e significativos que se mostram de acordo com seu uso em diferentes jogos de linguagem (cf. IF, § 43).

Uma palavra pode apresentar diferentes usos e significados, que podem ser compreendidos uma vez que se observa a regra que acompanha sua aplicação em diferentes jogos de linguagem. O significado da linguagem se mostra no modo como ela é usada de acordo com as regras gramaticais que coordenam os jogos de linguagem. O critério para afirmar se uma determinada palavra da linguagem foi empregada de acordo com seu uso estabelecido é a regra que acompanha sua aplicação em um determinado contexto, jogo de linguagem. Não há, portanto, a necessidade de uma determinação rígida como condição de possibilidade para a significação da linguagem.

Embora a linguagem apresente uma textura aberta, ou seja, infinitas possibilidades de uso das palavras, ainda assim é possível estabelecer um critério normativo para o uso de suas expressões e para sua significação. As regras figuram como padrões de correção através dos quais nossas atividades são guiadas, tanto quanto como instâncias normativas que regulam o uso das expressões e dos nossos comportamentos perante o que a regra ordena. Por isso, é que se afirma que a prática de seguir regras está fundamentada na compreensão do que é

expresso pela regra, diferentemente de um agir apenas conforme o que a regra ordena (IF, § 202).

De modo semelhante, as regras jurídicas formadas por termos gerais não se apresentam menos exatas dado o fato de que a linguagem possui uma textura aberta. O fato de não conter previamente todos os casos de sua utilização não torna a regra inexata ou fonte de equívocos, isto é, não faz com que o Direito perca sua característica de prescrever e corrigir condutas. Hart chama a atenção, assim como Wittgenstein, para o fato de que uma vez que se considera o sentido em que uma norma foi aplicada e segundo qual finalidade, é possível saber o que a regra ordena, bem como a abrangência de sua aplicação, dado seu contexto de utilização<sup>102</sup>.

O aspecto pragmático da linguagem, isto é, as diferentes possibilidades de usar a linguagem entendida como atividade, não imprime na linguagem qualquer característica que a torne menos eficaz para a realização de diversas atividades linguísticas, ao contrário do que afirma o positivismo linguístico jurídico<sup>103</sup>. Pode-se dizer, então, que a teoria de Hart quando lida a partir de algumas das concepções wittgensteinianas, apresenta-se de forma mais clara, o que algumas vezes nos leva a afirmar que há algumas semelhanças no modo como ambos os autores desenvolvem seus argumentos. Um bom exemplo acerca disto é a semelhança que ambos apresentam no que diz respeito ao contexto de aplicação e uso das regras, tendo em vista a textura aberta da linguagem.

Assim como Wittgenstein afirma que o significado da palavra se mostra em seu uso, isto é, no seu contexto de aplicação coordenado por regras e suas aplicações; para Hart o direito deve ser compreendido por meio de estruturas basilares e, para tanto, é necessário considerar suas especificidades e possíveis aplicações, tanto quanto as suas dificuldades. O que é apresentado através da textura aberta do direito. A vantagem de

---

<sup>102</sup> O que se está negando é que seja possível pensar em todos os casos de abrangência antes da aplicação da regra como os formalistas parecem sugerir.

<sup>103</sup> Embora não faça uma crítica direta à linguagem, mas sim, à compreensão de direito enquanto união de regras, esta postura pode ser atribuída a Dworkin quando este acusa Hart de defender uma concepção discricionária de direito.

considerar a linguagem e a aplicação das regras de acordo com a especificidade de cada caso e a demanda de sua utilização é tornar o Direito mais eficaz e específico.

Ainda a respeito da textura aberta da linguagem, Brian Bix ressalta uma importante passagem de Antony Quinton na qual ele diz que:

o tipo de indeterminação linguística implicada pela textura aberta da linguagem é uma contribuição positiva. Ela permite o desenvolvimento contínuo de uma linguagem para acomodar novas descobertas, como exemplificado pela progressiva ampliação do escopo do conceito de número desde os números positivos inteiros até os números complexos (QUINTON apud BIX, 1993, p. 8).

O risco que os defensores de um rigor linguístico incorrem ao defender a exatidão da linguagem é o de limitar a ciência jurídica a regras que foram previstas antes mesmo de sua própria aplicabilidade. Isso faz com que o Direito assuma a característica de uma ciência enrijecida, ao contrário do caráter articulado atribuído a ele a partir da textura aberta da linguagem. É nesse sentido que Hart argumenta que não é possível eliminar a textura aberta da linguagem, nem mesmo imperioso, pois,

não devemos acarinhar, mesmo com um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplica ou não a um caso particular estivesse sempre envolvida antecipadamente e nunca envolvessem, no ponto de aplicação efetiva, uma escolha entre novas alternativas abertas (HART, 2011, p. 141).

A escolha por entre novas alternativas permite delimitar as aplicações que devem ser feitas das regras jurídicas em seu contexto de aplicação, de uma forma mais condizente com a especificidade de cada caso da utilização da regra. É nesse sentido, portanto, que Hart afirma que o Direito deve ser analisado a partir da união de suas regras, a fim de melhor

compreender sua fundamentação<sup>104</sup>. Pode-se dizer, portanto, que a postura Hartiana procura um equilíbrio diante da contenda entre formalistas e céticos que consistem em “outorgar segurança ao sistema, através de regras precisas de comportamento”, de um lado e, “garantir que cada caso será apreciado pelos tribunais de acordo com suas particularidades, sem prejulgamentos”, de outro (KOZICKI, 2014, p. 93).

Apesar de empreender este equilíbrio, ao apresentar sua teoria jurídica, Hart deu ensejo para veementes acusações por parte de outro importante expoente jurídico, a saber, Ronald Dworkin. De acordo este autor, Hart teria subscrito a tese da discricionariiedade ao defender que o direito é formado pela união de regras, tendo em vista a textura aberta da linguagem, a partir da qual as regras são formadas. Somado a esta estrutura está o fato de Hart conceder que os juízes agem de modo a criar o direito, diante de casos cuja aplicação das regras não são claras. Desta forma, há uma transposição dos problemas da linguagem natural para a linguagem jurídica, através do qual o direito é expresso<sup>105</sup>. Esta discussão é amplamente conhecida no meio jurídico e mostra como a postura dos autores difere quanto ao caráter do direito.

Tendo isto em vista, reconstruiremos a discussão entre Hart e Dworkin a fim de apresentar o problema da discricionariiedade e sua relação com a textura aberta da linguagem. Para tanto, apresentaremos a compreensão que Dworkin possui do direito Hartiano para, em seguida, reconstruir suas críticas a Hart. Por fim, mostraremos como Hart rebate as afirmações de Dworkin contra sua tese do direito como união de regras.

---

<sup>104</sup> Regras estas que, inclusive, permitem a alteração das regras jurídicas de modo a acomodar as teorias e práticas em um modelo de direito que seja atual.

<sup>105</sup> Trata-se aqui das possíveis interpretações que podem ser feitas acerca dos termos da linguagem natural e do caráter indeterminado atribuído a ela.

## CAPÍTULO 4 - O DEBATE HART- DWORKIN

O debate entre Hart e Dworkin será apresentado a partir de alguns conceitos específicos e questões como: (i) qual direito?; (ii) a tese da separabilidade; (iii) o conceito de regras; (iv) discricionariedade jurídica.

Com a discussão sobre “qual direito?” pretendemos esclarecer as divergências teóricas que ambos os autores assumem ao estabelecer direito ou descrever ele. Compreender a impossibilidade de oferecer uma resposta única sobre o que é direito é crucial para entender objetivamente o que Hart e Dworkin pretendiam ao assumir suas respectivas posturas teóricas frente ao fenômeno jurídico. Por isso tem-se frisado recorrentemente que não é possível ler um autor a partir do outro, haja vista que enquanto a preocupação de Hart era oferecer uma descrição neutra e geral do direito, a de Dworkin era apresentar a melhor justificação moral para o direito, o que o faz ter que assumir uma concepção particular.

Separar o aspecto justificativo e o descritivo do direito para, num segundo momento, analisar de que modo os autores desenvolvem seus projetos e aí, então, analisar se eles o fizeram de uma forma coerente, apresentando uma argumentação plausível constitui uma leitura mais real e fidedigna ao importante trabalho realizado por estes grandes expoentes da filosofia jurídica. Desconsiderar suas pretensões teóricas forçando um encaixe desmedido entre as leituras é assumir não só o risco de apresentar uma leitura caricaturada e distorcida sobre o direito como também uma leitura errônea sobre estas teorias. Neste sentido, esta tese será desenvolvida no sentido de apresentar a teoria de Hart e Dworkin da forma mais fidedigna possível, para somente então, oferecer críticas às ideias centrais dos autores caso julgue cabível fazê-lo.

Feito isto, num segundo momento, trataremos da *tese da separabilidade* mostrando como o direito pode ser compreendido, tanto como uma tese das fontes e isento de ideais morais (de forma definitiva ou parcial), como fundamentado e justificado moralmente. Esta diferença vai ao encontro do que será apresentado no primeiro tópico do debate e seguirá a mesma metodologia para sua apresentação a partir da qual pretendemos esclarecer que Hart possui um positivismo moderado, ao defender a tese da separabilidade sem negar que o direito possa

ser constituído por aspectos morais. Ao contrário do que Dworkin afirmou Hart não nega que elementos morais possam ser incorporados ao direito. Apenas rejeita a tese de que a moral é o fundamento do direito.

Estes esclarecimentos serão feitos através da distinção e da caracterização das regras e dos princípios, por meio da qual será mostrado como o direito pautado no conceito de regras opera de forma diferente do direito pautado em princípios. A correta distinção entre regras e princípios é fundamental para que equívocos interpretativos não ocorram ao ler Hart e Dworkin. Para tanto é necessário apresentar de forma clara qual é a concepção de regras, o modo como operam no sistema jurídico e o papel que assumem no projeto Hartiano. Compreensão esta que será igualmente estendida ao esclarecimento da teoria dworkiniana dos *princípios*. Esta discussão é fundamental na medida em que se constitui como a base da discussão sobre a textura aberta da linguagem e a discricionariedade jurídica.

Como será visto, a própria noção de discricionariedade é interpretada de forma divergente, bem como originada por questões diferentes dado a postura teórica assumida pelos autores. Se para Hart a discricionariedade jurídica é consequência natural das lacunas do direito, para Dworkin a discricionariedade é resultado da tese da separabilidade, isto é, da não adoção e incorporação dos princípios morais ao direito. Igualmente, se Hart aceita a textura aberta da linguagem e a discricionariedade jurídica como questões com as quais os tribunais têm de lidar, Dworkin empreende todos os seus esforços na eliminação da discricionariedade dos sistemas jurídicos.

Todas estas questões justificam a necessidade de apresentar um capítulo destinado a elucidar as diferenças entre Hart e Dworkin e críticas que um autor tece ao outro.

#### 4.1 QUAL DIREITO DWORKIN ATRIBUI A HART?

Dworkin inicia sua crítica ao positivismo de Hart atribuindo a ele um positivismo semântico, ou seja, uma teoria que condiciona a definição do que direito aos acordos linguísticos firmados pelos juízes e juristas acerca do que é direito, isenta de toda e qualquer referência à moral e a política (DWORKIN, 2010,

p. VIII)<sup>106</sup>. O direito, nestes termos, é meramente factual, “incluindo factos relativos a crenças individuais e atitudes sociais”, dos quais dependeria a verdade das proposições do direito (HART, 2011, p. 306).

Para Dworkin, Hart estaria preso ao *agulhão semântico* por acreditar que a concordância acerca do direito estaria condicionada a acordos quanto ao sentido da palavra direito<sup>107</sup>. Resulta desta visão errônea por parte de Hart limites que impedem a compreensão do direito em seu melhor funcionamento. Entre eles, o de que os interlocutores do direito teriam que concordar com o sentido expresso por suas proposições, caso contrário não se poderia falar sobre o direito. Duas pessoas que possuem concepções diferentes sobre o direito não podem estar falando sobre a mesma coisa, segundo a concepção semântica que Dworkin atribuiu aos escritos Hartianos (HART, 2011, p. 307).

Dado este fato, Dworkin chega à conclusão de que o direito não pode ser caracterizado a partir de critérios linguisticamente compartilhados, ou seja, o direito não pode ser explicado a partir de acordos compartilhados como o positivismo

---

<sup>106</sup> A mesma referência pode ser encontrada em *O Império do Direito* (DWORKIN, 2014, p. 8; 41 ss).

<sup>107</sup> “Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não se possa afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. [...]. Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que *devem* estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito” (DWORKIN, 2010a, p. 55-56).

acredita ser o caso. Isso porque, até mesmo casos centrais da prática do direito, regidos por regras positivadas, podem gerar desacordos<sup>108</sup>. As teorias semânticas são incapazes de dar conta de todas as possibilidades da sua aplicação. Hart teria fundamentado sua teoria de forma equivocada, uma vez que entende que as divergências quanto ao direito são fruto apenas da divergência sobre os fatos relativos ao direito. O que faz Dworkin concluir, então, que o direito assim entendido é falso e que a teoria positivista do direito é uma má teoria, pois ela tenta responder o que é direito a partir de um critério semântico malsucedido.

Contra estes equívocos que a teoria de Hart gerou, Dworkin fundamenta as divergências sobre o direito como relativas aos princípios morais que compõem o sistema jurídico e integram o sentido de norma jurídica (DWORKIN, 2010, p. 12). A concepção de direito dworkiniana ficou conhecida por defender o direito como integridade, fruto de uma interpretação construtiva cujo objetivo é apresentar a melhor justificativa moral sobre o direito. Assim, “um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica” (DWORKIN, 2014, p. 64). Portanto, Dworkin não acredita que seja possível descrever o direito sem valorá-lo.

O que está implicado por trás do modelo jurídico semântico como o defendido por Hart é a tentativa de manter o ideal das expectativas sociais protegidas, ou seja, a tentativa de manter uma ordem estável na sociedade através da coerção. A teoria semântica é a forma que o positivismo encontrou para manter as relações sociais estáveis, o que é feito através da previsão dos fatos sociais que são passíveis de coerção. Para Dworkin, ao propor um sistema jurídico composto por regras secundárias como garantia de possibilidade de sanar problemas referentes a sociedades mais primitivas, Hart teria como objetivo central justificar a coerção do direito mediante as regras que o compõem. Estas acusações constituem a segunda crítica que o

---

<sup>108</sup> Considere, por exemplo, casos reais como *Elmer* que padecem de um clássico desacordo teórico central, mostrando-se incompatível com as teorias semânticas que pretendem balizar o direito a partir de acordos compartilhados sobre o direito (DWORKIN, 2010, p. 64).

jurista americano apresenta contra o positivismo e serão rebatidas por Hart como será visto a seguir.

#### 4.1.1A resposta de Hart sobre o que é direito

Hart abre seu *Pós-Escrito* lembrando que seu objetivo é fornecer uma teoria que seja geral e descritiva sobre o que é o direito, diferentemente de Dworkin que apresenta uma Teoria Geral do Direito, concebida como uma teoria de avaliação e de justificação dirigida a uma cultura concreta, a saber, a que o próprio Dworkin participa (HART, 2011, p. 311). Em seguida, nega as acusações do jurista americano afirmando que em momento algum defendeu um teoria positivista semântica tal qual Dworkin a ele atribuiu e argumenta no sentido de mostrar que sua teoria não corresponde ao positivismo semântico, mas sim, ao positivismo moderado<sup>109</sup>.

Em sua resposta, Hart concede que a tese oferecida a partir da regra de reconhecimento pode ser considerada errônea<sup>110</sup>, porém, segue afirmando que em nenhum momento ou lugar tomou como base para o seu estabelecimento a

ideia errada de que faz parte do significado da palavra <<direito>>, que tenha de haver

---

<sup>109</sup> Não só em Hart é possível encontrar referências teóricas no sentido de negar a tese semântica dworkiniana a ele atribuídas. Uma abordagem exaustiva sobre o “agulhão semântico” (*semantic sting*) está além dos limites objetivados por esta tese. Para uma discussão pormenorizada sobre as refutações ao modo como Dworkin construiu seu argumento e o modo como ele poderia ter atingido, de fato, o positivismo ver: (RAZ, 1998, p. 249-282).

<sup>110</sup> Segue-se desta compreensão de direito outra crítica não menos polêmica e que diz respeito ao modo como Hart estabeleceu os parâmetros de validade do positivismo moderado. A validade do direito é determinada através da regra de reconhecimento e, portanto, entender o direito é entender as fontes que produziram. Somente as regras que tiverem passado por tal crivo serão ratificadas como regras jurídicas, o que exclui a necessidade de que o sistema jurídico esteja condicionado à moral. O sistema jurídico de Hart não encontra fundamentação em sistemas morais, mas no conceito de regra reconhecimento que compõe as regras secundárias que qualquer sistema jurídico que se pretenda eficaz precisa ter.

uma tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou ainda, na ideia mais errada 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 (HART, 2011, p. 307-308).

Hart atribui esta confusão criada por Dworkin à falta de clareza por parte deste em perceber que existe uma distinção entre o *significado* de um conceito e sua *aplicação*, mesmo a despeito de Hart ter se preocupado em esclarecer a natureza desta diferenciação, tendo seu trabalho reconhecido por filósofos proeminentes como Raz<sup>111</sup>. Portanto, a resposta de Hart a seu oponente é a de que o argumento derivado da tese semântica “confunde o significado de <<direito>> com o significado de proposições de direito” (HART, 2011, p. 208). E mais, só seria plausível atribuir a Hart esta compreensão do direito se a regra de reconhecimento, em sua concepção, exigisse tal feito. Em outras palavras, se “os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento de um sistema e a necessidade de uma tal regra fossem derivados do significado da palavra <<direito>>” (HART, 2011, p. 308-309).

Como tudo que é direito é determinado pela regra de reconhecimento e esta não é determinada por mais nada, não é possível inferir o positivismo semântico dos escritos de Hart sobre o direito. O que faz o jurista concluir que “a versão <<semântica>> do positivismo meramente factual que me atribui não é pura e simplesmente minha, nem é minha qualquer forma de positivismo meramente factual” (HART, 2011, p. 309).

Quanto à objeção de que o modelo jurídico convencionalista teria como objetivo central a justificação da coerção, Hart rebate dizendo que esta acusação é ainda menos plausível, considerada a preocupação que Hart tem de se distanciar de teorias positivistas como a de Austin, que se baseia na concepção de soberania e de coerção por meio do direito. No que diz respeito à coerção e o modo como Hart a acomoda

---

<sup>111</sup> A referência a Raz encontra-se em uma nota de rodapé na mesma obra (HART, 2011, p. 308).

dentro da sua teoria jurídica, vale lembrar a discussão apresentada no capítulo primeiro desta tese sobre a distinção entre *ter uma obrigação de* e *ser obrigado a*. Foi dito que o sentido de obrigação que as regras do direito possuem difere dos demais tipos de comandos emitidos, seja pelo soberano, seja pelo assaltante. Isso porque, a *obrigação* é entendida como resultado da regra mais a pressão social que a acompanha.

Há, portanto, uma clara distinção entre a prática geral, isto é, o comportamento de acordo com a regra enquanto um padrão que se caracteriza apenas por seu sentido externo e a atitude normativa que se tem perante a regra, ou seja, considerá-la como o padrão obrigatório para ação. A atitude normativa evidencia o sentido interno da regra, do indivíduo que a aceita como critério normativo de orientação não só para a sua conduta, mas como padrão de julgamento dos desvios cometidos por terceiros. A partir destas afirmações Hart reforça sua tese de que a finalidade do direito consiste em “fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta” (HART, 2011, p. 310).

Ao longo do primeiro capítulo desta tese, empreendemos todos os esforços no sentido de mostrar como um direito baseado em ordens e ameaças é insuficiente para que se possa pensar sociedades modernas. E que atento a este fato, Hart propôs um sistema de direito formado pela união de regras primárias e secundárias, destacando o papel que estas últimas possuem. Entretanto, ao introduzir as regras secundárias como forma de corrigir os erros das regras primárias o autor não tinha a intenção de prescrever um sistema normativo, tanto menos justificar a coerção.

Hart reconhece que a coerção quando exercida pelo direito pode ser mais eficaz, pois não há a dispersão que ocorre na pressão social difusa e que as regras secundárias teriam certa medida de êxito em identificar antecipadamente ocasiões que demandam uso da coerção, porém, rebate ao afirmar que apontar “simplesmente, um remédio para a ineficiência não é uma justificação” (HART, 2011, p.311). E mais, que

a certeza e o conhecimento antecipado das exigências do direito que a regra de reconhecimento trará não se revestem apenas de importância ali onde a coerção

está em causa: é igualmente crucial para o exercício inteligente de poderes jurídicos [...] (HART, 1994, p. 311).

O papel primordial da regra de reconhecimento e do direito é o de se constituir como diretriz para o exercício dos tribunais e não o de exercer coerção. Apesar disso, Hart não nega que caso haja a necessidade de exercer qualquer tipo de coerção o direito, através das suas regras secundárias, estaria mais apto a fazê-lo do que a moral difusa da sociedade. O autor ainda chama a atenção para o fato de que a pressão social exercida a partir do aspecto interno do direito não está desconectada dos valores morais assumidos pela comunidade de regras e que este entendimento

apenas mostraria que eu [Hart] encaro isso como um mérito moral especial que o direito tem, não que toda a finalidade do direito, enquanto tal, seja a de disponibilizá-las. 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, 2011, p. 310- 311).

Pode-se concluir, frente ao exposto, que Dworkin não atribui a Hart uma leitura fidedigna sobre o *Conceito de Direito* no que diz respeito à tese semântica, posteriormente nomeada de convencionalismo e a compreensão de coerção ao atribuí-la a Hart como o cerne de todo o seu projeto jurídico. A coerção é, sem sombra de dúvidas, um dos temas recorrentes com os quais o direito tem de lidar. Mas esta não pode e não é a característica definitiva de modelos jurídicos modernos, como o apresentado por Hart. Vejamos a seguir outros aspectos do debate que instam ser analisados.

### **4.1.2 A tese da separabilidade**

Outro aspecto do debate Hart- Dworkin que merece atenção é a tese da separabilidade, ligada diretamente ao problema da discricionariedade. Nos capítulos anteriores foi abordada a questão da relação entre moral e direito, tanto do ponto de vista do modo como Hart compreende a tese da separabilidade, a partir da qual foi mostrada a diferença entre regras do tipo moral e as regras do direito, como também, a forma como Dworkin atribui um papel primordial a moralidade, fundamento da sua teoria jurídica que define o direito como integridade. Nesta seção, algumas noções acerca da moralidade e do direito serão retomadas no intuito de apresentar as maiores críticas que ambos os autores fazem um ao outro e não somente suas concepções, como feito outrora. A importância da comparação e reconstrução das críticas se mostra na clareza argumentativa que se pretende realizar neste trabalho.

### **4.1.3 A moralidade do sistema jurídico de Dworkin e suas críticas a Hart**

Diferentemente da postura assumida pelo positivismo de tipo inclusivo Hartiano, Dworkin defende a tese de que a moral é condição fundamental para a compreensão e a conceituação do direito. Assim, direito válido é o direito que atenda a preceitos morais, sem os quais não seria possível nem definir, nem aplicar o direito. A questão para o autor não é o que é direito, mas sim, qual o melhor direito, o que implica, necessariamente, uma apreciação moral sobre o mesmo<sup>112</sup>.

Como dito anteriormente, para Dworkin o conceito de norma se subdivide entre regras e princípios. Estes englobam os ideais de moralidade e política imprescindíveis para que se possa pensar o direito e sua prática. A concepção de “norma” no sentido dworkiniano é compreendida como o resultado das instituições políticas da comunidade no sentido de apresentar o direito em sua melhor leitura, o que só pode ser realizado mediante o modelo de interpretação construtiva do direito. Falar em normatividade para Dworkin é falar, necessariamente, sobre

---

<sup>112</sup> Conforme apresentado no capítulo dedicado a elucidar a teoria jurídica de Dworkin.

um sistema moral articulado ao direito que não só o complementa, como o fundamenta.

Por isso, a principal crítica que Dworkin dirige a Hart no que diz respeito à tese da separabilidade entre moral e direito é a de que ele teria uma concepção de direito insuficiente, resultante da exclusão da moralidade no sistema jurídico. Entre as consequências da exclusão da moral estariam, entre outros, a compreensão do que é direito, o papel que cumpre ao direito, a tese da discricionariedade jurídica etc.

#### 4.1.4 A resposta de Hart a Dworkin

O primeiro ponto a destacar na defesa da argumentação de Hart é que ele e seu maior oponente possuem metodologias diferentes de abordagem da teoria jurídica. Tem-se frisado repetidamente este ponto, pois ele constitui um dos mais importantes desacordos quanto às concepções de direito defendidas pelos autores. No *Pós-Escrito* esta questão volta a aparecer, momento no qual Hart apresenta como é possível fornecer uma teoria geral descritiva, mesmo que o objeto descrito seja de caráter valorativo. A descrição de uma matéria valorativa pode ser avaliativa. Portanto, é possível descrever o direito sem valorá-lo<sup>113</sup>. Do mesmo modo como é possível fazer uma descrição valorativa de um objeto valorativo, que é o que Dworkin faz ao apresentar sua concepção de direito como integridade.

Dissemos que para Hart a moral não é determinante quando da definição do que é o Direito, muito embora ela possa vir a compor as decisões e a aplicação do direito. A posição de Hart é a de que direito e moral são separados quanto ao critério de validade do direito, embora não o sejam quanto às decisões. “Um aspecto desta forma de separação do direito e da moral é o de que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácias morais” (HART, 2011, p. 331). Depreende-se destas afirmações que embora haja uma relação

---

<sup>113</sup> “Uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação” (HART, 2011, p. 306).

entre moral e direito, esta não se caracteriza como fundamental para a fundamentação do direito<sup>114</sup>.

Por isso, conceituamos sua posição como a de um positivista inclusivo. Esta questão está estritamente relacionada com a validade do direito, haja vista que para um direito ser válido ele não precisa ser moral, apenas válido do ponto de vista das fontes que o produziram<sup>115</sup>. O que determina a validade do direito é a regra de reconhecimento.

Uma consideração adicional sobre a moralidade e a normatividade do direito é necessária a esta altura. Desde o início da tese tem-se argumentado que o objetivo de Hart com seu *Conceito de Direito* é o de fornecer uma teoria geral descritiva. Entretanto, não há como negar que ao escrever o *Pós-Escrito* o autor concedeu que padrões morais, em alguns casos, estão acomodados no direito. Todavia, assumir o positivismo inclusivo não significa abandonar a tese da separabilidade.

Autores como Jeremy Waldron e Tom Campbell inseriram Hart na tradição do positivismo normativo, que considera o direito não mais como meramente descritivo, pois há elementos normativos que o compõem, mas que apesar disso, mantém a tese da separabilidade. Fazendo uma transição para a filosofia Hartiana, o positivismo normativo implica em avaliar o direito a partir do ponto de vista interno do mesmo, ou seja, do agente engajado. Segundo Waldron

Hart acreditava (com razão) que uma compreensão acerca do ponto de vista interno é indispensável para uma adequada compreensão teórica de regras: uma vez que as regras são normativas, aquele que busca compreendê-las deve saber o que é se orientar para uma norma. Mas neste trabalho, estamos preocupados com a importação para a filosofia jurídica de uma proposição mais geral - a saber: que uma vez

---

<sup>114</sup> Ver a discussão do primeiro capítulo que trata sobre as distinções entre os diferentes tipos de regra, entre elas, as regras do direito e da moralidade.

<sup>115</sup> Por “fontes” pode-se entender a legislação, decisões judiciais, costumes sociais (HART, 2011, p. 332).

que o direito e o sistema jurídico são conceitos normativos, aquele que procurar um entendimento da teoria do direito também deve ter alguma ideia do que está em jogo quando uma distinção se desenhar entre (digamos) as regras jurídicas e outros tipos de regras, ou entre o direito e algum outro tipo de atividade “normativa” (como o críquete ou a administração de empresas) (WALDRON, 2002, p. 424-425)<sup>116</sup>.

Ao assumir uma postura inclusiva com relação ao direito, Hart não abandona o positivismo e a tese das fontes. Apenas reorganiza sua teoria, após considerar as críticas propostas por Dworkin, no sentido de passar a analisá-la não mais como totalmente neutra. Embora esta mudança de paradigma quanto à compreensão do direito possa parecer uma transição do positivismo até então defendido pelo autor, ela visa exatamente o contrário: reforçar a tese da separabilidade. O que pode ser percebido na medida em que anuncia a missão do direito e após isso, “passa-se a arguir’ que essa missão não pode ser realizada a não ser que regras, comandos, atos normativos ou planos sejam reconhecidos como jurídicos por meio de critérios não morais” (WALDRON, 2012, p. 894).

A ideia é que o direito possa ser reconhecido através das suas próprias regras e não através de parâmetros morais de apreciação do mesmo ou qualquer outro parâmetro normativo que possa vir a compor o sistema jurídico. Deste modo, não é preciso abandonar a tese positivista das fontes, muito menos tornar a moralidade o critério de fundamentação do direito.

Não obstante, sob esta perspectiva é possível fornecer um argumento adicional contra a acusação que Dworkin faz à Hart ao dizer que este teria um positivismo meramente factual, muito embora este argumento já tenha sido refutado anteriormente por Hart. Uma vez que se assume, como pretendem Waldron e Campbell, que Hart partilha de uma concepção hermenêutica do direito que toma o direito em sua totalidade (fatos, legislação, cultura etc.) fica excluído o argumento de que o jurista tem em conta apenas as discordâncias meramente factuais que compõem o direito quando da sua determinação.

---

<sup>116</sup> Tradução nossa.

Pode-se dizer, portanto, que embora Hart tenha como objetivo apenas descrever o direito e que, caso seu objetivo não se restringisse a isto, mas fosse o de prescrever o direito, ainda assim, ele poderia fazê-lo a partir do ponto de vista do positivismo. Ou seja, sem abandonar a tese das fontes que criam o direito, mantendo, assim, da tese da separabilidade sem qualquer prejuízo à sua tese e a normatividade própria ao direito. Ao adotar o conteúdo normativo expresso por uma regra, isto é, ao internalizar o conteúdo da regra como o padrão que deve ser seguido para conduta da ação, o agente não está adotando um padrão moral. A menos que ele esteja incorporado ao direito. Hart desvincula moral e direito como condição necessária para a interiorização das regras e seu conteúdo e, portanto, para a normatividade do direito.

A respeito da aceitação das regras por parte dos membros da comunidade, sem a necessidade de que estas possuam estatuto moral, Hart esclarece que

À razão por que aqueles que aceitaram as regras convencionais como guias para os seus comportamentos ou como padrões de crítica o fizeram, não vejo razão para seleccionar, entre as muitas respostas que podem ser dadas, uma crença na justificação moral das regras como a única resposta possível ou adequada (HART, 2011, p.319).

Tendo isto em vista, é possível afirmar que “é falso que as afirmações do direito e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação se sua existência” (HART, 2011, p. 332). Apresentadas as posições quanto a tese da separabilidade, é imprescindível analisar a possibilidade de funcionamento do direito, conectado ou não à moral. O que será feito por meio dos conceitos de “regras” e “princípios”.

#### **4.1.5 As regras: a regra de reconhecimento na visão de Dworkin**

Dworkin acusa Hart de estabelecer um sistema jurídico onde só há direitos quando há regras positivadas que os

garantam, desconsiderando o direito anterior às normas positivadas como direito. Este sistema de verificação de validade das normas jurídicas funcionaria como um teste de *pedigree*, de modo que todas as pretensas regras do direito devem passar pelo crivo da regra de reconhecimento como condição de serem aceitas no direito. O direito assim entendido seria o resultado das regras positivas, tese das fontes<sup>117</sup>. Neste sentido, as regras jurídicas são obrigatórias ou porque são aceitas ou porque são válidas, nos termos acima expostos (DWORKIN, 2010, p. 33).

A partir da leitura feita da teoria Hartiana sobre o direito, Dworkin apresenta alguns defeitos de alcance da mesma o que é feito através da crítica às regras secundárias, sobretudo, a regra de reconhecimento. Dentre estes defeitos estão: (i) a regra de reconhecimento não inclui elementos normativos implícitos, por isso operam segundo o padrão de *tudo-ou-nada*; (ii) a validade do direito dada pela regra de reconhecimento não dá conta dos casos práticos que envolvem desacordos.

O primeiro problema com relação à tese das fontes é que a regra de reconhecimento deixa de fora da teoria jurídica os princípios que integram o direito e o considera apenas a partir de regras, que operam segundo o modelo de *tudo-ou-nada*, isto é, ou uma regra se aplica ao caso em questão a partir do procedimento da subsunção ou não se aplica (DWORKIN, 2010, p. 39).

Diferentemente das regras, os princípios operam segundo a dimensão de peso podendo se adequar a uma decisão ou não, sem que isso implique em sua exclusão. Quando um princípio é preterido com relação a outro que se caracteriza como uma alternativa melhor para a avaliação do caso, ele não precisa ser excluído do sistema jurídico, apenas deixado de lado podendo

---

<sup>117</sup> Segundo Dworkin, “essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas 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” (DWORKIN, 2010, p. 28).

ser usado em outra situação, isso graças a sua dimensão de peso (DWORKIN, 2010, p. 42). As regras, por sua vez, são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. Assim,

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 (DWORKIN, 2010, p. 43).

Os princípios não são passíveis de verificação nos mesmos moldes que as regras são. Não podem ser submetidos ao crivo da regra de reconhecimento como possibilidade de pertencimento ao direito, pois a validade dos princípios não é determinada por um processo formal, mas pelo conteúdo que expressam. Além disso, os princípios não podem ser catalogados do mesmo modo como as regras criadas através do *pedigree*. Como são padrões inerentes ao direito os princípios apenas podem ser descobertos em cada caso de sua aplicação diante de situações controversas ou encoberta pela regra positivada.

Deste modo,

não seríamos capazes de conhecer 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. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse. Mesmo que

podéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart (DWORKIN, 2010, p. 65).

Para Dworkin, o critério de Hart é malsucedido porque não consegue identificar os elementos implícitos ao direito e suas decisões como, por exemplo, padrões de moralidade e política que permeiam o direito, muito embora não estejam legislados e expressos de forma positiva através da lei.

A segunda objeção à regra de reconhecimento decorre exatamente desta limitação em reconhecer os padrões morais como integrantes das práticas dos tribunais como pertencentes ao direito e que tem como resultado final a incompatibilidade entre a regra de reconhecimento e as normas jurídicas originadas do melhor ajuste institucional à prática do direito. Ou seja, sua melhor compreensão.

A adoção desta concepção gera consequências importantes e que devem ser observadas, como o fato de que o direito muitas vezes é decidido a partir de padrões que, embora não tenham as características de regras, são invocados pelos tribunais quando do momento da aplicação das normas<sup>118</sup>. Considere por exemplo o caso *Elmer*, cuja sentença proferida foi baseada no princípio de que ninguém pode se beneficiar de seus atos ilícitos e não nas regras positivadas do Estado de Nova Iorque que tratam sobre testamentos.

As limitações de um modelo jurídico baseado no teste de *pedigree* reforçam o argumento de que o direito proposto por Hart é um projeto insuficiente, pois não consegue dar conta da complexidade das relações jurídicas e dos casos difíceis, motivo pelo qual a concepção Hartiana de direito aumentou a discricionariedade ao invés de diminuí-la. Se, ao contrário, tivesse considerado outros padrões abrangentes de moralidade na composição das normas jurídicas, Hart não teria incorrido em

---

<sup>118</sup> Ainda segundo Dworkin, “a origem destes princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade do seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado” (DWORKIN, 2010, p. 64).

discricionariedade forte. Tamanha seria a confusão criada pela teoria de Hart que, segundo Dworkin, a única solução para tal contenda implicaria em ter de abandonar o projeto positivista e passar a subscrever a tese dos princípios. Somente assim seria possível sanar os defeitos de uma teoria que adota como critério o *pedigree* (HART, 2011, p. 321).

#### 4.1.6 As respostas de Hart acerca dos mal-entendidos

No *Pós-Escrito* Hart reconheceu ter falado pouco sobre os princípios e o modo como eles operam juntamente com o direito e que se talvez o tivesse feito, muitas das leituras errôneas a ele atribuídas sequer teriam sido apresentadas (HART, 2011, p. 321-322)<sup>119</sup>. Nega, entretanto, a compreensão que Dworkin tem acerca da sua teoria positivista e as teses a ele atribuídas, sob a alegação de estas são fruto de uma leitura errônea sobre *O Conceito de Direito*.

Hart vai além ao dizer que ainda que a ideia que fundamenta sua concepção de direito baseado em regras esteja errada, em momento algum, postulou que seu positivismo e a regra de reconhecimento são meramente factuais e excluem valores moralmente substantivos (HART, 2011, p. 309). Dois esclarecimentos se seguem perante esta acusação. O primeiro é que Hart teria defendido um modelo de regras totalmente incompatível com princípios, por isso teria proposto um teste de *pedigree*, incapaz de acomodar as regras em seu teste. O segundo, que as regras possuem a característica de *tudo-ou-nada*.

Ao tratar sobre o conteúdo mínimo do direito, Hart concede que há outros parâmetros de correção da conduta em sociedade que se assemelham ao direito e que podem vir a compor ele, uma vez atendida a demanda de serem incorporados pela regra de reconhecimento<sup>120</sup>. Assim, se para Dworkin a regra de reconhecimento é o teste que permite reconhecer o que é direito,

---

<sup>119</sup> A concepção de “regra” foi apresentada de forma detalhada no primeiro capítulo desta tese. Por isso, passaremos às respostas que Hart oferece contra Dworkin, tendo em vista os pressupostos por ele assumidos constantes no capítulo segundo.

<sup>120</sup> Sobre o conteúdo mínimo do direito ver: Hart, 2011, p. 209; 312.

para Hart, a regra de reconhecimento diz o que torna o direito o que é.

Igualmente, para Dworkin é impensável a ideia de um direito que não contenha em si critérios morais que incorporem a legalidade, ao passo que Hart afirma que os critérios morais podem, em alguns casos, ser incorporados a legalidade de sistemas jurídicos, mas esta não é condição suficiente para a existência deste sistema. Com estes esclarecimentos Hart pretende desfazer a ideia de que seu modelo de direito exclui todo e qualquer elemento moral e político pertencente ao âmbito jurídico e às práticas realizadas pelos tribunais, tanto quanto a ideia de que possui uma teoria de direito factual, cujas regras operam segundo o padrão de *tudo-ou-nada*<sup>121</sup>. Para Hart,

Isto está duplamente errado. Em primeiro lugar, ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com os 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*" (HART, 2011, p. 312).

---

<sup>121</sup> "O argumento para chamar à regra de reconhecimento <<direito>> é o de que a regra que faculta critérios para a identificação das outras regras o sistema pode bem ser concebida como um elemento definidor de um sistema jurídico e, portanto, digna ela mesma de se chamar <<direito>>; o argumento em favor de a considerar <<facto>> é o de que afirmar que tal regra existe é, na verdade, produzir uma afirmação externa de um facto real dizendo respeito à maneira por que as regras de um sistema <<eficaz>> são identificadas [...] devemos recordar que a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efectiva; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que as usam para identificar o direito (HART, 2011, p. 123).

Quanto ao caráter de *tudo-ou-nada*, Hart relembra sua argumentação sobre as regras serem formadas por um núcleo de certeza e uma zona de penumbra, expressa através do exemplo sobre a proibição de veículos no parque (HART, 2011, p. 139). Nos casos simples e claros a aplicação das regras não gera controvérsias quanto a sua aplicação, porém, os casos difíceis operam em sentido inverso. Para estes casos as regras não se apresentam claras e inequívocas, pois não atuam segundo operação binária (a exemplo de se uma bicicleta deve ser considerada um veículo ou não), muito embora este seja o sonho dos formalistas.

Afirmar que as regras possuem uma textura aberta e, ao mesmo tempo, atribuir a elas o caráter de *tudo-ou-nada* é claramente um contrassenso cometido por Dworkin. Do que se segue a impossibilidade de que as mesmas sejam consideradas padrões que operam sob a ótica do *tudo-ou-nada*. No *Pós-Escrito* esta crítica é desfeita de forma clara através da seguinte passagem:

Mas a exclusão de toda a incerteza, seja a que preço for, sobre outros valores não é um objectivo que eu tenha alguma vez encarado para a regra de reconhecimento. Isso torna-se simples, ou pelo menos assim eu o esperava, através da minha afirmação explícita neste livro não só de que a regra de reconhecimento, em si, mas também as regras concretas de direito identificadas por referência a ela, podem ter uma discutível <<penumbra>> de incerteza (HART, 2011, p. 313).

Casos para os quais a aplicação da regra gera incertezas, dado que as regras não são etiquetas prontas para aplicação, exigem certa ponderação por parte dos aplicadores do direito. O que demanda que a regra de reconhecimento (*fontes*) dos sistemas de direito moderno seja mais abrangente do que as que compõem comunidades mais simples, de sorte que “os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembléia legislativa e precedentes judiciais” (HART, 2011, p. 112).

Há, portanto, claramente uma preocupação por parte de Hart em apresentar um sistema jurídico complexo e articulado, que corresponda às demandas das sociedades modernas. E aqui se encaixa o conceito de conteúdo mínimo do direito (ou se preferir, princípios) às regras jurídicas, não no sentido que Dworkin atribui a Hart, mas no sentido expresso pela teoria do último.

Portanto, a regra de reconhecimento na forma como foi proposta por Hart não só pode como inclui outros padrões normativos além das regras positivadas<sup>122</sup>. Ela só não incluiria padrões morais se tivesse sido descrita por Hart, tal como Dworkin a descreve. Hart tece duras críticas à compreensão que Dworkin tem da incorporação dos princípios pela regra de reconhecimento, rebatendo que, diferentemente das regras que tem força e alcance imediatos à sua criação, os princípios apresentam estas características de forma paulatina, na medida em que são usados e mostram-se eficazes para a complementação do direito (HART, 1993, p. 135). Este argumento reforça a tese de que a regra reconhecimento não é meramente factual como Dworkin afirmou, muito menos que opera no sistema de *tudo-ou-nada*.

Quanto à insuficiência da regra de reconhecimento para a resolução de casos que envolvem desacordos Hart apresenta dois argumentos. O primeiro é que estipular que somente um direito que contivesse aspectos morais seria capaz de dar conta dos desacordos é enganador por um simples fato: juízos morais também são controvertidos. O raciocínio de Hart é o seguinte:

Para Dworkin, que a verdade de qualquer proposição de direito depende, em última instância, da verdade de um juízo moral relativo ao que melhor a justifica, e uma vez que, para ele, os juízos morais são essencialmente controvertidos, assim o são

---

<sup>122</sup> É possível encontrar referências a este argumento em outras obras do autor como HART, Herbert L. A.. *El Nuevo Desafío del Positivismo Jurídico*. In: *Sistema*, nº 36. Madri: Original inédito, 1980. p.6; HART, Herbert L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993. p.135.

todas as proposições de direito (HART, 2011, p. 315).

É impossível eleger a moral como critério fiador de certezas quando a mesma suscita controvérsias. Um “teste moral só pode ser um teste para o direito preexistente, se houver factos morais objetivos, em virtude dos quais os juízos morais são verdadeiros” (HART, 2011, p. 315). O problema é que o próprio estabelecimento de factos morais objetivos é controverso. E mais, diante da ausência de factos morais objetivos, caberia ao juiz poder discricionário para decidir qual teste moral eleger de acordo com suas preferências. Assim, nem a moralidade poderia dar conta dos desacordos que surgem, haja vista seu conteúdo aberto. De sorte que é preferível manter a questão aberta do que ter de se comprometer com teorias controversas que em nada solucionam o problema de desacordos no direito (HART, 2011, p. 316).

O segundo equívoco é postular que a regra de reconhecimento tem como função determinar por completo o resultado objetivo de casos concretos de forma que, “qualquer questão jurídica suscitada em qualquer caso pudesse, simplesmente, ser resolvida através do mero apelo aos critérios ou testes fornecidos pela regra”. Diferentemente, Hart afirmou que “a função da regra é determinar apenas as condições gerais que as decisões jurídicas correctas devem satisfazer nos modernos sistemas de direito” e, portanto, sua real função é fornecer critérios de validade ao direito. Não como um teste de pedigree (testes factuais das leis), mas em conformidade “com valores ou com princípios morais essenciais” (HART, 2011, p. 320).

Estas incompreensões por parte de Dworkin tiveram origem no modo como o autor estabeleceu a inter-relação entre as regras e os princípios, do ponto de vista da sua natureza e funcionamento. Para o jurista americano, é possível elencar três situações decorrentes do conflito entre regras e princípios. A primeira trata sobre a concorrência normativa entre regras. Dado que as regras são mandamentos que operam segundo a ótica do *tudo-ou-nada*, quando ocorre um choque entre duas regras, é necessário que uma delas seja abandonada, excluída, em prol da outra. Pois somente uma regra pode ser considerada válida (DWORKIN, 2010, p. 43). A solução apontada por Dworkin neste

caso, segundo Hart, seria reformular a regra que perdeu sua validade em concorrência de outra, “de forma a torná-la coerente com a sua concorrente e, conseqüentemente, inaplicável ao caso dado” (HART, 2011, p. 323).

Este não é o entendimento fornecido por Hart, para quem mesmo quando uma regra é superada por outra, devido a seu grau de importância, ela pode, “tal como um princípio, sobreviver, para determina o resultado em outros casos, em que seja julgada como mais importante do que outra regra concorrente” (HART, 2011, p. 324). Não é necessário nem excluí-la, nem alterá-la no sistema jurídico, pois caso isto ocorresse haveria uma infinidade de emendas às quais seriam submetidas às leis se a cada conflito de aplicação do direito uma de suas regras tivesse que passar por alteração ou ser retirada dos códigos jurídicos. Por isso, para Hart quando há um conflito, permanece a regra que se apresenta mais eficaz para a resolução do caso, mantendo a regra preterida para um possível uso que possa vir a ser requerido posteriormente.

Já quando o conflito ocorre entre dois princípios a questão é resolvida de forma mais fácil, pois Dworkin reconhece como vitoriosos o princípio que melhor se adequa à situação. Sobressai o princípio que tiver mais peso, conforme apresentado previamente. Porém, há um entendimento diferente quando ocorre uma regra e um princípio entram em conflito.

Para Dworkin este caso revela um conflito aparente, pois as regras são o resultado de um conjunto de princípios que somados a elas formam o sentido normativo do direito (DWORKIN, 2010, p. 121). Sua solução, portanto, passa novamente pela ponderação dos princípios com vistas a encontrar o melhor encaixe ao caso, tendo em vista a finalidade do direito. Esta solução, entretanto, não é passível de ser encontrada no sistema Hartiano porque, segundo Dworkin, aquele negaria os princípios. Novamente, há um duplo engano nesta afirmação. Primeiro que Hart não nega os princípios. Segundo, a solução apresentada por Hart é considerar a distinção entre regras e princípios sob a perspectiva de “graus” (HART, 2011, p. 322).

Uma última consideração sobre o “aparente” conflito precisa ser feita. Embora tenha chamado de conflito aparente, Hart não comunga do mesmo entendimento. O caso *Elmer* é o exemplo mais claro quanto a isto, pois mesmo diante de uma

situação para a qual havia direito posto (positivado), o juiz agiu de modo a ignorar a lei positivada, baseando sua decisão em outro padrão normativo para resolver o caso: os princípios. Ao propor que uma regra positivada seja preterida em relação a um princípio jurídico, Dworkin contradiz a própria compreensão sobre as regras, qual seja, a de que elas se aplicam segundo o caráter de *tudo-ou-nada*, ao colocar as regras e os princípios em posição de concorrência. Este fato é constatado por Hart e apresentado a partir do excerto no qual afirma que tal situação,

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 caráter de *tudo-ou-nada*, uma vez que são passíveis de entrar num tal conflito com princípios, que as pode superar (HART, 2011, p. 324).

Por fim, sobre a necessidade de que Hart abandone seu projeto positivista como condição de compatibilizar as regras e os princípios, Hart rebate afirmando que o argumento de Dworkin só poderia ser considerado correto, caso ele tivesse defendido que a “função de fornecimento-de-certeza da regra de reconhecimento” é fundamental e predominante em seu sistema jurídico (HART, 2011, p. 313). O que não é o caso.

#### **4.1.7 A Discricionariedade Jurídica: introdução ao debate**

Nos capítulos anteriores mostramos como Hart compreende o direito a partir da união de regras primárias e secundárias, sem qualquer vínculo com a moral, diferentemente de Dworkin, para quem o direito deve ser visto em sua integridade, o que implica analisar suas normas no intuito de encontrar e fornecer a melhor justificação moral do direito. Esta diferença de postura assumida no trato das questões de direito deu ensejo a uma das facetas do debate travado entre Hart e Dworkin, qual seja, a tese da discricionariedade. Neste capítulo analisaremos o conceito de “discricionariedade jurídica”, a forma como cada autor aborda este conceito e o modo como ele fora atribuído a Hart. Três perguntas são fundamentais para a

compreensão deste conceito, a saber: “O que é a discricionariedade jurídica?”, “Quantos e quais são os tipos de discricionariedade existentes?” e “Quais as origens da discricionariedade?”.

O termo discricionariedade é definido pelo dicionário português como “qualidade ou natureza de discricionário”, que por sua vez quer dizer “deixado à discricção, livre de condições; não limitado”<sup>123</sup>. No âmbito jurídico a discricionariedade diz respeito a conceitos indeterminados e ao poder discricionário, isto é, poder de escolha dos aplicadores da lei. A discricionariedade está estritamente ligada à tese da subsunção da norma, ou seja, a ideia de que toda norma jurídica é dotada de condições de fato e de consequência<sup>124</sup>. Neste sentido, ou um caso é coberto pelas normas ou não é. Neste último caso temos dois cenários onde, (i) o caso não é regulado e, por isso, entende-se que a ausência de proibição implica em autorização<sup>125</sup>, (ii) o caso não regulado é compreendido como uma lacuna no direito. E é neste caso que a ação discricionária se encaixa.

Não obstante os casos não cobertos pelo direito, as regras jurídicas válidas nem sempre conseguem regular de forma clara o comportamento e as decisões a serem tomadas diante de um caso. Quando isso ocorre, alguns autores defendem que os juízes têm o poder de criar uma norma individual com vistas a resolver a contenda em aberto. E é justamente esta margem de abertura concedida aos juízes que tem causado divergências entre os teóricos do direito. Destaca-se diante desta contenda autores como Herbert Hart e Ronald Dworkin, que possuem teorias jurídicas metodologicamente opostas o que gera, por sua vez, direcionamentos diferentes acerca da discricionariedade. Por isso é necessário entender o que é a discricionariedade para Hart, bem como para Dworkin, pois somente a partir destas elucidações será possível vislumbrar as demais implicações contidas neste debate.

---

<sup>123</sup> Dicionário de Português online disponível para acesso no endereço: [www.michaelis.uol.br](http://www.michaelis.uol.br). Acessado no dia 17/06/2015 às 16 horas.

<sup>124</sup> Por encaixe, entende-se a adequação dos fatos ao caso, ao passo que a consequência, como o próprio nome diz, versa sobre a consequência jurídica oriunda decisão do caso.

<sup>125</sup> O que não é proibido é permitido.

Para Hart o direito é uma questão de regras e estas, afirma ele, possuem um núcleo de certeza e uma área de penumbra. Por núcleo de certeza pode-se entender a aplicação das regras de forma inequívoca e de determinado modo que estas não sejam passíveis de uma ou mais interpretações. Já a zona de penumbra, que permeia núcleo de certeza, diz respeito aos casos para quais não há regras positivadas no sistema jurídico para a apreciação de um caso, ou ainda, seu oposto, a saber: casos para os quais há mais de uma aplicação possível da mesma regra. Diante desta zona de penumbra, o direito se abre para uma margem de incerteza, uma vez que suas regras podem ter uma ou mais interpretações, do mesmo modo como podem surgir novos casos para os quais não há jurisprudência posta.

A discricionariedade pode ser abordada de modos distintos, o que levou Ronald Dworkin a fazer uma distinção entre duas formas de discricionariedade: (i) discricionariedade fraca e (ii) discricionariedade forte. A discricionariedade jurídica dita fraca é subdividida em duas vertentes. O primeiro modo de utilização do termo “discricionariedade fraca” se refere aos casos em que o juiz tem grande margem de liberdade para julgar o caso, não agindo meramente de forma mecânica. O exemplo fornecido por Dworkin para ilustrar este subtipo de discricionariedade é do sargento que deve escolher os cinco soldados mais experientes (DWORKIN, 2010, p. 51). Neste caso diz-se que o poder é discricionário pelo fato de o juiz poder escolher dentre as possibilidades que estão disponíveis, mas isso não significa que ele possa escolher de acordo com suas convicções pessoais.

O segundo modo de abordar a discricionariedade fraca está relacionado à autoridade conferida aos juízes para tomarem decisões e para que estas sejam mantidas em última instância. Na prática isso significa que nenhum outro funcionário pode desautorizar uma decisão já tomada, ainda que haja uma hierarquia de poderes no sistema, onde alguns possuem maior autoridade em algumas matérias do que outros (DWORKIN, 2010, p. 52).

Por fim, restaria a discricionariedade forte, ou seja, casos para os quais não há norma vigente no direito posto, tendo o juiz o poder de legislar ao aplicar a norma semelhante ao caso, uma vez que não há ainda no sistema regras específicas que tratem sobre a questão. Diante da inexistência de regras jurídicas

positivadas os aplicadores do direito estariam autorizados a agir de acordo com o papel do legislativo, ao criar um direito novo que pudesse dar conta do caso em julgamento (DWORKIN, 2010, p. 52).

Mas o que significa criar direito novo? Esta pergunta é a questão capital quando se fala em discricionariedade tendo em vista as abordagens divergentes entre os autores. Diante disso, é necessário mostrar como cada autor trata o problema da discricionariedade.

#### **4.1.8 HART: a textura aberta da linguagem como causa da discricionariedade**

Hart apresenta um modelo de direito que tem como principal característica a generalidade, ou seja, estender-se a todos. O direito assim compreendido fundamenta-se enquanto prática social cuja origem está nas relações sociais tecidas entre os indivíduos e a comunidade a qual pertencem. Sua finalidade é regular a conduta dos cidadãos que vivem em sociedade, fornecendo regras normativas que operam de forma dupla tanto como padrões corretos para tomada de ações, como critério de julgamento das ações desviantes<sup>126</sup>.

A necessidade de que o direito seja dirigido a grupos de pessoas e a atos gerais e não apenas à pessoas e fatos específicos resulta como condição para a realização de tal empreendimento descritivo. Tendo conhecimento sobre a necessidade de estabelecer um modelo jurídico que possa ser comunicado a uma classe abrangente de pessoas, Hart traça duas estratégias de comunicação, de acordo com as quais os

---

<sup>126</sup> Novamente, embora afirme que o direito possua um caráter normativo oriundo das regras que o compõe, a teoria Hartiana não deve ser lida como normativa no sentido de que o autor prescreve um sistema de direito. Antes, deve ser vista como descritiva, dado o fato de que o objetivo de Hart é não é justificar a prática jurídica, mas descrevê-la na sua melhor luz. Em tempo: “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, 2011, p. 301).

padrões jurídicos de conduta possam ser comunicados: a legislação e o precedente.

A legislação diz respeito à comunicação dos padrões através da linguagem normativa e suas formas explícitas. A descrição verbal é o método a partir do qual padrões de conduta são comunicados de tal modo que não é preciso fazer inferências sobre o comportamento observado para aprender o modo correto de agir, mas sim, observar a descrição verbal que é acompanhada da ação prescrita como correta<sup>127</sup>.

Por precedente pode-se entender a estratégia que consiste em comunicar padrões através de exemplos de execução das condutas adequadas, o que é feito através da observação do comportamento adotado por alguém que possa ser considerado como autoridade, no sentido de que age segundo as diretrizes expressas a partir das regras do direito posto e padrões adequados de conduta que podem ser ensinados e apreendidos.

Definidos os conceitos, Hart analisa se as estratégias de comunicação estabelecidas são capazes de afastar qualquer tipo de dubiedade, o que é feito a partir do exemplo não jurídico dado sobre a importância de os homens tirarem o chapéu ao entrar na igreja apresentado pelo próprio autor e descrito através da imagem de dois pais que acompanham seus filhos à igreja. Estabelecendo uma analogia entre as estratégias elencadas e a situação hipotética do pai que leva seu filho à igreja, teríamos um cenário no qual um dos pais, antes de ir à igreja diz para seu filho: “todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar na igreja” (HART, 2011, p. 136). Hart usa este exemplo para explicar em que consiste a estratégia da comunicação pautada na legislação. Através da emissão verbal de um padrão normativo que prescreve a ação o pai ensina a seu filho o correto modo de se comportar diante de tal situação.

O outro pai, já na porta da igreja, que observa o ato dos homens de tirar o chapéu antes de adentrar na igreja chama a atenção do seu filho enquanto pronuncia “olha, eis a forma correcta de nos comportarmos nestas ocasiões” (HART, 2011, p. 136). Neste caso, o segundo pai usa o precedente como

---

<sup>127</sup> Ao definir a legislação como reconstruído acima, Hart não tinha em mente o textualismo defendido pelos formalistas, de acordo com o qual direito é tudo aquilo que pode ser compreendido a partir da letra e meramente a partir do que é expresso por ela.

estratégia para ensinar ao seu filho o correto modo de se comportar perante uma prática já realizada, evidenciando deste modo uma prática já interiorizada que revela o modo como se espera que os demais se comportem diante da mesma situação<sup>128</sup>. Em outras palavras, tendo em vista o fato de que há um comportamento orientado por uma norma que guia a forma de agir para poder adentrar nas igrejas, este é tomado como o parâmetro de correção para atitudes posteriores que os demais tanto devem observar como seguir. Através dos exemplos fornecidos é possível ver os modos de ensinar o que se considera como a conduta correta a ser tomada não só ao entrar na igreja, mas em diversas situações, porém, usando métodos diferentes de comunicação.

Hart usa a analogia com as estratégias de comunicação acima descrita para argumentar que mesmo situações aparentemente simples e claras podem provocar dúvidas sobre a aplicação e uso dos padrões normativos comunicados. Embora seja possível encontrar orientações através dos precedentes ou da legislação, uma série de questionamentos quanto ao correto modo de agir podem vir a ser suscitados<sup>129</sup>. O que pode ocorrer mesmo a despeito de haver regras expressas formuladas.

Ciente deste fato, Hart argumenta que a delimitação exaustiva dos termos não afasta o problema da textura aberta, pois segundo ele mesmo quando “são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas” (HART, 2011, p. 139). Isso porque,

situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas 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 de

---

<sup>128</sup> Haveria uma espécie de senso comum através do qual as pessoas gerenciam o processo de aprendizado no mundo não jurídico.

<sup>129</sup> Entre as dúvidas hipotéticas está a de se o chapéu deve ser retirado com a mão direita ou a esquerda, se isto deve ser feito ao mesmo tempo em que se curva diante da imagem do altar etc.

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 casos em que não é claro se se aplicam ou não (HART, 2011, p.139).

Restará sempre uma abertura na linguagem natural que dê margem para imprecisões quanto à aplicação dos termos. A explicação para este evento, segundo, Kozicki está no fato de que “os limites naturais da linguagem impedem que o direito se expresse sempre através de enunciados unívocos”, o que por sua vez, gera no intérprete a necessidade de buscar “– dentro desse mesmo sistema – a complementação de significado dos termos não claros” (KOZICKI, 2014, p. 89).

A questão da interpretação jurídica, dada a textura aberta, é central na obra de Hart e remete ao problema de se o que os intérpretes da lei fazem é criar o direito ou apenas trazê-lo à tona. Partindo do pressuposto de que o que os juízes fazem é, tão somente, revelar o direito, este deve fornecer sempre uma resposta correta para a apreciação da contenda. Neste caso, deve haver um sentido correto da norma expresso em seu texto e que seja preexistente à atividade interpretativa de quem a usa. Esta compreensão corresponde à tese da única resposta correta.

Caberia ao juiz apenas revelar essa interpretação correta já contida no direito, aplicando-a a sentença. O ato discricionário diante do papel exercido pelos aplicadores do direito seria uma exceção ao procedimento padrão adotado. Isso porque, o juiz estaria condicionado à interpretação literal da norma, contida nela mesma. Esta atitude perante o direito tem sido praticada pelos formalistas, que defendem a aplicação do direito a partir da leitura literal da norma positivada. Agir de forma discricionária nestes casos consistiria em interpretar a norma a partir de seu sentido incorreto, preterindo o sentido correto contido na norma.

Hart, contudo, rejeita a tese da resposta correta, tanto quanto, a ideia de uma jurisprudência mecânica e crítica os formalistas. O direito entendido como produto de interpretações mecânicas que apenas são trazidas ao conhecimento de todos

não condiz com a realidade e o modo como as relações ocorrem no dia a dia dentro das mais diversas sociedades. Conforme visto nos capítulos anteriores, ele acusa os formalistas de se prenderem a esta imagem ilusória do direito e a aplicação de suas normas como alternativa ao poder de criação do direito. Para Hart não é possível criar regras que sejam tão completas em si e detalhadas a ponto de afastar qualquer margem de dúvida e incerteza quanto a sua aplicação e interpretação. O ideal formalista só seria possível diante de um mundo estático, o único no qual seria possível prever todas as ações e reações futuras.

O pano de fundo do problema posto quanto à imprecisão linguística e o sistema jurídico parece passar necessariamente pela questão da interpretação. Se de um lado o que se tem é uma linguagem natural, com diversas possibilidades de interpretação e que, por conta disso, gera uma crise no âmbito jurídico, por outro se tem um modelo jurídico institucionalizado cuja pretensão é a de estender suas aplicações de forma universal. A característica do sistema jurídico assim posto é a de ser um parâmetro não só jurídico, mas também político, no sentido de que através dele situações futuras podem ser previstas ou analisadas. Diante disso, é criada uma imagem de regularidade de julgamento feito pelo legislador entendido como alguém que detém autoridade e poder para prescrever ações que terão reflexos futuros. Daí a necessidade de que o direito seja o mais preciso possível.

Ocorre que mesmo que partíssemos de uma teoria unificada ou de um consenso geral sobre as teorias da interpretação, ainda assim, seria impossível esgotar as possibilidades interpretativas do seu objeto. Há de se levar em conta o fato de que uma teoria da unificação da interpretação só poderia ser realizada sob pena de deixar de fora das interpretações e usos do direito elementos que poderiam vir a se apresentar como cruciais em determinados momentos, ou ainda, sob pena de ter de manter outros tantos elementos dispensáveis. Nesse sentido, Hart afirma que é melhor que o juiz interprete o direito ao fazer uso dele a despeito de ser acusado de criar direito novo, do que se limite a uma jurisprudência mecânica, engessada.

Rejeitar a hipótese de que os juízes apenas descobrem o direito já posto e partir, então, do pressuposto de que os juízes

interpretam o direito pode suscitar algumas questões fundamentais acerca deste ato criativo e interpretativo dos operadores do direito. Entre elas, questões acerca de se os juízes estão a criar normas quando as aplicam e como se explicaria a multiplicidade de se soluções que podem ser cogitáveis diante da decisão de um caso. Além disso, poderia colocar-se a questão de se ao preencher as lacunas da textura aberta estão, igualmente, os juízes a criar normas e quais seriam suas motivações para tanto. E mais, se fosse possível avaliar o estatuto epistemológico em tais ações a fim de determinar se houve justeza ou razoabilidade nas decisões, isso seria determinado *a priori* ou somente tendo como base a solução apresentada<sup>130</sup>?

Afinal, o que significa criar direito novo? Estas entre tantas questões podem ser inquiridas acerca do ato interpretativo no judiciário, diferentemente do que ocorreria caso se adote a tese da resposta correta, que elimina todos estes desdobramentos acerca da atuação do juiz como legislador. Isso por sua vez, torna mais fácil a postura assumida por aqueles que se restringem a compreender o direito como algo metafísico, um direito posto e apenas em vias de ser descoberto.

Embora tenha rejeitado esta imagem do direito, é necessário esclarecer que Hart não endossa a tese de que o papel do juiz é criar ao invés de aplicar as regras. O ponto de Hart é que os conceitos jurídicos são mais bem analisados quando se observa suas aplicações contextuais, as circunstâncias em que são usados, do que em referência a uma definição padrão ou um referente do mundo fático. Apesar de conceder que muitas vezes os operadores oferecem novas interpretações do direito dada a textura aberta de seus termos, estes casos, contudo, são exceções, pois em sua maior parte a linguagem figura como um critério abrangente de comunicação e compreensão intersubjetiva. Isso porque, a linguagem possui regularidade e, conseqüentemente, seus usos gozam de normatividade.

Portanto, apesar de possuir um campo de imprecisão, a linguagem cotidiana e a comunicação de padrões feita entre seus usuários são realizadas na maior parte do tempo de forma

---

<sup>130</sup> Como parece pressupor Dworkin através da figura do juiz Hércules, dotado de capacidade sobre-humanas.

inteligível, sem a necessidade de explicações posteriores. Hart defende que a linguagem possui um núcleo de certeza, porém, com uma margem nebulosa que permeia esse núcleo. Isto explicaria a ocorrência de casos difíceis e, desta forma, a necessidade de que o juiz aja como legislador em alguns casos. Mas este comportamento perante o direito é a exceção.

Tendo tornado clara a posição Hartiana diante da discricionariedade jurídica, passaremos à análise da questão a partir da perspectiva dworkiniana acerca do assunto.

#### 4.2 DWORKIN: A DISCRICIONARIEDADE E A TESE DA RESPOSTA CORRETA

De forma oposta a Hart, Dworkin afirma que interpretações jurídicas que geram mais de uma resposta possível ou ainda, que não são positivadas ou contidas no direito devem ser tratadas a partir de outros elementos normativos que compõem o direito e a prática jurídica, ou seja, os *princípios*. Casos não cobertos pelo precedente e a legislação devem ser analisados a partir dos elementos morais que compõe e complementam o sistema jurídico, fundamentando-o. Somente assim o direito não estaria à mercê de uma prática arbitrária de decisões a serem tomadas de forma discricionária por parte dos juízes, pois diante de uma possível zona de penumbra os princípios cumpririam o papel de critério de normatização para as decisões a serem tomadas.

A concepção de direito como integridade assim compreendida está estritamente ligada aos demais conceitos que a compõem, como a ideia de romance em cadeia e a da figura do juiz Hércules. O direito a partir da sua compreensão pragmática é um processo construtivo e interpretativo, o que por sua vez, exige uma coerência por parte dos aplicadores e legisladores. É neste sentido que Dworkin apresenta a sua metáfora do direito como um *romance em cadeia* (chain novel) em *O Império do Direito* e em *Uma questão de Princípios*<sup>131</sup>. Através desta metáfora Dworkin estabelece uma relação entre a literatura e o direito, apresentada através de um romance composto por vários capítulos, cada qual escrito separadamente e por um autor

---

<sup>131</sup> DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 – (Justiça e direito).

diferente. *Mutatis mutandis*, o direito também pode ser lido a partir desta configuração, uma vez que é escrito em vários capítulos e por diferentes aplicadores.

Na esfera literária, embora seja escrito separadamente e por sujeitos diferentes os capítulos devem apresentar harmonia, para tanto, cada autor deve ler e interpretar o material já escrito no intuito de dar continuidade à obra com clareza e coesão, formando assim, uma história coerente (DWORKIN, 2000, p. 236). Este argumento é denominado de *hipótese estética* e tem como finalidade criar um romance reconhecido como a melhor obra possível, como se a obra tivesse sido escrita por um só autor.

Traçando uma analogia com o romance em cadeia, Dworkin vislumbra o mesmo procedimento (hipótese estética) no direito. Ao julgar cada novo caso o magistrado não deve inventar direito novo, antes, tem de dar sequência ao trabalho já realizado por outros juízes (precedente), dando continuidade às decisões de forma coerente, muito embora tenha no caso em questão uma situação concreta diferente da que fora julgada anteriormente. O procedimento do romance em cadeia aplicado ao direito tem como objetivo fornecer uma diretriz para o cumprimento do direito (*Common Law*) quando se está diante de casos difíceis, para os quais não há direito posto e, ao mesmo tempo, apresentar o melhor direito possível.

O papel do aplicador do direito diante deste empreendimento é o de ler o que os demais juízes escreveram no passado, “não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente”, revelando assim, “a maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então” (DWORKIN, 2000, p. 238). Não se trata, portanto, de uma interpretação aleatória fundamentada nas preferências particulares de cada juiz que julga o caso, mas de um trabalho interpretativo sério que pretende revelar o direito em sua melhor luz.

É nesse sentido que Dworkin insiste na importância metodológica do romance em cadeia, procedimento por meio do qual se considera toda a história já escrita por trás de cada decisão tomada. A melhor interpretação tanto do direito como da literatura realiza-se, respectivamente, quando se faz a melhor

leitura moral do direito e a melhor leitura da literatura enquanto obra de arte combinando, assim, elementos descritivos e valorativos válidos para ambas as matérias.

O ato de interpretar assim entendido estende-se para além de simplesmente trazer a tona o significado de uma expressão jurídica, como Dworkin acusa os positivistas de fazer. Interpretar, no sentido proposto pelo autor, é fazer a melhor leitura acerca do fato em questão o que, no caso dos magistrados, implica em se considerar como “parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história”. Nesse sentido, ele “*deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2000, p. 238).

Este modelo de interpretação jurídica é proposto em *O império do direito*, através da figura do juiz Hércules, um juiz imaginário com capacidade, sabedoria, sagacidade sobre-humanas (DWORKIN, 2014, p. 287). Dentre as capacidades atribuídas a Hércules destaca-se a de ser capaz de conhecer a lei positivada e a história da instituição jurídica. Por isso Hércules seria plenamente capaz de realizar o ideal de direito como integridade, atendendo a demanda de um modelo jurídico entendido como o melhor resultado das questões de moralidade.

Adotado tal procedimento pela figura do juiz Hércules, todo e qualquer desvio da história que precede a comunidade jurídica durante a escrita de um novo capítulo seria feito mediante a justificativa de evitar novos equívocos ou afastar-se de elementos errôneos, com vistas a produzir a melhor obra jurídica possível. Os juízes, diante do cenário acima exposto, seriam não apenas aplicadores do direito, mas também, criadores da história jurídica. Criação esta limitada por uma série de estratégias e que deve atender aos ideias de política e moralidade que compõem o direito como integridade. Através da compreensão do direito composto por regras e princípios que trazem a luz o melhor sentido da norma, Dworkin acredita limitar a atuação discricionária do juiz em seu sentido forte e ao mesmo tempo realizar o direito como integridade.

Para tornar mais clara sua hipótese argumentativa, que conecta a figura de Hércules e o conceito de “princípios” no combate da discricionariade jurídica a partir da realização do direito como integridade, faz-se necessário retornar ao *Império*

do *Direito*, onde Dworkin apresenta quatro casos, Elmer, McLoughlin, Snail Darter e Brown, analisados sob a ótica de Hércules e sua forma de atuação. Para fins didáticos, reconstruiremos a argumentação de apenas dois dos casos citados acima, a saber, Brown e Elmer.

O primeiro caso diz respeito à lei de segregação racial nos Estados Unidos. No cenário pós-guerra civil alguns dos Estados americanos mantinham vigente a lei de segregação racial, cujos reflexos podiam ser observados de forma clara na prestação de alguns serviços públicos como o transporte e a educação. Fato é que a segregação racial imperava nos Estados Unidos apesar da lei constitucional de “igualdade perante a lei”. No que concernia à educação, crianças negras e brancas eram separadas em diferentes escolas, ou seja, eram segregadas. Com o transporte público não era diferente, os negros deveriam se sentar apenas nos bancos da parte traseira nos ônibus. Práticas como estas eram corriqueiras, apesar de haver uma cláusula constitucional do igual tratamento.

Esta situação veio a público através do caso *Plessy*, em que o réu alegou a violabilidade da lei de igualdade de tratamento diante de situações como as expostas acima. Surpreendentemente, a Suprema Corte que julgou o caso rejeitou a acusação do réu alegando que se a qualidade oferecida no transporte público fosse a mesma para brancos e negros, ainda que estes fossem mantidos separados na parte de trás, ela estaria de acordo com o igual tratamento (pressuposto do “separados, porém, iguais”) (DWORKIN, 2014, p. 36).

Anos mais tarde, em 1954, a questão racial veio à tona novamente através do caso *Brown*. Porém, diferentemente do que havia decidido anteriormente, a Suprema Corte, através da figura do juiz Earl, deu posição favorável ao queixoso na questão sobre a segregação praticada nos escolas estadunidenses. À época, Earl baseou sua decisão no argumento de que “as escolas nas quais se praticava a segregação racial não podiam ser iguais por esta única razão” (DWORKIN, 2014, p. 38). Sem anular o precedente do caso *Plessy*, o juiz limitou-se apenas a esclarecer que “se a presente decisão estivesse em contradição com o caso *Plessy*, então aquela decisão anterior estaria sendo revogada” (DWORKIN, 2014, p. 38).

O segundo caso ocorreu em Nova Iorque no ano de 1889 e ficou conhecido como *Riggs contra Palmer*. Elmer, herdeiro

majoritário da fortuna do seu avô declarada ainda em vida ao suspeitar de uma possível alteração testamentária por parte do avô, que o retiraria da condição de herdeiro da maior parte da fortuna, decidiu envenená-lo para ter acesso à herança deixada na versão do testamento que o beneficiava. Isto é, sem as temidas alterações. Ocorre que o acontecido foi descoberto pelas filhas do testador, que coincidentemente eram as legatárias da herança de Elmer, caso este viesse a morrer antes de poder usufruir da fortuna. Estas, por sua vez, recorreram à Suprema Corte dos Estados Unidos, no intuito de impedir que Elmer pudesse se apropriar da fortuna, haja vista os meios sórdidos aos quais Elmer recorreu para ter acesso a ela.

Em tese, nada na lei positivada do Estado de Nova Iorque impedia que Elmer fosse beneficiário do testamento de seu avô. Entretanto, em uma decisão inédita a Suprema Corte decidiu pelo não recebimento da fortuna por parte do assassino. Dworkin chama a atenção para a decisão da corte nova-iorquina, que embora tenha constatado a inexistência de qualquer lei no ordenamento que proíba que o assassino herde a fortuna da sua vítima, decidiu negar o direito à herança ao assassino do avô. Dois pontos são destacados por Dworkin a partir deste caso.

O primeiro é o de que embora Dworkin seja partidário da concepção segundo a qual direito e moral são interligados, sua argumentação não se restringe a mostrar o quão imoral seria um direito que permitisse que um neto que mata seu próprio avô possa ser beneficiário da sua fortuna por lei. Antes, recorreu à estratégia argumentativa de acordo com a qual, a despeito de ser considerado um ato imoral, ao proferir a sentença a Suprema Corte baseou-se no princípio implícito no direito de que ninguém pode se beneficiar de seu próprio ato ilícito, e não meramente em argumentos de moralidade. Através desta estratégia Dworkin pretende não apenas reforçar sua tese, mas também, mostrar a aplicação prática da sua teoria, de acordo com a qual o direito deve ser entendido a partir da sua melhor interpretação.

O segundo ponto a ser destacado é o de que o que fundamentou a decisão do tribunal não foi a existência da lei positivada do Estado de Nova Iorque, isto é, o processo de subsunção à norma. Mas sim, um princípio, um padrão abrangente de moralidade que opera como um segundo tipo de norma que compõe o direito e serve como critério norteador para sua aplicação.

A estratégia dworkiniana para apresentar a melhor leitura moral e política do direito e evitar a discricionariedade jurídica é tomar o direito vigente e a história jurídica da comunidade e não meramente a lei positivada. Somente assim é possível evitar que os juízes comecem a legislar como demonstrado a partir dos exemplos de *Elmer* e *Brown*. Em ambos os casos o tribunal recorreu ao que Dworkin chama de princípios existentes no direito, que embora não sejam positivados como as regras, servem como guias para a tomada de decisão por parte dos tribunais, evitando assim, criar direito novo de forma discricionária e aplicar direito injusto.

Mas no que consiste a diferença entre regras e princípios, de acordo com a compreensão de Dworkin? Segundo o autor,

a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis 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 (DWORKIN, 2010, p. 39).

A definição de direito oferecida pelo autor é constituída pelos princípios, componentes essenciais da historicidade da instituição jurídica e suas decisões a qual se soma a ideia de que a melhor interpretação do direito é a que atende aos melhores fins políticos. Esta definição é apresentada como uma alternativa melhor do que fora proposta pela teoria rival, o positivismo, pois através dela Dworkin acredita limitar a atuação do juiz enquanto criador do direito, uma vez que parte do pressuposto de que como o direito não se restringe meramente às regras positivadas e de que há princípios que cercam o direito e norteiam as melhores decisões, há sempre uma resposta correta a ser subtraída de cada novo caso. Mesmo aqueles para os quais não há ainda um precedente consolidado.

Assim, diante dos chamados casos difíceis, o juiz não teria que inventar direito novo a fim de dar um parecer para a contenda diante da qual se encontra, pois todos os casos já conteriam uma orientação para a sua resolução, ou seja, uma resposta correta que só precisa ser descoberta. Dito em outras palavras, se a resposta correta para a resolução do caso proposto não é passível de ser encontrada na lei positivada, ainda assim, ela o é através dos princípios que compõem o direito, de sorte que todos os casos do direito estão cobertos pela norma, seja através das regras ou dos princípios. Para Dworkin não há lacunas no direito, haja vista o fato de ele ser formado por regras e outros elementos normativos<sup>132</sup>.

Apresentado a postura de Hart e Dworkin no que tange o problema da discricionariedade jurídica, vejamos as principais críticas que os autores tecem um contra o outro.

#### **4.2.1 As críticas de Dworkin a Hart e as respostas oferecidas a elas**

Como ficou claro no exposto acima, Hart concede que sempre haverá casos não cobertos pelo direito, perante os quais o juiz deverá assumir uma postura discricionária quando da resolução do caso. Dworkin por sua vez, nega esta leitura e oferece uma contra-teoria ao afirmar que, em tese, não há casos descobertos pelo direito, uma vez que além das regras *explícitas* outros elementos normativos *implícitos* (princípios) compõem o direito, oferecendo parâmetros para a resolução dos casos. Ou seja, há sempre uma resposta correta a ser encontrada no direito, sem a demanda discricionária. Esta divergência teórica deu ensejo a severas críticas contra Hart.

Ao escrever o *Pós-Escrito* de *O Conceito de Direito*, o autor se dedicou a responder as principais objeções dirigidas contra ele por parte de Dworkin. Segundo Hart, três são as críticas contra ele endereçadas no que diz respeito à discricionariedade e ao papel dos tribunais perante os casos difíceis. A primeira

---

<sup>132</sup> Notório se faz notar que a tese da melhor resposta correta não deve ser interpretada como correspondendo a uma resposta universal, antes, deve ser interpretada como relativa a cada novo caso. Somente um juiz como Hércules seria capaz de realizar tal empreitada.

delas é a de que a concepção Hartiana de direito é uma falsa descrição do processo judicial e a atuação dos tribunais nos casos difíceis (HART, 2011, p. 336). Está implicado nesta crítica o argumento de que do modo como Hart estabeleceu o funcionamento do direito não define parâmetros que limitem o papel interpretativo do juiz, isto é, quais padrões os juízes devem seguir no momento de decidir casos difíceis e de que forma devem agir. Se Dworkin estiver certo, Hart teria proposto um modelo jurídico onde tudo vale e o juiz teria poder incondicional, inclusive para criar direito tendo como base apenas suas volições pessoais.

Em resposta à crítica, Hart reafirma sua postura perante os casos discricionários, reconhecendo-os, porém reitera que o “juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito” (HART, 2011, p. 335). Hart é taxativo quanto ao fato de que ninguém está acima da lei, como evidenciado a partir das críticas ao soberano. A proposta de um direito formado a partir da união de regras tem como pressuposto exatamente o fato de que as regras do direito normatizam não só questões permissivas ou proibitivas, mas também, o alcance e os limites de atuação dos tribunais.

O juiz não possui poderes ilimitados, ao contrário, deve atender e obedecer a certas orientações a ele atribuídas de acordo com o que é prescrito pelas regras secundárias e o papel que desempenham. Fato este que levou Hart a afirmar que, quando comparado aos poderes do legislativo, os operadores do direito têm direitos mais estreitados, limitados do que os criadores do direito, como pode ser verificado através da seguinte passagem:

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objetos de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não

pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos (HART, 2011, p. 336).

Ainda no mesmo parágrafo Hart prossegue seu argumento sobre os limites da atuação dos juízes enquanto papel de legislador ao afirmar que este duplo papel é intersticial e está sujeito ao que chamou de muitos constrangimentos substantivos. Além disso, o autor é enfático ao dizer que este poder discricionário não deve ser exercido de forma arbitrária. Ao contrário, o juiz deve ter sempre “certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores” (HART, 2011, p.336).

Neste ponto a solução apontada por Hart para limitar o papel discricionário do juiz se assemelha ao modo como Dworkin trata o problema. Ambos os autores, salvaguardadas as diferenças teóricas, propõe que as decisões a serem tomadas fora da incidência positivada do direito sejam balizadas de forma razoável, o que implica em atender critérios que vão além do textualismo e o formalismo rejeitado, por exemplo, por Hart. Isto quer dizer, Hart concede que os casos que não são legislados pelo direito positivado devem ser apreciados tendo-se em conta questões relativas à moralidade e a política.

Aliás, tem-se argumentado ao longo desta tese que em momento algum Hart nega o conteúdo mínimo do direito, qual seja, questões de moralidade e política, esteja presente nos códigos jurídicos e na teoria da decisão judicial. Apenas nega categoricamente que a moralidade seja condição determinante para que se pense o direito e sua aplicação, o que é muito diferente de negar que o direito seja composto por um conteúdo mínimo. Portanto, é possível afirmar que Hart preocupou-se em limitar o poder de atuação dos juízes perante casos discricionários, contra a acusação de seu opositor.

Acerca de qual seria o melhor modo de criar estas limitações a partir de critérios eficientes de controle do poder legislativo muitas vezes exercido pelo judiciário, Hart cita como exemplo o procedimento por analogia. Segundo o autor, através deste procedimento é possível não apenas limitar, mas também coordenar a atuação dos juízes quando da criação do direito novo. Isso é feito ao mesmo tempo em que se esclarecem os

“principais aspectos que distinguem a criação do direito judicial da criação pelo órgão legislativo” (HART, 2011, p. 337). Ainda sobre a importância que a analogia assume diante da limitação da criação de direito novo por parte dos tribunais e o modo como estabelece procedimentos para esta prática, Hart afirma que

trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurem que o novo direito que criam, embora *seja* direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente (HART, 2011, p. 337).

Mesmo que se diga que o juiz cria direito novo, ele não o faz de forma aleatória. Ao contrário, ele toma como base outros casos semelhantes que outrora foram resolvidos dentro de um arcabouço composto não somente pelas regras, mas por princípios e razões que permeiam o direito. Neste sentido, as críticas que Dworkin dirige a Hart não se sustentam, uma vez que o próprio Hart assume concordar com a importância de estabelecer um critério norteador para as interpretações feitas diante de casos difíceis, como garantia de que juízes não “desatem a legislar, sem a subsequente orientação do direito” (HART, 2011, p. 338).

Ainda no que diz respeito ao possível paralelo entre as teorias rivais, resta apresentar de forma mais específica em que sentido a teoria do procedimento diante de casos difíceis segundo a resolução de Hart se aproxima a do seu oponente teórico. Trata-se do paralelo entre a analogia proposta por Hart e da interpretação reconstrutiva por Dworkin, enquanto processos normatizadores para as decisões perante os casos difíceis.

O método usado por Hart para estabelecer critérios procedimentais norteadores da criação do direito se assemelha ao modo como Dworkin o faz. O que é feito, é claro, dentro da proposta de cada autor e respeitada as suas divergências. O próprio Hart parece ter reconhecido esta semelhança ao redigir o *Pós-Escrito*, o que resultou na seguinte afirmação por sua parte:

muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade constitui o próprio núcleo da <<interpretação construtiva>> que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin (HART, 2011, p. 338).

Também em Hart é possível perceber uma preocupação com a história do direito e o modo como os tribunais têm agido para cumprir seu papel e realizar o direito da melhor forma possível. O que contraria a acusação que pesa sobre Hart, qual seja, a de que não tenha pensado em parâmetros limitadores da atuação dos tribunais e o desenvolvimento contínuo da prática jurídica.

Apesar de reconhecer semelhanças quanto ao modo de estabelecer um método de atuação para a resolução dos casos difíceis, permanece a diferença de compreensão acerca do desfecho da atuação legislativa por parte dos tribunais. Isso porque, enquanto para Dworkin a adoção de critérios implícitos inerentes ao direito para a apreciação dos casos difíceis soluciona o problema da discricionariedade, para Hart ela apenas mascara ou elimina temporariamente tal problema. Desta forma, os elementos implícitos ao direito, na terminologia de Dworkin, ou o conteúdo mínimo do direito, na terminologia de Hart, embora sejam capazes de minimizar a atuação do juiz como legislador não conseguem eliminar por completo a discricionariedade jurídica. Desta forma,

embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apóiam a analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo

que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecidas e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz (HART, 2011, p. 338)<sup>133</sup>.

Seguindo na mesma esteira, de acordo com Hart a segunda acusação que Dworkin dirigiu contra ele é a de que Hart teria criado um direito injusto e antidemocrático (HART, 2011, p. 338). Dworkin baseia sua acusação contra Hart no fato de que os juízes não são eleitos, tal como os legisladores, e de que em um sistema democrático somente os “representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito” (HART, 2011, p. 338). Esta seria uma forma de manter a justiça democrática social, uma vez que o legislativo deve explicação direta a seus eleitores que possuem a prerrogativa de reivindicar as ações e condutas por parte de quem os representa na esfera legislativa, fiscalizando suas ações. Sobretudo quando da criação de leis injustas.

Contra estas insinuações, Hart contra-argumenta que, primeiro, o preço a se pagar pela atuação legislativa dos tribunais é menor do que o preço de ter que remeter casos não regulados pelo direito que geram litígio ao órgão legislativo. Desde que se entenda a atuação do juiz como limitada, conforme exposto acima. Em segundo lugar, há de se destacar que a troca de incumbências relativas a cada uma das esferas que compõem os três poderes não só não vai contra os ideais de uma sociedade democrática, como constitui-se como uma prática conhecida nas atuais democracias. Como exemplo deste fato, o autor cita a “delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo” (HART, 2011, p. 338) que, segundo ele, apesar de ocorrer não oferece riscos à democracia.

A terceira e última crítica versa sobre a injustiça proveniente do ato de criação do direito, que se caracteriza como uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto*. A alegação por parte de Dworkin é a legislação e a historicidade do direito criam uma regularidade no direito e de que a

---

<sup>133</sup> Retornaremos a este argumento quando tratarmos sobre as críticas à teoria de Dworkin.

razão para considerar injusta a criação do direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de as consequências jurídicas de seus actos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo de seus actos (HART, 2011, p. 339).

Em outras palavras, a regularidade procedimental do direito gera expectativas nos indivíduos que são frustradas quando os tribunais desatam a legislar. Ocorre que esta premissa não se sustenta. Há uma falha na argumentação de Dworkin, pois, uma vez que não existe direito posto, não há frustração de expectativas. Isso porque, uma vez que a discricionariedade ocorre perante casos difíceis, isto é, “casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas” (HART, 2011, p. 339), não há razão para se falar sobre a injustiça de tal prática.

Apresentada as concepções sobre a discricionariedade que geraram severas críticas a Hart, bem como as respostas oferecidas por este, apresentaremos algumas críticas à teoria de Dworkin.

## **CAPÍTULO 5- POR QUE OS PRINCÍPIOS SÃO MAIS DISCRICIONÁRIOS DO QUE AS REGRAS?**

Esta seção apresentará o argumento de que os princípios são tão ou mais discricionários do que as regras. Para isso, recorreremos aos textos de Herbert Hart e de seu ex-aluno Joseph Raz, bem como as afirmações feitas a partir da reconstrução do debate entre Hart e Dworkin.

A crítica inicial que abrirá esta seção diz respeito ao fato de Dworkin não distinguir o plano normativo do plano descritivo do direito e trazer a discricionariedade para o normativo ao atribuí-la a Hart, que é enfático ao apresentar seu projeto descritivo de direito, no qual constata que perante alguns casos o juiz age de forma discricionária. O argumento desta tese é o de que Dworkin tomou esta afirmação como uma confissão de que Hart endossa a discricionariedade jurídica no âmbito normativo, ao invés de lançar esforços para que ela seja eliminada do direito. E que, por este motivo e ao fazer isto, Dworkin desconsiderou a distinção crucial entre o âmbito normativo e descritivo do direito.

Se a discricionariedade é tratada por Hart no âmbito descritivo, uma vez que o autor não a defende, apenas a constata, ela deve ser abordada a partir de sua causa, a saber: a textura aberta. Hart não defende uma doutrina vaga, muito menos discricionária no sentido que Dworkin atribui a ele. Mas, partindo da análise real do direito enquanto fenômeno social construído através de uma linguagem natural que possui uma textura aberta constata uma mesma abertura no direito. Assim como não há como eliminar a textura aberta da linguagem, nem seria imperioso fazê-lo, é impossível eliminar a textura aberta das proposições que compõem o direito. O que resulta na textura aberta do direito e na discricionariedade jurídica.

Hart verifica que o direito, tal como praticado nas sociedades modernas, apresenta uma zona de penumbra e muitas vezes os juízes se veem diante de situações para as quais devem dar uma solução mesmo que não haja uma lei positivada para aplicar ao caso concreto, segundo o modelo da subsunção da norma. O problema que se coloca os casos difíceis é que o juiz não pode se eximir de dar parecer sobre o caso simplesmente porque o direito de sua comunidade não

dispõe de legislação própria para tanto<sup>134</sup>. Diante disto, Hart afirma que é melhor que o juiz aja, por um curto e específico período, de forma discricionária do que deixe a questão em aberto sem qualquer tratativa.

Ao invés de atribuir à discricionariedade e aos casos difíceis um aspecto negativo, Hart afirma que a discricionariedade apresentaria um aspecto positivo, a saber: o de reservar um lugar para a racionalidade das decisões. As lacunas, os casos não cobertos pelo direito, promovem um espaço de debate forçando os tribunais a dissertar sobre a melhor forma de tomar uma decisão em um caso não previsto anteriormente. Através desta postura, é possível garantir que os tribunais ajam dentro de uma área de certeza que confere a eles segurança jurídica e uma área nebulosa que os obrigam a discutir sobre a razoabilidade de suas práticas, ao invés de aplicar o direito mecanicamente.

A análise oferecida por Hart parte de situações factíveis e tem como pretensão descrever o direito de forma clara, o que inclui não somente o alcance que o direito vigente possui nas mais variadas sociedades, como também, as limitações que este mesmo sistema de direito encontra e com as quais tem de lidar. Segue-se deste posicionamento algumas considerações. Ao dizer que os juízes agem de forma discricionária o intuito de Hart é apresentar uma descrição sobre o modo como o direito é

---

<sup>134</sup> No direito brasileiro há uma normativa que vai ao encontro do que se afirmou, como pode ser verificado no Código de Processo Civil/1973. Art. 126. 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. Ver também a alteração do Novo Código de Processo Civil onde o referido artigo é expresso da seguinte forma: Art. 140. O juiz não se exime de *decidir* sob a alegação de lacuna obscuridade do ordenamento jurídico (grifo meu). Parágrafo único: O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Ainda conforme pode ser verificado houve alteração nos referidos artigos, entretanto, o critério para proferimento de decisão segundo a analogia, costumes e princípios gerais de direito permanece positivado no Decreto Lei Nº 4657/42, na redação dada pela Lei Nº 12376/2010 “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, que em seu artigo 4º dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

exercido pelos tribunais segundo um viés teórico específico. Nada neste procedimento indica uma postura prescritiva acerca da discricionariedade, no sentido de afirmar que as decisões devem ou podem ser tomadas de forma aleatória e sem fundamentação no próprio sistema jurídico.

Ao afirmar que há uma margem de nebulosidade no direito e uma textura aberta causada pela estrutura da linguagem que forma as proposições jurídicas o autor descreve a forma como os juízes agem no intuito de resolver os casos difíceis. De forma simplista, porém, clara, o objetivo de Hart não é fornecer uma defesa à tese da discricionariedade, mas apresentar o que entender ser o posicionamento assumido pelos tribunais diante das seguintes questões: “qual procedimento deve ser adotado diante de casos não cobertos pelo direito?” ou “como seria melhor decidir tais casos?”.

Com isso, entretanto, Hart não está a dizer: estou a prescrever que o direito tem como meta ser discricionário e que todo tribunal deve agir de forma discricionária diante de casos difíceis. Apontar preferências metodológicas através da descrição do direito é diferente de apresentar metas a serem cumpridas, no que diz respeito ao caráter normativo do sistema jurídico.

É neste sentido que se tem argumentado insistentemente que Hart não possui uma teoria normativa do tipo prescritiva. A normatividade da teoria de Hart diz respeito apenas à forma como compreende as regras e seu papel. Portanto, diante da pergunta sobre se Hart preceitua a discricionariedade a resposta é não. Entretanto, diante da pergunta “existe discricionariedade no direito?”, a resposta é afirmativa. Por isso a importância de conceituar de que modo Hart trata a discricionariedade do direito, sob pena de atribuir a Hart uma teoria jamais defendida pelo mesmo, ocasionada quando do deslocamento do debate para a esfera normativa.

Compreendido este ponto, é necessário averiguar se Dworkin consegue dar conta da discricionariedade como afirmou. Partindo da hipótese de que ele resolve, como ele faz isto?

Diferentemente de seu oponente, Dworkin possui uma teoria normativa, através da qual procura estabelecer uma concepção de direito que tem como objetivo oferecer a melhor justificação moral possível sobre as práticas jurídicas. Para isso, afirmou que há princípios morais incorporados ao direito que

servem de orientação para a atuação dos tribunais diante de casos difíceis e que esta orientação elimina a discricionariedade. Aliás, para o jurista americano a questão da discricionariedade forte nem se apresenta como pertinente, haja vista considerar a *norma* como sendo composta tanto por regras quanto por princípios.

Para Dworkin, ainda que os juristas quisessem insistir nesta questão só iriam constatar que não existe discricionariedade de fato. A estrutura do direito que é composta por leis, princípios implícitos, precedentes e a história da comunidade, não permite que exista discricionariedade forte, pois sempre haverá uma resposta correta a ser oferecida ao caso que se coloca. Mesmo que este seja um caso difícil. Os princípios, portanto, servem como diretrizes para a tomada de decisão, fazendo com que o direito não seja fruto das decisões particulares dos seus operadores ou de decisões feitas *ex post facto*.

De acordo com a compreensão de Dworkin, somente um direito que incorpora a moralidade, no sentido proposto por ele, consegue dar conta do problema da discricionariedade. Aceitar este argumento implica em aceitar que a moralidade é o único padrão de normatividade efetivo e, por isso, é superior à normatividade proposta pelas regras secundárias. Esta importância se explica pelo fato de que os princípios morais assumidos pela *comunidade de princípios* refletem os acordos firmados por seus membros, além de levar em conta a história institucional quando do momento da decisão dos casos difíceis.

Além do mais, a moralidade orienta o direito como integridade no objetivo de apresentar a melhor interpretação do direito, ao mesmo tempo em que justifica a coerção estatal. Esta é mais bem aceita quando pautada em princípios morais do que meramente em regras positivadas. Segue-se disto a conclusão de que a tese moral deveria ter mais aceitação do que as regras secundárias, como a regra de reconhecimento.

Ocorre que a tese dos princípios também é tomada com certa dificuldade não só por Hart como também para autores como Joseph Raz. Ao escrever *Legal Principles and the Limits of Law*, Raz argumenta que Dworkin não teria apenas deixado de resolver o problema da discricionariedade forte do direito, como a

teria aumentado ao defender a tese dos princípios<sup>135</sup>. O argumento é o de que ao apontar os princípios como complemento às regras Dworkin não apresentou uma solução definitiva para a discricionariedade, apesar de acreditar fortemente nisso.

Do fato de que em algum caso específico os princípios sirvam de auxílio e complemento ao direito não se segue que este seja o caso para todas as circunstâncias do direito. Dito em outras palavras, um princípio pode apresentar resposta diante da ausência de regras para um dado caso, esta aplicação, entretanto, não pode ser generalizada. Assim, “um conjunto de princípios, como o professor Dworkin nos lembra, pode ditar um resultado. Mas que isto possa ocorrer não significa que sempre ocorrerá” (RAZ, 1984, p. 845)<sup>136</sup>. Pode-se concluir, portanto, que este é um argumento fraco para provar a não existência da discricionariedade, dada a abrangência dos princípios.

O argumento de maior contribuição de Raz é o que reforça a ideia defendida nesta tese, qual seja: os princípios não eliminam a discricionariedade jurídica, ao contrário, a faz aumentar. Tendo em vista a discussão exposta até o momento e as ideias de Raz no referido artigo, apresentaremos a seguir ao menos quatro sentidos a partir dos quais pode-se dizer que os princípios são tanto ou mais discricionários do que as regras.

O primeiro sentido trata da divergência acerca de se um princípio existe ou não no direito. Em tese, como é possível afirmar com certeza que um princípio faz parte ou não do direito? Se os princípios não são passíveis de serem verificados nos

---

<sup>135</sup> Neste artigo Joseph Raz também apresenta como é possível incluir os princípios ao direito através da regra de reconhecimento (RAZ, 1984, p. 75). Segundo ele, se o que Hart está a defender é um conceito de direito fundamentado a partir do caráter sócio-comportamental das regras através do qual a regra de reconhecimento é estabelecida pela aceitação dos tribunais, como Dworkin atribui a Hart, bastaria que fosse estabelecida uma regra que reconhecesse que os princípios morais providenciam uma boa definição sobre os costumes judiciais para que estes viessem a ser integrados pela regra de reconhecimento, obrigando os oficiais a agir de acordo com ela. Ou seja, a agir de acordo com os princípios morais integrados ao direito através da regra secundária de reconhecimento (RAZ, 1984, p. 81).

<sup>136</sup> Tradução nossa.

mesmos moldes das regras ou se a ideia de que possa existir uma regra mestra que forneça os critérios para determinar o que é direito é rejeitada, como o jurista pode identificar os padrões jurídicos? Ou ainda, como distinguir de padrões jurídicos de outros não jurídicos?

Ao apresentar a discussão sobre a tipologia das regras como padrões que orientam a conduta em sociedade vimos que existem diferentes critérios normativos que as caracterizam, de modo que, embora possuam semelhanças, as regras se diferem quanto a sua natureza e alcance. Esta é a diferença, por exemplo, entre um padrão social de conduta do tipo costumeiro estabelecido pelo hábito e um padrão social do tipo moral estabelecido por uma regra. Embora as diferenças pareçam tênues, quando se tem em mente que todos esses padrões e *standards* têm por objetivo a correção das condutas e práticas sociais, seus papéis são bem delimitados quanto ao tipo de pressão e a obrigação que geram<sup>137</sup>.

Se os princípios, porém, não são positivados no mesmo sentido que as regras, pois são implícitos ao direito, como é possível afirmar com segurança que um princípio é, de fato, parte do direito e não meramente um juízo subjetivo aplicado pelo magistrado na hora de decidir o caso? Este questionamento coloca em xeque não só a existência de tais princípios, como seu papel no direito. Seriam os princípios apenas um modo de disfarçar as decisões já tomadas pelos juízes, como Dworkin criticou e acusou o positivismo de fazer?

Um dworkiniano poderia contra-argumentar dizendo que ao postular os princípios, o autor tinha em mente os padrões morais compartilhados pelas sociedades que representam o critério de coerência e racionalidade adotado pelos tribunais, no sentido de promover o melhor entendimento do direito e sua concretização. Por isso, os princípios refletem os padrões intersubjetivos

---

<sup>137</sup> Foi sabendo disto que filósofos como Austin e Hart apresentaram seus métodos para validar um *standard* como jurídico, distinguindo-o dos demais. Dworkin, contudo, não só critica estes métodos como afirma que são insuficientes para apresentar o direito em sua complexidade. Por isso lança seu argumento de que os princípios que tem maior peso ou encaixe institucional.

adotados pelos tribunais, são o resultado das decisões morais que permeiam o direito.

Ainda que os tribunais não tenham objetivos escusos ao aplicar os princípios e diante da ausência de um critério que permita checá-los e estabelecê-los, sempre permanecerá uma sombra de dúvida acerca de quantos e quais são os princípios jurídicos englobados no sistema jurídico e de que forma os tribunais podem descobrir e fazer uso deles. Este é o preço que Dworkin tem de pagar por negar que a validade dos princípios possa ser verificada nos mesmos moldes que as demais regras que compõem o direito. Um preço, aliás, considerado muito alto.

O segundo sentido em que se pode argumentar que os princípios são mais discricionários é que diz respeito à divergência quanto a sua interpretação e aplicação ao caso: o problema da vagueza do princípio. Se a linguagem que forma as regras jurídicas é vaga a ponto de transferir para as proposições do direito as imprecisões provenientes desta natureza, porque a formulação de princípios também não seria? Tem-se argumentado que a linguagem possui uma vagueza inerente. Em tese, o que impossibilita a transferência desta vagueza aos princípios, mas não a impede de compor as proposições jurídicas?

Ao tratar sobre a vagueza da linguagem e as consequências acarretadas aos princípios, Raz distingue dois tipos de princípios: substantivos e discricionários. Os princípios substantivos têm por característica ditar um objetivo a ser perseguido ou um valor a ser protegido (RAZ, 1984, p. 846). Princípios substantivos são os que afirmam, por exemplo, que a indústria automobilística tem o dever de proteger o público contra acidente. Ainda que se pondere acerca de qual princípio tem maior peso e melhor se encaixe institucional quanto ao dever de proteção, tais princípios apresentam um sentido de ação expresso sem qualquer margem de dúvida sobre sua aplicação e seu alcance e, portanto, sem qualquer margem à discricionariedade. Portanto, apesar da sua dimensão de peso e de serem implícitos ao direito, apresentam objetivos claros podendo ser invocados pelos tribunais para decidir casos fáceis, como o que trata de acidentes automobilísticos (DWORKIN, 2010, p. 38).

O segundo tipo de princípio “orienta a discricção, estipulando os tipos de objetivos e valores que o juiz pode tomar

em consideração no exercício de sua discricionariedade” (RAZ, 1984, p. 846). Trata-se dos princípios aos quais os juízes recorrem quando estão diante de casos difíceis e que servem como critério de orientação para que as Cortes tomem suas decisões no sentido de, por exemplo, “não encorajar contratos injustos”, ou ainda, “garantir que empresas públicas atuempara o bem geral” (RAZ, 1984, p. 847).

São princípios discricionários porque tratam sobre questões controversas como a definição de “injustiça” e “bem geral”, a ser dada pela compreensão dos oficiais. O grande problema é que oficiais diferentes podem ter interpretações diferentes acerca da justiça ou do que entende como o bem geral da sociedade. Há uma margem de interpretações sobre os conceitos oriunda da linguagem e o uso dos seus termos, da mesma forma como ocorre com a aplicação das regras, o que prova que não só que a vagueza dos termos da linguagem é transferida aos princípios, como também sua ambiguidade.

Assim como as proposições jurídicas, os princípios são compostos e interpretados pela mesma linguagem cotidiana e todos os percalços que a circundam. Dworkin parece não ter se dado conta deste fato ou mesmo o ignorado completamente, a ponto de não admitir que a aplicação dos conceitos exija um julgamento para a sua aplicação. A respeito da vagueza dos princípios Raz afirma que,

A vaguedade é inerente à linguagem. É um problema que os tribunais têm de enfrentar com muita frequência. Conforme mencionado acima, os princípios, bem como as regras de interpretação, às vezes podem resolver problemas de imprecisão sem deixar espaço para discricção.

Mas os princípios em si são vagos, e a discricção em casos de imprecisão não pode ser dispensada contanto que os tribunais tenham direito a julgamento nesses casos (RAZ, 1984, p. 846)<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Tradução nossa.

Além disso, é preciso considerar que os princípios não são estabelecidos de maneira direta como as regras através da promulgação escrita, o que gera um maior grau de discricionariedade à sua aplicação do que a das regras, já que estas possuem um conteúdo mais determinante quando comparado ao caráter geral apresentado pelos princípios. Os princípios quando operam sozinhos em nada podem contribuir para o direito, pois assim como as regras que possuem textura aberta, demandam a discricção por parte de quem os aplica. Desta forma, segundo Raz, quando se está diante de situações que apresentam termos vagos ou ambíguos, os princípios chamados discricionários

apenas especificam o tipo de considerações que podem ser levadas em consideração e deixam o resto aos funcionários ou aos tribunais [...]”. O que leva à conclusão de que “ao invés de negar a discricção, eles pressupõem sua existência e a orientam (RAZ, 1984, p. 847).

Raz é enfático ao atribuir a Dworkin a discricionariedade no sentido forte que ele tanto negou existir na concepção de direito como integridade. Ao estabelecer os princípios como padrões complementares ao direito, Dworkin acreditou ter oferecido uma solução definitiva para o problema da discricionariedade. Ocorre que sua empreitada metodológica não obteve o êxito almejado pelo jurista como demonstrado acima. Os princípios são tão ou mais discricionários do que as regras, pois não eliminam a vagueza da linguagem nem apontam uma orientação inequívoca acerca da sua interpretação e aplicação.

Igualmente, não eliminam a necessidade de atuação por parte dos operadores do direito e não afasta o problema de que possam ser interpretados de acordo com suas convicções particulares ao aplicá-los aos casos difíceis. Fora isto, demandam um maior atuação por parte dos juízes que os aplicam. Neste sentido, diz-se que o problema da discricionariedade permanece em Dworkin, tanto quanto, em Hart. A diferença, contudo, é que o autor trouxe a discricionariedade para o âmbito normativo ao prescrever metas e objetivos a serem alcançados pelo direito e sua interpretação.

Neste sentido um Hartiano poderia dizer que Dworkin dedicou parte de seus esforços para atribuir a discricionariedade a Hart (pelo fato deste tê-la reconhecido como uma consequência natural da linguagem imposta ao direito) e o que chamou de direito *ex post facto*, quando, na verdade, Dworkin agiu de forma igualmente discricionária ou mais discricionária. E mais, poderia ainda argumentar que mais grave do que criar direito novo (*ex post facto*) tendo em vista um direito já positivado através das regras, é criar direito igualmente novo através dos princípios, fontes ainda mais genéricas e abrangentes do que as leis positivadas.

Esta interpretação é amparada por Raz, que entende que os tribunais nunca podem agir arbitrariamente e que diante de lacunas “um juiz deve sempre invocar alguns motivos gerais. Ele não tem discricção quando os motivos são ditados por lei” (RAZ, 1984, p. 847). O mesmo já não pode ser dito quando se está diante de princípios *prima facie*. Neste sentido, pode-se dizer que Hart não endossa uma discricionariedade no sentido forte, pois a regra de julgamento estabelece parâmetros e diretrizes para normatizar a aplicação do direito (analogia, precedente etc), funcionando como uma metarregra, mesmo diante de direito novo. Ao passo que os princípios não apresentam qualquer indicativa no mesmo sentido.

O dworkiniano poderia replicar que ao considerar a coerência, o romance em cadeia, Dworkin pretendia exatamente evitar que a aplicação do direito fosse pautada apenas nas vontades pessoais e no capricho dos operadores do direito. Mas, mesmo este argumento é rebatido através de Hart, dado que este também apresentou um conceito de direito que leva em conta a racionalidade das decisões e a importância que esta assume no direito, de forma oposta a qualquer decisionismo. O que se mostra, justamente na sua postura de deixar uma margem aberta para o julgamento de acordo com os critérios que melhor atendam as exigências demandadas com a prática jurídica, conforme apresentado no *Conceito de Direito* (HART, 2011, p. 142).

O terceiro argumento trata do peso que os princípios possuem e vai ao encontro da tese da discricionariedade forte. Neste momento não se trata mais de saber se um princípio existe ou não no direito, mas o peso que ele possui. Dworkin apresenta a teoria dos princípios como forma de eliminar a

discricionariedade forte do direito ao introduzir a ideia de peso relativo aos princípios e seu caráter de ponderação, oposta ao funcionamento das regras (*tudo-ou-nada*). Interessante se faz notar, contudo, que o novo critério oferecido possui as mesmas limitações que as regras do direito, segundo a apresentação de Dworkin.

Dworkin defendeu uma teoria de acordo com a qual o princípio que tiver maior peso é o que tem também maior encaixe ou suporte institucional, sendo o melhor. Por isso ao eleger o peso relativo de um princípio e sua aplicação ao direito é preciso ter em conta, entre outras coisas, a história da instituição jurídica revelada através dos precedentes etc., que resultará em parâmetros de coerência. A teoria dworkiniana assim expressa tem a aparência de um sistema completo e isento de possíveis críticas quanto ao seu funcionamento.

Mas, pode-se dizer que esta compreensão está certamente equivocada em dois sentidos. Primeiro porque “um princípio pode frequentemente ter sido referido pelos tribunais como vinculativo, mas possuir pouco peso”. O critério do peso pode ser visto como uma condição contingente, de tal forma que perante casos difíceis o “grau de apoio às vezes pode ser evidência do peso de um princípio, mas não precisa ser e as duas noções não estão logicamente relacionadas” (RAZ, 1984, p. 852). Um princípio pode apresentar menos peso, porém, mais capacidade de ajuste, contradizendo a conexão lógica proposta por Dworkin.

Um segundo ponto a ser considerado é que se não é possível fazer uma taxonomia dos pesos relativos a cada princípio, restará sempre uma margem de discricionariedade aos magistrados ao atribuí-los aos princípios, além do que, os juízes podem discordar quanto ao peso relativo de cada princípio. Um juiz A pode atribuir peso  $x$  ao princípio P, ao passo que o juiz B pode atribuir peso  $y$  ao mesmo princípio P. Se a importância de um princípio é mensurada pela dimensão de peso que ele possui, porém, pode haver casos nos quais um princípio possua menos peso do que outro, comparativamente, mas ainda assim ser comumente mencionado nos tribunais e, além disso, possa haver divergências sobre o peso e, igualmente, sobre o seu encaixe institucional, o critério oferecido por Dworkin deve ser considerado malsucedido.

Dworkin teria apresentado uma teoria fraca não apenas do ponto de vista da eliminação da discricionariedade no sentido

forte, mas também do critério por meio do qual pretendia realizar o direito como integridade, pois a dimensão de peso relativo a cada princípio é insuficiente para determinar as aplicações e encaixes institucionais dos mesmo na resolução de casos difíceis.

A partir disto, é possível argumentar que (i) nem sempre haverá conflitos entre princípios, tanto quanto objetar a ideia de que (ii) em casos de conflito "deve-se seguir o princípio mais importante" (RAZ, 1984, p. 832). Aliás, deveríamos perguntar princípio mais importante para quem ou para qual finalidade. Se o peso dos princípios é *prima facie* e pode variar de caso para caso, o modo de calculá-los e aplicá-los também pode ser diferente em cada contexto de sua aplicação, a depender da atribuição de valor que os magistrados fazem e os objetivos e metas que se almeja alcançar. Ou seja, de acordo com a discricionariedade dos juízes.

Este fato natural acarretado ao direito traz à luz a ideia que

embora os princípios às vezes limitem o alcance do poder discricionário dos tribunais, eles tendem a expandi-lo. Por razões mencionadas anteriormente, a lei geralmente determina com precisão o peso relativo das regras. Não é assim com princípios. A lei inclui caracteristicamente apenas indicações incompletas quanto ao seu peso relativo e deixa muito à discricção judicial a ser exercida em casos particulares (RAZ, 1986, p. 846)<sup>139</sup>.

Se não há um critério claro que permita distinguir princípios morais complementares ao direito de outros *standards* de conduta em sociedade, muito menos um critério público para mensurar os princípios, restará aberta a interpretação e o sentido oferecido pelos tribunais acerca do peso que o princípio aplicado possui. Portanto, a escolha dos princípios apresentaria margem para a atuação discricionária por parte dos juízes quando se fala em princípios. Esta condição é diferente quando se trata das regras, pois segundo Raz,

---

<sup>139</sup> Tradução nossa.

a lei geralmente determina com precisão o peso relativo das regras. Não é assim com princípios. A lei inclui caracteristicamente apenas indicações incompletas quanto ao seu peso relativo e deixa muito a discricção judicial a ser exercida em casos particulares. O alcance do poder discricionário é de fato duplamente ampliado, uma vez que não só a determinação da importância relativa dos princípios, mas também a importância relativa de cada princípio de desvio ou de seguimento em determinadas ocasiões (permanece aberta). Este assunto geralmente é confiado à discricção judicial (RAZ, 1986, p. 846)<sup>140</sup>.

Na sequência do excerto, Raz afirma que embora “os tribunais tenham discricção quanto ao peso, não significa, naturalmente, que a lei não tem nada para contribuir com a solução do caso”. Ainda que os princípios sejam discricionários, eles podem apontar um modo de solucionar um caso difícil, são significativos quanto a isto. O que não significa, é claro, que esta solução elimine a discricionarieidade forte ou possua mecanismos suficientes para determinar todos os elementos necessários para ditar uma solução exclusivamente correta (RAZ, 1984, p. 846)<sup>141</sup>.

O quarto e último argumento é o da incerteza sobre a solução gerada com a adoção do princípio escolhido. Para Dworkin, quando os juizes estão diante de um caso que demanda a aplicação de um princípio eles o elegem acreditando oferecer a melhor resposta ao caso. O problema é que além do princípio elegido outros poderiam ter sido apontados para a resolução (dada a dimensão de peso), pairando no ar a dúvida

---

<sup>140</sup> Tradução nossa.

<sup>141</sup> Como será visto no próximo capítulo, esta conclusão em nada difere do modo como Hart apresenta a aplicação das regras jurídicas, dada a sua textura aberta. Dizer que é impossível eliminar a zona de penumbra, seja da linguagem ou do direito, não significa dizer que não é possível pensar em critérios normativos para a aplicação das regras e princípios diante de casos difíceis. Ou seja, padrões que levam em consideração a história das práticas jurídicas, no intuito de apresentar o direito em sua melhor acepção.

acerca de se o magistrado teria feito a melhor escolha ao adotar determinado princípio ao invés de outro.

A tréplica do dworkiniano diante desta acusação é a de que, ao fazer a escolha de um princípio específico os juízes agem no sentido de apresentar a única resposta possível ao caso<sup>142</sup>. E por isso ela é a melhor. Contudo, se do ponto de vista normativo a adoção de um princípio pode apresentar a única resposta correta, do ponto de vista descritivo, a adoção de um princípio e as considerações sobre sua aplicação ao invés de diminuir a discricionariedade a aumenta. Basta ver a diversidade de soluções possíveis que podem ser indicadas para um mesmo caso, sob a ótica de diversos princípios.

Evidências sobre esta afirmação podem ser encontradas no próprio texto de Dworkin. O caso *Elmer* ilustra exatamente como os próprios juízes divergem sobre a melhor resposta a ser dada ao fazer uso de um princípio. Não se trata da divergência sobre a existência ou não do princípio, mas sobre a solução que ele aponta e se ela pode ser considerada, dentre as possíveis, como a melhor.

O juiz Gray, segundo Dworkin, ao proferir decisão pautou seu voto a partir da literalidade da lei, de acordo com a qual não há qualquer menção expressa que proíba que o assassino se beneficie de seu ato ilícito, dando assim, parecer favorável ao recebimento da fortuna por Elmer. O juiz Earl, por outro lado, adotou um posicionamento diferente para proferir decisão ao argumentar que embora a lei não contenha proibição expressa quanto ao recebimento da fortuna no caso em questão, “seria absurdo [...] imaginar que os legisladores de Nova York que originalmente aprovaram a lei sucessória pretendessem que os assassinos pudessem herdar” a fortuna de suas vítimas. Segue ele afirmando que “por essa razão a verdadeira lei que promulgaram não continha tal consequência” nefasta (DWORKIN, 2014, p. 24).

Em tese, o caso *Elmer* não seria analisado como um caso difícil, pois havia um direito positivado no Estado de Nova Iorque tratando sobre testamentos e heranças. Apesar disto, segundo Dworkin, os juízes julgaram necessário complementar o direito com a introdução de princípios. Ocorre que esta introdução

---

<sup>142</sup> Para uma discussão mais detalhada sobre o assunto ver o capítulo sobre Dworkin e a tese da resposta correta na seção 4.2 desta tese.

complementar proporcionou maior espaço para discricionariedade do que haveria se a aplicação literal do direito nova-iorquino tivesse sido mantida.

Felipe Sousa apresenta uma passagem esclarecedora sobre este assunto, realizada a partir das considerações que Robert Alexy faz dos escritos dworkinianos. Para Sousa, Dworkin acredita ter oferecido uma solução definitiva à discricionariedade ao introduzir a noção de princípios ao direito

Essa solução, porém, não é menos controversa, pois abre espaço à objeção de que se confere uma ampla esfera de liberdade para que qualquer aplicador do Direito possa deixar de aplicar uma regra válida quando quer que ele identifique uma colisão do princípio que serve de justificativa a essa regra com algum outro princípio do ordenamento jurídico considerado como mais importante, *i.e.* em termos mais simples, o aplicador estaria *sempre livre*, em toda e qualquer situação concreta, para afastar a aplicação de uma regra *válida* em virtude de ela restringir um princípio que ele, aplicador, julgue como mais importante do que o princípio que serve de razão para a referida regra (SOUSA, 2011. p.106).

A introdução dos princípios ao direito abre a prerrogativa de que os tribunais possam preterir o direito positivado em prol de princípios implícitos. Mas, considerado os problemas que permeiam os princípios e sua aplicação expostos acima, fica provado como mais do que claro que aos princípios é reservado um espaço discricionário igual ou maior do que o que pode ser atribuído as regras, haja vista o caráter geral dos princípios. O exemplo trazido por *Elmer* é determinante para mostrar que se os magistrados tivessem se fiado unicamente no direito positivado teriam oferecido uma resposta jurídica satisfatória do ponto de vista jurídico, além de ter retirado o caso da incidência de casos difíceis.

Desta forma, o Hartiano poderia argumentar que se os juízes tivessem se detido exclusivamente ao direito positivado teriam oferecido uma resposta ao caso, de acordo com os

parâmetros procedimentais do direito. Ao passo que um dworkiniano poderia alegar que solução positivista, contudo, não é a mais sensata, pois desconsidera as implicações morais que acompanham o proferimento da decisão e que, a partir dos princípios, o juiz também apresentou uma solução ao caso. O que, aliás, não se está a negar nesta tese. A defesa que se tem feito é a de que ainda que o direito positivado do Estado de Nova Iorque não fosse considerado o mais moral, ele permaneceria como uma solução juridicamente válida. E que a introdução da moralidade ao direito não é parte de uma obrigação jurídica, por isso, quando o juiz Earl o fez ele apenas atribuiu ao direito uma exigência moral não determinante, agindo de forma discricionária ao aplicar um princípio implícito ao direito considerado por ele mais importante do que o direito posto.

Esta divergência apenas serve para mostrar a diferença metodológica entre os autores e que o argumento de Hart acerca da tese da separabilidade se mantém plausível, ao passo que a aceitação da moral como fundamento para o direito se apresenta como uma tese problemática. Entre as objeções que podem ser levantadas contra Dworkin está a de que diz respeito à pluralidade de moralidades presentes nas mais variadas comunidades.

É sabido que o objetivo de Dworkin ao condicionar o direito à moralidade era garantir que as decisões fossem razoáveis e justas. Para tanto, o mesmo padrão moral deveria ser aceite pela sociedade, se não em sua totalidade, ao menos por grande parte da mesma. Este ideal moral do direito, entretanto, pode esconder dois mitos de acordo com Joseph Raz. O primeiro é o de que “existe um conjunto considerável de valores morais específicos compartilhados pela população de um país grande e moderno” e que este critério comum compartilhado seria capaz de agregar todos os valores dentro de um padrão comum que pode ser chamado de “moral” (RAZ, 1983, p. 850). Essa tese é problemática em dois sentidos. Primeiro porque a partir dela incorre-se no risco de opressão que a minoria pode impor à maioria, através do ideal de “moral comum”. Segundo, porque este ideal, entre outras coisas, “permite aos juizes apoiar um

ponto de vista partidário, enquanto se disfarçam como servos de um consenso geral” (RAZ, 1984, p. 850)<sup>143</sup>.

O segundo mito, por sua vez, trata sobre as motivações práticas da sociedade. “Este mito afirma que, como todos nós temos um desejo geral de prosperidade, progresso, cultura, justiça, etc., todos queremos precisamente as mesmas coisas e apoiamos exatamente os mesmos ideais” (RAZ, 1984, p. 850). Ocorre, como visto acima, que a própria linguagem dos conceitos de justiça e progresso, entre outros, é vaga. Sua compreensão pode variar de acordo com cada intérprete, por isso não é possível delimitar um só uso para tais conceitos. Cada indivíduo ou grupo pode ter uma concepção sobre o que entende como correspondente à justiça, inviabilizando uma mobilização interpretativa unívoca em torno destes ideais.

Um grupo de indivíduos pode considerar que um progresso ocorre, por exemplo, quando se obtém êxito em manter padrões morais conservadores como os que proíbem a união entre pessoas do mesmo sexo, enquanto outros grupos podem considerar a permissão em lei do casamento homoafetivo como o maior de todos os progressos morais que uma sociedade moderna pode alcançar. Neste sentido,

muitos desacordos sobre objetivos mais específicos e sobre valores menos gerais é o desentendimento moral genuíno, que não pode ser resolvido por meio do apelo às formulações de valor mais gerais que todos endossamos, pois estas possuem diferentes interpretações para diferentes pessoas. Os tribunais tendem com demasiada frequência a afirmar que uma política específica implica a crença em algum valor geral, evitando assim uma justificativa concreta de sua decisão, mantendo a retórica de objetivos comuns e valores comunitários e

---

<sup>143</sup> É interessante notar que ao criticar o pragmatismo Dworkin afirmou que os juízes praticam uma “nobre mentira” ao falar sobre as regras e os padrões, que seriam apenas um disfarce para suas volições pessoais (DWORKIN, 2014, p. 194). Dworkin, entretanto, incorre no mesmo erro, porém, no âmbito da moralidade ao postular que o direito deve ser fundamentado por um ideal comum de moralidade.

endossando posições partidárias sem admitir isso. Alguns juízes podem ser cativos dos mitos que ajudam a perpetuar (RAZ, 1984, p. 850)<sup>144</sup>.

Conectado a este problema está o de desconsiderar as características que as sociedades modernas possuem, entre elas, a pluralidade de padrões que as formam. Hart apresenta os perigos de defender a possibilidade de uma moralidade homogênea nas sociedades modernas, desrespeitando a pluralidade de padrões concorrentes que a compõem ao afirmar que

se juízes podem criar direitos com base em princípios morais, o que nos garante que não teremos uma verdadeira tirania de juízes? Se tivermos bons juízes, teremos bons direitos; se tivermos maus juízes, teremos (ou não teremos) maus direitos. Será que um regime democrático pode conviver com esse grau de incerteza; será que vale a pena a comunidade política correr esse risco. A regra de reconhecimento – em meu modelo – vem conferir estabilidade ao sistema, vinculando os direitos e deveres dos cidadãos não ao pesadelo realista do arbítrio judicial, ou – que resulta no mesmo efeito deletério – nobre sonho de meu ex-aluno Dworkin, que acredita que uma mitologia jurídica – encarnada na figura de Hércules – dará conta de encontrar direitos morais certos para solucionar casos difíceis (HART Apud DANTAS, 2014, p. 5).

Na mesma esteira de Hart e Raz pode-se incluir Andrei Marmor. Ao escrever *Should We Value Legislative Integrity?*, o autor demonstra possuir o mesmo entendimento sobre a necessidade de que um Estado que comunga de ideais liberais respeite o pluralismo moral. Por isso, ao ter proposto que o fundamento do direito e sua aplicação deve atender à princípios morais, Dworkin teria incorrido em contradição. Para Marmor, é

---

<sup>144</sup>Tradução nossa.

impraticável a defesa de um Estado liberal e, ao mesmo tempo, um modelo de direito pautado na integridade legislativa, sob o sonho de uma moral comum. Os ideais que melhor justificam o direito a partir da moral, bem como das decisões jurídicas que são tomadas de acordo com este ideal podem pôr em risco as diferentes concepções morais concorrentes das sociedades modernas (MARMOR, 2004, p. 10).

Marmor afirma que diante deste modelo jurídico de estabelecimento de integridade legislativa o “vencedor leva tudo” (MARMOR, 2004, p. 13)<sup>145</sup>, o que distancia Dworkin dos ideais liberais almejados e o coloca frente à ideia amplamente rechaçada por ele de direito *ex post facto*. Ao criticar o direito aplicado *ex post facto*, o autor criticou tanto a prática dos juízes quanto o resultado originado por este tipo de direito, exatamente por entender que ele gera um resultado injusto, por ser unilateral. Ao decidir e aplicar o direito *ex post facto* Dworkin acusa o juiz de beneficiar apenas uma das partes do processo quando, em verdade, ambas tinham igual direito a vencer a disputa jurídica.

De forma análoga, imagine a situação em que o magistrado julgue o caso de acordo a visão moral estabelecida pelos princípios morais implícitos ao direito e assumidos pela maioria dos indivíduos que compõem a sociedade, conforme proposto por Dworkin. Considere também que uma das partes envolvidas no processo possui a mesma visão (maioria) subscrita no princípio aplicado ao direito e a outroparte não. Esta, portanto, possui uma visão moral (minoría) diferente da que foi que adotada como fundamento para o princípio jurídico aplicado ao caso pelos tribunais.

A parte derrotada no processo alega ter sido prejudicada pela visão que fundamentou o princípio adotado e argumenta que sua visão moral (minoría) é melhor do que a utilizada e, portanto, era ela que deveria ter sido aplicada ao direito e o fundamentado. Por isso, acredita ser legítimo argumentar que a parte vencedora do processo se beneficiou da desconsideração, por parte dos tribunais, da pluralidade de concepções morais coexistentes naquela sociedade. A crítica é a de que ao fiar-se nos princípios morais para sentenciar o juiz adotou uma visão

---

<sup>145</sup> No original: “integrity basically entails a ‘winner takes all’ strategy, which is directly at odds with respect for reasonable value pluralism” (MARMOR, 2004, p. 13-14).

moral unilateral que desrespeita a pluralidade de valores morais que compõem a sociedade, sobrepondo sua visão às demais.

Este raciocínio leva a uma questão adicional sobre a criação do direito novo: os princípios eliminam a criação de direito novo? No *Pós-Escrito* Hart lança mão dos escritos de Raz para reforçar seu argumento de que a introdução dos princípios aos casos não cobertos pelo direito não elimina o caráter *ex post facto* das decisões, nem a discricionariedade da escolha dos juízes. Segundo Hart,

Deve observar-se que alguns teorizadores, nomeadamente Raz, sustentam que, seja qual for eventualmente o estatuto dos juízos morais, sempre que o direito exija que os tribunais apliquem padrões morais para determinar o direito, ele confere desse modo aos tribunais um poder discricionário e dá-lhes directivas para o usarem de acordo com o seu melhor juízo moral, ao criarem o que é um direito novo; não convertem deste modo a moral em direito pré-existente (HART, 2011, p. 316).

Ainda que a moral pudesse ser convertida em direito este fato só revelaria uma inclusão de conteúdo ao direito de forma discricionária. Isso porque a convenção seria feita tendo como critério a noção de moralidade adotada pelo juiz quando do momento a decisão da sentença e neste caso, teria-se igualmente direito novo. A diferença é que em Hart mesmo quando há direito novo ele deve ser submetido ao crivo das regras secundárias, ou seja, há uma série de procedimentos estabelecidos para cancelar uma regra como parte do direito. Ao passo que Dworkin parece pressupor que a capacidade de julgamento moral do magistrado é suficiente para eleger os princípios e afirmá-los como parte integrante do direito, conferindo a eles caráter vinculado ao direito.

Este ideal dworkiniano só seria passível de realização através da figura mitológica de Hércules que dispõem de capacidade intelectual e tempo sobrenaturais. O problema é que os sistemas jurídicos são regulados por juízes humanos, que além de não possuírem o estatuto epistemológico peculiar à Hércules, trabalham com uma noção real de prazos para

proferimento dos despachos. O que nos leva a concluir que o sistema jurídico de Dworkin é inaplicável ao contexto real dos tribunais e suas práticas.

Retomando a discussão sobre o pluralismo moral, os argumentos de Raz, Hart e Marmor estão alinhados no sentido de mostrar que é impossível desconsiderar a diversidade cultural e moral que constituem as democracias e as dão identidade. E que assumir esta postura implica em ter de arcar com o ônus de ou considerar que os padrões morais serão sempre discricionários, pois não abarcam a pluralidade moral, ou ter que assumir que projeto dworkiniano de direito liberal desconsidera as individualidades.

Portanto, ou se assume que a moral pode ser restrita a uma única interpretação e corre-se o risco de postular padrões morais que nada correspondem ao direito liberal, ou deve-se aceitar que os princípios morais que complementam o direito, possuem uma margem de abertura muito maior do que as regras que compõem o direito, e por isso, podem ser considerados mais discricionários do que as regras que possuem um conteúdo mais específico e determinante<sup>146</sup>. Não no sentido que Dworkin atribui a elas, mas no sentido em que Hart postula o papel das regras jurídicas e o funcionamento do direito, a partir da postura assumida pelos juízes. Desta forma,

apenas nos **hard cases** o juiz pode agir com discricionariedade (não com arbitrariedade, evidentemente). Prefiro um juiz escrevendo no quadro branco da discricionariedade, do que um juiz que – a título de criatividade – invoque direitos naturais ressuscitados com o nome de direitos morais (HART Apud DANTAS, 2014, p. 5).

Novamente, Hart insiste na distinção entre discricionariedade e a arbitrariedade dos decisionismos por acreditar que diante de casos difíceis é menos impactante para as sociedades modernas que os juízes adotem uma postura

---

<sup>146</sup> O emprego da expressão determinante não significa o mesmo que *tudo-ou-nada*, mas que expressam padrões claros e direitos para a ação.

discricionária do que recorram a um sistema moral uniformizado e os perigosos oferecidos por tal sistema, como o da sua degeneração em tirania. A discricionariedade (e não arbitrariedade) seria um preço menos caro a ser pago pelo direito democrático das sociedades modernas.

Frente ao exposto e através da reconstrução das ideias dos autores mencionados acima afirma-se que a moralidade é um critério problemático para pensar a fundamentação do direito quando o que está em jogo é a pluralidade moral dos indivíduos que integram a sociedade. Esta tese, entretanto, não subscreve o ceticismo moral e a concepção de que é impossível estabelecer acordos significativos sobre valores que formam as sociedades. O argumento aqui empregado foi o de que o caráter dinâmico e abrangente da moral torna os princípios mais abrangentes e os coloca sob uma textura aberta nos mesmos moldes das regras. Desta constatação não se segue a afirmação de que os princípios não possam ser elucidativos em alguns casos, apenas que não estão tão longe da discricionariedade como Dworkin pretendia.

## CAPÍTULO 6- UM ÚLTIMO ARGUMENTO EM FAVOR DE HERBERT HART

Esta seção tem como objetivo apresentar um último argumento em favor de Hart no que diz respeito à discricionariedade jurídica. O argumento aqui defendido é o de que não há discricionariedade forte em Hart, apenas discricionariedade fraca. Este argumento será defendido a partir das regras secundárias de reconhecimento e de julgamento, que normatizam a estrutura do sistema jurídico e o comportamento dos oficiais, restringindo sua atuação no sentido de evitar que os tribunais baseiem suas decisões em decisionismos e arbitrariedades.

Para tornar a discussão mais clara é preciso esclarecer no que consiste a discricionariedade forte e como ela se origina. Ao apresentar os diferentes tipos de discricionariedade Dworkin apontou duas causas para a discricionariedade forte: (i) o decisionismo jurídico, proveniente de teorias jurídicas que afirmam a tese da separabilidade e (ii) a criação de direito *ex post facto*<sup>147</sup>. No que diz respeito ao primeiro tópico, ficou provado na discussão acima que Hart afirma que existe uma textura aberta, mas que este fato não condiciona a atuação dos juízes à prescrição de suas volições pessoais disfarçadas de direito.

É preciso ter em conta que em momento algum Hart negou que os juízes e os tribunais possam incorporar valores morais e regras morais ao sistema jurídico ou recorrer a elas em casos que demandam uma complementariedade do direito. Ficou demonstrado a partir de citações que foram feitas pelo próprio autor que a regra de reconhecimento (que é uma convenção social sobre a obrigação e atuação dos juízes) é um critério abrangente que entre outras coisas, contém elementos morais para a sua definição (HART, 2011, p. 320).

Desta forma, como é possível afirmar que a regra de reconhecimento não pode incorporar critérios morais, mas somente estruturais como Dworkin afirmou? Princípios são padrões implícitos ao direito. A regra de reconhecimento também é um padrão não explícito, geral, que pode ser composta pela

---

<sup>147</sup> DWORKIN, 2010, p. 70-71 e DWORKIN, 2014, p. 194.

constituição, legislação, precedente, moral, etc. também é um padrão intersubjetivo adotado pelos tribunais que reconhecem a obrigação de manter uma conduta proba enquanto funcionários dos tribunais. Se a regra de reconhecimento e os princípios apresentam as mesmas características, porque somente a teoria de Hart é discricionária e deixa espaço para lacunas?

Estas afirmativas assim postas parecem mostrar que há uma confusão feita por Dworkin na compreensão do modo como Hart estabelece o funcionamento do direito. Confusão esta que uma vez explicada, permite desmistificar a postura Hartiana acerca do funcionamento do sistema jurídico, bem como afirmar que, em tese, não há discricionariedade forte em Hart. Só haveria se Hart tivesse apresentado o direito tal como Dworkin o apresentou e atribuiu a Hart.

Já no que diz respeito a criação do direito *ex post facto* a pergunta que se apresenta é a de como é possível dizer que os juízes praticam uma espécie de decisionismo e arbitrariedade ao decidir um caso não coberto pelo direito positivado, se a eles é estabelecido um padrão normativo a ser seguido, tanto do ponto de vista das obrigações que eles têm perante ao direito quanto das obrigações que o próprio sistema jurídico estabelece?

Os procedimentos regulados pela regra de reconhecimento versam sobre o modo como o direito é organizado e estabelecido e o comportamento que os oficiais devem ter. Eles oferecem um parâmetro normatizador ao direito e permitem que se objete a afirmação de que não há qualquer critério normativo na teoria Hartiana de direito. Portanto, ainda que Hart tenha afirmado que os juízes algumas vezes agem de forma discricionária ao aplicar direito a um caso não coberto ou que seria melhor assim agir ao invés de se abster de dar uma solução ao caso, os juízes devem fazê-lo de acordo com os próprios critérios oferecidos pelo direito, através da regra de reconhecimento e de julgamento.

Há desta forma uma diretriz clara determinada pelo próprio direito que impede que os juízes ajam de forma decisionista ao eleger a forma como aplicação direito novo. Ainda que diante de um caso não coberto pela lei possa ser afirmado que o juiz está aplicando direito novo, o modo como deve fazer esta aplicação não é igualmente nova, muito menos carente de parâmetros de orientação procedimental.

A regra de reconhecimento estabelece parâmetros para a aplicação do direito quando não há uma norma positivada clara

que possa ser aplicada ao caso e, por isso, as decisões não são feitas de forma aleatória, mas de acordo com um procedimento estabelecido pela própria regra de reconhecimento. O próprio Dworkin reconhece que mesmo as decisões ditas discricionárias não devem ser compreendidas como fruto das volições do aplicador do direito, ou seja, “que o poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade” (DWORKIN, 2010, p. 53). Portanto, além de haver parâmetros que normatizem a escolha de outras regras que serão aplicados ao caso não coberto pelo direito, há um procedimento a ser adotado pelos oficiais no exercício de suas funções como, por exemplo, a analogia.

Uma vez estabelecido o que é direito, quais regras que compõem o sistema jurídico e podem ser consideradas válidas do ponto de vista das fontes que as produziram, Hart se preocupa em regulamentar uma metarregra que coordenaquem deve ficar encarregado de aplicar o direito e qual procedimento deve adotar a fim de realizar este objetivo, ou seja, do rito processual. As regras de julgamento são regras secundárias responsáveis por normatizar os indivíduos que irão julgar o caso e o processo de devem seguir ao realizar tal julgamento.

O fato de ter pensado um sistema jurídico com regras secundárias que normatizam a aplicação das regras primárias conduzindo o direito a partir de critérios normativos mostra um traço característico do sistema de direito descrito pelo autor: a normatividade. Além disso, estas distinções permitem afirmar com alto grau de certeza a preocupação do autor em estabelecer diretrizes que descrevem o direito em sua melhor luz, desmistificando as afirmações feitas no sentido de atribuir ao direito resultante da união de regras o caráter de discricionário.

As regras secundárias impossibilitam que os tribunais apliquem direito discricionário forte. Ainda que os juízes quisessem agir de modo discricionário forte seriam impedidos pela própria estrutura do direito e a regulação imposta por suas regras e as exigências que estas determinaram tanto para o direito como para os tribunais. Aos juízes só seria lícito agir de forma discricionária para opor-se as teorias formalistas e textualistas. Prática esta devidamente regulada por regras.

Tendo em vista que cada sistema jurídico pressupõe uma regra de reconhecimento encarregada de estabelecer critérios normativos e procedimentais ao direito e a sua aplicação, é possível afirmar que

mesmo quando os tribunais têm discricção, o seu poder discricionário é quase sempre orientado por lei, o que exige que ele seja exercido de uma determinada maneira e com base em certo número de considerações e em nenhum outro” (RAZ, 1986, p. 1115)<sup>148</sup> .

Ao apresentar sua teoria jurídica em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin afirmou que a condição para que uma teoria jurídica descritiva normativa seja considerada uma boa teoria ela deve satisfazer alguns requisitos. Sua estrutura deve ser composta por uma teoria da legislação e uma teoria da jurisdição, conforme apresentado no segundo capítulo desta tese, e que o positivismo não era uma teoria capaz de atender a estas exigências.

O que se percebe, entretanto, é que a teoria descritiva de Hart satisfaz ambos os requisitos através da regra secundária de julgamento. Primeiro porque possui uma estrutura do ponto de vista da legislação, segundo porque a estrutura da jurisdição e os padrões que os juízes devem seguir são determinados pela mesma regra. Pois, como afirmou Hart, “além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir” (HART, 2011, p.106). E neste sentido, afasta-se como uma hipótese possível a tese da discricionariedade forte em Hart, haja vista a estrutura do direito formado a partir da união de regras primárias e secundárias.

---

<sup>148</sup> Tradução nossa.

## CONCLUSÃO

Ao longo desta tese pretendemos desfazer alguns mal entendidos acerca da concepção positivista de direito defendida por Herbert Hart. Fizemos isto através da reconstrução das teorias que influenciaram o jurista inglês e se constituíram como decisivas para a consolidação do direito baseado na união de regras. Através das regras é possível definir o que é direito e o seu funcionamento.

No desenrolar do percurso repetimos reiteradamente que Hart é um positivista inclusivo e aceita que componentes morais façam parte do direito, desde de que devidamente ratificados pela regra secundária de reconhecimento; que Hart ao escrever *O Conceito de Direito* tinha como objetivo apresentar uma teoria descritiva sobre o funcionamento do direito e, portanto, sua teoria não é prescritiva; que apesar disto é possível inferir um critério de normatividade intrínseco ao direito trazido à luz através da noção de regras; que o papel destas é fornecer um critério normativo de orientação para a conduta dos indivíduos em sociedade, tanto quanto, para a atuação dos tribunais; que as regras estabelecem não só o que é direito como quem deve aplicá-lo e segundo quais critérios; que as proposições do direito são formadas pela linguagem natural que possui uma textura aberta e que esta é transferida ao direito, cuja consequência é acarretar uma margem de discricionariedade ao direito.

Todos estes esclarecimentos e definições foram feitos a partir das obras do autor e seus comentadores, que permitiram um maior esclarecimento sobre o tema tratado no presente trabalho. Este recurso bibliográfico também permitiu esclarecer algumas leituras equivocadas atribuídas ao autor e derivas, sobretudo, da interpretação que Ronald Dworkin fez de Hart. Interpretação esta considerada falaciosa porque distorce alguns conceitos Hartiano no intuito de acomodar as críticas a ele dirigidas. Entre os conceitos que foram atribuídos a Hart de forma distorcida pode-se destacar o positivismo, as regras e a discricionariedade jurídica.

O positivismo apresentado por Dworkin em *o Império do direito* e em *Levando os direitos a sério* parece não corresponder de forma fidedigna à concepção apresentada em *O Conceito de Direito*, como mostrado ao longo do debate entre os autores. Hart

não endossa uma concepção convencionalista sobre o direito, muito menos um tipo de positivismo semântico. Ao contrário, apresenta uma descrição minuciosa sobre o direito positivado através das suas regras de funcionamento.

Embora Hart tenha como objetivo oferecer uma análise geral e descritiva sobre o direito é possível afirmar que o direito tal como descrito por Hart possui critérios normativos que garantem ao direito caráter distintivo das demais regras sociais compartilhadas pela sociedade. O direito é considerado um fenômeno social tanto porque surge das práticas humanas quanto as regula. Embora tenha defendido uma tese das fontes, Hart concede que outros padrões sociais normativos podem ser incorporados ao direito e determinar o conteúdo de suas regras. Fazendo com que o direito se torne mais condizente com as demandas sociais de aplicabilidade. Esta incorporação, entretanto, não implica na adoção da moral como fundamento do direito e das práticas dos tribunais.

Igualmente as regras jurídicas não operam segundo o caráter de *tudo-ou-nada*. As regras tanto podem possuir uma margem de certeza quanto uma zona de penumbra, haja vista que a linguagem que as compõe possui lacunas que não podem ser eliminadas. Ao afirmar que as regras operam segundo lógica do tudo-ou-nada Dworkin ignorou a distinção feita por seu oponente acerca da zona de penumbra. Por isso afirmamos que a interpretação de Dworkin é uma caricatura do positivismo jurídico de Hart.

Também objetamos a ideia de que Hart teria defendido uma teoria discricionária do direito. Mostramos que ao tratar sobre a discricionariedade é necessário distinguir o plano normativo e descritivo. Além disso, argumentamos que como a proposta de Hart era oferecer uma teoria geral descritiva do direito, sua abordagem acerca da discricionariedade deveria ser restrita apenas a este âmbito. Defendemos a ideia de que em momento algum Hart postulou que o direito é discricionário. Ao contrário, ele apenas descreveu que o direito pensado enquanto um fenômeno jurídico formado pela união de regras primárias e secundárias tem, entre outras características, a de possuir uma brecha, uma lacuna, que dá margem para uma atuação discricionária por parte dos juizes. Mas dissemos que, mesmo esta afirmação, deve ser vista como parte da teoria descritiva que o autor propôs.

Acompanhado do argumento que lançamos em favor de Hart, argumentamos no sentido de mostrar como a correta compreensão das ideias do autor permite desfazer a falsa ideia de que a discricionariedade é apresentada a partir do âmbito normativo, isto é, como se Hart a tivesse prescrito ao direito. Em outras palavras, esclarecemos que apesar de constatar a discricionariedade como pertencente ao sistema jurídico e oriunda da textura aberta da linguagem e das proposições do direito, em momento algum Hart endossou a tese de que ao juiz é permitido agir de forma decisionista.

É possível perceber no autor uma preocupação em descrever o direito e as práticas dos tribunais a partir de diretrizes normativas que, entre outros objetivos, conferem ao direito e sua estrutura um parâmetro normativo e aos juízes um critério a ser cumprido. O que pode ser percebido a partir da regra de reconhecimento e a regra de julgamento. Não é plausível afirmar que Hart aceita qualquer tipo de arbitrariedade quando do momento de decidir os casos difíceis, haja vista que os juízes devem obedecer um critério para aplicação do direito, mesmo quando não há direito positivado.

Estes argumentos foram tecidos tendo em vista as ideias encontradas na obra mestre de Hart e nas ideias defendidas por Joseph Raz (1986) e Andrei Marmor (2004). Mostramos que ambos os autores comungam do entendimento de que ao estabelecer as regras secundárias do direito Hart teria proposto uma leitura de um direito que se orienta por padrões normativos. E mais, que é possível fazer uma leitura não valorativa de um objeto valorativo, tal como o direito. Isto mostra como é possível manter a tese da separabilidade e, ainda assim, encontrar no direito um caráter normativo. Sem recorrer para tanto a critérios morais.

Não obstante, as ideias de Raz foram decisivas na argumentação da tese proposta neste trabalho, qual seja: a de que os princípios são mais discricionários do que as regras. Tendo em vista os argumentos apresentados por Dworkin sobre o direito e o papel que os princípios exercem no sentido de eliminar a discricionariedade e através das ideias defendidas por Raz apresentamos uma crítica a Dworkin. Objetamos que a proposta jurídica de Dworkin tenha sido capaz de resolver o problema da discricionariedade jurídica como ele pretendia.

Fizemos isso ao apresentar quatro sentidos através dos quais é possível afirmar que os princípios são mais discricionários do que as regras.

Como os princípios são mais gerais do que as regras, não são definidos nos mesmos moldes, não podem ser verificados no mesmo sentido que as regras positivadas, eles demandam uma maior atuação dos tribunais quando estes fazem usos destes padrões morais abstratos e implícitos ao direito. Gerando com isso uma série de questionamentos sobre a eficácia e efetividade dos princípios no que tange a sua capacidade de eliminar a discricionariiedade. Tendo isso em vista, não só lançamos uma defesa da teoria Hartiana do direito como a usamos para apresentar a crítica de que Dworkin teria incorrido nos mesmos problemas que ele afirmou haver na teoria de Hart.

As críticas que Dworkin fez a Hart e o modo como ele apresentou a teoria do direito como integridade pautado na concepção de princípios proporcionou respaldo teórico para que fosse possível inverter a acusação que pesava contra Hart e atribuí-la a Dworkin. Para tanto, mostramos todas as fragilidades da teoria jurídica fundamentada em princípios morais e a impossibilidade de que ela lide com os casos difíceis. Entre as fragilidades tratadas destaca-se o fato de que os princípios possuem uma margem de textura aberta inerente a linguagem natural que os formam, tal como as regras.

Se uma das causas da discricionariiedade se deve ao fato de que a linguagem é composta uma textura aberta, uma margem de vagueza e nebulosidade, que formam as proposições do direito é inevitável não estender esta mesma nebulosidade aos princípios. Ainda que houvesse respostas a serem descobertas pelo direito, saber qual delas possui maior peso ou ajuste institucional, como os princípios requerem para poder serem aplicados, nos coloca frente ao problema da escolha por parte dos tribunais.

Somado a isto, é possível ainda argumentar que mesmo quando há um princípio inerente ao direito, sua aplicação ao caso difícil não deixa de caracterizar direito novo. A aplicação de padrões morais ao direito não torna este direito menos novo do que a aplicação de regra feita por analogia nos casos difíceis. Além disso, é preciso ter em conta o fato de que o juiz Hércules é um juiz imaginário e que o direito é aplicado a casos reais, que exige julgadores com capacidades reais.

Todas estas acusações que pesam contra Dworkin evidenciam que, embora o autor tenha apresentado o direito como integridade como uma alternativa mais eficaz ao problema da discricionariedade jurídica, Dworkin não foi capaz de resolver o problema. A textura aberta da linguagem, a discricionariedade jurídica e a necessidade de que os juízes muitas vezes apliquem direito diante da inexistência de direito posto permanece como uma característica do direito. Por isso tem-se argumentado que Dworkin não resolveu o problema, apenas o deslocou dentro do debate jurídico.



## REFERÊNCIAS

A. Dolcetti, L. Duarte d'Almeida, & J. Edwards, eds., Reading H.L.A. Hart's: *The Concept of Law*. Oxford:Hart Publishing, 2013.

AMORIM, Leticia. B. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*: Esboço e críticas. Revista de Informação Jurídica. Brasília, 2005. N. 165 jan/ mar.

ANDRADE, José Maria de. *Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 103 p. 458 - 474 jan./dez. 2008.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge University Press, 1995.

BAKER, G. "Verehrung und Verkehrung: Waismann and Wittgenstein". In: LUCKHARDT, C. G. (ed.). *Wittgenstein – Sources and Perspectives*. Sussex: Harvester Press, 1979.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. J. H. Burns and H. L. Hart (Ed.).Oxford University Press, 1996.

BIX, Brian. "On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism", Notre Dame Law Review, Vol. 75. 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola;PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 13.ed. Brasília: UnB, 2008. Título original: Dizionario di política. 2 v.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 mar. 2018.

CAMPBELL, Tom. *Reriting Hart's Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism*. Problema. *Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho*. N. 5. Universidad Nacional Autónoma de México: 2011.

COLEMAN, Jules. (ed.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DALL'AGNOL, Darlei. *Seguir regras: uma introdução às Investigações Filosóficas de Wittgenstein*. Pelotas: Ed. Da UPel, 2011.

DANTAS, D. D. Entrevista de Herbert Hart e Ronald Dworkin a David Diniz Dantas. *Sapere Aude*. Minas Gerais, 2014. Ano 2, volume 7. *Dicionário de teoria e filosofia do direito*/ coordenador geral Alexandre Travessoni. São Paulo, LTr, 2011.

DIMOULIS, D. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, D. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 – (Justiça e direito).

\_\_\_\_\_. *Constitutionalism and Democracy* in *European Journal of Philosophy*, Vol. 3, 1995.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

ENDICOTT, Timothy. *Herbert Hart and the semantic sting*. In: COLEMAN, Jules. (ed.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

FERKANY, M. *The Objectivity of WellBeing*. *Pacific Philosophical Quarterly*. 2012.

FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. 2 Ed. Oxford: University Press, 2011.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GREEN, L. *The Morality in Law*. In: Reading HLA HART'S the Concept of Law. Oxford and Portland. Oregon, 2013.

GLOCK, H. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

HART, H. L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. *El Nuevo Desafío del Positivismo Jurídico*. In: Sistema, nº 36. Madrid: Original inédito, 1980. p.3-18.

\_\_\_\_\_. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2011.

\_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRALY, César. *O guarda-chuva de regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart*. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

KRIPKE, S. A. *Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1982.

KOZICKI, K. *Herbert Hart e o positivismo jurídico: textura aberta do direito e discricionariedade judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.

MACCORMICK, N. H. L. A. *Hart*. Tradução Cláudia Santana Martins; revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PLANTE, Marie-Andrée; Anais Voy-Gillis. *Ronald Dworkin's criticism of pragmatism*. Political Dialogues, Paris, 2014.

MARMOR, Andrei. *Should We Value Legislative Integrity?* University of Southern: California Law School Los Angeles, CA. 2004.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências / Democracy and judicial activism: some considerations about causes and consequences*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 16, p. 183-216, 2016.

PERRY, S. R. *Hart's Methodological Positivism* In: Hart's Postscript: Enssays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: University Press, 2005.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RAZ, Joseph. *Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison*. In: Legal Theory, vol 4., 1998: pp. 249-282.

\_\_\_\_\_. *Dworkin: A New Link in the Chain*, V. 74 Cal. L. Rev. 1103 (1986).

\_\_\_\_\_. *Legal Principles and the Limits of Law*. In: COHEN, Marshall (ed.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, Nova Jersey: Rowman & Allanheld, 1984. p.73-87.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Edipro: São Paulo, 2000.

SHAUER, F. *Playing by the Rules*. A philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Claredon Press, 1998.

SHINER, R. A. *Hart and Hobbes*. Wm.& Mary L. Rev. 201 (1980).V. 22. Issue 2. Art.3.

SILVA, João Oliveira Correia (da). Amartya Sen: *Desenvolvimento como liberdade*. (Programa de Doutorado em Economia) Faculdade do Porto/ Portugal, S/d. Disponível em <[http://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/desenv\\_liberdade.pdf](http://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/desenv_liberdade.pdf)>. Acesso em: 22/02/2017.

SCHLICK, Moritz. *Sentido e verificação*. In: *Coletânea de textos: Moritz Schlick e Rudolf Carnap*. Trad. de Luiz Paulo Baraúna e Pablo Ruben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1985, (Coleção Os Pensadores).

SOUSA, Felipe Oliveira de. *O raciocínio jurídico entre regras e princípios*. Revista de informação Jurídica. Brasília, 2011. N. 192 out/ dez.

STRUCHINER, N. *Direito e Linguagem. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRAVESSONI, A. *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo, LTr, 2011.

WACQUANT, L. J. D. 1996. *Positivismo*. In: OUTHWAITE, W. & BOTTOMORE, T. (orgs.). *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro : J. Zahar. 1993.

WAISMANN, F. "Verifiability". In: Flew, A. G. N. (ed.). *Logic and language* (first series). Oxford: Brasil Black-well, 1978.

WALDRON, Jeremy. *Planning for Legality* (Review Essay) (2011), 109, Michigan Law Review, Vol. 109, pp. 883, 2012.

\_\_\_\_\_. *Normative (or Ethical) positivismin* COLEMAN, Jules (org.). *Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: OUP, 2002.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZILHÃO, A. *Do círculo de Viena à filosofia analítica contemporânea*. Lisboa: Livros de Areia Editores, 2007.