

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

**PARA ALÉM DO MODELO DE REGRAS: EM DEFESA DO POSITIVISMO
JURÍDICO EXCLUSIVO**

**BEYOND THE MODEL OF RULES: IN DEFENSE OF EXCLUSIVE LEGAL
POSITIVISM**

**Guilherme Bonato Campos Caramês
Cesar Felipe Bolzani**

Resumo

Uma polêmica que ganhou vida na segunda metade do séc. XX conhecida como o debate Dworkin-Hart marcou o que seria um momento extremamente rico para a teoria do direito. Aqui, nos concentraremos na primeira fase dessa polêmica, aquela caracterizada pelo trabalho O Modelo de Regras I de Ronald Dworkin. A proposta deste autor refere-se à uma fenomenologia do julgar que foi acatada por parte do positivismo jurídico e rejeitada por outra, operando assim uma cisão no positivismo entre inclusivistas e exclusivistas. No centro de todo o debate está a tese da separação entre direito e moral e suas possíveis interpretações. A partir da análise das respostas oferecidas à Dworkin por Jules Coleman e Joseph Raz, principalmente, ficarão demonstradas as diferentes concepções surgidas no interior do positivismo, terminando por se fazer uma defesa do positivismo jurídico exclusivo de Raz.

Palavras-chave: Positivismo jurídico exclusivo, Positivismo jurídico inclusivo, Debate dworkin-hart, Tese da separação, Direito e moral

Abstract/Resumen/Résumé

A polemic that gained life in the second half of the 20th century known as the Dworkin-Hart debate has determined what would be a very rich moment for the theory of law. Here, we will concentrate on the first phase of the polemic, which was characterized by the work The Model of Rules I by Ronald Dworkin. This authors proposal refer to a phenomenology of judgement which was incorporated by part of legal positivism and rejected by another, creating a separation in legal positivism between inclusivists and exclusivists. In the center of the whole debate there is the separability thesis between law and moral and its possible interpretations. From the analysis of the answers offered to Dworkin by Jules Coleman and Joseph Raz, mostly, this paper will demonstrate the different conceptions that gained life on the interior of legal positivism, and in the end it will offer a defense of exclusive legal positivism in Raz's terms.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Exclusive legal positivism, Inclusive legal positivism, Dworkin-hart debate, Separability thesis, Law and moral

1. INTRODUÇÃO

Um debate que conquistou grande importância na última metade do séc. XX, ainda hoje possui grande destaque na filosofia do direito. Essa polêmica entre “O Conceito de Direito” de H. L. A. Hart, de um lado, e as críticas avançadas por Ronald Dworkin, de outro, marcou uma das fases mais frutíferas da teoria do direito. O debate se estenderia a tal ponto que passaria por quase todas as questões problemáticas para a ciência e a filosofia jurídica: a tese da separação, os limites do direito, o papel das normas, os limites da objetividade, a função e os limites da interpretação, entre outros aspectos.

Nesse trabalho, nos interessa principalmente analisar a primeira fase desse debate. Aquela marcada pelos argumentos de Dworkin em seu “O Modelo de Regras I” e pelas várias respostas oferecidas pelos autores da tradição positivista. O ataque de Dworkin gerou profundas revisões da teoria positivista e uma cisão entre inclusivistas e exclusivistas. No centro desse debate, e dessa cisão, encontra-se a discussão sobre os limites do direito e seu critério de identificação, mas, ainda mais importante, encontra-se uma renovada discussão sobre a relação entre direito e moral.

Começaremos com um olhar detalhado dos argumentos de Dworkin para, em seguida, analisar as respostas oferecidas pelo positivismo jurídico inclusivo e exclusivo, principalmente nas versões de Jules Coleman e Joseph Raz, respectivamente. Dessa forma, será exposto de maneira geral o primeiro embate que marcou o que seria a filosofia do direito e o positivismo jurídico contemporâneos.

2. DWORKIN E O MODELO DE REGRAS

Nenhum filósofo do direito contemporâneo consideraria o artigo “O Modelo de Regras I” de Ronald Dworkin como um trabalho profundamente importante de sua teoria. Muitas de suas grandes ideias só viriam a se materializar em trabalhos futuros, como “O Modelo de Regras II” e, principalmente, sua obra mais influente, “O Império do Direito”. Ainda assim, não é possível falar em positivismo contemporâneo, ao menos em língua inglesa, sem passar pelas fortes críticas avançadas por Dworkin naquele primeiro trabalho.

“O modelo de regras I” atuou como um grande provocador do positivismo, obrigando os pensadores dessa escola a questionar visões e conceitos que pareciam bem definidos no “O conceito de direito” de H. L. A. Hart. Na história do positivismo jurídico não se encontra um momento mais frutífero do que esse que se segue aos ataques de Dworkin. Diferentes autores

encontraram críticas diferentes no modelo de regras e, mais importante, ofereceram respostas diferentes, o que levou o positivismo a uma nova fase e uma nova divisão entre inclusivismo e exclusivismo, que veremos a seguir. Agora, nos importa compreender o que foram essas críticas.

A argumentação de Dworkin cria uma caracterização especial do positivismo. Suas críticas são direcionadas especificamente a teoria de H. L. A. Hart. Para Dworkin, o positivismo estaria comprometido com quatro proposições centrais: (1) a regra de reconhecimento (tese do *pedigree*); (2) o modelo de regras; (3) a tese da separação; e (4) a tese da discricionariedade (COLEMAN, 2009). O ataque mais importante de Dworkin, como veremos, será à tese da separação entre direito e moral. Conforme explica o autor, o positivismo falhou em agregar a questão da importância dos princípios para a prática jurídica e nisso, falhou em reconhecer o funcionamento desses princípios como fonte de natureza moral na argumentação jurídica. Os princípios, em contraste com as regras em sentido estrito, afirmariam razões jurídico-morais que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado.

A tese do *pedigree* refere-se a uma restrição na norma de reconhecimento proposta por Hart. Para Dworkin:

O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e 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, 2002, p. 29)

Dessa primeira tese, pode-se inferir que Dworkin atribui ao positivismo o caráter de ser um “modelo de regras”. Com isso, quer dizer que o positivista reconhece como parte do direito apenas regras que possuam um *pedigree* derivado da norma de reconhecimento. Como Dworkin afirma: “... o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e (...) sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”. (DWORKIN, 2002, p. 29)

Esses padrões (*standards*) referidos são: políticas (*policies*), princípios e regras. O positivismo de Hart enquanto tal modelo proposto e enquanto vinculado a uma tese de *pedigree* (na norma de reconhecimento), não seria capaz de demonstrar a totalidade do direito, devendo por isso ser abandonado. Para elucidar tal explicação, Dworkin cita o caso *Henningsen contra*

Blooming Motors Inc., julgado pela Suprema Corte Americana, onde *Henningsen* havia assinado um contrato segundo o qual a responsabilidade do fabricante de carros limitava-se ao conserto das partes defeituosas, substituindo quaisquer outras garantias, obrigações ou responsabilidades. *Henningsen*, argumentou que o fabricante deveria ser responsabilizado pelas despesas médicas e materiais das pessoas envolvidas em acidente decorrente de defeito de fabricação, mas não conseguiu encontrar nenhuma lei que fornecesse suporte a sua tese.

Ainda assim a Corte acatou os pedidos do autor, sob o argumento de que a liberdade de contrato pode ser limitada e é no presente caso, já que fabricantes de automóveis possuem uma obrigação especial em relação aos seus carros, devido aos perigos enfrentados pelo motorista.

Disso Dworkin extrai que há uma diferença de natureza lógica entre princípios jurídicos e regras jurídicas. Ainda que ambos sejam standards para decisões relativas às obrigações jurídicas, eles se distinguem “quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 39). Ou seja, ou uma regra é válida para o caso concreto, e por isso o resolve e o conclui, ou não é válida para o caso concreto, e por isso em nada contribui para a decisão. O caráter “tudo ou nada” ficaria evidente ao considerarmos o enunciado segundo o qual um testamento não é válido se não for assinado por três testemunhas. Aqui a regra aplica-se ou não, sem maiores ponderações.

Princípios, por outro lado, não possuem este caráter. Ao enunciar o princípio de que “fabricantes de carros possuem uma responsabilidade especial”, não se segue nenhuma consequência jurídica automática. Tudo o que se pode dizer é que “ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como uma razão que inclina numa ou noutra direção” (DWORKIN, 2002, p.42).

Dessa maneira, regras e princípios possuiriam naturezas diferenciadas. Princípios possuem uma dimensão de peso ou importância.

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia (DWORKIN, 2002, p. 42).

Regras, por outro lado, são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. Ou se aplicam ao caso, ou não. Em casos de conflitos de regras, porém, será necessário recorrer a

considerações que estão além do sistema de regras. Pode-se dar precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou, ainda, à regra que é sustentada pelos princípios com maior grau de importância.

Com isso, resta inegável que princípios são utilizados pelas cortes, mas ainda cabe a questão de serem os princípios parte do direito ou não. Para Dworkin, um positivista responderia que não, por estar comprometido com o direito enquanto sistema de regras validadas por uma norma de reconhecimento. Disso, segue-se que um positivista explicaria o uso de princípios a partir de sua (4) tese da discricionariedade:

... podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extraleais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar. (DWORKIN, 2002, p. 46)

Dworkin explica que se os positivistas estiverem corretos em relação a tese do *pedigree*, de fato não se pode considerar princípios como possuindo obrigatoriedade de lei, porém, tal incompatibilidade entre princípios e a teoria positivista, mostraria a falha dessa linha de pensamento por não enfrentar a questão dos princípios. Considerando o papel destes na justificação dos juízes e no direito, uma teoria que os leve em consideração com certeza ofereceria vantagens em relação a uma outra que não, de forma que seria necessário oferecer uma abordagem que trate os princípios como parte do direito e, por isso mesmo, como juridicamente obrigatórios.

Caso nenhum princípio seja considerado como obrigatório pelos juízes, nenhuma regra – ou poucas regras – seriam consideradas como obrigatórias para chegar a uma decisão. É um fato que juízes, no direito anglo-saxão, desconsideram regras em muitos casos em favor de princípios, pois as leis estão sujeitas a interpretação e reinterpretação.

Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista. Portanto, o positivista deve argumentar que existem padrões, obrigatórios para os juízes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida” (DWORKIN, 2002, p.59).

Para Dworkin é necessário que um princípio justifique a modificação ou revogação da regra, como no caso *Henningsen*. Para isso é necessário que existam princípios importantes para o caso determinado, ou nenhuma regra estaria a salvo. Encontrar *standards* que permitam modificar a regra exigiria que se considerasse alguns *standards* como obrigatórios, como, por

exemplo, a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, o que conferiria aos tribunais uma necessidade de limitarem suas decisões pelos atos do Legislativo. Incluem-se também os princípios da equidade, da eficiência e da justiça.

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. (DWORKIN, 2002, p. 63).

O ponto central dos argumentos de Dworkin, refere-se ao uso que o direito faz de princípios que são morais em sua natureza lógica e, mais, que esse uso demonstra que certos princípios morais seriam juridicamente obrigatórios e, por isso, parte do direito. Se esta tese proposta por Dworkin estiver correta, o conceito de Direito defendido por Hart entrará em colapso. Isto porque, o argumento de que princípios morais são elementos necessariamente vinculados ao direito faria com que a tese de que todas as leis são regras caísse por terra:

Nesse caso, (1), o modelo de regras falha. Se tais normas [princípios] são direito, seu status como tal depende do seu conteúdo, isto é, no fato de que eles expressam uma demanda ou dimensão de justiça. Sua legalidade não depende de sua identificação como tal por uma regra de reconhecimento. Isso significa que (2), a regra de reconhecimento também falha. Mais ainda, se princípios morais são ou podem ser normas jurídicas, então não pode haver o tipo de separação entre direito e moral que a tese da separação propõe. Nesse caso, (3), a tese da separação falha. Se princípios podem ser vinculantes sobre os juízes e não opcionais, isto sugere que onde os positivistas enxergam discricionariedade, a melhor visão é que existe lei vinculante. Assim, (4), a tese da discricionariedade não pode ser sustentada. Em resumo, se aceitarmos a evidência fenomenológica como decisiva, então todos os quatros axiomas do positivismo não podem ser sustentados. Isto deixaria o positivismo sem, por assim dizer, uma perna para se apoiar.¹ (COLEMAN, 2009, p. 367)

Essas críticas avançadas por Dworkin provocaram o que ficou conhecido como o debate Dworkin/Hart. Importante ressaltar que o debate não foi marcado apenas pela atuação dos dois autores. Houveram defesas de ambos os lados feitas por vários pensadores da teoria

¹ Tradução livre de: “In that case, (1), the model of rules fails. If such norms are law, their status as such depends on their content, that is, on the fact that they express a demand or dimension of justice or fairness. Their legality does not depend on their being identified as such by a rule of recognition. This means that (2), the rule of recognition, fails as well. Moreover, if moral principles are or can be legal norms, then there cannot be the kind of separation of law and morality that the separability thesis envisions. In that case, (3), the separability thesis fails. If moral principles can be binding on judges and not optional for them, this suggests that where positivists see discretion, the better view is that there is binding law. Thus, (4), the discretion thesis cannot be sustained. In short, if we accept the phenomenological evidence as decisive, then all four tenets of legal positivism must be abandoned. This leaves legal positivism without, so to speak, a leg to stand on.”

do direito. A própria resposta de Hart só veio muitos anos mais tarde, com a publicação da segunda edição do “O Conceito do Direito”, contendo os pós-escritos do autor.

O debate operou profundas mudanças no positivismo jurídico, que se viu obrigado a aceitar parte dos argumentos de Dworkin. Nisso o positivismo dividiu-se em inclusivo e exclusivo. Aquele representado por H. L. A. Hart, Wilfrid Waluchow, Jules Coleman, entre outros, e este representado por Joseph Raz, Andrei Marmor, entre outros. O eixo do debate que se seguiria em diversas matrizes teóricas (inclusivistas, exclusivistas, jusnaturalistas, intepretativistas e teóricos da razão comunicativa) versou muito mais sobre o significado teórico envolvido na prática argumentativa envolvendo princípios do que propriamente sobre o uso de princípios pelos juristas. (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 166-179)

O exclusivismo, aqui representado por Raz, afirmará que Dworkin estava correto ao afirmar que os princípios são amplamente presentes no raciocínio jurídico e que eles não possuem um pedigree (não derivam de questões de fato). Raz questiona porém que estes princípios façam parte do conceito de direito. Para este autor, eles são parâmetros extrajurídicos frequentemente usados, tanto como as regras da lógica, da geometria, ou normas de outras jurisdições ou mesmo convenções internas de uma empresa.

Os inclusivistas, por outro lado, acolheram a fenomenologia do julgar, segundo a qual os princípios fazem parte do conceito de direito, pois verifica-se que os juízes os utilizam e consideram necessário fazê-lo.

Os positivistas inclusivistas aceitaram, de modo geral, o argumento hartiano de que o critério de validade jurídica está enraizado numa convenção fundamental, isto é, numa regra de reconhecimento que se manifesta por meio de um complexo conjunto de práticas de aplicação do direito realizadas pelos juízes e também por outros funcionários do Estado encarregados nessa aplicação. Dessa forma, são essas práticas convencionais que constituem a base do direito. Se, por um motivo contingente, nessas práticas se incluírem o reconhecimento da força vinculante dos princípios em razão de seus conteúdos (sua razoabilidade, sua justiça, etc.), então o direito, nessas situações, poderá envolver princípios jurídicos de natureza moral como direito, e não como meros princípios extrajurídicos. (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 170)

Em resumo: princípios morais podem fazer parte do direito, desde que sejam reconhecidos por uma norma de reconhecimento como tal. O positivismo inclusivista discorda portanto de Dworkin no que se refere ao seu ataque a tese das fontes sociais: mesmo os princípios não pertencem a uma dimensão diferente daquela das regras, pertence sim ao conjunto dos fatos sociais e é verificado na norma de reconhecimento. Analisaremos mais a fundo alguns argumentos avançados pelas duas frentes do positivismo.

3. POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO

Para o positivismo ligado a H. L. A. Hart, existe um *standard* que determina quais normas de uma comunidade são jurídicas: a regra de reconhecimento. Essa regra não pode limitar-se a dizer que é “o *standard* em toda comunidade segundo o qual as normas jurídicas de uma comunidade foram determinadas”. Isso seria uma afirmação trivial, ainda que analiticamente verdadeira. Nesse sentido, é importante delimitar qual a função exata da regra de reconhecimento.

Segundo Jules Coleman a regra de conhecimento representa uma noção ambígua: possui tanto um (a) sentido epistêmico quanto um (b) sentido semântico. “Num sentido [a], a regra de reconhecimento é um *standard* que alguém pode utilizar para identificar, validar ou descobrir o direito de uma comunidade. Num outro sentido [b], a regra de reconhecimento especifica as condições que uma norma deve satisfazer para constituir parte do direito de uma comunidade”² (COLEMAN, 1982, p. 5). Segundo Coleman, o positivismo jurídico está comprometido apenas com o sentido semântico da regra.

Assim, se a regra de reconhecimento for compreendida como a regra que especifica as condições de validade jurídica de uma norma, Coleman afirma que é possível responder às críticas de Dworkin construindo uma regra de reconhecimento que inclua princípios morais, assim como regras enquanto *standards* jurídicos obrigatórios. “Resumidamente o argumento é esse: ainda que alguns princípios morais sejam juridicamente obrigatórios, nem todos os princípios morais são jurídicos”³ (COLEMAN, 2982, p. 12). De forma que deve existir um teste para distinguir princípios morais juridicamente obrigatórios daqueles que não o são.

Uma regra é uma regra jurídica se possui uma característica C; e um princípio moral é um princípio jurídico se possuir uma característica C'. A regra de reconhecimento então afirma que uma norma é jurídica se, e apenas se, possuir C ou C'. Uma vez que essa regra de reconhecimento é formulada, tudo que Dworkin atribui ao positivismo, além do modelo de regras, sobrevive. A regra de reconhecimento (semântica) sobrevive, já que a juridicidade de uma norma não depende se ela é uma regra ou um princípio, mas sim da satisfação das condições de legalidade avançadas por uma regra de reconhecimento. A tese da separação sobrevive desde que nem todo sistema jurídico concebível tenha em sua regra de reconhecimento uma cláusula C'; isto é, uma cláusula que determine condições de legalidade para alguns princípios morais, ou se

² Tradução livre de: “The notion of a rule of recognition is ambiguous; it has both an epistemic and a semantic sense. In one sense, the rule of recognition is a standard which one can use to identify, validate, or discover a community’s law. In another sense, the rule of recognition specifies the conditions a norm must satisfy to constitute part of a community’s law.”

³ Tradução livre de: “Briefly the argument is this: Even if some moral principles are legally binding, not every moral principle is a legal one.”

possuir tal cláusula, deve existir pelo menos um sistema jurídico concebível onde nenhum princípio a satisfaça. Finalmente, um argumento pela discricionariedade judicial – aquela que não se baseia na controvérsia, mas na possibilidade de esgotamento dos padrões jurídicos – sobrevive. Isto é, apenas um número determinado de padrões possuem C ou C', assim um caso pode surgir onde nenhum padrão jurídico sob uma regra de reconhecimento seja adequado para a sua resolução. Nesses casos, juízes devem apelar para padrões extrajurídicos para resolver disputas.⁴ (COLEMAN, 1982, p. 13)

Portanto, a compreensão da regra de reconhecimento em seu sentido semântico, permite incluir princípios morais enquanto obrigações jurídicas sem de fato rechaçar a tese da separação e a discricionariedade judicial, ainda que, sobre elas exerça forte influência, lhes conferindo significados diferentes daqueles da teoria tradicional de H. L. A. Hart. A tese da separação sofre uma profunda mudança em relação aquilo que Dworkin pretendia. A tese da separação, no positivismo jurídico inclusivo, existe enquanto for concebível um sistema jurídico em que princípios morais não sejam parte do direito de acordo com uma regra de reconhecimento (não sejam *standards* jurídicos obrigatórios), estabelecendo, portanto, que não há uma relação necessária entre direito e moral, mas sim uma relação possível.

A regra de reconhecimento também requer alguns esclarecimentos. Como veremos a seguir, o positivista exclusivista adiciona à regra de reconhecimento uma restrição, que afirma que todo critério de validade vem de fontes sociais. Dessa maneira, o exclusivista incorpora a tese do *pedigree* de Dworkin naquilo que Joseph Raz chamará de *sources thesis* (tese das fontes); (RAZ, 2009, p. 37-53). O inclusivista, por outro lado, rejeita tal restrição, permitindo que em alguns casos a validade de uma norma seja definida por sua moralidade.

Há aqui uma diferença entre os fundamentos e o conteúdo dos critérios de validade. Enquanto o exclusivista exige que o conteúdo dos critérios seja delimitado por fontes sociais, o inclusivista restringe tal exigência apenas aos fundamentos dos critérios, ou seja, os critérios devem ser fundados em um fato social – pela convenção entre as autoridades – mas os critérios

⁴ Tradução livre de: “A rule is a legal rule if it possesses a characteristic C; and a moral principle is a legal principle if it possesses a characteristic C1. The rule of recognition then states that a norm is a legal one if and only if it possesses either C ou C1. Once this rule of recognition is formulated, everything Dworkin ascribes to positivism, other than the model of rules, survives. The (semantic) rule of recognition survives, since whether a norm is a legal one does not depend on whether it is a rule or a principle, but on whether it satisfies the conditions of legality set forth in a rule of recognition. The separability thesis survives just so long as not every conceivable legal system has in its rule of recognition a C1 clause; that is, a clause that sets out conditions of legality for some moral principles, or it it has such a clause, there exists at least one conceivable legal system in which no principle satisfies this clause. Finally, one argument for judicial discretion – the one that relies not on controversy but on the exhaustibility of legal standards – survives. That is, only a determinate number of standards possess either C or C1, so that a case may arise in which no legal standard under the rule of recognition is suitable or adequate to its resolution. In such cases, judges must appeal to nonlegal standards to resolve disputes.”

podem fazer referência a exigências morais. Por este motivo, Coleman acredita que o positivismo jurídico inclusivo é o caminho mais adequado para superar as críticas de Dworkin:

Como o positivismo jurídico inclusivo permite que alguns princípios morais possam ser juridicamente vinculantes em virtude de seus méritos ou valores, não sua fonte ou *pedigree*, o positivista jurídico inclusivista está preparado para aceitar mais suposições de Dworkin do que o positivista que insiste que a legalidade de princípios morais depende inteiramente de sua fonte. (...) Diferentemente de Dworkin, porém, o inclusivista defende que se a moralidade é ou não uma condição de legalidade num sistema jurídico particular depende de uma regra social ou convencional, nomeadamente a regra de reconhecimento.⁵ (COLEMAN, 2008, p. 108)

O ponto central do argumento de Coleman, que deve ser ressaltado, é o de demonstrar que o positivismo não está comprometido com os axiomas que Dworkin o atribui. De fato, a tese da separação, a discricionariedade e a regra de reconhecimento nascem como consequências descritivas da teoria e possuem um significado diverso daquele citado por Dworkin.

Coleman também demonstra com muita clareza, que o positivismo não é e nunca se pretendeu como um modelo de regras. Nesse sentido seria possível afirmar que as críticas de Dworkin podem ser rebatidas pela mera negação do argumento de que o positivismo seguiria tal modelo. Hart, de fato, nunca fez tal afirmação e em seus pós-escritos ainda esclareceu o problema que Dworkin apontou:

Muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não conclusiva. Mas ao usar a palavra “norma”, não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou quase conclusivas. (HART, 2009, p. 339)

Hart explica que, em verdade, havia considerado a existência de padrões jurídicos variáveis, que guiam a decisão, mas não a esgotam por completo (HART, 2009, p. 169-173). Tais padrões seriam exatamente o que Dworkin chama de princípios, ainda que a terminologia seja outra. Como Joseph Raz bem explica, o uso que Hart faz da palavra “regra” não é o mesmo

⁵ Tradução livre de: “Because inclusive legal positivism allows that some moral principles can be legally binding in virtue of their merits or value, not their source or pedigree, the inclusive legal positivist is prepared to accept more of Dworkin’s suppositions than is the positivist who insists that the legality of moral principles depends entirely on their source. (...) Unlike Dworkin, however, the inclusive legal positivist holds that whether or not morality is a condition of legality in a particular legal system depends on a social or conventional rule, namely the rule of recognition.”

de Dworkin. Por regra, Hart refere-se àquilo que Dworkin chama de padrões (*standards*)⁶. Assim, se o argumento do modelo de regras falha, então toda a argumentação de Dworkin estaria errada. Se o coração do argumento é que o positivismo não dá conta da realidade dos princípios, então devemos rejeitá-lo por ser falso.

4. POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO: RESPONDENDO DWORKIN

Uma outra linha de resposta possível para os argumentos de Dworkin foi desenvolvida pelo que ficou conhecido como positivismo jurídico exclusivo, representado principalmente por Joseph Raz. Este autor afirmará que Dworkin possui uma compreensão errada do que são os princípios, rejeitando seu argumento fenomenológico. Além disso, rejeitará a própria distinção entre regras e princípios oferecida.

Segundo Raz, uma distinção lógica de regras e princípios em seu uso não-jurídico é preferível àquela que não tem nenhuma correspondência não-jurídica (RAZ, 1972, p. 834). Essa é uma afirmação importante. Vários conceitos utilizados no direito não são de sua exclusividade, mas pertencem também a outros campos relevantes da vida social e da moral. Regras e princípios estão em jogo quando tomamos decisões não-jurídicas. O que diferencia a regra jurídica da regra moral, nesse caso, deve ser o mesmo que diferencia o princípio jurídico do princípio moral.

Em primeiro lugar, porém, devemos analisar a diferença lógica entre regras e princípios, para depois analisar as diferenças entre normas jurídicas e não-jurídicas. Raz explica que mesmo quando se fala exclusivamente de regras ou de princípios, não se fala de uma categoria lógica única de coisas. Regras e princípios podem ser distinguidos em várias categorias. Dworkin parece tratar exclusivamente de regras e princípios de obrigação em seu “*O Modelo de Regras I*”. Segundo Raz, toda regra ou princípio de obrigação declara que “uma certa classe de pessoas (os sujeitos normativos) devem praticar certo ato (o ato normativo) em certas circunstâncias (as condições de aplicação)”⁷(RAZ, 1972, p. 836).

Nesse sentido, especifica que regras tratam de um ato normativo relativamente específico, enquanto princípios tratam de um ato normativo altamente amplo. Essa seria a

⁶ “Professor Dworkin’s mistake lies in assuming that when Austin was talking about commands he was referring to what Professor Dworkin calls rules. But this is not the case. Neither Hart use ‘rules’ in the same sense as Professor Dworkin. By ‘rules’ he means what Professor Dworkin seems to mean by ‘standards’, namely rules, principles or any other type of nome (whether legal or social)” (RAZ, 1972, p. 845).

⁷ Tradução livre de: “a certain class of persons (the “norm-subject”) ought to perform a certain act (the “norm-act”) in certain circumstances (the “conditions of application”)”.

diferença lógica entre regras e princípios. Raz explica que temos certa resistência em aceitar tal distinção, pois aplicamos regras e princípios de formas diferentes na razão prática – tão diferentes que os conceitos parecem possuir outras características especiais além do seu grau de especificidade. Mas essa é uma intuição errada. A diferença é um resultado da própria distinção lógica. Princípios possuem uma aplicação prática muito mais ampla devido ao seu caráter altamente inespecífico, o que também permite que o princípio seja usado para justificar uma regra, mas não o contrário.

Raz argumenta, portanto, que a distinção lógica proposta por Dworkin entre regras e princípios está incorreta. Mesmo quando se fala de normas jurídicas, a distinção refere-se ao grau de especificidade da norma e não ao caráter “tudo ou nada” ou à dimensão de peso – características que todas as normas possuem e não apenas regras ou princípios. Compreendida essa distinção, devemos analisar a defesa que Raz faz da tese da discricionariedade e da regra de reconhecimento. Estas teses permitem que este autor afirme existir um *limite do direito*. Raz demonstra como as teses do limite do direito, da natureza das regras e princípios, do papel da discricionariedade judicial e do critério de identidade de um sistema jurídico estão relacionados. Cabe começar com a discricionariedade.

4.1. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Raz trabalhará com discricionariedade no sentido forte, o que não significa dizer que onde tal discricionariedade for exercida qualquer coisa vale. Casos de poder discricionário são governados por leis que delimitam o campo de atuação do juiz. O que se quer dizer aqui é apenas que existem casos nos quais as leis não determinam uma decisão correta.

O professor Dworkin argumenta que (1) o direito inclui princípios assim como regras. Disso ele conclui que (2) as cortes nunca possuem discricionariedade no sentido forte. Segue, ainda que ele não faça a conclusão nesse ponto, que (3) a tese dos limites do direito está errada. Eu vou argumentar que (3) de fato segue de (2), mas que (2) não segue de (1) e está em qualquer caso errado.⁸ (RAZ, 1972, p. 844)

Em linhas gerais, se as cortes não possuem poder discricionário, segue que todas as razões que um juiz pode usar em sua decisão são razões jurídicas. Por outro lado, se cortes

⁸ Tradução livre de: Professor Dworkin argues that (1) the law includes some principles as well as rules. From this he concludes that (2) the courts never have discretion in the strong sense. It follows, though he does not draw the conclusion at this point, that (3) the thesis of the limits of law is wrong. I shall argue that (3) does indeed follow from (2), but that (2) does not follow from (1) and is in any case wrong.

possuem poder discricionário, segue que em alguns casos os juízes são obrigados a buscar *standards* extrajurídicos, por exemplo, nos valores da comunidade.

“O professor Dworkin está primariamente preocupado em argumentar que existem princípios juridicamente vinculantes. Mas isso nunca foi negado por ninguém, muito menos pelos positivistas.”⁹ (RAZ, 1972, p. 845). A base do argumento de Dworkin é que alguns princípios são jurídicos, portanto, não há discricionariedade. Nesse sentido, Dworkin está correto ao afirmar que um conjunto de princípios pode determinar um resultado, mas possibilidade não é sinônimo de necessidade. E é a necessidade, e não a possibilidade, que Dworkin tem que estabelecer para seu argumento possuir alguma força. Para Raz o único sistema jurídico que poderia não possuir discricionariedade judicial seria um que proibisse a corte de julgar quando a lei não esgotasse o caso. Tal sistema parece não existir.

Raz afirma que sistemas jurídicos normalmente possuem pelo menos três fontes de discricionariedade. (1) *Vagueza*; (2) *Peso*; (3) *Leis de Discricionariedade*. (1) decorre da vagueza não apenas das leis, mas da própria linguagem – ou em termos mais conhecidos, é o que Hart chama de textura aberta da linguagem e, conseqüentemente, do direito (HART, 2009, p. 161-176). A leitura de regras a partir de princípios pode resolver o problema, mas princípios tendem a ser vagos de forma que essa nem sempre é uma solução; (2) decorre do peso dos princípios. Ainda que princípios possam limitar ou excluir a possibilidade de discricionariedade, a tendência é exatamente oposta. A definição do peso e a escolha dos melhores resultados é um trabalho altamente discricionário; (3) decorre do fato de que:

a maioria dos sistemas jurídicos contêm leis concedendo discricionariedade às cortes, não apenas em relação ao peso de considerações juridicamente vinculantes, mas também para agir sobre considerações que não são juridicamente vinculantes. Tal discricionariedade pode ser, e normalmente é, guiada por princípios. Esses princípios, porém, não ditam as considerações a serem levadas em conta, mas meramente o limite do alcance dessas considerações¹⁰ (RAZ, 1972, p. 846).

É possível distinguir entre princípios de discricionariedade e princípios substantivos, estes estipulando um objetivo ou valor a ser protegido e aqueles atuando no sentido estipular quais objetivos e valores um juiz *pode* levar em conta no exercício da discricionariedade. O uso

⁹ Tradução livre de: “Professor Dworkin is primarily concerned to argue that there are legally binding principles. But this has never been denied by anyone, least of all by the positivists”.

¹⁰ Tradução livre de: “Most legal systems contain laws granting courts discretion, not only as to the weight of legally binding considerations, but also to act on considerations which are not legally binding. Such discretion may be, and usually is, guided by principles. These principles, however, do not dictate the considerations to be taken into account, but merely limit the range of the considerations”

de princípios, nesse sentido, afirma Raz, longe de afastar a tese da discricionariedade, comprova sua existência. Princípios são usados no exato sentido de guiar a discricionariedade.

Quando a discricionariedade é negada, o direito dita quais padrões devem ser aplicados por todos os juízes. Quando a discricionariedade é permitida, cada juiz pode seguir diferentes razões, mas deve acreditar que elas são as melhores. Não fosse assim a discricionariedade poderia ser equacionada apenas com arbitrariedade, impulse ou capricho.¹¹ (RAZ, 1972, p. 848).

Estes argumentos, porém, não resolvem o problema apontado por Dworkin. A grande questão apontada por este autor refere-se as fontes do direito. Dworkin acredita que uma fonte do direito é a moral da comunidade, e afirma que, em alguns casos, princípios morais aceitos como padrões (*standards*) de uma comunidade podem figurar como boas razões para decidir uma causa. Este seria um ataque direto a tese da separação. Raz argumenta que esse não é o caso. Analisaremos aqui algumas de suas ideias em relação as fontes.

Princípios jurídicos podem ser promulgados ou revogados por legislaturas ou autoridades governamentais. Podem também tornar-se juridicamente obrigatórios pelos precedentes das cortes, ainda que, nesse caso, possuam uma diferença essencial com a adoção de regras pelo precedente. Princípios, diferentemente de regras, não podem se tornar parte do direito com um único precedente, mas evoluem como o costume no ordenamento jurídico, e tornam-se vinculantes apenas quando adquirem suficiente suporte das autoridades.

Sobre o uso de princípios morais, Raz afirma que a moralidade que Dworkin tem em mente, refere-se às normas morais que foram adotadas como normas sociais em uma sociedade. Nenhum positivista negaria que o Direito faz uso desse tipo de princípio e em nada esse uso enfraquece a tese dos limites do direito. O uso desses princípios é perfeitamente concebível no espaço da tese da discricionariedade. Para enfraquecer esta tese, Dworkin precisaria estabelecer que princípios de cunho social sejam automaticamente vinculantes juridicamente. Como vimos, Dworkin diz que este de fato é o caso, mas essa é uma afirmação enganosa.

Em muitos sistemas (ou na esmagadora maioria), um juiz tem sua discricionariedade limitada aos valores que não lhe são individuais, que possuem suporte de um segmento da população. Em alguns casos, porém, juízes podem disfarçar seus princípios adotados enquanto pertencentes a algo maior que um mero segmento da população:

¹¹ Tradução livre de: “When discretion is denied the law dictates which standards should be applied by all the judges. When discretion is allowed each judge is entitled to follow different reasons but he must believe that they are the best. Otherwise, discretion can be equated only with arbitrariness, whim and caprice.”

Infelizmente, alguns juízes costumam afirmar que os valores que eles reforçam não são meramente valores de alguns, mas incorporam a consciência nacional, representam o consenso nacional, são universalmente reconhecidos, etc. Isto talvez seja retórica inofensiva se compreendido como tal. O professor Dworkin, porém, nos pede para conceder interpretação literal de tais pronunciamentos das cortes. As cortes aplicam o que pensam ser os valores da comunidade. Segue-se que está errado considerar que os juízes agem de acordo com suas próprias crenças, como fazem os legisladores. Eles podem estar errados em suas visões do que são os valores da comunidade, mas se esse é o caso eles estão errados sobre um ponto do direito, pois se eles estão vinculados a aplicar os valores da comunidade, tais valores são parte do direito.¹² (RAZ, 1972, p. 850).

Raz ainda distingue entre dois mitos reforçados por essa interpretação literal da retórica judicial. O mito da moralidade comum (*myth of common morality*), que afirma haver um considerável conjunto de valores morais compartilhados pela população de uma determinada jurisdição (comunidade), e o mito de que a maioria dos valores gerais oferecem direcionamentos suficientes para conclusões práticas:

Este mito afirma que, como possuímos um desejo geral por prosperidade, progresso, cultura, justiça, e assim por diante, todos nós queremos precisamente as mesmas coisas e apoiamos exatamente os mesmos ideais; e que todas as diferenças entre nós são resultantes de desacordos de fato sobre as políticas mais eficientes para assegurar os objetivos comuns. Em verdade, muitos desacordos sobre objetivos mais específicos e sobre valores menos gerais são desacordos genuinamente gerais, que não podem ser resolvidos ao apelar para as formulações mais gerais de valores que todos nós apoiamos, pois eles carregam diferentes interpretações para diferentes pessoas.¹³ (RAZ, 1972, p. 850)

Com o exposto, sobrevivem a tese da separação e a tese da discricionariedade. Raz parece estar correto em fazer uma distinção entre realidade e retórica, demonstrando o erro dos argumentos baseados na fenomenologia do julgar. Esses erros, veremos mais à frente, foram o que embasaram o positivismo jurídico inclusivo. Mas agora, nos resta uma última questão em aberto. Definimos que existe, de fato, um limite ao direito, resultado principalmente de sua

¹² Tradução livre de: “Unfortunately, some judges like to claim that the values they endorse are not merely the values of some but embody the national consciousness, represent the national consensus, are universally acknowledged, etc. This is perhaps harmless rhetoric if it is understood as such. Professor Dworkin, however, urges us to give literal interpretation to such pronouncements from the bench. The courts apply what they think are community values. It follows that it is wrong to regard them as acting on their own beliefs as legislators do. They may be wrong in their views of what the values of the community are, but if so they are wrong on a point of law, for since they are bound to apply community values these are part of the law.”

¹³ Tradução livre de: “This myth holds that, since we all have a general desire for prosperity, progress, culture, justice, and so on, we all want precisely the same things and support exactly the same ideals; and that all the differences between us result from disagreements of fact about the most efficient policies to secure the common goals. In fact, much disagreement about more specific goals and about less general values is genuine moral disagreement, which cannot be resolved by appeal to the most general value-formulations which we all endorse, for these bear different interpretations for diferente people.”

textura aberta. Mas resta a questão: é possível estabelecer um critério de identidade para o direito? É possível defender uma regra de reconhecimento?

4.2. A REGRA DE RECONHECIMENTO E O CRITÉRIO DE IDENTIDADE

De acordo com Hart, todo sistema jurídico possui uma regra direcionada às cortes, obrigando-as a aplicar aqueles vários padrões que preenchem os critérios da regra de reconhecimento. Deve-se entender que a regra de reconhecimento é uma regra de costumes, vinda do comportamento das autoridades de aplicação da lei durante um período de tempo. O critério geral de identificação de um sistema jurídico é que todos possuem uma regra de reconhecimento e leis que satisfazem os critérios dessa regra. Dworkin, porém, nega a existência de tal regra, de forma que a tese dos limites do direito deve ser afastada.

Segundo Dworkin, falar de validade de princípios parece um erro, pois validade seria um critério “tudo ou nada”, por isso, aplicável às regras e não aos princípios. A validade seria inconsistente com a dimensão de peso dos princípios, que seria maior quanto maior fosse o suporte institucional. Raz argumenta que Dworkin está errado, pois um princípio pode ter alto apoio institucional e ainda assim ter pouquíssimo peso, além do fato que já apontamos, sobre o erro na distinção lógica de normas dworkiniana.

Raz argumenta que princípios podem ser válidos exatamente como regras, quando reconhecidos como tal pela legislação. Dworkin admite isso. Seu erro consiste em achar que apenas princípios podem se tornar jurídicos pela aceitação do judiciário. Isso é verdade tanto para princípios como regras, como já foi demonstrado. A diferença é que regras teriam sua validade constituída em um único precedente, enquanto princípios seriam consolidados por uma construção lenta do costume do judiciário.

Dworkin ainda comete o erro de afirmar que a regra de reconhecimento que aceita costumes sociais como juridicamente obrigatórios seria trivial e falharia em identificar o direito por não poder distinguir entre direito e moral. Esse argumento estaria correto se todos os costumes sociais fossem juridicamente vinculantes em todas as jurisdições. Mas esse não é o caso. Alguns sistemas jurídicos não aceitam costumes sociais como juridicamente obrigatórios e aqueles que aceitam determinam testes, na regra de reconhecimento ou em algum estatuto, para delimitar como e quando seria possível agregar o social ao jurídico.

A diferença entre a vinculação de regras e princípios (precedente/costume), porém, de fato exige uma modificação na regra de reconhecimento como postulada por Hart. Raz afirma que costumes judiciais não podem ser explicados como juridicamente vinculantes pela regra de

reconhecimento, pois ela mesma é um costume judicial. Dessa forma, enquanto a criação de regras pelo judiciário pode ter sua validade identificada na regra de reconhecimento por uma doutrina do precedente, a criação (ou adoção) de princípios não funciona da mesma maneira. Princípios são parte dos costumes judiciais e são parte do direito por serem aceitos pelas cortes, não por terem sua validade identificada numa regra de reconhecimento. Assim:

O critério de identidade de Hart deve ser modificado. Um sistema jurídico consiste não apenas em uma regra de costumes das agências de aplicação do direito e todas as leis reconhecidas por elas, mas de todas as regras de costumes e princípios das agências de aplicação do direito e todas as leis reconhecidas por elas. Isso é uma importante modificação, mas preserva o ponto fundamental do critério de Hart, compartilhado por muitos: nomeadamente, que o direito é um sistema normativo institucionalizado e que o fato de que a aplicação de seus padrões é um dever de agências de aplicação especiais é uma característica importante que distingue esse sistema de vários outros sistemas normativos. A importância desse aspecto do direito se manifesta na distinção entre padrões jurídicos e não-jurídicos de acordo com a necessidade ou não que as cortes têm de aplica-los, seja porque eles mesmos são costumes judiciais ou porque costumes judiciais fazem sua aplicação obrigatória.¹⁴ (RAZ, 1972, p. 853)

Dworkin ainda argumenta que não poderíamos criar uma fórmula para identificar quanto e que tipo de suporte institucional seria necessário para vincular juridicamente um princípio. Com isso, ele nega não apenas a regra de reconhecimento de Hart, mas a possibilidade de sua modificação. Porém, Raz argumenta que uma regra nesses termos não seria impossível, como afirma Dworkin. Leis são vinculantes por ser costumes judiciais ou por ser obrigatórias de acordo com uma regra de reconhecimento. Costumes judiciais são meramente um caso especial de costumes sociais, de forma que tudo que precisamos é de uma explicação adequada de normas de costumes.

É verdade que uma análise do conceito não nos dá um procedimento de decisão determinando se cada princípio ou regra possui apoio suficiente para ser considerado um costume judicial. Casos incertos sempre existirão, eles devem existir, pois normas de costumes evoluem gradualmente. Mas Dworkin

¹⁴ Tradução livre de: "Hart's criterion of identity must be modified. A legal system consists not only of one customary rule of the law enforcing agencies and all the laws recognized by it, but of all the customary rules and principles of the law enforcing agencies and all the laws recognized by them. This is an important modification, but it preserves the fundamental point underlying Hart's criterion and share by many: namely, that law is an institutionalized normative system and that the fact that the enforcement of its standards is a duty of special law-enforcing agencies is one important feature which distinguishes it from many other normative systems. The importance of this feature of law is made manifest by distinguishing between legal and non-legal standards according to whether or not the courts have an obligation to apply them, either because they are themselves judicial custom or because judicial customs make their application obligatory."

propõe um argumento bastante fraco, que rejeita uma distinção pois admite a existência de casos incertos.¹⁵ (RAZ, 1972, p. 854).

5. EM DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO

As grandes críticas avançadas contra o positivismo jurídico exclusivo, tanto por Dworkin, quanto pelos inclusivistas, referem-se principalmente a uma incompatibilidade da teoria exclusivista com a prática jurídica. Segundo estes críticos, os sistemas constitucionais modernos incorporam elementos de moralidade em suas constituições e uma teoria que afirma uma separação necessária entre direito e moral deve estar errada.

O argumento do contraste com a prática é simples: a incorporação de critérios morais de validade não se entende nos sistemas constitucionais atuais como algo contingente, mas sim necessário no sentido de que é uma característica do direito. Colocado que as constituições apresentam aspectos materiais, a moral é um aspecto do sistema jurídico constitucional moderno que uma teoria do direito tem que explicar se quiser adequar-se com a prática, e os tribunais estão obrigados a aplicar tais critérios substantivos na hora de processar a validade das normas jurídicas.¹⁶(JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 86)

Autores como Joseph Raz, Eugenio Bulygin, Andrei Marmor, entre outros discordaram dessa linha de argumentação inclusivista e das críticas de Dworkin, como vimos, defendendo que a moral é irrelevante para a identificação e determinação do direito. Analisaremos aqui alguns de seus argumentos, a começar pela tese da autoridade de Raz.

A autoridade referida por Raz é o que podemos chamar de autoridade *prática*. Com isso, se quer dizer que é a autoridade cujas decisões guiam o comportamento de seus sujeitos, constituindo razões para ação. “De acordo com a tese da autoridade, é uma condição necessária do direito, quer dizer, é uma verdade conceitual que o direito tem autoridade *de* fato e exige ou pretende autoridade moral ou legítima”¹⁷. (JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 99)

Existe, dessa maneira, uma forte relação entre a tese da autoridade e a tese das fontes sociais. Novamente, aqui, o direito possui autoridade de fato, que pode ser constatada pelos

¹⁵ Tradução livre de: “It is true that an analysis of the concept does not give us a decision procedure determining for every principle or rule whether or not it has sufficient support to be regarded as a judicial custom. Borderline cases will remain; they must remain, for customary norms evolve gradually. But Dworkin’s is a very weak argument, which rejects a distinction because it admits the existence of borderline cases.”

¹⁶ Tradução livre de: “El argumento del contraste con la práctica es sencillo: la incorporación de criterios morales de validez no se entiende en los sistemas constitucionales actuales como algo contingente, sino necesario en el sentido de que es un rasgo del derecho. Puesto que las constituciones presentan aspectos materiales, la moral es un aspecto del sistema jurídico constitucional moderno que una teoría del derecho tiene que explicar si quiere adecuarse a la práctica, ya que los tribunales están obligados a aplicar tales criterios sustantivos a la hora de enjuiciar la validez de las normas jurídicas.”

¹⁷ Tradução livre de: “De acuerdo con la tesis de la autoridad, es una condición necesaria del derecho, es decir, es una verdad conceptual que el derecho tiene autoridad de facto y exige o pretende autoridad moral o legítima”

fatos sociais. Se exige uma autoridade legítima, tal exigência não passa de uma pretensão. Sobre essa relação entre a tese da autoridade e a tese das fontes sociais, alguns apontamentos são necessários.

Conforme já demonstramos, o exclusivista impõe uma restrição a regra de reconhecimento, segundo a qual seus fundamentos e seu conteúdo estão embasados em fontes sociais. Tal restrição é ignorada pelo inclusivista, que afirma que apenas os fundamentos fazem essa exigência, mas o conteúdo da regra de reconhecimento pode advir tanto de fontes sociais como de fontes morais.

Segundo o exclusivista Roberto Jimenez-Cano:

O resultado de tudo isto não é mais que uma versão débil ou suave da tese das fontes, que sustenta que a existência e o conteúdo do direito não têm motivo para estar unicamente determinados por fontes sociais, mas sim que em certas ocasiões tal existência e conteúdo podem vir estabelecidos por princípios morais.¹⁸ (JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 98)

A versão inclusivista da tese das fontes estaria errada na visão de Raz por não satisfazer o critério de exclusividade da tese da autoridade. Segundo o critério de exclusividade, as instruções fornecidas por uma autoridade devem constituir razões excludentes para a ação. Ou seja, razões que coloquem em segundo plano as outras razões que um indivíduo poderia ter para agir de uma ou de outra maneira. O argumento de Raz é que a incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento impossibilitaria a constituição de uma autoridade prática, de acordo com o critério de exclusividade:

Joseph Raz fez a famosa argumentação de que não faria sentido sustentar que uma diretiva é dotada de autoridade se os sujeitos da autoridade teriam que confiar em considerações morais para determinar qual o conteúdo de tal diretiva. Todo o sentido de ter uma resolução de autoridade é presumir que os sujeitos agem melhor sobre as razões que se aplicam a eles ao seguir a diretiva de autoridade do que quando tentam descobrir (ou agir sobre) essas razões por si mesmos. Se os sujeitos devem empregar os mesmos tipos de razões para descobrir o que é o sentido de uma diretiva que a autoridade deveria empregar quando emitindo sua diretiva, então todo o sentido de possuir uma autoridade pareceria ser perdido. Desse argumento, Raz concluiu que tanto o positivismo jurídico inclusivo, quanto a teoria jurídica de Dworkin, não poderiam ser verdade, pois ambas falham em perceber que não faz sentido possuir uma autoridade prática se alguém só pode identificar o que a autoridade decreta confiando nos mesmos tipos de razões que a autoridade foi pensada para substituir.¹⁹ (MARMOR, 2011, p. 96)

¹⁸ Tradução livre de: “El resultado de todo ello no es más que una versión débil o suave de la tesis de las fuentes, que sostiene que la existencia y contenido del derecho no tienen por qué estar únicamente determinados por fuentes sociales, sino que en ocasiones dicha existencia y contenido pueden venir establecidos por principios morales.”

¹⁹ Tradução livre de: “Joseph Raz famously argued that it would make no sense to maintain that a directive is authoritative if the subjects of the authority would have to rely on moral considerations in order to determine what

Nesse sentido, falharia o positivismo jurídico inclusivo, mas ainda restam problemáticas as referências que o direito faz à moral. Como já foi visto, normas de fato fazem tal referência, nenhum positivista negaria esta afirmação, mas isto está longe de comprovar uma vinculação entre direito e moral. Para solucionar a questão, Raz propõe que se fale em dois tipos de validade: uma validade enquanto pertencimento e outra validade enquanto aplicabilidade. Segundo Raz, a moral não é parte da natureza do direito, mas o direito de fato faz referências à moral. Ao fazê-lo, o direito está exigindo que se busque a resposta em outro sistema normativo, que não o jurídico, criando uma “aparente vinculação”. Nesse sentido, normas morais podem ser juridicamente obrigatórias, ou seja, possuir uma validade de aplicação, sem ser parte necessária do direito, ou seja, sem possuir validade de pertencimento. (JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 104)

O ponto central dos argumentos exclusivistas, no que diz respeito a tese da separação, refere-se à identificação do direito. Pelo que se constata, identificar o direito não requer nenhuma referência à moralidade. Em primeiro lugar, a autoridade prática é um fato social independente da moral, ainda que possa estar de acordo ou em desacordo com ela. Em segundo lugar, um positivista nunca falou que normas não fazem referências a outros sistemas normativos, como o sistema moral, mas que tais referências não são necessárias na identificação do direito e, por isso, não são condições necessárias de sua natureza.

As críticas de Dworkin padecem do mesmo problema em relação a tese da autoridade. Mas há ainda que se apontar um problema maior. Como argumenta que podemos falar de três tipos de moral: moral social, moral individual e moral objetiva (esta representando um conjunto de princípios *verdadeiros*, justos em si mesmos). Dworkin aparentemente faria uso da moral social, afirmando que princípios podem ser identificados pelos juízes ao observar os valores da comunidade. Ainda assim, sua tese da resposta correta, desenvolvida em uma fase mais madura de sua teoria, afirma que todo caso possui uma solução correta e que cabe aos juízes identificá-la (DWORKIN, 1985, p. 175). Neste sentido, ainda que Dworkin afirme defender uma conexão necessária entre direito e moral social, sua argumentação acaba levando-o a defender uma moral objetiva.

the content of the authoritative directive is. The whole point of having an authoritative resolution is that the subjects are presumed to better act on the reasons that apply to them by following the authority's directive than by trying to figure out (or act on) those reasons by themselves. If the subjects have to employ the same kinds of reasons that the authority was meant to rely on when issuing its directive in order to figure out what the directive is, then the whole point of having an authority would seem to be missed. From this argument, Raz concluded that both inclusive legal positivism and Dworkin's legal theory cannot be true, because they both fail to realize that it makes no sense to have a practical authority if one can only identify what the authority decrees by relying on the same kinds of reasons that the authority was meant to replace.”

De fato, como afirma Andrei Marmor, a tese de Dworkin cria uma contradição performativa. Dworkin pretende construir uma teoria descritiva do direito, mas que acaba descrevendo o direito como ele não é, justamente por vincular o conceito de direito à identificação da moral objetiva.

Vejam os argumentos de Marmor:

Considere essa possibilidade: suponha uma corte – e nos permita utilizar a Suprema Corte dos Estados Unidos como nosso exemplo aqui – enfrenta um caso difícil que parece indeterminado pela lei existente. E suponha que os juizes da corte argumentem exatamente como Dworkin sugere que eles fazem. Porém, vamos assumir que diferentes juizes da corte chegam a diferentes resultados. Suponha que cinco juizes concluam que o princípio relevante para o caso é M, e quatro juizes concluem que o princípio na verdade é N. E nos permita assumir que M e N são mutuamente exclusivos nessas circunstâncias, ou seja, que se o princípio M se aplica, então isso implica em não-N e vice-versa. Como acontece, o princípio M ganha suporte da maioria e por isso a decisão é de acordo com M. Nos permita assumir ainda mais, que a maioria cometeu um erro moral; o princípio N é aquele que, consideradas todas as coisas, moralmente falando, deveria ter sido aplicado. O que é a lei agora? Todo advogado diria que, ao menos até a decisão ser alterada por uma decisão subsequente, a lei é M. Pode não ser uma boa lei, certamente não é a melhor, mas é a lei. E é a lei porque no sistema jurídico americano, a Suprema Corte possui a autoridade para determinar o que é a lei em tais casos, e também é a lei que a decisão juridicamente vinculante da corte é aquela apoiada pela maioria de seus membros.²⁰ (MARMOR, 2011, p. 91)

O argumento de Marmor nos serve aqui um propósito muito específico: o de defender a tese das fontes sociais. Como vemos, o uso da moral objetiva como critério de identificação do direito cria uma contradição performativa. Isso porque se a validade de uma norma depende da moral objetiva, então as decisões das cortes e as leis promulgadas pelo legislativo devem necessariamente estar de acordo com essa moral. Esse, porém, não é o caso. “Se você defender a tese de Dworkin, acabará concluindo que uma grande parte do direito – ou, ao menos, do que

²⁰ Tradução livre de: “Consider this possibility: suppose a court – and let us take the U.S. Supreme Court as our example here – faces a difficult case that would seem to be unsettled by existing law. And suppose the justices on the court reason exactly in the way Dworkin suggests they do. However, let us assume that different justices on the court come up with different results. Suppose that five justices conclude that the relevant principle that would bear on the case is M, and four justices conclude that the principle is actually N. And let us assume that M and N are mutually exclusive under the circumstances, namely, that if principle M applies, then it entails that not-N, and vice-versa. As it happens, principle M gains majority support and therefore the ruling is according to M. Let us further assume that the majority has made a moral mistake; principle N is the one that, all things considered, morally speaking, should have been applied. What is the law now? Every lawyer would tell you that, at least until the ruling is overturned by a subsequent decision, the law is M. It may not be a good law, certainly not the best, but it is the law. And it is the law because in the U.S legal system, the Supreme Court has the authority to determine what the law is in such cases, and it is also the law that the court’s legally binding decision is the one that is supported by the majority of its members.”

as pessoas assumem ser o direito – em um certo sistema jurídico está juridicamente incorreto”²¹ (MARMOR, 2011, p. 91). Ainda, se não dispomos dos dispositivos lógicos para identificar uma moral objetiva (KELSEN, 2001, p. 11), então falar de validade moral não seria apenas impossível, mas, principalmente, irrelevante. A identificação do direito não depende – e não pode depender – da moral.

6. CONCLUSÃO

Como vimos, o positivismo jurídico sobrevive às críticas de Dworkin, mas não sem fortes mudanças. Se por um lado o positivismo jurídico inclusivo aceitou a fenomenologia do julgar proposta por Dworkin, por outro o positivismo jurídico exclusivo rejeitou tais argumentos enquanto desonestidade retórica. Ainda assim, seja rejeitando ou agregando esse aspecto, fato é que ambos afastaram a leitura que aquele autor faz de H. L. A. Hart.

Demonstramos que o positivismo não é um modelo de regras e isso, por si só, já deveria ser suficiente para rejeitar a proposta de Dworkin. Demonstramos ainda que a tese da separação entre direito e moral sobrevive, seja no inclusivismo, seja no exclusivismo, ainda que cada um desenvolva sua forma característica de ler o sentido da separação. Os limites do direito e, conseqüentemente, a tese da discricionariedade também resistem às críticas de Dworkin. Tanto o exclusivismo, quanto o inclusivismo fazem uma forte defesa da textura aberta do direito, como proposta por Hart, e parecem estar corretos a este respeito.

Não podemos deixar de dizer, porém, que este trabalho versou sobre a primeira fase de um debate complexo que se desenvolve até hoje. Ronald Dworkin foi um dos grandes autores da filosofia do direito contemporânea e ainda que sua leitura do positivismo esteja incorreta, suas críticas foram fonte de intensas mudanças na leitura dos conceitos de discricionariedade e na função da regra de reconhecimento. A sofisticação cada vez maior do positivismo jurídico, seja inclusivo, seja exclusivo, deve parte de seus esforços aos importantes apontamentos de Dworkin. Seja como for, devemos ressaltar a importância de Dworkin, mas rejeitar sua tese. O ataque direcionado à teoria de H. L. A. Hart não resiste às respostas oferecidas pelo positivismo e, como mencionado, não encontra respaldo na obra de Hart.

A divisão do positivismo entre inclusivismo e exclusivismo foi um marco da importância de Dworkin. Ainda assim, devemos ter certa resistência em aceitar que a natureza do direito inclua a moralidade. Até onde podemos estender os limites da razão, o direito é

²¹ Tradução livre de: “If you endorse Dworkin’s thesis, you will end up with the conclusion that a great deal of the law – or, at least, of what people take to be the law – in a given legal system is legally mistaken”.

amplamente identificável por fatos sociais e, ainda que a moralidade componha o conteúdo de muitas normas, não precisamos recorrer a ela para identificar o conceito de direito. Se isso de fato estiver correto, o positivismo jurídico exclusivo será o único caminho viável para uma teoria descritiva do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COLEMAN, Jules. “Beyond Inclusive Legal Positivism”. *In: Ratio Juris*, v. 22, n. 3, 2009. pp. 359–94.

_____. “Negative and Positive Positivism”. *In: The Journal of Legal Studies*. Vol. 11, 1982. pp. 139-164

_____. **The Practice of Principle**: in defense of a pragmatist approach to legal theory. New York: Oxford University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. “O Modelo de Regras I”. *In: Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard Press University, 1985

HART, Herbert H. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JIMÉNEZ CANO, Roberto M. “Una Defensa del Positivismo Jurídico (Excluyente)”. *In: Isonomía*, n. 39, 2013. pp. 83-126

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *In: The Yale Law Journal*, v. 81, 1972. pp. 823-854

____. **The Authority of Law:** Essays on Law and Morality. 2a ed. New York: Oxford University Press, 2009.