

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

SÍLZIA ALVES CARVALHO

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Renata Albuquerque Lima; Silzia Alves Carvalho; William Paiva Marques Júnior. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-867-7

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

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e cátedra Luís Alberto Warat. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

A presente coletânea é composta dos artigos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat I” no âmbito do XXX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2023, na cidade de Fortaleza/ Ceará, na UNICHRISTUS, e que teve como temática central “Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento”.

Os trabalhos expostos desenvolveram, de forma verticalizada, diversas temáticas atinentes à Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat, especialmente na relação dialogal com a Epistemologia, a Cosmovisão, o papel do STF e a consequente releitura do Direito. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

José Eduardo Aragão Santos, Matheus de Souza Silva e Carlos Henrique de Lima Andrade abordam o contexto de criminalização da homofobia pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 e a postura supremocrática. A referida decisão busca enfrentar a necessidade de mitigar a condição de vulnerabilidade das pessoas LGBTQIAPN+, que convivem com a violência e a discriminação cotidiana. Tendo em vista tratar-se de uma decisão que atua a partir de um vácuo legislativo, o artigo expõe as discussões perante o papel ocupado pelo Supremo Tribunal Federal na aludida casuística.

Eid Badr e Samuel Hebron investigam os possíveis impactos da obra de Santo Agostinho na hermenêutica jurídica contemporânea, a partir dos trabalhos desenvolvidos por Martin Heidegger e Georg Gadamer. Foram abordados aspectos históricos, biográficos e os principais conceitos do pensamento de Santo Agostinho na busca de localizar conexões com os trabalhos desenvolvidos pelos dois citados filósofos alemães.

Charlise Paula Colet Gimenez, Osmar Veronese e Letícia Rezner refletem sobre a mediação na obra de Luís Alberto Warat como um instrumento para resolução de conflitos no sistema penitenciário brasileiro, visando ao cumprimento da função da pena, diante da ineficácia da função ressocializadora proposta pela Lei de Execução Penal (LEP) e da violação dos direitos humanos dos presos. Inicia-se o estudo sobre o conflito, considerado inerente à

sociedade e à dinâmica social. Aborda a ineficácia da LEP como forma de ressocialização dos encarcerados, e a violação dos direitos humanos dos que se encontram no sistema prisional brasileiro. Propõem a mediação em Luís Alberto Warat como um instrumento para resolução de conflitos no ambiente prisional, com o objetivo de oportunizar aos encarcerados o enfrentamento dos conflitos de forma humanizada, sensível e amorosa, a fim de promover um ambiente com práticas cidadãs que respeitem os direitos humanos dos detentos.

Fernanda Barboza Bonfada e Leonel Severo Rocha investigam a necessidade de repensar o Direito e, em particular, o Constitucionalismo, devido às constantes transformações sociais e à crescente complexidade das relações interconectadas na sociedade global. Abordam o Direito Constitucional como uma teoria do conhecimento, explorando as três matrizes epistemológicas que permitem analisar o Constitucionalismo em diferentes contextos históricos. O problema central envolve a busca por uma teoria adequada para analisar e propor soluções para questões jurídicas globais, destacando a abordagem pragmática-sistêmica baseada na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmann.

Charlise Paula Colet Gimenez e Guilherme de Souza Wesz examinam a linguagem humana para a compreensão do campo jurídico, uma vez que a linguagem do Direito não deve ser limitada a significados unívocos. Nessa perspectiva, questiona-se: como Luis Alberto Warat concebe a semiótica no contexto jurídico ao examinar a semiologia do poder? Para responder a essa pergunta, Warat introduz uma semiologia política ou do poder, introduzindo novos paradigmas para o Direito e lançando críticas ao normativismo e ao positivismo jurídico. Sua abordagem semiológica é inclusiva, levando em conta a realidade social para atribuir novos significados ao campo jurídico, que devem atender às diversas necessidades dos cidadãos.

Telmo Gonçalves Lima e Thais Novaes Cavalcanti tratam exercício do Direito à Autonomia das pessoas afetadas com o Transtorno do Espectro Autista enquanto integrantes do grande grupo Pessoas com Deficiência Intelectual. Para tanto, investigam os conceitos de dignidade, pessoa, ipseidade, singularidade, capacitismo, vulnerabilidade, paternalismo e linguagem. Analisam ainda as duas possibilidades de efetividade do Direito à Autonomia por meio da expansão de capacidades e do paternalismo. Concluem que a pessoa afetada com TEA traz consigo uma deficiência intelectual cuja intensidade pode variar dentro da faixa denominada de “espectro”. Mas isso não lhe retira o direito à autonomia e o direito de ser diferente e tratado com inclusão e dignidade.

George Felício Gomes de Oliveira analisa o exercício da chamada hermenêutica de segundo grau, ou imaginário, a qual vem sendo compreendida como fundamental para a existência humana e social e ora pontuada pelas cosmovisões moderna, contemporânea (ou pós-

moderna) e indígenas. Avalia, a partir das ciências práticas aristotélicas, a ética e a política, como a busca pelo bem comum influencia aquelas construções do intelecto e da cultura sobre o mundo. Em seguida, traçados os parâmetros que as distinguem, observa sua tendência ao conflito, razão pela qual o Direito é convocado a intervir na disputa. Nesse aspecto, observa como o Judiciário brasileiro trata da matéria. Nesse contexto, investiga o caso dos indígenas Anacés em confronto com o Complexo Industrial do Pecém, no Ceará, concluindo pela existência de uma crise profunda a afetar a cosmovisão daquele povo indígena.

Talisson de Sousa Lopes, Andrea Natan de Mendonça e Adriana Silva Lucio propõem a introdução da filosofia do direito na educação, buscando ampliar a compreensão dos alunos sobre os fundamentos teóricos, éticos e políticos do direito. A disciplina visa desenvolver habilidades de pensamento crítico e promover uma consciência cívica e ética em relação ao sistema jurídico e seu papel na sociedade. Os instrumentos essenciais do estudo filosófico são assuntos muito frequentes e indispensáveis, como o sentido da aparição humana, como a origem e exílio, a alegria e tristeza, o certo e o errado, a felicidade e a dor, o amor, a capacidade, dentre outros, que iluminam a relação entre todas as pessoas na sociedade aprendizagem e coexistência. Ao adotar essas abordagens, as instituições de ensino têm a oportunidade de enriquecer a experiência educacional, estimulando o desenvolvimento de competências críticas, a habilidade para resolver desafios complexos e a capacidade de tomar decisões éticas. Portanto esse estudo tem como objetivo articular sobre a compreensão dos fundamentos teóricos, desenvolvimento do pensamento crítico, reflexão ética e moral e consciência dos direitos e responsabilidades na educação de maneira comum.

Gilmar Antonio Bedin, Laura Mallmann Marcht e Tamires Eidelwein investigam, sob a ótica de Luis Alberto Warat, o qual se afastou da forma de pensamento de Hans Kelsen, ao destacar a relevância do princípio da heteronímia significativa como uma forma de ressignificação do direito. Analisam o confronto entre estas duas propostas epistemológicas. Por isso, a primeira seção apresenta as principais contribuições de Hans Kelsen para a Ciência Jurídica.

Matheus de Souza Silva, Lidia Nascimento Gusmão de Abreu e Karyna Batista Sposato, partem de reflexões humanistas com o reconhecimento de novos sujeitos de direitos, como os grupos vulneráveis. Em busca do ideário preambular de uma sociedade fraterna, a Constituição Federal de 1988 promoveu a conquista de direitos para os povos indígenas, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência. Abordam a fraternidade, na defesa desta enquanto categoria constitucional, como ferramenta na mitigação de vulnerabilidades. Com a finalidade de interseccionar a fraternidade e a vulnerabilidade, partem dos estudos da vulnerabilidade, a qual apresenta uma dimensão ontológica e outra social. De forma inicial,

identificaram que ambos os conceitos apresentam a relacionalidade como pressuposto. Compreendem o papel do Direito na mitigação dessa condição, ao investigar como a hermenêutica constitucional tem usado a fraternidade na mitigação de vulnerabilidades. Assim, com vistas à superação de um universalismo homogeneizadora pesquisa encontra na fraternidade um arcabouço jurídico suficiente a enxergá-la como instrumento hermenêutico relevante, apoiada no direito à não-discriminação em casos de efetivação de direitos fundamentais para grupos vulneráveis.

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior, a partir do método de revisão bibliográfica (pesquisa qualitativa), explica as escolhas políticas e demonstra que, mesmo que o teórico considere o direito como um conceito criterial, elementos avaliativos podem ser encontrados em sua teoria. A consideração do Direito como um conceito criterial significa que se entende que as verdadeiras condições de existência do direito só podem ser encontradas através da análise do histórico de instituições jurídicas. Esse erro - chamado de agulhão semântico, por Ronald Dworkin em “Law’s Empire” - abrange as decisões avaliativas tomadas na construção da tese central da obra “The Concept of Law”.

Nelson Juliano Cardoso Matos e Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral, traçam um panorama quanto ao histórico, aos fundamentos e ao conceito da perspectiva quanto às principais ideias trazidas por John Mitchell Finnis em sua obra mais conhecida, intitulada “Natural Law and Natural Rights” (Lei Natural e Direitos Naturais). O autor, por meio da teoria analítica do direito, objetivou demonstrar um viés racional ao direito natural, visto que, os positivistas o viam como algo distante do direito, e que tinha uma perspectiva mais obscura e supersticiosa.

Marcelo Machado de Figueiredo e Renata Albuquerque Lima defendem a importância da política na interpretação e aplicação do Direito. A busca de resposta ao problema da pesquisa exige que sejam traçados objetivos secundários, a saber: (1) qual o papel dos princípios na interpretação jurídica de Ronald Dworkin, (2) e como é utilizada a política de Dworkin pela hermenêutica. Demonstram as contribuições de Dworkin a hermenêutica jurídica se utilizando da política.

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior explica os conceitos de perspectiva do participante, conceito interpretativo e dimensões da interpretação. Por meio de pesquisa bibliográfica, a conclusão é que propor uma teoria da perspectiva do participante é uma ideia de Herbert Hart que Ronald Dworkin radicalizou em suas consequências. Nela, é defendida a tese de que não é possível realizar uma teoria jurídica sem se comprometer com a prática institucional estudada. Conceito interpretativo, em seguida, explica que o significado de conceitos jurídicos é resultado de um debater em torno de seu significado a partir da melhor luz. Isso se

opõe ao conceito de direito como simples fato, em que as respostas disponíveis estão no passado institucional. Por fim, a interpretação possui duas dimensões, uma relacionada a seus fundamentos e outra a sua força. Dessa forma, é possível dizer que ambas estão entrelaçadas e que há uma conexão direta entre direito e política. Dworkin se mantém fiel a esses conceitos durante toda a sua obra.

Willis Santiago Guerra Filho, Márcia Regina Pitta Lopes Aquino, Belmiro Jorge Patto estabelecem um diálogo com um dos autores clássicos no campo jusfilosófico latino-americano, Luis Alberto Warat, tendo como ponto de partida o quanto foi desenvolvido em seus “Manifestos para uma Ecologia do Desejo” (1990), bem como no posterior “Manifesto da Cátedra Livre Multiversitária de Direito, Filosofia, Arte” (2012), elaborado com Willis Santiago Guerra Filho. Mantém-se também diálogo com a obra deste último em parceria com Paola Cantarini, “Teoria Poética do Direito” (2015), e que a conduziu a desenvolver a tese de doutoramento em Direito na PUC-SP, “Teoria Erótica do Direito (e do Humano)” (2017). Partindo-se da consideração do Direito como uma criação humana, coletiva, com natureza ficcional, aproximando-se da poética, constante do marco teórico desenvolvido por Willis Santiago Guerra Filho, na tese de doutoramento em filosofia defendida no IFCS-UFRJ: “O Conhecimento Imaginário do Direito” (2017), em que se dá a postulação do caráter imaginário do conhecimento e do próprio Direito, enquanto prática social e objeto de estudos teóricos, busca-se aqui trazer reflexões, com questionamentos críticos, por filosóficos, sobre o Direito e a sociedade em que nos inserimos contemporaneamente. Isso pela constatação da necessidade de um estudo interdisciplinar e aberto, bem como de uma metodologia e epistemologia trans- e interdisciplinares, que seja um discurso da convergência, da conexão dos diversos campos do saber, ao contrário, pois, do predominante discurso tecnocientífico, massificado, extremamente fragmentado e discriminador.

Janaina Mendes Barros de Lima e Renata Albuquerque Lima investigam a segurança jurídica, explicando se esse princípio pode ser aplicado nos atos cartoriais extrajudiciais. Discute-se a possibilidade da utilização da hermenêutica pelos notários e registradores na aplicação da lei. Portanto, a pesquisa introduz uma discussão sobre a segurança jurídica e sua aplicabilidade no sistema registral e notarial, entendendo que o registrador deve aplicar a hermenêutica, uma vez que analisará o conteúdo da lei, sobretudo, a interpretação sistemática.

Com grande satisfação coordenamos e apresentamos a presente obra, agradecendo aos autores (as)/pesquisadores(as) envolvidos(as) em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Fortaleza /Ceará.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica da Filosofia do Direito, da Hermenêutica Jurídica e do legado do Professor Luís Alberto Warat. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito no contexto contemporâneo pós-pandêmico de utilização dos mecanismos hermenêuticos como força motriz da constitucionalização e democratização da Ciência Jurídica.

Por fim, registramos a reflexão de Luis Alberto Warat ao vaticinar: “Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei.”

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior– UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) e URI/RS (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões)

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima- UNICHRISTUS e UVA (Universidade Estadual Vale do Acaraú)

Profa. Dra. Sílzia Alves Carvalho - UFG (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

O DIREITO COMO CONCEITO CRITERIAL: UMA INTRODUÇÃO AO NOVO ARGUMENTO DO AGUILHÃO SEMÂNTICO

LAW AS A CRITERIAL CONCEPT: A CRITICAL INTRODUCTION TO THE NEW SEMANTIC STING ARGUMENT

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior ¹

Resumo

A consideração do direito como um conceito criterial significa que se entende que as verdadeiras condições de existência do direito só podem ser encontradas através da análise do histórico de instituições jurídicas. Esse erro - chamado de aguilhão semântico, por Ronald Dworkin em *Law's Empire* - abrange as decisões avaliativas tomadas na construção da tese central da obra *The Concept of Law*. A justificativa deste texto é demonstrar e debater talvez a crítica mais relevante de uma das principais obras do positivismo contemporâneo. O objetivo deste artigo é explicar essas escolhas políticas e mostrar que, mesmo que o teórico considere o direito como um conceito criterial, elementos avaliativos podem ser encontrados em sua teoria. A metodologia do trabalho é a pesquisa bibliográfica dentro dos textos mais importante de seu objeto. A conclusão é que a demonstração das avaliações na obra de Hart talvez são fruto da conceituação do direito como um conceito criterial.

Palavras-chave: Debate hart-dworkin, Interpretativismo, Aguilhão semântico

Abstract/Resumen/Résumé

The consideration of law as a criterial concept means that it is understood that the true conditions of existence of law can only be found through the analysis of the history of legal institutions. This error - called the semantic sting - encompasses the evaluative decisions taken in the construction of the central thesis of Hart's *The Concept of Law*. The justification of this text is to demonstrate and to debate perhaps the most relevant criticism of one of the main works of contemporary positivism. The purpose of this article is to explain these political choices and to show that, even if the theorist considers law as a criterial concept, evaluative elements can be found in his theory. The methodology of the work is the bibliographic research within the most important texts of its object. The conclusion is that the demonstration of the evaluations in Hart's book are maybe the result of the consideration of law as a criterial concept.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hart-dworkin debate, Interpretivism, Semantic sting

¹ Professor de Teoria do Direito da Unichristus. Doutor em Direito pela UFC com bolsa FUNCAP. Professor substituto na UFC (2019-2020). E-mail: tarcisio.rocha@unichristus.edu.br ou fcotarcisiorocha@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é uma introdução parcial ao argumento interpretativo contra a concepção positivista da teoria do direito como metodologicamente descritiva e moralmente neutra. O ponto de partida é a concepção interpretativista do direito de Ronald Dworkin, e o objeto da crítica é o positivismo hartiano ou, mais especificamente, algumas passagens centrais em seu livro *The Concept of Law* (HART, 1994). Alguns dos argumentos de Andrei Marmor a favor da tese positivista também são analisados como complemento e provocação, mas sua obra não é analisada a fundo.

Este artigo tem três partes. Na primeira parte, se explica o que significa dizer que o direito é um conceito criterial, no paradigma interpretativo desenvolvido por Dworkin, em *Justice in Robes* (DWORKIN, 2006). Então, se explica o motivo pelo qual o projeto positivista desenvolvido por Herbert Hart considera o direito um conceito criterial e qual é o problema interpretativo com isso. Vê-se que considerar o direito como um conceito criterial é um erro porque esse conceito cobre as decisões políticas e morais tomadas na "neutralidade" de uma teoria descritiva.

A segunda parte visa apresentar algumas passagens da obra *The Concept of Law* (HART, 1994), em que se almeja demonstrar que foram tomadas decisões morais e políticas. As partes apresentadas são i) as consequências interpretativas da abordagem metodológica de Hart sobre a obrigação jurídica; ii) a decisão moral sobre a escolha do ponto de vista interno; e iii) a decisão moral sobre a escolha das regras primárias e secundárias como chave para a compreensão adequada do direito.

Na terceira parte, são feitas objeções a alguns dos argumentos persuasivos de Andrei Marmor em favor de uma jurisprudência neutra e descritiva. Este momento mostra alguma utilidade prática aos argumentos desenvolvidos nos tópicos anteriores, especialmente no que tange ao debate metodológico. Assim, o problema específico que o artigo pretende responder é "O que significa dizer que o direito é um conceito criterial e quais são suas consequências dentro da perspectiva interpretativista?". Como ressaltado antes, a base teórica é o interpretativismo de Dworkin e a pesquisa foi baseada em livros e artigos específicos sobre o tema, mas, devido seu caráter introdutório, não é exaustivo.

2 O DIREITO COMO UM CONCEITO CRITERIAL - OU INTRODUÇÃO AO AGUILHÃO SEMÂNTICO

Este tópico tem três partes. O primeiro explica o que é um conceito criterial no interpretativismo de Dworkin. O segundo explica o que é o aguilhão semântico (uma metáfora usada para simplificar argumentos). Finalmente, a última parte apresenta por que se pode dizer que o positivismo hartiano considera o direito como um conceito criterial do ponto de vista interpretativista.

2.1 O que significa dizer que o direito é um conceito criterial?

Em *Justice in Robes* (DWORKIN, 2006), Dworkin propõe que a teoria do direito se realize em quatro etapas¹. Todas elas estão relacionadas e uma decisão tomada em uma delas implica consequências em todas as outras. Na primeira etapa, chamada de fase semântica (*semantic stage*), o teórico dirá se as pessoas compartilham uma prática de uma forma que possam discordar sobre ela ou sua aplicação. Na análise da prática jurídica, será decidido se as pessoas compartilham de uma prática apenas se concordarem sobre os critérios para sua aplicação correta - conceitos criteriosais (*criterial concepts*) e de tipo natural (*natural kind concepts*) - ou se compartilham uma prática que os critérios podem ser objeto de reflexão e contestação - conceito interpretativo (*interpretive concept*).

Como conceitos de tipo natural são usados apenas em elementos biológicos ou físicos, a decisão, para o teórico do direito, está entre conceitos criteriosais e interpretativos. Uma prática jurídica convergente é importante para ambos os conceitos, mas sua função é diferente. No conceito criterial, a prática linguística estabelece a correta aplicação do direito. Por outro lado, a prática linguística é muito importante para a existência de um conceito interpretativo também, mas a aplicação do conceito não é convergente.

É possível que as pessoas compartilhem uma prática e ainda discordem sobre suas instâncias. Assim, a teoria de um conceito interpretativo não pode simplesmente relatar os critérios compartilhados para resolver problemas práticos. Deve interpretar a prática

¹ A escolha por este livro se justifica pelo fato de Dworkin aprofundar mais em relação ao argumento tratado neste artigo em *Justice in Robes* (2006) do que em *Justice for Hedgehogs* (2011). Além disso, em nenhum momento as obras se contrapõem em relação a esse tema.

institucional da melhor forma e usar argumentos de moralidade política para defender essa interpretação.

Dworkin defende que o direito neste estágio funciona como um conceito interpretativo. Pelo menos em comunidades políticas complexas, as pessoas interpretam sua prática jurídica e tentam fazê-lo da melhor forma possível quando resolvem problemas reais. O autor afirma que "elaboramos o conceito atribuindo valor e propósito à prática e formamos visões sobre as condições da verdade das alegações particulares que as pessoas fazem dentro da prática à luz dos propósitos e valores que atribuímos" (tradução livre do original) (2006, p. 12).

A fase seguinte é a jurisprudencial (*jurisprudencial kind*). Aqui o teórico deve construir uma teoria apropriada para sua resposta na fase semântica. Por exemplo, como Dworkin acredita que a lei é um conceito interpretativo na fase semântica, agora ele interpreta a prática para oferecer um relato geral dos valores que a justificam e a guiam. O objeto em estudo é como um conceito controverso. O que significa que as pessoas podem concordar que algo é desejável, mas divergir sobre qual seria sua melhor formulação. Um outro teórico poderia acreditar que o valor mais importante para justificar e orientar a prática é a coordenação das atividades para interesses individuais e coletivos, por exemplo.

Na interpretação de Dworkin da tradição, qualquer relato adequado da prática do direito deve dar um lugar importante ao ideal da integridade. Esse valor diz que "um Estado deve tentar, tanto quanto possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujo benefício se estende a todos os cidadãos" (tradução livre do original) (2006, p. 13). Mas é possível que um teórico que concorde que o direito é um conceito interpretativo discorde de Dworkin na fase jurisprudencial.

Após os dois primeiros, surge o estágio doutrinal (*doctrinal stage*). Aqui as verdadeiras condições das proposições jurídicas são construídas à luz dos valores identificados na fase jurisprudencial. Se alguém acredita que a coordenação é o valor mais importante, pode-se argumentar que a moralidade não é relevante em um problema real. Em oposição, a integridade de Dworkin dirá que uma proposição é verdadeira quando "flui de princípios de moralidade pessoal e política que fornecem a melhor interpretação da outra proposição do direito geralmente tratada como verdadeira na prática jurídica contemporânea" (tradução livre do original) (2006, p. 13).

A última etapa é a fase da decisão judicial (*adjudicative stage*). Aqui, o teórico deve dizer o que os funcionários políticos devem fazer em casos particulares. Esta é uma questão

política e moral para os juízes. Agora, algo importante para o objeto deste artigo pode ser visto. Se se diz que o direito é um conceito interpretativo na fase semântica, não se pode negar a fase da decisão judicial. Isso acontece porque um conceito interpretativo funciona embutido em uma prática e as proposições do direito têm implicações práticas.

Por outro lado, se se diz que o direito é um conceito criterial como o casamento, alguém explicaria o direito apenas em referência aos testes que os juristas fazem para identificá-lo. Aqui não há determinação sobre o que deveria ser e a decisão judicial permanecerá intocada. Pode-se também dizer que a teoria da decisão não é parte da teoria do direito e que ambos estão totalmente separados.

2.2 O argumento do agulhão semântico

Na obra *Law's Empire* (DWORKIN, 1986), Dworkin chamou os erros da abordagem positivista do direito (assim como de outras teorias) de agulhão semântico (*semantic sting*). Neste argumento, ele quer dizer que o positivismo tem fortes sentimentos sobre a divergência no direito. O positivismo em geral entende que todo tipo de divergências no direito pode ser resolvida apenas analisando os aspectos históricos das instituições jurídicas – como decisões do passado. Uma dúvida sobre uma palavra pode ser resolvida com base nos elementos históricos de seu uso. Um exemplo jurídico seria uma dúvida sobre o significado de um precedente ou de um estatuto. Esse entendimento indica que todas as divergências no direito são empíricas (*empirical disagreement*), ou seja, são resolvidas através da referência a alguma decisão passada de alguma fonte tradicional do direito.

Essa abordagem é problemática porque ignora a existência de um tipo diferente de divergência no direito, a divergência teórica (*theoretical disagreement*). O segundo tipo de divergência não pode ser resolvido apenas por meio da análise de precedentes de um tribunal. Isso acontece porque aqui o debate não é sobre o que as instituições disseram no passado, mas sobre se essas decisões devem ser respeitadas no presente. Uma divergência teórica envolve mais reflexões políticas do que uma fonte positiva do direito é capaz de auxiliar.

O agulhão semântico é o argumento positivista de que os fundamentos das divergências jurídicas não devem ser analisados porque o problema não é o direito. Trata-se de um erro no estudo das divergências jurídicas. O agulhão semântico pode ser retirado se o direito for compreendido como um conceito interpretativo. Em *Law's Empire* (DWORKIN, 1986),

com mais detalhes do que em *Justice in Robes* (DWORKIN, 2006), Dworkin explica que existe um conceito interpretativo quando várias interpretações debatem sobre a melhor versão da tradição compartilhada. Quando este debate envolve uma divergência teórica, os argumentos utilizados são de moralidade política.

Justice in Robes (DWORKIN, 2006) foi publicado em 2006, então, 20 anos após *Law's Empire* (DWORKIN, 1986). Depois de todos esses anos e várias revisões, Dworkin identifica a necessidade de caracterizar o aguilhão de forma mais ampla. No capítulo referente a *The Concepts of Law* (HART, 1994), ele diz que o aguilhão semântico "reside na suposição de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística convergente do tipo que descrevo na Introdução: que marca a extensão do conceito seja por critérios compartilhados de aplicação ou anexando o conceito a um tipo natural distinto" (tradução livre do original) (2006, p.225). Em outras palavras, o problema do aguilhão semântico é o mesmo: defende que a análise do direito deve se encaixar e só se encaixa no que os juristas concordam que é direito.

Um erro causado pelo argumento pode ser identificado quando um autor (Herbert Hart, neste caso) pretende produzir uma teoria neutra sobre o direito, mas decisões políticas podem ser identificadas no desenvolvimento filosófico do argumento. Ou quando o teórico tenta descrever o direito e usa elementos avaliativos na descrição. Uma má interpretação do direito na fase semântica como conceito criterial tem consequências interpretativas. O objetivo é apresentar a ideia de conceito criterial na obra *The Concept of Law* (HART, 1994) e suas consequências interpretativas (ou substantivas).

2.3 O direito como conceito criterial em *The Concept of Law* de Hart

Nicos Stavropoulos publicou um artigo chamado *Hart's Semantics*. Neste texto, ele tenta mostrar que o projeto positivista de Hart vê o direito como o que pode ser chamado de conceito criterial. Como mencionado anteriormente, um teórico que acredita que o direito é um conceito criterial significa que as pessoas só compartilham um conceito de direito se compartilharem e concordarem com uma definição dos critérios para o uso do termo. Então, aqui significa que Hart acredita que o direito só existe em uma comunidade se as pessoas compartilham um critério para o uso correto do termo *direito*.

Ele tem especialmente dois argumentos e o primeiro é o tipo de análise conceitual usada por Hart. Segundo Stavropoulos (2001, p. 69) a análise conceitual é o prólogo da

metafísica. Ele quer dizer que, para dizer algo sobre a natureza de um objeto, é necessário saber o que conta como esse objeto. Assim, a análise conceitual visa articular a compreensão comum e existente do termo estudado. O tipo hartiano é uma análise conceitual ambiciosa porque supõe que o uso sozinho determina a compreensão correta de um conceito.

A análise deve se encaixar com o uso real para ser verdade. É possível identificá-lo quando Hart (1994, p. v) diz que muitas "distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situação social ou relacionamentos podem ser melhor trazidas à tona por um exame dos usos padrão das expressões relevantes (...)" (tradução livre do original). Os usos padrão das expressões são os critérios para corrigir o uso.

O outro argumento é a conclusão sobre a textura aberta (*open texture*) como parte da natureza da linguagem. É possível notar Hart (1994, p. 4) lidando com a indeterminação da lei quando afirma que às vezes "o desvio do caso padrão não é uma mera questão de grau, mas surge quando o caso padrão é de fato um complexo de elementos normalmente concomitantes, mas distintos, alguns dos quais podem estar abertos a um desafio" (tradução livre do original). A imprecisão do direito não é uma mera questão de grau, mas faz parte da natureza do direito como uma prática linguística.

Finalmente, considerando que o direito é um critério semântico no Conceito de *Direito de Hart*, é possível compreender uma suposição importante no *Postscript*. Quando Hart diz que seu "projeto é *descritivo* na forma moralmente neutra e não tem objetivos justificativos (...)" (tradução livre do original) pode-se ver que o estágio de julgamento é totalmente separado das outras etapas nos conceitos do Dworkin. Isso aconteceu porque ele entende que há direito apenas em lugares onde as pessoas compartilham os critérios para usá-lo corretamente. Se o direito é um conceito criterial, é possível, e uma análise descritiva é suficiente para expressar sua natureza.

3 ALGUMAS QUESTÕES POLÍTICAS EM *THE CONCEPT OF LAW* (OU CONSEQUÊNCIAS DO AGUILHÃO SEMÂNTICO)

Stavropoulos (2001, p. 62) diz que "o aguilhão mostra que uma teoria descritiva e precisa sobre o direito teria que ser interpretativa no sentido em que teria que se encaixar e justificar a prática jurídica (...)" (tradução livre). A consequência interpretativa de uma teoria jurídica descritiva é que ela esconde argumentos avaliativos e políticos, enquanto nega fazer

isso. Esta parte do artigo tem como objetivo mostrar algumas dessas decisões avaliativas. Elas são controversas, mas isso não é um problema. Esse fato é apenas mais uma razão para entendê-las como interpretativas.

3.1 A abordagem metodológica

O *Preface* do livro diz que ele poderia ser entendido como um ensaio de sociologia descritiva (*descriptive sociology*). O que explica o projeto positivista de ser uma descrição moralmente neutra do direito, além de sua natureza não justificatória. No *Postscript*, Hart diz que seu "relato é *descritivo* e, por isso, é moralmente neutro e não tem objetivos justificativos(...)" (tradução livre) (1994, p. 240).

Essa abordagem do direito segue a tradicional neutralidade moderna que é uma das características mais importantes do positivismo jurídico. Mas o positivismo hartiano tem um novo elemento muito importante para a filosofia geral: sua influência a partir da virada linguística. Nicola Lacey diz que em "seus primeiros anos como pesquisador de Filosofia, ele ainda tinha a intenção de escrever um livro sobre Platão. Mas o movimento da filosofia linguística rapidamente o atraiu" (tradução livre) (2012, p. 142).

Quando se descreve algo, basta tirar os elementos da realidade e isso é o suficiente. Os elementos podem ser usados por teorias justificativas, mas isso não faz parte da análise positivista do direito. Assim, se for encontrado um elemento justificativo para a defesa de uma proposição, uma incoerência causada pelo aguilhão semântico será percebida.

Sobre a teoria do direito e seus elementos justificativos, Dworkin escreveu um artigo chamado *Legal Theory and the Problem of Sense*. Lá, ele explica que todas as teorias do direito almejam dizer sob quais condições uma proposição jurídica deve ser considerada verdadeira. Ele diz que "desde que o uso de proposições do direito e o debate sobre sua verdade ou solidez são características difundidas da prática jurídica, nenhum relato competente da prática pode ignorar a questão que trata sobre que tipo de reivindicações essas proposições devem fazer" (tradução livre) (1987, p. 9-10). Pode-se ver que há um prólogo do estágio semântico na teoria dos conceitos.

Stavropoulos, baseado na alegação de Dworkin, diz que, se Hart está certo em argumentar que ter uma obrigação envolve a existência de uma prática com uma atitude

reflexiva crítica, então a palavra "obrigação" é aplicada incorretamente quando ela não exibe essas características. Nesse sentido, ele argumenta que sua abordagem neutra tem consequências interpretativistas ou tem como objetivo dizer como identificar uma verdadeira proposição sobre a obrigação jurídica. É uma consequência causada pelo agulhão semântico.

3.2 Ponto de vista interno/externo

No seu *Preface*, Hart também disse que um dos temas centrais do livro é que "nem o direito nem qualquer outra forma de estrutura social pode ser entendida sem uma apreciação de certas distinções cruciais entre dois tipos diferentes de afirmação, que eu chamei de 'interna' e 'externa' (...)" (tradução livre) (1994, p. v). O ponto de vista externo (*external point of view*) é a perspectiva que o observador pode ver regularidades no comportamento na sociedade analisada sem considerar as convicções do povo em relação a este mesmo comportamento.

Ele pode ver o tipo de desvio de uma prática que resulta em uma reação hostil na sociedade sem consequências desagradáveis. No entanto, a perspectiva não tem elementos para descrever uma atitude normativa de seguir uma regra em uma comunidade porque não pode descrever o ponto de vista das pessoas que compartilham a prática e a consideram obrigatória por algum motivo. Aqui, o observador trata as condutas como um sinal natural, ou seja, da mesma maneira que é possível destacar que a luz vermelha é um sinal de que os carros vão parar.

Atribuições sobre obrigações são possíveis de serem descritas apenas por um observador interno (*internal point of view*). Ele descreve o ponto de vista do jurista, dos funcionários, das pessoas que compartilham da prática analisada. Para eles, a violação não é apenas um sinal de retaliação, mas uma razão para retaliação. Este é o ponto de vista do cientista que deseja estudar o direito. Ele deve descrever as convicções dos participantes que compartilham a prática estudada, mas sem compartilhar suas opiniões e convicções. Essa é a posição de Herbert Hart.

Stephen Perry, no artigo chamado *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, explica que a decisão para o ponto de vista interno é baseada em um nível de moralidade política. Seu argumento começa mostrando um debate teórico entre Hart e Holmes sobre a metodologia devida para a análise do direito. Enquanto o primeiro entende que a obrigação jurídica deve ser estudada a partir de um ponto de vista interno, o segundo vê o homem como

mau por natureza e considera a coerção como uma parte importante da obrigação jurídica. O que importa aqui não é o debate substancial, mas o metodológico.

O debate metodológico não seria do ponto de vista do participante. Seria uma discussão moral sobre a finalidade do direito. A razão para justificar as minhas escolhas metodológicas entre os dois não seria moral ou politicamente neutra. Segundo Perry (1997), os argumentos de Holmes assumiriam o elemento central do estudo do direito a atitude do homem baseada no interesse próprio e a importância dos tribunais no cotidiano.

Hart (1994, p. 40) discordaria e defenderia que uma das principais funções do direito é como meio de "controle social (...). Ele deve ser visto nas diversas formas em que o direito é usado para controlar, orientar e planejar a vida fora do tribunal" (tradução livre do original). O argumento da função deve ser entendido como moral (Perry, 1997).

O mesmo aconteceria na questão sobre o melhor ponto de vista. Hart deveria dizer por que o seu ponto de vista interno é melhor do que o ponto de vista interno de Holmes (homem mau). O argumento descrito mostra que a razão para escolher é baseada na função moral do direito. A razão de Hart assumir sua teoria como descritiva e moralmente neutra é que o ponto de vista interno pode ser compreendido apenas por sua abordagem em relação às regras sociais.

Ao imaginar o debate entre Hart e Holmes sobre o ponto de vista do teórico do direito, pode-se ver os argumentos morais implícitos sobre a função do direito. O debate seria sobre o melhor ponto de vista para o teórico do direito. A decisão para a descrição do direito baseada no ponto de vista interno está em um nível moral.

Outro argumento é usado por Jeremy Waldron sobre as consequências da escolha sobre o ponto de vista interno quando ele usa o exemplo do conhecimento do homem educado comum a respeito da Igreja Católica Romana. O homem pode dizer algo sobre isso a um amigo católico sem acreditar nessa religião, mas "rejeitando-a, ele compete com eles; ele não deve pensar em si mesmo como trabalhando em um nível teórico diferente" (tradução livre do original) (2001, p. 428).

3.3 Regras primárias e secundárias

Hart diz que um sistema de direito moderno tem necessariamente dois tipos de regras, regras primárias e secundárias. De acordo com as regras primárias, os seres humanos são

obrigados a fazer ou a abster-se de certos atos, e as regras secundárias fornecem aos seres humanos o que eles devem fazer para introduzir novas regras do tipo primário. As regras do primeiro tipo impõem deveres e as do segundo tipo conferem poderes. Hart diz que "nós consideramos esta união de elementos um lugar central por causa de seu poder explicativo de elucidar os conceitos que constituem o marco do pensamento jurídico" (tradução livre do original) (1994, p. 81).

Ele também destaca que um sistema primitivo de direito que tem apenas regras primárias tem três problemas diferentes. O primeiro é a incerteza. Isso é um problema porque as pessoas que vivem em um sistema composto apenas por regras primárias não sabem a diferença entre uma regra moral e uma regra jurídica. As pessoas não conseguiriam identificar uma regra jurídica apenas com uma indicação a alguma fonte tradicional do direito (seja estatuto ou precedente).

Outro problema seria o caráter estático das regras. Este é um problema porque a única maneira de mudar o conteúdo das regras seria mudando a tradição da comunidade. É muito lento e difícil resolver este tipo de problemas apenas com regras primárias. E o último problema é a ineficiência da pressão social difusa à qual as regras são mantidas.

Assim, "o remédio para cada um desses três principais defeitos nesta forma mais simples de estrutura social consiste em complementar as regras *primárias* de obrigação com regras *secundárias* que são regras de um tipo diferente" (tradução livre do original) (HART, 1994, p. 94). O remédio para a incerteza é a introdução do que ele chama de regra de reconhecimento. Essa é uma espécie de regra secundária que indica um critério para identificar uma regra jurídica.

O remédio para o caráter estático das regras é a introdução do que ele chama de regra de mudança. Essa é uma espécie de regra secundária que dá poder a uma instituição para introduzir novas regras jurídicas no sistema. Finalmente, o remédio para o último problema - a ineficiência da pressão social difusa - é a introdução do que ele chama de regra de julgamento. Essa regra indicaria o indivíduo a julgar e indicaria o processo a ser seguido por eles.

Assim como o argumento do ponto de vista interno, Stephen Perry (1997) diz que aqui Hart (1994) usa argumentos morais para avaliar o melhor tipo de regras em um sistema de direito moderno. Após essa avaliação moral, Hart (1994) assume a união das regras primárias e secundárias como um elemento importante para entender o sistema jurídico moderno. Os

argumentos morais estariam no fundamento da conta descritiva hartiana e da análise moralmente neutra.

4 ARGUMENTOS DE ANDREI MARMOR A FAVOR DO POSITIVISMO MORALMENTE NEUTRO E DESCRITIVO

Esta última parte do artigo tem como objetivo debater os argumentos desenvolvidos nas últimas seções. Uma explanação da visão interpretativista, sem incluir uma opinião oposta, não seria interessante. Então, aqui há também uma resposta/diálogo aos argumentos de Andrei Marmor desenvolvidos em *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral* (MARMOR, 2006). Em seu trabalho, ele apresenta argumentos realmente persuasivos a favor da abordagem positivista neutra do direito.

Naturalmente, este texto não exprime todo o seu pensamento, que é bem mais profundo e completo, todavia é um bom excerto para colocar em prática os conceitos trabalhados nas primeiras seções deste texto.

Antes de descrever os argumentos, é importante destacar como Andrei Marmor (2006) vê o positivismo. Ele acredita que as seguintes teses resumem o positivismo jurídico. A primeira diz que o direito é um instrumento de controle social. Assim, como um instrumento, ele pode ter usos bons ou ruins. A segunda é a tese social. Diz que o direito é um fenômeno social, e pode ser identificado estudando fatos sociais. E a última é a tese de separação. Essa última tese significa que o direito pode ser identificado sem qualquer consideração moral ou política. Então, baseado nessas três teses, os argumentos de Marmor (2006) são em defesa do positivismo descritivo e politicamente neutro.

4.1 O argumento da função

O argumento da função é o usado nos tópicos 3.2 e 3.3 deste artigo. Sua natureza é dizer que quando Hart tomou decisões metodológicas com base na função, ele está usando elementos morais.

Marmor (2006) diz que a compreensão de uma prática social normativa como jogos e direito deve compreender suas funções e os valores que tornariam as crenças dos participantes em sua razão de ação. Ele também diz que as convicções dessas teses podem ser criticadas, mas essas críticas são apenas opiniões: "Uma coisa é entender o que é o jogo de xadrez, e outra é decidir se é uma boa ideia jogá-lo ou não" (tradução livre do original) (MARMOR, 2006, p. 696).

Depois disso, ele argumenta que o teórico pode descrever alguns assuntos de fato como a natureza de circunstâncias relevantes, crenças e preferências reais das pessoas. Aqui, a explicação não precisa de proposições morais ou políticas. Esse é o objetivo de Hart no projeto positivista de *The Concept of Law* (HART, 1994). Segundo Marmor (2006), ele pretende dizer que o direito é uma ferramenta e que as ferramentas podem ser usadas para coisas boas e ruins.

Mas o objetivo é dizer que, quando Hart usa a função para explicar a diferença e a necessidade de regras primárias e secundárias, ele não argumentava moralmente. Ele estava dizendo que o direito é uma ferramenta melhor com regras secundárias. Essa suposição é muito fraca para ser moral ou política porque não perde sua natureza do direito como ferramenta.

4.2 O Argumento da Interpretação

O argumento da interpretação é especialmente baseado na tese de que não se pode começar a interpretar um texto sem formar uma visão sobre os valores inerentes ao seu gênero inerente. Como resposta, Marmor (2006) diz que o zoólogo interpreta o comportamento dos macacos e esse tipo de interpretação não é construtiva em essência. E ele também diz que se pode entender os valores mantidos pelos outros e seus pontos sem formar um julgamento sobre eles.

Pelo menos, ele reconhece que as convicções são limitadas por sua própria formação cultural-avaliativa. Mas ele discorda que a consequência dessa suposição é a impossibilidade da análise neutra do direito ou de qualquer outra prática. É por isso que ele ainda acredita no projeto hartiano de análise neutra do direito.

4.3 O Argumento do Ponto de Vista Interno

Este argumento é um passo adiante no argumento da interpretação. O argumento do ponto de vista interno é uma resposta à tese de que, assumindo o ponto de vista interno, presume-se que é a visão política e moral na análise do direito. Aqui, Marmor (2006) diz que a validade do direito não é um conceito contestado. Coisas podem ser mais ou menos justas, mais ou menos artísticas, mas a validade do direito não é assim. Ele diz que questões sobre justiça e legitimidade do direito são importantes, mas "nada disso mostra que o conceito de direito é um conceito essencialmente contestado, mesmo do ponto de vista interno" (tradução livre) (MARMOR, 2006, p. 696).

5 UM DIÁLOGO COM OS ARGUMENTOS DE MARMOR

As respostas de Marmor (2006) são muito rigorosas com sua concepção de positivismo jurídico. O objetivo aqui é responder (dialogar) às suas opiniões com base nos conceitos e argumentos desenvolvidos em seções anteriores. Em primeiro lugar, é necessário argumentar contra sua visão positivista sobre o direito legal positivista de direito. Seu positivismo entende o direito como um conceito criterial e cada tese mostra um aspecto dessa escolha.

Compreender o direito como um instrumento neutro, baseado na tese social de que ele pode ser identificado sem usar a moral, é uma escolha política. Certamente, alguns dos positivistas mais importantes viram o direito assim, mas não todos eles. Hobbes e Bentham eram positivistas jurídicos e eles usaram argumentos morais para apresentar suas ideias. Qual desses dois conceitos de positivismo é o melhor?

Segundo Marmor (2006, p. 688), não há concorrência, ele nega que:

uma compreensão dos conceitos morais e políticos essenciais para a compreensão da natureza do direito, implica necessariamente a teoria do direito com qualquer postura moral/política particular, ou avaliação moral/política. (tradução livre).

Uma teoria do direito descritivo não está apenas em concorrência com uma teoria moral e justificatória. Nessa competição, uma teoria justificatória é a melhor maneira de entender a natureza do direito. Considerando o direito como um conceito interpretativo, uma

teoria descritiva é apenas uma má maneira de ver sua natureza interpretativa. Analisar cada argumento de Marmor (2006) ajudará a entender o argumento.

Marmor (2006) diz que a função do direito é apenas ser um bom instrumento de controle social, mas isso tem consequências práticas (interpretativas). Em um tribunal, um juiz não decidirá um caso baseado na melhor teoria para o controle social. Obviamente, o ponto de controle social é importante para o direito mesmo nos tribunais, mas a principal necessidade é a justificativa do poder coercitivo do Estado e a proteção dos direitos civis da população. São questões controversas, políticas e morais, e uma teoria "neutra" não ajudaria na decisão porque faz com que um problema político pareça uma posição neutra. Isso faz com que o sentido do direito seja perdido na análise de problemas reais.

A posição de que uma interpretação é possível com uma avaliação moral e que se pode produzir afirmações neutras do ponto de vista interno é muito artificial. A interpretação dos chimpanzés tem uma natureza diferente da interpretação das práticas humanas. Mesmo com os avanços científicos, não se pode interpretar a vida dos macacos do ponto de vista interno.

A interpretação de uma prática humana do ponto de vista interno é uma experiência que, sem dúvida, leva o teórico às avaliações políticas e morais. Marmor (2006, p. 701) diz que "o fato de nossa capacidade de compreender valores ou práticas de outras culturas é limitado por nossa própria formação cultural-avaliativa não implica que a compreensão necessariamente termina em julgamento" (tradução livre). Sobre isso, o exemplo de Waldron já mencionado na seção 3.2 deve ser reiterado. O exemplo é sobre alguém que dá uma opinião a um amigo católico sobre sua religião. Quando se toma o ponto de vista católico do amigo, já se fez uma avaliação político-moral. Suas convicções religiosas estão competindo com as de seus amigos quando decidem que essa religião não é deles.

Em outras palavras, os argumentos de Marmor (2006) insistem em ver o direito como um conceito criterial e tentam justificar a possibilidade de um estudo desse fenômeno baseado apenas na descrição da história institucional. As verdadeiras condições de validade de uma proposição jurídica não são fundadas apenas na análise histórica de uma instituição. É preciso aceitar que os problemas jurídicos realmente importantes sejam resolvidos por argumentos políticos.

As decisões morais implícitas da melhor teoria neutra construída – *The Concept of Law* de Hart (HART, 1994) – mostram que o direito não deve ser estudado como um conceito interpretativo. Seu fenômeno pode ser melhor estudado se o direito for aceito como um conceito

interpretativo. Caso contrário, poderia haver o risco de camuflar o problema com o véu da neutralidade².

6 CONCLUSÕES

Este artigo pode produzir conclusões provisórias com base no debate descrito até aqui:

(i) O agulhão semântico ferroa (*stings*) o positivismo jurídico como uma teoria moralmente neutra e descritiva. Isso acontece porque considera o direito como um conceito criterial. Em outras palavras, significa que entende que as verdadeiras condições de uma proposição jurídica verdadeira só podem ser identificadas através da análise do histórico de uma instituição.

(ii) A consequência de tal constatação é que as decisões políticas e morais tomadas pelo teórico do direito estão cobertas pelo véu da neutralidade e a teoria é o poder de resolver problemas jurídicos. A cegueira dos positivistas jurídicos em relação às decisões políticas em *The Concept of Law* (HART, 1994) mostra que há infecções causadas pelo agulhão semântico.

(iii) É possível identificar decisões políticas na obra *The Concept of Law* (HART, 1994). Isso acontece quando Hart decide sobre sua abordagem metodológica sobre obrigações jurídicas, sobre o ponto de vista interno e sobre a decisão por um sistema com regras primárias e secundárias.

(iv) Os argumentos de Andrei Marmor (2006) a favor da teoria do direito descritiva e neutra pressupõem que o direito é um conceito criterial e ainda cobre as decisões políticas tomadas pelos positivistas jurídicos em suas teorias.

REFERÊNCIAS

COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. (Org.). **INTERPRETANDO O IMPÉRIO DO DIREITO: ENSAIOS CRÍTICOS E ANALÍTICOS**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018.

COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

² O debate não se encerra por aqui. Wil Waluchow defende que um meio termo entre uma teoria totalmente compromissada teoricamente e uma descrição totalmente desvinculada da moralidade. Mais detalhes a respeito deste argumento Cf. (GOMES JÚNIOR, 2023, 2022a, 2022b).

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011

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

_____. Legal Theory and the Problem of Sense. In: GAVIDSON, R (ed). **Issues in Contemporary Legal Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

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

GOMES JÚNIOR, F. T. R.. O imperativismo na sua melhor forma: Esclarecimentos e problematizações sobre a generalidade do direito em Hart. In: Saulo de Matos; André Coelho; Thomas Bustamante. (Org.). **INTERPRETANDO O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023, v. 1, p. 75-96.

_____. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow: entre emergência e autoritarismo**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022a.

_____. A Resposta de Wil Waluchow ao Desafio Metodológico Interpretativista. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. l.], v. 14, n. 01, 2022b. DOI: 10.54275/raesmpce.v14i01.204. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/204>. Acesso em: 25 ago. 2023.

HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2º Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MATOS, Saulo de; COELHO, André; BUSTAMANTE, Thomas. (Org.). **INTERPRETANDO O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART**. 1ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023.

MARMOR, Andrei. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, 2006, n. 26.

PERRY, Stephen. Interpretation and Methodology in Legal Theory. In: MARMOR, Andrei. **Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy**. 1997.

STRAVROPOULOS, Nicos. Hart's Semantics. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.