

## Introdução

Em o *Conceito do Direito*<sup>1</sup>, Herbert L. A. Hart possui o objetivo de delinear as propriedades essenciais que são inerentes a qualquer sistema jurídico. Nesse sentido, afirmou que uma estrutura baseada no costume possuiria um estado de incerteza muito grande e que uma teoria que possuísse só regras primárias de obrigações não seria capaz de adequadamente descrever o conceito de direito. As regras primárias agregadas não são suficientes para formar um sistema, pois se tornam apenas um simples conjunto de padrões separados, ou seja, evidencia-se o caráter estático das regras primárias. O único modo de alteração das regras de tal sociedade seria o processo lento de crescimento, através dos hábitos, pois não haveria um meio de adaptar mudanças nas regras.

O sistema jurídico é explicado por Hart como uma união de regras básicas primárias de obrigação e regras secundárias. As regras secundárias dependem, em certo sentido, das primárias, daí por que são secundárias em relação a estas. São regras secundárias, pois regulam como aplicar, validar, modificar ou extinguir regras primárias e seus efeitos. As regras de reconhecimento são aquelas que fixam os pressupostos ou requisitos para existência válida das regras primárias.

A principal regra secundária é definida como a regra de reconhecimento que ajusta o defeito da incerteza sobre qual seria o direito válido caso existissem apenas regras primárias. Essa regra de reconhecimento especifica algum aspecto ou aspectos cuja existência é a indicação de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce, com importante referência à autoridade. Ao conferir uma marca de autoridade, introduz um conceito de sistema jurídico, pois as regras deixam de ser um conjunto agregado de regras primárias para serem unificadas dentro de um mesmo critério originário.

Ronald Dworkin<sup>2</sup>, ao publicar *O modelo de Regras I*, inicia com Hart um intenso debate (levado adiante por outros positivistas) sobre os limites teóricos do conceito de direito pretendido por Hart. Dworkin afirma ser impossível determinar uma única regra como teste

---

<sup>1</sup> HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

fundamental para reconhecimento das normas e padrões válidos considerados como o direito de determinada sociedade<sup>3</sup>.

Segundo Dworkin, a teoria positivista não consegue enfrentar o desafio de adequar um teste de reconhecimento a um modelo de sistema jurídico que contenha regras e princípios<sup>4</sup>. Dworkin defende que os juizes não têm poder discricionário em relação à escolha de princípios que sustentem a resolução de um caso difícil, pois são obrigados a utilizá-los<sup>5</sup>. O argumento defendido pelo autor aponta para a impossibilidade de existir qualquer regra de validade para identificar princípios que contam como direito de outros princípios que não são considerados direito.

Diante da problemática exposta entre uma concepção descritiva positivista do direito em contraposição a concepção interpretativa do direito, o presente artigo possui como objeto as principais divergências encontradas nesse debate, principalmente, a controvérsia sobre a possibilidade de uma análise conceitual sobre o direito e a necessidade de que essa análise conceitual imponha o uso de duas teses: (i) a tese da separação da moral e do direito; e (ii) a tese de que a regra de reconhecimento é derivada de uma norma social (o direito de uma determinada sociedade é um fato social).

Acerca do citado objeto, admite-se a hipótese de que o debate em questão deve ser superado, pois a tese positivista exclusiva é considerada conceitualmente a melhor tese para explicar e descrever o conceito de direito de forma a adequar um conceito a priori em uma realidade a posteriori<sup>6</sup>. Com o objetivo de suportar a hipótese supracitada, o artigo contrapõe o argumento do agulhão semântico de Dworkin em relação à ideia de descrição de um conceito por meio de critérios e propriedades essenciais segundo Joseph Raz<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Dworkin expõe que nenhum teste fundamental elaborado a partir de uma regra de reconhecimento pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos (EUA e Grã-Bretanha). Nos sistemas jurídicos complexos não se pode fazer nenhuma distinção definitiva entre padrões jurídicos e morais. Essa distinção não existe na medida em que os juizes se utilizam tanto de normas positivadas como princípios que não podem derivar ou serem testados por uma regra de reconhecimento. *Idem. Ibid.* p.73.

<sup>4</sup> *Idem. Ibid.* p. 74.

<sup>5</sup> *Idem. Ibid.* pp. 56-57.

<sup>6</sup> LEITER, Brian. Legal Realism, Hard Positivism, and limits of Conceptual Analysis. In: COLEMAN, Jules Coleman (editor). *Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Nova Iorque. Oxford University Press, 2005.

<sup>7</sup> RAZ, Joseph. Two views of the Nature of Law: A partial comparison. In: COLEMAN, Jules Coleman (editor). *Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Nova Iorque. Oxford University Press, 2005.

A ênfase dada à hipótese supracitada que possui um referencial de conceito apriorístico definido (o positivismo exclusivo) implica em um marco teórico que não se situa entre o debate Hart e Dworkin (apenas o referencial de partida) propriamente dito, ainda que o objeto do artigo sejam as principais controvérsias ventiladas a partir desse debate. Para além do debate explicitado, o marco teórico utilizado será a interpretação realista dada por Brian Leiter<sup>8</sup> influenciada por Richard Posner<sup>9</sup> sobre o argumento conceitual a priori do positivismo exclusivo capitaneado por Raz. Metodologicamente, o trabalho possui o intuito de realizar uma revisão bibliográfica dos principais conceitos e questões trabalhadas pelo debate citado.

### **1. As principais controvérsias do debate intitulado Hart/Dworkin**

A teoria positivista emprega uma compreensão baseada em um observador externo, logo, ao estudar a estrutura do ordenamento jurídico e ao interpretar seus dispositivos, o positivista<sup>10</sup> adota uma postura de distanciamento tanto de suas preferências pessoais como dos valores e interesses de grupos sociais<sup>11</sup>. A teoria positivista preconiza um observador distante dos conteúdos normativos e ideológicos do próprio ordenamento, evitando defender as opções legislativas como adequadas, necessárias ou justas e a legitimar seus resultados<sup>12</sup>. Afirma-se que os positivistas<sup>13</sup> reconhecem a ampla margem de discricionariedade<sup>14</sup> de cada aplicador do direito em relação à aplicação de uma norma e o entendimento de seu

---

<sup>8</sup> LEITER, Brian, Op. Cit.

<sup>9</sup> POSNER, Richard. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Londres, Harvard University Press, 1999.

<sup>10</sup> Entendido aqui apenas a posição epistemológica de conhecimento de fatos e verdades na realidade observável. O termo positivista nesse sentido não precisa conter todas as diferentes vertentes que existem dentro desse rótulo.

<sup>11</sup> DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Revista Brasileira de Estudos Políticos Belo Horizonte, n. 102. pp. 215-253 - jan./jun. 2011.

<sup>12</sup> Idem. Ibid.

<sup>13</sup> Dimitri Dimoulis destaca a prevalência de quatro grandes argumentos que concentram o debate positivista atual: o argumento linguístico sobre a vagueza estrutural da linguagem; o argumento de teoria das normas que aduz ao fato de que a baixa densidade normativa de muitos dispositivos vigentes, que são comumente designados como princípios ou normas programáticas impede a aplicação precisa do direito. Diante da abertura normativa, o aplicador adquire ampla liberdade de concretização dentro dos limites traçados pelo legislador; o argumento de validade do direito que não reconhece a vinculatividade jurídica de princípios morais ou de outra natureza. Não sendo vinculado por tais princípios, o aplicador de enunciados normativos jurídicos vagos ou de baixa densidade possui liberdade de decisão; e por fim, o argumento de teoria da interpretação, ou seja, o positivismo jurídico não acredita na possibilidade de hierarquizar os métodos de interpretação do direito, escolhendo o melhor ou, pelo menos, o mais indicado em cada caso. Idem. Ibid.

<sup>14</sup> HART, Herbert L.A. Op. Cit.

conteúdo<sup>15</sup>. Isso não nega, porém, a relativa determinação das normas que garantem certo grau de objetividade-vinculatividade<sup>16</sup>.

Um dos principais debates da teoria do direito no final do século XX, o debate entre Hart e Ronald Dworkin, evidencia a posição de Dworkin em relação à necessidade de observar que a legalidade não pode ser em última instância determinada por fatos sociais<sup>17</sup> somente. As questões morais também devem ser consideradas como determinantes. Assim, a existência do direito deve ser condicionada pelo conteúdo de certos princípios morais. Essa afirmação foi contestada por uma série de positivistas<sup>18</sup> que realçaram o caráter social e convencional da regra de reconhecimento como propriedade essencial caracterizadora do que seja o conceito de direito.

A contestação da crítica feita por Dworkin é proposta por positivistas que aceitam a tese da separação da moral, bem como a tese da norma social (o que consiste como direito em uma determinada sociedade é um fato social). No entanto, o positivismo não é uma escola de pensamento homogênea e é possível estabelecer uma diferenciação entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos a partir da interpretação diversa dada a cada uma das teses mencionadas anteriormente<sup>19</sup>.

Os positivistas inclusivos acreditam que seja conceitualmente possível que exista uma regra de reconhecimento em um sistema jurídico, na qual a moral não seja um critério de validade. Essa vertente do positivismo afirma que a tese da norma social evidencia apenas que a regra de reconhecimento de uma sociedade orienta como os agentes públicos oficiais realmente interpretam e aplicam o direito. Portanto, se é convencional a prática de aplicar a moral como critério de validade e legalidade em disputas, então a moral nessa sociedade será considerada um critério da regra de reconhecimento.

O grande mérito dessa vertente do positivismo é evidenciar que o sistema jurídico é guiado por uma regra de reconhecimento com conteúdo social, ou seja, proveniente de um consenso social sobre determinadas práticas. Esse consenso é consequência direta de um acordo perante certas práticas, em relação ao seu conteúdo. Em se tratando de casos difíceis,

---

<sup>15</sup>SCHAUER, Frederick, A Critical Guide to Vehicles in the Park (2008). New York University Law Review, Forthcoming. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1143645>. Último acesso em 10/09/2015.

<sup>16</sup> DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit.

<sup>17</sup> SHAPIRO, Scott. The hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed. Public law and legal theory working paper series No. 77. University of Michigan Law. 2007.

<sup>18</sup> HART, Herbert L.A. Op. Cit.

<sup>19</sup> SHAPIRO, Scott. Op. Cit.

os juízes não disputam o conteúdo da regra de reconhecimento em si, ou seja, não entram em disputa acerca do conteúdo acordado socialmente. A disputa teórica em jogo está relacionada a um desacordo acerca da aplicação dessa regra e, portanto, quando juízes deliberam sobre quais princípios devem ser aplicados (considerando que a existência de princípios a priori não invalida a tese positivista), eles estão argumentando sobre o modo correto de aplicação da regra de reconhecimento perante um caso concreto<sup>20</sup>.

Os positivistas exclusivos, por outro lado, asseveram que o conteúdo próprio da regra de reconhecimento deve ser baseado em fatos sociais acordados, sem levar em conta qualquer conexão com o conteúdo moral desse acordo<sup>21</sup>. Assim, os fatos sociais limitam o próprio conteúdo da regra de reconhecimento (o conceito de pedigree). Os positivistas exclusivos consideram que para interpretar a tese da separação, é necessário compreender que para todas as regras de reconhecimento em qualquer sistema jurídico, a moral não pode ser considerada como um critério de validade<sup>22</sup>.

Um primeiro ponto abordado pelos positivistas foi indicar a dificuldade de precisão crítica feita por Dworkin acerca da regra de reconhecimento<sup>23</sup>, o que gera dificuldade para situar quais respostas devem ser consideradas a essa crítica<sup>24</sup>. Dworkin supõe que a crítica acerca da regra de reconhecimento deve ser evidenciada pela crítica à necessidade do positivismo em afirmar a tese do pedigree, ou seja, que existiria um critério de validade e legalidade para cada norma a partir de uma norma que se refira apenas a fatos sociais (a regra de reconhecimento derivaria apenas do acordo a determinado entendimento social). Assim, Dworkin<sup>25</sup> aponta que é errado supor que em todo sistema jurídico existe algum teste fundamental, normalmente reconhecido como válido, para afirmar quais padrões contam ou não como direito. Nenhum teste fundamental pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos de modo que, nesses países não se pode fazer nenhuma distinção definitiva e precisa entre padrões jurídicos e morais. Os dois tipos de padrões se entrelaçam na história

---

<sup>20</sup> COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the practical Difference thesis. In: COLEMAN, Jules Coleman (editor). *Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Nova Iorque. Oxford University Press, 2005.

<sup>21</sup> Conforme Shapiro expõe, enquanto a teoria do Direito de Hart não pressupõe necessariamente a Tese do Pedigree por Dworkin exposta, os positivistas exclusivos adotam essa postura. SHAPIRO, Scott. Op. Cit.

<sup>22</sup> LEITER, Brian. Op. Cit.

<sup>23</sup> Segundo Shapiro, Hart não impõe em sua tese em nenhum momento a necessidade de que a regra de reconhecimento tenha que ser verificada por meio de um teste de pedigree. Shapiro assevera que em muitos momentos, Hart inclui a necessidade de que critérios de legalidade sejam explicitamente referentes a considerações morais.

<sup>24</sup> HART, H L A, Op. Cit. p. 309.

<sup>25</sup> RONALD, Dworkin. Op. Cit. pp. 73-74.

institucional desses sistemas complexos. O teste de legalidade de uma regra de reconhecimento somente pode ser aceito se estiver relacionado a um conjunto de regras jurídicas simples. No entanto, os juízes ao deliberarem nas cortes para produzirem decisões judiciais utilizam outros tipos de padrões – os princípios que sustentam o ordenamento jurídico e princípios que também não estão positivados.

Assim, conforme mencionado anteriormente na introdução, teoria positivista é colocada em uma difícil posição, pois ou deve aceitar o exercício do poder discricionário ou então, elaborar um teste comumente aceito que identifica os princípios aceitos pelo direito<sup>26</sup>. Com sua posição crítica, Dworkin advoga que os juízes não têm poder discricionário na aplicação de princípios. Os princípios considerados como parte do direito de determinada sociedade necessariamente conduz à falência da teoria do teste de validade.

Dworkin destaca a fragilidade do argumento positivista de que um sistema jurídico seja feito apenas de normas e não contenha princípios. Sua crítica se concentra no fato de que muitas vezes os juízes decidem sem levar em conta normas positivadas, mas consideram-se limitados por princípios que não possuem clareza de aplicação<sup>27</sup>. Com isso, Dworkin utiliza o exemplo de *Henningsen vs Bloomfield Motors*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o fabricante de veículos era responsável por danos sofridos pelo consumidor do veículo, pois eram consequência de uma falha técnica de fabricação, ainda que o consumidor tenha assinado um termo de isenção de responsabilidade para o fabricante. Nesse caso, a corte não achou nenhuma norma que pudesse ignorar o termo de responsabilidade, mas mesmo assim decidiu por condenar o fabricante, utilizando-se de diversos princípios legais não positivados.

De acordo com Dworkin, a existência de princípios contradiz tanto a tese da separação como a tese da norma social (do critério de legalidade por meio do pedigree)<sup>28</sup>. A contradição é inerente no momento em que se aceita a existência de princípios, pois a validade e a legalidade dos princípios são verificadas por seu conteúdo e histórico de evolução, ou seja, dependem de uma compreensão substantiva de seu conteúdo elástico. O seu poder de decisão e a produção de seus efeitos dependem do caso concreto e do contexto em que são enfrentados e utilizados, dependem da forma de argumentação utilizada, enfim seus efeitos

---

<sup>26</sup> Idem. Ibid. p. 74.

<sup>27</sup> Idem. Ibid. pp. 38-46.

<sup>28</sup> SHAPIRO, Scott. Op. Cit.

são produzidos a partir do conteúdo avaliado e podem variar de grau de intensidade e aplicação.

A importância de agregar os princípios como inerentes ao conceito do direito e logo a uma elaboração da teoria do direito, segundo Dworkin seria erradicar a crença em uma norma social maior na qual deriva a legalidade de todas as outras normas (a tese do pedigree, conforme mencionado anteriormente). Os princípios são sempre sustentados por princípios correlatos e de maior abrangência, ou seja, princípios que têm suporte institucional, princípios políticos, princípios de autoridade, entre outros, ou seja, toda a construção teórica e prática na qual uma sociedade é erigida. A tese não positivista de Dworkin impõe que seria impossível que apenas uma regra pudesse abarcar todas as possibilidades de interpretação dos princípios que permeiam a sociedade e o sistema jurídico<sup>29</sup>. A regra de reconhecimento não poderia criar uma estrutura com tamanha complexidade e ao mesmo tempo estável a ponto de mensurar e prever a flutuação e desenvolvimento de determinados princípios, seu poder de variação de peso na aplicação prática ou o grau de suporte institucional que ele possui dentro do sistema<sup>30</sup>.

Portanto, a tese da fonte social como critério de legalidade (a tese do pedigree) deveria ser refutada por dois grandes argumentos centrais. Em primeiro lugar, os princípios legais são limitações aos juízes e possuem autoridade sobre eles apenas em função de seu conteúdo e propriedades morais intrínsecas e não pelo fato de derivarem de uma norma com pedigree<sup>31</sup>. Em segundo lugar, ainda que os princípios pudessem possuir autoridade devido a um pedigree, é impossível formular uma regra estável<sup>32</sup> o suficiente - e com as mesmas propriedades da regra de reconhecimento - que pudesse perfeitamente ser a base institucional para os princípios.

De acordo com Shapiro, essa crítica pode ser refutada a partir da compreensão de que a discricionariedade dos juízes é uma consequência inerente ao grau de indeterminação do direito<sup>33</sup>. Assim, o direito teria uma textura aberta<sup>34</sup>, ou seja, em inúmeros casos concretos, a conduta apontada por uma norma seria controversa ou no mínimo sua aplicação não seria claramente evidente. Em última instância isso provocaria uma indeterminação do direito e conseqüentemente a atuação do juiz em alguns casos seria discricionária. Com essa

---

<sup>29</sup>DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 102.

<sup>30</sup> SHAPIRO, Scott. Op. Cit.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. Op. Cit.

<sup>32</sup> A duração do sistema é imprescindível para a sustentação de uma teoria do direito.

<sup>33</sup> SHAPIRO, Scott. Op. Cit.

<sup>34</sup> SCHAUER, Frederick. Op. Cit.

conclusão, segundo Shapiro<sup>35</sup>, fica claro que a teoria proposta por Hart baseia-se muito mais em uma ideia de atos sociais normalmente aceitos como fonte do poder de autoridade<sup>36</sup> do que exatamente um painel de modelo de regras caracterizado como estático e impossível por Dworkin. Conforme o exposto deriva-se a conclusão de que Hart considera que algumas vezes os juízes possuem um poder de discricionariedade forte devido ao seu entendimento de que o direito consiste em padrões sociais revertidos de autoridade (com uma regra de reconhecimento que distingue o critério de validade das outras leis e dos oficiais que são encarregados de sua aplicação). Ao contrário, Dworkin foca sua crítica e sua investigação para a negação de que a conduta social seja o motivo da existência do conteúdo legal do direito. Conforme mencionado acima, Dworkin afirma que o direito possui limitações e normas que limitam o poder dos juízes ainda que não tenham sido consideradas anteriormente, pois os princípios possuem vinculação e força de autoridade devido ao seu conteúdo moral, ou seja, não dependem de um consenso social, mas produzem efeitos apenas por existirem como tal<sup>37</sup>. Logo, o direito não deriva de fatos sociais apenas, mas primordialmente se baseia e se solidifica a partir de considerações políticas sobre a moral e sobre a legitimidade das instituições.

Deve-se compreender que todos os argumentos feitos pelos positivistas contra a crítica de Dworkin, incluindo aqui os positivistas exclusivos, são argumentos conceituais, ou seja, buscam uma realidade a priori e são argumentos que descrevem e explicam de forma eficiente às propriedades essenciais inerentes ao conceito de direito<sup>38</sup>. Um dos principais obstáculos do positivismo no momento atual, então, perpassa longe do debate entre Hart e Dworkin. O

---

<sup>35</sup> Shapiro, Scott. Op. Cit.

<sup>36</sup> Idem. Ibid.

<sup>37</sup>“(…) those norms that have been the subject of past social guidance, the bindingness of those norms according to Dworkin does not depend on the fact that they have been socially designated as binding. They are binding because the principles of political morality make them binding. Thus, even when social guidance runs out, the law does not, for moral does not”. Idem. Ibid.

<sup>38</sup> A teoria do direito pretende identificar propriedades necessárias e distintivas sobre o objeto direito, ou seja, sobre a instituição social chamada direito em qualquer comunidade. Portanto, a teoria do direito pode ser compreendida como aquele campo do saber que estabelece as bases para a dogmática jurídica. Frederick Schauer, por exemplo, expõe que a natureza do Direito não precisa ser necessariamente subjetiva ou psicológica. Pelo contrário, muito da doutrina atual entende que a natureza do fenômeno do Direito deve ser observada a partir do ângulo de um observador independente e independente-teórico. A tarefa do teórico, portanto, é descobrir e explicar o que a natureza é. Ele aponta que o conceito de direito possui suas características essenciais, mesmo que este conceito varie através do tempo e das culturas. Assim, mesmo que o conceito da natureza do direito mude drasticamente de cultura ou de paradigma jurídico, ainda assim, caso se proceda à análise do paradigma específico, o conceito deverá conter suas características essenciais, que podem ser descritas. SCHAUER, Frederick. Necessity, Importance, and the Nature of Law. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2010-19. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1594930> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1594930>. Último acesso: 01/09/2015.



grande desafio atual é a relação entre a possibilidade de uma análise conceitual do direito e seus limites, inclusive os desafios metodológicos para a construção de uma teoria do direito<sup>39</sup>. O entendimento proposto sugere que o debate entre Hart e Dworkin foi vencido pela tese positivista no que concerne as críticas feitas pelo Modelo de Regras I e II<sup>40</sup>.

## **2. Os limites de uma análise conceitual *a priori* e o modelo de exposição do projeto teórico *a posteriori***

No capítulo III de *O Império do Direito*, sob o nome de *a Jurisprudência Revisitada*, Dworkin delinea as consequências gerais do fato de compreender o Direito como um conceito interpretativo e não um conceito semântico<sup>41</sup>. O autor demonstra que a cultura jurídica de determinada sociedade é caracterizada por certas tendências de análise e interpretação da prática do direito como um todo. No entanto, esta teoria da interpretação é uma dinâmica não uniforme, ou seja, determinados juízes e aplicadores do direito interpretam de forma diversa o direito. A Teoria do Direito não pode produzir teorias semânticas sobre o que é o Direito<sup>42</sup>, mas apenas enveredar sobre uma construção interpretativa do sistema institucional do direito<sup>43</sup>.

Dworkin destaca que o positivismo ignora a característica flexível da linguagem e seus múltiplos sentidos derivados, que dependem de contextos diversos. O problema das teorias semânticas reside no fato de que ignoraram a interpretação do desenvolvimento histórico de determinadas práticas jurídicas e seus paradigmas<sup>44</sup>. Nesse sentido, uma teoria do direito

---

<sup>39</sup> LEITER, Brian. Op. Cit.

<sup>40</sup> O presente trabalho opera com a ideia sugerida por Leiter de que uma Teoria do Direito atual deve avançar para além da temática proposta entre o embate positivismo e modelo de regras. Afirma-se também que esse entendimento aponta para as críticas feitas apenas em o Modelo de Regra I, porquanto as críticas que derivam de um desacordo teórico, propostas por Dworkin e combatidas pelos positivistas inclusivos não estão sendo consideradas. Nesse sentido, Shapiro afirma: “(...) To some extent, I agree with Leiter. If we identify the Hart-Dworkin debate solely by Dworkin’s criticism in ‘The Model of Rules I’ and the discussion generated by them, which is how Leiter and many others understand it, then I think that the positivists clearly have won” SHAPIRO, Scott. Op. Cit.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>42</sup> Essa afirmação implica na impossibilidade de determinar conceitualmente quais seriam as propriedades essenciais do conceito de direito. Portanto, é uma crítica direta a compreensão positivista de que existam propriedades inerentes e universais ao conceito de direito, conforme mencionado acima no caso da perspectiva proposta por Frederick Schauer e outros.

<sup>43</sup> Dworkin assevera que: “apesar de toda a sua abstração, trata-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática” Idem. Ibid. p. 112.

<sup>44</sup> Dworkin afirma que deve existir um leve consenso dentro de certa comunidade sobre o que seriam práticas jurídicas – uma instancia pré-interpretativa. Dessa análise pré-interpretativa, obtém-se uma estrutura abstrata de que o sistema jurídico pressupõe uma legitimação prévia de determinadas instituições para usarem o poder de coerção. A partir desta interpretação inicial e consensual do direito, nascem diversas concepções sobre o que é o

(analítica) que derive de um conceito do direito não poderia conceber uma resposta adequada ao desenvolvimento da prática interpretativa e do sentido de legitimidade da coerção de determinado sistema jurídico. Somente a partir da análise interpretativa das práticas jurídicas, desenvolve-se uma teoria política plena do direito. Essa análise inclui duas etapas diversas: verificar os fundamentos do direito, ou seja, as condições institucionais e as proposições que devem ser aceitas como verdadeiras<sup>45</sup>, bem como compreender o processo de legitimação da força do direito. Logo, uma teoria do direito deve propor uma solução a essa duas etapas simultâneas, bem como atinar para o fato de que essa solução deve se situar dentro de um contexto singular de determinada comunidade e seu sistema legal, ou seja, uma prática local<sup>46</sup>.

A análise empregada por Dworkin sobre teorias semânticas é refutada de forma conceitual pelo positivismo exclusivo. Joseph Raz<sup>47</sup> emprega a ideia de que a teoria do direito é a explicação da natureza do direito<sup>48</sup>. Em um primeiro momento deve-se analisar o que seja um conceito e também um domínio de um conceito. Uma teoria do direito deve satisfazer dois critérios, em primeiro lugar ela deve propor proposições verdadeiras sobre o direito. Além disso, essas proposições devem explicar o que é o direito em seu bom funcionamento. Assim, cabe a seguinte pergunta: qual a relação entre conceito de alguma coisa e a sua natureza (entendida em perfeito funcionamento)?

Joseph Raz sustenta que uma explicação sobre o que são conceitos deriva da possibilidade de explicar como é possível tê-los (possui o domínio do uso mais adequado) e compreendê-los. Ou seja, é necessário estabelecer as condições sob as quais é verdadeiro afirmar que as pessoas têm (operam) e entendem o conceito (compreendem a sua utilização e compartilham entre si). Nesse sentido os conceitos se distinguem entre si pela informação necessária para tê-los e compreendê-los. Os conceitos são identificados como singulares por meio de suas condições para seu domínio completo ou também pelas condições mínimas

---

direito. Dworkin, então, critica de forma mais contundente as teorias semânticas do direito (como o positivismo) que utilizam de forma estrita o conceito da própria palavra direito e não consideram as práticas pré-interpretativas e a legitimação da coerção. “o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado” Idem. Ibid. p. 116.

<sup>45</sup> Idem, Ibid. pp.134-139.

<sup>46</sup> RAZ, Joseph; ALEX, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma discussão sobre a Teoria do Direito. Tradução Sheila Stolz. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

<sup>47</sup> “A teoria do direito, tal como aqui a entendo, proporciona uma explicação da natureza do direito. A tese que defenderei sustenta que uma teoria do direito é bem sucedida se satisfaz dois critérios: em primeiro lugar se consiste em proposições sobre o direito que são necessariamente verdadeiras e, em segundo lugar, se essas proposições explicam o que é o direito”. Idem. Ibid. p. 70.

<sup>48</sup> A perspectiva apresentada é em termos conceituais semelhantes à afirmação feita por Frederick Schauer e mencionada acima.

necessárias para possuí-los (as condições que em determinadas circunstâncias, alguém opera certo conceito sem conseguir, por exemplo, uma definição completa e eficaz)<sup>49</sup>.

Logo uma explicação de conceitos possui quatro partes. Primeiro, se estabelece as condições para o conhecimento implicado no completo domínio de um conceito, ou seja, o conhecimento de todos os aspectos essenciais da coisa da qual é um conceito. Em seguida, é necessário explicar a compreensão do que seja o completo domínio de um conceito. Em um terceiro momento, é preciso explicitar as condições para uma posse mínima de um conceito, ou seja, as condições mínimas para tornar o conceito operacional. Por fim, evidenciam-se quais são as capacidades requeridas para a posse mínima de um conceito. Raz afirma ainda que a compreensão é definida pelo conhecimento das relações importantes entre as propriedades essenciais das coisas as quais os conceitos se aplicam<sup>50</sup>.

A partir da explicação sistemática da análise de um conceito, evidencia-se que a existência de um conceito do qual ninguém conheça absolutamente nada não é possível de ser concebida. Entretanto, conforme se presume do exposto, é possível que ninguém tenha a compreensão, conhecimento e posse completa de um conceito, ou de fato, de qualquer conceito incluindo o conceito de um conceito.

O argumento do agulhão semântico de Dworkin, conforme mencionado, pretende evidenciar que alguns conceitos não podem ser explicados de forma semântica, ou seja, a partir de uma sistemática análise de conceitos e critérios utilizados para descrevê-los<sup>51</sup>. No entanto, Raz argumenta que uma explicação do conceito de direito é possível a partir dos mesmos critérios abordados acima para a análise descritiva de outro conceito qualquer. Assim, Raz destaca ser preciso que um conceito do direito (i) utilize uma regra ou condição para o correto uso do conceito; e (ii) que esse critério seja uma explicação verdadeira sobre quais sejam as condições corretas de uso do conceito, compartilhado por todos aqueles usam o conceito. A identidade de um conceito só existe devido a uma população que o domine e o

---

<sup>49</sup> “Os conceitos são individualizados não meramente pelas condições para o seu domínio completo, mas também pelas condições mínimas para tê-los”. Idem. Ibid. p. 73.

<sup>50</sup> “Essas considerações esquemáticas, e parcialmente dogmáticas, pretendiam explicar o porquê explicar um conceito é muito próximo a explicar a natureza daquilo que é um conceito (veja a primeira condição da identidade de um conceito mais acima) e, entretanto, essas duas tarefas diferem (veja as outras condições). Também explicam o motivo pelo qual concebo a explicação da natureza do direito como a tarefa primária da teoria do direito”. Idem. Ibid. p. 76.

<sup>51</sup> Esse entendimento sobre o que seja a crítica do agulhão semântico é oferecido por Raz de forma bem sintética: “As revised, the semantic sting claims that certain words, including the word ‘law’ cannot be explained by criterial semantics”. Raz, Joseph. Op. Cit.

use corretamente, ainda que de maneira parcial<sup>52</sup>. Assim, Raz desenvolve seu argumento sobre critérios para descrever um conceito de maneira a contrastar com o argumento do agulhão semântico de Dworkin.

Raz inicia esse contraste expondo que o argumento do agulhão semântico se desenvolve dentro da relação entre o acordo e entendimento sobre determinado conceito, uma vez que um desacordo teórico sobre determinado conceito pressupõe ao menos certo grau de acordo sobre as propriedades (critérios) básicas desse conceito. Uma vez que o desacordo é a evidência de proposições inconsistentes, isso pressupõe, justamente, o uso comum de certos conceitos - aqueles conceitos que caracterizam a inconsistência das proposições que geraram os desacordos anteriores<sup>53</sup>. Essa afirmação de que um pressuposto mínimo de entendimento do conceito é necessário para o desacordo também se torna válida no caso de se analisar os critérios para a explicação de um conceito. Ou seja, um acordo sobre o conceito pressupõe exatamente um acordo sobre os critérios para a aplicação e correto uso do conceito<sup>54</sup>.

Assim, uma explicação dos critérios de um conceito pressupõe que a posse desse conceito (conforme a análise sistemática apresentada anteriormente) é determinada pelo conhecimento de como usar o conceito em circunstâncias normais. A posse de um conceito necessita de regras que organizem o correto uso desse conceito (os critérios). Essas regras necessitam de compartilhamento e precisam ser minimamente entendidas por todos aqueles que usam, e conseqüentemente, possuem o conceito<sup>55</sup>.

Além disso, para diferir o que seja um conceito de uma palavra<sup>56</sup> é importante observar que o conceito se refere a objetos ou a proposições que conferem sentido. Essas proposições derivam de palavras, logo palavras e conceitos estão intrinsecamente relacionadas, ainda que seja o conceito que expresse as proposições de atitudes e confere sentido ao objeto<sup>57</sup>. Nesse sentido, quando a teoria do direito discorre sobre o conceito de direito, ela desenvolve esse conceito a partir de diferentes vertentes linguísticas que são

---

<sup>52</sup> Idem. Ibid.

<sup>53</sup> Raz propõe o seguinte exemplo: "This is not democratic, you say. Oh yes it is, say I. We disagree. A precondition of our disagreement is that we both use the same concept of democracy". Idem. Ibid.

<sup>54</sup> Idem. Ibid.

<sup>55</sup> Nas palavras do próprio Raz: "Criterial explanations presuppose that the possession of concepts consists in knowing how to use them in normal circumstances, namely in the possession of rules setting criteria for their correct use." Idem. Ibid.

<sup>56</sup> Uma análise sistemática e analítica do conceito do direito não deriva necessariamente de um entendimento semântico, segundo Raz. Idem. Ibid.

<sup>57</sup> LEITER, Brian. Op. Cit.

proferidas e escritas por diferentes operadores (juízes, professores, advogados, políticos) que necessariamente possuem pelo menos domínio parcial do conceito do direito. Conforme é necessária uma investigação a fundo da natureza desse conceito, conseqüentemente uma teoria do direito que obtenha êxito deve evidenciar as principais características necessárias para o bom funcionamento e compreensão deste conceito.

A afirmação anterior evidencia o principal propósito dos argumentos destacados pelo positivismo exclusivo – de agora em diante considerado como a visão mais acurada e precisa, de modo conceitual, da descrição do que seja a natureza do direito. O positivismo exclusivo se preocupa com argumentos funcionais (que possibilitem o compartilhamento mínimo entre os operadores do direito do conceito do direito, ainda que com a posse mínima deste conceito para um funcionamento eficaz)<sup>58</sup> sobre a teoria do direito<sup>59</sup>. Os dois principais argumentos de função da lei são: (i) argumentos sobre conformação da conduta dos cidadãos<sup>60</sup>; (ii) e argumentos sobre a noção de autoridade característica essencial do conceito do direito.

O argumento mais importante no que concerne o positivismo exclusivo é o argumento da autoridade. O positivismo exclusivo de Raz, então, impõe que um conceito sobre o direito deve conter também um conceito inteligível sobre a autoridade<sup>61</sup>. De acordo com esse argumento, uma propriedade essencial do direito é aquela em que o direito funciona a partir de comandos com autoridade, ainda que esses comandos possam falhar na realidade<sup>62</sup>. A afirmação de Raz é aquela que apenas a tese do conceito de pedigree funciona e é compatível com o argumento da autoridade. Essa afirmação se baseia no fato de que um sistema jurídico só funciona com poder de autoridade se é possível identificar proposições e comandos de atitudes que não necessite (não sejam dependentes) de razões substantivas (incluindo questões

---

<sup>58</sup> O critério de funcionalidade para a descrição do conceito de direito é extremamente importante para a teoria do direito proposta pelo positivismo exclusivo. Conferir, RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York, Oxford University Press, 2009.

<sup>59</sup> RAZ, Joseph. **O conceito de um ordenamento jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>60</sup> A ideia de que o argumento central do positivismo é a conformação da conduta dos cidadãos foi exposta por Dworkin. O positivismo exclusivo requer que existam verdades sobre os fatos sociais e que essas verdades possam ser tangíveis e mensuradas. No entanto, essas verdades não podem derivar de um critério moral per se, mas devem ser o resultado de um consenso social. O presente trabalho não aprofunda o tema, visto que necessita apenas delimitar conceitualmente os critérios funcionais da Teoria do Direito dos positivistas exclusivos e suas diferenças conceituais com a teoria proposta por Dworkin.

<sup>61</sup> O conceito de autoridade dentro de um sistema jurídico é estudado por outros autores de forma sistemática. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. pp. 40-41.

<sup>62</sup> “ Raz argues that it is part of our concept of law that it makes an intelligible claim to authority, even if that claim is often not realized in practice. According to Raz, however a legal system can only claim authority if it is possible to identify its directives without reference to the underlying (“dependent”) reasons for that directive”. LEITER, Brian. *Beyond the Hart Dworkin debate*. Public Law and legal theory working paper No. 34. University of Texas School of Law. 2003.

morais) para acatar aquele comando. O ponto essencial nesta análise é a compreensão de que o conceito de autoridade pressupõe que as diretrizes de comando (com poder de autoridade) não necessitam de razões correlatas para que possam produzir seus efeitos<sup>63</sup>. O conceito de autoridade não pressupõe então uma prática interpretativa proposta por Dworkin e que necessita de deliberação sobre a moralidade intrínseca dentro do próprio comando (nesse caso, não importa que seja uma norma ou um princípio).

No entanto, o principal desafio do positivismo não é montar uma moldura interessante de conceitos que não apenas se sustentam a priori, mas também que sustentem seus efeitos a posteriori, ou seja, que consiga superar as demandas da construção teórica a posteriori (a construção que ocorre em efeitos práticos na realidade objetiva). Nesse sentido, um conceito a priori deve ser avaliado de forma positiva em comparação a outro conceito, caso ele consiga se relacionar de forma coerente e satisfatória com teorias a posteriori sobre a lei (principalmente seus efeitos e procedimentos) e sobre as instituições que permeiam a sociedade.

O conceito de direito do positivismo exclusivo se sobressai, então, quando exposto as limitações e desafios de adequação com a dinâmica da realidade posteriori. Essa metodologia de verificação a posteriori, por exemplo, foi considerada pelos realistas norte-americanos, uma vez que eles, segundo Leiter<sup>64</sup>, aceitavam tacitamente uma definição conceitual positivista do direito. O posicionamento de Leiter se caracteriza como uma posição crítica ao positivismo, influenciada por uma releitura do realismo jurídico<sup>65</sup> e também pelo pragmatismo.

Com efeito, não se discute o melhor conceito descritivo do direito, mas a sua real influência nos resultados observáveis na realidade. O pragmatismo proposto por Posner

---

<sup>63</sup> ‘The crucial idea behind the Razian analysis of the concept (of authority) is precisely that what distinguishes authority is not simply that its pronouncements get taken “seriously” (whatever that means) but that they are taken so seriously that they exclude further consideration of the reasons pertaining to the matter at hand”. LEITER, Brian. Op. Cit.

<sup>64</sup> Idem, Ibid.

<sup>65</sup> Leiter considera que o Realismo Jurídico Americano adota uma posição positivista de forma tácita. O autor explica que o Realismo norte-americano admitia a teoria da indeterminação da lei como consequência de dois pressupostos empíricos observáveis. Primeiro, na corte de apelação existem várias possibilidades de resultados legais justificáveis e, portanto, não seria possível adotar uma única decisão correta. Segundo, essas razões legais não são suficientes para explicar o porquê e como os juízes decidem. Os realistas, segundo Leiter, evidenciaram que os juízes respondem primariamente ao estímulo dos fatos do caso e somente depois a leis e razões legais. Logo, uma visão positivista de discricionariedade era adotada pelos realistas, no entanto sem a pretensão de que pudesse descrever todo o fenômeno do direito. LEITER, Brian. American Legal Realism. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=339562> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.339562>. Último acesso em: 22/09/2015.

explicitamente afirma que apesar de possuir uma abrangência limitada, pois melhor reflete o contexto do sistema jurídico britânico, o positivismo idealizado por Hart descreve com certa precisão muitas características do direito, principalmente a sua indeterminação e o poder discricionário dos juízes.<sup>66</sup> No entanto, a limitação dessa descrição conceitual é visível na explicação de como compreender esse poder discricionário, uma tarefa muito mais contextual e que necessita de outras fontes do conhecimento humano<sup>67</sup>. A indeterminação do direito que resulta na discricionariedade dos juízes, assim como o conceito de autoridade anteriormente trabalhado podem ser descritos como conceitos a priori de importância fundamental em uma explicação teórica prévia, mas não são instrumentos possíveis para esgotar as possibilidades de descrição<sup>68</sup> dos eventos na realidade a posteriori de um sistema jurídico.

A exposição à posteriori de um conceito do direito considerado indeterminado (conforme a posição de discricionariedade conceitual do positivismo exclusivo) é, então, diretamente relacionada com a constatação empírica de que em Cortes de Apelação e Cortes Constitucionais os juízes são influenciados por aspectos não legais sobre questões morais e políticas<sup>69</sup>, caso de uma visão pragmática acerca do conceito do direito<sup>70</sup>. O conceito do direito a priori de Raz que se utiliza do critério de autoridade, também é perfeitamente adequado para a posição das Cortes perante os casos difíceis. Principalmente quando se considera que o costume judicial e a justificação de decisões por precedentes com poderes de autoridade (precedentes verticais e horizontais)<sup>71</sup> dentro da hierarquia judiciária são práticas

---

<sup>66</sup> Posner assevera que: “I think that Hart is descriptively, though not semantically, more accurate in his account of judicial activity in the open area, the area where the rules run out the cases in that area are frequently indeterminate rather than merely difficult”. POSNER, Richard. Op. Cit.

<sup>67</sup> POSNER, Richard. **As Fronteiras do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

<sup>68</sup> O movimento do *The New Legal Realism*, por exemplo, utiliza de métodos de ciência política, economia e pesquisas empíricas, bem como de estudos sobre psicologia comportamental para assim evidenciar os aspectos não normativos e legais que devem ser levados em consideração em uma teoria do direito que deixa de ser apenas normativa. Nesse sentido, desenvolveram-se várias pesquisas auxiliarem na descrição da realidade como de fato ela ocorre. Cf. MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R., *The New Legal Realism*. University of Chicago Law Review, Forthcoming ; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 372; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 191. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1070283>.

<sup>69</sup> LEITER, Brian, *In Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence)* (January 23, 2010). U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 138. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113461> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.111346>

<sup>70</sup> POSNER, Richard. Op. Cit.

<sup>71</sup> A teoria de precedentes de Schauer, por exemplo, pressupõe uma classificação dos precedentes entre precedentes verticais e precedentes horizontais, considerando ainda que toda a forma de precedente para Schauer possui força vinculante. A diferença entre um precedente horizontal e um vertical não está na presença de vinculação (essa sempre existe), mas no fundamento que origina a obrigatoriedade que deve ser observada pelos juízes e advogados em determinado caso. Os precedentes verticais são caracterizados pela existência da cadeia de comando, ou seja, o caráter de vinculação do precedente deriva da hierarquia entre as cortes superiores e inferiores. Os precedentes horizontais decorrem de decisões tomadas pela mesma corte no passado. Embora, exista vinculação nesse tipo de precedente, o fundamento dado a essa vinculação é partir de um critério de

bastante observáveis em sistemas jurídicos complexos. Leiter condiciona a exposição de uma teoria conceitual à prática a posteriori como uma atitude intelectual de investigar e teorizar sobre os objetos como eles funcionam na realidade<sup>72</sup>.

A principal crítica proposta por Leiter considera que a teoria de Dworkin propõe uma resposta correta para cada caso, pois deriva justamente da necessidade de princípios suportarem a legitimidade institucional do próprio sistema. Assim existiria uma resposta certa para cada caso difícil (ou um conjunto de respostas certas) e os juízes seriam obrigados a descobrir essa resposta a partir de um processo de construção interpretativa. Essa construção deveria estar em coerência com todos os outros princípios que melhor justificam o poder das instituições e de seus agentes, o que constituiria a história institucional do sistema legal<sup>73</sup>.

Evidentemente isso contamina o conceito de autoridade proposto por Raz. No entanto, o importante não é validar o conceito a priori de forma universal e atemporal. Conforme a necessidade de contextualizar o conceito com a realidade como ela realmente é, a crítica de Leiter propõe avançar com o debate da Teoria do Direito por meio de uma transição epistemológica de como conseguir descrever a realidade com dados e proposições empiricamente observáveis, a partir de conceitos teóricos que melhor se aproximem dos fenômenos possíveis de serem verificáveis e constatados.

### **Conclusão**

O debate entre Hart e Dworkin enseja a seguinte pergunta: O Direito está baseado apenas em fatos sociais previamente acordados ou deriva de fatos morais que condicionam o conteúdo do direito? A resposta a essa pergunta pode ser compreendida a partir do deslocamento do paradigma de verificação epistemológica da validade de um conceito e de uma teoria.

---

anterioridade, a corte é obrigada a seguir o que ela mesma já decidiu no passado. SCHAUER, Frederick. Op. Cit. p. 37.

<sup>72</sup> Leiter considera Dworkin como um teórico moralista, no sentido de procurar por respostas certas a priori, sem a intenção de verificação de suas proposições de forma empírica. Assim, o autor assevera que “ I shall describe it [the dispute between Dworkin and Judge Posner], instead, as a dispute between Moralists and Realists, between those whose starting point is a theory of how things (morally) ought to be versus those who begin with a theory of how things really are”. LEITER, Brian, In Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence) (January 23, 2010). U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 138. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113461> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.111346>

<sup>73</sup> Essa síntese é expressa de maneira enfática por Leiter, conforme se verifica com o seguinte trecho: “if judges invoke moral and political principles in deciding hard cases, then we must view those principles as legally binding on them, and construct a theory of law that shows it to be so”. Idem. *ibid.*



Ao trabalhar com a ideia de que a disputa existente entre positivistas e não positivistas sobre a tese da separação entre direito e moral, bem como sobre o conceito de Pedigree, o artigo já assume um pressuposto compartilhado por alguns teóricos realistas de que o conceito de direito elaborado pelos positivistas exclusivos melhor descreve o fenômeno do direito de forma a priori.

O argumento dos positivistas exclusivos considera que o conteúdo da regra de reconhecimento deve ser baseado em fatos sociais acordados, e não concebe nenhuma conexão do conteúdo desse acordo com uma razão substantiva moral. Assim, os fatos sociais são os únicos limitadores da regra de reconhecimento. O positivismo exclusivo sistematicamente expõe que a preocupação de sua teoria do direito se direciona a argumentos funcionais que contenham as principais características e propriedades necessárias para a identificação do conceito do direito. Assim, afirmou-se que os dois principais argumentos das funções essenciais do direito são sobre: (i) como conformar a conduta dos cidadãos; e (ii) sobre a ideia inteligível de comandos de autoridade que não dependem de uma relação substantiva de como seus conteúdos são interpretados para poderem existir.

Conclui-se que, sob o prisma do paradigma realista atual, capitaneado por Leiter, esse conceito de direito positivista, no melhor das possibilidades deve ser visto como um conceito a priori que determina um ponto de partida para verificações a posteriori. Essa proposta desloca o debate na teoria do direito e dá novo fôlego às discussões propondo uma nova agenda de pesquisas. O importante se torna verificar de forma contextualizada com as práticas locais das cortes como o fenômeno do direito, entendido a priori como indeterminado e como um fato social.

### **Referências Bibliográficas**

COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the practical Difference thesis. In: COLEMAN, Jules Coleman (editor). *Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Nova Iorque. Oxford University Press, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos Belo Horizonte*, n. 102. pp. 215-253 - jan./jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- LEITER, Brian. American Legal Realism. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=339562> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.339562>. Acesso em 15 de março de 2016.
- \_\_\_\_\_, Brian, In Praise of Realism (and Against 'Nonsense' Jurisprudence) (January 23, 2010). U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 138. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113461> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.111346>. Acesso em 12 de setembro de 2015. Acesso em 28 de janeiro de 2016.
- \_\_\_\_\_, Brian. Legal Realism, Hard Positivism, and limits of Conceptual Analysis. In: COLEMAN, Jules (editor). Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law. Nova Iorque. Oxford University Press, 2005.
- \_\_\_\_\_, Brian. Beyond the hart Dworkin debate. Public Law and legal theory working paper No. 34. University of Texas School of Law. 2003.
- \_\_\_\_\_, Richard. As Fronteiras do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 2011.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R., The New Legal Realism. University of Chicago Law Review, Forthcoming ; U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 372; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 191. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1070283>.
- POSNER, Richard. The Problematics of Moral and Legal Theory. Londres, Harvard University Press, 1999.
- RAZ, Joseph; ALEXI, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma discussão sobre a Teoria do Direito. Tradução Sheila Stolz. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_, Joseph. O conceito de um ordenamento jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- \_\_\_\_\_, Joseph. The Authority of Law. New York, Oxford University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_, Joseph. Two views of the Nature of Law: A partial comparison. In: COLEMAN, Jules Coleman (editor). Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law. Nova Iorque. Oxford University Press, 2005.
- SCHAUER, Frederick, A Critical Guide to Vehicles in the Park (2008). New York University Law Review, Forthcoming. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1143645>. Acesso em: 11 de janeiro de 2016.
- \_\_\_\_\_, Frederick. Thinking Like a Lawyer. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_, Frederick. Necessity, Importance, and the nature of law. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2010-19. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1594930> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1594930>. Acesso em 13 de março de 2016.
- SHAPIRO, Scott. The hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed. Public law and legal theory working paper series No. 77. University of Michigan Law. 2007.