

Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos *positivismos interpretativos*

Revisiting the Hart-Dworkin debate: a critique to interpretative positivisms

Lenio Luiz Streck(1); Francisco José Borges Motta(2)

1 Doutor em Direito (UFSC). Pós-Doutor em Direito (FDUL). Ex-Procurador de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

E-mail: lenio@unisinis.br

2 Mestre e Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor da Faculdade Escola Superior do Ministério Público (graduação e mestrado). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

E-mail: bmotta@mprs.mp.br

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Fev. 13, 2018; Aceito: Abr. 23, 2018]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Com este trabalho, pretendemos lançar uma crítica a variações atuais do positivismo jurídico. Para tanto, consideramos útil, ainda hoje, traçar a trajetória do debate Hart-Dworkin como espécie de *espinha dorsal* da teoria dworkiniana sobre o direito válido, apresentada na forma de *ataque geral* (*general attack*) ao positivismo jurídico. Na sequência, expomos brevemente a teoria de Dworkin e como ela encaminha a polêmica que segue hoje. Por fim, propomos uma reflexão a respeito da via interpretativa deixada aos positivismos.

Palavras-chave: Dworkin. Positivismos interpretativos. Hermenêutica.

Abstract

With this paper, we intend to launch a critique to current variations of legal positivism. To this matter, we consider useful, even today, to trace the trajectory of the Hart-Dworkin debate as a kind of backbone of Dworkin's theory of valid law, presented in the form of a general attack to legal positivism. Then, we briefly discuss Dworkin's theory and how it guides the controversy that follows today. At the end, we propose a reflection over the interpretative path left to positivisms.

Keywords: Dworkin. Interpretative positivisms. Hermeneutics.

1 Introdução

O célebre *Hart/Dworkin debate* começa com o artigo *O Modelo de Regras I*¹, publicado por Ronald Dworkin, em 1967, como crítica às teses centrais de *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart. A última palavra do jusfilósofo inglês sobre o debate veio na publicação póstuma que compõe o *Pós-escrito* de *O Conceito de Direito*, publicado em 1994, organizado e revisado por Joseph Raz e Penelope Bulloch. Quanto a Dworkin, sua tréplica veio à luz em 2004, no ensaio *O Pós-Escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política*².

Com este trabalho, pretendemos lançar uma crítica a variações atuais do positivismo jurídico. Para tanto, consideramos útil, ainda hoje, traçar a trajetória do debate Hart-Dworkin como espécie de *espinha dorsal* da teoria dworkiniana sobre o direito válido, apresentada na forma de *ataque geral* (*general attack*) ao positivismo jurídico³. Na sequência, expomos brevemente a Teoria do Direito de Dworkin e como ela encaminha a polêmica que segue hoje⁴. Por fim, propomos uma reflexão a respeito da via interpretativa deixada aos positivismos.

- 1 Republicado em 1977, como o capítulo 2 de *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002).
- 2 Republicado em 2006, como o capítulo 6 de *A Justiça de Toga* (DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010). Recentemente, um novo capítulo do debate veio à luz. Em junho de 2017, Nicos Stavropoulos resgatou um *paper* apresentado por Dworkin, em setembro de 1994, em seu célebre *Colloquium in Legal, Political, and Social Philosophy*, que tomava lugar na New York University (NYU), intitulado *Hart's Postumous Reply*. Tratava-se de uma resposta ao *Pós-Escrito* de *O Conceito de Direito*, publicação póstuma de Hart que, por sua vez, continha a resposta do jusfilósofo inglês aos argumentos apresentados por Dworkin na década de 60 e no início dos 70, além de considerações críticas sobre a teoria do Direito desenvolvida, pelo par norte-americano, ao longo da década de 70 e, de forma mais completa e sistemática, no *Império do Direito*, de 1986. Tanto o ensaio de Stavropoulos, com uma rica contextualização da importância do debate Hart v. Dworkin, como o próprio *paper* de Dworkin, foram publicados na *Harvard Law Review* e estão disponíveis para consulta *online*. Conferir: STAVROPOULOS, Nicos. *The Debate that Never Was*. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017; e DWORKIN, Ronald. *Hart's Postumous Reply*. n. 130, jun. p. 2096-2130, 2017. Disponíveis em: <<http://www.harvardlawreview.org>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- 3 Para uma reflexão mais abrangente a respeito do debate Hart v. Dworkin, conferir: MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- 4 Scott Shapiro observa que o debate Hart/Dworkin tangencia diversas controvérsias filosóficas, em algum nível, inter-relacionadas: a existência da discricionariedade judicial; o papel da Política nas decisões judiciais; a fundamentação ontológica das regras; a possibilidade da teoria jurídica descritiva; a função do Direito; a objetividade do valor; a vagueza dos conceitos; e a natureza da inferência jurídica. SHAPIRO, Scott J. *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 13 fev. 2018. O autor sugere, neste fio, que qualquer descrição do debate deve tratá-lo como uma entidade em movimento, que vai se adaptando ao longo do tempo às pressões racionais internas e externas.

2 Reconstruindo o debate Hart-Dworkin

Vamos apresentar, inicialmente, as linhas mestras do debate – focando, quase que exclusivamente, nos textos escritos pelos próprios Dworkin e Hart.

2.1. As bases do *general attack* de Dworkin ao positivismo hartiano

Começemos apontando aquelas que Dworkin entende serem as três características centrais do positivismo jurídico:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com o seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. [...] (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão [...]. e (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em alguma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa⁵.

Complementarmente, o autor norte-americano explica que o conceito de *poder discricionário* “[...] só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”⁶. Assim, depois de descrever dois *sentidos fracos* para o conceito de *discrção* (ora equiparada à mera exigência de alguma *capacidade de raciocínio* do tomador da decisão, ora entendida como o poder de dar a última *palavra* sobre algum assunto), Dworkin finalmente traça um *sentido forte* de *poder discricionário*, então compreendido como a ausência de limitações, ao seu titular, de quaisquer padrões (*standards*) estabelecidos por outra autoridade. Nas suas próprias palavras,

5 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-8.

6 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50.

[...] às vezes usamos “poder discricionário” não para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão⁷.

Cabe notar que essa distinção entre *discrição forte* e *fraca* feita por Dworkin é uma mera decorrência do fato de que os padrões da autoridade não se aplicariam mecanicamente, o que exigiria, do tomador da decisão, o exercício de sua capacidade de julgamento⁸. O argumento de Dworkin leva em consideração, pois, o conceito *forte* de poder discricionário.

Passemos agora, especificamente, à obra de Hart.

O modelo de regras proposto por Hart contrapõe-se ao pensamento de autores que, como John Austin, não aceitam a “regra” como elemento central do conceito de direito, preferindo reduzi-lo um fenômeno isento de normatividade que se pode descrever através de critérios puramente factuais, tais como “ordens coercitivas” e “hábitos de obediência”⁹.

As regras jurídicas não poderiam ser reduzidas a ordens coercitivas, baseadas em ameaças ou comandos, pois: i) nem todas as regras impõem deveres e sanções – há, também, regras que conferem poderes a particulares ou funcionários para regularem relações de caráter privado e público (ex.: um negócio jurídico ou um ato administrativo); ii) no modelo das ordens coercitivas, um sujeito (o soberano) expressa o desejo de que outros façam ou se abstenham de fazer algo – ao passo que, no Estado Moderno, as regras não só se dirigem a uma *classe* de destinatários (e não a pessoas singulares), como, também, submetem o próprio criador das leis; iii) o modelo das ordens coercitivas não se aplicaria às regras originadas do *costume*, visto que, neste caso, não haveria uma vontade consciente na sua elaboração¹⁰.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51. Vale notar que o filósofo americano Brian Leiter, duro crítico de Dworkin, acredita que essa distinção (entre *discrição forte* e *fraca*) causa mais confusão que esclarecimento. Ver, a propósito: LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 156.

9 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1-22. Para uma análise detalhada do pensamento de Hart, ver: BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Esclarece Barzotto que Hart não está interessado em criticar, especificamente, o modelo de John Austin; seu objetivo é, na verdade, combater uma concepção do fenômeno jurídico que tende a desmerecer o papel que as regras desempenham no interior do direito. Assim, “o ‘modelo austiniano’ é uma reconstrução arbitrária de teses e argumentos que se encontram apenas parcialmente em Austin”. *Ibid.*, p. 97.

10 BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98-9.

Por outro lado, a ideia de “hábito” não explicaria dois problemas centrais: a continuidade da autoridade legislativa e a persistência do direito: o modelo “austiniano” não explicaria a transição da autoridade legislativa de um órgão legislativo a outro, nem por que continuariam valendo como direito normas editadas por órgão legislativo que não mais existe. Segundo Hart, para resolver essas questões é preciso reconhecer a autoridade de “regras sociais”, gênero de que a “regra jurídica” seria espécie. Seria necessário, assim, trabalhar-se com a noção de “regra”¹¹ em qualquer tentativa de explicitação do fenômeno jurídico¹². Vejamos agora que funções as regras cumprem e de que forma se articulam no interior do sistema.

O jusfilósofo inglês defendeu que o sistema jurídico é composto pela combinação de: i) regras de tipo básico ou *primárias* (que exigem que o ser humano pratique ou se abstenha de praticar certos atos, quer queira, quer não); ii) regras parasitárias ou *secundárias* em relação às primeiras (que estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas regras do tipo principal, extinguir ou modificar regras antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação)¹³. As regras secundárias surgem a partir de deficiências do sistema que não podem ser atendidas pelas primárias. Hart ilustra o argumento propondo que o leitor imagine uma comunidade primitiva onde só houvesse regras primárias: uma estrutura social sem poder legislativo, juízes ou qualquer tipo de agente público. Só haveria regras de conduta costumeiras identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade. A partir das deficiências dessa estrutura (a saber, em síntese: *incerteza* a respeito da existência de determinadas regras; o caráter *estático* das regras; e a *ineficácia* da pressão social difusa pela qual as regras são mantidas¹⁴) é que Hart pretende demonstrar a necessidade de se introduzirem as regras secundárias.

No contexto dessas reflexões, o conceito central é decerto o de *regra de reconhecimento*. Na sua aceitação e utilização é que reside, para Hart, o *fundamento* de um sistema jurídico¹⁵. Com essa ideia também se introduz a noção de validade jurídica, na medida em que se conta, a partir dela, com um instrumento para identificação de

11 É importante notar que por vezes se traduz o “rule” como “regra” e, por vezes, como “norma”. A edição de *O Conceito de Direito* que subsidia este trabalho dá preferência à expressão “norma”. Sempre que houver, portanto, uma citação direta à versão brasileira do texto, cabe atentar para esse detalhe.

12 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 105.

13 Scott Shapiro chama a atenção para o ponto de que Hart caracteriza o Direito como a “união” de regras primárias e secundárias justamente para enfatizar a *sistematicidade* de seu projeto. Num sistema jurídico, toda a regra primária está ligada às demais em virtude de sua validade comum, garantida pela regra de reconhecimento. Esta característica (o fato de que a existência de uma regra primária sempre poderá ter a sua validade rastreada a uma fonte comum) é o que define o Direito como um *sistema*. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 91-2.

14 BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 102.

15 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 129.

uma regra social como regra *pertencente* ao sistema jurídico. Trata-se de fornecer às “autoridades públicas” os “critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação”¹⁶.

Trata-se, assim, da “[...] forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias [...]”, uma vez que “[...] especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”¹⁷. Hart afirmará, pois, que a normatividade é *social*, pressupondo o *reconhecimento* de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam¹⁸.

Nesses moldes, o positivismo jurídico hartiano vê o Direito como “simples questão de fato”, do que decorre a “alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico”¹⁹. Os verdadeiros fundamentos do Direito se encontram na *aceitação*, por parte da comunidade como um todo, dessa “regra-mestra fundamental”, sendo que esta *aceitação* está representada em convenções sociais²⁰.

Dita nas palavras de Dworkin, a resposta de Hart à pergunta sobre as circunstâncias nas quais aparecem os deveres e as obrigações está em que

[...] os deveres existem quando existem regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento *constitui* uma regra social e impõe um dever²¹.

Em Hart, os deveres jurídicos são criados por regras sociais, que ganham normatividade por meio de seu reconhecimento social, da *seriedade* da pressão social que as apoie.

16 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 105-6. p. 130.

17 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 105-6. p. 122.

18 ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14. De fato, é da importância ou *seriedade* da pressão social em apoio às regras que se pode concluir se estas são, ou não, vistas como criadoras de obrigações. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 112-3.

19 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 46. Segundo Hart, enquanto “uma norma subordinada de um sistema possa ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato”. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 142.

20 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 42.

21 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 80.

A partir daí o autor acaba desenvolvendo a tese do direito como *instituição social*, na qual a linguagem ocupa papel constitutivo, pois as regras gerais, os padrões de conduta e os princípios, que seriam necessariamente o “principal instrumento de controle social”²², devem ser comunicados às pessoas. Da transmissão desses conteúdos depende, naturalmente, seu reconhecimento. Pode-se dizer que, para o jusfilósofo inglês, o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem; por isso é que ele, desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para compreender-se a normatividade do direito²³.

Hart observa que a linguagem geral em que as regras se expressam não fornecem uma orientação precisa, e que isso pode gerar incertezas com relação à sua aplicação. Os chamados “cânones de interpretação”, de igual forma, não eliminam totalmente as incertezas, visto que constituem normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem, eles próprios, interpretação. Assim, a sua visão é a de que a própria linguagem, dada a sua imprecisão, confere ao intérprete *discrecionabilidade*²⁴.

Chegamos, aqui, a um ponto nuclear: para Hart, não importa qual seja a estratégia eleita para a transmissão de padrões de comportamento (seja o precedente ou a legislação); nalgum momento esses padrões mostrar-se-ão imprecisos e sua aplicação será posta em dúvida. Esses padrões terão em todo o caso, assim, o que se chama de *textura aberta*: uma característica geral da linguagem humana, que gera incerteza nas zonas limítrofes²⁵.

No positivismo hartiano, esta característica acaba deslocando aos intérpretes oficiais (v. g., autoridades judiciais) um grande poder: o de, no âmbito de aplicação normativa concreto, solucionar o caso por meio de uma *escolha*²⁶. Efetivamente,

22 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 161.

23 ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.186-7.

24 HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, op. cit., p. 164-5.

25 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 166.

26 A expressão “escolha” é de Hart (HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 165). É útil ter presente, desde já, a distinção entre *decisão* e *escolha*. A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, é sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Aliás, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a *discrecionabilidade*. STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto: decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, *passim*; STRECK, Lenio Luiz. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 251-268. É bem de ver que o próprio Dworkin trabalhou com a distinção entre *choice* e *judgement*. Há uma palestra sua, ministrada na Biblioteca do Congresso Nacional norte-americano, em outubro de 2009, denominada *Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History*, no qual ele afirma que a *fenomenologia* dos juristas (juízes, advogados, professores), ao discutirem questões interpretativas que dizem respeito à aplicação do Direito, é a de ler, formular, reformular (*read, puzzle and puzzle again*) e de chegar a uma *decisão* (um *judgement*)

a textura aberta “[...] significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”²⁷.

2.2 Avançando: a crítica dworkiniana à doutrina da discricionariedade judicial

Fixemo-nos, agora, na autoridade judicial. Interessa frisar que, em que pese os juízes devam aplicar regras reconhecidas pela comunidade como válidas (p. ex., os jogos deixariam de existir se os árbitros tivessem a liberdade de aplicar ou não as regras), o fato é que para Hart os casos duvidosos ou difíceis devem resolver-se segundo a *discrissão judicial*²⁸. Isso não quer dizer que a decisão seja necessariamente arbitrária ou irracional, mas apenas que será o resultado de uma *escolha*. Noutras palavras, como o juiz possui a autoridade, conferida por norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode *legitimamente* dar a decisão que achar a melhor²⁹. Seja a decisão judicial boa ou má, justa ou injusta, não importa: “no quadro do campo da discricionariedade, a [...] decisão está sempre certa”³⁰.

- algo que se diferenciaria de uma *escolha* ou de uma *preferência*. Trata-se, segue Dworkin, de um *juízo* sobre o que seria *a verdade* em determinada controvérsia. O autor apresenta, na ilustração de seu ponto, o conhecido exemplo do juiz que condena um indivíduo à prisão, ou à morte, e que, ao final de sua *opinion*, pondera algo como “*claro, esta é a maneira com que vejo o caso; esta é a minha opinião, a minha leitura. Mas há outras interpretações possíveis, e estas são igualmente boas*”. Na visão de Dworkin, “*nós quereríamos que este juiz fosse preso*”. A íntegra da fala de Dworkin está disponível *online*, podendo ser visualizada pelo canal *YouTube*. Por fim, vale ainda trazer as lições de Heinrich Rombach, que deixa claro que a análise autêntica do fenômeno da decisão exige um desprendimento com relação às representações e modelos habituais do fenômeno. Afirma que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo – e as correspondentes teorias da decisão que se formam a partir deles – acabam por entulhar o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Assim, decidir é diferente de escolher. E essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas, sim, estrutural. Respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira. ROMBACH, Heinrich. *Decisionism. Conceptos Fundamentales de Filosofía*. KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (Orgs.). Barcelona, ES: Editorial Herder, 1977. v. I, p. 476-490.

27 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. op. cit., p. 175.

28 KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 157.

29 OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 153.

30 KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 157.

Aqui entra Dworkin. O argumento inicial é o de que não só regras (*rules*) seriam juridicamente vinculativas. A atividade judicial não consistiria só da aplicação das regras e do uso, nos casos limítrofes ao menos, da discricção. Haveria outros fundamentos que gozariam de “força gravitacional” bastante a guiar uma decisão, mesmo em casos duvidosos³¹.

Como observa Kaufmann, a “novidade” está em que Dworkin conhece não apenas regras (*rules*)³², mas também princípios (*general principles of law*), os quais – em contraste com a concepção positivista – são juridicamente vinculativos para os agentes públicos³³.

Veja-se que, para Dworkin, princípio é “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”³⁴.

Entre regras e princípios, dirá Dworkin, há uma diferença *lógica*. As regras excluíam-se reciprocamente (dados os fatos previstos para a incidência simultânea de mais de uma regra, só uma delas será considerada válida e aplicável). Já os princípios conflitantes não teriam esse mesmo efeito: eles possuiriam uma dimensão estranha às regras, qual seja, a dimensão do *peso* ou da *importância*. Com isso, quando os princípios se inter cruzam, o que está em jogo é a força relativa de cada um, não a sua validade³⁵.

31 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. XIII.

32 Na sua concepção original, Dworkin apresentou as regras como padrão que deveria ser aplicado ao modo do “tudo ou nada”: “dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39. É importante ter essa distinção em mente quando analisamos o debate Hart/Dworkin. Trata-se, porém, de formulação problemática, na medida em que o conceito de regra, um conceito jurídico, é, no vocabulário dworkiniano, *conceito interpretativo* (incompatível, pois, com a *all or nothing fashion*). Vale dizer que a célebre distinção entre regras e princípios então apresentada por Dworkin vai, nitidamente, perdendo importância conforme sua obra vai sendo desenvolvida.

33 KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. op. cit., p. 157.

34 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 90. Uma observação: a edição em português adotada nesta pesquisa traduziu, na passagem reproduzida no texto principal, a expressão *fairness* por *equidade* (“because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”); talvez aqui a palavra em português que capte melhor as intenções de Dworkin, contudo, seja *equanimidade* (uma expressão mais próxima às noções de *imparcialidade* e de *igualdade de tratamento*). A mesma observação aplica-se à expressão “*justice as fairness*”, que aparece no contexto da obra de John Rawls, e que é comumente traduzida por “justiça como equidade”. No caso, faz toda diferença falar em equanimidade e não em equidade.

35 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42. Outra observação importante é de que a juridicidade dos princípios, a sua validade, não depende de uma decisão específica em que este tenha sido empregado, mas num sentido de adequação ou propriedade (*sense of appropriateness*) que este vai confirmando ao longo do tempo. O *peso* do princípio deriva da manutenção desse sentido.

Veja-se que o ponto de Dworkin não é o de que o Direito contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e os outros princípios: na verdade, ele rejeita a ideia de que o Direito seja um conjunto fixo de padrões de algum tipo³⁶.

Lembremos que a justificativa do pensamento de Dworkin está na defesa dos direitos individuais, que, na sua concepção, são constitutivos da democracia – notadamente, o direito à igual consideração e respeito. Interessa, pois, descobrir se o indivíduo *tem ou não* um direito (daí a expressão *having a right*³⁷); se tiver, este deve ser assegurado pelo poder público. Trata-se de imposição da *moralidade política* que aparece, no âmbito do discurso jurídico, sob a forma de *princípios* – sobretudo nos chamados *hard cases* (casos difíceis ou controvertidos)³⁸.

O contraste entre a proposta de Dworkin e a doutrina do poder discricionário começa a clarear. Para o positivismo hartiano, quando a aplicação das regras é duvidosa, ou quando o caso simplesmente não é contemplado por elas, a decisão judicial discricionária cria, de certa forma, novo elemento de legislação³⁹. Ou seja, não há direitos institucionais a preservarem-se quando as regras são vagas ou indeterminadas. Já para Dworkin, mesmo nesses casos o juiz tem o *dever* de articular, com os princípios, argumentação que favoreça o direito das partes.

Não é que haja uma oposição entre regras e princípios⁴⁰. Há, com efeito, uma relação de complementaridade. Tanto os princípios como as regras integram o Direito, sendo, ambos, padrões de julgamento vinculantes, a serem interpretados no contexto

36 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 119.

37 Ter um direito no sentido “forte” (*having a right*) significa que os outros não devem interferir numa determinada ação, ou seja: significa que seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 289-91.

38 Dworkin considera o caso fácil como um “caso especial” dos casos difíceis. Temos que esta diferença deva ser trabalhada a partir da hermenêutica: um caso difícil é apenas um caso não compreendido. Uma vez compreendido, torna-se fácil. Ora, não nos perguntamos por aquilo que já sabemos. Daí a necessidade de se perguntar: fácil ou difícil... para quem?

39 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 202.

40 Rafael Tomaz de Oliveira vai ao ponto: para Dworkin, “não há uma cisão radical entre regras e princípios que estão, de modo permanente, implicados na prática interpretativa que é o direito. Há uma *diferença* entre regra e princípio porque quando nos ocupamos das controvérsias jurídicas e procuramos argumentar para resolvê-las, somos levados a nos comportar de modo distinto quando argumentamos com regras e quando argumentamos com princípios. Há um elemento *transcendente* nos princípios, porque quando argumentamos com eles sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, que, todavia, sempre se dá como pressuposto em todo processo interpretativo” (grifo do autor). OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 201. Também STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014., tratando do modo como um princípio é a transcendência da regra. Não há uma cisão entre regra e princípio, mas, sim, uma diferença, que advém do conceito de diferença ontológica trabalhada pela fenomenologia hermenêutica.

de um empreendimento que, como um todo, é moralmente coerente. Nesse sentido, os princípios forneceriam a base para o dever judicial: identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam as regras. O autor norte-americano sugere, assim, que os princípios “subjazem” às regras positivas do Direito, operando “uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer”⁴¹. Daí a recusa, por parte do jusfilósofo norte-americano, à discricionariedade judicial *forte* que julga estar presente no positivismo hartiano. Dworkin trabalha com a noção de que existe obrigação jurídica “[...] sempre que as razões que sustentam tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela”⁴².

Dito isso, voltemos agora a Hart.

2.3 As respostas de Hart a Dworkin

O jusfilósofo inglês, diante da proposta de Dworkin, levanta duas questões, digamos, preliminares: primeiro, sustenta que seu projeto era meramente *descritivo*, e não ético ou moral: sua proposta era compreender, e não avaliar, as práticas sociais complexas que compõem o Direito. Segundo, disse que seu projeto é filosófico, e não jurídico, no seguinte sentido: tentar identificar a natureza geral do Direito (projeto filosófico) é diferente de tentar resolver casos jurídicos específicos (projeto jurídico). Dworkin contesta, como se sabe, ambas as afirmações⁴³. Mas detenhamo-nos, antes, nos argumentos de Hart.

De acordo com Hart, o Direito é uma estrutura social complexa, dotada de um aspecto regulatório (e nesse sentido, “normativo”) que, apesar das muitas variações em culturas e tempos diversos, sempre teria assumido a mesma forma geral e sempre teve a mesma estrutura. Assim, sua intenção, ao apresentar sua teoria do direito, foi a de identificar, a partir do conhecimento comum (atribuído a “qualquer indivíduo instruído”), as características mais evidentes de um sistema jurídico moderno. Nesta vereda, sua tarefa seria meramente *descritiva*, no sentido de que seria moralmente neutra e no de que não teria fins de justificativa das formas e estruturas descritas. Concebida desta maneira, ao mesmo tempo descritiva e geral, a teoria do direito (*legal theory*) constituiria uma empresa radicalmente diferente da concepção que dela faz Dworkin (que costuma chamá-la *jurisprudence*), de caráter (parcialmente, ao menos) avaliativo e justificatório⁴⁴.

41 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164-5.

42 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 71.

43 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 200.

44 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 309-10.

Hart tem dificuldades, portanto, em visualizar por que razão, ou mesmo de que modo, poderia haver conflito entre o seu empreendimento e o de Dworkin. O autor inglês rejeita qualquer versão interpretativa (no sentido que Dworkin atribui a essa expressão) de sua teoria e não entende por que um observador externo, não participante da prática social, não teria a capacidade de descrever as maneiras como os participantes veem o direito (ponto de vista interno). Descrever a aceitação da lei como provedora de orientações para o comportamento, e como padrão crítico, não é o mesmo que compartilhá-la. Hart concede que, de fato, o teórico descritivista tem o dever de *compreender* o que significa adotar o ponto de vista interno e, neste sentido (limitado), precisa ser capaz de colocar-se na posição de um participante situado no interior do sistema; “[...] mas isso não é o mesmo que aceitar a lei, compartilhar ou endossar o ponto de vista interno do *insider*, ou abdicar de sua postura descritiva de qualquer outra forma”⁴⁵.

Em síntese, Hart rejeita a premissa dworkiniana de que a teoria do direito (a doutrina) seria a parte geral da decisão judicial, separando as atividades avaliativas e interpretativas daquelas descritivas. Na sua visão, a “descrição não deixa de ser uma descrição, mesmo se aquilo que ela descreve é uma avaliação”⁴⁶.

Hart rejeita a leitura interpretativa que Dworkin faz de seu positivismo jurídico, chamando a atenção para dois aspectos importantes: primeiro, o positivismo não nega que, em alguns sistemas jurídicos avançados (como o dos EUA), o critério último de validade possa incorporar, explicitamente, além do *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos⁴⁷; assim, a regra de reconhecimento pode não derivar sua autoridade apenas de fatos históricos (*plain facts*), aspecto que teria sido ignorado por Dworkin em sua crítica. Segundo, enquanto Dworkin entende que o Direito é empreendimento coletivo estabelecido com o objetivo de justificar o uso da coerção pública, Hart absolutamente não compartilha dessa premissa. Mais: o autor inglês entende que seria inútil buscar qualquer objetivo específico para o direito, que não fosse o de constituir um guia para a conduta humana e de oferecer critérios para a sua crítica, a partir das características distintivas: “[...] primeiro, o fato de que provê, por meio de normas secundárias, a identificação, a modificação e a imposição de seus padrões; e, segundo, sua pretensão geral à primazia sobre outros padrões”⁴⁸.

Outro aspecto determinante da polêmica diz respeito à *textura aberta* das regras e princípios. De fato, Hart reafirma sua tese de que há casos em que a lei simplesmente não oferece resposta para um caso específico, ou seja, de que o Direito é, nestes casos, fundamentalmente *incompleto*; e, complementarmente, de que os juízes devem, para

45 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 313.

46 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 315.

47 Daí a afirmação de Hart de que sua doutrina consistiria não num positivismo de simples fatos (*plain-fact positivism*), mas num “positivismo brando” (*soft positivism*).

48 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 321.

chegarem a uma decisão em casos assim, exercer uma função legislativa, ainda que limitada, denominada de *discricionarietà*⁴⁹. Hart sugere, também, que a teoria do direito deva deixar de lado a discussão sobre a objetividade dos juízos morais. Na sua visão, o dever do juiz segue sendo o mesmo: fazer a sua melhor avaliação moral a respeito de problemas morais que tenha de resolver. Para o autor inglês, é irrelevante saber se, ao fazê-lo, o juiz *cria* o direito de acordo com a moral ou se, orientado por sua avaliação moral, descobre o direito *já existente*⁵⁰.

Com relação ao papel dos princípios no bojo de um sistema jurídico, Hart admite ter dado menos ênfase do que poderia ao tema, reconhecendo, então, a importância destas normas tidas como “não-conclusivas” na geração de argumentos importantes tanto para a decisão judicial como para o pensamento jurídico. Todavia, disso não decorreriam maiores consequências para a sua teoria como um todo, já que as regras jurídicas não foram, por ele, concebidas exclusivamente como “quase conclusivas” ou aplicáveis à “moda do tudo ou nada”, como sugere Dworkin; nada impediria que o sistema jurídico reconhecesse que uma regra válida definisse um resultado nos casos em que se aplica, *exceto quando outra regra, julgada mais importante, fosse também aplicável ao mesmo caso*⁵¹. Quer dizer: nada impede que um sistema reconheça tanto normas “não-conclusivas” (princípios) como “quase conclusivas” (*regras*, no sentido trabalhado por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*).

Deveras, Hart critica a concepção dworkiniana de que os princípios somente seriam reconhecidos por meio de interpretação construtiva, como membros do conjunto de princípios que “[...] simultaneamente melhor justifique e melhor se harmonize com toda a história institucional do direito estabelecido no sistema jurídico”⁵². Pelo contrário, para Hart, muitos dos princípios estabelecidos deveriam seu *status* não a interpretações do direito estabelecido, mas ao seu *pedigree*, i.e., à forma como foram criados ou adotados por uma fonte de autoridade estabelecida. Aliás, o autor aponta aqui o que seria um “duplo erro” da leitura de Dworkin: o primeiro é a

49 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 326.

50 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 328.

51 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 334-8. Aqui, cabe o registro de que Neil MacCormick, mesmo no seu *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* (livro que apresenta uma tese “enormemente influenciada pela abordagem de Hart”), de 1976, já entendia como uma *falha* de *O Conceito de Direito* a pouca importância por este dedicada aos argumentos de princípio – reconhecendo, neste particular, o acerto da “tese dos direitos” de Dworkin. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 302. A referência a MacCormick é interessante porque se trata de autor que, em que pese a defesa inicial das teses de Hart, acabou afastando-se de posições positivistas ao longo de sua obra e adotando a metodologia hermenêutica ou interpretativa de Dworkin e Finnis. Como observa Macedo Junior, nos textos mais recentes de MacCormick aparece, inclusive, a defesa de uma variante da existência da “resposta certa”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167/289.

52 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 340.

crença de que princípios não possam ser identificados por *pedigree*; o segundo, a crença de que regra de reconhecimento *só possa* oferecer critérios de *pedigree*⁵³.

Hart reafirma, também, a separação entre os domínios do Direito e da Moral, a ponto de que disposições moralmente iníquas possam, sim, ser válidas como regras ou princípios. Haveria a possibilidade, pois, de existirem direitos e deveres jurídicos destituídos de qualquer força ou fundamentação moral. Para o jusfilósofo inglês, os direitos e deveres jurídicos seriam os elementos através dos quais o Direito, com seus recursos coercitivos, protege e limita a liberdade individual, e confere ou nega aos indivíduos o poder de utilizarem eles próprios a maquinaria coercitiva do Direito. Assim, sejam as leis boas ou más, justas ou injustas, do ponto de vista descritivo, o que define o funcionamento de um sistema jurídico (algo de suprema importância para os seres humanos) é a atenção aos direitos e deveres, independentemente do mérito moral de suas fontes⁵⁴.

Por fim, Hart volta ao tema da discricionariedade judicial, dando ênfase, agora, às *limitações* ao poder criativo do juiz, quando comparado ao legislador. Com efeito, haveria restrições substantivas (limitações que restringem a *escolha* da solução jurídica concreta), visto que, para evitar a arbitrariedade, o juiz deveria *justificar* sua decisão mediante emprego de algumas razões gerais (obrigação da qual o legislador poderia ser totalmente isento); nesta perspectiva, o juiz deveria atuar como o faria um “legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”⁵⁵. E, por outro lado, existiriam restrições, digamos, *institucionais* à criação do direito, dado que as decisões acontecem apenas para resolver casos específicos; assim, os juízes não gozariam do poder de introduzir amplas reformas ou códigos legais. De resto, o autor inglês rejeita a acusação de que sua descrição da discricionariedade judicial possa ser considerada antidemocrática ou injusta. Sua avaliação é a de que a atribuição desse tipo de poder aos juízes é uma característica familiar às democracias modernas, nas quais se convive com a imposição de restrições jurídicas ao governo. Ademais, esse seria um preço razoável a pagar pelo funcionamento do sistema, dado o inconveniente que seria remeter a regulamentação de disputas controvertidas ao poder legislativo⁵⁶.

2.4 A réplica de Dworkin

Consideremos, então, a réplica de Dworkin.

Ao longo do *Pós-Escrito*, como se viu, Hart levantou duas questões centrais:

i) afirmou a possibilidade de que um projeto doutrinário, como o seu próprio, fosse meramente descritivo, neutro do ponto de vista moral; ii) tratava-se de um

53 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 341.

54 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 347.

55 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 352.

56 HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 356.

empreendimento filosófico, não jurídico. Dworkin contesta ambas as afirmações. Por um lado, seu argumento é o de que uma teoria geral sobre o direito válido não constitui interpretação neutra da prática jurídica, na medida em que pretende também justificá-la (mostrar por que a prática é valiosa e como deve ser conduzida para proteger esse valor); por outro, uma teoria jurídica, ao empregar argumentos morais e éticos, faz uso de argumentos da mesma natureza que possuem as alegações jurídicas comuns – a diferença está, tão somente, no grau de abstração⁵⁷.

De fato, Dworkin reputa que teorias filosóficas sobre a objetividade ou a subjetividade de opiniões morais somente são, elas próprias, inteligíveis enquanto juízos de valor, conquanto muito gerais ou abstratos. O autor norte-americano nega, portanto, a divisão entre níveis de discurso (discursos de primeira ordem, substantivos, e de segunda ordem, “metadiscursos” com propósito descritivo), como se fosse possível, desde um ponto de vista externo, fazer análises neutras e filosóficas sobre conceitos morais (é o que Dworkin chama de filosofia “arquimediana”, da qual a “metaética”⁵⁸ seria a representante mais conhecida)⁵⁹. A ideia de Dworkin é a de que o argumento jurídico é *completamente moral*, ao ponto de que não há como identificar o direito sem que se façam, também, alegações morais e éticas. Dworkin, como Hart, acredita que se entendem melhor a prática e os fenômenos jurídicos a partir do próprio conceito de direito; mas, para o autor norte-americano, o estudo conceitual não tem como ser meramente descritivo; estudar um conceito é interpretá-lo e, no caso do direito, é fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação⁶⁰.

Dworkin entende que, com o conceito de direito, dá-se o mesmo que ocorre com outros conceitos políticos, como o de “liberdade” ou de “democracia”. As controvérsias sobre se tal tributo diminui ou não a liberdade dos cidadãos, ou sobre se o controle judicial de constitucionalidade enfraquece, ou não, a democracia, dependeriam de um conceito substantivo (e não neutro) de “liberdade” ou de “democracia”. Note-se que essas discussões (sobre o conceito de liberdade, se é ou não interdependente de um conceito de igualdade política; sobre o conceito de democracia, se significa ou não o governo da

57 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 200.

58 A chamada “metaética” consiste, no vocabulário dworkiniano, na filosofia que discute o *status* lógico (verdadeiro/falso) dos juízos de valor que as pessoas comuns emitem, sem, contudo, consistir, ela própria, num juízo de valor. Dworkin acredita, contudo, que teorias filosóficas sobre a objetividade ou a subjetividade das opiniões morais só são inteligíveis enquanto juízos de valor. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 201-2.

59 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 202.

60 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 206. Stavropoulos observa que a concepção de Dworkin é fundamentalmente antitética a qualquer visão que pretenda explicar os fundamentos da obrigação jurídica sem que se recorra a fatores morais – como é o caso da teoria de Hart. Assim, quando os críticos de Dworkin se dirigem a este aspecto particular de sua teoria, eles podem ser lidos como defensores implícitos de Hart. STAVROPOULOS, Nicos. *The Debate that Never Was*. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

maioria) são discussões *substantivas*, cuja solução demanda interpretações e valorações. Não seria possível, na opinião de Dworkin, descrever estas práticas sem avaliá-las.

Sendo assim, Dworkin entende que a visão arquimediana ignora o modo como os conceitos políticos funcionam na argumentação jurídica: servem de patamares abstratos para o consenso. Quase todos concordam que alguns conceitos políticos, como a *justiça* (o conceito político mais abstrato de todos), são importantes; mas discordam com relação ao que *eles realmente são* e, conseqüentemente, sobre suas implicações práticas. Desse modo, não é razoável tratar uma teoria filosófica *desses conceitos* como sendo arquimediana: é implausível supor que uma teoria informativa sobre a natureza da justiça pudesse ser neutra quando confrontada com questões de argumentação política substantiva. Qualquer teoria afirmativa sobre a natureza de conceitos políticos (liberdade, igualdade, democracia) é não só descritiva, mas *normativa*, no sentido de que *toma partido* na discussão. Para o autor, os conceitos de liberdade, democracia etc. funcionam, no discurso e pensamento comuns, como conceitos interpretativos de *valor*: quando se contesta uma descrição, essa “contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou dá conta desse valor”⁶¹.

Para Dworkin, uma afirmação conceitual sobre um *valor político* pretende mostrar o *valor intrínseco* a ele, oferecer uma certa descrição de seu valor que seja “comparavelmente fundamental, como forma de explicação, à estrutura molecular de um metal”; nesta vereda, se quisermos entender realmente o que é a democracia – ou o direito –, deveremos enfrentar a difícil questão de saber como identificar o *valor de um valor*, situando-o numa rede mais ampla de convicções⁶². Valores políticos importantes não têm, pois, valor autônomo, mas *integrado*, no sentido de que sua caracterização mais precisa depende de se identificar a contribuição que ele dá a algum outro tipo de valor independentemente especificável⁶³.

61 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 212. Dworkin aponta, no *paper* de 1994, que a teoria de Hart seria *mais bem entendida* como sendo, ela própria, *interna* ao Direito, no seguinte sentido: de que é interpretativa da prática jurídica de um modo geral e abstrato, mas ainda assim interpretativa e, portanto, incorporando a mesma dimensão avaliativa de um argumento jurídico comum. É que Dworkin não concede que se possa dizer que *o Direito* autorize ou rejeite determinada prática (como a pena de morte, por exemplo) sem que se *tome lado na discussão*. Assim: se um observador diz que determinados Estados dos Estados Unidos da América aplicam a pena de morte, bem; mas se ele disser que *o Direito destes determinados Estados permite a pena de morte*, ele estará fazendo uma afirmação interpretativa a respeito da Constituição Norte-americana e da sua Oitava Emenda. Quer dizer, há uma *diferença* e uma transição entre a descrição e a interpretação; mas sempre que se diz que *o Direito* autoriza ou deixa de autorizar determinada prática, se estará diante de interpretação – e, portanto, de avaliação. DWORKIN, Ronald. Hart’s Postumous Reply. n. 130, jun. p. 2096-2130, 2017. Disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org>>. Acesso em: 13 fev. 2018

62 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 220-1.

63 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 226.

Valores integrados podem ser meramente instrumentais (*i.e.*, pensados em termos das vantagens que trazem), como a beleza, ou não, como a amizade e os valores políticos. Se quisermos entender os valores integrados não instrumentais da ética (valores que compõem o desafio de se levar uma boa vida, pois), “[...] devemos tentar compreendê-los de modo holístico e interpretativo, cada um à luz dos demais, organizados não hierarquicamente, mas na forma de uma cúpula geodésica”⁶⁴. Devemos, assim, tentar determinar esses valores (como a amizade, a modéstia etc.), tendo em mente o objetivo mais abrangente de levarmos uma *vida boa*, quer dizer: tentando demonstrar de que modo cada um destes se ajusta (e qual a sua importância especial em relação) às demais dimensões do viver bem.

Dworkin volta a rejeitar a existência de uma teoria política que não seja moral ou eticamente valorativa, como Hart sugere que a sua própria teoria do direito é. O autor norte-americano insiste que, na verdade, Hart pretendeu, ao apresentar um “conceito de direito”, elucidar quais os critérios de aplicação que juristas e congêneres mobilizam quando se pronunciam sobre o que o direito exige ou permite. Segundo Dworkin, quando Hart afirma que a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por meio de referência às fontes sociais do direito (é o que Dworkin chama de “tese das fontes”⁶⁵), e sem referência à moral (a não ser nos casos em que o direito assim identificado tenha incorporado, ele próprio, critérios morais de identificação), ele está adotando uma determinada concepção de *legalidade* (*legality*⁶⁶): uma concepção geral sobre a maneira de se decidir quais alegações de direito são verdadeiras ou falsas⁶⁷.

E é disso que Dworkin passa, desse ponto em diante, a tratar: de um projeto explicitamente normativo e político, qual seja, o de aprimorar e defender as concepções de legalidade. Na sua visão, compreender melhor o conceito de legalidade significa ampliar a discussão da decisão judicial. E é nessa altura que o autor norte-americano faz uma ligação expressa entre a sua concepção do *direito como integridade* e o conceito de *legalidade*⁶⁸.

64 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 227.

65 A expressão “tese das fontes” está comumente associada ao pensamento de Joseph Raz. Para o autor, as “razões jurídicas são tais que sua existência e seu conteúdo podem ser estabelecidos com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a argumentos morais. Dei a esta condição o nome de ‘tese das fontes’”. RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 284. Trata-se, a tese das fontes (*the sources thesis*), de expressar uma das condições de identidade de um sistema jurídico.

66 A palavra *legality*, no contexto da obra de Dworkin, remete à noção de *Estado de Direito*; contudo, como Dworkin utiliza a palavra *legality* – e não a expressão *Rule of Law* –, daremos preferência à tradução de *legality* por *legalidade*.

67 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. op. cit., p. 241.

68 Em 2007, Jeremy Waldron abordou especificamente esta temática (a ligação entre a integridade e o Estado de Direito na obra de Dworkin) em conferência proferida no *Holberg Prize Symposium 2007*, intitulada *Justice In Robes: Integrity and The Rule of Law*. O vídeo dessa fala está, até a presente data ao menos (fevereiro de 2018), disponível no canal *YouTube*.

3 A Teoria do Direito de Dworkin

Para que possamos entender devidamente a proposta de Dworkin (entrelaçar a *legalidade* à *integridade*), cumpre relembrar, ainda que brevemente, o que o autor entende por *integridade* – conceito que nos é apresentado em *O Império do Direito*.

Para Dworkin, a noção de “direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas.

Dworkin parte do pressuposto de que a “integridade política”, entendida como a necessidade de que “[...] o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns [...]” é uma virtude política, uma exigência específica da moralidade política de um Estado que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito. Mais: trata-se de uma exigência do *autogoverno*, na medida em que “[...] um cidadão não pode considerar-se o autor de um conjunto de leis incoerentes em princípio [...]”, quer dizer: a integridade está ligada à questão da legitimidade da coerção oficial.

O autor norte-americano sustenta, em *O Império do Direito*, que “[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”⁶⁹. E que, por essa razão, “uma comunidade de princípios aceita a integridade”, já que aceita “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”; na sua visão,

[...] uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade⁷⁰.

Assim, a “coerência de princípio” deve valorizar-se por si mesma e estende exigências tanto ao legislador como ao juiz, o que se expressa em dois princípios: o princípio da *integridade na legislação*⁷¹, que pede aos que criam direito por legislação

69 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.

70 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 258.

71 A esse respeito consultar, necessariamente: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

que o mantenham coerente quanto aos princípios, e o da *integridade no julgamento*, que pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido⁷².

Para dar consequência às exigências da integridade, é necessário que o intérprete do Direito considere as duas dimensões da interpretação da prática jurídica: o ajuste (*fit*) e o valor (*value*). E a melhor maneira de compreender essa proposta é, na nossa visão, retomar a célebre analogia que Dworkin estabelece entre o raciocínio jurídico e a interpretação literária, que aparece em *Uma Questão de Princípio*⁷³.

Objetivamente, Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica. Para tanto, propõe um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado (ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens desse nome). O argumento central é o de que cada juiz, assumindo o seu papel de “um romancista na corrente”, deve ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, ou seja, como cada um deles (também) formou uma opinião sobre o “romance coletivo” escrito até então; nesses termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que o seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz agora.

É útil observar que, ao criar o capítulo seguinte, o romancista movimenta-se num espaço intermediário entre um mero tradutor (que reproduz o que já foi escrito) e alguém que dá início a um novo romance, sem qualquer relação com o que já foi escrito até ali. É mais livre que o primeiro e mais limitado do que o segundo. Isso ilustra o fato de que se lida, aqui, com duas dimensões nesta tarefa, antes anunciadas: o *ajuste* e o *valor*.

Em termos bem simples, o romancista tem dois *problemas* a resolver: i) para dar continuidade à narrativa, deve manter uma espécie de *coerência formal* com o que se escreveu até ali; não pode, *e. g.*, sem oferecer razões para tanto, mudar a língua em que vazado o texto, o nome dos personagens ou o enredo; ii) deve enfrentar a questão de *como desenvolver* a história, mantidas as limitações anteriores; deve responder, pois, a uma pergunta substantiva: que desenvolvimento, dentre os muitos possíveis, tornaria o romance melhor?⁷⁴

72 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. op. cit., p. 203.

73 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 235-8.

74 GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 52-5. É claro que, em ambos os estágios, a interpretação está envolvida. Tanto o “ajuste” como o “valor” são questões interpretativas. Mesmo assim, está-se diante de uma distinção que deve ser conservada, como observa Guest: “Nossos julgamentos a respeito de questões interpretativas, tais como a literatura e o direito, são complexos e contêm muitos elementos de limitação. Os julgamentos gerais que fazemos são o resultado de vários tipos de julgamentos, alguns dos quais são julgamentos independentes que atuam como limitações sobre outros. Dworkin deve sustentar essa visão porque qualquer tipo de limitação sobre os tipos de

Retomando o raciocínio (e a *tréplica* de Dworkin a Hart), interessa notar aqui que o autor norte-americano entrelaça os conceitos de legalidade e integridade de maneira profunda, a ponto de, praticamente, *fundi-los*. E, dessa fusão, emerge uma ressignificação, no âmbito da interpretação construtiva da integridade/legalidade, das dimensões de *ajuste* e *valor*, que passam agora a serem pensados a partir de dois conceitos políticos fundamentais: *imparcialidade processual* (que passa a ser a essência da dimensão do ajuste) e *justiça substantiva* (que passa a ser a essência da dimensão do valor, ou da justificação política)⁷⁵.

Pois bem. Vejamos, na sequência deste trabalho, que repercussões essa maneira original de ver a *legalidade* traz para o debate com Hart.

4 Mudando o campo do debate (ou: qual o valor do positivismo jurídico?)

A ideia de Dworkin é a de que seria possível interpretarmos as principais tradições ou escolas da teoria do direito como se refletissem diferentes condições de *legalidade*. A legalidade, enquanto *valor*, enuncia que só se justifica o uso do poder de coerção de uma comunidade política de acordo com critérios *prévios* à sua utilização. Assim, sua *importância especial* dependeria da demonstração de quais aspectos da vida humana se beneficiam dessa restrição ao uso coercitivo do poder político. Conforme a concepção de direito defendida, a demonstração enfatizará um dos seguintes valores políticos: *exatidão*, *eficiência* ou *integridade*⁷⁶.

Exatidão, para o autor norte-americano, é a “capacidade das autoridades políticas de exercer o poder de coerção do Estado de maneira inequivocamente justa e criteriosa”; nesse fio, a legalidade estará conectada à exatidão na medida em que “[...] os atos oficiais forem mais criteriosos ou justos por serem regidos por critérios estabelecidos do que se representarem apenas a avaliação contemporânea de alguma autoridade a respeito do que seria justo ou criterioso”⁷⁷. Esse seria o valor privilegiado, em geral, no contexto da tradição do direito natural, em que a legalidade seria uma expressão da lei moral da natureza de Deus, ou seja: em que a legalidade estava ligada à exigência de aceitabilidade moral⁷⁸.

Já o valor da *eficiência*, segundo Dworkin, apareceria no campo magnético do positivismo jurídico utilitarista de Jeremy Bentham. Para o “fundador da forma

juízos que fazemos não pode ser do tipo simples fatos ‘aí no mundo’. As limitações devem elas próprias emanar do julgamento”. Ibid., p. 54.

75 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 243.

76 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 244.

77 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 245.

78 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 246.

inglesa de positivismo jurídico”⁷⁹, a moralidade política encontra-se na realização do bem maior para o maior número de indivíduos; e a melhor maneira de se atingir esse objetivo é por meio de esquemas políticos detalhados, cujas consequências tenham sido objeto de estudo prévio e cuidadoso (de preferência, códigos jurídicos, que deveriam ser aplicados “ao pé da letra”). Daí a necessidade de que o direito seja separado da moral: a inclusão de critérios morais entre os critérios jurídicos faria com que a legalidade perdesse a sua força, na medida em que o desacordo generalizado a respeito da moral faz com que cidadãos e autoridades sobreponham seu próprio julgamento àquele já estabelecido, levando a sociedade à desorganização e ao caos. Eis a justificativa moral da visão de Bentham e de seus seguidores, de que “[...] o direito é tudo o que tenha sido decretado por um governante ou Parlamento soberanos – e nada além disso [...]”⁸⁰; este seria o único modo de se proteger a eficiência do direito.

Por fim, Dworkin propõe a compreensão da legalidade no âmbito de uma teoria do direito em que a *integridade política* forme um campo gravitacional ao seu redor. Como vimos, a integridade política dá à igualdade o sentido profundo de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicáveis a todos. A legalidade *serve* à integridade não no sentido mais vulgar de que o direito deva ser aplicado conforme escrito, mas no sentido de preserva a *igualdade substancial* perante a lei⁸¹.

O argumento de Dworkin, a partir dessa abordagem, é o de que não se pode descrever o que o direito realmente é sem que se apresente e defenda uma determinada concepção de legalidade; e não se poderia fazer isso sem apontar o que a legalidade *tem de bom*, ou seja, sem demonstrar como ela funciona no contexto de um esquema de valores que compartilhamos. Em conclusivo, “a teoria do direito é um exercício de moralidade substantiva”; e “a parte mais decisiva de um argumento jurídico é o seu elemento moral”⁸².

Com isso, Dworkin volta a rejeitar a proposta hartiana de descrever o direito de forma neutra e externa. Aproximando o positivismo jurídico de Hart à prática política concreta, o autor norte-americano toma a teoria de Hart como um *positivismo interpretativo*, no qual a concepção de legalidade apelaria à autoridade, à eficiência e à coordenação enquanto valores determinantes, em detrimento de construções originadas a partir de julgamentos morais e políticos substantivos. Essa visão, contudo, já não parece mais plausível hoje, em que a legalidade dos códigos detalhados dá lugar, progressivamente, a princípios e diretrizes políticas a serem elaborados em decisões administrativas e judiciais concretas⁸³.

79 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 246.

80 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 247.

81 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 251-2.

82 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 252-3.

83 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 253-60.

Numa palavra final, a ideia de Dworkin é a de que não existe nenhuma diferença conceitual ou lógica entre a filosofia do direito proposta por um *arquimediano* (uma descrição com pretensão de neutralidade) e as preocupações mais comuns do jurista. Em que pese as questões filosóficas pareçam diferentes das questões mais concretas, essa diferença é apenas de grau de abstração, não de essência. O autor norte-americano acredita que a filosofia do direito deve interessar não somente aos filósofos profissionais, mas aos juristas e juízes, cujo material de trabalho (áreas substantivas do direito, como a responsabilidade civil e o direito tributário) trata, em última análise, das mesmas questões com que lida a filosofia jurídica: o conteúdo da legalidade e suas implicações para o conteúdo do direito⁸⁴.

5 Balanço do debate e novas perspectivas: a inadequação dos positivismo interpretativos

O debate Hart/Dworkin, por assim dizer, *continua*. A diferença entre as perspectivas dos debatedores não é pequena e não houve, ao longo do tempo, concessões de maior importância, de parte a parte. Os pontos de vista centrais de um e de outro foram mantidos, a despeito das (por vezes evidentes) dificuldades de fazê-lo.

O nosso objetivo, aqui, não é declarar o *vencedor* da discussão, e sim, refletir a partir dela. E, no nosso caso, essa reflexão vai dirigida à construção de uma teoria da decisão jurídica democrática, no âmbito do qual se forneçam critérios para uma decisão válida.

Veja-se que, se por um lado vimos que Hart pretendeu estabelecer uma discussão distinta daquela proposta por Dworkin (o primeiro tinha um projeto descritivo, que se pretendia moralmente neutro, do sistema; o segundo, uma teoria jurídica explicitamente normativa), por outro, o fato é que a estrutura do positivismo hartiano serve de matriz para diversas teorias com pretensão normativa. Salta-se da pretensão meramente descritiva para a preocupação concreta com a operacionalidade de um sistema jurídico democrático.

Se, desde um ponto de vista descritivo, talvez se pudesse conceituar o Direito como um sistema totalmente diferenciado da Moral (em que pese Dworkin discorde disso expressamente), no âmbito de uma teoria normativa, essa possibilidade é mais remota e depende, ela também, de uma justificação. Quer dizer, o positivismo jurídico, enquanto teoria normativa (e, portanto, prescritiva de como os juízes devem agir), tem de *defender* a distinção entre Direito e Moral, ou então apresentar uma maneira democraticamente consistente de conciliar esses domínios com suas premissas descritivas mais abrangentes.

84 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 261-3.

Nesse contexto, surgem três perspectivas para o positivismo jurídico: o positivismo *inclusivo*, o positivismo *exclusivo* e o positivismo ético ou *normativo*. A primeira concepção propõe que, num determinado sistema jurídico, alguns julgamentos de direito podem depender de juízos de moralidade, se – e apenas se – o direito positivo deste sistema jurídico *incluir* normas morais entre as suas normas jurídicas (isto é: se a comunidade jurídica tiver adotado uma *convenção* que assim o determine). A segunda concepção sustenta que, conceitualmente, jamais poderá haver comunicação entre Direito e Moral num sistema jurídico, ou seja: aquilo que o direito exige ou proíbe não pode depender jamais de um critério moral. A terceira concepção é a defendida por Jeremy Waldron. O jusfilósofo neozelandês entende que há um espaço lógico entre a proposição de que o direito não necessariamente implica a moralidade e a proposição de que o Direito necessariamente não implica a moralidade⁸⁵.

Lembremos que o próprio Hart concedeu que, em alguns sistemas, como o norte-americano, o último critério de validade jurídica pode vir a incorporar princípios de justiça ou valores substantivos. Como interpretar essa afirmação? É a resposta a esta pergunta que está na raiz da divisão entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo. O primeiro frequentemente aponta para o fato de que o fenômeno social descrito por Hart em momento algum exclui a possibilidade de que a consistência com uma norma moral possa figurar entre as condições de validade jurídica num determinado sistema jurídico, ou seja: a própria natureza do Direito comportaria a possibilidade conceitual de que a regra de reconhecimento (ela própria, uma questão de fato) viesse, também como uma questão de fato, incluir conformidade com as normas morais como critério para a validade jurídica. O segundo sustenta que Hart estava simplesmente errado, proclamando o que se chama de “a tese das fontes” (*the sources thesis*), pela qual as condições da validade jurídica devem focar, exclusivamente, em fatores que nada têm a ver com os méritos (morais ou de qualquer natureza) da norma em questão, mas apenas associados às suas fontes de criação (legislação ou precedentes judiciais, por exemplo)⁸⁶.

A disputa, por assim dizer, entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo é mais complexa do que pode parecer à primeira vista. Veja-se, p. ex., que, no caso norte-americano, o fato de que a cláusula do devido processo legal (*due process clause*) vem sendo aplicada pelos tribunais, ao longo do tempo, como teste de validade da legislação associado à justiça (*fairness*), comporta interpretações diferentes. Para o positivista inclusivo (Jules Coleman é, dentre os positivistas inclusivos, o principal alvo de Dworkin), essa seria uma prova de que a consistência com normas morais está entre

85 WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the 'Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001. p. 414.

86 WALUCHOW, Wil J. Four Concepts of Validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 13 fev. 2018.

os critérios de validade do sistema jurídico norte-americano; para o positivista exclusivo (e o maior exemplo dessa *corrente* é Joseph Raz), não: a cláusula do devido processo apenas especificaria uma condição moral sob a qual os juízes têm o dever legal de *mudar* o Direito. Quer dizer, em que pese o juiz tenha o dever de, nestes casos (conflito da legislação com condições morais), modificar o Direito, *até que o juiz o modifique*, ele deve ser considerado direito válido⁸⁷. Entenda-se: segue presente a tese das fontes; acontece que *uma das fontes do Direito é a decisão judicial que invalida a legislação injusta*. O juiz teria um *poder dirigido* (*directed power*) de modificar o Direito⁸⁸.

Voltemos à tese de Jeremy Waldron. Para compreendê-la, é necessário saber que o positivismo inclusivo tem, por sua vez, duas versões, uma positiva e a outra negativa: o positivismo inclusivo positivo *aceita* a inclusão de regras morais no direito positivo e, eventualmente, *estimula* essa inclusão; já o positivismo inclusivo negativo apenas *não exclui* a possibilidade conceitual de inclusão de regras morais no direito positivo. A tese do positivismo ético ou normativo move-se no “espaço lógico” deixado pelo positivismo negativo, podendo ser entendido como uma posição que condena a possibilidade inclusiva para a qual o positivismo inclusivo deixa espaço. Segundo Waldron⁸⁹, o positivismo normativo aceita a tese do positivismo inclusivo negativo, mas *prescreve* algo como o positivismo exclusivo.

Pois bem. Não pretendemos aqui fazer uma análise exaustiva dos diferentes positivismos jurídicos. Nosso objetivo é só traçar esse panorama geral de como o positivismo dito *prescritivo*, ou *normativo*, lida com o fato de que juízos morais aparecem – quer se queira, quer não se queira – no discurso jurídico. Essa é a deixa para refletirmos a respeito.

Perceba-se: se, por um lado, o positivismo *hard* é efetivamente congruente com as premissas mais abrangentes de um positivismo descritivo, com pretensão de neutralidade (validade das regras por *pedigree*, separação conceitual entre Direito e Moral, poder discricionário/legislativo intersticial aos juízes), por outro, talvez não se possa dizer o mesmo do chamado positivismo inclusivo.

Tome-se o exemplo do positivismo defendido por W. J. Waluchow. O autor faz referência a uma formulação de Ken Himma, para quem a regra de reconhecimento

87 Raz ilustra este argumento com o exemplo de um tribunal que seja instruído, pela lei, a só reconhecer a validade de um contrato caso este seja moralmente irrepreensível. Neste caso, concede Raz, para determinar a validade do contrato será necessária a utilização de um argumento moral. Ainda assim, *apenas quando a validade de um contrato tenha sido declarada pelo tribunal é que ela pode ser estabelecida de acordo com a tese das fontes*, quer dizer: mediante referência à decisão do tribunal. Portanto, de acordo com a tese das fontes, antes de tal decisão, nenhum contrato poderia ser considerado conclusivamente válido no direito. RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 287.

88 WALUCHOW, Wil J. Four Concepts of Validity: reflections on inclusive and exclusive positivism, op. cit.

89 WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the 'Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001. p. 410-434.

dos Estados Unidos, para um positivista inclusivo, seria a seguinte: *uma regra devidamente criada somente pode ser considerada Direito se, e apenas se, apresentar conformidade com as normas substantivas da Constituição, devidamente interpretada*⁹⁰.

Mas cabe a pergunta: no que isso efetivamente difere da visão defendida por Dworkin? Ou do próprio substancialismo antipositivista proposto em nossos próprios trabalhos⁹¹?

Mais: Waluchow reformula a tese de Himma, para dar-lhe a seguinte (e sofisticada) formulação: uma regra *R*, que entre em conflito com uma norma moral reconhecida *N*, pode sem dúvida *existir* como direito válido (validade como existência ou aceitação), até que um tribunal determine que este conflito, de fato, existe. Mas isso não quer dizer que *R* seja válida no sentido de satisfazer as condições próprias de validade do sistema jurídico (não será *systemicamente* válida). Há dois conceitos distintos de validade, pois. Isso quer apenas dizer que o direito é *falível* – e deve estar consciente da própria falibilidade, que não se restringe a falhas morais. Para o autor, *R* é inválida neste sentido específico, não porque não preencha as condições do sistema moral, mas porque não passa no teste de validade estabelecido pelo próprio sistema jurídico⁹².

Note-se: a sutil distinção entre conceitos de validade, operada por Waluchow para tematizar o positivismo inclusivo, estabelece uma forma de explicar a *validade* da legislação produzida *conforme critérios sistêmicos* (ou princípios estruturantes de justiça, como diz Dworkin) que, nada obstante, produza um resultado injusto. Ora, se é assim, de fato se entende porque Dworkin afirma que positivismo inclusivo *não é positivismo nenhum*, mas “[...] apenas uma tentativa de manter o termo ‘positivismo’ para uma concepção de direito e da prática jurídica que é totalmente estranha ao positivismo”⁹³.

Melhor é reconhecer, portanto, que entramos, definitivamente, na arena do argumento substancial em meio ao cenário jurídico.

90 WALUCHOW, Wil J. Four Concepts of Validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 13 fev. 2018.

91 Confira-se a respeito: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Também MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.

92 WALUCHOW, Wil J. Four Concepts of Validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 13 fev. 2018.

93 DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 266-7. De fato, Dworkin diz que o texto de Jules Coleman – um positivista inclusivo que é crítico das teses dworkinianas – é “incrivelmente semelhante” ao seu, e que, na verdade, “é difícil perceber alguma diferença real” entre eles. *Ibid.*, p. 267. Em sentido semelhante, Dimitri Dimoulis (um defensor do positivismo exclusivo, diga-se) entende que é impossível encontrar um “meio termo” entre juspositivismo e jusnaturalismo; para o autor, ou a moral exerce uma influência necessária e autônoma ao direito ou não. O positivismo jurídico inclusivo criaria, pois, um “problema lógico”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006. p. 143.

6 Notas sobre uma crítica hermenêutica aos positivismos jurídicos

Numa leitura a partir dos paradigmas filosóficos, pode-se dizer que a insistência no positivismo traz sempre um ranço de “mito do dado” que tenta se furtar da interpretação, de lidar com o sentido das práticas jurídicas, tampando esse problema com alguma forma de convenção social. Contudo, alguma coisa sustenta a convenção, todo um universo de sentidos que vem à tona e se atualiza nas práticas jurídicas. A própria interpretação é interpretativa “*all the way down*”, diria Dworkin. Não há um fundo factual que nos livre de dar sentido. A partir disso, podemos registrar algumas notas hermenêuticas sobre questões centrais discutidas nesse trabalho: i) uma localização paradigmática do positivismo de Hart; ii) o problema das teorias do direito puramente descritivas; iii) o problema da discricionariedade judicial; e iv) a falta de uma teoria da decisão judicial no positivismo.

Vejam.

Primeiramente, um problema paradigmático-filosófico se verifica em Hart. Vimos uma pretensão de objetividade na descrição do que é o Direito, delegando a sua validade aos fatos sociais (regra de reconhecimento), determinados pelos seres humanos convencionalmente. Por outro lado, nos casos em que há uma “textura aberta” da linguagem jurídica, o juiz poderia interpretar o Direito de forma discricionária, ainda que com as ressalvas de parcimônia. Essa discricionariedade, na prática, assemelha-se à filosofia da consciência, ao modo como o subjetivismo da modernidade compreende a própria realidade, ou seja, sem nenhum controle intersubjetivo. Nesse sentido, Lorenz B. Puntel levanta dois problemas graves nesse tipo de posição: o relativismo e autocontradição. Para Puntel, o “[...] melhor modo de caracterizar o sujeito que se entende e age de modo particularista, em contrapartida, é descrevê-lo como o sujeito que não se orienta de modo algum por critérios objetivos ou faz isso de modo insuficiente”⁹⁴.

Ainda com Puntel, uma autêntica análise do Direito hoje não deveria se orientar por representações, mas por critérios rigorosos de coerência e inteligibilidade⁹⁵. Quando o positivismo pretende meramente descrever o Direito, de forma neutral e externa, o que faz senão orientar-se por representações? Portanto, no plano metodológico, cabe esclarecer que as objeções da Crítica Hermenêutica do Direito ao positivismo se dirigem à pretensão dessas posturas de uma objetividade/neutralidade na delimitação do Direito, o que, de um ponto de vista fenomenológico, como demonstrado por Puntel e Husserl, é impossível. A objeção também se motiva pela cisão feita pelo positivismo descritivista e normativo entre raciocínios jurídicos

94 PUNTEL, Lorenz Bruno. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. Trad. de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p.156.

95 PUNTEL, Lorenz Bruno. *A filosofia como discurso sistemático: diálogos com Emmanuel Tourpe sobre os fundamentos de uma teoria dos entes, do Ser e do Absoluto*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015. p. 71.

(teoréticos) e práticos (aplicação judicial). Só seria possível a crença em descrições (como contraposição às prescrições) se admitíssemos que o positivismo partisse de um “grau zero de sentido” (*Bodenlosigkeit*), o que, faticamente, não é possível⁹⁶. Falar de grau zero já é assumir um ponto de partida. Não é por outra razão que Javier Recas, ao anotar seis características básicas do paradigma hermenêutico, destaca entre elas a relevância da pré-compreensão (*Vor-verständnis*) como instância originária de abertura ao mundo, contrapondo-se ao modelo neopositivista de explicação que rapta ao tempo e a historicidade; a crítica ao objetivismo cientificista que limitou a verdade a uma racionalidade instrumental e metódica; e o reconhecimento do caráter interpretativo de toda compreensão⁹⁷. Não há, portanto, como fugir dos paradigmas filosóficos.

Mais especificamente, um dos traços comuns dessa linhagem positivista é a ausência de uma teoria da decisão⁹⁸. Temos dúvidas, inclusive, se é possível o positivismo (qualquer deles) conter uma teoria da decisão. Isso porque uma teoria positivista do tipo “duro” teria que ter como ponto de partida moral – já que não existe grau zero – a circunstância de que o Direito deva ser identificado a partir da tese da separação e, conseqüentemente, deve ser aplicado estritamente a partir de uma tese linguística, que preserve os limites semânticos. Nesse sentido, concordamos com Horácio Neiva, que, em sua dissertação de mestrado intitulada *Uma Crítica Metodo- lógica ao Positivismo de Joseph Raz*, diz que somente é possível uma teoria da decisão positivista se for uma “[...] teoria que encare os deveres dos juizes, e a forma moralmente correta de tomada de decisão judicial, como sendo uma aplicação estrita de ‘normas positivadas’ através de alguma forma de interpretação textual (seja através do significado histórico, seja por meio do significado literal)”⁹⁹.

Caso contrário, ficará um problema: no plano da teoria tudo é verificado e identificado, expungindo o joio do trigo. Ocorre que, na hora da aplicação, corre-se o risco de o juiz se insurgir contra esse “produto da descrição” e lançar mão de seus próprios argumentos morais, misturando, novamente, joio e trigo. É evidente que determinados positivistas dirão, como repto, que eles não estão e nunca estiveram preocupados com a decisão e que tudo isso que se está dizendo sobre os déficits na aplicação não lhes dizem respeito. De novo, se o repto dos positivistas for nesse

96 Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. Positivismo jurídico. In: *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 164-166.

97 RECAS, Javier. Disensiones en el paradigma hermenéutico contemporáneo en torno a la verdad. In: NICOLÁS, Juan Antonio; GRONDIN, Jean (Orgs.). *Verdad, hermenéutica, adecuación*. Madri: Tecnos, 2016. p. 215.

98 STRECK, Lenio Luiz. Positivismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 197-204.

99 NEIVA, Horácio. *Uma Crítica Metodológica ao Positivismo de Joseph Raz*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2016. p. 21.

sentido, nele mesmo estará a cisão entre descrição e prescrição, com todos os seus problemas.

Por amor ao debate, cogitemos um possível contra-argumento positivista: alegar que sua teoria possui, sim, critérios para distinguir decisões boas de decisões ruins, na medida em que apenas algumas questões jurídicas serão submetidas à discricionariedade judicial. Poder-se-ia, nesse sentido, fazer uso de um argumento hartiano, afirmando que nos *easy cases* não existem maiores problemas para que se encontrem critérios de correção e que, nos *hard cases*, realmente não há como definir adequadamente apenas uma resposta, delegando-se tal resposta a uma escolha do intérprete, mas não por falta de uma teoria da decisão e sim pelo fato de que isso simplesmente é assim ou, nas palavras de Hart, esse é um preço que necessariamente deve ser pago na medida em que “tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses”¹⁰⁰. Ocorre que por trás de tal discurso estão dois equívocos que não passam despercebidos à Crítica Hermenêutica do Direito.

Primeiro, há um problema inicial em se dizer o que é um *easy case* e um *hard case*. Aliás, a cisão entre casos fáceis e casos difíceis já é, por si, é um caso difícil, *i. e.*, no plano da CHD, essa cisão é indevida, porque um caso é fácil ou difícil a partir da compreensão que o intérprete tem sobre ele¹⁰¹. Tanto é assim que, para uma pessoa o caso pode ser fácil e, para outra, difícil. Ou para uma mesma pessoa, em momentos diferentes, ser difícil e passar a ser fácil. E até mesmo aparentar ser fácil e depois, dando-se conta de uma complexidade ignorada, passar a ser difícil. Uma coisa é certa: um caso não é, em si, fácil ou difícil. Também aqui estamos diante de uma entificação positivista, que encobre o caráter interpretativo do fenômeno.

O segundo equívoco é esquecer que há sentido para além da mera proposição, do enunciado, das “regras”, “convenções” ou qualquer que seja a nova categoria científica a entificar o acontecer da compreensão. Não há como fugir dela. E não há como se isentar da responsabilidade interpretativa que nos é legada, compulsoriamente.

Vemos, então, que a busca da superação da discricionariedade, por meio da tese da resposta correta dworkiniana (que é antes de tudo uma metáfora, como aquilo que chamamos de resposta constitucionalmente adequada), já traz um ganho democrático, pois antes de tudo o que importa é a tentativa. Para as correntes mais contemporâneas do juspositivismo, tanto exclusivista como a inclusivista, a discricionariedade judicial continua presente com uma das características básicas do sistema jurídico. Como decorrência da tese das fontes sociais, o Direito teria limites (mais ou menos) precisos, assim, ao final destes seria aberta a possibilidade para um juízo discricional. Para os exclusivistas, o Direito se apresentaria como um sistema normativo aberto que para

100 HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 121.

101 STRECK, Lenio Luiz. Positivismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 206.

colmatar lacunas faria uso de regras/princípios não jurídicos, sendo este o espaço da criação judicial, ou seja, da discricionariedade. Diferentemente, para os positivistas inclusivistas, quando o Direito faz o uso de critérios extrajurídicos que incorporou, como os morais, não regulando de um modo claro e preciso as condutas por eles abrangidas, a discricionariedade judicial seria inevitável. A diferença é que para os exclusivistas esta incorporação é rejeitada, e por isso seu uso já seria um exercício discricionário; e para os inclusivistas mesmo a reconhecendo ainda assim entendem que esta pode ser insuficiente para promover uma determinação prévia absoluta. Percebemos, então, que para ambas as correntes, a discricionariedade seria uma decorrência dos limites semânticos do Direito, seja devido à indeterminação ou diante de anomias. Neste sentido, Wilfrid Waluchow¹⁰² afirma que não seria incompatível com o positivismo afirmar a existência de respostas corretas em questões que envolvam moralidade, como também reconhecer que às vezes se fazem necessários juízos discricionários.

Dworkin faz uma certa crítica à Joseph Raz e que pode auxiliar na compreensão do problema que representa o poder discricionário. Em *Taking rights seriously*¹⁰³, Dworkin diz que Raz aparentemente pensa que se um juiz não tem certeza sobre se deve decidir a favor do réu ou do autor, então se segue que ele deve estar certo de que tem discricionariedade para decidir a favor de um ou de outro. Só se pode pensar em dois argumentos para apoiar essa conclusão extraordinária. O primeiro depende da premissa de filosofia moral de que deveres não podem ser controversos em princípio. Raz aceita essa premissa, porque argumenta a partir do fato de que juízes podem discordar sobre princípios, e particularmente sobre seus pesos, para a conclusão de que juízes devem possuir discricionariedade no sentido forte. Isto é um *non sequitur* a menos que aquela premissa seja verdadeira, mas não temos razões para supor que seja, conclui Dworkin.

A partir do que se discute na Crítica Hermenêutica do Direito, é possível afirmar que o ponto fulcral reside no modo como os positivistas entendem a linguagem. Por não terem assimilado o giro-ontológico linguístico, não conseguem compreender que a linguagem não é uma ferramenta, uma terceira coisa entre sujeito/objeto. Ao contrário, é condição de possibilidade, de acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva. Assim, ao fim e ao cabo, reconhecer a discricionariedade é negar a tradição, a história institucional/efeitual, que possibilitam a compreensão dos sentidos jurídicos¹⁰⁴.

Para concluir: ao admitir-se que determinadas situações não possuem uma solução jurídica adequada à Constituição se está, por consequência, endossando um

102 WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo Jurídico Inclusive*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 245-246.

103 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, US: Harvard University Press, 1977. p. 364-368.

104 STRECK, Lenio Luiz. Discricionariedade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 60.

discurso de ceticismo, entregando ao sujeito protagonista da filosofia da consciência a solução para tal questão. Está-se dizendo, com outras palavras, que as coisas são relativas e isso é insustentável nessa quadra da história sob a perspectiva filosófica que se instaurou após o giro ontológico-linguístico. Portanto, ao contrário do que afirmou Hart, dizemos que justamente por sermos homens – e não deuses – é que não devemos lançar mão de escolhas em decisões judiciais¹⁰⁵.

7 Considerações finais

Como vimos, o debate com os positivistas iniciado por Dworkin foi, e segue sendo, determinante no modo de se pensar o direito contemporaneamente. Para isso, o jusfilósofo americano partiu da demonstração de outros padrões normativos complexos que não tinham sido levados em conta pelo modelo positivista, desafiando suas principais teses, como o “teste de *pedigree*” e a doutrina da discricionariedade judicial. Os positivistas, então, se viram forçados a reformular continuamente suas teses para fazer frente às críticas de Dworkin.

Contudo, Dworkin não se restringiu a tematizar uma nova categoria de norma, conduzindo seu argumento para uma disputa pela própria natureza do direito e sobre a metodologia adequada à sua teorização. Assim, coloca em xeque as visões do direito como simples questão fato e da Teoria do Direito como uma abordagem meramente descritiva. Afinal, a visão do direito como conceito interpretativo o leva a concluir pela impossibilidade de simplesmente descrevê-lo de uma perspectiva neutra, desengajada, não-avaliativa (p. ex. como um cientista que descreve um tigre). Em se tratando de conceitos como justiça (assim como acontece diante de uma obra de arte), quem descreve algo já está convocado a encontrar a *melhor luz* para iluminar o que descreve, a se engajar de uma maneira avaliativa. Eis o ponto central que o leva a deslocar o próprio campo do debate com os positivistas. Sua “metodologia” interpretativista funde ajuste (*fit*) e valor (*value*). Sua teoria abraça o direito como integridade. E até sua leitura dos positivismo será sob o prisma interpretativista, chamando-os a justificar sua visão do direito, o que com ela visam proteger.

Embora, como dito alhures, não tenhamos pretendido anunciar vencedores nessa discussão, parece certo, ao menos, que Dworkin tem uma reivindicação poderosa em favor de seu reenquadramento: os positivistas se veem forçados ou a defenderem sua caracterização como teorias arquimedianas (com todos os problemas que isso implicaria), ou a tentarem acomodar seu positivismo no quadro interpretativista preparado por Dworkin, como positivismo interpretativos. E isto os levaria a *positivismo nenhum* ou, quando muito, a um interpretativismo imperfeito.

105 STRECK, Lenio Luiz. Positivismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017. p. 204.

Por fim, uma leitura do debate a partir dos paradigmas filosóficos nos permitiu lançar algumas notas hermenêuticas sobre questões centrais que perpassam o debate, como a localização paradigmática do positivismo de Hart; o problema das teorias do direito puramente descritivas; o problema da discricionariedade judicial; e a falta de uma teoria da decisão judicial no positivismo. O denominador comum dessas notas, tudo está a indicar, é um *ranço* do esquema sujeito-objeto a pontuar o referencial teórico positivista.

Referências

- BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. Hart's Posthumous Reply. n. 130, jun. p. 2096-2130, 2017. Disponível em: <www.harvardlawreview.org>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- _____. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, US: Harvard University Press, 1977.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- _____. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.
- KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.
- LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- NEIVA, Horácio. *Uma Crítica Metodológica ao Positivismo de Joseph Raz*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2016.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PUNTEL, Lorenz Bruno. *A filosofia como discurso sistemático: diálogos com Emmanuel Tourpe sobre os fundamentos de uma teoria dos entes, do Ser e do Absoluto*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

_____. *Estrutura e ser: um quadro referencial teórico para uma filosofia sistemática*. Trad. de Nélío Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *O Conceito de Sistema Jurídico: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RECAS, Javier. *Disensiones en el paradigma hermenéutico contemporáneo en torno a la verdad*. In: NICOLÁS, Juan Antonio; GRONDIN, Jean (Orgs.). *Verdad, hermenéutica, adecuación*. Madri: Tecnos, 2016.

ROCHA, Leonel Severo; SCHATZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROMBACH, Heinrich. *Decisión. Conceptos Fundamentales de Filosofía*. KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (Orgs.). Barcelona, ES: Editorial Herder, 1977.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 13 fev. 2018.

STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: <www.harvardlawreview.org>. Acesso em: 13 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais de Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O Que é Isto: decido conforme minha consciência? 6. ed. rev. e atual.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the 'Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001. p. 410-434.

WALUCHOW, Wil J. Four Concepts of Validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 13 fev. 2018.

_____. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.