

**POSITIVISMO DESAFIADO: DO CONCEITO DE DIREITO AO PÓS-ESCRITO DE HART E SUA RELAÇÃO COM A CRÍTICA DE DWORKIN**

Gabriel Santos Lima¹
Filipe Augusto Oliveira Rodrigues²
Igor de Souza Borges³

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar uma análise argumentativa da resposta do pós-escrito de O Conceito de Direito às críticas formuladas por Dworkin. Primeiramente, será demonstrado que Hart intenta uma teoria descritiva geral do direito, enquanto Dworkin propõe uma teoria liberal do direito. Em seguida, explica-se a teoria de Hart como união de regras primárias e secundárias. Posteriormente serão analisadas as críticas de Dworkin. A metodologia do trabalho baseou-se em pesquisa teórica, com levantamento bibliográfico. Para fundamentar as hipóteses foi utilizado o método dedutivo. Finalmente, defende-se que a posição de Dworkin não apresenta um desafio real para O Conceito de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: POSITIVISMO JURÍDICO; POSITIVISMO INCLUSIVO; REGRAS; PRINCÍPIOS; DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

CHALLENGED POSITIVISM: FROM HART'S CONCEPT OF LAW TO POST-WRITING AND ITS RELATIONSHIP WITH DWORKIN'S CRITICISM.**ABSTRACT**

The present work seeks to present an argumentative analysis of the post-written response of The Concept of Law to the criticisms formulated by Dworkin. First, it will be demonstrated that Hart intends a general descriptive theory of law, while Dworkin proposes a liberal theory of law. Then, Hart's theory is explained as the union of primary and secondary rules. Subsequently, Dworkin's criticisms will be analyzed. The methodology of the work was based on theoretical research, with bibliographic survey. The deductive method was used to substantiate the hypotheses. Finally, it is argued that Dworkin's position does not present a real challenge for The Concept of Law.

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará, com período de mobilidade acadêmica internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa). Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito, Meio Ambiente e Justiça (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/228885>). Contato: gabrielsantoslima@live.com.

² Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. É professor de História do Direito, Filosofia do Direito e Introdução ao Estudo do Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Coordenador do Grupo de Pesquisa Pura Teoria do Direito (CESUPA) e membro do Grupo de Pesquisa Teorias Normativas (UFPA). Contato: filipearodrigues@gmail.com.

³ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (NEPEDI - UERJ), membro do Grupo de Pesquisa em Meio Ambiente e Mudanças Climáticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (NELB/FDUL) e membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Pós-Modernidade e Agroambientalismo (UFPA). Contato: iigor.sborges@hotmail.com.





KEYWORDS KEYWORDS: LEGAL POSITIVISM; INCLUSIVE POSITIVISM; RULES; PRINCIPLES; JUDICIAL DISCRETION.

1 INTRODUÇÃO

O Positivismo Jurídico como um todo deve seu legado atual, permeado pela eclosão de diversas correntes⁴, ao debate Hart-Dworkin. De igual modo, os ensinamentos jurídicos de alguns países como Brasil e Portugal, em que se debatem alguns temas como o papel dos princípios, ativismo judicial, controles materiais de constitucionalidade, dentre outros, devem um pouco de sua razão de ser às teses contrapostas pelos dois autores. O fato é que seja nos textos de filosofia do direito das décadas de 70/80, seja nos escritos recentes, é muito constante a presença do nome de Herbert Hart, quase sempre acompanhada do seu ex-aluno e crítico, Ronald Dworkin.

A história do debate remonta um quadro muito habitual da filosofia do direito no mundo anglo-saxão: o aluno que, ao absorver todos os ensinamentos do professor, aproveita os mesmos para criar uma teoria, de certo modo inovadora, e que confronta diretamente a de seu mestre.

Hart foi professor da Universidade de Oxford e por anos ocupou a cadeira de Filosofia do Direito da instituição, onde foi orientador de um jovem promissor aluno chamado Ronald Dworkin, que viria a ocupar sua cadeira anos depois, após o seu falecimento.

Essa relação professor-aluno gerou um dos debates que seria dos mais importantes para a história do pensamento jurídico, isto por que Herbert Lionel Adolphus Hart lançou em 1961 o livro, que seria a “bíblia” do positivismo jurídico (em relação ao mundo anglo saxão), chamado O Conceito de Direito. Consiste simplesmente em uma das obras mais citadas e relevantes sobre positivismo jurídico.

Instigado pela dimensão do livro e totalmente discordante de seu mestre, Ronald Dworkin lançou uma série de artigos e livros (alguns compilados de artigos) baseados em uma resposta ao conceito de direito de Hart. Algumas dessas obras merecem o nosso destaque como Levando os Direitos a Sério, Uma Questão de Princípio e O Império do Direito. Tentava incessantemente se aproveitar do sucesso e grandeza da obra de seu ex-professor e

⁴ Pode-se listar autores Positivistas Inclusivos como Jules Coleman, Wilfrid Waluchow; autores Positivistas Exclusivos como Joseph Raz, J. Scott Shapiro, Andrei Marmor, ou mesmo Positivistas Normativos como Frederick Schauer e Neil Mackormick.



lançar ataques nos eixos centrais do livro. O fato é que Dworkin conseguiu, de forma brilhante, através de suas alegorias, argumentações e genialidade, no mínimo, provocar um alvoroço no mundo da filosofia.

Os ataques de Ronald Dworkin ocasionaram um grande alarde no quadro da teoria do direito, de modo que passou a existir uma legião de defensores de lucidez das suas críticas, assim como críticos de suas críticas, os quais pugnavam incessantemente pela não plausibilidade de seus argumentos.

Tão relevante foi a empreitada de Dworkin que fez surgir, na segunda edição do Conceito de Direito, um pós-escrito da obra, redigido pelo próprio Hart, destinado quase exclusivamente à resposta para as suas teses. E o nosso intento nessa pesquisa passa exatamente por analisar as linhas argumentativas dos dois autores no debate até o pós-escrito.

O problema de pesquisa pode ser apresentado pela seguinte pergunta: em que medida os desafios apresentados por Dworkin são um desafio real à teoria de regras primárias e secundárias de Hart diante de sua argumentação no pós-escrito de O Conceito de Direito?

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar se as respostas do pós-escrito às críticas de Dworkin são suficientes para defender a coerência da proposição descritiva geral do direito de Hart. Os objetivos específicos são: verificar os fundamentos jurídicos e as intenções inicialmente propostas por Hart na conceituação do direito; analisar os argumentos e intenções de Ronald Dworkin na sua concepção liberal do direito e suas críticas ao Conceito de Direito; confrontar o debate argumentativo dos dois autores até o pós-escrito do Conceito de Direito, e; verificar se os desafios propostos por Dworkin são respondidos por Hart no pós-escrito.

Para alcançar os objetivos da presente pesquisa, a metodologia do trabalho baseou-se em pesquisa teórica, com levantamento bibliográfico. Para justificar as conclusões e argumentos do presente, utilizou-se o método dedutivo.

Na primeira seção do trabalho será apresentado o modelo de regras primárias e secundárias estabelecidos pela obra original do Conceito de Direito, contextualizando suas pretensões descritivas enraizadas na filosofia analítica. Na segunda seção serão apresentados os argumentos de Dworkin, as pretensões de sua teoria liberal do direito, bem como suas contundentes críticas a Hart. Na última seção, apresentaremos os argumentos de Hart no pós-escrito, no sentido de enfatizar quais as respostas às críticas do autor de Levando os Direitos a Sério, e se as críticas são desafios reais ou aparentes ao Conceito de Direito.



2 O CONCEITO DE DIREITO E A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

2.1 Pressupostos para entendimento do pensamento de Hart

Hart é um dos teóricos cuja clareza no desenvolvimento das ideias é absolutamente lógica e concatenada. De modo igualmente lúcido, buscaremos explicar, ao longo dessa segunda seção, a patente tese do autor de que o direito é constituído por um conjunto de regras primárias e secundárias. Todavia, a análise dessa conclusão, bem como os próprios argumentos de referência são precários se não enquadradas no permeio das pretensões filosóficas do autor. As bases do que Hart se propôs a fazer são ponto de saída fundamental para entender o autor da forma como ele quer se fazer entender, isto é, de uma descrição imanentemente completa do direito.

Para uma boa leitura de Hart, principalmente no que destacamos como os escritos principais do autor em filosofia do direito, *O Conceito de Direito e Positivism and separation of law and morals* (HART, 1958), faz-se necessário assumir, em primeiro lugar, que se trata de um autor, quanto à metodologia empregada, positivista analítico. Dessa forma, o direito, de um modo geral, é entendido como resultado de um esclarecimento linguístico conceitual e de sua elaboração sistemática. Paralelamente a isso, é mister ainda entender que Hart também é um positivista jurídico inclusivo⁵, fruto justamente do fato de que regras jurídicas, para o autor, podem invocar ou empregar normas morais desde que o sistema jurídico autorize ou exija esse uso (SHAPIRO, 2007).

A assunção da primeira característica de Hart, o fato de ser um filósofo analítico, dá-nos a primeira dica de que, ao formular o seu conceito de direito, pretende formular uma abordagem descritiva de como lidamos com o direito numa prática, ou seja, suas teses podem ser provenientes de uma prática e da linguagem que os agentes matem na sua vida cotidiana. Numa perspectiva, portanto, imanentemente descritiva do direito. Algumas formas de trabalhar do autor como o definir conceitos, eleger casos padrão são influências notórias do seu ponto de vista analítico.

⁵Assim se percebe tanto no *Conceito de Direito* quanto de modo ainda mais evidente no *Positivism and separation of law and morals*, onde Hart (1958) considera que critérios morais podem incorporar o direito, embora essa incorporação não seja necessária.



Noutro sentido, é fundamental saber que o autor também é positivista inclusivo. Isso irá ser decisivo para entender o debate com Dworkin. Se por um lado ele considera que a relação entre o direito e a moral é não necessária, isso será ponto de partida para a crítica de Dworkin, especialmente em sua análise do direito como integridade⁶, de forma que para este autor o direito tem relação necessária com a moralidade política da sociedade. Portanto, a noção é imprescindível para o bom estudo do trabalho aqui desenvolvido.

2.2 Crítica ao modelo de John Austin

Para explicar e argumentar a sua concepção de direito, Hart irá se valer do filósofo John Austin como ponto de partida. Isto é, para provar a sua teoria, Hart irá testar suas teses numa versão mais completa da teoria que entende o direito como ordens baseadas em ameaça. Assim, fará uma caracterização da obra do autor utilitarista e em seguida apresentará sua refutação e as suas teses. O confronto com Austin servirá basicamente para mostrar mais a frente que o direito é diferente de comandos baseados em ameaça (tese defendida por Austin como se verá adiante), que o direito se difere da moral e o que são regras jurídicas.

Segundo Hart (2012), Austin considera que o direito seria um conjunto de comandos baseados em ameaça. Esses comandos, por sua vez, seriam emitidos pela figura de um soberano e com uma direção própria ao súdito. Esse súdito teria, segundo descreve, hábito de obediência em relação ao soberano. Portanto, em alto e bom tom, os juízes do sistema jurídico de Austin ao aplicar o direito estariam aplicando exatamente esses comandos emitidos pelo soberano.

Hart atacará, ao longo dos capítulos II, III e IV do Conceito de Direito, as concepções de Austin na forma da seguinte estratégia: a) distinguindo comando de regra; b) explicando que existem tipos distintos de regras, e; c) demonstrando que soberano, súdito e hábito de obediência não são suficientes para explicar o funcionamento de regras jurídicas⁷.

⁶ Teoria defendida por Dworkin na obra “O Império do Direito”.

⁷ Os conceitos de soberano, súdito, hábito de obediência em Austin pressuporiam um governante absoluto que não poderia ser encontrado nas democracias modernas. Qualquer governante tem de obedecer a constituição e às leis. A noção de hábito de obediência seria de difícil explicação, dado que o soberano costuma ordenar e o súdito costuma obedecer não é capaz de explicar se o súdito tem a obrigação de obedecer ou não os comandos do soberano. Pode explicar numa perspectiva interna somente e segundo Hart (2012) careceria de uma explicação à luz interna explicado apenas pelos conceitos de autoridade e obrigação.



2.3 União de Regras Primárias e Secundárias

Seguindo a linha raciocínio de Hart, o funcionamento de um ordenamento jurídico apenas pode se dar pela noção de regra e ao entendimento de que elas se relacionam entre si. Para chegar a imprescindibilidade dessa conclusão, contudo, Hart (2012) argumenta através do exemplo de uma comunidade imaginária.

Descreve essa comunidade como contendo um número reduzido de habitantes, que viviam exclusivamente sob a guarda de regras de conduta, isto é, regras que permitem ou proíbem determinados atos do indivíduo (essencialmente o caso de regras primárias). Ocorre que, na medida em que essa comunidade vai evoluindo, a tendência é que esse conjunto de indivíduos tenham de conviver com três tipos de problemas: a) o da incerteza; b) o caráter estático e; c) o da ineficácia.

O primeiro problema, da incerteza, dar-se-ia na medida que, ao longo do tempo, as regras mudariam e se multiplicariam, de modo que os indivíduos não seriam capazes de explicar quais realmente eram as regras tidas como obrigatórias, ou seja, não saberiam quais as regras válidas e as regras inválidas a se seguir.

Contudo, o desenvolvimento dessa comunidade ocasionaria outro problema, o do caráter estático das regras. A comunidade não disporia de meios institucionais de criar novas regras nem de excluir/extinguir as antigas. Se só havia regras proibindo/permitindo certa conduta, tais não eram capazes de conferir essa mutabilidade no sistema jurídico.

O último problema, da ineficácia, poderia provir tanto do primeiro quanto do segundo. Isto é, tanto pela incerteza, quanto pelo caráter estático, o número de indivíduos que não cumprem regras válidas aumentaria em níveis estatísticos.

A solução para os problemas que a comunidade enfrenta, segundo Hart (2012), seria a existência de regras secundárias. As regras secundárias não são regras de conduta, mas são exatamente as regras que regulam essas, organizando-as. As regras secundárias teriam exatamente a função de corrigir os problemas por Hart em referência à comunidade imaginária.

Dessa forma, para acabar com a incerteza, existiria a regra de reconhecimento, a qual instituiria um critério formal para saber quando uma regra é válida ou não. Para acabar com o problema estático, existiria a regra de modificação, a qual disporia quem são as autoridades responsáveis para criar novas regras (bem como para extinguir). Finalmente, para acabar com



a ineficácia, existiria a regra de aplicação, que atribuiria a determinadas pessoas autoridade para solucionar as controvérsias entre os indivíduos da sociedade, podendo impor suas decisões, inclusive, por meios coercitivos.

Portanto, de forma muito reduzida, para Hart, o melhor conceito de direito é aquele que se apresenta como uma união de regras primárias e secundárias, num sistema em vários níveis e autorregulado de regras.

2.4 O Conceito de Direito e a Regra de Reconhecimento

Uma última consideração que se faz necessária sobre o conceito de direito nessa primeira parte é sobre a regra de reconhecimento, tema muito recorrente no debate, como se verá adiante. A conceituação de regra de reconhecimento de Hart exigirá, como a pretensão positivista não poderia deixar de exigir, um método puramente formal para decidir a validade de um padrão jurídico.

Hart (2012) afirma que toda regra num sistema jurídico é válida na medida em que tenha sido produzida por uma fonte à qual a regra de reconhecimento daquele sistema jurídico atribuiu autoridade para tanto. Daí se segue que toda regra do sistema deve ser válida tendo como base a regra de reconhecimento. A regra de conhecimento, contudo, não pode ter validade, apenas aceitação. Esta regra é ao mesmo tempo um fato sociológico, isto é, sua existência depende de fatos empíricos da comunidade, e uma norma jurídica, visto que dotada de autoridade em relação às outras regras. Para que a regra de reconhecimento tivesse validade, precisaria que fosse produzida por uma fonte autorizada que necessitaria de uma regra indicando que a fonte é legítima, o que evidentemente seria incoerente, tendo em vista que não há nenhuma regra que possa instituir a própria regra de reconhecimento.

3 LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO E CRÍTICA GERAL DE DWORKIN

3.1 Pressupostos do Autor

Dworkin foi o principal crítico das teses defendidas por Hart. Desde seus primeiros artigos até os seus ensaios mais desenvolvidos lançou uma proposta bem clara: refutar os pontos centrais do conceito de direito do seu ex-professor, refutar Hebert Hart. No entanto, as



críticas e refutações Dworkianas à teoria positivista não podem ser dissociadas de um endosso patente do autor aos ideais liberais. Além de grande filósofo do direito, Dworkin também era um dos grandes filósofos políticos, com obras recentes de grande influência no cenário político⁸. Este pensador pautou seu objetivo fornecer uma teoria liberal do direito.

Em uma das suas obras principais, uma compilação de artigos famosos, chamada *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (2010) irá sustentar que o positivismo, da forma como Hart descreve, isto é, como consistindo num modelo de regras, não consegue explicar adequadamente o sistema jurídico e algumas figuras existentes como os princípios e políticas.

Por sua vez, há um endosso patente por parte desse autor em lançar mão de uma teoria descritiva e normativa do direito. Para o Ronald Dworkin, uma teoria do direito deve ser ao mesmo tempo uma teoria entre o que o direito é e o que o direito deve ser. Argumenta que o direito é uma prática fundamentalmente interpretativa baseada em determinadas concepções morais e políticas. Dessa forma, o direito deve partir dessas divergências (que conduzem às divergências morais) e não em um suposto acordo no plano dos conceitos.

Ou seja, o primeiro antagonismo claro entre os autores é que, enquanto Hart se insere num ponto de vista extremamente descritivista, onde parte do pressuposto que os indivíduos possuem um trato específico do que é direito, e que a tarefa da teoria do direito consiste em compreender esse trato, Dworkin está muito propenso a formar uma teoria interpretativa, onde há um endosso de concepções morais e políticas no pano de fundo do direito. E esses ideais tem de ser interpretados da melhor forma possível, de modo a se entender a tese dos direitos, de modo a se entender a tese liberal dos direitos.

3.3 A Existência dos Princípios e a distinção em relação às Regras

Dworkin (2010) parte do tratamento dos direitos e obrigações. E, partindo desse prisma, considera que o positivismo jurídico como um todo teria três características no trato desses direitos e obrigações que são destacáveis: 1) os indivíduos apenas tem direitos e obrigações que as regras tenham atribuído a eles; 2) essas regras são produzidas por uma fonte autorizada, e; 3) os juízes devem decidir os casos com base nessas regras de modo mais ou

⁸ Podemos listar obras como *Justiça de Toga* (DWORKIN, Ronald. *Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.), *Justiça Para ouriços* (DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Lisboa: Almedina Brasil, 2012.)



menos mecânico e que, se o caso não está regulado por uma regra, esse caso é juridicamente indeterminado, devendo o juiz, decidir discricionariamente.

Para atacar essas três características que o positivismo enunciava, o filósofo liberal se usa duas linhas argumentativas muito claras: a) nos casos concretos os juízes não se limitaram a aplicar o conteúdo contemplado pelas regras, mas sim aplicaram outros tipos de padrões (princípios e políticas) que não recorriam a um teste de *pedigree*, e com base nesses padrões se chegou a uma resposta certa; b) a atividade de julgar só faz sentido a partir do momento em que existe uma resposta correta.

Ronald Dworkin desenvolve “a” e “b” a partir de casos concretos da jurisprudência norte americana como os clássicos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield Motors*. Conclui previamente o autor que nesses casos haviam regras claras que convergiam as decisões para determinado sentido, mas que, contrariamente, essas decisões tomaram outro rumo, um rumo fundamentado, não arbitrário, que se baseou em tipos de padrões que não eram regras, baseou-se num tipo de padrão que o Dworkin chama de princípio.

Os princípios, segundo Dworkin, diferem-se, em muito, das regras que Hart descreve. Enquanto essas se aplicam no padrão “tudo ou nada”, os princípios são aplicados pelo âmbito de incidência. As regras têm caráter conclusivo, definindo especificamente o caso que vai abranger, já os princípios são caracteristicamente não-conclusivos, fornecendo apenas razões para determinado caso.

Há uma distinção adicional importante entre esses tipos diferenciados de padrões, a diferenciação nos casos de conflito. Se duas regras se conflitam, há um problema tendo em vista o caráter conclusivo desses padrões. Só uma poderá ser válida. Isto é, uma se torna exceção da outra. Todavia, se dois princípios conflitam, os dois continuam válidos. Um pode ser, para determinado caso específico, mais determinante que o outro, o que não implica na invalidade de nenhum dos dois. Os princípios têm dimensão de peso e, dependendo da situação, poderão ter âmbito de incidência variável em relações de conflito com outros princípios.

3.4 Princípios e a regra de reconhecimento

Ronald Dworkin (2010) apresenta o modo como as regras são válidas no modelo de Hart e chega à conclusão de que esse *pedigree* para regras não funciona para os casos como o



Henningsen e Riggs., em que foram relevantes os princípios. A origem desses princípios não se remonta um ato de vontade formal de um poder legislativo, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de sua relevância depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se se deixar de pensar que esses princípios não são importantes para comunidade, ele desmorona, independente de uma prévia anulação/revogação, como comumente ocorre no caso das regras.

Haveria, portanto, uma espécie de apoio institucional nos princípios de que nenhum teste poderia ser capaz de atribuir medida para transformar, por exemplo, um princípio em princípio jurídico. Estão em constante desenvolvimento e mútua interação, de modo que não seria coerente juntá-los todos em uma única regra, por mais completa que fosse. E, mesmo se pudéssemos, segundo Dworkin, essa figura teria pouca relação com a imagem de regra de reconhecimento concebida pelo próprio Hart.

Considera, ainda, o autor liberal que quando falamos em favor da aceitação do princípio num caso específico, estamos falando em favor de sua aceitação e da sua validade (DWORKIN, 2010). Essa aceitação depende do caso concreto, depende do modo de como vamos argumentar esses princípios. Os princípios portanto se apoiam mutuamente ao invés de aglutiná-los (como no caso das regras). Do mesmo modo se segue que mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições, eles não têm uma conexão suficientemente simples com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão nos termos dos critérios especificados por uma regra suprema de reconhecimento.

Dworkin argumenta que se Hart ponderar que os princípios fazem parte do direito e podem ser determinados pela regra, ele reduziria drasticamente a área do direito sobre qual a sua regra ainda teria alguma aplicação. Todos os princípios e as políticas escapariam de sua autoridade. Em suma, nenhum teste de *pedigree* que associe princípios pode ser útil sem o abandono total e integral desta tese.

3.5 A o poder discricionário como modelo inadequado para explicar o direito

Dworkin (2010) argumenta contra o conceito de poder discricionário estabelecido por Hart. Parte da afirmação do filósofo analítico de que se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o julgador deve decidi-la usando seu poder discricionário. Essa premissa é, para



Dworkin, nada mais nada menos que dizer que quando um juiz esgota as regras à sua disposição, não está vinculado por quaisquer padrões derivados da autoridade do direito.

Segundo o autor de *Levando os Direitos a Sério*, o juiz nesses casos legisla novos direitos jurídicos e os aplica retroativamente no caso em questão. Isto é, o julgador incorre tanto no arbítrio de exercer uma função que não é a sua, visto não ter legitimidade política, quanto está tomando decisões, que pelo menos em tese, já foram tomadas, violando diretamente a tese dos direitos (DWORKIN, 2010).

Argumenta o teórico do direito liberal que mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode ainda ter o direito de ganhar o caso. Isso é de plena consonância com a sua ideia de estado de direito centrado nos direitos e da tese dos direitos (DWORKIN, 2010). Cabe portanto ao juiz o dever de descobrir quais são os direitos das partes e não aplicar novos direitos retroativamente.

Para Ronald Dworkin, os princípios jurídicos obrigam o órgão julgador e, embora não prescrevam um resultado particular, eles inclinam a decisão em um sentido, mesmo que de maneira não conclusiva. Os princípios estão vinculados a uma história legislativa e judiciária conectada também com as práticas e formas de compreensão compartilhadas pela comunidade daquela ordem jurídica. O juiz, nessa concepção, não possui poder discricionário, visto ter a clara obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não a respeito do caso.

4 PÓS-ESCRITO DE HART

4.1 Introdução ao Pós-escrito

Devidamente esclarecido o panorama inicial do debate, onde se extraiu o cerne das duas teorias, chegamos agora ao foco principal do presente *paper*, a análise minuciosa dos argumentos de Hart no pós-escrito. Isto é, contextualizaremos a sua tese do conceito de direito como união de regras primárias e secundárias aos novos desafios que Dworkin lançou.

Antes de qualquer refutação específica das teses do autor liberal, o Hart (2012) do pós-escrito é muito feliz em destacar que as suas pretensões – teoria descritiva do direito – constituem uma empreitada totalmente diferente da de Dworkin (2010) – teoria interpretativa do direito). Dessa forma, parece não haver conflitos entre perspectivas totalmente distintas de olhar o fenômeno jurídico. As respostas ao seu maior crítico, porém, são válidas, na medida em que este usa a teoria positivista do direito como podendo ser representada por uma teoria



interpretativa. Hart é totalmente contrário a essa leitura e apresentará argumentos que comprovem que todos os elementos apresentados pelo filósofo liberal não contrastam, pelo menos nas teses centrais, com o que já havia formulado no escopo do conceito de direito.

4.2 Coerência da Teoria Prática das Regras

Hart percebe nessa nova fase de seus escritos que há algum fundamento nas críticas de Dworkin feitas à sua teoria prática das normas. Segundo o Hart (2012) do pós-escrito, o autor de o império do direito destacou muito bem, por exemplo, que o conteúdo do conceito de direito ignorou a diferença entre *consenso de convenção* e *consenso da convicção independente*, e que, portanto, a descrição das regras sociais da forma como Hart inicialmente estabeleceu é aplicável apenas às normas que são convencionais no sentido de que explicou.

Ainda sobre a teoria prática das regras, resumidamente Dworkin (2010) irá defender que a teoria das regras de Hart, que é uma regra que existe como simples afirmação do fato sociológico externo, não pode explicar o caráter normativo que as regras possuem em geral. As normas, no sentido adequado, deveriam introduzir deveres e motivações (morais) para a ação. Hart irá no sentido de que a normatividade exigida pelo seu rival é desmedidamente exagerada. Argumenta, sequencialmente: a) parece exigir não apenas que os participantes acreditem que tem boas razões ou justificativas morais para obedecer às regras e também que essas boas razões existam de fato; b) Alerta que uma sociedade entretanto pode possuir normas moralmente iníquas, e chega a conclusão; c) as boas razões não serão justificadas da forma como Dworkin quer. Dessa forma, conclui-se que as razões para que os participantes aceitem as regras convencionais como orientação não necessariamente correspondem a crença na justificação moral.

Em relação ainda às regras, Hart irá refutar a tese de que sua teoria das regras não se adequa por pelo papel da divergência do direito e de que isso colapsaria sua teoria. Isto é, argumenta que Dworkin (2010) parte da premissa equivocada de que o conceito de direito pretende determinar completamente o resultado jurídico em casos particulares, de modo que a questão jurídica possa ser resolvida pelos simples critérios fornecidos pela regra. Entretanto, argumenta o filósofo analítico, que a função da regra é apenas definir as condições gerais que devem ser satisfeitas na decisão judicial. Assim, fornece critérios de validade que se referem à



forma e a criação das figuras jurídicas⁹. Dessa forma, Hart conclui que a teoria prática das normas é perfeitamente aplicável a norma de reconhecimento.

4.3 Normas e Princípios, uma questão de grau

Na seção 3 do pós-escrito, Hart se valeu das críticas mais elementares feitas por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*. Irá sustentar em resumo que, conforme outros autores já teriam constatado, é possível a adoção de princípios jurídicos sem colapsar a sua teoria. A defesa dessa tese, entretanto, é acompanhada de uma autocrítica que considera um defeito de sua obra não conter a questão dos princípios de maneira enfática. Observa-se aí que o autor já não era, mesmo na primeira edição do conceito de direito, contrário à existência de princípios jurídicos e que qualquer alegação de que o seu conceito de direito é na verdade um conjunto apenas de regras aplicadas de modo mais ou menos mecânicas não prospera.

Hart começa sua linha de argumentação partindo do pressuposto de que os princípios teriam pelo menos três características básicas: a) em relação às regras, os princípios são mais amplos e inespecíficos; b) por serem moralmente desejáveis, os princípios oferecem razão para as regras e ajudam a justificá-las; c) os princípios têm caráter não-conclusivo.

Hart defende que não é plausível aceitar a tese de que se uma regra válida for aplicável a determinado caso, deverá determinar de forma conclusiva o desenlace da causa. O sistema jurídico pode reconhecer que uma regra que defina um resultado é aplicável, menos quando outra norma mais importante também for aplicável. Do resultado desse “conflito” uma regra sobressai sobre a outra, contudo as duas continuam válidas. Desta forma, uma regra vencida em determinado conflito pode ainda continuar vigente de igual modo como os princípios descritos por Dworkin. Este último em seus próprios casos iniciais em *Levando os Direitos a Sério* dá exemplos de regras que se chocam com os princípios e que pode ocorrer de um princípio às vezes ganhar e às vezes perder. Logo, a existência de competição entre eles demonstra que as regras não têm caráter de tudo ou nada, pois podem conflitar inclusive com princípios.

Frise-se acessoriamente ao argumento de Hart no pós-escrito, que a característica que Dworkin atribui às regras, a de serem conclusivas, contrasta com o que o próprio Hart já havia

⁹ Podendo inclusive que esses critérios ofereçam critérios que condicionam a sua obediência ou a princípios morais substantivos.



estabelecido no capítulo VII, ao afirmar que as regras possuem textura aberta. Ao nosso ver, a própria superaria a ideia de que as regras são conclusivamente padrões de tudo ou nada. E ajudam a explicar o argumento de Hart de que não é lá tão divergente algumas diferenciações que se faça entre princípios e regras.

Hart conclui, por sua vez, que a ideia de sistema jurídico como um conjunto de regras de tudo ou nada e princípios não conclusivos poderá ser solucionado se considerar essa diferença como uma questão de grau. Considera também ser um erro de sua parte não ter enfatizado a força não conclusiva dos princípios, mas que, ao afirmar a palavra “regra”, não quis dizer que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo tudo ou nada ou quase conclusivas.

4.4 Princípios como fenômeno condicionado à regra de reconhecimento

Hart não se contenta em demonstrar que, embora de maneira menos enfática, os princípios encontram contemplação na sua obra, como também vai defender que eles podem ser perfeitamente explicados pela própria regra de reconhecimento. Considera que muitos princípios jurídicos devem seu status não a seu teor de interpretação do direito estabelecido, mas ao que Dworkin chama de *pedigree*, isto é, à forma como foram criados ou adotados por uma fonte de autoridade reconhecida.

Segue explicando que o filósofo liberal caiu duplo erro: a) a crença de que os princípios não podem ser identificados pelo seu *pedigree*; b) crença de que a regra de reconhecimento só pode oferecer critérios de *pedigree*.

A primeira está errada por que não há nada no caráter não conclusivo dos princípios que impeça que sejam identificados por critérios de *pedigree* (HART, 1980). Dá o exemplo da Primeira Emenda Constitucional dos Estados Unidos, a qual prescreve que o Congresso não pode restringir a liberdade de expressão. É o caso em que princípios jurídicos, no caso o da liberdade de expressão, são plenamente identificáveis pelo seu *pedigree*, de maneira expressamente contemplada pela regra de reconhecimento.

Hart considera que após o exposto, pode haver uma crítica mais modesta de que há uma pluralidade de princípios que não podem ser capturados e não haver outro método de identifica-los como princípios jurídicos que seja o fato de melhor se ajustarem à história institucional e às práticas do sistema que melhor a justifiquem. Entretanto, esse método



interpretativo de identificar os princípios poderia ser coerente com uma regra de reconhecimento.

Parte para uma conclusão adicional, de que ele e Dworkin falam a mesma coisa, enquanto falam de algo muito semelhante a uma norma de reconhecimento que identifique as fontes competentes do direito.¹⁰

Permanece o fato de que se existem sistemas jurídicos nos quais o critério interpretativo de Dworkin é realmente usado para identificar princípios jurídicos, é perfeitamente possível que nesses sistemas, esse critério resulte de uma norma de reconhecimento. Conclui que a aceitação dos princípios como parte do direito se mostra coerente com a doutrina de uma regra de reconhecimento, mesmo que o teste interpretativo fosse o único critério para identifica-lo.

4.5 A discricionariedade como melhor modelo descritivo do que acontece com o direito

Presente aqui o desafio proveniente da alegação de Dworkin de que Hart está na verdade equivocado ao propor que os juízes têm poder discricionário ao resolver os conflitos jurídicos. O endosso por parte de Hart por essa tese se fará com uma diferença de ênfase para responder ao filósofo liberal, de modo a considerar a descrição mais adequada do que ocorre.

Hart vai começar alegando que o poder dos juízes de criar direitos juízes, em casos parcialmente regulamentados, não faz do julgador um legislador. O juiz goza de muitas limitações que restringem sua escolha, restrições a que o legislativo não está submetido (HART, 1980). Esse poder é exercido apenas em casos especiais, sendo que o juiz não pode se utilizar deles para reformar o direito vigente, ou, por exemplo, elaborar códigos. Isto é, o juiz tem o poder de criar o direito, mas jamais deverá fazer arbitrariamente, e sim mediante razões gerais.

Hart (2012) argumenta que alguns vários juristas como Oliver Holmes ou Lorde Reid insistiram na ideia de que há casos incompletamente regulamentados pelo direito nos quais o juiz terá de exercer uma espécie de poder legislativo remanescente, bem como que há casos em que o órgão julgador poderá decidir em “qualquer” rumo.

¹⁰ Subsistindo a diferença, que enquanto Hart (2012) considera um consenso geral entre juízes sobre os critérios para identificação do direito ao fato de compartilharem a aceitação das normas que fornecem esses critérios, Dworkin fala de consenso, paradigmas e hipóteses compartilhadas pelos membros de uma mesma comunidade interpretativa.



No desenvolvimento do argumento cita alguns mecanismos que os juízes usam, distintamente do exercício dos legisladores, como exemplo da analogia. Nesses casos o juiz: a) inova (cria direito) e; b) harmoniza (se vale de princípios e razões já estabelecidos no direito existente). O órgão julgador também se vale constantemente de princípios gerais, ou propósitos abrangentes nesse ato de criação, todavia, essas ferramentas não eliminam a oportunidade para a criação do direito por parte do juiz.

Por outro lado, em relação às críticas de que o poder discricionário carece de legitimidade democrática e justiça, Hart irá responder às acusações de duas formas: a) considerando que é o preço necessário frente a outros métodos que engessariam o problema, como envio ao legislativo (HART, 1980); b) a delegação entre poderes é uma característica das democracias modernas (HART, 1980). Ao unir a operabilidade com uma prática, tal qual muitas outras já recorrente de exercício de funções atípicas pelos poderes de estados, o problema da legitimidade estaria satisfeito.

Respondendo a acusação de que é injusta, pois coloca situações (frustra expectativas) que antes não estavam regulados seria uma contradição em si mesma com a própria noção de casos difíceis de Dworkin. Isto é, o direito regulamentou esses casos de maneira incompleta e não existe situação jurídica conhecida ou direito claramente esclarecido que justifique as expectativas dos indivíduos. Não há injustiça, portanto, no exercício do poder discricionário.

5 CONCLUSÃO

Finalizamos o trabalho com o entendimento de que os argumentos de Hart no pós-escrito, ainda que muito resumidamente apresentados, dão conta, pelo menos em alguns aspectos, das principais das críticas de Dworkin. Algumas questões que colocariam em cheque tudo que está escrito por Hart no corpo do Conceito de Direito, como a incapacidade da regra de reconhecimento, incoerência do poder discricionário e a criticada distinção entre regra-princípio parecem, diante da clareza do autor do filósofo analítico, não afetar decisivamente suas teses centrais.

Isso não significa que a obra de Dworkin é inútil e que o debate teve um vencedor, até por que as perspectivas que nos propusemos analisar é só a ponta do iceberg. Numa perspectiva interpretativista, a Teoria do Dworkin, na nossa concepção, é um grande legado. De forma que algumas argumentações desse autor como o romance em cadeia, ou sua



concepção de igual respeito e igual consideração são de um relevo peculiar. Entretanto, como desafio à teoria de Hart, mostra-se até certo ponto desafiadora, mas não destruidora de seus eixos estruturantes.

Hart no pós-escrito teve uma pretensão de fornecer uma resposta geral aos seus críticos, que não conseguiu oferecer tendo em vista o seu falecimento. Mas, em relação a Dworkin, muitos dos desafios apresentados eram aparentes e são solucionados seja por uma diferença de ênfase na argumentação, seja por um esclarecimento posterior e melhor fundamentação do argumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafio del positivismo jurídico. **Sistema Revista de Ciências Sociales**. Madrid, n. 36, p. 7-19, abr. 1980.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Vol. 71, No. 4, pp. 593-629, feb. 1958.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: a Short Guide for the Perplexed. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Michigan, Working Paper nº 77, 2007. Obtido via base de dados Social Science Research Network (SSRN). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 24 de novembro de 2020.