

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

FILOSOFIA DO DIREITO II

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

RENATA ALMEIDA DA COSTA

JOSÉ LUIZ BORGES HORTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

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

Conselho Fiscal

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

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

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

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

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

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

Secretarias

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

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

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

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

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

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

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

F488

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

coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior, Renata Almeida Da Costa, José Luiz Borges Horta – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-124-1

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

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

CDU: 34



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

FILOSOFIA DO DIREITO II

Apresentação

Apresentação

Esta obra torna públicos os textos acadêmicos debatidos pelos integrantes de três grupos de trabalhos, todos participantes do XXIV Congresso do CONPEDI, realizado na cidade de Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015. Estimulados pelo desafio de discutir "Direito e Política", sob o viés da "Vulnerabilidade à Sustentabilidade", os membros dos grupos de Filosofia do Direito II, Cátedra Luís Alberto Warat I e Direito, Estado e Idealismo Alemão I, submeteram sua produção textual à aprovação da organização do evento e, uma vez aprovados, participaram dos debates realizados em 12 de novembro de 2015, na sala 405 do Edifício Villas-Bôas, da Universidade Federal de Minas Gerais.

Nesse sentido, aqui estão reunidos os melhores artigos científicos produzidos pelos estudantes e/ou professores de Programas de Pós-Graduação em Direito do país, que bem se coadunam à preocupação do CONPEDI em estimular o pensamento reflexivo ao encontro de soluções para as vulnerabilidades decorrentes das complexidades política, econômica, social, ambiental e jurídica que desafiam o operador do Direito na contemporaneidade.

Com esse intento, os autores do grupo de Filosofia do Direito II apresentam suas contribuições tanto para a reflexividade dos aspectos filosóficos e das ciências sociais, desde o viés interno do Direito quanto do alcance das políticas públicas e o funcionamento das instituições político-jurídicas. Isso pode ser percebido pela leitura dos textos: "A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e a construção do conceito de discricionariedade", de Pedro D'Angelo da Costa; "A fragilidade da prova testemunhal analisada sob os aspectos investigativos da Filosofia cética do sexto empírico", de Maurício Seraphim Vaz; "A impossibilidade de manutenção do Estado mínimo de Robert Nozick", de Adriano Ferreira de Oliveira e Virgílio Queiroz de Paula; "A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI", de Bianca Kremer Nogueira Corrêa e Natalia Silveira Alves; "Da humanidade à animalidade: a desvalorização ao princípio fraternal", de Guilherme Bittencourt Martins e Geraldo José Valente Lopes; "Crítica da razão autocentrada: o Direito e a necessidade de uma racionalidade voltada ao outro e ao particular", de Mário Cesar da Silva Andrade e Paola Durso Angelucci; "Direitos Fundamentais e humanos. Uma leitura a partir de Rawls", de

Robison Tramontina e Anny Marie Santos Parreira; "Direitos Humanos e Justiça Internacional em Dworkin: uma comunidade de estranhos?", de Aline Oliveira de Santana; "Contribuições da Filosofia Política de Hannah Arendt para a Filosofia do Direito: considerações acerca da liberdade e da justiça numa perspectiva plural", de Cristiane Aquino de Souza e Alberto Dias de Souza; "Direito do Trabalho e subordinação jurídica: análise da sujeição e poder em Foucault e Deleuze", de Larissa Menine Alfaro; "Da arquitetura da inclusão (sociedade disciplinar) à engenharia da exclusão (biopolítica): uma análise a partir da arqueologia/genealogia do poder em Michel Foucault", de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Mateus de Oliveira Fornasier; "A ordem jurídica, a lei temporal e o poder político em Agostinho sob perspectiva jusnaturalista", de Anna Clara Lehmann Martins; "A prática argumentativa traçada na teoria do agir comunicativo de Habermas pode funcionar como elemento transformador da comunicação institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal?", de Ana Cristina Melo de Pontes Botelho; "A universidade dos Direitos Humanos: análise a partir da Teoria Kantiana à paz perpétua", de Daisy Rafaela da Silva; "As origens e fundamentos da sustentabilidade conforme as exigências do secularismo e da liberdade religiosa", de Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira e Lucas Baffi Ferreira Pinto; "As contribuições do pensamento ético de Henrique Cláudio de Lima Vaz para a Filosofia do Direito", de Luciano Gomes dos Santos; e "A universalidade da democracia no enfoque da cultura argumentativa para a emancipação humana: a complementaridade entre a abordagem pragmática de Amartya Sen e pragmática formal de Habermas", de José Marcos Miné Vanzella e Lino Rampazzo.

Certos de que o material aqui disponibilizado, assim como seus autores, exercerão forte influência para a reflexão jurídica nacional, é que fazemos o convite à leitura e ao pensar crítico, neste exemplar fomentado. Por essa via, acreditamos, nossa ciência do "dever-ser" produzirá efetivos propósitos no mundo do ser. Que desfrutem!

De Belo Horizonte, outono de 2015.

Renata Almeida da Costa,

José Alcebíades de Oliveira Junior e

José Luiz Borges Horta.

A CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

THE DWORKIN'S CRITICISM ABOUT LEGAL POSITIVISM AND THE CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF DISCRETION

Pedro D'Angelo da Costa

Resumo

Conhecido como Debate Hart-Dworkin, o entrelaçamento de opiniões entre esses dois autores gerou intensa discussão acerca do positivismo jurídico e das teorias que buscam refutar suas teses fundamentais. Neste contexto, Ronald Dworkin se empenha em repreender a doutrina positivista demonstrando que as noções elementares dessa teoria não são capazes de produzir uma doutrina eficaz sobre a natureza do direito. No presente artigo, pretendo analisar as críticas lançadas por Dworkin ao positivismo jurídico e às conceituações de Herbert Hart, com específica atenção para o conceito de discricionariedade que Dworkin imputa ao positivismo. A partir de uma discussão teórica envolvendo as principais obras desses autores, procuro confirmar a hipótese de que a teoria positivista moderna não está comprometida com o sentido atribuído por Dworkin à noção de discricionariedade, prejudicando assim o fundamento da crítica de Dworkin acerca da interpretação no positivismo jurídico. Ao final, irei considerar também a gravidade desta vicissitude para a teoria dworkiniana como um todo, avaliando se as críticas de Dworkin restam comprometidas ou resistem a este empecilho.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, Discricionariedade, Debate hart-dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

Known as "Hart-Dworkin Debate," the clash of opinions between these two authors generated intense discussion about legal positivism and theories that seek to refute its core arguments. In this context, Ronald Dworkin strives to rebuke the positivist doctrine demonstrating that its elementary notions are not able to produce an effective theory about the nature of law. In this article, I analyze the criticism launched by Dworkin to legal positivism and concepts of Herbert Hart, with particular attention to the concept of discretion that Dworkin assigns to positivism. From a theoretical discussion involving the major works of these authors, I try to confirm the hypothesis that modern positivist theory is not committed to the meaning attributed by Dworkin to the notion of discretion, thus undermining the foundation of Dworkin's criticism concerning the interpretation in legal positivism. Finally, I also consider the seriousness of this problem for dworkin's theory as a whole, assessing whether his criticism remains committed or resist this setback.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal positivism, Discretion, hart-dworkin debate

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca do positivismo jurídico e seus fundamentos básicos tem relevância central no estudo da filosofia do Direito, tornando-se alvo de intensas discussões entre juristas e acadêmicos ao longo dos séculos. Na história recente da teoria jurídica, um dos aspectos deste contexto que mais chama atenção é o chamado “Debate Hart-Dworkin”, que teve início quando da publicação da obra “Levando os Direitos a Sério” (*Taking Rights Seriously*) em 1977, de Ronald Dworkin, que continha os polêmicos capítulos “O Modelo de Regras I”, e “O Modelo de Regas II”, responsáveis diretos pela abertura desta discussão. Nesses capítulos, Dworkin se dedica a produzir um texto que busca contrapor as teses mais básicas do positivismo jurídico, com o objetivo final de demonstrar que a natureza do direito não pode ser explicada através de uma teoria que se proponha a afastar o direito da moral.

Para isso, Dworkin atribui diversos fundamentos à teoria positivista, afirmando que estes seriam as teses básicas dessa escola do pensamento jurídico, e se propõe a refutá-las ao longo de sua obra. Neste artigo, reconheço que as críticas de Dworkin são extremamente complexas e que, provavelmente, são aquelas que exigiram mais empenho dos autores positivistas na elaboração de um contraponto. Entretanto, pretendo demonstrar que, ao afirmar essas teses básicas do positivismo, com especial atenção ao conceito de discricionariedade, Dworkin, na verdade, faz uma caricatura do positivismo jurídico, atribuindo-lhe características gerais e taxativas que, na verdade, não são encontradas na concepção de positivismo jurídico presente nas obras mais apuradas sobre do assunto. Nesse momento, volto minha atenção à argumentação elaborada por H. L. A Hart, que traz em sua obra, “O Conceito de Direito” (*The Concept of Law*), importantes argumentos contrários às afirmações de Dworkin, capazes de nos demonstrar em qual ponto a tese dworkiniana se baseia em fundamentos equivocados.

Ressalto que, embora esse debate gire em torno desses dois autores e suas respectivas obras, essa temática não está exclusivamente nestas publicações. Hart elabora uma resposta a Dworkin em um pós-escrito ao “O Conceito de Direito”, e Dworkin enfrenta essas questões também em “O Império do Direito” (*Law’s Empire*). Além disso, muitas publicações acadêmicas foram realizadas acerca do assunto e podem nos auxiliar na compreensão do mérito da discussão.

2 FORMULAÇÕES INICIAIS DE DWORKIN

Ao iniciar sua argumentação, Dworkin (1977, p. 28) afirma que o positivismo jurídico se sustenta sobre três fundamentos básicos, enumerando-os em “a”, “b” e “c”. O autor inicia sua exposição afirmando que, para o positivismo, o direito é um conjunto de regras jurídicas utilizado pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Além disso, alega que, nos casos em que uma pessoa não estiver claramente coberta pela lei, a autoridade pública (o juiz) deve ir além do direito e, “exercendo seu discernimento pessoal”, buscar um novo padrão com o intuito de criar uma nova regra jurídica. Por último, Dworkin afirma que o conceito de “obrigação jurídica” está diretamente ligado às regras jurídicas válidas que exigem uma ação ou omissão dos sujeitos. A partir deste esqueleto teórico do positivismo, Ronald Dworkin passa a desconstruir doutrina positivista, contrapondo os argumentos colocados, e emite profundas críticas ao modelo positivista de observação do direito.

Para o presente trabalho, dedico especial atenção à tese “b” de Dworkin acerca do positivismo jurídico, a qual transcrevo abaixo para facilitar a compreensão:

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente 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 que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. (DWORKIN, 1977, p. 28)

Nesta passagem, Dworkin esclarece o que chama de “discrecionabilidade forte” e afirma que, para o positivismo jurídico, quando a lei escrita não alcança o mérito específico de um determinado caso, o juiz deve ir além do direito e buscar a resposta para aquele embate em outro tipo de padrão argumentativo. Esses casos específicos são os chamados casos difíceis (*hard cases*), como por exemplo o caso *Riggs contra Palmer*, citado por Dworkin (1977, p. 37), em que um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se o herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia receber a herança, embora ele mesmo tivesse assassinado seu ascendente com este objetivo; ou *Henningsen contra Bloomfield Motors* (DWORKIN, 1977, p. 38), em que a Suprema Corte de Nova Jersey enfrentou a questão acerca da possibilidade de um fabricante de automóveis limitar sua responsabilidade sobre o funcionamento ou possíveis acidentes

envolvendo peças defeituosas no automóvel. Nesse caso, o comprador do automóvel assinou um contrato que eximia a empresa fabricante de qualquer outra obrigação a não ser o conserto de peças defeituosas, o que fez com que a fabricante se recusasse a arcar com despesas médicas e outros tipos de gastos após um acidente envolvendo o consumidor.

Ronald Dworkin pretendia, com esses e outros exemplos, demonstrar que, em muitos casos, a lei não é suficiente para fornecer uma resposta satisfatória ao caso determinado. Muitas vezes, as questões peculiares de cada processo resultam em diversas opiniões acerca da melhor tutela a ser concedida pelo Poder Judiciário, e nesse contexto surge a discricionariedade em sentido forte. O que caracteriza um *hard case* é justamente o momento em que a aplicação da letra da lei não é capaz de administrar o conflito de interesses e atender às diversas demandas presentes no caso concreto. Dworkin afirma que, para o positivismo jurídico, quando o juiz se depara com estes casos não há mais recursos jurídicos a serem utilizados e é necessário, então, “criar um novo direito”, um novo dispositivo a ser aplicado neste contexto.

Em sua obra, o Dworkin enumera ainda outras duas modalidades de discricionariedade e as classifica como “discricionariedade fraca”. Essas situações se demonstram quando uma autoridade tem o poder de tomar uma decisão, mas está atrelado a requisitos previamente determinados, ou quando um sujeito tem o poder da “última palavra”, ou seja, tem a prerrogativa de tomar uma decisão definitiva e imutável. Todavia, para o autor esses dois sentidos concentram apenas uma “discricionariedade fraca” e conclui que o único sentido plausível para a análise da concepção de discricionariedade seria o sentido “forte”, qual seja: existe discricionariedade quando as regras jurídicas não são suficientemente específicas ao ponto de regular uma determinada situação, permitindo assim, uma grande diversidade de interpretações. Dworkin afirma ainda que o exercício dessa “discricionariedade forte” (que, assim como o autor fez em sua obra, passarei a chamar apenas de discricionariedade) não deve estar no âmbito de atuação de um juiz de direito. Em sua opinião, o juiz não tem a prerrogativa de criar o direito, e, quando estiver diante de um *hard case*, deve buscar, após intensa reflexão, o direito que já existe, mas está presente nos princípios jurídicos e outros padrões teóricos.

Sendo assim, Dworkin passa a analisar os fundamentos positivistas (por ele mesmo classificados como positivistas) e elabora conclusões acerca do momento em que um juiz se vê diante de um *hard case*:

Hart, por exemplo, afirma que, quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos em vez disso,

falar sobre os padrões que ele “tipicamente emprega”. Hart pensa que, quando os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados de acordo com a nossa segunda alternativa, como aquilo que os tribunais têm por princípio fazer. (DWORKIN, 1977, p. 55)

Conforme as transcrições da obra de Dworkin, compreendo que o autor exprime uma opinião rígida e formal acerca do positivismo jurídico. Para ele, o positivismo se restringe apenas à letra da lei, e o que estiver além disso não pode ser considerado direito. Dessa forma, em um *hard case*, estão esgotadas as fontes do direito, e a única solução é a criação do direito, de forma arbitrária por parte do juiz, a partir de valores estritamente pessoais. Ao analisar o raciocínio de Dworkin, observo que o autor está muito próximo de uma concepção tradicional do positivismo jurídico, deixando de lado versões mais modernas dessa escola de pensamento. Ao reafirmar que o positivismo apenas compreende o direito enquanto norma escrita e afasta a possibilidade de observação de outros padrões jurídicos no momento da tomada de decisão, Dworkin parece se referir a construções teóricas semelhantes à dos chamados positivistas *hard*¹, ou positivistas exclusivos, que impõem com mais vigor a total separação entre o direito e a moral e a restrição da natureza do direito a concepções positivadas da lei. Todavia, não existem razões suficientes para observarmos esta discussão a partir do ponto de vista do positivismo exclusivo. Primeiramente, porque esta corrente não pode ser considerada uma corrente majoritária do positivismo, e em segundo lugar porque Dworkin se refere diretamente à Hart em sua obra, autor notadamente contrário à teoria exclusiva. De qualquer forma, o positivismo exclusivo deu sua resposta às críticas de Dworkin, que poderão ser analisadas em momento posterior.

Ao analisar outros autores positivistas, encontramos na obra de Hans Kelsen, “Teoria Pura do Direito”, algumas concepções um pouco mais rígidas acerca do positivismo jurídico, porém ainda coerentes com a linha de Herbert Hart, proporcionando uma eficiente fundamentação ao positivismo jurídico. Em sua obra, Kelsen (1998, p. 46), ao proferir a máxima “direito é norma”, reivindica conceitos mais fundamentais de uma teoria jurídica que não sofre influência de qualquer área do conhecimento que não seja o próprio direito e, ao fazer isso, fornece munição para as críticas de Dworkin. Todavia, Hans Kelsen demonstra, no capítulo VIII de sua obra, que a questão da discricionariedade não é um problema para os

¹ Definição de positivismo *hard* segundo a Enciclopédia Virtual da Filosofia (Internet Encyclopedia of Philosophy): o positivismo exclusivo (também chamado positivismo *hard*) nega que um sistema legal possa incorporar restrições morais de validade legal. Positivistas exclusivos como Joseph Raz (1979, p. 47) defendem a tese de origem, segundo a qual a existência e o conteúdo da lei sempre pode ser determinado por referência às suas fontes, sem recorrer ao argumento moral. (Tradução nossa).

positivistas e afirma que uma lei nunca será suficientemente detalhada a ponto de ser aplicada a qualquer caso. Por isso, deve haver uma margem de apreciação pelos operadores do direito, indicando que determinadas leis cumprirão o papel de “quadro ou moldura”, a serem preenchidos em cada caso concreto (KELSEN, 1998, p. 246). De todo modo, diversos foram os autores que estabeleceram releituras acerca do positivismo jurídico e aprimoraram ainda mais os conceitos trazidos por Kelsen, tendo nas obras de Hart o mais bem-sucedido dos trabalhos. Após esta reflexão, concluo que Dworkin insiste em criar uma figura do positivismo jurídico muito próxima da rigidez do positivismo tradicional, implementando o aspecto da eventualidade nas tomadas de decisão, e afirmando que os autores positivistas se restringem às regras escritas e ignoram os padrões jurídicos alternativos:

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso (DWORKIN, 1977, p. 63).

Ronald Dworkin parece desconsiderar as afirmações de Hart em sua obra “O Conceito de Direito” (que serão tratadas aqui mais adiante), e insiste em um conceito positivista do direito focado nas regras vinculativas e expressamente previstas em lei. Para ele, o positivismo é apenas um modelo de regras escritas e vinculantes que devem determinar a condução das atitudes dos sujeitos em comunidade. Os juízes devem única e exclusivamente aplicar a legislação vigente que, por sua vez, não deixa espaço para discussões ou exceções. Dworkin parece crer que o positivismo jurídico admite um ordenamento jurídico “mecânico”, em que a aplicação de leis se dá de forma automática, e quando o juiz se depara com alguma situação em que a lei não seja suficiente, deve decidir de forma arbitrária, de acordo com suas convicções pessoais, já que não há mais direito ali a ser observado:

Um positivista poderia argumentar que, embora alguns princípios sejam obrigatórios, no sentido de que o juiz deve levá-los em consideração, eles não podem prescrever um resultado particular. (...) seja como for, somente regras ditam resultados (DWORKIN, 1977, 57).

Adiante, veremos que os argumentos de Dworkin não encontram embasamento na doutrina positivista mais recente, visto que a reformulação do positivismo resultou no que Hart

chama de “positivismo moderno” e permitiu, a partir de concessões teóricas, um amplo diálogo acerca dos fundamentos do positivismo.

2.1 Regra de reconhecimento e teste de *pedigree*

Ronald Dworkin se dedica também a analisar a “Regra de Reconhecimento”, conceito trabalhado por Hart em sua obra “O Conceito de Direito”. Porém, antes de iniciar as ponderações de Dworkin, cumpre exprimir a opinião de Hart acerca desse assunto; na visão deste autor, a “Regra de Reconhecimento é uma ferramenta que deve ser aplicada a uma norma jurídica para que seja verificada a sua validade” (HART, 1994, p. 94). Em outras palavras, a regra de reconhecimento é capaz de averiguar se determinada norma faz parte de um ordenamento jurídico e se os sujeitos devem estar a ela submetidos. Hart afirma ainda que essa regra de reconhecimento pode assumir diversas formas, a depender das circunstâncias de cada sociedade em que se encontra aplicada, mas em geral, tem sua origem na autoridade de uma regra fundadora de um ordenamento.

O que Hart chama de regra de reconhecimento é chamado de teste de *pedigree* por Dworkin, e neste contexto teremos mais uma oportunidade para reconhecer a fragilidade da crítica emitida por Dworkin ao positivismo jurídico. Em “O Modelo de Regras I”, Dworkin afirma que, segundo Hart, “a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou” (DWORKIN, 1977, p. 64), e a partir disso conclui que é impossível aplicar essa tese aos princípios jurídicos, já que carecem de respaldo formal. Dessa forma, Dworkin (1977, p. 65) pretende refutar uma tese fundamental de Hart e demonstrar que seus mecanismos de verificação do direito não são suficientes, já que “não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico”.

Esse ponto tem relação direta com a questão da discricionariedade, já que a discordância mais forte entre os dois autores gira em torno deste aspecto. Dworkin afirma que o juiz nunca deve exercer a discricionariedade em sentido forte, nunca deve criar o direito, e assim deve ater-se às suas obrigações enquanto juiz, sob pena de extrapolar as prerrogativas de um agente do Poder Judiciário. Para Dworkin, os tribunais, ao enfrentarem um *hard case*, devem imergir-se em uma intensa reflexão baseada nos princípios jurídicos e padrões teóricos presentes no ordenamento jurídico e encontrar a solução que já existe no direito. Entretanto,

minhas reflexões me levam a compreender que, para Hart, em que pese Dworkin atribua-lhe uma concepção extremamente arbitrária, o juiz deve exercer a atividade de criação do direito, já que a textura aberta (conceito que será tratado no próximo capítulo) exige essa característica em um ordenamento jurídico complexo, mas ele deve estar atrelado aos princípios jurídicos e às exigências que regem as decisões judiciais no âmbito de uma determinada sociedade, refutando, assim, a tese de Dworkin.

3 A CONTRAPOSIÇÃO DE HART EM DEFESA DO POSITIVISMO MODERNO

Neste momento do presente trabalho, lanço mão de argumentos apresentados por Hart para demonstrar em que pontos são válidas ou inválidas as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico. Ressalto que, antes de mais nada, é preciso valorizar a contribuição de Dworkin para a filosofia jurídica, e reconhecer que grande parte de suas indagações ainda permeia as discussões teóricas do direito. Em determinado ponto, seus questionamentos são realmente complexos e exigem construções profundas por parte dos positivistas em suas defesas. Todavia, meu objetivo com este trabalho é justamente focar no ponto em que considero mais frágil, e a partir daí poderemos compreender se esse descuido compromete a teoria de Dworkin ou se pode ser contornado.

3.1 Hart “antes e depois”

Ao estipular as bases do positivismo, Ronald Dworkin, na verdade, faz uma caricatura teórica sobre essa escola do pensamento jurídico e imputa características não condizentes com aquelas defendidas pela maioria dos autores positivistas. Nesse sentido, uma das maiores contribuições vem por parte de Herbert Hart, que moderniza o conceito de direito e apresenta mais concessões do que resistências, com o objetivo de otimizar a aplicação da teoria positivista. Hart desconstrói o mito de que, para o positivismo, não existe lugar para as teorias da moral, e estabelece um raciocínio que dialoga com as críticas feitas, em sua maioria, por jusnaturalistas. Hart reconhece que não é possível, como pretendia Hans Kelsen, criar uma teoria do direito única e exclusivamente baseada em fatores estritamente jurídicos, e essa é parte da teoria hartiana que demonstra a ausência de fundamento de certos argumentos de Dworkin.

Em “O Conceito de Direito”, obra escrita antes das considerações de Dworkin, Hart elabora uma moderna teoria positivista, implementando conceitos e ferramentas extremamente úteis para o debate. No que se refere à discricionariedade, Hart trabalha o conceito de “textura aberta”, que está presente na maioria das regras de um ordenamento jurídico. Para Hart (1994, p. 123), a textura aberta nada mais é do que o eixo de amplitude deixado ao operador do direito para que ele possa proferir uma decisão atenta às nuances de cada caso. Com isso, Hart critica o formalismo e os autores que defendem uma teoria radical em relação ao conteúdo das regras jurídicas. Hart identifica que é inviável elaborar um ordenamento jurídico amplo e satisfatório sem possibilitar que, em determinados casos, haja o exercício prático de um julgador. Em sua teoria, Hart define ainda a textura aberta ideal, aquela que não restringe nem amplia demais, e assim impede a rigidez excessiva e a amplitude desnecessária em um sistema jurídico.

A construção do conceito de discricionariedade é enfrentada pelos positivistas desde o início de sua formulação, e desde então é possível observar que essa questão é, na maioria das vezes, tratada como característica inerente ao positivismo jurídico. Hart rejeita uma teoria formalista, que implementa um ordenamento rígido, e afirma que a discricionariedade é um aspecto fundamental do direito. Ainda em “O Conceito de Direito”, Herbert Hart afirma que, em que pese exista uma área de textura aberta, o julgador não tem a prerrogativa de decidir livremente a partir de suas convicções pessoais. Hart afirma que o juiz, neste caso, tem o dever de “criar uma nova regra”, mas não pode criar os padrões jurídicos que guiam a decisão acerca dessa nova regra. Na passagem abaixo, Hart afirma explicitamente que os tribunais estão submetidos a determinados padrões jurídicos, que balizam o exercício da discricionariedade. Esta passagem é o suficiente para lançarmos um questionamento aos fundamentos da crítica de Dworkin:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta. Esses padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema (HART, 1994, p. 145).

Observamos que Hart explicita a obrigação que têm os tribunais de observar os padrões jurídicos reconhecidos pela comunidade de juristas no momento de proferir uma decisão em um *hard case*. Dessa forma, não é plausível elaborar, como faz Dworkin, uma caricatura em

que o positivismo parece abrir mão de qualquer critério valorativo no momento em que o direito escrito precisa ser superado. Essa questão é central para esse debate, já que Dworkin parte de uma premissa que, neste momento, não parece correta, como fica claro na passagem a seguir transcrita da obra de Hart (1994, p. 145): “ (...), mas isso não transforma o juiz que o utiliza em autor desses padrões ou, segundo a linguagem de Hoadly, no legislador competente para decidir como lhe aprouver. A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria”.

Indo mais além, passo a tratar também dos argumentos demonstrados por Hart em palestras e artigos posteriormente escritos. Em “A ciência do direito americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o sonho nobre”, Hart fala especificamente sobre o ativismo judicial e demonstra que sua teoria positivista é capaz de garantir uma atuação coerente do Poder Judiciário. Trago esta informação para não restar dúvidas de que Hart não compactuava com a definição de discricionariedade colocada por Dworkin:

Um juiz em face de uma indeterminação de uma regra legal, não tem como seu recurso único, o que Holmes chamava de ‘prerrogativa soberana de escolha’. Ele não é, de uma só vez, forçado à posição de ‘law-maker’, ou até mesmo de ‘law-maker’ intersticial. A ilusão de que ele é então forçado, é decorrente de uma falha de dar o devido peso ao fato, pois o processo de decisão legal não procede *in vacuo*, mas sempre se configura sob o pano de fundo de um sistema de regras, princípios, critérios e valores relativamente bem estabelecidos. (HART, 1983, p. 128. Tradução nossa)

A partir da análise desta passagem, podemos concluir que o que Hart chama de “law maker” (criador do direito) não está vinculado a um processo arbitrário e pessoal de atribuição de valores por parte de um juiz ou tribunal, e sim a uma eficiente ferramenta jurídica balizada por outros padrões jurídicos. O “pano de fundo de um sistema de regras, princípios, critérios e valores relativamente estabelecidos” citado por Hart é o conjunto de valores presente em uma sociedade, que deve delimitar a atuação de um julgador no momento de proferir uma sentença.

Chamei este subcapítulo de “Hart “antes e depois” porque busco fazer uma análise baseada primeiramente nas argumentações apresentadas em “O Conceito de Direito”, antes das publicações de Dworkin, e em segundo lugar baseado no pós-escrito de Hart, em que o autor busca responder às indagações de Dworkin. Nesse texto, Hart reconhece algumas falhas conceituais, mas é firme em negar as características do positivismo elencadas por Ronald Dworkin. Apresentarei ainda, um artigo de Hart publicado postumamente, em que o autor se dedica a elaborar uma teoria exclusivamente acerca da discricionariedade.

Em seu pós-escrito, Hart vai mais adiante na defesa de sua tese e reforça o caráter inovador de suas conceituações. Para Hart, não há que se falar em positivismo jurídico formalista, nem em “discricionariedade forte”, desvinculada de fatores palpáveis. Para isso, Hart adentra profundamente na questão da regra de reconhecimento e admite que este conceito pode ser influenciado por fatores morais e continuar sendo uma ferramenta do positivismo jurídico.

É verdade que, inicialmente, Hart assume que, basicamente, as regras de direito tem como fundamento a autoridade da instituição que as promulgou, porém, em diversos outros momentos, Hart deixa claro que a regra de reconhecimento é, além de um fato social, uma ferramenta que pode atender também a valores morais no sentido de que seu propósito depende de um consenso básico entre os juristas para a aplicação de uma norma jurídica. Dworkin resume a regra de reconhecimento a um “teste de legalidade” e, por isso, seria insuficiente para verificar a validade de outros padrões jurídicos, como os princípios. Dworkin baseia sua argumentação sobre o teste de *pedigree* em cima dessa falsa premissa, imputando à teoria de Hart uma visão arcaica sobre do positivismo jurídico. Nesse sentido, o professor Scott Shapiro argumenta da seguinte forma, em uma de suas obras:

Hart em nenhum momento impõe uma exigência de *pedigree* à regra de reconhecimento; de fato, em certos momentos, ele especificamente permite que os critérios de legalidade podem explicitamente se referirem a considerações morais. Além de ser muito forte, a Tese do *Pedigree* é também muito fraca. Hart especificamente afirma que a regra de reconhecimento é uma regra “social”, isto é, uma convenção entre juízes para tratar certas regras como oficiais. A Tese de *Pedigree*, entretanto, não impõe nenhuma exigência social à regra principal. Assim, um teste de legalidade pode satisfazer a Tese de *Pedigree* e ainda não ser uma regra de reconhecimento no sentido de Hart. (SHAPIRO, 2007, p. 8. Tradução nossa)

Dessa forma, é nítido que Dworkin impõe à teoria de Hart características extremamente simplórias, inviabilizando sua total compreensão. Em seu pós-escrito, Hart admite que poderia ter sido mais claro em sua explicação, mas se defende e afirma que não proporcionou argumentos que poderiam tornar plausível a crítica de Dworkin:

Em primeiro lugar, (Dworkin) ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como “positivismo moderado” e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, “positivismo meramente factual”. Em segundo lugar, não há nada no meu livro que sugira que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *pedigree*; podem ser, em vez disso, constrangimentos materiais sobre o conteúdo da

legislação, tais como os Décimo-Sexto ou Décimo-Nono Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, respeitantes ao estabelecimento da religião ou às restrições do direito a voto. (HART, 1994, p. 250)

Hart passa então a atacar os argumentos de Dworkin em relação à regra de reconhecimento. Para Hart, não há que se falar em problemas na aplicação de um teste de validade aos princípios, que na visão do autor, seriam normas “não conclusivas”. Para Hart, diversas regras escritas também são consideradas não conclusivas, e nem por isso deixam de estar submetidas ao teste da regra de reconhecimento (HART, 1994, p. 261).

Podemos ainda observar a clareza dos argumentos de Hart na seguinte passagem do artigo *Discretion*, descoberto e publicado recentemente. Neste artigo, Hart expõe detalhadamente sua teoria acerca da discricionariedade e aprofunda suas análises dos princípios jurídicos. Hart, ao debater a questão dos padrões que delimitam as decisões discricionárias dos juízes, admite que é possível inclusive uma circunstância em que o operador do direito não encontra respaldo nem nos princípios jurídicos para tomar sua decisão, pois mesmo com o auxílio dessas ferramentas, ainda não é possível encontrar a tutela adequada à situação. Todavia, Hart afirma explicitamente que em momento algum o juiz exercerá sua discricionariedade de forma arbitrária, já que poderá buscar, se não nos princípios, em outros padrões jurídicos a melhor decisão para o caso em questão:

Eu tenho concentrado minha atenção, neste trabalho reconhecidamente introdutório, no "salto" necessariamente envolvido no exercício do poder discricionário depois que fizemos tudo o que pudemos para garantir as condições ideais para o seu exercício. Isto é importante porque frases muitas vezes usadas para descrever o exercício de discricionariedade, como "intuição" [e] "reconhecimento de um efeito orientador implícito", podem incentivar a ilusão de que nós nunca alcançamos o ponto em que temos de conciliar valores conflitantes ou escolher entre eles sem algum princípio mais definitivo para nos guiar. Eu acho que a sugestão de que nunca alcançaremos o "salto" é tão errada quanto seria uma descrição da discricionariedade o como uma mera escolha arbitrária. (HART, 2013, p. 665. Tradução nossa)

É possível concluir então que a tese (b), classificada por Dworkin como tese fundamental do positivismo, não encontra fundamento na teoria de Hart, e nem em outras teorias positivistas de grande expressão. A corrente formalista do positivismo jurídico pode fornecer alguma sustentação para essa tese, mas mesmo essa tendência rejeita as teses de Dworkin, como pode ser observado na pós-escrito de Hart. Dessa forma, não resta dúvida de que Dworkin parte de uma construção fictícia do positivismo jurídico para estabelecer suas críticas. Resta saber se sua teoria consegue se sustentar apesar disso.

4 CIRCUNSTÂNCIAS PRÁTICAS DE UM DEBATE TEÓRICO

Como sustenta o professor Dimitri Dimoulis, é de extrema importância debatermos a relevância prática das divergências teóricas acerca do positivismo jurídico, já que observamos essa escola jurídica hegemonicamente presente nas universidades e nas teorias jurídicas como um todo, de modo “intuitivo” (DIMOULIS, 2011, p. 217). De acordo com seu pensamento, as opções teóricas influenciam os operadores do direito, por isso dedico um breve capítulo a essa análise, com a intenção de tornar palpável o objeto do presente trabalho.

A partir das leituras das obras que se remetem à discussão aqui apresentada, chamou-me especial atenção quando a construção do conceito de discricionariedade é problematizada em relação ao ativismo judicial. Tanto em Hart quanto em Dworkin é possível observar a preocupação com a amplitude e possibilidade de atuação do Poder Judiciário, e Hart faz uma análise cirúrgica em seu pós-escrito:

É importante que os poderes de criação que atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente aberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. (HART, 1994, 273)

Dessa forma, fica nítida a preocupação de Hart em garantir que a atuação do Poder Judiciário não exceda suas obrigações e acabe exercendo o papel do legislador. Tomemos como exemplo então um *hard case* recentemente noticiado nos meios de comunicação. No dia 26 de junho de 2015, em decisão histórica, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América legalizou a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, obrigando todos os estados a seguirem este dispositivo (SUPREMA CORTE...2015). O caso em questão, que ficou conhecido como *Obergefell contra Hodges*, é factualmente semelhante aos *hard cases* apresentador por Dworkin, pois avalio que estão presentes algumas características importantes de um *hard case* que merecem nossa atenção, e por isso considero que sua análise pode ser construtiva para o presente trabalho. Sem dúvida, estamos diante de uma atividade jurisdicional que promoveu uma transformação no ordenamento jurídico, possibilitando novas situações legais. *A priori*, a legislação de alguns estados americanos proibia literalmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo dispositivos nesse sentido em suas Constituições

internas. Em contraponto a esta vedação, o Ministro Anthony Kennedy, manifestando-se em nome da Corte, explicitou o direito à igualdade perante a lei e afirmou que se trata de uma questão de dignidade em relação ao ordenamento jurídico: “A esperança (da população LGBT) é não serem condenados a viver na solidão, excluídos de uma das mais antigas instituições da civilização. Eles pedem a mesma dignidade perante os olhos da lei. A Constituição garante-lhes esse direito”. Dessa forma, compreendemos que, neste caso, a norma escrita não estava em consonância com as demandas concretas da sociedade. Em que pese houvesse uma legislação que determinava uma atitude prática (como em *Riggs contra Palmer*, em que a lei previa o recebimento da herança pelo herdeiro), os juízes consideraram que havia outros padrões jurídicos a serem observados, no caso, prevaleceram os princípios da igualdade e dignidade.

Para justificar a atuação do Judiciário, encontramos em Hart e Dworkin fundamentos teóricos capazes de nos auxiliarem na compreensão deste episódio². Para Hart, os julgadores efetivamente “criaram um novo direito”, já que, diante desse caso específico, concluíram que a lei não era suficientemente profunda para regular a questão. Todavia, é nítido que Hart impõe como exigência a observação de princípios e outros padrões jurídicos na tomada de decisões deste tipo. Segundo a construção positivista de Dworkin, no momento em que o julgador estivesse diante de, por um lado, uma legislação insuficiente, por outro, princípios, argumentos e padrões jurídicos fortes o bastante para desafiar a letra da lei, o julgador teria toda a liberdade para, exercendo a discricionariedade, tomar a decisão que melhor lhe conviesse. Se fosse essa uma teoria fundamental do positivismo, não haveria possibilidade de uma discussão acerca do ativismo judicial, já que os julgadores ou exerceriam a discricionariedade apenas em questões triviais, ou não a exerceriam de fato. No caso em questão, de um lado havia a legislação que claramente vedava o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e de outro, uma série de dispositivos gerais e princípios jurídicos que tutelavam os direitos de todos os cidadãos. Frente a este embate, a Corte Suprema decidiu medir o peso e o impacto da aplicação de cada dispositivo legal e julgou dentro de sua possibilidade de atuação.

² Importante ressaltar que a teoria de Hart analisa os *hard cases* a partir dos conceitos de “zona de penumbra” e “núcleo de certeza”, por isso, qualquer análise hartiana acerca da textura aberta que não aprofunde essas perspectivas dificilmente estará completa. Para Hart, para que o caso concreto seja considerado um *hard case*, a instância de aplicação da norma precisa estar dentro da zona de penumbra do enunciado da lei. Como este não é o objeto deste artigo, deixo para outras publicações acadêmicas o ofício de detalhar essa parte da teoria de Hart. Sendo assim, prossigo com a análise desse caso partindo do princípio que sua classificação como um *hard case* é viável e está inserida na área de observação do positivismo moderno, tendo em vista as características peculiares deste caso.

Hart admite, através da textura aberta, a possibilidade do exercício da discricionariedade e a complementação da legislação através da atuação dos julgadores. No caso citado, a Suprema Corte afirma que observou princípios de igualdade e liberdade, ao mesmo tempo que o impedimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo seria uma afronta à Quinta Emenda, que estabelece que todos os cidadãos são igualmente livres (SUPREME COURT...2015). Para Dworkin, o positivismo estaria preso às legislações escritas e não teria, neste caso, possibilidade de ampliação. Porém, Hart deixou explícito em sua obra que os operadores do direito devem ter um espaço de discricionariedade para suas decisões, através de conceitos como textura aberta e zona penumbra.

Para a teoria de Dworkin, os julgadores não exerceriam a discricionariedade para “criar um novo direito”, mas apenas para encontrar o direito que já existe. Não é meu objetivo contrapor a teoria dos dois autores, e sim confrontar os argumentos de Dworkin acerca do positivismo e as conceituações de Hart. Por isso, trago rapidamente, a título de esclarecimento, uma passagem de um artigo recente, publicado no Congresso do CONPEDI em 2012, que estabelece essa divergência:

Neste sentido, o “ativismo” de Dworkin não significaria criar direito, mas, interpretar o conjunto de princípios legitimamente consagrados no Ordenamento, sobretudo, a partir da Constituição. Neste caso, o juiz não agiria como um legislador de segunda ordem, e sim, como intérprete privilegiado dos princípios e regras. Assim, a teoria de Dworkin se prestaria a defender também a atuação de um juiz – mas, em sentido diverso do de Hart -, pois aquele, ao reconhecer direitos, não estaria a legislar, mas apenas a estabelecer a resposta certa para um *hard case* que lhe foi apresentado. (SANCHES, 2012, p. 20)

De todo modo, apreendemos que o exercício da discricionariedade em casos complexos é uma característica intrínseca ao próprio direito, e não deve ser exercida dentro de uma esfera limitada de ampliação. Na prática, tanto a conclusão de Dworkin, quanto a de Hart produzem consequências similares, já que a “criação do direito” para um, é na verdade, o “descobrimto do direito” para o outro.

5 CONCLUSÃO

Este artigo tem o objetivo de desconstruir um fundamento básico da teoria de Dworkin acerca do positivismo jurídico no âmbito da discricionariedade. Dworkin imputa diversas características ao positivismo e cria sua teoria a partir desses fundamentos básicos. Em um

ponto específico, o conceito de discricionariedade, considero inverídicas as teses classificadas como positivistas por Dworkin, e demonstro que a teoria de Hart difere bastante do que é colocado.

Em defesa desse posicionamento, encontro respaldo no já mencionado professor Scott Shapiro, que emite duras críticas ao posicionamento de Dworkin e estabelece um contraponto à luz do positivismo. Neste artigo, decidi desempenhar papel similar, porém focado em um ponto específico, capaz de demonstrar a fragilidade da teoria de Dworkin. Dessa forma, Shapiro (2007, p. 3) alega que “Hart nunca afirmou que o direito é simplesmente um modelo de regras (no sentido dworkiniano de regra), nem está comprometido com tal posição”. Além disso, Shapiro também assevera que, embora possa haver uma proximidade entre a Tese do *Pedigree*, de Dworkin e a regra de reconhecimento em Hart, os outros fundamentos anunciados por Dworkin ainda carecem de respaldo na teoria positivista de elaborada por Hart:

Considerando que a Tese Pedigree é pelo menos reconhecível como um compromisso ilusório da teoria de Hart, a Tese da Discricionariedade e da Obrigação não parecem indicar posições positivistas peculiares. Afinal, em que mais consiste a lei se não em regras? E de onde mais poderia surgir obrigações legais se não a partir delas? Para compreender a natureza distintiva da Tese da Discricionariedade e da Obrigação, devemos primeiro entender o que Dworkin quer dizer por uma "regra" e como regras diferem de outras normas que ele chama de "princípios". (SHAPIRO, 2007, p. 9)

Dessa forma, Shapiro demonstra que Dworkin parte das premissas equivocadas ao tentar refutar a doutrina positivista e estabelecer uma teoria para a natureza do direito. Para Dworkin, o positivismo não é capaz de compreender um determinado momento do processo decisional no qual o juiz não decide de acordo a lei propriamente dita, mas se vê obrigado a obedecer um certo eixo de possibilidades. Para Dworkin, neste momento, o juiz deveria ainda estar inserido no direito e buscar a resposta em princípios jurídicos, ao contrário da discricionariedade positivista em que o julgador tem ampla liberdade de escolha. Entretanto, como pode ser visto na opinião do professor Scott Shapiro, essa é uma visão errônea acerca da teoria positivista:

Dworkin inicia sua crítica argumentando que a Tese da Discricionariedade é implausível na medida em que ignora os muitos casos em que os juízes se consideram obrigados por lei, mesmo que não existam regras claramente aplicáveis. Em *Henningsen v. Bloomfield Motors*, por exemplo, o tribunal foi convidado a julgar um fabricante de automóveis responsável por ferimentos sofridos como resultado de fabricação defeituosa, apesar do fato de o demandante ferido ter assinado uma renúncia de responsabilidade. O tribunal não conseguiu encontrar nenhuma regra explícita que o autorizasse a ignorar tal renúncia, que, havia sido realizada pela autora.

Em apoio à sua decisão, citou uma série de princípios jurídicos, incluindo "liberdade de contrato não é uma doutrina totalmente imutável" (SHAPIRO, 2007, p. 10)

No caso trazido por Dworkin, os julgadores decidiram deixar de lado a liberdade contratual e invalidaram um instrumento que, *a priori*, teria sua validade assegurada pelo direito. A teoria hartiana justifica tal atitude com base na textura aberta, presente em (quase) todas as regras de um ordenamento jurídico. Para fortalecer ainda mais esse posicionamento, trago também a opinião de Wilfrid J. Waluchow, que não hesita em afirmar que a teoria de Hart admite, inclusive explicitamente, a valoração moral no momento da decisão:

A discricionariedade judicial de Hart é uma característica inevitável do sistema legal; que existem "casos difíceis", onde a lei "se esgota" e o juiz deve apelar para (por exemplo) os padrões da comunidade de moralidade para decidir as questões deixadas sem solução por lei. Hart vai tão longe a ponto de argumentar que o recurso a este tipo de poder não é um mal necessário, mas sim algo que devemos valorizar. (WALUCHOW, 1983, p. 321)

Este argumento é possível graças às conclusões de Hart acerca das críticas de Dworkin sobre o positivismo jurídico. Em seus pós-escrito, Hart explicitou que existem diversas maneiras de refutar a crítica de Dworkin, tanto utilizando o caminho dos positivistas *hard*, ou exclusivos, que defendem com mais intensidade a total separação entre direito e moral, e o caminho dos positivistas *soft*, ou inclusivos, que permitem um diálogo maior com os valores presentes na sociedade. Os positivistas exclusivos podem argumentar no sentido de que, em determinados momentos, a legislação exige que o julgador adote normas extralegais para a resolução da questão. Já os positivistas inclusivos podem admitir que, mesmo que uma lei ou um padrão jurídico tenha fundamentos morais em sua natureza, isso não necessariamente significa que sua fundamentação para utilização em um ordenamento jurídico é de origem moral (SHAPIRO, 2007, p. 22). De uma forma ou de outra, a utilização de padrões jurídicos na tomada de decisão tem origem no consenso criado entre os juristas em um determinado ordenamento jurídico. Dessa forma, é possível concluir que Hart oferece respostas bastante sólidas para as indagações de Dworkin acerca da discricionariedade. Agora nos resta saber se esta desconstrução afeta permanentemente as raízes da teoria de Dworkin.

3.1 Dworkin resiste?

Como mencionei anteriormente, as publicações de Dworkin foram extremamente críticas ao positivismo jurídico e lançaram uma série de questões a essa teoria da natureza do direito. Scott Shapiro, em seu artigo já mencionado, profere críticas a Dworkin e ressalta cada questão problemática de sua teoria. Porém Shapiro reconhece que os positivistas ficaram em uma situação “desconfortável” e, mesmo reconhecendo que Hart teria “vencido o debate”, admite que nem todas as críticas de Dworkin foram refutadas. Em relação à discricionariedade, Dworkin atacava a ideia hartiana de existência de um “consenso geral” entre juízes sobre os valores morais presentes na sociedade indagando sobre a possibilidade divergência teórica entre os juízes. Dworkin argumentava que, a partir do momento que fosse observada essa divergência, não mais existiria a ideia de consenso, e por isso estaríamos diante de uma falha irreparável da teoria positivista. Hart se defende afirmando que não necessariamente é preciso que haja um consenso geral acerca dos valores morais a serem observados na sociedade, mas sim um consenso sobre os métodos interpretativos a serem utilizados para a verificação desses valores morais, em um *hard cases*. Porém, Hart ainda precisa lidar com as contradições práticas observadas a partir de sua teoria:

Positivistas, portanto, parecem estar em uma posição desconfortável. Se quiserem negar a existência de divergências jurídicas teóricas, eles são forçados a dizer que os juristas são tão confusos sobre a prática que estudam que eles rotineiramente envolver-se em argumentação incoerentes. Este resultado é pouco atraente, mas talvez não fatal. Pois não se pode exigir que as teorias jurídicas abarquem todas as preconcepções da advocacia. Os advogados podem certamente estar errados sobre a prática em que participam. O que o positivista deve mostrar, no entanto, é que existem razões teóricas fortes para qualquer um dispensar ou reinterpretar a auto-compreensão desses especialistas. Se isso pode ser mostrado é uma questão que positivistas ainda têm de enfrentar. (SHAPIRO, 2007, p. 41)

Scott Shapiro ainda emite detalhada análise acerca do positivismo hartiano, mas sua contribuição até aqui é o suficiente para compreendermos que as dúvidas que Dworkin lança sobre o positivismo jurídico, em que pese tenham partido de características exageradas por ele mesmo imputadas ao positivismo, são profundamente complexas e não parecem estar comprometidas pela fragilidade de alguns de seus fundamentos. Posteriormente, em “O Império do Direito”, Dworkin emite uma crítica reformulada e mais sofisticada, partindo de uma ótica interpretativa e levando em consideração os valores de equidade, justiça e devido processo legal. Assim, Dworkin dá início a uma nova forma de pensar a natureza do direito e criticar o positivismo jurídico, a qual ainda permanece sendo considerada uma das maiores contribuições à filosofia do direito.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, R. M. **Levando os Direitos a Sério**. Massachusetts: Harvard University Press. 1977. Pp. 563.), Título original: Taking Rights Seriously. P. 64

_____. **O Império do Direito**. Tradução J. Luiz Camargo, 2ª ed., São Paulo, 2007. Título original: Law's Empire.

DIMOULIS, Dimitri. **A Relevância Prática do Positivismo Jurídico**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, nº 102, 2011. p, 217.

HART, H. L. A. **O Conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. Título original: The Concept of Law. p. 273.

_____. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**; American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. Claredon Press, Oxford. 1983. p. 128.

_____. **Discretion**. Harvard Law Review. 2013

HIMMA, Kenneth Einar, INTERNET ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. **Legal Positivism**

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SANCHES, Fernanda Karam de Chueiri. **O Sentido de Discricionariedade Judicial a partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin**. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2012.

SHAPIRO, S. J. **The “Hart-Dworkin debate”: A Short Guide for the perplexed**. Michigan Public Law Paper nº 77. 2007. p, 22.

SUPREMA CORTE AMERICANA. G1. **Suprema Corte dos EUA aprova o casamento gay em todo o país**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/suprema-corte-dos-eua-aprova-o-casamento-gay-nacionalmente.html>> acesso em 8 Ago 2015.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Decisão do caso *Obergefell contra Hodges*. Director, Ohio, Department of Health, ET. AL. 2015. Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf> .Acesso em 8 Ago 2015. (Tradução nossa)

WALUCHOW, Wilfrid J. **Strong Discretion**. The Philosophical Quarterly, Vol. 33, No. 133. (Oct., 1983), pp. 321-339