

**TÍTULO:** Legalidad y Discrecionalidad: La discusión entre HART y DWORKIN

**Autor:** José Renato Gaziero Cella

**Diplomas y Vínculo Académico:** Doctorando en Filosofía y Teoría del Derecho, en la Universidad Federal del Estado de Santa Catarina - UFSC, Magister en Derecho del Estado, por la Universidad Federal del Estado de Paraná - UFPR, Profesor Adjunto de Filosofía Jurídica y de Introducción al Estudio del Derecho, en la Pontificia Universidad Católica del Estado de Paraná - PUC/PR Brasil.

**Palabras Claves:** HART- DWORKIN –DISCUSIÓN - DISCRICIONARIDAD

### RESÚMEN

La discusión entre Hart y Dworkin es uno de los temas más apasionantes de la Filosofía del Derecho del fin del siglo XX, ya que uno de los objetivos que enfrenta divergencias es con respecto a la *discrecionalidad* del administrador de justicia. La base del positivismo legalista que nace en el siglo XIX, buscaba dar al administrador de justicia una tarea neutra con relación a la ley. Sin embargo la actitud de este administrador sería solamente la de absorber las normas en un hecho, como si fuera una deducción, de tal forma que habría la idea de que la aplicación de normas serían de forma mecánica o automática. Desde hace mucho tiempo atrás, surgieron problemas en virtud de la ambición racionalista y el ideal Racional/Legalista de esa época entró en crisis. De las diferentes y variadas corrientes jurídicas que surgieron en aquel tiempo, a pesar de opuestas entre sí, en un punto por lo menos está de acuerdo con ALEXI: "Uno de los pocos puntos en que hay acuerdo es el de la discusión metodológica/Jurídica Contemporánea, es el de la decisión judicial (...) expresado en el enunciado normatizador singular, no siguiendo la lógica en muchos casos de las elaboraciones de normas, pues ellas se deben suponer vigentes".

A partir de este punto en común, surgieron dos grandes líneas teóricas que posteriormente se desarrollaron en el siglo XX.

a) La primera, aparentemente más fiel a la tradición positivista, que habiendo verificado las posibilidades de la lógica de raciocinio jurídico, llega a la conclusión de que aquellas cosas en que la lógica no sirve para fundamentar una decisión judicial, la autoridad competente estaría autorizada a utilizar su Buen Senso, viniendo a tornarse un sujeto político creador de derechos.

b) La segunda línea, al contrario, intentó evitar esa conclusión que en el fondo amenazaba una de las atribuciones del Estado Liberal, modelo que nace con el Iluminismo - intentaron construir una nueva lógica que pudiese compensar el déficit de racionalidad que caracterizaba la argumentación jurídica, o sea, un método jurídico alternativo que dirigiese el proceso de decisión, cuando el derecho escrito y la lógica se mostrasen insuficientes o direccionasen de alguna forma a resultados insatisfactorios.

En la primera de las alternativas ya comentadas, pueden ser encasillados los pensamientos de Kelsen, Bobbio y Hart, que es justamente la tesis cética que admite Buen Senso del administrador de Justicia, lo que en algunas situaciones se transformó en uno de los principales objetos de crítica al pensamiento de Dworkin, siendo efectivamente la discusión entre estos pensadores el tema central de este texto.

En la segunda alternativa o tendencia ya comentada, se denotan las reflexiones de Viehweg y Perelman, que respectivamente trajeron para la discusión moderna, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la posibilidad de utilizar como forma de raciocinio jurídico las antiguas fórmulas de Aristóteles sobre la tópica y la retórica.

## LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE: O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN<sup>1</sup>

José Renato Gaziero Cella<sup>2</sup>  
[www.cella.com.br](http://www.cella.com.br)

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Distinções entre Regras e Princípios. 3. O Debate entre HART e DWORKIN. 4. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

### 1. Introdução

O debate entre Herbert Lionel Adolphus HART (1907-1994) e Ronald M. DWORKIN (1931- ) é um dos mais instigantes temas da Filosofia do Direito do final do século XX, sendo que um de seus objetos é o problema da discricionariedade do intérprete.

A consolidação do positivismo jurídico que teve lugar no século XIX mediante a junção dos métodos da exegese e do conceitualismo procurava dar ao intérprete — em especial ao juiz — uma tarefa neutra em relação à lei.

Com efeito, a atitude do intérprete seria apenas a de subsumir fatos às normas, como num silogismo<sup>3</sup>, de maneira que havia a crença de que a aplicação das normas era mecânica (ou lógico-mecânica), sendo essa a função juiz, não havendo sequer espaço para a interpretação.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Comunicação apresentada nas XIX Jornadas Argentinas y Primeras Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social (San Carlos de Bariloche, Río Negro, Argentina, 7, 8 y 9 de octubre de 2005), com exposição em 08 de outubro de 2005, organizado pela Asociación Argentina de Filosofía Del Derecho - AAFD e pela Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito - ABRAFI, respectivas seções nacionais da International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy - IVR (Internationale Vereinigung für Rechts - und Sozialphilosophie).

<sup>2</sup> Doutorando em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Professor Adjunto de Filosofia Jurídica e de Introdução ao Estudo do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

<sup>3</sup> Em que a lei funcionaria como premissa maior, o fato ficaria na posição da premissa menor e a inevitável conclusão seria a norma a ser aplicada ao caso particular. Sobre a teoria do silogismo aplicada à atividade judicial pelo positivismo legalista do século XIX, Norberto BOBBIO esclarece a crença de então no sentido de que “assim fazendo ele [o juiz] não cria nada de novo, apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. p. 41).

<sup>4</sup> Traço característico desse pensamento é a defesa da tarefa limitada dos aplicadores das normas, conforme se infere do pensamento de MONTESQUIEU (Charles Louis de Serondat, Barão de Bredo e de Montesquieu), para quem a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei, em que ele se deve restringir a ser a *boca muda* do legislador, de maneira que não lhe é deixada nenhuma liberdade de exercer sua fantasia legislativa, isso porque se ao juiz fosse permitido alterar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio juiz que poria, de forma sub-reptícia, suas próprias normas, de maneira a tornar vãs as do legislador. Ainda para MONTESQUIEU, nos “...governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei” (MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p. 57), haja vista que, conforme se verifica da análise de Chaïn PERELMAN sobre o pensamento de MONTESQUIEU, “..quanto aos juízes, eles serão apenas ‘a boca que profere as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor’. Essa é a condição da segurança jurídica, pois, escreve ele [MONTESQUIEU], ‘se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que sejam sempre apenas um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião

Cedo surgiram os problemas daquela ambição racionalista — pois a teoria não acompanhava as novas demandas impostas por uma realidade social em constante mutação — e também cedo surgiram teorias que se contrapunham ao ideal racional-legalista do positivismo legalista de então, que entrou em crise.

Das várias correntes jurídicas surgidas desde essa época, ainda que opostas entre si — como por exemplo as escolas sociológicas e o normativismo — num ponto ao menos, segundo ALEXY, estão de acordo:

“...um dos poucos pontos em que existe acordo na discussão metodológica-jurídica contemporânea é o de que a decisão jurídica (...) exprimível em um enunciado normativo singular não se segue logicamente, em muitos casos, das formulações das normas que deve pressupor como vigentes.”<sup>5</sup>

Desse ponto comum surgiram duas grandes tendências teóricas que vão se desenvolver no século XX: a) uma primeira, aparentemente mais fiel à tradição positivista que, tendo verificado as possibilidades da lógica no raciocínio jurídico, chega à conclusão de que, naqueles casos em que a lógica não fosse apta para fundamentar uma decisão jurídica, o intérprete estaria autorizado a se valer de discricionariedade, tornando-se então um sujeito

---

particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente quais compromissos contraímos” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, p. 21-22). Essa forte sujeição dos juízes à literalidade da lei é, com efeito, decorrência direta do princípio da separação dos poderes, em que se impede a delegação do poder legislativo ao executivo, “...que dele poderia aproveitar-se para contrariar seus adversários” (Idem, p. 21), bem como tal delegação não poderia ser conferida aos juízes, “...que, por ocasião dos litígios, poderiam formular regulamentos que favorecessem, por razões muitas vezes inconfessáveis, alguma das partes” (Idem, ibidem). Esses conceitos são retomados por Cesare BECCARIA em uma das mais célebres passagens – frequentemente citada na polêmica antipositivista – sobre as relações entre o juiz e a lei, em que, nas palavras de BOBBIO, “o juiz não só não pode irrogar penas a não ser nos casos e nos limites previstos em lei, como também não pode interpretar a norma jurídica, porque a interpretação dá à lei um sentido diverso daquele que lhe foi dado pelo legislador (uma posição extremista que hoje nem o mais obstinado positivista estaria disposto a aceitar)” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, p. 41). Com efeito, BECCARIA infere a seguinte consequência quanto à vedação do ato de interpretação das leis pelo juiz: “Quarta consequência. Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais podem caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores. Os juízes não receberam as leis dos nossos antepassados como uma tradição doméstica nem como um testamento que só deixasse à posteridade a tarefa de obedecer, mas recebem-nas da sociedade viva ou do soberano que a representa como legítimo depositário do resultado atual da vontade de todos; não as recebem como obrigações de um antigo juramento, nulo, por ligar vontades inexistentes, iníquo, por reduzir os homens do estado de sociedade ao de rebanho, mas como efeito de um juramento tácito ou expresso que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram ao soberano, como vínculos necessários para frear e reger a agitação intestina dos interesses particulares. Essa é a autoridade física e real das leis. Quem será então o legítimo intérprete da lei? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos, ou o juiz, cujo ofício é apenas examinar se um determinado homem cometeu ou não uma ação contrária às leis? Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for coagido, o quiser formular mesmo que só dois silogismos, estará aberta a porta à incerteza. Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. é como romper um dique à torrente das opiniões...” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, p. 45-46).

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**, p. 23.

político criador de direito; e b) uma segunda, pelo contrário, tentando evitar aquela conclusão — que afinal de contas atingia os alicerces do Estado liberal forjado pelo iluminismo — tentou construir uma nova lógica que pudesse compensar o *déficit* de racionalidade que caracterizava a argumentação jurídica, ou seja, um método jurídico alternativo que conduzisse o processo de decisão quando o direito escrito e a lógica se mostrassem insuficientes ou conduzissem de qualquer modo a resultados insatisfatórios.

Na primeira das tendências acima referidas podem ser enquadrados os pensamentos de Kelsen, Bobbio e Hart; e é justamente a tese cética que admite a discricionariedade do intérprete em algumas situações que se tornou um dos principais objetos de crítica no pensamento de Dworkin, conforme se verá adiante.

Na segunda das tendências em questão se enquadram as reflexões de Viehweg e Perelman que, respectivamente, trouxeram ao debate contemporâneo, a partir da segunda metade do século XX, a possibilidade de se utilizar, como forma de raciocínio jurídico, as velhas formulações de Aristóteles sobre a tópica e a retórica.

## 2. Distinções entre Regras e Princípios

A separação radical entre direito e moral promovida pelo positivismo jurídico é rechaçada por Dworkin, que procura restabelecer essa relação a partir de uma teoria que vê nos princípios<sup>6</sup> jurídicos um *status* lógico distinto daquele que se refere às regras. Quanto a estas, ou se aplicam no todo ou não se aplicam, enquanto os princípios fornecem razões para que se tomem decisões em um determinado sentido, mas seus enunciados, ao contrário das regras — não determinam as condições de sua aplicação:

“A diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, mas sim de tipo qualitativo ou conceitual. As *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso *determinações* no campo do possível fática e juridicamente. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a *subsunção*. Os *princípios*, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e

---

<sup>6</sup> O debate acerca dos princípios jurídicos toma fôlego, na teoria do direito dos últimos anos, a partir de um famoso artigo de Ronald Dworkin publicado em 1967 com o título “É o Direito um Sistema de Regras?” (que foi incorporado ao capítulo 2 da obra *Taking Rights Seriously*). A pretensão fundamental desse artigo era a de impugnar o que o próprio Dworkin denominava “...a versão mais poderosa do positivismo jurídico, isto é, a teoria do Direito de H. L. A. Hart. Entre os defeitos capitais de dita teoria estaria, segundo Dworkin, sua incapacidade para dar conta da presença no Direito de normas distintas das regras — isto é, de princípios — o que privaria também a construção de Hart da possibilidade de compreender aspectos essenciais do raciocínio judicial nos denominados casos difíceis” (Atienza, Manuel, Manero, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos**, p. 1).

fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandatos de otimização* que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus.”<sup>7</sup>

Os princípios, que são normas a ser avaliadas em cada caso particular, são medidos a partir dos seus conteúdos, fazendo “...referência à justiça e à equidade (*fairness*)”<sup>8</sup>, sendo que com isso se procura demonstrar que a moral não pode ser negligenciada.<sup>9</sup> Daí decorre uma das principais debilidades do positivismo, pois a distinção entre direito e moral não é tão clara; e se os positivistas caíram nesse equívoco é porque seu âmbito de análise é estritamente normativo, pois não leva em consideração a distinção entre regras e princípios<sup>10</sup> acima aduzida:

“Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivista, e que a circunstância, de isto assim ser emergirá da sua própria concepção ‘interpretativa’ do direito,

---

<sup>7</sup> ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, p. 204. Essa obra foi traduzida para o português (cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000). É a partir dessa distinção entre norma-regra/norma-princípio que, por exemplo, Robert ALEXY vai elaborar a noção de *ponderação* como característica da aplicação de princípios, critério que mais tarde será utilizado na formulação de sua célebre teoria dos direitos fundamentais (cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1. Reimpressão, 1997). Quanto a esse tópico, vê-se ainda que: “Para ALEXY, os princípios são obrigações de otimização, enquanto as regras têm um caráter de obrigação definitiva. Assim, para os princípios a ponderação é a forma característica da aplicação do direito, ao passo que, para as normas, é aplicada a subsunção” (MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça européia**, p. 102).

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, prólogo, p. 9.

<sup>9</sup> Com efeito, será o conteúdo material do princípio — seu peso específico — que determinará como e de que forma deverá o mesmo ser aplicado em um caso concreto. Veja-se o que diz DWORKIN acerca da distinção entre regras e princípios e a forma de se aplicar estes últimos: “... Ambos os conjuntos de pautas [*standards*] apontam a determinadas decisões sobre a obrigação jurídica em circunstâncias determinadas, mas uns e outros diferem no caráter da orientação que fornecem. As regras são aplicadas sob a forma do tudo ou nada. Se ocorrem os fatos que estipula uma regra, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou então ela não é, em cujo caso não contribui em nada à decisão.

(...)

Mas não é desta maneira que operam os princípios (...) Nem sequer aqueles que mais se parecem com as regras estabelecem conseqüências jurídicas que decorrem automaticamente quando as condições previstas estiverem satisfeitas.

(...)

Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm: a dimensão de peso ou importância. Quando há uma tensão entre princípios (...) aquele que deve resolver o conflito deve ter em conta o peso relativo de cada um.

(...)

As regras não têm essa dimensão” (DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 75-78).

<sup>10</sup> Na terminologia adotada aqui regras e princípios são espécies que estão contidas no gênero *norma*: “A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 1.034).

enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão.

É, por isso, para esses princípios implícitos, com as suas dimensões morais, que os tribunais se deviam voltar nesses ‘casos difíceis’, em que as fontes sociais do direito não conseguem determinar a decisão sobre certo ponto de direito.”<sup>11</sup>

Com efeito, DWORKIN pensa que a reduzida perspectiva positivista que se situa apenas no âmbito das normas-regra é que levará os positivistas, em determinados casos, a aceitarem a discricionariedade do intérprete. Se acaso levassem também em consideração os princípios que informam as normas jurídicas concretas (regras), seria possível que a sua literalidade fosse desatendida pelo juiz quando em desconformidade com algum princípio que se revelasse relevante no respectivo caso concreto. Não haveria discricionariedade e nem criação de Direito *ex post facto*.

Segundo HART é exatamente no que tange à discricionariedade ou não do intérprete que reside o maior conflito entre ele e DWORKIN:

“O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.”<sup>12</sup>

O uso da discricionariedade nas decisões judiciais teria lugar sobretudo nos denominados casos difíceis<sup>13</sup>, isto é, aqueles casos em que há incertezas, seja por que existem

---

<sup>11</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, p. 335-336.

<sup>12</sup> HART, H. L. A. *Idem*, p. 335.

<sup>13</sup> Vale dizer que HART admite mesmo que a interpretação de todas as regras, dada a textura aberta característica das mesmas, demandam um certo grau de discricionariedade; e que nos casos mais importantes o seu uso é inevitável: “... Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muitos simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente ‘significa’. É só a tradição de que os juízes ‘descobrem’ o direito e não o ‘fazem’ que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. As regras

várias normas que determinariam sentenças distintas — no caso de normas *contraditórias* (incompatíveis) — seja por que não existe nenhuma norma exatamente aplicável. Nesse sentido, segundo Vera KARAM Chueiri:

“O positivismo de HART cria artifícios – em face da sua estreita concepção do direito – dentre os quais destaca-se a idéia da discricionariedade. Sua ocorrência diz respeito à imprecisão que determinadas regras apresentam, de forma que as mesmas não são suficientes à descrição dos fatos, ou ainda, diz respeito à inexistência de regras próprias a esta descrição. Essa *textura aberta* da regra permite entenda-se o sistema como aberto, apesar da sua autoregulação. Há, aqui, duas questões insurgentes: a primeira, relativamente às lacunas existentes no direito e à inexistência de uma resposta (certa) a pretensão de um direito. A segunda, relativamente ao poder discricionário do juiz de criar o direito.”<sup>14</sup>

Para o positivismo de HART, portanto, nas ocasiões em que não exista uma norma exatamente aplicável o juiz deve decidir com discricionariedade pois, considerando que o direito não pode oferecer respostas a todos os casos que aparecem, não se pode falar na existência prévia de uma solução correta. DWORKIN, ao contrário, sustentará que os casos difíceis têm sim uma resposta correta.

É na tentativa de demonstrar essa possibilidade que estará centrada boa parte de sua obra até então existente. Uma vez ciente da diferença entre regras e princípios e o papel que essas duas classes de norma desempenham, o intérprete (para essa função DWORKIN propõe um modelo de juiz ideal: Hércules) deverá encontrar a melhor perspectiva de interpretação do objeto analisado dadas determinadas circunstâncias<sup>15</sup>, sendo que a cada caso novo os princípios invocados poderão receber diferentes medidas.

Para DWORKIN a atitude interpretativa de Hércules — que conduz a uma busca incessante de critérios decisórios — deve se desenvolver em três etapas<sup>16</sup>, cuja base

---

jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra. A previsão do art. 9º da *Lei dos Testamentos* de 1837, que estabelece que deve haver duas testemunhas em cada testamento, pode razoavelmente parecer que não dará origem a problemas de interpretação. Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas. Mesmo o sentido da previsão aparentemente inocente da *Lei dos Testamentos* de que o testador deve *assinar* o testamento pode revelar-se duvidosa em certas circunstâncias. E se o testador usou um pseudônimo? Ou se alguém pegou na mão dele para fazer a assinatura? Ou se ele escreveu apenas as suas iniciais? Ou se ele pôs o seu nome completo, correto e sem auxílio, mas no princípio da primeira página, em vez de no fim da última? Poderiam ser todos estes casos considerados como ‘assinar’, no sentido da regra jurídica?” (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, p. 16-17).

<sup>14</sup> CHUEIRI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade: dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*, p. 93.

<sup>15</sup> Não se trata aqui, portanto, de descobrir os motivos e intenções do autor (do legislador).

<sup>16</sup> Essas etapas estão descritas no capítulo II da obra *Law’s Empire* (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999) e, mais detalhadamente, na Parte Dois da obra *A Matter of Principle* (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000).

teórica é retirada sobretudo, conforme aduz ATIENZA, a partir do pensamento de GADAMER:

“... A primeira, que Dworkin denomina pré-interpretativa, consiste na identificação dessa prática e tem basicamente, mas não exclusivamente, caráter descritivo. A segunda — a fase interpretativa — centra-se no estabelecimento de um valor a esta prática: consiste, pois, em apresentar uma justificação geral dos princípios que se ajustem à prática em questão de maneira que seja uma interpretação e não uma invenção. E a terceira é a fase pós-interpretativa ou reformadora, na qual se trata de modificar ou reformular a prática para que satisfaça melhor seu sentido, isto é, para que se ajuste melhor à justificação geral estabelecida na etapa anterior.”<sup>17</sup>

Vale dizer que a análise e a avaliação dos princípios se dará através de uma argumentação racional em que critérios morais também atuarão, assim como são morais os argumentos de repúdio à tese da discricionariedade, cuja admissão resultaria em conseqüências inaceitáveis e odiosas. Com efeito, a sua admissão levaria à subversão do princípio da tripartição dos poderes<sup>18</sup>; na aplicação de lei com efeitos retroativos<sup>19</sup>; e no reconhecimento, ao menos em alguns casos (talvez os mais relevantes), da incapacidade da razão (o positivismo aqui é acusado de irracionalismo).<sup>20</sup>

### 3. O Debate entre HART e DWORKIN

A partir dessas críticas se seguiu um grande debate entre DWORKIN e HART que, por sua vez, estendeu-se à comunidade jurídica internacional.

Essa comunicação se limitará a apresentar as objeções feitas por HART contra as principais críticas que lhe foram dirigidas por DWORKIN.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**, p. 121.

<sup>18</sup> “O modelo de Dworkin evita vários problemas importantes: o primeiro, que o juiz não se constitua em legislador, o que significa que o poder judiciário tem como função garantir direitos pré-estabelecidos.

Em segundo lugar: a tese de Dworkin é compatível com o postulado da separação dos poderes, posto que o juiz está subordinado à lei e ao direito. O poder judiciário é ‘nulo’ — como afirmava Montesquieu — porque sua função é garantir direitos.

Em terceiro lugar: o modelo da resposta correta rechaça a teoria do silogismo, mas aceita seu princípio político básico: o juiz não tem e nem pode ter poder político. A função do juiz é garantir os direitos individuais e não indicar objetivos sociais. A função judicial é distinta da legislativa e da executiva.

Em quarto lugar: nos casos difíceis os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Os casos difíceis se resolvem com base em princípios que fundamentam direitos.” (CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, prólogo, p. 21).

<sup>19</sup> Já que o direito novo criado pelo juiz estaria sendo aplicado a fatos pretéritos.

<sup>20</sup> “O positivismo jurídico, conforme já foi mencionado, parte do pressuposto de que pode haver uma zona de imprecisão no direito, relativamente à vagueza que uma determinada regra positiva apresenta e por isso deve o juiz lançar mão da sua discricionariedade, resolvendo acerca dos direitos das partes como bem lhe aprouver” (CHUEIRI, Vera Karam. *Obra citada*, p. 94). Quanto à defesa de uma postura irracionalista nas ocasiões em que surgem essas zonas de imprecisão, de penumbra, enfim, os chamados casos limítrofes em que geralmente estão contidos os casos difíceis que justificariam o uso da discricionariedade pelos juízes, DWORKIN faz surpreendentes acusações dirigidas ao positivismo: “Além do mais, a tese do caso limítrofe é pior que um insulto (...) ...se trata de uma piada grotesca” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 50-54).

<sup>21</sup> Essas objeções foram publicadas em forma de pós-escrito na 2ª edição da obra *The Concept of Law*, constante

Para DWORKIN, como visto, a discricção judicial que tem lugar na interpretação de casos difíceis, em que o juiz atuaria como quase-legislador, é insustentável. Veja-se que DWORKIN usa o termo *discricção* em seu sentido mais forte, ou seja, entendendo que nos casos difíceis o juiz teria total liberdade para criar direito. HART repudia essa interpretação, pois nunca teria advogado, segundo ele, essa suposta liberdade sem freios. Deixe-se HART falar:

“É importante que os poderes de criação que eu 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 liberto, 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. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.”<sup>22</sup>

Portanto, frente aos casos difíceis os juízes não gozam, definitivamente, de discricção em sentido forte, nem suas decisões podem ser arbitrárias, pois eles deverão sempre justificar suas razões e observar certos padrões dogmáticos, bem como estar alinhadas a postulados de racionalidade prática, tais como os princípios de universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das conseqüências.<sup>23</sup>

---

da edição portuguesa de 1994 (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1994). Sobre o *postscriptum* ver a coletânea de ensaios publicados em COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. New York: Oxford University Press, 2001. Sobre o positivismo jurídico de HART, ver ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo. **H. l. a. hart y la teoría analítica del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

<sup>22</sup> HART, Herbert L. A. Obra citada, p. 336.

<sup>23</sup> Manuel ATIENZA assim descreve alguns desses princípios de racionalidade prática: “...o princípio de universalidade ou de justiça formal que estabelece que os casos iguais devem ser tratados da mesma maneira; o princípio de consistência, segundo o qual as decisões devem se basear em premissas normativas e fáticas que não entrem em contradição com normas validamente estabelecidas ou com a informação fática disponível; e o princípio de coerência, segundo o qual as normas devem poder ser subsumidas sob princípios gerais ou valores que resultem aceitáveis, no sentido de que configurem uma forma de vida satisfatória (coerência normativa), enquanto os fatos não comprovados mediante prova direta devem resultar compatíveis com os demais fatos tidos como provados, e devem poder ser explicados em conformidade com os princípios e leis que regem o mundo fenomênico (coerência narrativa)” (ATIENTZA, Manuel. **Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico**, p. 137).

Ademais, outro aspecto que parece ter sido omitido pela crítica de DWORKIN é o fato de que, em muitos casos, os juízes fazem uso da analogia:<sup>24</sup>

“Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juízes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, elucida também os principais aspectos que distinguem a criação do direito judicial da criação pelo órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora *seja* direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente.”<sup>25</sup>

Tentando demonstrar que talvez o positivismo jurídico não seja — e talvez nunca tenha sido — incompatível com a teoria de DWORKIN — e que as críticas formuladas por este último são até mesmo despropositadas — HART afirma que a atitude interpretativa propugnada por aquele autor nunca deixou de ser observada pelos positivistas:

“... É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito freqüentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da ‘interpretação construtiva’ que assume uma afeição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin.”<sup>26</sup>

Porém HART, que não admite que em todos os casos se possa chegar com certeza a uma decisão correta (ou afirmar qual das decisões possíveis é a mais correta), mantém sua posição de que, nesses casos, o juiz é e pode ser criador de direito:

“... Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apóiam analogias concorrentes, e um juiz terá freqüentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado.”<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Parece que neste ponto até mesmo aquela idéia de que as regras ou se aplicam totalmente ou não se aplicam, fica comprometida, vez que o juízo por analogia é um caso típico de utilização/invocação da *norma geral inclusiva*, conforme aduz BOBBIO em seus ensinamentos (ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, capítulo 4).

<sup>25</sup> HART, H. L. A. Obra citada, p. 337.

<sup>26</sup> HART, H. L. A. Obra citada, p. 337-338.

<sup>27</sup> HART, H. L. A. Obra citada, p. 338.

Ora, há a possibilidade de que dois princípios contraditórios se revelem de igual envergadura na apreciação de uma caso concreto, o que demandará uma opção. Tal opção, apesar do dever de justificação, implicará discricionariedade, pois não existe um critério seguro que possa medir o peso dos princípios em cada caso.

A existência de um tal critério só poderia ser viável se se supusesse a crença em uma homogeneidade de princípios e valores (tanto sociais quanto jurídicos). Mas a defesa de um objetivismo moral, segundo ABELLÁN, parece inaceitável, haja vista que:

“...todos os sistemas jurídicos contemporâneos, sem exceção, são o resultado de uma produção normativa muito dilatada no tempo, são fruto não de uma, mas de muitas políticas jurídicas contrastantes entre si; tendo incorporado, por isso, uma grande quantidade de princípios e regras incompatíveis. É sustentável que uma, e só uma, doutrina política (que se supõe internamente coerente), seja idônea para justificar todo princípio e toda regra do sistema?”<sup>28</sup>

Dada a heterogeneidade dos valores, poder-se-ia mesmo imaginar a existência de dois juízes Hércules, igualmente racionais e que certamente chegariam à conclusão — diante de certas decisões não convergentes tomadas por eles em algumas situações — de que “...muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro”.<sup>29</sup>

Quanto à acusação de que o ato criativo do juiz implica efeitos retroativos à norma, também parece desarrazoada para HART:

“Dworkin formula uma outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito *ex post facto*, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as conseqüências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos. Esta objeção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroativa do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas.”<sup>30</sup>

Ademais, a resolução de um conflito entre princípios não supõe a criação de um novo direito, nem a aplicação de uma norma retroativa, pois aqui se trata simplesmente de uma eleição entre direitos.

---

<sup>28</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**, p. 25.

<sup>29</sup> HART, H. L. A. Obra citada, p. 337.

<sup>30</sup> HART, H. L. A. Idem, p. 339.

Quanto à crítica de que a discricionariedade do juiz subverte os princípios democráticos originários de “...uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz e insistem em que o Juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero ‘porta-voz’ do direito, que ele não cria ou molda”<sup>31</sup>, HART a rebate com uma mescla entre os denominados argumento pelo sacrifício<sup>32</sup> e argumento pragmático:<sup>33</sup>

“As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a esta crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão legislativo *democraticamente eleito* pode encontrar-se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. Então, o controle democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político.”<sup>34</sup>

<sup>31</sup> HART, H. L. A. *Idem*, p. 337.

<sup>32</sup> Sobre o argumento pelo sacrifício, afirma PERELMAN: “Um dos argumentos de comparação utilizados com mais frequência é o que alega o sacrifício a que se está disposto a sujeitar-se para obter certo resultado.

(...)

Na argumentação pelo sacrifício, este deve medir o valor atribuído àquilo por que se faz o sacrifício” (PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**, p. 281-282).

<sup>33</sup> Ainda segundo os autores do *Tratado*: “Denominamos *argumento pragmático* aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis. (...)

Para os utilitaristas, como Bentham, não há outra forma satisfatória de argumentar:

Que é dar uma *boa razão* em matéria de lei? É alegar bens ou males que essa lei tende a produzir... Que é dar uma *falsa razão*? É alegar, pró ou contra uma lei, qualquer outra coisa que não seus efeitos, seja em bem, seja em mal.

O argumento pragmático parece desenvolver-se sem grande dificuldade, pois a transferência para a causa, do valor das conseqüências, ocorre mesmo sem ser pretendido. Entretanto, quem é acusado de ter cometido uma má ação pode esforçar-se por romper o vínculo causal e por lançar a culpabilidade em outra pessoa ou nas circunstâncias. Se conseguir inocentar-se terá, por esse próprio fato, transferido o juízo desfavorável para o que parecerá, nesse momento, a causa da ação” (PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. *Obra citada*, p. 303).

<sup>34</sup> HART, Herbert L. A. *Obra citada*, p. 338-339. Como o próprio PERELMAN diz, “...em geral, o argumento pragmático só pode desenvolver-se a partir do acordo sobre o valor das conseqüências” (PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. *Obra citada*, p. 304). No caso específico de que se trata acima, dada a constatação, que já vem de longe, de que “...as tentativas da Escola da Exegese na França e da Jurisprudência conceitual na Alemanha para manter a idolatria da lei não obtiveram êxito [vez que] o pensamento formal, manifestado por

#### 4. Considerações Finais

De todas as considerações feitas até aqui sobre o pensamento de DWORKIN, uma coisa não se pode negar: as justificações nos casos difíceis têm sempre um forte componente moral; e que talvez por isso DWORKIN esteja certo ao dizer que o divórcio entre direito e moral não seja mesmo tão claro como sustentam os positivistas. Seja como for, sob a ótica interna<sup>35</sup> ao sistema — e fora dos casos difíceis — não há razões para que o positivismo jurídico abandone a tese da separação entre direito e moral, pois os princípios jurídicos não precisam coincidir necessariamente com enunciados morais ou políticos. A moral certamente entrará em cena quando o problema em questão envolver a opção entre dois ou mais princípios jurídicos.

Mas ao menos sob outro aspecto — que não nos casos difíceis — razões morais, ainda que implicitamente, são aplicadas pelo juiz. Para HART o ponto de vista interno é suficiente para dar conta das normas, mas aqui o autor só presta atenção ao aspecto cognoscitivo e não ao aspecto volitivo, conforme aduz ATIENZA:

“... O componente cognoscitivo do ponto de vista interno consiste em valorar e compreender a conduta em termos de *standards* que devem ser usados pelo agente como guia de sua conduta. Mas, também, existe um componente volitivo que consiste no fato de o agente, em algum grau, e por razões que a ele parecem boas, admitir um compromisso de se submeter a um modelo de conduta dado como um *standard* para ele, para outra pessoa ou para ambos. Este último aspecto é de grande importância na relação de aceitação da regra de conhecimento que, efetivamente, leva consigo um compromisso consciente com os princípios políticos subjacentes ao ordenamento jurídico. Para os juízes, definitivamente, a aceitação da regra de reconhecimento e da obrigação de aplicar o Direito válido se baseia em razões desse segundo tipo [volitivas], que não podem ser outra coisa senão razões morais.”<sup>36</sup>

---

cláusulas gerais e métodos silogísticos, foi insuficiente para vincular o juiz à lei, no sentido estreito formulado pelos teóricos” (BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**, p. 23), muitos estudos têm sido realizados, com grande aceitação, propugnando pela revisão da noção ortodoxa do princípio da legalidade, como demonstra Clèmerson Merlin CLÈVE ao afirmar que “...a missão dos juristas, hoje, é de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**, p. 42). Há fortes razões que indicam, portanto, que a argumentação de HART acima transcrita tem consistência e que, por isso mesmo, não pode ser negligenciada.

<sup>35</sup> Aproveitando a noção de HART quanto ao ponto de vista do observador: “... À primeira destas formas de expressão chamaremos uma *afirmação interna*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o fato de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos *afirmação externa*, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o fato de que outros a aceitam” (HART, Herbert L.A. *Obra citada*, p. 114).

<sup>36</sup> ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, p. 154.

Portanto, o simples fato de o intérprete tomar uma norma do sistema, após submetê-la ao teste do seu *pedigree* ou de sua origem frente à regra de reconhecimento<sup>37</sup>, aceitar a sua autoridade e a aplicar, já representa em si mesmo a interferência de uma regra moral, conforme aduz L. S. SOUZA:

“A primeira regra do jogo dogmático é a aceitação acrítica do ordenamento vigente. Mas qual seria o pressuposto teórico desta aceitação? Sem dúvida, a crença num princípio de autoridade. Isto nos conduz a uma segunda regra, da qual advém importantes conseqüências, qual seja, a crença na racionalidade do legislador. Em nome desta premissa, o estudioso do direito abandona uma posição de simples descrição do ordenamento, a fim de justificar o ponto de partida dogmático.”<sup>38</sup>

Nesse ponto chega-se ao problema da legitimidade, que demandaria outra comunicação.

Em suas críticas ao positivismo, DWORKIN tem o mérito de recolocar o problema da moral — ou de desvelar o que se tentou ocultar — em dois momentos importantes da aplicação da norma: a) com sua teoria que distingue as normas entre regras e princípios, pode-se perceber mais claramente que, nos casos difíceis, em que geralmente estarão em conflito princípios jurídicos aceitos no sistema, a justificação da escolha implicará, ainda que não isoladamente, a invocação de critérios morais (justiça, equidade, etc); e b) a aceitação (numa perspectiva volitiva) da regra de reconhecimento, do ponto de vista interno ao sistema, também implica questões morais, que nesse ponto estão diretamente ligadas ao problema da legitimidade.

A exceção da insistência de DWORKIN de que se pode chegar sempre a uma solução correta em todos os casos<sup>39</sup>, a sua teoria em nenhum outro aspecto é

---

<sup>37</sup> As doutrinas positivistas mais desenvolvidas utilizam como critério de identificação do sistema jurídico uma norma chave. Tal é o caso da norma fundamental de KELSEN ou a regra de reconhecimento de HART. A regra de reconhecimento de HART consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfazem certa condição são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento e seu conteúdo varia e é uma questão empírica. Há sistemas normativos que reconhecem como fonte do direito um livro sagrado, ou a lei, ou os costumes, ou várias fontes ao mesmo tempo. A regra de reconhecimento é o critério utilizado por HART para identificar um sistema jurídico e fundamentar a validade de todas as regras dela derivadas. O teste de *pedigree* consiste exatamente em verificar se uma regra *existe*, se ela é válida perante a regra de reconhecimento, pois, repita-se, é dela que todas as regras devem retirar seu fundamento de validade. Ainda sobre o teste de *pedigree*, segundo DWORKIN as normas/princípio não estariam sujeitas a este exame, já que elas não se sujeitariam ao tudo ou nada e nem poderiam ser identificadas por sua origem, mas sim por seu conteúdo ou força argumentativa.

<sup>38</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**, p. 56.

<sup>39</sup> O que ensinou o surgimento de alguns autores que interpretaram a sua obra como uma nova versão do jusnaturalismo (cf. CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, prólogo, p. 11).

incompatível com o positivismo jurídico. Talvez se dê exatamente o contrário. Considerando os seus preciosos estudos sobre o tema da interpretação e suas etapas; a sua elaboração do critério que distingue as normas entre regras e princípios; e o seu reconhecimento de que as questões de integridade e coerência (o que implica a submissão ao sistema normativo reconhecido) devem ter um peso decisivo<sup>40</sup> arrisca-se mesmo a afirmar que a teoria de DWORKIN seja um aperfeiçoamento do próprio positivismo jurídico que, paradoxalmente, ele próprio tentou fulminar.

Com DWORKIN o positivismo ressurgiu das cinzas que esse autor ajudara a produzir; tal qual Fênix o positivismo reaparece mais vivo do que nunca, revigorado por um refinamento sem precedentes, tributário da obra de DWORKIN.

## 5. Referências Bibliográficas

ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e I. Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1. reimpressão, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1. reimpressão, 1997.

ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo. **H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ATIENZA, Manuel. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1. reimpressão, 1998.

\_\_\_\_\_. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

\_\_\_\_\_. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. reimpressão, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico**. Barcelona: Ariel, 1993.

---

<sup>40</sup> “Significa alguma coisa afirmar que os juízes devem aplicar a lei, ao invés de ignorá-la, que o cidadão deve obedecer à lei, a não ser em casos muito raros, e que os funcionários públicos são regidos por suas normas. Parece estúpido negar tudo isso simplesmente porque às vezes divergimos sobre o verdadeiro conteúdo do direito” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 54). Ver, ainda, os capítulos VI e VII da mesma obra. Enfim, como diz Vera KARAM: “Dworkin é um moderno; sua desobediência sempre civil!” (CHUEIRI, Vera Karam. Obra citada, p. 65).

- ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 1996.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa, São Paulo: Martins Fontes, 5. reimpressão, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Teoría general del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: UnB, 1997.
- BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 135 p.
- CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 3. Reimpressão, prólogo, p. 7-29, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.
- \_\_\_\_\_. **A filosofia jurídica de ronald dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 182 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.
- COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the *concept of law***. New York: Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 3. reimpressão, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 18. Printing, 2001.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça europeia**. Florianópolis, 1994. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 178 p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Tradução de Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1. reimpressão, 1988.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 2. reimpressão, 1996.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo, 1990. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 343 p.