

3

A Consolidação do Positivismo Jurídico Inclusivo

3.1

Os embates dos inclusivos: entre Raz e Dworkin

Como visto no capítulo anterior, alguns artigos publicados na década de setenta e início dos anos oitenta propunham uma superação das críticas dworkianas ao positivismo jurídico de Hart, assumindo a possibilidade de incorporação de valores nos critérios de identificação do direito.

Desta forma, o positivismo jurídico inclusivo passa a ser enfrentado por duas teorias do direito. De um lado, o positivismo jurídico de Raz, e por outro a teoria do direito de Dworkin. Como destaca Etcheverry, das suas defesas contra ambas as frentes o positivismo jurídico inclusivo vai desenvolvendo e amadurecendo sua proposta. “Por esta razão, o grande desafio do positivismo inclusivo – ao menos o desafio que percebem seus defensores – é demonstrar que existe um positivismo possível entre a teoria do direito dworkiana e o positivismo exclusivo de Raz”¹²⁰. Neste item buscaremos expor as duas principais frentes de ataque que a versão inclusiva sofre, para em seguida apresentarmos as duas principais defesas da teoria, que representariam sua consolidação.

3.2

O positivismo exclusivo de Raz

Joseph Raz coloca como marco distintivo do direito a sua pretensão de autoridade. Isso o diferenciaria de outras ordens ou ameaças.

Se o Direito se adéqua à tese das fontes, então dizer que há uma obrigação de obedecer ao Direito é o mesmo que dizer que o órgão produtor do Direito tem autoridade (moralmente legítima) para produzir Direito. Desta forma, a tese equivale a dizer que o Direito pretende autoridade. (...) A tese crucial é que o Direito pretende autoridade moral. Esta me parece ser a única opinião consistente com o fato de que o Direito não é (aos olhos das instituições jurídicas) somente força organizada. O Direito não deve se confundir com regras de bandos de gângsters. A diferença está na pretensão de autoridade moral que acompanha todas as exigências jurídicas.¹²¹

¹²⁰ ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, op.cit. p.31.

¹²¹ MANERO, Juan. “Entrevista con Joseph Raz”. *Doxa*, n. 9, 1991, p. 343.

O ponto inicial de distinção entre Raz e Hart está na maneira de encarar as regras. Ao invés de tomá-las como práticas como faz este, Raz as encara como razões operativas para ação, isto é, uma razão que implique numa atitude prática. Raz traça então uma distinção entre duas ordens de razões. Razões de primeira ordem seriam motivos para agir, enquanto razões de segunda ordem são motivos para atuar ou deixar de atuar por outra razão. Uma razão excludente é um tipo de razão de segunda ordem, sempre superior a razões de primeira ordem. Uma razão excludente exclui as razões que estavam por trás de sua tomada.

Raz chama razões de primeira ordem as razões para realizar ou não realizar uma ação. As razões de segunda ordem seriam razões para atuar ou não atuar por uma razão de primeira ordem: no primeiro caso se trataria de uma 'razão de segunda ordem positiva': no segundo, de uma 'razão de segunda ordem negativa' ou razão excludente ¹²²

Uma regra prescreve algo e exige que sejam deixadas outras considerações relevantes. Por isso, a força do direito não depende de sua capacidade para facilitar o cumprimento dos objetivos do sujeito, mas de estar constituído por razões excludentes. ¹²³

Quando uma razão de primeira ordem entra em conflito com uma razão excludente de segunda ordem, não se resolve tal conflito pela força das razões que competem, mas por um princípio geral que estabelece que triunfam sempre as razões excludentes. Ou seja, ante uma razão excludente não se faz ponderação de razões, não se julga os méritos do caso. Por isso, a razão excludente pode excluir uma razão que havia sido superada em todo caso, mas pode também excluir uma razão que teria inclinado a ponderação de razões. Pode-se dizer que não supera outras razões, mas as derrota. ¹²⁴

Para ilustrar sua concepção de autoridade, Raz se utiliza do “exemplo do árbitro”. O papel do árbitro é emitir uma decisão dotada de autoridade que é vinculante para as partes de uma disputa. A decisão deve se basear nas razões para ação que se aplicam às partes e sobre as quais surgiu a controvérsia. Estas são as razões dependentes. Seria um erro o árbitro decidir baseando-se em razões que não aquelas dependentes aplicáveis ao caso. Além disso, a decisão deve substituir as demais razões de deliberação das partes. Se as partes não rechaçarem as razões dependentes para ação, frustram a razão de ser da

¹²² Cf. BAYON, Juan Carlos. “Razones y Reglas”. *Doxa*, n. 10, 1991, p.25 *et seq.*

¹²³ ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, op.cit., p.34.

¹²⁴ SEOANE, José e RIVAS, Pedro. *El último eslabón del positivismo jurídico*. Colmares, Granada, 2005 p. 176

arbitragem. Para Raz, as diretivas jurídicas são como a decisão do árbitro, pois estão destinadas a desempenhar um papel mediador, excludente. Determinam o que fazer, excluindo razões dependentes controvertidas para ação. Uma diretiva jurídica que requer X pretende não apenas ser uma boa razão para fazer X, mas também excluir todas as outras razões dependentes que poderiam existir para fazer X ou abster-se de fazê-lo.¹²⁵

Em relação a delineamento do positivismo jurídico de Raz, este reconhece que a confusão terminológica em torno do termo “positivismo jurídico” faz com que a melhor aproximação ao tema seja partir de um determinado grupo de teses.¹²⁶ Por trás destas teses, estariam três “áreas de disputa” que estariam no centro da controvérsia: 1) a identificação do direito, 2) seu valor moral, e 3) o significado dos seus termos-chave.¹²⁷ Essas três áreas se vinculariam a três teses: a tese social, a tese moral e a tese semântica, respectivamente.

A primeira das teses, a tese social, afirma que o que é direito e o que não é direito é uma questão de fatos sociais. Todas as variedades de teses sociais sustentadas pelos positivistas seriam refinamentos e elaborações desta formulação crua. A tese moral sustenta que o valor moral do direito ou seu mérito são questões contingentes, dependentes do conteúdo do direito e das circunstâncias da sociedade a qual se aplica. E finalmente, a única tese semântica que pode ser identificada como comum a maioria das teorias positivistas é uma negativa, segundo a qual termos como “direitos” e “deveres” não podem ser usados com o mesmo significado em contextos morais e jurídicos.¹²⁸

Das três teses, Raz aponta a tese social como mais importante e nega que as outras duas sejam decorrências desta.¹²⁹ Sua versão da tese social é tida por ele mesmo como “forte”, pois pressupõe que qualquer teoria completa do direito inclua um teste de identificação do direito; que há um vocabulário suficientemente rico de termos valorativamente neutros; e não exige uma inobservância das intenções e valores morais das pessoas, já que neutralidade valorativa não implica behaviorismo.¹³⁰

¹²⁵ RAZ, Joseph. “Authority, Law and Morality”. *The Monist*, vol. 68, n.3, 1985, p. 298 *et seq.* Cf. WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo Jurídico Incluyente*, Madrid: Marcial Pons, p. 140

¹²⁶ RAZ, Joseph. *The Authority of the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 37.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Cf. RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, 1975, p. 162.

¹³⁰ RAZ, *The Authority of the Law*, op. cit., p. 40.

Dentre as razões para se sustentar a tese social, Raz aponta o bom reflexo do uso ordinário do termo “direito”; a clara separação entre descrição e avaliação do direito; o favorecimento da imparcialidade, e, sobretudo, ressalta o caráter do direito como instituição social.¹³¹

Tendo delineado sua tese social forte, Raz passa a atacar então a versão “fraca” da tese social, que seria a defendida por autores inclusivos como Soper e Lyons. A diferença entre ambas as versões da tese social estaria em que a forte insiste, ao contrario da fraca, que a existência e o conteúdo do direito são totalmente determinados por fontes sociais.¹³²

O autor passa a denominar então de “tese das fontes” (*sources thesis*) a sua tese forte. Duas seriam suas vantagens: “refletir e sistematizar diversas distinções interconectadas incorporadas em nossa concepção de direito” e “identificar uma função básica do direito de fornecer padrões publicamente comprováveis que vinculam os membros da sociedade de tal forma que não possam escusar sua desobediência a estes padrões desafiando sua justificação”¹³³. Assim, Raz não nega a utilização de argumentos morais pelos tribunais, mas a tese das fontes permite ter claro quando se está aplicando e quando se está criando direito.

Raz recusa desta forma a “tese da incorporação” que amplia a noção de direito, compreendendo não só aquilo que ordena uma autoridade, mas também o que deriva ou implica dela.¹³⁴ Isso incluiria padrões que nunca foram confirmados pelas instituições criadoras do direito. Raz recusa com isso a existência ou validade de “normas derivadas”¹³⁵. Portanto, não se deve confundir estar “implicado” pelo direito com estar “corroborado” pelo direito, confusão esta que acomete a tese da incorporação. Outra tese rechaçada por Raz é a da “coerência”, que agrega às fontes a justificação moralmente mais razoável do direito. Esta seria a tese de Dworkin, mas que não seria capaz de explicar a pretensão de autoridade do direito, e conseqüentemente, explicar o próprio direito.¹³⁶

De fato, em uma entrevista em 2001, Raz sustentou estar de certa forma em um ponto intermediário entre Hart e Dworkin no que diz respeito à autoridade

¹³¹ Ibid, p. 41-42.

¹³² Ibid, p. 46.

¹³³ Ibid, p. 52.

¹³⁴ RIVAS, *El último eslabón del positivismo jurídico*, op. cit., p. 191

¹³⁵ Para uma discussão sobre a aceitação das normas derivadas na jurisprudência analítica, cf. RIVAS, *El último eslabón del positivismo jurídico*, op. cit, p. 191, nota 82.

¹³⁶ Cf. RIVAS, *El último eslabón del positivismo jurídico*, op. cit, p. 192.

moral do direito. Isto porque o primeiro nega que o direito pretenda autoridade moral, e o segundo insiste que o direito não só pretende tal autoridade como que realmente o possui em todos os regimes, exceto os mais bárbaros.

A este respeito você pode dizer com veracidade que minha opinião é um meio termo entre Hart, que nega que o Direito pretenda autoridade moral, e Dworkin, que insiste em que o direito não apenas pretende tal autoridade, como que realmente a possui em todos os regimes exceto os mais extremamente bárbaros. Eu julgo isto impossível de aceitar. Situo-me junto aqueles que trataram de mostrar que os argumentos tradicionais a favor da autoridade do direito não lograram fundamentar tal conclusão. Mas a teoria de Dworkin não pode se sustentar sem se comprometer com a moralidade do direito.¹³⁷

Raz reitera também que a posição de Hart não é a da negação de que se possa identificar o direito recorrendo a algum critério moral. A regra de reconhecimento é que pode ser identificada sem referência a tais critérios. Todavia, Raz vê razões para ir mais além da tese de Hart, reafirmando assim sua “tese das fontes”.¹³⁸

A argumentação se dá em três níveis. Primeiramente, a cultura jurídica do *common law* reconheceria a distinção entre aplicar o direito existente e desenvolvê-lo para além do direito atual. E tal distinção estaria ligada a usar considerações morais para identificar o direito e usar considerações morais para criá-lo. Mas isto não é suficiente.

Um segundo nível de argumentação é traçado a partir do exemplo da criação pelo parlamento de um imposto sobre a renda. Para que precisamos de uma lei, ao invés de deixarmos cada um contribuir com os recursos que moralmente deva aportar? Porque concluímos que a autoridade do parlamento para determinar um imposto sobre a renda se apóia, no terreno da moral, na idéia de que a proporção é mais bem determinada por uma autoridade central do que individualmente por cada contribuinte. Isso significa que a identificação do conteúdo do direito deve estar livre de considerações morais, que foram feitas previamente pelo parlamento para definir seu conteúdo. A idéia de autoridade do parlamento implica que a sua decisão sobre os valores envolvidos deve prevalecer sobre o juízo individual da justiça de cada caso.

Nestes termos, a determinação do conteúdo do direito deve ser uma questão de fato, ou seja, aquilo que decidiu o parlamento. Qualquer outra forma de determinação, sobretudo a que invoque considerações sobre a proporção

¹³⁷ MANERO, “Entrevista con Joseph Raz”, op. cit., p. 343

¹³⁸ Ibid, p. 341 *et seq.*

justa do tributo, frustra o propósito de confiar o assunto ao parlamento.¹³⁹ Isto não implica que os tribunais não possam utilizar argumentos morais para decidir casos de direito tributário, mas marca a linha divisória entre aplicar o direito existente e desenvolvê-lo para mais além.

O terceiro nível está na concepção de que o direito como um todo, e não apenas o direito legislado, é “autoritativo”¹⁴⁰. Assim, leis, costumes, precedentes e outras fontes normais do direito o esgotam. Isto deixa clara a distinção entre aquilo que posso fazer porque é o correto que devo fazer e o que não posso fazer, porque o direito o proíbe, ainda que por todo resto fosse correto.

O próprio Lyons rebate as críticas de Raz, afirmando que a tese social forte é pouco plausível e não pode derivar da concepção social do direito.¹⁴¹ Lyons concebe que a separação entre o direito e a moral não pode derivar da tese social, pois esta é silente no tocante à relação entre os fatos e sua valoração moral. Lyons desmembra a tese social forte em duas: a afirmação de que o direito está determinado por fatos sociais e a afirmação de que ele não está determinado por considerações morais. Para o autor, elas são independentes. Ademais, aqueles que sustentam que a separação entre direito e moral deriva da concepção social do direito, o fariam por considerar, equivocadamente, que, sendo o direito fruto de condutas humanas, e sendo as condutas humanas moralmente falíveis, tal separação seria uma decorrência necessária. Lyons rebate essa linha de raciocínio se valendo do exemplo das máquinas, que também são produto do homem, e não parecem ser moralmente falíveis. Assim, a simples idéia de que o direito é um fato social, não implica que seja moralmente falível.

Em relação à segunda parte da tese, que sustenta que o direito não pode ser determinado por valores morais, em realidade apenas implica que a moralidade do direito é uma questão em aberto. Além disto, nem sempre que se aplica uma cláusula constitucional com carga valorativa os juízes criam direito como supõe Raz, eles podem estar aplicando uma interpretação correta do direito, criando assim direito apenas quando tomarem uma decisão errada.

¹³⁹ Ibid, p. 342.

¹⁴⁰ O registro formal da Língua Portuguesa não encontra tradução para o termo em Inglês “autoritativo”, ou “autoritativo” em Espanhol. Por esta razão, e pela falta de termo equivalente em nosso idioma, empregaremos a palavra “autoritativo”, sempre entre aspas, para designar aquilo que inclui ou supõe autoridade.

¹⁴¹ LYONS, “Moral Aspects of Legal Theory” in COHEN, Marshal. (org) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New York: Rowman & Allanheld, 1984, p. 49-72. O artigo havia sido originalmente publicado em 1982 em *Midwest Studies in Philosophy*, n. 7.

A discussão sobre a existência de uma resposta correta no direito ainda geraria acirrados debates na teoria do direito. O que restava claro neste momento era a afirmação de uma corrente doutrinária que negava os intentos dos inclusivos de conciliar as teses positivistas com a possibilidade de identificação do direito a partir de critérios morais. No extremo oposto, a corrente inclusiva se via enfrentada também por novas críticas de Dworkin, desta vez dirigidas a esta versão de “positivismo jurídico menos positivo”.¹⁴²

3.3 Os novos ataques de Dworkin

Ao final dos anos setenta e ao longo dos anos oitenta, novos trabalhos foram publicados sobre o tema e a corrente do positivismo inclusivo floresceu consideravelmente.

Dentre estes trabalhos, a coletânea sobre Dworkin, publicada em 1983 sob coordenação de Marshal Cohen, tem elevado destaque, por reunir trabalhos que apresentam uma continuação das primeiras defesas da proposta inclusiva e, ao final, uma réplica de Dworkin a todas as críticas.¹⁴³ Dos treze trabalhos reunidos, três tratam especificamente do positivismo inclusivo: o de Soper¹⁴⁴, já analisado no capítulo anterior, juntamente com artigos de Lyons e Coleman, aos quais dedicaremos uma breve análise. Em seguida, analisaremos as novas críticas apresentadas por Dworkin em *O Império do Direito*.

Em seu novo artigo¹⁴⁵, além de rebater, como visto, as críticas de Raz, Lyons apresenta aquela que seria a nota distintiva do positivismo jurídico: a “tese da separação entre direito e moral” Como o sentido desta tese não é tão claro quanto parece, Lyons a desmembra a fim de determinar melhor seu alcance: uma tese mínima da separação, sustentando que o direito é moralmente falível; e uma tese do “conteúdo moral explícito”, segundo a qual o direito só possui condições morais que estejam expressamente estabelecidas em lei.

¹⁴² ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, op.cit., p. 52.

¹⁴³ COHEN, Marshal (org) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. op. cit.

¹⁴⁴ SOPER, Philip “Legal Theory and the Obligation of a Judge: the Hart/Dworkin Dispute” in COHEN, M. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. op. cit.

¹⁴⁵ LYONS, David. “Moral Aspects of Legal Theory”, op. cit.

Lyons considera a tese da separação entre direito e moral um axioma, e não um corolário do pensamento positivista.¹⁴⁶ Não obstante, a tese mínima não seria uma exclusividade dos positivistas. A tese sustentada por boa parte dos positivistas será a do conteúdo explícito.

“Alguém pode crer que a linguagem moral deveria ser excluída das leis para que elas tenham maior clareza e precisão. Mas esta linha de raciocínio é irrelevante para a presente questão. Termos morais são encontrados na linguagem legislativa e judicial, e a questão aqui é se sua aplicação envolve interpretar ou criar direito”¹⁴⁷

Lyons não chega a oferecer uma resposta definitiva, mas conclui que as teorias do direito analítica e a normativa estão inseparavelmente conectadas, e a chave da questão estaria na justificação das decisões judiciais, o que envolveria necessariamente valorações morais.¹⁴⁸

Em outro passo, Jules Coleman, partindo de algumas observações de Dworkin sobre a natureza controversa de certos padrões jurídicos, nos apresenta sua tese incorporacionista, que se desdobraria em uma tese positiva e negativa. A tese negativa sustenta que os sistemas jurídicos não precisam reconhecer como direito padrões morais controvertidos, embora possam fazê-lo.

“A tese da separabilidade vincula o positivismo à tese de que existe pelo menos um sistema jurídico concebível no qual a regra de reconhecimento não especifica ser um princípio de moralidade dentre as reais condições de nenhuma proposição jurídica. O positivismo é verdadeiro, então, apenas no caso em que se possa imaginar um sistema jurídico no qual ser um princípio de moralidade não seja condição de legalidade de nenhuma norma: ou seja, apenas no caso da idéia de um sistema jurídico no qual a verdade moral não figure como condição de validade jurídica não seja contraditória.”¹⁴⁹

Esta idéia é tida como uma concepção negativa de positivismo pois afirma apenas aquilo que o direito necessariamente não é, não podendo assim ser derrubada por contra exemplos, que no máximo demonstrarão que em algumas circunstâncias a moralidade pode figurar como critério de identificação do direito.¹⁵⁰ Mas por afirmar tão pouco, seria uma tese trivial.

A tese positiva do positivismo de Coleman, que pretende afirmar aquilo que de fato o positivismo jurídico é, pode ter duas feições: a dos “fatos duros”

¹⁴⁶ Ibid, p. 58.

¹⁴⁷ Ibid, p. 66.

¹⁴⁸ Ibid, p. 68.

¹⁴⁹ COLEMAN, “Negative and Positive Positivism” in COHEN, Marshal. (org) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New York: Rowman & Allanheld, 1984, p. 31. O artigo fora originalmente publicado em *The Journal of Legal Studies*, 11, n.1, 1982, p 139-164.

¹⁵⁰ Idem

(*hard facts*) ou da convenção social (*social convention*). Ambas dialogam diretamente com as críticas de Dworkin à regra de reconhecimento hartiana. O positivismo dos fatos duros sustenta que padrões controvertidos não podem valer como direito. Esta seria a tese que Dworkin teria atribuído corretamente à Hart, mas erroneamente ao positivismo jurídico como um todo.

A forma de positivismo positivo que Coleman vai sustentar é o positivismo que encara o direito como uma convenção social. Coleman apresenta inicialmente uma simples forma de rebater as objeções de Dworkin em “Modelo de Regras I”: construir uma regra de reconhecimento que inclua princípios morais e não somente regras.¹⁵¹ No entanto, Dworkin diria que tal regra de reconhecimento seria inerentemente controvertida, não sendo assim considerada uma regra social ou convencional.

Coleman busca então apresentar uma tese que desenvolva uma forma de positivismo que aceite a natureza controvertida de alguns elementos do direito, mas que ao mesmo tempo negue que isto seja incompatível com a natureza convencional do direito.¹⁵² Para isso, desenha uma distinção entre três versões de positivismo:

(1) “Positivismo Negativo, a visão de que o sistema jurídico não precisa reconhecer como direito padrões morais controversos; (2) “positivismo positivo, dos fatos duros”, a visão que padrões controversos não podem ser vistos como direito, e, conseqüentemente, rejeita os pontos de Dworkin; (3) “positivismo positivo, da regra social”, que insiste apenas no status convencional da regra de reconhecimento mais aceita os pontos de Dworkin. Já que a inclusão de princípios morais controversos não é uma característica necessária do conceito de direito, os argumentos de Dworkin (...) são inadequados para derrubar a tese fraca do positivismo negativo.¹⁵³

Assim, a atuação judicial em casos controversos seria mais bem explicada a partir da aceitação crítica da prática de resolução de conflitos do que a partir de princípios morais.¹⁵⁴

Dworkin elabora então um conjunto de réplicas às críticas que recebeu e apresenta novas críticas ao positivismo. As réplicas são apresentadas na obra coletiva sobre seu pensamento¹⁵⁵, as novas críticas, em sua obra publicada em 1986, “O Império do Direito” (*Law’s Empire*).

¹⁵¹ Ibid, p. 35

¹⁵² Ibid, p. 47.

¹⁵³ Ibid, p. 46

¹⁵⁴ Idem

¹⁵⁵ Cf. COHEN, Marshal. (org) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit, p. 247-300.

Parte das respostas aos críticos já havia sido publicada em um artigo de 1977, *Seven Critics*¹⁵⁶, especialmente as dirigidas a Soper¹⁵⁷. Estas dariam conta da vinculação do positivismo jurídico a duas importantes afirmações que não estariam presentes nas afirmações iniciais do positivismo inclusivo: a necessidade de um critério mais ou menos mecânico de identificação do direito, retomando assim a idéia de *pedigree* já apresentada¹⁵⁸; e a idéia de que uma proposição do direito, quando é verdadeira, “consiste em fatos históricos comuns sobre comportamentos individuais ou sociais, incluindo talvez fatos referentes a crenças e a atitudes, mas não em fatos metafisicamente suspeitos.”¹⁵⁹

Com relação à primeira afirmação, esta se vincula à função do direito, que seria fornecer um conjunto estabelecido público e confiável de padrões de conduta. Assim, ficaria clara a distinção das situações nas quais o direito ditaria uma decisão e situações nas quais o juiz utilizaria seu poder discricionário. Um positivismo flexível como o proposto por Soper e Lyons enfraqueceria tal afirmação e o argumento de Dworkin estaria reforçado.

No tocante à segunda afirmação, o “positivismo ao estilo Soper-Lyons” não conseguiria sustentá-la, pois a verdade das proposições do direito dependeriam sistematicamente da verdade das proposições de moralidade, o que inviabilizaria a “separação ontológica prometida entre direito e moral”¹⁶⁰

Dworkin faz ainda alusão à distinção de Soper entre teorias descritivas e conceituais. Para Soper, o positivismo seria uma teoria conceitual, enquanto a teoria de Dworkin seria descritiva, já que as afirmações positivistas seriam válidas para qualquer sistema jurídico, enquanto as dworkianas, apenas para um sistema específico. Para Dworkin, o positivismo defende uma concepção específica do conceito de direito e ele defende uma concorrente. Ao percorrer sistemas jurídicos modernos e complexos “para demonstrar que, uma vez que nesses sistemas a verdade de uma proposição sobre direitos jurídicos pode consistir em algum fato moral, a concepção positivista de direitos jurídicos deve ser falsa”¹⁶¹. Portanto, Dworkin conclui que se deve abandonar a concepção

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. “Seven Critics”, *Georgia Law Review*, 11, n. 5, 1977. Tal artigo foi posteriormente incorporado na forma de apêndice a *Taking Rights Seriously*.

¹⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit. p. 530-541. Neste mesmo artigo, Dworkin rebate críticas de outros autores, como Nickel, Mackie e Munzer. Como estas fogem ao escopo do presente trabalho, não serão objeto de análise.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 531.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 533.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 534.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 540.

positivista em prol de uma que torne a prática institucional e a história de cada jurisdição importantes para a verdade das proposições jurídicas.

Em resposta a Coleman, Dworkin afirma concordar com suas teses em relação ao positivismo negativo, que seria uma teoria trivial; e do positivismo dos “fatos duros”, que seria uma tese falsa.¹⁶² Já a tese por Coleman defendida, do “direito como convenção”, estaria bem próxima à proposta por Soper, mas com um fundamento distinto.

No entanto, tal qual desenhada por Coleman, esta tese também beiraria a trivialidade. Ao partir da idéia de que toda comunidade deve possuir uma convenção fundamental, com certo grau de concretude. Se daí se parte para uma saída universalista, segunda a qual toda comunidade possui uma convenção com um grau desejado de concretude, isto é falso, como parece reconhecer o próprio Coleman. No entanto, caso se parta para uma saída existencialista, sustentando que existem apenas alguns sistemas jurídicos apresentam convenções deste tipo, voltamos ao positivismo negativo, que como dito, é trivial.

Com relação às teses de Lyons, Dworkin debate seu ceticismo sobre a teoria do direito. Para Dworkin, toda teoria do direito estaria baseada numa teoria política normativa, inclusive a positivista. Lyons aceita que isso possa se dar com alguns positivistas, como Bentham ou Raz, mas outros entendem que o direito é fruto apenas de fatos sociais, não porque isso seja desejável, mas porque é assim que as coisas são.¹⁶³ Para fundamentar sua idéia, Lyons recorre a Hart, citando-o. Para Dworkin, no entanto, a teoria de Hart não estaria baseada apenas em análises lingüísticas, como faz parecer no início do seu livro. Ao apresentar as regras secundárias como capazes de resolver defeitos de um sistema composto apenas por regras primárias, Hart teria feito uma opção política, e não meramente descritiva. Direito é um conceito político não apenas por ser controverso, mas, sobretudo, pelo modo pelo qual é controvertido, num contexto profunda e densamente político.¹⁶⁴

Os novos ataques ao positivismo apresentados em *O Império do Direito* parecem estar centrados em dois argumentos principais: aquele que Dworkin denominou de “agulhão semântico”, e críticas em torno da idéia de convencionalismo. Examinemos cada um deles.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. “A Reply”, in COHEN, Marshal. (org) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. op.cit., p. 252

¹⁶³ Ibidp. 254.

¹⁶⁴ Ibid, p. 256.

Dworkin tece críticas iniciais às teorias semânticas do direito, que seriam aquelas baseadas em “certos critérios lingüísticos para avaliar as proposições jurídicas”¹⁶⁵, e que pressuporiam que os operadores do direito estejam de acordo quanto aos seus fundamentos. O positivismo jurídico seria uma teoria semântica que “sustenta o ponto de vista do direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico.”¹⁶⁶. Para ele, muitas divergências no direito são teóricas, e não apenas empíricas, e o aguilhão estaria nessa visão demasiadamente tosca do que seria a divergência no direito.¹⁶⁷ Ao focarem-se apenas em desacordos verbais, os juristas deixam de observar as disputas genuínas no direito.

Os desacordos genuínos não estariam apenas em uma “zona de penumbra”, mas, sobretudo, nos casos centrais, já que são atinentes aos critérios que determinam os significados dos termos.¹⁶⁸ Os conceitos não decorrem apenas de convenções, mas de interpretações, e por essa razão Dworkin apresenta uma “teoria interpretativa” como solução para a cegueira das teorias semânticas aos reais desacordos jurídicos. Vê, portanto, as controvérsias como sendo de caráter interpretativo, já que versariam sobre a melhor forma de interpretar uma prática social determinada.

Dworkin reitera assim a impossibilidade de se definir o direito a partir de uma regra de reconhecimento, já que uma característica fundamental do direito é ser uma prática social de natureza argumentativa. A interpretação desta prática deve ser um tipo de interpretação criativa

Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação. As pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos se diferem. A ocasião mais conhecida de interpretação – tão reconhecida que mal a reconhecemos como tal – é a conversação. Para decidir o que uma outra pessoa disse, interpretamos os sons ou sinais que ela faz. A chamada interpretação científica tem outro contexto: dizemos que um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. Outro, ainda, tem a interpretação artística: os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito. A forma de interpretação que estamos estudando – a interpretação de uma prática social – é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como uma interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica.¹⁶⁹

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

¹⁶⁶ Ibid, p. 45-46.

¹⁶⁷ Ibid, p. 56.

¹⁶⁸ Para uma classificação de Dworkin quanto aos desacordos jurídicos, cf. *O Império do Direito*, op. cit. p. 5-10.

¹⁶⁹ Ibid, p. 60-61.

A interpretação jurídica proposta por Dworkin é criativa, pois ela busca “decifrar os propósitos e intenções do autor ao escrever determinado romance ou consertar uma tradição social específica, do mesmo modo que, na conversação, pretendemos perceber as intenções de um amigo ao falar como fala.”¹⁷⁰ No entanto, a interpretação criativa não é conversacional, e sim construtiva, por se preocupar substancialmente com o propósito, e não com a causa. Através dela deve-se impor um propósito a um objeto ou prática para torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero às quais ele possa pertencer.¹⁷¹

Para aclarar sua teoria da interpretação, Dworkin realiza uma divisão analítica da mesma em três fases: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa¹⁷². Na etapa pré-interpretativa, são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. Apesar da denominação, o autor reconhece que algum tipo de interpretação se faz necessário nessa fase. No segundo estágio, o intérprete deve focar numa justificativa geral para os elementos identificados na etapa anterior, atribuindo-lhes assim sentido. Na última etapa, também denominada de reformadora, na qual é feito um ajuste da idéia do intérprete daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa, buscando-se assim uma aplicação coerente da melhor justificativa prática.

Dworkin ainda adiciona à sua teoria interpretativa a necessidade de coerência, a ser alcançada pelo intérprete como parte de um processo que deve ter uma consistência narrativa. Através da metáfora do romance em cadeia, Dworkin busca explicar sua tese, afirmando que tal qual um romancista de uma cadeia interpreta os capítulos recebidos para escrever o próximo, o juiz ao decidir uma demanda deve escolher a melhor leitura da cadeia de precedentes para dar-lhe continuidade. Trata-se de um aprimoramento da idéia de “teia inconsútil” apresentada anteriormente em *Levando os Direitos a Sério*¹⁷³.

A teoria interpretativa de Dworkin pretende então livrar o direito do agulhão que teorias semânticas o colocaram, ajustando o foco do jurista para o real problema do direito, que não é semântico, mas sim interpretativo. A prática social na qual consiste o direito deve ser interpretada segundo a melhor leitura

¹⁷⁰ Ibid, p. 62.

¹⁷¹ Ibid, p. 63-64.

¹⁷² Ibid, p. 81-84.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, op. cit. p. 181-183.

possível que possua coerência e consistência narrativa, buscando-se assim o ideal de integridade ao direito.

Com relação ao convencionalismo, Dworkin começa por apontar as semelhanças entre as teorias convencionalistas e as semânticas, já que ambas pretendem dar solução para questões jurídicas recorrendo a decisões do passado. Ambas também reconhecem que estas decisões nem sempre são suficientes, e ao surgirem novas questões para serem decididas, os juízes devem atuar com algum grau de discricionariedade.¹⁷⁴ No entanto, haveria uma importante diferença entre elas: enquanto as teorias semânticas sustentam que o vocabulário jurídico concretizam o próprio direito, as teorias convencionalistas são interpretativas, mas assumem posturas ambivalente de qualquer interpretação.¹⁷⁵

O convencionalismo teria assim duas pretensões: uma positiva, segundo a qual os juízes devem respeitar as convenções jurídicas, salvo em circunstâncias excepcionais; e uma negativa, sustentando que não existe direito além do que se extrai de decisões políticas do passado segundo técnicas convencionadas. Não havendo direito pré-existente os juízes devem exercer sua discricionariedade.

Haveria também duas formas de convencionalismo: uma “estrita”, que restringe o direito de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, tais quais a lei e o precedente¹⁷⁶; e uma “moderada”, que sustenta que o direito de uma comunidade inclui tudo que estiver contido na extensão implícita dessas convenções. Esta última versão estaria exercendo uma atração “sobre uma geração recente de filósofos do direito”, fazendo referências expressas a Coleman, Soper e Lyons, que adotariam esta perspectiva ao defenderem que o direito pode depender de juízos morais polêmicos se assim define uma convenção legal.

No entanto, o convencionalismo moderado fracassaria em ser uma versão autêntica de convencionalismo. Seria uma versão muito abstrata e subdesenvolvida de direito como integridade que representaria um tipo espúrio de convencionalismo, uma vez que, apesar de rejeitar a separação entre direito e política, não impede o juiz de envolver suas próprias convicções morais na

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, op. cit. p. 141-143.

¹⁷⁵ Ibid, p. 144.

¹⁷⁶ Ibid, p. 152.

decisão de um caso. Assim, o convencionalismo moderado não seria, em verdade, convencionalismo

Espero que agora esteja evidente que o convencionalismo moderado não é, em absoluto, uma forma de convencionalismo (...) Trata-se, na verdade, de uma forma muito abstrata e subdesenvolvida de direito como integridade. Rejeita o divórcio entre o direito e a política que uma teoria convencionalista, pelos motivos que descrevi tenta assegurar.. Esse tipo espúrio de convencionalismo não impede que um juiz convencionalista supostamente moderado envolva suas próprias convicções morais e políticas em sua decisão.¹⁷⁷

Já o “formalismo estrito” fracassaria por não se ajustar às práticas judiciais.¹⁷⁸ Um juiz que atuasse sob essa forma de convencionalismo deveria perder interesse na legislação e nos precedentes quando constataste que o sentido explícito dos mesmos não dá conta de resolver o caso e criaria um novo direito. No entanto, não é isso que a prática demonstra, já que os juízes apelam muitas vezes para o sentido implícito das leis e precedentes para dar solução a um caso.

Portanto, em síntese, o convencionalismo fracassaria por não ser uma versão autêntica de convencionalismo, no caso de sua versão moderada, ou por se ajustar mal à prática judicial (e por não haver razões para que a prática se ajuste a esta concepção) no caso de sua versão estrita.

Conforme o surgimento de novas réplicas contra os intentos inclusivos de superar as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico hartiano, o Positivismo Jurídico Inclusivo foi se consolidando como teoria jurídica. Como exposto anteriormente, duas são as principais teorias que enfrentam a proposta inclusiva: por um lado, a versão do positivismo jurídico de Raz; e por outro, a visão de direito como integridade de Dworkin. Do enfrentamento contra estes opositores surge o desenvolvimento e consolidação do positivismo inclusivo.

O ano de 1994 é emblemático para o desenvolvimento desta teoria, pois nele se publicam as duas principais obras de sua consolidação: o pós-escrito de Hart ao seu *Conceito de Direito* de 1961 e a obra *Inclusive Legal Positivism* de Wilfrid Waluchow, que reúne a aprimora diversos artigos publicados pelo autor nos anos anteriores. Faremos uma análise de cada uma delas.

¹⁷⁷ Ibid, p. 156.

¹⁷⁸ Ao se referir à “práticas judiciais” Dworkin tem em mente as práticas dos países de *common law*, especialmente Estados Unidos e Reino Unido. Nesse sentido, cf. ETCHEVERRY, Op. Cit., p. 48.

3.4

O *soft positivism* de Hart

A defesa do positivismo frente às críticas de Dworkin foi levada a cabo até o final da década de noventa principalmente por autores próximos a Hart, ou por autores que, não obstante serem opositores deste, discrepam em maior medida das propostas de Dworkin.

Hart teve durante vários anos o projeto de desenvolver uma resposta compreensiva às críticas de Dworkin e refinar sua própria teoria para superar as dificuldades colocadas pelo teórico norte-americano. Com este fim, trabalhou em um pós-escrito a *O Conceito de Direito* que ainda não estava concluído quando de sua morte. Todavia, a seção dedicada a Dworkin se encontrava quase concluída, sendo editada e publicada no mesmo ano de seu falecimento.¹⁷⁹

Nele, Hart elabora três tipos de defesa¹⁸⁰: em primeiro lugar oferece razões para demonstrar que várias das teses que Dworkin lhe atribui não se depreendem de sua obra, e pelo contrário, estão explicitamente excluídos dela. Neste ponto, a defesa de Hart consiste, em outras palavras, em afirmar que Dworkin interpretou erroneamente sua teoria (3.4.1).

Em segundo lugar, Hart argumenta a favor de algumas de suas teses, e procura demonstrar que estas não sucumbem diante das críticas dworkinianas. Neste ponto a defesa não está em demonstrar erros de leitura, mas mostrar que, apesar de interpretar corretamente, as teses positivistas são mais consistentes do que as propostas de Dworkin (3.4.2).

Por último, Hart aceita algumas “inconsistências” e “vazios” de sua teoria e sugere adaptações para solucioná-las. Esta última estratégia trata de refinar as formulações de sua teoria inicial. (3.4.3)¹⁸¹

O ponto central da defesa de Hart é a reivindicação da possibilidade de elaborar uma teoria descritiva do direito que, inobstante possuir este caráter, dê

¹⁷⁹ RODRIGUEZ, Cesar. *La decision judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogota: Siglo de los Hombres, 2008, p. 43.

¹⁸⁰ A apresentação do pós escrito de Hart em três grupos de argumentos segue metodologia proposta por ETCHEVERRY (2007) e RODRIGUEZ (2008)

¹⁸¹ Ibid, p. 44

conta da existência de juízos valorativos no direito. Apesar das práticas dos operadores do direito demonstrarem que se apela a regras para criticar condutas ou fazer exigências, isto não impede a elaboração de uma teoria descritiva, sem ser ela mesma crítica ou justificadora. Hart sustenta que a sua teoria é um “positivismo suave”, já que procura descrever o funcionamento do direito reconhecendo a existência de valores na regra de reconhecimento, sem com isso passar a ser uma teoria valorativa no estilo dworkiniano¹⁸²

3.4.1

Críticas de Hart à teoria dworkiana

Inicialmente, com relação à tese da conexão necessária entre direito e moral, Hart considera a teoria de Dworkin muito próxima ao jusnaturalismo. As críticas de Dworkin contra a tese hartiana da discricionariedade dependeriam de uma teoria moral objetivista. Como esta inexistente, o juiz Hércules, na sua busca da melhor justificação moral do direito não poderia escapar da discricionariedade.

De outro lado, Hart também questiona a possibilidade de uma única resposta certa como elemento superador da discricionariedade. Exemplifica o problema ao supor que num caso de dois juízes competentes para um determinado caso, resulta impossível afirmar quem está com a razão.

No tocante à consideração de Dworkin de acordo com a qual os direitos jurídicos devem ser lidos como direitos morais, Hart considera que tal afirmação deve ser abandonada ou não passa de uma trivialidade.¹⁸³ Esclarece Hart

os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com seus recursos coercivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a formação de sua existência.¹⁸⁴

¹⁸² Ibid, p. 45.

¹⁸³ HART, Herbert. *Essays on Bentham* Oxford: Clarendon, 1982, p. 147-149

¹⁸⁴ HART, Herbert. “Pós-escrito”, in *O Conceito de Direito*, op. cit. p. 332

Finalmente, Hart afirma que Dworkin tece uma crítica baseada apenas em exemplos contra as teses positivistas, e não numa teoria jurídica geral, portanto, baseia-se em fatos contingentes e não representa um verdadeiro desafio ao positivismo jurídico.¹⁸⁵ Não obstante, a teoria proposta por Dworkin é normativa, sendo incapaz de responder à pergunta “o que é o direito”, mas tão somente dando conta de um sistema jurídico específico, calcada numa perspectiva interna. Hart sustenta a possibilidade de uma teoria descritiva do direito elaborada a partir de um observador externo

Mas nada há, de fato, no projeto de uma Teoria Geral do Direito (*Jurisprudence*) descritiva, tal como está exemplificado no meu livro, que impeça um observador externo não participante de descrever os modos por que os participantes encaram o direito, de tal ponto de vista interno. (...) o teorizador jurídico descritivo deve compreender o que é adotar o ponto de vista interno, e, nesse sentido limitado, deve estar apto a pôr-se, ele próprio, no lugar de uma pessoa dentro do sistema, mas isso não é aceitar o direito, ou partilhar, ou sustentar o ponto de vista interno da pessoa de dentro, ou, de qualquer outro modo, renunciar à sua postura descritiva. (...) Uma descrição pode ainda continuar sendo descrição mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação.¹⁸⁶

3.4.2 Aclarações de Hart às críticas de Dworkin

Três são os pontos centrais de esclarecimentos feitos por Hart: a noção de obrigatoriedade no direito, a natureza da teoria jurídica e discricionariedade da atividade judicial.

Com relação à obrigatoriedade do direito, Hart vê nela o principal problema de *O Conceito de Direito*.¹⁸⁷ Isto porque tal conceito era equivocadamente apresentado como fruto de uma regra social. Assim, todo tipo de obrigação surgiria de regras sociais. Sua teoria fora chamada de “teoria da prática” porque encarava as regras sociais de um grupo como uma prática social que abrangeria tanto modelos de conduta regularmente seguidos pela maior parte dos membros do grupo, como uma atitude de normativa de aceitação.¹⁸⁸ No entanto, tal explicação se amoldaria bem apenas para regras convencionais de caráter consuetudinário, mas não para regras emanadas do Poder Legislativo, necessitando, portanto, de uma revisão.

¹⁸⁵ HART, Herbert. “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, op. cit. p. 14 *et seq.*

¹⁸⁶ HART, Herbert. “Pós-escrito”, op. cit. p. 303-306.

¹⁸⁷ PARAMO, J. “Entrevista a H L A Hart”, *Doxa*, 5, 1998, p. 343.

¹⁸⁸ HART, Herbert. “Pós-escrito”, p. 317.

A nova teoria de Hart sustenta que as normas não precisam ser aceitas pela maioria de uma comunidade para serem reconhecidas como válidas. A teoria de Hart permaneceria fiel apenas em relação a regras sociais convencionais, nas quais se incluem os costumes sociais comuns e certas regras jurídicas importantes como a regra de reconhecimento, que sendo de fato, uma forma de regra judicial costumeira, somente existe se for aceita e executada pelos tribunais. Já as regras legisladas, embora sejam identificáveis pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, podem existir enquanto regras desde seu surgimento, mesmo antes de verificada qualquer ocasião para sua prática.¹⁸⁹

Com relação à natureza da teoria jurídica, Hart reitera a possibilidade já exposta de elaborar-se uma teoria geral e descritiva. Cabe ressaltar nesse ponto que Hart e Dworkin partem assim de premissas metodológicas distintas. Isto faz com que o debate Hart x Dworkin se pareça em muitos pontos mais com um “conjunto de conexões perdidas do que de respostas encontradas”.¹⁹⁰ Retomaremos o ponto no capítulo seguinte.

Por derradeiro, no tocante à discricionariedade judicial, Hart reafirma a possibilidade de casos de indeterminação ou incompletude do direito, casos nos quais o juiz exerceria seu poder discricionário. Dworkin rejeita esta tese por se tratar de uma concepção enganadora tanto do direito como da atividade judicial. Não seria o direito incompleto, mas a visão que os positivistas têm deste. O direito nunca seria incompleto, pois estaria composto além do direito estabelecido explícito, por princípios jurídicos implícitos, isto é, aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantenham coerência, conferindo a melhor justificação moral dele.¹⁹¹

Dworkin considera a concepção de Hart descritivamente falsa, pois a retórica do processo judicial transmite a idéia de que inexitem casos não regulados pelo direito. Hart adverte que “é importante distinguir a linguagem ritual utilizada por juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial”.¹⁹² A referência recorrente a princípios por parte dos julgadores não elimina a criação do direito, apenas a retarda em alguns casos, pois ao se deparar com princípios

¹⁸⁹ Ibid, p. 318.

¹⁹⁰ ETCHEVERRY, *El Positivismo Jurídico Incluyente*, op. cit. p. 88

¹⁹¹ HART, Herbert. “Pós-escrito” op. cit., p. 335..

¹⁹² Ibid, p. 337.

concorrentes, o juiz terá que agir como um legislador, confiando no seu senso de escolha, e não se baseando em algo previamente estabelecido.

A concepção do poder discricionário não poderia também ser tida como antidemocrática, tal qual Dworkin sustentara. Apesar de não serem em regra eleitos, reconhecer o poder dos juízes de criar direito seria um preço necessário a se pagar para evitar inconvenientes ainda maiores de soluções alternativas, como a remessa da causa ao órgão legislativo.¹⁹³ Trata-se de uma característica das modernas democracias. Tampouco seria injusta tal concepção, pois mesmo ao criar direito *ex post facto*, inexistindo direito previamente estabelecido, não se pode dizer que alguém teve expectativas legítimas frustradas com o novo direito criado.

3.4.3

Teses do *soft positivism* hartiano

Hart pretendia com seu Pós-escrito responder as críticas que sua teoria durante mais de trinta anos. Todavia, só conseguiu completar parte deste trabalho, já que faleceu antes de concluir a segunda seção, na qual dialogava com outros autores que não Dworkin.¹⁹⁴

O primeiro passo de Hart foi esclarecer a natureza do positivismo jurídico. Para ele, sua teoria não é semântica, e, portanto, não é atingida pelo “agulhão” apontado por Dworkin. Ele não nega em momento nenhum da obra a possibilidade de desacordos teóricos no direito, e acrescenta

Embora os meus exemplos principais dos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, sejam questões daquilo a que Dworkin tem chamado de pedigree, dizendo respeito apenas ao modo como as leis são adotadas ou criadas por instituições jurídicas, e não ao seu conteúdo, eu expressamente afirmo os dois seguintes pontos neste livro e no meu artigo intitulado “Positivism and the Separation of Law and Morals”, que em muitos sistemas de direito, tal como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica podiam incorporar explicitamente, para além de pedigree, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais.¹⁹⁵

No que se refere especificamente à regra de reconhecimento e sua insuficiência ou incapacidade de lidar com princípios, Hart afirma inexistir razão

¹⁹³ Ibid, p. 338.

¹⁹⁴ Cf. Nota dos editores a *O Conceito de Direito*.

¹⁹⁵ HART, Herbert. “Pós-escrito”, op.cit. p. 309.

alguma para que a regra de reconhecimento não possa diretamente identificar alguns princípios por seu conteúdo, sendo assim parte do critério de identificação de validade jurídica.¹⁹⁶ Assim, a regra de reconhecimento pode incorporar critérios de validade em conformidade com princípios morais substantivos. Para Hart, Dworkin teria sido levado a um duplo erro: “em primeiro lugar, a crença de que princípios jurídicos não podem identificar-se pelo seu pedigree, e, em segundo lugar, a crença de que a regra de reconhecimento só pode fornecer critério de pedigree”¹⁹⁷

Hart sustenta que nenhum dos aspectos dos princípios que impede sua identificação por critérios de pedigree. Como exemplo, estariam os princípios previstos nas constituições e atos legislativos, ou ainda princípios do *common law*, como o da vedação de beneficiar-se da própria torpeza, que podem ser identificados por pedigree na medida em que são invocados de forma recorrente e coerente pelos tribunais. Com relação aos demais princípios, não identificáveis por *pedigree*, quer seja por sua fugacidade ou indeterminação, isto não propõe uma alternativa à regra de reconhecimento, mas à necessidade, como Soper, Coleman e Lyons advertiram, de delineamento de uma regra de reconhecimento capaz de identificar os princípios por seu conteúdo, e não por seu pedigree.¹⁹⁸

Ainda de acordo com Hart, a regra de reconhecimento seria não só possível, como necessária. Isto porque o ponto de identificação de qualquer princípio jurídico seria uma área específica do direito constituído, ao qual o princípio se amolda e justifica, o que exigiria necessariamente uma regra de reconhecimento. Isto estaria ligado ao que Dworkin determinou “etapa pré-interpretativa”, cuja identificação sustenta a existência de uma regra de reconhecimento, que identifique de forma autorizada as fontes do direito.¹⁹⁹

No tocante à incerteza ou à margem de controvérsia que tal regra de reconhecimento, ao aceitar que a identificação do direito dependa de questões controvertidas, possa gerar, isto não abala em nada as pretensões positivistas. Tal crítica sobrevalora não só a importância que os positivistas dariam ao grão de certeza dos padrões jurídicos, como o de incerteza que resultaria dos valores ou princípios morais. A exclusão total da incerteza não é um objetivo da regra de reconhecimento, e isto estaria expressamente afirmado na zona de penumbra

¹⁹⁶ HART, Herbert. “Positivism and the Separation of Law and Morals” *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4. 1958, p. 593 *et seq*; “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, op. cit. p. 8. Cf. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo incluyente*, op.cit. p. 94.

¹⁹⁷ HART, Herbert. “Pós-escrito” op. cit. , p. 327.

¹⁹⁸ Ibid, p. 328.

¹⁹⁹ Ibid, p. 329.

gerada por ela. A incerteza deve ser tolerada e até é bem-vinda, a questão está em se estabelecer qual é o grau de incerteza tolerado por determinado sistema jurídico.

Hart aborda ainda a distinção entre princípios e regras, reconhecendo suas próprias falhas na abordagem inicial do tema, mas afirmando ser possível repará-las com pequenos ajustes. As distinções entre princípios e regras se centrariam em pelo menos dois aspectos: um de grau, já que, em relação às regras, os princípios seriam extensos, gerais ou não específicos; e outro ligado à finalidade, já que ao se referirem a um objetivo ou valor, os princípios são desejáveis de se manter ou se aderir, contribuindo para justificação das regras.

No entanto, não há porque rejeitar certa dimensão de peso das regras, considerando sua aplicação como “tudo ou nada”.

Não há razão para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, exceto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como mais importante do que outra regra concorrente.

Desta forma, a distinção seria apenas uma questão de grau, e não uma oposição disjuntiva como apresentada por Dworkin. O próprio caso referido *Riggs vs Palmer*, na qual aplicou-se um princípio em detrimento de uma regra legislada, demonstra que a regra não possui uma dimensão “tudo ou nada” já que é passível de entrar em conflito com um princípio.

Em uma apertada síntese, pode-se resumir em três teses o núcleo do positivismo hartiano.²⁰⁰

- 1) A tese das fontes sociais do direito: a existência e o conteúdo do direito de uma determinada sociedade dependem de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de um conjunto de ações dos membros desta sociedade.
- 2) A tese da separação conceitual entre direito e moral: a validade jurídica de uma norma (ou seja, a o pertencimento de uma norma a um sistema jurídico) não implica de maneira necessária seu acordo com a

²⁰⁰ MORESO, José Juan. “En defensa del positivismo jurídico inclusivo” NAVARRO, Pablo e REDONDO, M Cristina. *La relevância del derecho: ensayos de filosofía moral, jurídica y política*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 94.

moralidade, e a validade moral de uma norma não comporta necessariamente sua validade jurídica:

- 3) A tese dos limites do direito ou da discricionariedade judicial: o conteúdo das normas juridicamente válidas não determina a qualificação normativa de todas as ações. Nestes casos, então, os juízes possuem discricionariedade na hora de decidir controvérsias.

3.5

O positivismo inclusivo de Waluchow

Publicada no mesmo ano do Pós-escrito de Hart, *Inclusive Legal Positivism* reúne e aprimora diversos artigos publicados por Wilfrid Waluchow ao longo dos anos 80 e 90.²⁰¹

Waluchow destaca inicialmente as fronteiras incertas da teoria jurídica, colocando-a num estado de perplexidade. Teóricos que se dizem partidários de uma mesma corrente sustentam teses que aparentemente são contraditórias. É o caso, por exemplo, de positivistas como Raz e MacCormick que sustentam ser plenamente compatível com o positivismo a idéia de que o direito tem algum valor moral, e de outro lado, o também positivista Austin, que sustentava, como visto, que a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito moral outra.²⁰² O mesmo ocorre com jusnaturalistas como Finnis²⁰³, afirmando que nunca foi uma preocupação central do jusnaturalismo a negação da validade de uma lei injusta e, em sentido oposto, a famosa afirmação de Santo Agostinho segundo a qual o direito injusto não parece direito em absoluto²⁰⁴. O objetivo de Waluchow é retirar a teoria do direito do caos em que ela foi recentemente colocada, e o caminho será partir da teoria de Hart, efetuando as alterações necessárias, sem abandonar seu impulso essencial.²⁰⁵

²⁰¹ São eles: "The Forces of Law", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1990; "The Weak Social Thesis", 9 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989; "Charter Challenges: A Test For Theories of Law", 29 *Osgoode Hall Law Journal*, 1990; "Herculean Positivism", 5 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985; "Strong Discretion", 33 *The Philosophical Quarterly*, 1983 e "Hart, legal Rules and Palm Tree Justice", 4 *Law and Philosophy*, 1985.

²⁰² WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo Jurídico Incluyente*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 15.

²⁰³ Finnis talvez seja mais bem classificado como "neojusnaturalista"; Nesse ponto, cf. SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*, op. cit. p. 197 et seq.

²⁰⁴ WALUCHOW, Wilfrid. *Positivismo Jurídico Incluyente* op. cit., p. 16

²⁰⁵ Ibid, p. 17.

Portanto, o que Waluchow pretende fazer é “refinar” e “aclarar” as posições de Hart, defendendo sua posição do positivismo inclusivo frente aos seus principais oponentes, Raz e Dworkin. Essa será, seguindo os demais teóricos da corrente, a estratégia de Waluchow: afirmar sua versão de positivismo rebatendo argumentos contrários de ambos os lados.

Waluchow não descuida do fato que muitas das discussões em teoria do direito têm sua origem em pontos de partida distintos. É o que acontece entre Hart e Dworkin. O primeiro apresenta uma teoria descritiva que é moral e politicamente neutra, acerca de todo ou ao menos da maioria dos sistemas jurídicos. Já o segundo apresenta uma teoria normativa, totalmente comprometida (ou interpretativa, como ele denomina) com as práticas adjudicativas dos sistemas anglo-saxões. Há que se perguntar se em realidade eles não estariam discutindo “em idiomas distintos”. No entanto, ao invés de desqualificar o debate, isto só aumenta a necessidade de cuidado ao analisá-lo.

3.5.1 Rebatendo os argumentos de Dworkin

O autor identifica na obra de Dworkin quatro argumentos centrais contra a tese inclusiva e busca contestar cada um deles (validade, pedigree, função e discricionariedade)

3.5.1.1

O argumento da validade

Waluchow sintetiza o argumento de Dworkin da seguinte forma²⁰⁶:

1. De acordo com o positivismo, uma lei é uma classe especial de padrões, distinguível de todas as outras classes de padrões não jurídicos por superar certos testes de validade jurídica;
2. De acordo com Hart, os testes de validade jurídica se encontram delineados ou exibidos na regra de reconhecimento, a regra social mestra que outorga validade a todos os outros padrões jurídicos do sistema;

²⁰⁶ Ibid, p. 183.

3. Assim, para o positivista Hart, todo o direito é direito válido;
4. “Validade”, no entanto, é um conceito “tudo-ou-nada”, apropriado para regras, mas inconsistente com a dimensão de peso dos princípios;
5. Princípios de moral política do tipo que figuram em casos como Riggs, Henningsen, não podem, por ter peso, ser válidos;
6. Portanto, princípios não podem contar como direito válido;
7. Conclusão: o positivismo é inconsistente com o papel dos princípios e deve ser rejeitado.

As três premissas iniciais apontam com um grau de generalidade a tese do pedigree. A controvérsia se instaura na premissa 4, pois para Waluchow “não há razão alguma para supor que uma lei válida não possa também ter peso. Mais especificamente, não há razão para pensar que aqueles princípios que possuem peso não possam também satisfazer os testes de validade que se encontram na regra de reconhecimento”²⁰⁷

Portanto, o autor foca na premissa 4, buscando invalidá-la para invalidar o argumento como um todo. Para isso, parte da afirmação de Dworkin sobre as regras, segundo a qual “regras são aplicadas à maneira “tudo-ou-nada”. Se estão dados os fatos que a regra estipula, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta por ela oferecida deve ser aceita, ou não o é, em cujo caso nada contribui para decisão.”²⁰⁸

Para falsear tal afirmação, Waluchow recorre à doutrina canadense sobre direito local. No caso de conflito entre uma lei federal e uma lei local sobre uma mesma matéria, a lei federal deve prevalecer no caso concreto, mas isso não implica que a lei local deixou de ser válida. Isto é, mesmo válida, a lei local não terá aplicabilidade no caso, mas continua sendo válida e possuindo força institucional.

Assim, como uma lei pode ser válida e a resposta por ela oferecida não ser aceita, a afirmação de Dworkin é falsa, e conseqüentemente a premissa 4 e o argumento como um todo.

²⁰⁷ Ibid, p. 185.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op.cit.p. 39.

3.5.1.2

O argumento do *pedigree*

O argumento seguinte analisado por Waluchow se vincula a assertiva de que o positivismo jurídico só está comprometido com testes de fonte para determinação da validade jurídica, e não com testes de conteúdo. Pode-se sintetizar o argumento desta forma²⁰⁹:

1. O direito pode ser identificado e distinguido por critérios específicos, por testes que em nada tem a ver com conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pelo qual foi adotado ou desenvolvido;
2. Um princípio, no entanto, é um princípio jurídico somente se for um princípio da moralidade política que figura na melhor teoria herculeana interpretativa e construtiva do direito dado;
3. A tentativa de determinar qual é a melhor teoria, e, em consequência, que princípios se convertem em jurídicos, deve submergir o jurista muito profundamente na teoria política e moral, e mais além do ponto em que seria correto dizer que exista algum teste de *pedigree* para decidir qual de duas justificações distintas é superior; e, portanto, que princípios são jurídicos;
4. Portanto, princípios jurídicos não podem satisfazer os testes positivistas de *pedigree*, neutros em relação ao conteúdo, baseado em critérios de fonte;
5. Assim, os princípios jurídicos não podem, de acordo com o positivismo jurídico, contar como padrões jurídicos válidos.

Neste caso, Waluchow afirma que Dworkin identifica, equivocadamente, o positivismo com o positivismo exclusivo²¹⁰, e, portanto foca seu ataque na premissa 1, segundo a qual positivistas só estariam centrados em testes exclusivamente de *pedigree*. Para isso, ele oferece dois argumentos.

²⁰⁹ Ibid, p. 190.

²¹⁰ Ibid, p. 191.

Primeiramente, afirma que diversos positivistas como Hart e Bentham aceitariam a possibilidade de testes de conteúdo para determinação da validade jurídica. Hart afirmara que em alguns sistemas jurídicos como o norte-americano, os critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente valores morais substantivos. Anteriormente, Bentham já afirmara que até o poder legislativo supremo poderia ser limitado por uma constituição, não tendo negado que princípios morais como o da Quinta Emenda poderiam conformar o conteúdo de tais restrições morais. Até mesmo Austin havia admitido que um estatuto poderia conferir poder para legislar e restringir a área de seu exercício com referência a princípios morais²¹¹

Em segundo lugar, Waluchow sinaliza que alguns sistemas jurídicos de fato apresentam testes de conteúdo como determinantes da validade jurídica, como o Canadá. Assim, ao menos que queiramos excluir Hart, Bentham e Austin do rol dos positivistas e negar realidades fáticas como a do Canadá, deve-se rechaçar a afirmação segundo a qual o positivismo só trabalha com testes neutros em relação ao conteúdo, focando-se apenas nas fontes.

3.5.1.3

O argumento da função

A terceira “confusão” que Dworkin teria feito na sua avaliação do positivismo jurídico, reduzindo-o a sua versão exclusiva, poderia ser expressa no argumento da função, assim sintetizado:²¹²

1. Dworkin afirma que os positivistas concebem o direito como uma instituição pública que tem como uma de suas funções primárias proporcionar padrões públicos e seguros para guiar a conduta dos juízes e pessoas em geral;
2. Hart sustenta que isto é atendido com a incorporação de uma regra de reconhecimento. Esta incorporação marca a distinção entre sociedades pré-jurídicas e sociedades de direito, salvando as primeiras do defeito da incerteza latente;

²¹¹ Ibid, p. 192. Cf. HART, Herbert. “Positivism and the Separation of Law and Morals”, op. cit.

²¹² Ibid, p. 198-199.

3. Para que se cumpra esta função do direito são necessários que a satisfação dos testes de juridicidade seja de fácil identificação; como também devem ser fáceis a determinação de que norma aplicar a determinado caso e o que requer determinada norma em um caso concreto;
4. Desta forma, positivistas devem recusar a incorporação de critérios morais para determinação de validade jurídica para que a finalidade do direito seja alcançada. Devem excluir também os princípios como possíveis candidatos a direito válido, por não oferecerem respostas claras, sendo necessário ponderá-los;
5. A regra de reconhecimento que incorpora testes morais de validade jurídica, como proposto pelo positivismo inclusivo, introduz indeterminação no direito, e, portanto, esta não é uma forma possível de positivismo jurídico.

Waluchow afirma que tal argumento exacerba a necessidade de certeza e determinação que os positivistas clamam. Vários positivistas, como Hart, afirmam que o direito deve se utilizar de termos flexíveis e possuir uma textura aberta. Ademais, o contraste do grau de certeza de normas identificadas por pedigree e por razão de conteúdo é falso. Isto porque normas obtidas por critério de fonte podem apresentar infundáveis controvérsias quanto a sua interpretação e aplicação, podendo apresentar ambigüidades e conflitos com outras normas. Por outro lado, normas identificadas por critérios de conteúdo, envolvendo questões de moral política, podem apresentar alto grau de concordância em determinada sociedade política.

Não obstante a isto, nem sempre a determinação de validade dependerá de um critério moral. O positivismo inclusivo não está comprometido com uma regra de reconhecimento tão profundamente indeterminada como, por exemplo, “direito é aquilo que é justo”, que certamente levaria a um grande grau de instabilidade. Isto é um exagero do grau de incerteza da regra de reconhecimento.

Finalmente, não se deve confundir aquilo que é desejável a um sistema jurídico com aquilo que é essencial à sua existência. Assim, positivistas podem considerar que estabilidade e determinação sejam avaliados em um sistema jurídico, mas não conformam uma característica essencial do direito. Remonta-

se assim a tão referida distinção entre o que o direito é, e aquilo que ele deveria ser. Conclui assim que a “teoria do direito descritivo-explicativa do positivista não deveria transformar-se, contra sua vontade, numa teoria normativa sobre o que é desejável encontrar nos sistemas jurídicos.”²¹³

3.5.1.4

O argumento da discricionariedade

Como visto anteriormente, a crítica de Dworkin a Hart no tocante à discricionariedade judicial pode ser resumida a dois pontos principais: juízes, especificamente os anglo-saxões, não possuem discricionariedade em sentido forte; e ao se apelar para critérios morais, sempre se estará agindo com discricionariedade, o que seria incompatível com as teses positivistas.

Inicialmente, Waluchow retoma a discussão de Dworkin em *Levando os Direitos a Sério* sobre os sentidos da palavra “discrição” para concluir que existe imprecisão no sentido forte do termo. Isto porque não parece claro na proposta de Dworkin se somente não haveria discricionariedade em sentido forte quando as pautas impostas pela autoridade se propõem a controlar a decisão do juiz ou quando de fato elas logram controlar a decisão do juiz. Waluchow sustenta que Dworkin adota a primeira hipótese, o que seria um equívoco para ele.²¹⁴

Para Waluchow a visão de Dworkin não se sustenta, pois diversos juízes anglo-saxões têm a clareza de terem decidido para além dos controles “autoritativos” impostos, e para isso cita testemunhos de Holmes, Radcliffe, Macmillan e Cardozo.²¹⁵ Ademais, há que se diferenciarem os casos em que o juiz possui discricionariedade dos casos em que ele a exerce. Isto porque não basta que os juízes pensem que não possuem discricionariedade para que de fato eles não a exerçam: eles podem estar equivocados. Por isso Waluchow sustenta que existe discricionariedade forte no sistema anglo-saxão, e que isso independente da existência de uma única resposta correta.

²¹³ Ibid, p. 205.

²¹⁴ Ibid, p. 215.

²¹⁵ Ibid, p. 229.

Em relação à suposta incompatibilidade do positivismo inclusivo com o reconhecimento da discricionariedade judicial, Waluchow conclui que não há razão para que ambos não sejam compatíveis. Quando testes morais estão em jogo, pode ser necessário o uso de discricionariedade em sentido forte, porém ao menos que se pense que nunca há respostas para perguntas morais, não há razões para supor que tal juízo discricionário seja sempre exigido. A aplicação de determinado valor constitucionalmente consagrado pode não despertar controvérsias nem criação de direito novo, logo não existiria inconsistência no positivismo inclusivo.

3.5.2

Rebatendo os argumentos de outras versões de positivismo

Uma vez considerada defendida sua teoria frente às críticas dworkianas²¹⁶, Waluchow volta-se então a outras versões do positivismo, por excelência a versão exclusiva, centrada na figura de Joseph Raz. Até então a mesma estratégia de outros teóricos da corrente. O fato curioso é que Waluchow dedica diversas páginas de seu livro a rebater argumentos do próprio Hart, cuja teoria pretende defender. Embora Hart nunca tenha feito críticas contra o positivismo inclusivo, pelo contrário, tenha se afirmado defensor desta corrente (sob a denominação de *soft positivism*), Waluchow vê por bem rebater alguns de seus argumentos apresentados em *O Conceito de Direito*. Isto porque certos argumentos contrários ao jusnaturalismo poderiam ser estendidas a versões inclusivas do positivismo.²¹⁷ O questionamento a estes pontos pode ser encarado como o refinamento proposto por Waluchow em suas páginas iniciais.

3.5.2.1

Rebatendo os argumentos de Hart

²¹⁶ Não seguimos aqui a ordem de apresentação dos argumentos adotada por Waluchow em seu livro. Por se tratar de uma “reunião aprimorada” de diversos artigos, a exposição dos seus pontos não é sistemática, retornando por diversas vezes ao mesmo ponto. Optamos por apresentar inicialmente as críticas aos argumentos de Dworkin para então aquelas em relação a Hart e Raz por entendermos dar mais clareza à exposição. A estratégia adotada segue a ETCHEVERRY, 2007.

²¹⁷ Cf. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente* op. cit. p. 125

Um dos argumentos de Hart “refinados” por Waluchow é o “causal”- que também seria compartilhado por Bentham - igualmente chamado de “argumento moral”. De acordo com tal argumento, afirmações como “lei injusta não é direito” e outras afirmações jusnaturalistas impediriam a crítica ao direito. Para Bentham, poderia levar a uma conexão duvidosa entre direito e moral e a pensamentos perigosos, revolucionários ou anarquistas. Este argumento poderia servir para desqualificar também versões do positivismo inclusivo em favor do exclusivo, e por isso Waluchow vê por bem combatê-lo.

Waluchow encara esse argumento como “causal” por ser conseqüencialista, e não parece muito coerente tentar refutar uma teoria descritivo-explicativa com base em suas possíveis conseqüências. A verdade de uma proposição e suas conseqüências práticas são coisas distintas. O argumento de Bentham e Hart só faria sentido se buscasse desafiar uma teoria normativa que desenhasse pautas de conduta, o que, definitivamente, não é o caso do positivismo inclusivo. E, citando Hume, afirma: “Não é certo que uma opinião seja falsa em virtude de suas conseqüências”²¹⁸

De outro lado, caberia perguntar-se por que essa possível conexão entre direito e moral leve a extremos de anarquia e revolução. Em uma sociedade em que as restrições morais ao poder estão oficial e publicamente reconhecidas, com garantias para os cidadãos é muito menos susceptível a sofrer esses tipos de ameaças extremas do que um sistema em que a restrições morais não o são. Waluchow, valendo-se de um argumento de Fuller, conclui subscrevendo a afirmação de que “um sistema de direito suficientemente aberto a argumentos morais tem maior probabilidade de ser moralmente aceitável e assim servir a causa da paz e à ordem”.²¹⁹ Portanto, não haveria mérito em argumentos causais / morais como os de Hart e Bentham por repousarem em premissas falsas.²²⁰

Outro argumento de Hart que Waluchow busca rebater é o da “clareza intelectual”, que Hart apresenta tomando por base a atuação de tribunais alemães no pós-guerra. Teorias jusnaturalistas obscureceriam ou simplificariam

²¹⁸ Ibid, p. 109

²¹⁹ Ibid, p. 113. Cf. FULLER, Lon. “Positivism and fidelity to law” in BIX, Brian (org) *Philosophy of Law: critical concepts in philosophy*, vol. II, NY: NY, 2006, pp. 318-352

²²⁰ Waluchow afirma em seu livro que em correspondências privadas com Hart este revelara que não mais aceita a validade de argumentos causais/morais a favor do positivismo, desejando empregar apenas argumentos que repousem em considerações valorativas metateóricas, não morais. Cf. Ibid, p. 113, nota 29.

por demasiado questões complexas. O positivismo jurídico colocaria um “feixe de luz” sobre estas questões, trazendo a clareza necessária para deliberações morais. A conclusão a que Waluchow chega é que este argumento é fraco para se preferir o positivismo ao jusnaturalismo por se tratar de uma petição de princípio. Neste ponto, põe-se de acordo com Raz, para quem isto significa pressupor a tese mais do que apoiá-la, ou seja, para afirmar a clareza do positivismo, a pressupõe.

3.5.2.2

Rebatendo os argumentos de Raz

Waluchow divide os argumentos de Raz em dois grupos: os argumentos populares e os originais. Isto porque parte dos argumentos de Raz não são originais dele, ele apenas os reutiliza contra o positivismo inclusivo. São eles: o argumento lingüístico, o da parcialidade e o da conexão institucional.

O argumento lingüístico sustenta que o positivismo jurídico reflete com maior precisão o significado do termo “direito” e termos análogos da linguagem ordinária²²¹. A partir desses termos, conclui-se que o direito pode ser injusto ou imoral, e a linguagem ordinária seria uma demonstração da virtude do positivismo exclusivo. Waluchow se pergunta se o uso ordinário da palavra “direito” de fato contribui para compreender a sociedade e suas instituições, se devemos ser “escravo das palavras”. Conclui, na esteira de Hart, que este não é um bom argumento em favor do positivismo

O argumento da parcialidade (*bias*) sustenta que a preferência pela versão exclusiva do positivismo se funda na possibilidade que este cria de descrever o direito sem se deixar contaminar por valorações impuras. Ao se admitir que a validade jurídica possa depender de valores morais, como fazem os inclusivos, a parcialidade do investigador será muito maior, comprometendo assim sua descrição. Waluchow afirma que o problema deste argumento está no fato que, queiramos ou não, a existência do direito depende algumas vezes de

²²¹ Ibid, p.119.

considerações morais, e negar este fato só gera distorções e erros. “O que há de bom numa teoria pura se o fenômeno investigado é totalmente impuro?”²²²

Por fim, o último dos argumentos populares, o da conexão institucional repousa no fato do direito ser um fenômeno social, e não uma construção ideal. O conteúdo do direito é definido pelo próprio direito. É uma instituição social. Isto, para Waluchow, em nada afeta o positivismo inclusivo, posto que, para ele, as considerações morais podem ser relevantes para identificação do direito apenas se o próprio sistema jurídico reconheça que estas considerações cumprem este papel. Assim, concluir que ao contrário do direito natural, o positivismo inclusivo é totalmente compatível com o caráter institucional do direito.

Três também seriam os argumentos próprios de Raz: o do poder explicativo, o da função e o da autoridade do direito. De acordo com o argumento do poder explicativo, a versão exclusiva do positivismo seria preferível por explicar melhor nossa concepção de direito, sistematizando distinções relevantes, como valorações jurídicas e morais: direito estabelecido ou não: aplicar e criar direito, dentre outras distinções pré-teóricas. Waluchow questiona se as distinções apontadas por Raz são as que uma teoria descritivo-explicativa do direito exitosa deva buscar.²²³ Mesmo que Raz tivesse razão nesse ponto, não haveria motivos para crer que o positivismo inclusivo não conseguiria enfrentar estes pontos. Em uma sociedade cuja constituição possua critérios morais para determinação do direito expressamente incorporados (denominadas por ele de “sociedades de carta”), as distinções referidas podem ser observadas, ainda que com matizes.²²⁴

O argumento da função é bem semelhante ao já apresentado quando da análise dos pontos de Dworkin. Raz sustenta que a função do direito é apresentar de modo claro os padrões de comportamento necessários à cooperação social. Por isso, os padrões fornecidos pelo direito devem ser claros, caso contrário, sua função não seria cumprida. A resposta de Waluchow também é bastante semelhante, sustentando que o argumento exagera a necessidade de

²²² Ibid, p. 121

²²³ Neste ponto Waluchow faz referência explícita às críticas de Stephen Perry. Cf. PERRY, Stephen. “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law” *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1987, p. 215-257.

²²⁴ Ibid, p.130.

certeza do direito, bem como da certeza obtida a partir de normas que só dependam de critérios de pedigree para sua validade²²⁵.

Por fim, o último dos argumentos abordados por Waluchow é o da autoridade, ponto central na obra de Raz, e por isso considerado como o mais poderoso. Como já apresentamos no início do capítulo o argumento da autoridade, passamos diretamente as críticas de Waluchow. Para nosso autor, apesar de ser inegável o caráter autoritativo do direito, isso não implica que todas as diretivas jurídicas possam e devam ser estabelecidas independente de considerações morais. Aceitar a autoridade não implicaria em excluir todas as demais razões dependentes, simplesmente que tal razão deve ter algum peso. Waluchow contesta também o exemplo do árbitro, utilizado por Raz para exemplificar sua tese, pois algumas características da arbitragem não se aplicam ao direito²²⁶. Decisões dotadas de autoridade afetam o peso de outras razões para ação, diferentemente de decisões não dotadas de autoridade, que carecem desta propriedade normativa. Raz estaria equivocado ao identificar a força institucional do direito com um único tipo de força, a excludente.

Portanto, para Waluchow, nem é uma função essencial do direito resolver conclusiva e “autoritativamente” as disputas sobre razões dependentes, bem como essa função não se frustra completamente por qualquer consideração de razões morais e dependentes. Aceitar certo grau de indeterminação do direito é um preço razoável que as “sociedades de carta” devem pagar para salvar outros valores.

Ademais, em uma sociedade de carta, ao realizar considerações morais, não se está necessariamente voltando às razões excluídas pelo direito. Tratam-se normalmente de razões distintas. Os direitos morais invocados não precisam ter relação alguma com as razões excluídas. A validade de uma lei poderia ser questionada sobre bases morais que em nada guardam relação com as razões dependentes que aquela se propõe determinar.

Um último ponto relevante é abordado por Waluchow: a discricionariedade judicial. Segundo Raz, uma teoria coerente deveria oferecer

²²⁵ O argumento é reapresentado por autores exclusivos, como Scott Shapiro, sob o nome de “argumento da diferença prática”. Com base nos mesmos fundamentos entende que versões inclusivas do positivismo impedem que as regras possam cumprir sua função de guia de conduta dos juizes e demais indivíduos, ou seja, não geram nenhum tipo de diferença prática nas pessoas. Se tivermos que consultar princípios morais, como razões de primeira ordem que a regra deveria substituir, ela não estará provendo nem um guia epistêmico nem motivacional, e portanto, não gera nenhuma diferença prática.

²²⁶ Ibid., p. 138 et seq.

algum critério para distinção das hipóteses nas quais a referência a um valor moral implica aplicação de direito pré-existente dos casos nos quais se estaria criando direito novo.²²⁷ Waluchow rebate a crítica afirmando que para se saber se um juiz age ou não com discricionariedade, deve-se observar sua atuação. Caso baseiem sua decisão na premissa que sua interpretação da carta constitucional é a correta e a exigida pelo direito, a aplicação não é discricionária. Caso contrário, se a decisão se baseia na interpretação não é tida pelo juiz como univocamente correta ou requerida pelo direito, há discricionariedade. Neste último caso, a decisão é tomada com base em padrões não “autoritativos” que parecem razoáveis para as circunstâncias do caso.

Para distinguir os casos nos quais a apelação à moral equivalem a, ou implicam, o exercício de discricionariedade no sentido forte, dos casos em que isto não é assim, devemos observar os juízes e o modo como eles decidem. Se um juiz baseia sua decisão na premissa de que sua interpretação de um direito da Carta é correta e é, portanto, a requerida pelo direito, então a sua apelação a tal direito não é discricionária. E isto é assim inclusive se ele está equivocado a respeito, e efetivamente possui discricionariedade forte porque há, ao menos, duas interpretações possíveis entre as que se pode realizar uma escolha determinada. Se, por outro lado, sua decisão não está baseada na premissa de que sua interpretação do direito da Carta aplicável é a única correta e portanto a requerida pelo direito, então temos aqui uma referencia discricionária à moral. Sua escolha entre as interpretações alternativas que acredita que deixam abertas as pautas “autoritativas” estará baseada em outras pautas “não autoritativas”.²²⁸

3.5.3

As conclusões de Waluchow

A partir de todos os argumentos expostos e rebatidos anteriormente, Waluchow conclui que o positivismo inclusivo é uma teoria do direito viável, dedicada a responder todos os desafios que se lhe apresentam.

A grande vantagem dessa teoria em relação ao positivismo exclusivo é sua capacidade explicativa daquilo que o autor denominou sociedades de carta, isto é, sistemas jurídicos que reconheceram explicitamente teste morais para validade e conteúdo do direito, como grande parte das constituições dos sistemas jurídicos ocidentais.

A estratégia de Waluchow parece, em seu conjunto, bem sucedida, pois consegue conciliar a possibilidade da existência de um teste de juridicidade que

²²⁷ RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*, op.cit. p. 67

²²⁸ WALUCHOW, *Positivismo Jurídico Incluyente*, op. cit. p. 242-243

leve em conta critérios de conteúdo com a manutenção das teses básicas positivistas, ou seja, é capaz de superar o “desafio da carta” propiciado pelos estados constitucionais contemporâneos. No próximo capítulo analisaremos manifestações contemporâneas do positivismo inclusivo e a relevância da persistência do debate com os exclusivos.