

A RELEVÂNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO PARA A TEORIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO

LAZAROTO, Lucas Gustavo¹
OLIVEIRA, Lucas. P. O²

RESUMO:

O presente texto examina a constituição do positivismo jurídico contemporâneo a partir do debate travado entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Identificando os conceitos iniciais trazidos por cada um dos autores e os seus desdobramentos posteriores a partir das novas teses que surgiram. Em um primeiro momento, tratou-se da primeira concepção de Direito apresentada por Hart em seu Conceito de Direito. Em seguida, foi apresentada a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico de Hart e a sua nova formulação do direito a partir dos princípios, da tese da única resposta correta e da integridade. Com isto posto, procura-se identificar como a escola positivista reagiu ao desafio de Dworkin partindo das três principais concepções de positivismo contemporâneas. Sendo o positivismo inclusivo, o positivismo exclusivo e o positivismo normativo. Nesse sentido, é analisado o estado atual da teoria do direito dentro de um escopo positivista e como essa corrente metodológica se reinventou e ainda se manteve relevante após o desafio de Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo Jurídico, Teoria do Direito, Ronald Dworkin.

THE RELEVANCE OF LEGAL POSITIVISM TO CONTEMPORARY THEORY OF LAW

ABSTRACT:

This text examines the constitution of contemporary legal positivism from the debate between Herbert Hart and Ronald Dworkin. Identifying the initial concepts brought by each of the authors and their subsequent developments from the new theses that emerged. Formerly, it was the first conception of law presented by Hart in his Concept of Law. Then, there was presented Dworkin's criticism on Hart's legal positivism and his new formulation of the law based on the principles, the thesis of the only correct answer and integrity. With this, it seeks to identify how the positivist school reacted to Dworkin's challenge from the three main conceptions of contemporary positivism. Being inclusive positivism, exclusive positivism and normative positivism. In this sense, the current state of the theory of law is analyzed within a positivist scope and how this methodological current reinvented itself and still remained relevant after Dworkin's challenge.

KEYWORDS: Legal Positivism, Theory of Law, Ronald Dworkin.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, de forma ampla, versa sobre a Teoria Geral do Direito. Já em seus aspectos específicos, busca apresentar o positivismo jurídico contemporâneo e as modificações que ocorreram dentro desta escola após o embate metodológico travado entre Herbert Hart e Ronald Dworkin.

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: lucas.lazaroto@gmail.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: lucasoliveira@fag.edu.br

Tem-se no Brasil, pela doutrina e jurisprudência majoritária, uma tendência à incorporação do pós-positivismo após a virada metodológica do pós-guerra, em que os pressupostos para a identificação do Direito oferecidos anteriormente pelo positivismo jurídico estavam em declínio. Constata-se que isso ocorreu pelas críticas ao formalismo jurídico e à interpretação estrita do texto normativo. Nesse sentido, a virada metodológica pode ser interpretada como a busca por novas maneiras de se pensar o Direito, tendo entre elas a reaproximação entre o direito e a moral dentro de uma perspectiva principiológica.

Por consequência, o marco teórico para esta nova concepção do direito surge na obra de Ronald Dworkin. Inicialmente pelo livro “Levando os direitos a sério” e, posteriormente, “O império do direito”. Em que o autor lança um desafio ao positivismo jurídico nas premissas anteriormente propostas por Herbert Hart.

Hart identificava o Direito como um conjunto de regras primárias e secundárias, no sentido em que as regras primárias constituem regras de ação e têm como objeto apenas identificar o que pode ou não ser feito. Já, por outro lado, as regras secundárias constituiriam outro aspecto do sistema jurídico. Dentre eles, a regra de reconhecimento, as regras de alteração e modificação e as regras de adjudicação.

É na regra de reconhecimento que Hart pautou o seu Conceito de Direito, visto que esta seria o filtro determinante para indicar a validade de determinada regra dentro do sistema jurídico vigente. Ainda, as regras de alteração e modificação seriam um complemento para indicar as formas de se pensar o Direito depois de sua validade.

Por outro lado, a obra de Dworkin teve como claro objetivo a refutação dessa tese proposta por Hart no seu Conceito de Direito. Para tanto, Dworkin buscou na formação principiológica do direito, na tese da única resposta correta e na sua formulação do Direito como integridade, oferecer uma forma de pensar o Direito que não aquela positivista.

Isto posto, no contexto brasileiro, o positivismo restou praticamente extinto, ao passo que o interpretativismo argumentativo proposto por Dworkin caminhou em passos largos na academia, jurisprudência e imaginário coletivo dos juristas brasileiros. Afinal, esta nova proposta metodológica seria capaz de enterrar o positivismo, como também oferecer uma teoria do direito mais adequada aos parâmetros contemporâneos.

De outra banda, percebe-se que a escola positivista não silenciou ao desafio proposto por Dworkin. Nesse diapasão, vê-se uma resposta calorosa do positivismo jurídico partindo de três vias distintas. Em um primeiro momento, Hart responde ao desafio de Dworkin no posfácio de sua tradicional obra Conceito de Direito. Posteriormente, outros autores como Joseph Raz e Jeremy

Waldron abordam também o positivismo contemporâneo a partir de suas formas exclusiva e normativa, respectivamente.

Ocorre, no entanto, que essa bibliografia na sua maior parte, não chegou ao território brasileiro e não foi bem explorada pelos juristas aqui presentes. Isso se deve ao fato de que a maior parte dos autores positivistas pós Dworkin não tem suas obras traduzidas para o português o que, por conseguinte, gerou certa estagnação no debate acerca da teoria do direito.

Entretanto, a tradição analítica e os debates existentes dentro da teoria anglo-saxã geraram enorme aprimoramento teórico não só na escola positivista, como também na obra de Dworkin. Isso se deve ao fato de que o positivismo apresentou respostas coerentes e que trouxeram grande contribuição para a continuidade do debate.

Outrossim, essa resposta não surge de forma unificada e central na escola positivista. Ocorrendo uma tripartição de pensamento após o já mencionado debate. Desse modo, o positivismo buscou responder Dworkin baseado em três vias distintas. Sendo elas: a) Positivismo jurídico inclusivo; b) Positivismo jurídico exclusivo; e c) Positivismo jurídico-normativo.

Portanto, aqui se encontra o cerne da questão. O positivismo jurídico logrou apresentar respostas coerentes ao desafio lançado por Ronald Dworkin? Ademais, de que forma essas respostas foram formuladas pelos autores contemporâneos?

À vista disso, duas hipóteses são colocadas em pauta: a) O positivismo jurídico respondeu de forma coerente ao desafio lançado por Dworkin; e b) Dworkin superou o positivismo jurídico, transformando este como um objeto funcional apenas para seu estudo histórico.

Logo, objetiva-se investigar as respostas colocadas à mesa pelo positivismo jurídico em suas três vias contemporâneas. Partindo de um contexto histórico, abordando o pensamento inicial de Hart e Dworkin, o posterior debate entre os autores e, por fim, apresentar o modo em que o positivismo jurídico contemporâneo é apresentado nos dias de hoje.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O PENSAMENTO DE HERBERT HART

2.1.1 Considerações iniciais sobre Hart

Para entender o positivismo jurídico de Herbert Hart é necessário que sejam colocados pontos básicos sobre as identificações filosóficas do autor. Por consequência, tornou-se o grande expoente positivista para a teoria do direito contemporânea. É que como positivista, Hart, até então, busca

explicação para a construção jurídica com base e constatações empíricas e descritivas. Diferentemente de Kelsen e outros positivistas, o uso da linguagem será o meio mais concreto para determinar o seu conceito de direito.

Para tanto, Hart pauta a sua obra – O Conceito de Direito – em identificar o positivismo proposto por John Austin e fornecer uma resposta que elimine os problemas desta. É que o modelo proposto por Austin, aquele em que o direito é um conjunto de ordens coercitivas determinado por um soberano, não era mais capaz de explicar o direito em uma sociedade moderna e plural.

Dessa maneira, embora o direito primitivo baseado em ameaças, foi útil para determinar um início teórico, entende-se que existem outras formas de direito, como a determinação de poderes para julgar e legislar, como a existência de regras jurídicas que não podem ser baseadas em ameaças (HART, 1994).

Mas também, a dificuldade de encontrar um soberano no meio democrático, bem como a impossibilidade de um sistema estático lidar com todas as modificações sociais que o mundo moderno traz, fizeram com que Hart buscasse desenvolver uma teoria do direito que fosse mais duradoura. Em suma, Hart propõe um conceito de direito formado com base em regras primárias e secundárias.

2.1.2 O que é o direito para Hart?

Hart entende o sistema jurídico como um conjunto de regras primárias e secundárias. De modo que as primárias são regras de ação com capacidade de regular aquilo que pode ou não ser feito.

Já as secundárias podem ser divididas em três espécies: a) regra de reconhecimento; b) regras de alteração e modificação; c) regras de adjudicação (STOLZ, 2007).

Hart elucida-as da seguinte maneira:

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, público ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só o movimento ou mudança físicas, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações (sic). (1994, p. 91).

No que toca as regras primárias, estas constituem obrigações daquilo que pode ou não ser feito. Porém, este conjunto de regras, aplicado de forma única, só seria funcional em uma sociedade

primitiva e pouco complexa. Posto que elas não seriam capazes de formar um sistema jurídico, pois eram estáticas e incertas.

Em seguida, as regras secundárias funcionariam como um remédio que seria capaz de complementar as regras de obrigação. Nesta vereda, a introdução de regras secundárias em um sistema jurídico faria com que este passasse de um estado pré-jurídico para um estado jurídico (HART, 1994).

Então, o remédio para a incerteza corresponde ao primeiro aspecto das regras secundárias. Isto é, a regra de reconhecimento possibilita que o direito passe de um estado pré-jurídico para um estado jurídico. Deste modo, Hart remonta diversas possibilidades para o reconhecimento das normas, podendo estas tomar formas simples, mistas ou complexas.

Ressalta-se que embora a norma possa adquirir um estado jurídico de maneiras diferentes, a aprovação normativa por agente autorizado é imprescindível para este processo. Hart (1994, p. 104) explica da seguinte maneira “O que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra”.

Sendo assim, as regras de conhecimento podem surgir em uma tradição de *civil law* por meio da constituição, tal como em uma tradição de *commom law* por meio de práticas reiteradas de um tribunal (HART, 1994).

Diante disso, observa-se um sistema jurídico autorizado, porém, estático. Dessa forma, como remédio, Hart propõe regras de alteração ou modificação do sistema jurídico. Estas, incumbiriam determinados indivíduos o poder de criação, modificação e extinção de determinadas regras primárias (HART, 1994).

Como ainda se nota que os sujeitos incumbidos de autoridade modificativa não possuiriam poder pleno, posto que o exercício legislativo deveria respeitar a regra de reconhecimento básica.

Por fim, Hart trata sobre as regras de adjudicação. Isto é, regras que determinariam uma forma mínima de julgamento. Em outras palavras, o procedimento utilizado para resolver os conflitos.

Aliás, entende-se que as regras de adjudicação compõem parte do sistema de reconhecimento, posto que as decisões judiciais e as práticas reiteradas dos tribunais podem determinar soluções pacificadas para casos concretos (HART, 1994).

Assim, elas podem ser consideradas regras de dupla função. Afinal, ante o exposto, estas podem determinar o procedimento para julgamento, como criar regras para o sistema jurídico - desde que exista compatibilidade com a regra de reconhecimento.

2.1.3 Reconhecimento, validade, existência e eficácia do sistema jurídico

Como tratado no tópico anterior, Hart dispõe que a regra de reconhecimento é condição indispensável para que a sociedade passe de um estado pré-jurídico para um estado jurídico.

Neste caso, a regra de reconhecimento é o critério utilizado pelo autor para determinar a existência das normas jurídicas. Isto posto, para que uma norma exista no sistema de Hart, considere-se o seguinte: determinada norma pertence ao ordenamento jurídico X, apenas se atender os critérios formulados na regra de reconhecimento X (STOLZ, 2007).

Outrossim, Hart determina que uma norma só é considerada existente quando for geralmente obedecida. Todavia, ao mesmo tempo, dispõe que não há uma conexão necessária entre validade e eficácia. Nesse contexto, “é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios” (HART, 1994, p. 115).

Nesta vereda, entende-se que a ineficácia da norma não afeta necessariamente a validade desta. Sendo assim, o fundamento principal da regra de reconhecimento diz respeito à existência e validade da norma.

Por esse motivo, a norma será existente mediante duas condições mínimas. Sendo as regras de comportamento que devem ser obedecidas por serem válidas e, de outra banda, uma regra que fosse capaz de reconhecer quando as outras são válidas, as regras que determinam a maneira em que outras regras podem ser alteradas e, por fim, as regras que definiriam a atuação judicial. Em tempo, destaca-se que essas regras deveriam ser aceitas como um padrão comum de comportamento oficial. (HART, 1994).

À vista disso, a obediência dos sujeitos subordinados ao sistema jurídico de Hart será o fator determinante para averiguar se este possui validade e eficácia. Isto é, Hart dispõe sobre a necessidade de criação de um sistema jurídico alicerçado em regras que possuem convergência social. Em outras palavras, regras em que o grau de aceitação social possibilite a validade e eficácia do próprio sistema. Isto posto, constata-se que Hart propõe um sistema jurídico baseado em regramentos.

Contudo, destarte os elogios e o reconhecimento da destacada importância deste autor para a teoria do direito, Ronald Dworkin tece críticas ao sistema proposto por Hart.

O referido autor apresenta o seu contraponto, em um primeiro momento, no que toca a não inclusão de princípios no sistema jurídico e, posteriormente, a teoria da decisão apresentada por Hart. Temas estes que serão tratados nos tópicos subsequentes.

2.2 O DESAFIO DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO

2.2.1 Considerações iniciais sobre Dworkin

Ronald Dworkin é um autor contemporâneo que possui enorme influência para a teoria geral do direito. Tanto em um contexto nacional, de modo semelhante no cenário e debate internacional.

Ressalta-se que Dworkin era aluno de Herbert e Hart e posteriormente tornou-se professor da Universidade de Oxford, Universidade de Nova York, entre outros. Ganhando enorme expressão devido a suas críticas ao positivismo jurídico, e também por ser um autor basilar para diversas interpretações quanto à Teoria do Direito Contemporânea.

Nesse sentido, entende-se que Dworkin, a partir das suas críticas ao positivismo e pragmatismo jurídico norte-americano, bem como a linguagem acessível ao público jurídico, pautou o debate sobre a teoria do direito no final do século XX (MACEDO, 2013)

Como também, Dworkin possui uma obra extremamente extensa. Obra esta que é iniciada com a publicação de um conjunto de artigos no livro “Levando os Direitos a Sério em 1977”, até Justiça para Ouriços em 2012.

À vista disso, cabe ao presente trabalho apresentar o desafio que este autor, em um primeiro momento, propôs ao positivismo jurídico, e de que forma essas críticas e perguntas levantadas por Dworkin determinaram a forma do positivismo atual.

Portanto, a crítica de Dworkin será direcionada ao positivismo jurídico de Herbert Hart, posto que para Dworkin este modelo de positivismo seria o mais sofisticado à época. Nas palavras do próprio autor: “Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H.L.A. Hart” (DWORKIN, 2002, p. 27).

Nesta senda, a crítica de Dworkin ao positivismo pode ser dividida em três aspectos principais. Sendo eles: a) tese das fontes sociais do direito; b) tese da convencionalidade; e c) separação entre direito e moral (MACEDO, 2013).

Diante disso, compreende-se que Dworkin monta um esqueleto daquilo que entende ser o positivismo jurídico, para que a partir disso seja possível realizar a sua crítica e oferecer uma nova teoria do direito.

Em princípio, entende-se que Dworkin acredita no direito como uma prática normativa. De modo que a normatividade esteja dotada de autoridade moral. Logo, o direito enquanto prática normativa encontra certa similaridade com o positivismo jurídico de Joseph Raz.

Entretanto, enquanto a tese de Raz apresenta a possibilidade de determinar o direito exclusivamente com base em suas fontes sociais e independente de critérios morais, Dworkin entende que o direito possui uma base avaliativa moral (MACEDO, 2013).

À vista disso, Macedo (2013, p. 158) dispõe que “Para Dworkin, o direito é uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa”. Daí, verifica-se que a tese de Dworkin incorpora a moral dentro do direito.

Nesta toada, Dworkin explica a necessidade de critérios valorativos no direito da seguinte forma: “Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor” (DWORKIN, 2001, p. 239).

Logo, percebe-se que Dworkin busca ultrapassar a tese da separabilidade oferecida pelo positivismo. De modo que o direito se preocupe com o conteúdo normativo e justiça.

Para tanto, o mencionado autor busca na inclusão de princípios, na argumentação e na interpretação fornecer um projeto de teoria do direito que supere os problemas que, segundo o autor, norteiam o positivismo jurídico.

2.2.2 Das Regras e Princípios

Conforme exposto anteriormente, Dworkin entende o direito como prática social moral e argumentativa (MACEDO, 2013). Nesta senda, busca o referido autor, um padrão normativo incumbido de critérios alheios a simples aprovação por fonte social autorizada.

Em virtude disso, será nos princípios que Dworkin vai pautar a sua argumentação em prol da inclusão de critérios morais no direito e na decisão judicial.

Em um primeiro momento, Dworkin descreve os princípios, de maneira genérica, como um conjunto de padrões que não são regras (DWORKIN, 2002).

Todavia, ressalta-se que esse conjunto de padrões que não são regras podem ser divididos em princípios *stricto sensu* (princípios de fato) e metas gerais e políticas (*polices*).

As políticas propostas por Dworkin se tratam de um objetivo social almejado, como uma evolução econômica, política ou social da comunidade. Por outro lado, os princípios são padrões a serem observados por serem uma exigência jurídica e não um objetivo futuro de melhoria econômica ou social (DWORKIN, 2002).

Com base nessa distinção, entende-se que políticas podem ser consideradas os objetivos gerais da sociedade que não podem ser utilizados para fundamentar as decisões judiciais, enquanto os princípios, são padrões que o poder judiciário pode utilizar para resolver os casos difíceis.

Em função disso, Dworkin faz uso de dois casos para moldar a sua argumentação a favor dos princípios, sendo: a) *Riggs vs Palmer*; e b) *Henningesen vs Bloomfield Motors*.

No primeiro caso, o neto quando descobre que seu avô pretendia retirar seu nome do testamento, comete homicídio para que possa receber a herança. Já no segundo, *Henningesen* pleiteia o ressarcimento de despesas médicas pela empresa *Bloomfield* devido a acidente decorrente de falha no veículo (DWORKIN, 2002).

Não obstante, ressalta-se que nos dois casos supracitados, de acordo com a legislação vigente, o herdeiro possuía direito à herança, da mesma forma que a fabricante de veículos possuía cláusula expressa no contrato, afirmando que só seria responsável a reposição de peças no veículo. Todavia, os tribunais decidiram de maneira contrária ao herdeiro e a fabricante de carros. Daí surge a argumentação de Dworkin sobre o uso de princípios que moldam a decisão dos tribunais.

Nesta senda, o aludido autor precisou diferenciar os princípios de regras. Posto isso, de acordo com Dworkin, as regras devem ser aplicadas da maneira de tudo ou nada. Já os princípios possuem dimensão de peso ou importância, de forma que aquele que julga deve levar em consideração a força de cada princípio e a sua melhor aplicação ao caso concreto (DWORKIN, 2002).

Também, de forma clarificadora, Macedo (2013, p. 163) explica que “De acordo com Dworkin, os princípios, em contraste com as regras em sentido estrito, afirmam razões (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com os quais compete”.

Dessarte, verifica-se que ao diferenciar regras de princípios, Dworkin oferece uma solução para casos complexos de forma que também busca superar a separação entre moral e direito, outrora oferecida pelo positivismo jurídico.

Ademais, constata-se que, diferentemente do positivismo jurídico, Dworkin entende que os princípios têm natureza obrigatória. De forma que, na ausência de regra aplicável ao caso concreto, este deve ser decidido com base nos princípios.

Analisando o quadro, é de referir que, além da busca pela inclusão de princípios no sistema jurídico, Dworkin foi um forte militante contra a tese da discricionariedade oferecida pelo positivismo jurídico.

2.2.3 O Direito como integridade – a formulação final de Dworkin

Consoante apresentação anterior, Dworkin entende o direito como prática interpretativa e argumentativa. Como resultado, o autor busca na aproximação do direito com a moral e na inclusão de princípios uma resposta que supra os problemas da atuação judicial discricionária proposta pelo positivismo jurídico.

É que os positivistas entendem que o direito determina os padrões de conduta a partir da legislação e jurisprudência. Isto é, em casos simples, a decisão deve seguir o padrão de regras positivado.

Por outro lado, em casos difíceis, quando não há regra que determine solução para o caso concreto, o magistrado deve fazer valer o poder discricionário. Assim como o tribunal será responsável pela criação de novo direito (NEIVA, 2017).

Ainda, ressalta-se que, para Hart, embora o juiz goze de poder discricionário, as decisões devem ser razoáveis e estar em consonância com os padrões e atitudes existentes na sociedade. Não podendo, nem o Supremo Tribunal, proferir decisões que desrespeitem os padrões jurídicos existentes (HART, 1994).

Isto posto, Dworkin busca explicar a discricionariedade judicial proposta em dois sentidos. Sendo eles: a) discricionariedade em sentido fraco; b) discricionariedade em sentido forte.

Do mesmo modo, observa-se que discricionariedade em sentido fraco pode ser tratada como a decisão de quem será o agente responsável por julgar determinada demanda. Já, por sua vez, a discricionariedade em sentido forte determina quem tem o poder de decidir arbitrariamente. Isto é, quem possui o poder de decisão independente de regramento prévio (FROELICH, 2018).

Visto que Dworkin entende o direito como um conjunto de regras e princípios e estes princípios relacionam direito e moralidade na sua política, o autor contrapõe a ideia de discricionariedade judicial a partir da tese da única resposta correta. Isto é, com base em um conjunto de princípios e padrões de moralidade o juiz encontraria o princípio com a melhor justificação moral para a aplicação da única resposta correta nos casos difíceis (FROELICH, 2018).

Aqui, verifica-se o entendimento de Dworkin sobre o uso de princípios na decisão judicial. Como ainda, a notória proposta da única resposta correta baseada no romance em cadeia.

Para tanto, Dworkin fará uso dos casos supracitados – *Riggs vs Palmer* e *Henningesen vs Bloomfield Motors* – argumentando que os princípios serão o meio de suprir o problema da discricionariedade.

Da mesma forma, nas palavras de Macedo, ressalta-se que Dworkin entende a decisão judicial da seguinte maneira: “As decisões judiciais não visam a afirmar o que o direito deveria ser idealmente, mas antes o que o direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes” (MACEDO, 2013, p. 165).

Nesta toada, a decisão judicial seria o resultado de um romance em cadeia. No entendimento de Dworkin este romance em cadeia trata-se da assunção de responsabilidade pelos romancistas (juízes) em criar um romance integrado, em vez de uma série de contos esparsos a partir do mesmo personagem (DWORKIN, 2001).

Assim sendo, vê-se que o autor busca no direito uma integridade moral e política, de forma que as decisões judiciais sejam integradas e pautadas nas experiências históricas existentes. Por isso, destaca-se a figura do juiz Hércules apresentado por Dworkin. Afinal, para o autor, o juiz capaz de solucionar casos complexos deveria ser sábio, paciente e sagaz no sentido em que o juiz Hércules seria capaz de sempre proferir a resposta correta (DWORKIN, 2002).

Não obstante, é de referir que embora não exista uma resposta perfeita para cada caso em concreto, é possível, com base nos princípios, que o juiz encontre a melhor interpretação possível (DWORKIN, 2001).

Neste íterim, Dworkin busca no caso TVA vs v. Hill explicar o seu argumento com relação à atuação do juiz Hércules. O caso TVA relata um confronto de grupos ambientalistas contra a construção de uma usina hidrelétrica. Nesse caso, havia um investimento de 100 milhões de dólares já designado para construir a represa. Contudo, a realização desta obra colocaria em extinção um peixe denominado *snail darter*, que era protegido por uma legislação que protegia os animais com perigo de extinção (MACEDO, 2013).

A decisão da suprema corte americana foi no sentido de cancelar o início da obra para que fosse preservada a espécie de peixe, bem como respeitada a norma já posta que os obrigava a tanto. Entretanto, não foi uma decisão unânime, visto que o voto de discordância apontava para a necessidade de preservar as contribuições feitas pelo povo americano (MACEDO, 2013).

Com isso em mente, Dworkin aponta um desacordo teórico que o positivismo jurídico seria incapaz de enfrentar, partindo do pressuposto de que as regras comuns são convenções. Por consequência, quando não há convenção sobre determinado tema, não há regra (MACEDO, 2013).

Em suma, Dworkin entende que o direito sofre dois tipos de discordâncias. Podendo estas ser empíricas ou teóricas. No primeiro caso, para resolver um desacordo empírico, basta que seja possível verificar se a norma apresentada possui validade – sendo o positivismo jurídico capaz de solucionar (FROELICH, 2018).

Por outro lado, existem os desacordos teóricos que desafiam quais são os fundamentos do direito. Nesse diapasão, Dworkin afirma que o positivismo jurídico é incapaz de responder esses desacordos, pois são os casos em que os próprios juízes discordam acerca da aplicação do direito (FROELICH, 2018).

Partindo desse pressuposto, Dworkin apresenta um modelo de interpretação construtiva que pode ser utilizado (MACEDO, 2013). Para tanto, o juiz Hércules não tem como dever atingir aquilo que acredita ser o melhor resultado (escolher), mas encontrar a melhor explicação possível para o evento. Desse modo, sua interpretação deve refletir as convicções da comunidade no tocante à integridade, equidade, políticas e do devido processo legal (DWORKIN, 1999).

À vista disso, a integridade tem como objetivo balizar a justiça e sabedoria. Exigindo que as autoridades designadas para julgar os casos concretos não apenas apliquem determinada lei, mas que, a partir dos princípios e políticas vigentes, produzam a melhor justificativa que se ajuste a essa lei – Dworkin designa isso como *fit* (DWORKIN, 1999).

Por consequência, a equidade será o fator limitador da escolha. Colocando obstáculos em relação às convicções do juiz Hércules, ao passo que a coerência das suas convicções perde relevância. Logo, objetiva-se que Hércules encontre o estado das coisas que seja convertido na melhor opção para todos (DWORKIN, 1999).

Diante disso, compreendendo as próprias limitações, Hércules deve objetivar compreender todo o contexto, tanto histórico como legislativo, da melhor maneira possível, para que a partir desses princípios formados pela comunidade possa tomar uma decisão adequada ao caso (DWORKIN, 1999).

Pormenorizando, a crítica de Dworkin fica exposta no campo da discordância de atuação entre os próprios juízes. Isto é, embora seja claro identificar a validade da norma, o positivismo não é capaz de responder como solucionar os desacordos teóricos. Sendo assim, a dimensão interpretativa e argumentativa do direito deve ser utilizada para fornecer a melhor resposta para o caso concreto.

Em conclusão, percebe-se que Dworkin possui uma visão particular do positivismo jurídico. E, com base nessa perspectiva, busca oferecer uma teoria do direito que refute definitivamente as concepções majoritárias à época.

Sem dúvida, o desafio lançado por Dworkin ao positivismo jurídico gerou enorme repercussão no campo da teoria geral do direito. Em consequência, houve grande modificação dentro da escola positivista.

Como resultado, constata-se que o positivismo pós-Dworkin foi subdividido em três polos. Sendo eles: a) positivismo jurídico inclusivo; b) positivismo jurídico exclusivo; e c) positivismo jurídico-normativo.

2.3 A TRÉPLICA POSITIVISTA

2.3.1 O positivismo inclusivo: uma análise crítica do embate entre Hart e Dworkin

Antes de mais nada, cabe salientar que positivismo jurídico inclusivo possui derivação direta do pensamento de Herbert Hart. Por causa disso, entende-se que esta corrente doutrinária busca, a partir das ideias iniciais de Hart e do desafio lançado por Ronald Dworkin, responder as críticas lançadas.

Para começar, em seu pós-escrito do Conceito de Direito, Hart expõe que Dworkin abordou a sua teoria do direito de forma errônea ao entender que seu positivismo jurídico deveria ser considerado apenas um positivismo factual. Ainda, que os critérios de validade da norma jurídica dependem exclusivamente daquilo que Dworkin considera como teste de pedigree (HART, 1994).

Além disso, Hart dispõe que a mais conhecida das críticas de Dworkin ao seu trabalho são referentes aos princípios jurídicos. De modo que as regras seriam aplicadas em um fator de tudo ou nada e ignorariam os princípios jurídicos, estes que seriam fator determinante para o raciocínio no julgamento (HART, 1994).

Além do mais, o autor também aborda o tema da discricionariedade judicial. Tema em que, segundo Hart, existe maior divergência entre a sua teoria do direito e aquela proposta por Dworkin.

Esta argumentação parte do princípio que Hart entende que o direito é incompleto e, portanto, o poder judiciário seria incumbido de poder discricionário e possibilidade de preencher estas lacunas. Por outro lado, Dworkin, baseado em sua teoria interpretativa, entende que os princípios implícitos no direito seriam capazes de resolver os problemas referentes as lacunas normativas (HART, 1994).

Dessa feita, percebe-se que a vertente moderada do positivismo jurídico busca responder os três tópicos do desafio de Dworkin. Sendo eles: a) Regra de reconhecimento como teste de pedigree; b) A diferença entre regras e princípios; c) A discricionariedade judicial.

Nesta vereda, Hart ataca a questão dos princípios apoiado em uma explicação de grau. Isto é, o autor entende que, como os princípios são generalistas e não possuem especificidade, estes

poderiam ser considerados um fator de criação das regras. Ou seja, o regramento possui derivação da natureza generalista dos princípios (HART, 1994).

Na sequência, o autor explica a relevância dos princípios da seguinte forma “Penso, de forma segura, que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante do julgamento e do raciocínio jurídico” (HART, 1994, p. 325).

Entretanto, ressalta-se que Hart entende que a terminologia utilizada por Dworkin para a aplicação destes princípios no mundo jurídico foi formulada de forma incorreta. Visto que estes princípios não podem possuir natureza vinculativa sem antes passar pela regra de reconhecimento. (HART, 1994).

Posto isso, contesta-se a ideia de que os princípios jurídicos seriam incompatíveis com uma determinada regra de reconhecimento, ou, nos termos de Dworkin, com um teste de pedigree.

Para tanto, Hart afirma que não há incompatibilidade nenhuma dos princípios jurídicos com uma regra de reconhecimento ou teste de pedigree, e isto se deve que a medida em que os princípios são invocados de forma coerente pelos tribunais, estes passam a fazer parte vinculante do direito (HART, 1994).

Nesse sentido, observa-se que o positivismo inclusivo acatou que o critério de validade do direito parte de uma convenção e, portanto, se essas práticas convencionais incluírem a força e a validade dos princípios em decorrência do seu conteúdo, os princípios deixam de ser extrajurídicos e passam a ser vinculantes (MACEDO, 2013).

Em virtude disso, uma vez que a regra de reconhecimento é capaz de comportar conteúdos morais, entende-se que relação entre direito e moral do positivismo inclusivo pode ser considerada contingente. Ou, nas palavras de Macedo (2013, p. 169), “Em outras palavras, a incorporação (ou inclusão) dos valores no direito é contingente e dependente, em última instância, de um fato autoritativo”.

De outra banda, no Império do Direito, Dworkin passa a argumentar acerca do aguilhão semântico. Enfatizando que o positivismo jurídico baseia os seus argumentos sempre com base em um consenso, e que a partir disso, só será possível aplicar a lei de forma correta se existir um consenso entre os critérios utilizados para a sua aplicação. Por conseguinte, o positivismo falha por ser incapaz de explicar os desacordos teóricos por ser vítima do aguilhão semântico (MACEDO, 2013).

Compreende-se, no entanto, uma falácia lógica baseada nesse argumento apresentado por Dworkin. Para ele, os juízes podem discordar de um critério a partir da validade do direito na jurisdição e discordar, ao mesmo tempo, do critério para sua aplicação (COLEMAN, 2009).

Contudo, vê-se que no momento em que os juízes discordam sobre o critério para validade, isso já significa que eles estão resolvendo a possibilidade de aplicação do direito. Em outras palavras, quando os juízes discutem acerca da validade da norma em um sistema jurídico, a sua validade ou invalidade já infere na possibilidade de aplicação (COLEMAN, 2009).

Ademais, é de se referir aos argumentos quanto ao ponto de vista interno e externo das normas para Hart. Nesse ínterim, nota-se o ponto de vista interno como aquele que faz parte do direito e das pessoas que vivem o direito, enquanto o ponto de vista externo está ligado aos hábitos e regras sociais compartilhadas (MICHELON, 2004).

Nesse diapasão, a diferença entre os dois tipos de ponto de vista está no fato de que um leva em consideração as regras sociais validadas pelo direito, enquanto o outro apenas as regularidades de um comportamento social (MICHELON, 2004).

Nessa senda, nota-se que os critérios utilizados por Hart não partem necessariamente de consenso social como aponta Dworkin, mas devem necessariamente ser filtradas pelos padrões da regra de reconhecimento. Logo, nem sempre um comportamento convergente poderá ser considerado uma regra jurídica.

Por fim, no que toca a questão da discricionariedade judicial, é visto que Dworkin passa ao seu argumento da única resposta correta para os casos difíceis. Diferenciando-se de Hart quando este argumenta a possibilidade de discricionariedade judicial nos casos em que não há uma norma legal que determine a resposta que deve ser dada pelos juízes (HIMMA, 2003).

Outrossim, vê-se que Dworkin busca, a partir dos princípios, nos casos difíceis, criar um fator limitador para a decisão dos juízes. Eliminando deste jeito a discricionariedade judicial. Todavia, identifica-se que Hart nunca negou essa possibilidade, visto que o fator limitador da discricionariedade e da criação do novo direito está justamente na regra de reconhecimento e no regramento vigente (HIMMA, 2003).

Além disso, Dimoulis explica a perspectiva de Dworkin no tocante à discricionariedade da seguinte maneira:

Na perspectiva positivista, a construção da “única resposta certa” só aparentemente restringe a liberdade decisória do julgador. A ausência de critérios objetivos para aferir a solução certa preserva de facto essa liberdade. Temos tão somente uma negação verbal na tentativa de legitimar a decisão não como decorrência da vontade do aplicador, mas como produto de uma suposta retidão/ correção (*Richtigkeit*) ética e jurídica. O idealismo da única resposta certa mostra sua afinidade com o realismo jurídico que identifica o direito vigente com a vontade do aplicador (2011, p. 234-235).

Em suma, a teoria positivista do direito assume que as competências jurídicas devem ser delimitadas de maneira rigorosa, tanto quanto admite a liberdade decisória do julgador dentro de um quadro de decisões aceitáveis (DIMOULIS, 2011).

Desse modo, verifica-se que o positivismo jurídico inclusivo logrou responder ao desafio proposto por Ronald Dworkin. Atacando os pontos em que o autor forneceu o seu desafio, bem como diferenciando aqueles em que Dworkin não logrou ferir a base teórica do positivismo inclusivo.

Ainda, urge ressaltar que esta não foi a única corrente adotada pelo positivismo jurídico contemporâneo, haja vista que teóricos do positivismo jurídico exclusivo também buscaram oferecer respostas ao desafio proposto por Dworkin.

2.3.2 O positivismo exclusivo: a via construída a partir de Joseph Raz

O positivismo jurídico exclusivo ou duro surge após o debate entre Hart vs Dworkin e tem como seu principal autor o israelita Joseph Raz. O referido autor busca no positivismo exclusivo uma justificativa que seja capaz de sustentar as premissas iniciais do positivismo sem abrir mão de determinados parâmetros em razão do desafio imposto por Dworkin.

Dessa maneira, sobre a caracterização do direito para Raz, nas palavras de Froelich (2018, p. 97) “Joseph Raz, na abertura do seu O conceito de sistema jurídico, caracteriza o direito como normativo, institucionalizado e coercitivo”.

Nesta perspectiva, Raz busca na teoria das razões práticas um meio de justificar o direito com base em critérios de autoridade. Assim, para Raz, há uma divisão entre razões de primeira e segunda ordem.

Por conseguinte, razões de primeira ordem podem ser consideradas aquelas que indicam um motivo para agir. Por outro lado, as razões de segunda ordem podem ser consideradas razões sobre vontades. Isto é, as razões de segunda ordem podem ser consideradas excludentes. Afinal, a razão sobre uma razão geralmente indica um impeditivo para agir (FROELICH, 2018).

Verifica-se que Raz entende o direito como um conjunto de razões de segunda ordem. Ou, como o próprio autor denomina, razões preemptivas. Isso significa que na formulação de Raz, o direito tem como objetivo indicar razões para agir que o sujeito já não possuísse com base em seus próprios critérios.

Para tanto, o autor se faz valer da tese da justificação normal. Isto é, quando o sujeito aceita que determinada autoridade tem maior capacidade de tomar determinada decisão. Logo, se aceitar

estas razões, elas se tornam vinculantes em face daquelas que o sujeito já possuía anteriormente (RAZ, 1996).

Isso também pode ser observado nas relações entre direito e moral, sendo que as razões de primeira ordem indicam razões morais, logo, não possuem preempção e não podem fazer parte do direito. Dessa forma, o direito deve ser afastado da moral, pois as razões morais não possuem preempção, assim, não reivindicam autoridade (FROELICH, 2018).

Destaca-se, ainda, que isso não significa dizer que o direito nunca se faz valer de argumentos morais. Mas que a partir do momento em que as razões postas por autoridade legitimada passam a ser direito, estas possuem preempção e indicam razões para agir independentemente de seu conteúdo moral.

Entende-se como razão preemptiva de Raz o cancelamento e substituição de outras razões. Isto é, os sujeitos possuem razões para agir independentemente da existência ou não do direito. Por esse motivo, o que o Direito faz é estabelecer novas razões para agir que não aquelas que o sujeito já possuía anteriormente. Desse modo, cancelando ou substituindo razões não jurídicas, pois o Direito, nesse caso, seria uma razão preferencial (FROELICH, 2018).

Isso significa dizer que a preempção acontece quando uma autoridade reivindica a realização de uma ação, fazendo com que esse requerimento substitua a razão que o agente já possuía anteriormente para agir (RAZ, 1996).

Em suma, o positivismo jurídico de Joseph Raz busca reafirmar a tese forte das fontes a partir das teses da razão prática, da preempção e, diferente do positivismo jurídico inclusivo, negando a incorporação da moral no direito.

Dessa feita, vê-se que, ao manter a sua teoria do direito dentro das premissas positivistas já elencadas anteriormente, Raz busca responder o desafio apresentado por Dworkin a partir de sua tese forte das fontes.

Primeiramente, ofereceu um argumento com base na função sumária dos princípios. Isto é, que os princípios funcionariam como um sumário para determinar um conjunto de regras e, por conseguinte, não possuiriam aplicação obrigatória. Contudo, essa formulação não foi capaz de responder o argumento inicial de Dworkin já que o problema do positivismo apontado por Dworkin tratava sobre a relação entre direito e princípios morais e de que forma estes podem ou não ser enquadrados no direito (NEIVA, 2017).

Diante disso, Raz busca no argumento das distinções intuitivas justificar a tese forte das fontes. São os argumentos das distinções intuitivas: a) habilidades jurídicas e morais de um juiz; b)

aplicação, criação e desenvolvimento do direito; c) direito determinado e direito indeterminado (NEIVA, 2017).

Na sequência, no que toca a primeira distinção, Raz explica que é comum que juristas diferenciem a compreensão do direito da compreensão de princípios morais e, nesse caso, seria possível que o juiz fosse capaz de proferir uma decisão jurídica perfeita, mas imoral (NEIVA, 2017).

Por conseguinte, nota-se a relação direta com a segunda distinção intuitiva proposta por Raz – aplicação, criação e desenvolvimento do direito – de forma que seja possível entender que os juízes exercem dupla função.

Entende-se que os julgamentos morais são um contraste com a avaliação que os juízes fazem em relação aos casos concretos. Todavia, há ainda que ser feita a distinção entre aplicar o direito ou criar e desenvolver um novo direito. Nesse sentido, observa-se que embora muitas vezes exista uma linha tênue entre aplicar ou criar o novo Direito, por outras vezes é possível delimitar de forma clara quando o juiz está aplicando a lei estabelecida ou criando um novo direito (RAZ, 1979).

Para Raz, então, o ponto importante é que os juízes utilizam argumentos morais para o desenvolvimento do novo direito, ao passo que os argumentos jurídicos são utilizados na aplicação do direito e na distinção ou superação de um precedente (RAZ, 1979).

Nas palavras de Neiva (2017, p. 98) “A existência dessa diferença autorizaria a conclusão que nem todas as decisões judiciais são casos de aplicação do direito estabelecido, mesmo que seja difícil estabelecer, de maneira exata e de uma vez por todas, quais não são”.

Isso significa que Raz admite a inclusão de argumentos morais na decisão judicial. Principalmente quando não há direito posto para resolver determinada demanda jurídica, sendo que nesse tipo de decisão há inclusão da moral e de outros argumentos extralegais. Todavia, destaca-se que dentro da prática jurídica cotidiana, por muitas vezes, não há como saber de fato quando o juiz está se fazendo de argumentos morais e quando não.

Desta feita, a terceira distinção intuitiva trata sobre a diferença entre direito determinado e direito indeterminado. Neste contexto, Raz argumenta que a existência de lacunas no direito é algo natural e que, portanto, o direito determinado é aquele que se molda ao caso em concreto, enquanto o direito indeterminado diz respeito aos casos em que ninguém sabe qual direito deve ser aplicado (NEIVA, 2017).

Nesse diapasão, é nos casos em que o direito não está determinado que os juízes têm como função em desenvolver o direito a partir da utilização da moral, das convenções sociais e de outros argumentos que não são jurídicos (RAZ, 1979).

Destarte, entende-se que, na teoria de Raz, as referências aos princípios morais conotam necessariamente uma lacuna no direito e, diante disso, é função do juiz determinar ao caso concreto a solução que entender adequada.

Por fim, o último argumento de Raz diz respeito à autoridade do direito. Sendo este um meio de reforçar a importância da tese das fontes para o positivismo jurídico exclusivo, bem como não sendo um argumento que exclui os anteriores, mas que os complementa.

Destaca-se a ideia de autoridade legítima, sendo a união entre a possibilidade de exercer um poder e de que o direito o execute. Todavia, na perspectiva de Raz, isso não se aplica ao direito, visto que é possível constatar inúmeras regras imorais ao longo da história (GLEZER, 2014).

Todavia, as normas jurídicas são apresentadas sempre como se cumprissem esses requisitos morais. Isto é, independentemente da colocação da moral no sistema legal, este reivindica autoridade, e isso revela que para a constituição do direito se fazer valer em determinada sociedade basta que possua autoridade de fato (GLEZER, 2014).

Além disso, observa-se que Raz remonta ao argumento da justificação normal para determinar como a autoridade pode ser estabelecida (NEIVA, 2017). Nesse sentido, à autoridade se justifica quando o sujeito entende que o balanço de razões desta tenha melhor aplicação ao caso concreto do que o seu (RAZ, 1996).

Sendo assim, verifica-se que a aceitação da inclusão de perspectivas preemptivas colocadas pela autoridade não se dá no campo coletivo, mas no individual. Por consequência, entende-se que os benefícios de possuir parte das razões substituídas por uma autoridade com maior capacidade só podem ser corretamente usufruídos se o sujeito aceitar agir conforme essas diretrizes.

Em suma, nota-se que para Raz o direito só tem capacidade de deter autoridade quando cumpridos os requisitos morais e não-morais (GLEZER, 2014). Dessa maneira, ao mesmo tempo que a autoridade de fato faça parecer que há uma exigência de obediência cega ao direito, a exigência de cumprimento dos requisitos não-morais para que a autoridade legítima seja adquirida demonstra uma fuga do sentido autoritário no cumprimento do direito.

Ante o exposto, verifica-se que a corrente exclusivista adotada por Raz apresentou a sua resposta ao desafio proposto por Dworkin, ao passo que também é perceptível que nesse caso não houve comprometimento de suas bases teóricas.

Em tempo, ressalta-se, ainda, que não só as correntes inclusivas e exclusivas forneceram respostas ao desafio de Dworkin. Como também autores que adotam uma característica normativa no positivismo jurídico apresentaram as suas novas premissas.

2.3.3 O positivismo normativo: a terceira via de Jeremy Waldron

O positivismo jurídico-normativo se trata de uma terceira via do positivismo jurídico contemporâneo. Sendo que esta nomenclatura pode ser modificada a depender do autor utilizado. Podendo ser apresentado como positivismo jurídico ético, prescritivo ou normativo (FROELICH, 2018).

É mister afirmar que o presente trabalho não pretende reconstruir toda a argumentação pertinente ao positivismo jurídico-normativo, mas apresentar um panorama a respeito da formulação de Jeremy Waldron dentro desses pressupostos.

Nesse diapasão, em contraponto ao positivismo inclusivo e exclusivo, observa-se que a proposição do positivismo normativo não se trata apenas de uma descrição de como o Direito é, mas uma formulação sobre o dever ser. Ou seja, sobre o que o Direito deveria ser em uma sociedade democrática (CONSANI, 2015).

Essa formulação é apresentada no sentido de maior preocupação quanto à forma do Direito do que quanto ao seu conteúdo, de maneira em que a moralidade pode ou não fazer parte da regra de reconhecimento, mas que os modelos que autorizam as fontes do direito não podem incluir critérios morais (FROELICH, 2018).

Partindo desses pressupostos, em sua teoria do direito, Waldron, diferentemente da discussão predominante nesse espectro, busca a partir do poder legislativo a justificação para criação e interpretação do direito e nega que essa discussão faça parte dentro dos tribunais (WALDRON, 1999).

Essa formulação de Waldron tem como fundamento o fato de que os parlamentos são espaços plurais onde os desacordos internos referem-se justamente ao mundo contemporâneo de sociedades cosmopolitas (WALDRON 1999)

Além disso, na ótica no autor, não há nada de errado em conviver em uma sociedade plural e diferente em que os desacordos surgem de forma natural. Contudo, é nessa perspectiva que os procedimentos democráticos claros a respeito da formulação da legislação se fazem extremamente necessários. Afinal, essa seria a única possibilidade de que a sociedade seja guiada para além da circunstância momentânea (WALDRON, 1999).

Por outro lado, tendo em vista que os processos de voto no poder legislativo seguem o parâmetro da maioria, surge o questionamento relativo à possibilidade da decisão majoritária se tornar uma decisão arbitrária e gerar determinado caos social.

Nesse caso, para Waldron, é necessário que se distinga os processos de legislação arbitrários dos razoáveis. Isto é, entende-se que apenas a partir dos processos de legislação razoáveis com vista

à política, moralidade e justiça aceitos pela população é que o processo legislativo tem capacidade de deter autoridade para formular as políticas futuras (CONSANI, 2015).

Ademais, infere-se que o autor propõe dois argumentos que devem ser utilizados para que seja determinada a razoabilidade de uma decisão majoritária. Sendo a razoabilidade e equidade (CONSANI, 2015).

Tem-se que a razoabilidade está no fato de que os procedimentos utilizados para determinar o voto majoritário fiquem de acordo com a possibilidade de um desacordo razoável, enquanto a equidade se dá no fato de que todos os membros que participam do processo legislativo possuem igualdade de voto (WALDRON, 1999).

Portanto, a legislação e a interpretação das leis devem ser feitas a partir da capacidade de um sistema legislativo prosseguir com procedimentos formais e claros para toda a população, de modo em que os sujeitos que contrapõem essa decisão devem aceitá-la após a sua aprovação.

Nesse sentido, Consani (2015, p. 2438) apresenta a teoria de Waldron da seguinte forma: “Trata-se de uma teoria delineado no intuito de vincular valores democráticos à teoria do direito, enfrentando questões complexas como a justificação da autoridade do direito em sociedades nas quais se torna cada vez mais difícil falar em verdade ou objetividade moral”.

Percebe-se, então, que apoiado em uma perspectiva democrática, Waldron busca no poder legislativo a autoridade para decidir e legislar nas matérias que existe um desacordo na sociedade. O que se coaduna com a sua teoria do direito, visto que o poder legislativo possui responsabilidade política e pode sofrer consequências a partir das decisões tomadas.

É que na visão de Waldron, o poder judiciário recebe melhor tratamento que o poder legislativo. Ou, em outras palavras, corriqueiramente a atuação do poder judiciário é tratada na perspectiva de como este deveria ser, enquanto o poder legislativo é tratado como ele é. Logo, isso significa dizer que a decisão majoritária de um tribunal é mais arbitrária que uma decisão majoritária no legislativo (WALDRON, 1999).

Ainda, segundo Consani (2015, p. 2240) “Segundo Waldron, sempre que é permitido a um juiz ou a um funcionário não eleito tomar decisões morais os cidadãos são colocados, em alguma medida, diante da arbitrariedade em um dos sentidos acima mencionados”.

Isto posto, em um primeiro momento, compreende-se que talvez Waldron faça uma negação da tese da separabilidade entre o direito em moral, tese muito relevante para a escola positivista. Todavia, a justificativa moral do direito em Waldron é que há uma pretensão moral a respeito do que o direito deve ser. Entretanto não há nenhuma vinculação moral com o conteúdo específico das normas, mas ao modo de organização do direito em uma sociedade democrática (CONSANI, 2015).

Nessa senda, entende-se que o positivismo normativo não está limitado nos aspectos formais de uma definição em relação a sua teoria do direito. Como também, nota-se a relevância da moral e da política e como estas serão reguladas pelo direito (CONSANI, 2015).

Ressalta-se ainda, que a defesa da separação entre direito e moral, para Waldron, também está no fato de que esta tese é compatível com a democracia, pois a obrigatoriedade de identificação com o conteúdo moral da norma impossibilitaria diferenciar o direito de justiça e moralidade (CONSANI, 2015).

Por essa razão, surge a crítica de Waldron ao positivismo de Hart. É que Waldron entende que não basta uma aceitação oficial compartilhada de determinada regra de reconhecimento para que o sistema jurídico seja válido (CONSANI, 2015).

Isso ocorre pois nessa perspectiva o direito seria apenas conhecido pelas autoridades que trabalham com o mesmo. Fato este que na perspectiva de Waldron seria antidemocrático. Então, a formulação de Waldron surge do sentido de que a formulação das leis e o funcionamento do sistema jurídico a partir do poder legislativo permite que a regra de reconhecimento não seja identificada apenas pelas autoridades, mas por toda a população (CONSANI, 2015).

Por fim, destaca-se outros dois fatores importantes para a teoria de Waldron, sendo a publicidade e generalidade do direito. No primeiro, a ideia posta está em que as normas devem estar postas para toda a sociedade vinculada aquele sistema jurídico, e que as matérias tratadas devem ser de interesse geral e não apenas a motivos pessoais ou de um grupo que as formulou (CONSANI, 2015).

Já o critério de generalidade será descrito de forma em que a legislação seja pública e aplicada de forma igual entre os membros da comunidade, que seja previsível e permita que os membros da comunidade organizem sua vida a partir dessa legislação e que a lei seja aplicada de forma genérica, visto que ela foi elaborada por toda a comunidade na forma de seus representantes (CONSANI, 2015).

Dessa feita, percebe-se da teoria de Waldron uma terceira via do positivismo jurídico, em que o autor remonta a questões normativas que não são tratadas ou negadas pelos autores do positivismo inclusivo ou exclusivo.

Destarte, essa perspectiva de positivismo jurídico calcada em valores democráticos e liberais é a forma que Waldron pretende formular uma teoria do direito que possua autoridade, que represente os valores caros a uma determinada sociedade, e que não seja imposta por oficiais que não possuem responsabilidade política pelas mudanças e direções que o direito toma.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste texto apresentou-se parte das principais tendências no âmbito da teoria contemporânea do direito. Isto é, a relevância do positivismo jurídico após o desafio lançado por Ronald Dworkin. Essa possibilidade foi examinada a partir dos principais autores dentro da teoria analítica do direito e suas formulações sobre a ideia de direito e legislação.

Em um primeiro momento, com o objetivo de apresentar o surgimento do debate contemporâneo na teoria analítica do direito, apresentou-se a formulação inicial de Herbert Hart no seu Conceito de Direito. Abarcando o que Hart entende como direito e quais são os critérios para identificar a validade deste.

Na seção seguinte, surge o contraponto determinante para a necessidade desta pesquisa. O desafio lançado por Dworkin ao positivismo jurídico. Então, colocou-se em pauta a formulação do direito para Dworkin, bem como as críticas e apontamentos que este lançou a positivismo jurídico. Destacando-se também, o intuito do autor interpretativista de demonstrar a falibilidade da outra teoria criticada. O que resultou em grandes debates dentro do espectro da teoria do direito, tal como em uma reformulação de alguns pressupostos dentro do positivismo jurídico.

É certo que Dworkin não ficou sem resposta ao lançar o seu desafio. Para tanto, os autores positivistas partiram de três vias distintas para responder o desafio de Dworkin. Sendo o positivismo inclusivo, exclusivo e normativo. Encabulando autores como Herbert Hart, Joseph Raz e Jeremy Waldron.

Nesse ínterim, é clara a importância que o debate Hart e Dworkin tem para o desenvolvimento da teoria analítica do direito contemporânea. Primeiramente, com a crítica apresentada pelo segundo autor na questão referente às regras e princípios, direito e moral e atuação dos tribunais.

Verificou-se que esta celeuma foi o que resultou a maior parte dos debates na teoria analítica do direito, visto que Hart e outros autores vinculados ao positivismo jurídico inclusivo apresentaram respostas ao desafio de Dworkin. Principalmente nos pontos do caráter generalista dos princípios, da compatibilidade dos princípios respeitando a regra de reconhecimento e da não existência de discricionariedade absoluta, sendo a regra de reconhecimento o fator limitador para a discricionariedade judicial.

Em tempo, destacou-se também a enorme contribuição de Hart no que se refere aos pontos de vista interno e externo. No qual o autor identifica que um leva em conta a validade de uma ação a partir do direito, ao passo que o outro apenas aponta a existência de um hábito convergente em uma

sociedade. Sendo uma das maiores contribuições de Hart para os estudos posteriores dentro da teoria analítica do direito.

Entretanto, consoante o que foi abordado anteriormente, não só a versão inclusiva do positivismo apresentou respostas ao desafio lançado por Dworkin, como também o positivismo jurídico em seu núcleo duro apresentado por Joseph Raz.

Foi possível identificar que na formulação de Raz há uma negação da necessidade de princípios dentro de um sistema jurídico, e que existe uma certa similaridade com a posição de Dworkin a respeito do caráter normativo do direito. Todavia, uma enorme diferença no aspecto da atuação judicial. Principalmente na formulação de Raz sobre a possibilidade de criação de novo direito pelo magistrado.

Nesse sentido, o que se coloca em pauta é um direito formulado com base nos argumentos de autoridade, em especial, a capacidade de existência de uma autoridade legítima, a separação absoluta entre o direito e moral e a dupla função dos juízes ao aplicar e também criar o novo direito.

O estudo da proposição de Raz demonstrou uma preocupação do autor na formulação do conjunto de razões de primeira e segunda ordem, da tese da justificação normal e da preempção. Demonstrando claramente a perspectiva liberal do autor ao entender que a possibilidade de conceber um sistema jurídico com autoridade legítima partiria necessariamente de uma aceitação individual do agente vinculado a este sistema.

Por fim, tratou-se também quanto à terceira via de positivismo jurídico posta dentro do contexto contemporâneo. O positivismo jurídico-normativo de Jeremy Waldron. Verificou-se que este, diferentemente dos outros, não se encontra apenas na órbita do ser, mas do dever ser.

Nesse sentido, a principal questão de Waldron será conectar o positivismo jurídico dentro de uma perspectiva normativa. Ou, em outras palavras, dentro da esfera do dever ser. Objetivando que o direito seja desenvolvido dentro da esfera da dignidade, autoridade e democracia.

Para tanto, apresentou-se que esta dignidade e autoridade decorrem da formulação do direito dentro de um processo legislativo legítimo e representativo para lidar com os desacordos de uma sociedade plural. Ademais, as formulações do autor buscam determinar de que forma a configuração institucional possa promover a democracia e assegurar as liberdades individuais.

Nesse diapasão, é de grande contribuição a formulação de Waldron a partir de um modelo ideal de direito a ser seguido por nossa sociedade. Ainda, torna-se mais importante em um momento em que a política e os processos legislativos representativos vêm sendo marginalizados e escanteados. Gerando, assim, uma atuação exacerbada do poder judiciário.

Diante do exposto, foi possível notar que o positivismo jurídico logrou responder ao desafio apresentado por Ronald Dworkin. Salienta-se que isso não significa dizer que a teoria de Dworkin deve ser abandonada ou que positivismo jurídico contemporâneo o refutou completamente.

Contudo, é de grande valia notar que, dentro de uma perspectiva em que Dworkin é sempre colocado como a solução do problema e não mais um problema a ser resolvido, existem outros autores e novas formulações que podem apresentar diferentes modelos que não aqueles já massificados a respeito da teoria analítica do direito.

REFERÊNCIAS

COLEMAN, Jules L. **Beyond inclusive legal positivism**. Ratio Juris, v. 22, n. 3, 2009, p. 359-394.

CONSANI, Cristina Foroni. **O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron**. Revista Quaestio Iuris, v. 8, n. 4, 2015, p. 2424-2448. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20933> – doi: 10.12957/rqi.2015.20933 Acesso em: 27 abril.2020.

DIMOULIS, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico** / Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 102, 2011, p. 234-235. Disponível em: pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132 – doi: <https://doi.org/10.9732/132>. Acesso em: 01 out.2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio** / Ronald Dworkin: tradução Luiz Carlos Borges. – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175 a 305.

_____. **Levando os direitos a sério** / Ronald Dworkin: tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 23 a 73.

_____. **O império do direito** / Ronald Dworkin: tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martin Fontes, 1999, p. 271 a 333.

FROELICH, Charles Andrade. **O Positivismo jurídico e a diferenciação entre direito e moral**. / Charles Andrade Froelich – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 18 a 23 e 67 a 135.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito** / Herbert Hart – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 89 a 101 e 299 a 339.

GLEZER, Rubens Eduardo. **O positivismo de Joseph Raz: autoridade e razão prática sem prática social**. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p.39 a 52. Disponível em:

<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16102015-121052/en.php>. Acesso em: 04 abril. 2020

HIMMA, Kenneth Einar. **Trouble in law's empire**: rethinking Dworkin's third theory of law. Oxford Journal of Legal Studies, v. 23, n. 3, 2003, p. 345-377.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea / Ronaldo Porto Macedo Junior. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28 a 51 e 157 a 197.

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito / Cláudio Fortunato Michelin Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 153 a 157.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: a Teoria do Direito de Joseph Raz / Horácio Lopes Mousinho Neiva. Salvador: Juspodvm, 2017, p 37 a 79 e 95 a 105.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics / Joseph Raz. Nova York: Oxford University Press, 1996, p. 210 a 220.

_____. **The authority of law**: essays on law and morality. / Joseph Raz – Nova York: Oxford University Press, 1979, p. 48 a 56.

STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico**: o pensamento de Herbert Hart / Revista Direito GV, vol. 3, nº1, janeiro de 2007, p 104.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement** / Jeremy Waldron – Nova York. UOP Oxford, 1999, p. 1 a 19 e 88 a 119.