**ENSAIO SOBRE O DIÁLOGO ENTRE HART E DWORKIN**

Bruna Borghetti Camara Ferreira Rosa[[1]](#footnote-1)\*

**Resumo**

O presente artigo tratará de um ensaio sobre o diálogo entre Hart e Dworkin, com base principalmente nos argumentos utilizados por Hart em seu pós-escrito, em resposta aos seus críticos, em especial a Ronald Dworkin, elaborado 32 (trinta e dois) anos após a primeira publicação de seu livro “O Conceito de Direito”. A pesquisa concentrou-se na tentativa de encenar questionamentos e respostas sucintas entre a divergência dos pensamentos de Hart e Dworkin. As principais conclusões obtidas foram as seguintes: (i) o debate entre os autores é extremamente instrutivo para uma reflexão sobre a teoria do direito sob a ótica do positivismo e do pós positivismo; (ii)a principal crítica realizada no presente artigo esta na possibilidade de aceitação pela teoria de Hart de disposições que podem ser consideradas moralmente contrárias, poderem ser consideradas válidas como normas ou princípios jurídicos de acordo com a sua teoria; (iii) concordamos com o fato ponderado a todo instante por diversos juristas, de que após a humanidade ter vivenciado o nazismo, há uma moral universal considerada e aceita e que deve ser respeitada; (iv) por fim, somos contrários a discricionariedade judicial no sentido empregado, trata-se de um dos grandes problemas discutidos atualmente no Brasil.

1. **Introdução ao tema:**

Para identificarmos a importância deste debate para reflexão, devemos considerar num primeiro momento a contribuição dos autores objeto deste ensaio, Hart e Dworkin, não só para a Teoria Geral do Direito, como para o aperfeiçoamento e detalhamento de suas próprias teorias que muito contribuíram para a ciência do direito, mas, sobretudo, para o aperfeiçoamento de teorias contemporâneas elaboradas por críticos e adeptos, ainda que parcialmente, de suas teorias.

Tendo em vista que estas teorias envolvem discussões ideológicas, não só jurídicas, mas também políticas e filosóficas – que estão diretamente ligadas não só com a organização do Estado, mas com o significado das palavras e interpretação linguística, debates como este envolvem questões complexas, mas extremamente significativas para o aperfeiçoamento da ciência do direito.

A preferência pela demora na réplica em defesa de sua Teoria Geral do Direito, veio com o intuito de num primeiro momento, nas palavras de Hart *“observar e aprender com o debate extremamente instrutivo em curso”.* [[2]](#footnote-2)

Assim sendo, este artigo tem como intuito explicar, de forma sucinta, algumas das ideias defendidas pelos autores, sobre as quais serão realizadas análises críticas. Destaca-se que não há, de forma alguma, a intenção de depreciar os ilustres autores defensores de tais pensamentos, pelo contrário o intuito é aprender com este rico e complexo debate.

1. **A natureza da teoria do direito**

Ao tratar da natureza da teoria do direito, Hart demonstra como seu objetivo, o de apresentar uma teoria do direito que seja ao mesmo tempo geral, descritiva e moralmente neutra.

Mas por que a sua teoria pode ser considerada geral e descritiva? É geral, por não se vincular a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específica, ainda que considerada a existência de variações culturais diversas e em tempos diferentes, mas que assumem a mesma forma geral e de estrutura. É descritiva no sentido de que ela visa não só explicar, mas elucidar o direito como instituto social e político, que tem um aspecto regulatório e nesse sentido normativo. [[3]](#footnote-3)

A exposição de Hart sobre sua teoria é descritiva no aspecto de ser moralmente neutra. Assim, não há uma finalidade justificatória, não busca o autor justificar com alicerce em fundamentos morais ou outros, ou ainda induzir as formas ou estruturas que aparecem na sua teoria. [[4]](#footnote-4)

Assim, para executar essa tarefa descritiva, Hart pontua por diversas vezes em seu livro certos conceitos, todos relacionados as normas. Mas, antes de adentrarmos nesta questão, faz-se necessária a exposição um pouco mais detalhada do que o autor propõe nos capítulos V e VI do seu livro, ao abordar o direito como união de normas primárias e secundárias e os fundamentos de um sistema jurídico.

Para justificar sua ideia de direito como união de normas primárias (*impõe deveres*) e secundárias (*outorgam poderes*) [[5]](#footnote-5), Hart coloca a hipótese de uma sociedade rudimentar, sem autoridades (legislador, tribunais ou funcionários), onde o único meio de controle social seria a atitude ou reação do grupo que traça as regras primárias do comportamento.

Para Hart, uma estrutura social em que não houvesse autoridades se revelaria deficiente sob três enfoques. O Primeiro pela incerteza, advinda da dúvida de quais seriam as regras vigentes e de qual seria o âmbito de certa regra estipulada, já que não há um processo para resolver eventual dúvida, quer por referência a um texto dotado de autoridade ou por funcionários cujas declarações sejam, neste particular, dotadas de comando. A segunda dificuldade seria o caráter estático destas regras, dada a inexistência de um meio de adaptá-las às circunstâncias em transformação, quer por eliminação de regras antigas ou pela introdução de novas; e a terceira deficiência está ligada a ineficácia da pressão social difusa, pela qual se mantém tais regras, decorrente da inexistência de uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com competência, o fato da violação de certa regra imposta, bem como da ausência de comando oficial para executar sanções.

Destarte, Hart propõe que o remédio para cada um dos principais defeitos desta estrutura social consiste em completar as normas primárias com as normas secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, respectivamente.

Assim, as chamadas “normas de reconhecimento” na concepção de Hart agem como remédio contra a incerteza, no sentido de que elas especificarão as características que a norma primária deve dispor, de modo que, o grupo social a reconheça como sua e exerça a correspondente pressão social, isto é, a sociedade identifica e aceita a existência de regras primárias de obrigação. A norma de reconhecimento representa assim, o fundamento de um sistema jurídico contemporâneo. Logo, os fundamentos de um sistema jurídico não se equivalem ao hábito geral de obediência a um soberano juridicamente ilimitado, mas numa regra última de reconhecimento que prevê critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema. [[6]](#footnote-6)

Já as “normas de alteração” atuam como solução contra o caráter estático, pois conferem poder a um indivíduo ou grupo social para inserir novas regras primárias para conduzir a conduta do grupo, ou de parcela deste, e para eliminar as ultrapassadas, de acordo com as necessidades de mudança da comunidade. As normas de alteração fundamentam a competência legislativa e o procedimento para estabelecer leis. Essas normas guardam uma estrita ligação com as normas de reconhecimento, já que se as últimas existem, as primeiras necessariamente as integram.

Dentre os remédios apontados por Hart para solucionar o problema de uma sociedade hipotética, em que não houvesse autoridades, estão as “normas de julgamento” que operam contra a ineficácia da pressão social difusa pela qual se amparam as normas primárias de obrigação, visto que para além de estabelecer poder a certos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitante à questão sobre se, numa dada situação, houve violação de certa regra primária, tais normas definem ainda o processo que se segue, inclusive no que concerne à aplicação de sanções oficiais centralizadas no sistema. Também as normas de julgamento guardam uma ligação direta com as normas de reconhecimento, pois consistem numa espécie elementar e imperfeita da norma de reconhecimento, tal como entendida do ponto de vista interno dos tribunais, os quais identificam a norma primária e essa, uma vez identificada, converte-se em “fonte do direito”.

Diante da explicação acima, e para delinear sua tarefa descritiva os conceitos utilizados repetidamente por Hart são das normas que: (i) *impõe deveres* ou obrigações, são as normas primárias; (ii) *outorgam poderes*, normas secundárias; (iii) de *reconhecimento*, que preveem critérios dotados de autoridade para identificação das regras válidas do sistema, são reconhecidas pelas sociedade, que identifica as normas primárias e reconhece as secundárias; (iv) de *modificação* possibilitam a introdução de regras primárias; (v) de *julgamento*, que conferem poderes ao indivíduos (autoridades) e guardam estrita ligação com a norma de reconhecimento; (vi) *aceitação de normas*, são as aceitas pela sociedade, estão diretamente ligadas a tradição; (vii) *enunciados internos e externos*, quando o autor se refere ao participante do sistema (ponto de vista interno) e ao observador do sistema (ponto de vista externo); (viii) *validade jurídica*, para tanto a norma ter quem ser reconhecida. [[7]](#footnote-7)

Esses elementos ou conceitos utilizados contribuem para a análise de instituições e práticas jurídicas, o que permite responder a perguntas sobre a natureza geral do direito, para uma reflexão sobre as instituições e suas práticas. As perguntas passíveis de resposta, então, pela sua teoria geral e descritiva são colocadas por Hart:

O que são as normas? No que as normas diferem do mero hábito ou de comportamentos que estão de acordo com a Lei? Existem tipos radicalmente diferentes de normas jurídicas? Como as normas se relacionam entre si? O que significa o fato de as normas formarem um sistema? De que maneira as normas jurídicas e as autoridades dessas normas se relacionam entre si: De um lado com a ameaça e de outro com as exigências morais?. [[8]](#footnote-8)

Todavia, Hart aponta que Dworkin trás uma concepção completamente diferente sobre ela, pois para ele que costuma chamar a teoria do direito de *jurisprudence*, toda a teoria do Direito tem um caráter que é “*parcialmente avaliativo e justificatório”*. E o que seria isso para Dworkin? O caráter parcialmente avaliativo, está relacionado a identificação dos princípios que melhor se adequam ao direito estabelecido ou que são mais coerentes com o Sistema, mais coerentes com o direito e as práticas jurídicas estabelecidas no sistema jurídico e Justificatório, no sentido que melhor justificam a moral. Nessa lógica, na concepção de Hart, Dworkin apresenta “*o direito* *sob o seu aspecto mais favorável”*. [[9]](#footnote-9)

Também é interpretativa, de modo que são os princípios e as proposições jurídicas derivadas também dos princípios que são o próprio direito em seu sentido interpretativo. Daí que os princípios são parte não apenas da teoria do direito que é a parte geral da decisão judicial, mas também são parte do próprio direito. Assim, os princípios são partes implícitas do direito. Isso significa que o princípio tem que estar inserido, introduzido a qualquer decisão de direito, e ainda do próprio Direito em seu sentido interpretativo. As práticas jurídicas estabelecidas do direito que a Teoria Interpretativa deve explicar, interpretar são denominadas por Dworkin de pré-interpretativos. [[10]](#footnote-10)

O autor inglês afirma que Dworkin, em grande parte de sua obra, se dedica a descrever de três formas diferentes o Direito. Assim, Dworkin produz três teorias do Direito: *Convencionalismo, Pragmatismo Jurídico e Direito como integridade*, que para Hart tem grande valia para uma *teoria justificativa e avaliatória*. Nesse sentido, Hart afirma que a teoria positiva do direito não é interpretativa. [[11]](#footnote-11)

1. **Um ensaio sobre o embate e as objeções de Dworkin.**

Quanto ao argumento utilizado por Dworkin de ser a teoria geral e descritiva “inútil”, “mal orientada”, a objeção central do autor anglo americano parece, no entendimento de Hart, levar em conta uma perspectiva interna sobre o direito, perspectiva que consiste para o autor: “*no ponto de vista de um insider ou participante de um sistema jurídico, e que nenhuma descrição adequada dessa perspectiva interna poderia advir de uma teoria descritiva cujo o ponto de vista não seja aquele de um participante, mas o de um observador externo*.” [[12]](#footnote-12)

Hart trás como resposta a essa objeção, a de que não há nada em sua teoria que impeça um observador externo, não participante de descrever a maneira como os participantes veem, enxergam o direito a partir do ponto de vista interno, fato este demonstrado quando ele afirma em seu livro que o participante manifesta o seu ponto de vista ao aceitar, respeitar a lei. [[13]](#footnote-13)

Para Hart, o ponto de vista do participante (indivíduo) é que dá a validade aquela norma (lei). É a aceitação pela sociedade daquela regra. Nesse sentido, verifica-se que o ponto de vista interno vem da aceitação a lei e assim da tradição. E, desta aceitação social, se extrai o conceito de moral vigente naquela sociedade, bem como os padrões de transformação social vigentes. A perspectiva interna inclui razões morais para obedecer a lei e também uma justificativa moral para a coerção. [[14]](#footnote-14)

Completa Hart que o teórico pode e deve descrever a aceitação dos participantes, mas para isso é necessário se colocar na posição de um participante situado no interior do sistema, mas isso não significa o mesmo de aceitar a lei ou avalizá-la sob o ponto de vista interno, do participante. [[15]](#footnote-15)

A noção de obrigação desenvolvida pelo autor inglês implicará na diferenciação de uma perspectiva interna (participante) e externa (observador), fornecendo uma análise dos conceitos do direito e do sistema jurídico por meio de uma discussão do modo pelo qual as regras de conduta humana são usadas como *standards* sociais de comportamento. [[16]](#footnote-16)

Assim, Hart afasta a noção de lei apenas como comando, afirmando que, para além do mal da punição, do desprazer, que o comando traz, o que é fundamental para o conceito de direito é a noção de reconhecimento. Isto é, de que os partícipes da esfera pública identifiquem a existência daquela norma jurídica. Refere-se também à maneira como os tribunais identificam o que deve ser considerado direito e a aceitação geral a respeito de tais identificações. [[17]](#footnote-17)

De modo diverso, Hart expõe que Dworkin exclui a possibilidade de um observador externo, pois a sua teoria do direito se identifica como “a parte geral da decisão judicial”, e isso para o autor do pós escrito, equivale a tratá-la como se fosse ela própria parte do direito de um sistema tal como é visto do ponto de vista interno de seus participantes – e não como observador. [[18]](#footnote-18)

Ademais, Dworkin responde que as suas observações sobre a teoria do direito como parte da decisão judicial devem ser relativizadas, já que isso é verdadeiro apenas à teoria do direito que versa sobre a questão do sentido. Sendo assim, para ele só podem ser respondidas satisfatoriamente com uma teoria do direito interpretativa e parcialmente avaliativa. [[19]](#footnote-19)

Explana Hart que talvez Dworkin não tenha compreendido, quando o autor inglês pondera em seu livro como se estabelecem a relação entre o direito e as ameaças de coerção de um lado, e as exigências morais de outro. Assim, ao discordar do autor anglo americano Hart questiona: para se determinar o sentido de qualquer proposição, deve-se formular a questão de qual o sentido que se pode atribuir a esta proposição, considerando que ela deve decorrer dos princípios que melhor se adequam ao direito e melhor o justificam? Para Hart a descrição não deixa de ser uma descrição, ainda que o que ela faça seja uma avaliação. [[20]](#footnote-20)

1. **A natureza do positivismo jurídico**

Na visão de Hart, Dworkin considera que a obra do autor inglês é:

representativa do moderno positivismo jurídico, distinguindo-o, porém, das versões anteriores, como as de Bentham e Austin, principalmente por rejeitar as teorias interpretativas do direito e a concepção de que toda a lei emana de um indivíduo ou corpo legislativo soberano juridicamente ilimitado. Dworkin encontra em minha versão do positivismo jurídico um grande número de erros diferentes, embora relacionados entre si. O mais fundamental desses equívocos é, segundo ele, o ponto de vista de que a veracidade das proposições jurídicas como as que descrevem direitos e deveres jurídicos depende apenas de questões ligadas a fatos históricos simples, inclusive aqueles relativos a convicções individuais e atitudes sociais. [[21]](#footnote-21)

Para Hart a veracidade das proposições jurídicas constituem o que Dworkin chama de “alicerces do direito” e, em seu entendimento o autor anglo americano pensa que o positivista erra ao considerar serem estes fixados por regras linguísticas, compartilhadas por juízes e advogados, que administram o uso e o significado da palavra direito ou lei, tanto no que constitui a lei como o que é de fato o direito. [[22]](#footnote-22)

Hart entende que, da interpretação positivista do direito que para ele faz Dworkin, “*poder-se-ia deduzir que as únicas discordâncias possíveis sobre questões jurídicas são aquelas relacionadas à existência ou inexistência desses fatos históricos; não poderia haver desacordo teórico ou controvérsia sobre o que constitui os fundamentos do direito.* [[23]](#footnote-23)

O autor inglês afirma que Dworkin persiste em demonstrar que a divergência teórica sobre os fundamentos do direito é diversa da que compreende o autor positivista. Nas palavras de Hart:

Contrariando a interpretação de que esses fundamentos são fixados de modo incontroverso por normas linguísticas compartilhadas por advogados e juízes, Dworkin insiste em que são essencialmente controvertidos, já que entre eles estão não só fatos históricos mas também juízos morais e enunciados valorativos frequentemente controversos. Dworkin oferece duas descrições muito diferentes de como os positivistas, como eu, vieram a adotar essa concepção radicalmente equivocada.[[24]](#footnote-24)

Antes de adentrarmos nas descrições de Dworkin sobre o motivo dos positivistas adotarem essa concepção radicalmente equivocada, cabe trazer a baila, o esqueleto do positivismo para Dworkin, citado em seu livro “Levando os Direitos a Sério”.

Desse modo, para o autor anglo americano, o positivismo tem como esqueleto algumas poucas conjecturas centrais e organizadoras. Em primeiro lugar, regras jurídicas válidas são as positivadas. Essas poderiam ser identificadas por testes que não tem haver com o seu conteúdo, mas com o seu pedigree. Segundo, se não há regra, cabe a decisão da autoridade pública, o que significa ir além do direito; e o terceiro ponto, o significado de obrigação jurídica é igual a regra jurídica válida. [[25]](#footnote-25)

Para Dworkin, as distintas versões diferem principalmente na sua definição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve atender para ser considerada uma regra jurídica[[26]](#footnote-26).

Sobre a alegação de Dworkin que a teoria jurídica positivista é uma teoria dos simples fatos. Hart refuta ao expor que não há nada em seus textos que autorize tal descrição de sua teoria. Ainda que, a doutrina sobre a norma de reconhecimento, que aponta os critérios para identificação das leis, que os Tribunais dispõe para aplicar pode até ser incorreta, no entanto, em nenhum momento o autor inglês baseia sua teoria na ideia, para o autor equivocada, de que seja parte do significado direito ou na ideia mais equivocada ainda de que, se os critérios para identificação do direito não fossem fixados de maneira incontroversa, a palavra “direito” significaria coisa diferente para diferentes pessoas. [[27]](#footnote-27)

Dworkin rebate que a sua teoria não é uma teoria semântica, mas descritiva das diversas características do direito em geral como fenômeno social complexo. [[28]](#footnote-28) Assim, o autor pós positivista afasta a ideia de norma de reconhecimento (apelidada por ele de pedigree), e a define como sendo a identificação do direito, baseada apenas em fatos históricos, sendo um exemplo de “positivismo dos simples fatos”. Para Hart, ele ocupa-se apenas como as leis que são adotadas ou criadas pelas instituições jurídicas e não com o seu teor. [[29]](#footnote-29)

Relembra o autor inglês a sua afirmação que em alguns Sistemas Jurídicos como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica podem incorporar explicitamente além do pedigree, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo das restrições jurídicas constitucionais.

Dworkin então, na visão de Hart, tenta reconstruir a sua teoria a partir da teoria interpretativa dele denominada de convencionalismo.Em resposta, Hart pontua que a sua teoria admite valores entre os critérios de direito, diferente da teoria de Dworkin que, segundo ele, propõe que, o objetivo do direito e da prática jurídica seria a de justificar a coerção. Mas, o autor inglês se defende expondo que para ele o direito não tem esse fim. O direito oferece sim, um guia para a conduta humana. [[30]](#footnote-30) Dessa forma, isso não serviria para distinguir as leis de outras normas ou princípios que tenham os mesmos objetivos gerais.

Para Hart a sua teoria consiste num Positivismo brando – por aceitar princípios morais ou valores – e não uma teoria do positivismo dos simples fatos como afirma Dworkin. O problema do autor anglo americano, em sua concepção, é a de que:

existe uma profunda incompatibilidade entre o positivismo brando, que permite que a identificação do direito dependa de temas controversos ligados à obediência a juízos morais ou outros enunciados valorativos, e a visão geral do positivista do direito, como uma ciência que se ocupa essencialmente em oferecer padrões públicos confiáveis de comportamento que podem ser identificados com segurança como questões de simples fato, sem depender de argumentações morais discutíveis. Para comprovar essa incompatibilidade entre o positivismo brando e o restante de minha teoria, Dworkin citaria minha descrição da norma de reconhecimento como uma cura para, entre outras deficiências, a incerteza do regime pré jurídico imaginário composto por normas primárias de obrigação, de caráter consuetudinário.[[31]](#footnote-31)

Nesse sentido, Hart coloca que essa crítica do positivismos brando exagera tanto no *“grau de certeza que o positivista coerente precisa atribuir a um conjunto de padrões jurídicos quanto a incerteza que resultará se os critérios de validade jurídica incluírem a obediência a princípios ou valores morais específicos.”* Assim, para o autor:

Evidentemente, é função importante da norma de reconhecimento a de aumentar a segurança na determinação do direito, o que ela não poderia fazer se os critérios de direito por ela introduzidos não suscitassem problemas controversos apenas em alguns casos, mas em todos os casos ou na maioria deles. Mas nunca postulei como objetivo para a norma de reconhecimento a exclusão de toda incerteza, a qualquer custo, no que se refere a outros valores.[[32]](#footnote-32)

Desse modo, ainda que a lei não tivesse uma textura aberta e solucionasse todas as indagações sobre o seu significado, essa lei conflitaria com outros objetivos que o direito deve alcançar como seus. É importante que nas normas jurídicas haja uma dose de incerteza de modo que possibilite em uma decisão judicial bem informada a busca pelo direito. [[33]](#footnote-33)

Observa Pedro Alves Estevam Pinto Serrano, que:

*Na concepção de Hart, toda regra de reconhecimento, embora compartilhada pelos membros da comunidade jurídica, tem um núcleo firme bem estabelecido e, ao mesmo tempo, uma periferia que traz certa imprecisão e apresenta uma textura aberta. A regra de reconhecimento hartiana tem como critério substantivo o respeito à dignidade da pessoa humana. Esta regra é aceita e compartilhada pela comunidade jurídica e social e, sem a sua observância, todas as demais matrizes que a compõem – distribuição de competências constitucionais, atribuições dos juízes nos tribunais ordinários – não se sustentam. Os direitos humanos integram o núcleo central da regra de reconhecimento explicitada por Hart.”* [[34]](#footnote-34)

Observa-se que na concepção de Hart, as normas e princípios jurídicos têm textura aberta e, a ausência de resposta em casos difíceis, no qual pode haver discordância entre os juristas sobre qual seria a resposta juridicamente correta, e ainda o limite legislativo em tais casos de uma decisão dos Tribunais precisam fornecer a decisão legislativa limitada, que para o autor seria a discricionariedade. Embora Hart afirme que a discricionariedade é limitada, relativa no sentido que é dada somente a casos específicos, ele a admite de modo que, a decisão poderia incorrer sim, em arbitrariedade.

Afirma Hart que Dworkin *“rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício dessa discricionariedade criativa.”* [[35]](#footnote-35) Assim, diz o autor que essa ideia é vista pelo autor anglo americano como:

Uma dedução equivocada a partir do fato que uma proposição jurídica que afirme a existência de um direito ou dever jurídico pode ser discutível, constituindo, assim, um tema sobre o qual homens ponderados e bem-informados podem divergir, e que, quando o fazem, muitas vezes não há como demonstrar conclusivamente se a proposição é verdadeira ou falsa. Essa inferência de Dworkin é equivocada, pois, quando uma proposição jurídica é assim controversa, podem existir ainda, não obstante, “fatos materiais” em razão dos quais possa ser considerada verdadeira ou falsa; e, embora sua veracidade ou falsidade não possam ser demonstradas de maneira conclusiva, as alegações de que é verdadeira podem ser consideradas argumentos que afirmam ser falsa, ou vice-versa. [[36]](#footnote-36)

De modo diverso, defende Dworkin que para a proposição jurídica ser considerada verdadeira a interpretação deve ocorrer em conjunto com outras premissas, com os princípios que se adéquam ao sistema jurídico e oferecem a melhor justificativa moral para ela. [[37]](#footnote-37)

1. **A natureza das normas** **e os princípios.**

Hart compreende como “normas sociais” àquelas constituídas por uma prática social que envolve os padrões de conduta seguidos pela maioria do grupo quanto a uma atitude normativa específica em relação a padrões que o autor denominou como de aceitação. Para ele, o ponto de vista externo compreende a de um observador destas normas sociais e o interno a do participante que aceita as normas como guia para a suas condutas. Hart, a partir das críticas de Dworkin, trás algumas modificações que ele entendeu como necessárias. [[38]](#footnote-38)

Para Dworkin, normas contrárias instituídas pela prática referem-se a normas sem importância, como se fossem as “regras de alguns jogos”, e para que o autor inglês incluísse os princípios em sua teoria seria necessário que ele abandonasse a sua teoria.

Vale observar que Hart admite ter falado pouco dos princípios, da decisão judicial concreta e do raciocínio jurídico, o que para ele foi um defeito em seu trabalho. Concordamos que de fato o foi. Sendo assim, pondera que há várias formas diferentes de se distinguir normas (regras) de princípios. [[39]](#footnote-39)

Para Hart nos exercícios limitados de interpretação construtiva ele não crê que o melhor entendimento da figura do juiz seja o de que esteja tentando imitar a abordagem holística e sistêmica de Hércules. E ai vai a sua crítica de que Dworkin desconsiderou na preocupação com a interpretação construtiva - o fato de que muitos princípios jurídicos deve seus status não só ao teor de interpretação – mas ao que ele chama de pedigree – a forma como foram criados e adotados por uma fonte de autoridade reconhecida. [[40]](#footnote-40)

Hart reconhece que parte da crítica de Dworkin a sua descrição das normas sociais é bem fundada e relevantes para a compreensão do direito, e especifica as alterações que entendeu necessárias a sua descrição original. [[41]](#footnote-41) São elas:

(i) Minha descrição é deficiente segundo alegou Dworkin, por ignorar a diferença importante entre consenso da *convenção,*manifestada nas normas convencionais de um grupo, e um consenso da *convicção* independente , manifestada nas práticas convergentes do mesmo grupo. As normas são práticas sociais convencionais quando a obediência geral de um grupo a elas está entre as razões que levam os membros individuais do grupo a aceitá-las; em oposição a isso, as práticas meramente convergentes, como a moral partilhada pelo grupo, não são instituídas por convenção, mas pelo fato de que os membros do grupo têm agido e se comportado de determinadas maneiras e continuam geralmente a fazê-lo pelas mesmas razões, embora de maneira independente. [[42]](#footnote-42)

Assim, para o autor do pós escrito assisti razão a Dworkin ao afirmar que a sua descrição das normas sociais se aplica somente as normas convencionais, e isso limita especialmente o alcance de sua teoria prática, pois Hart não a encara *“como uma explicação sólida da moral, seja individual, seja social. Mas a teoria continua sendo uma descrição fiel das normas sociais convencionais, que incluem,”* [[43]](#footnote-43):

Além dos costumes sociais comuns (que podem ou não ser reconhecidos como dotados de autoridade jurídica), certas normas jurídicas importantes, inclusive a norma de reconhecimento, que é na verdade uma forma de norma jurídica consuetudinária que existe apenas quando é aceita e praticada nas operações de identificação e aplicação das leis pelos Tribunais. Em contraposição, as normas jurídicas positivadas, embora sejam identificáveis como normas jurídicas válidas pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, podem existir como normas jurídicas a partir do instante de sua publicação, antes que se apresente qualquer ocasião para a sua prática, e a teoria prática não se aplica a elas. [[44]](#footnote-44)

Para Dworkin, o conceito de direito está em apresentar a melhor perspectiva moral possível – interpretação essa que está envolvida na identificação do direito. Já Hart entende que se existem esses critérios num sistema jurídico para a identificação de princípios, esse critério resultaria em uma análise, de uma norma convencional de reconhecimento, que fornece os critérios para a validade das regras de direito. Para o autor, a existência de uma regra de reconhecimento e a definição de seu conteúdo ou quais os critérios de validade em qualquer sistema é considerada, embora complexa, constitui uma questão de fato empírica.

1. **Discricionariedade Judicial e Conclusão.**

Este capítulo aborda um dos temas mais importantes discutidos atualmente no Brasil, no que se refere a discricionariedade judicial. Pontua Hart, que há casos em que o direito existente não assinala uma decisão como correta; e para julgar causas como essas que inicialmente não demonstrariam uma única decisão como correta, cabe ao juiz, se necessário for, exercer o seu poder de “criar o direito”. [[45]](#footnote-45)

Ainda que ponderado pelo autor que a criação do direito não deve ser arbitrária, e apenas utilizada se necessário, discordamos quanto a esta afirmação da forma como colocada pelo autor, pois trata-se de competência do Poder Legislativo. A respeito, esclarece Lenio Streck em seu livro “O que é isto – decido conforme minha consciência? sobre a tese que vem recomendando em Hermenêutica Jurídica em Crise e Verdade e Consenso, “obras que servem de substrato para as presentes reflexões”:

é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, como acréscimo de que a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma (no sentido hermenêutico do que significa a “Constituição mesma”, problemática sobre a qual venho me debruçando de há muito). Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador (ou do intérprete geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina). [[46]](#footnote-46)

Com base nessa e em outras considerações e discussões sobre o tema, entendemos que como regra pode haver uma resposta correta conforme o direito, mas excepcionamos desta afirmação inicial, os casos polêmicos, como o aborto e outros, em que se juntassemos diversos renomados juristas numa sala, certamente haveria uma divisão proporcional ao montante reunido, com divergências e interpretações diferentes todas fundamentadas conforme o direito.

Por fim, nossa principal crítica a Hart esta na aceitação de disposições moralmente contrárias, ainda que o autor não concorde, pois ele tenta deixar claro o inverso a todo instante, mas por poderem ser válidas como normas ou princípios jurídicos de acordo com a sua teoria positivista. Uma forma de separação entre o direito e a moral é a possibilidade da existência de direitos e deveres jurídicos destituídos de qualquer justificativa ou força moral. Diante disso, concordamos com o fato ponderado a todo instante por diversos juristas, de que após a humanidade ter vivenciado o nazismo, há uma moral universal considera e aceita e que deve ser respeitada. Assim, não se deve admitir retrocessos.

Para encerrar, Marcio Sotelo Felippe traz o pensamento de Teodor Adorno:

Finalmente, o centro de toda educação política deveria ser que Auschwitz não se repita. Isto só será possível na medida em que ela se ocupe das mais importantes das questões sem receio de contrariar quaisquer potências. Para isso teria de se transformar em sociologia, informando acerca do jogo de forças localizado por trás da superfície das formas políticas. Seria preciso tratar criticamente um conceito tão respeitável como o da razão de Estado, para citar apenas um modelo: na medida em que colocamos o direito do Estado acima do de seus integrantes, o terror já passa a estar potencialmente presente. [[47]](#footnote-47)

**BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Direito e Moral. 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Ricardo Marcondes e PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a Justiça. A Justiça Arquetípica e a Justiça Deôntica.* São Paulo: Editora Fórum, 2012.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção.* São Paulo: Alameda, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isso decido conforme minha consciência. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

1. \* Mestranda em Direito do Estado pela PUC/SP, pós-graduada em Gestão Pública pela FGV e advogada e consultora especializada na Organização dos Estados Ibero-Americanos. [↑](#footnote-ref-1)
2. HART, Herbert LionelAdolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 307. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibid., p. 309. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibid., p. 309 e 310 [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibid., p. 105. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibid., p. 129-142. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibid., p. 310 [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibid., p. 310 [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibid., p. 310-311. [↑](#footnote-ref-9)
10. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012 p. 311. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ibid., p. 311. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibid., p. 312. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibid., p. 313. [↑](#footnote-ref-13)
14. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 313-314. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibid., p. 314. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ibid., p. 107. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ibid., p. 314. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibid., p. 315. [↑](#footnote-ref-18)
19. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 315 [↑](#footnote-ref-19)
20. Ibid., p. 315 [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibid., p. 316 [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibid., p. 316 [↑](#footnote-ref-22)
23. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 316. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ibid., p. 316-317. [↑](#footnote-ref-24)
25. Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2012. p. 27-29. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ibid., p. 29. [↑](#footnote-ref-26)
27. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 318 [↑](#footnote-ref-27)
28. Ibid., p. 318 [↑](#footnote-ref-28)
29. Dworkin, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2012. p. 319. [↑](#footnote-ref-29)
30. As características do direito são: Primeiro, o fato de que provê por normas secundárias a sua identificação, a modificação e a imposição de padrões e segundo a sua pretensão geral sobre a prioridade sobre outros padrões. A coerção – embora importante – é secundária – sua justificativa não pode ser a do fim ou objetivo do próprio direito. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 319-320. [↑](#footnote-ref-30)
31. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 324. [↑](#footnote-ref-31)
32. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 324-325. [↑](#footnote-ref-32)
33. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 325. [↑](#footnote-ref-33)
34. Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e Golpes na América Latina. 2016. p. 113-114. [↑](#footnote-ref-34)
35. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 326 [↑](#footnote-ref-35)
36. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 326 [↑](#footnote-ref-36)
37. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 327 [↑](#footnote-ref-37)
38. Consenso (o grupo tem agido e comportado de certa maneira e continuam a se comportar por essas razões) x convenção (as normas são práticas sociais convencionais quando a obediência geral do grupo levam os membros individuais do grupo a aceitá-las. Hart aplica a sua descrição das normas sociais apenas a essas normas convencionais. e a norma de reconhecimento inclui não só os costumes sociais comuns, como certas normas jurídicas importantes, inclusive a norma de reconhecimento que é na verdade uma forma de norma consuetudinária que existe apenas quando aceita e aplicada e identificada pelos tribunais. e em contraposição as normas jurídicas válidas – embora sejam normas jurídica válidas que podem existir a partir da publicação. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 329-330. [↑](#footnote-ref-38)
39. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 334-338. [↑](#footnote-ref-39)
40. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 329. [↑](#footnote-ref-40)
41. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 330. [↑](#footnote-ref-41)
42. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 330. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ibid,. p. 330. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ibid,. p. 330-331. [↑](#footnote-ref-44)
45. Hart, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. Pós-escrito 2012. p. 351. [↑](#footnote-ref-45)
46. Streck, Lenio Luiz. O que é isto - Decido conforme minha consciência?.2015. p. 113. [↑](#footnote-ref-46)
47. (Teodor Adorno) Tradução de Wolfgang Leo Maar em HTTP://adorno.planetaclix.pt/tadorno10.htm.

    Felippe, Marcio Sotelo. Direito e Moral. 2014 p. 28. [↑](#footnote-ref-47)