

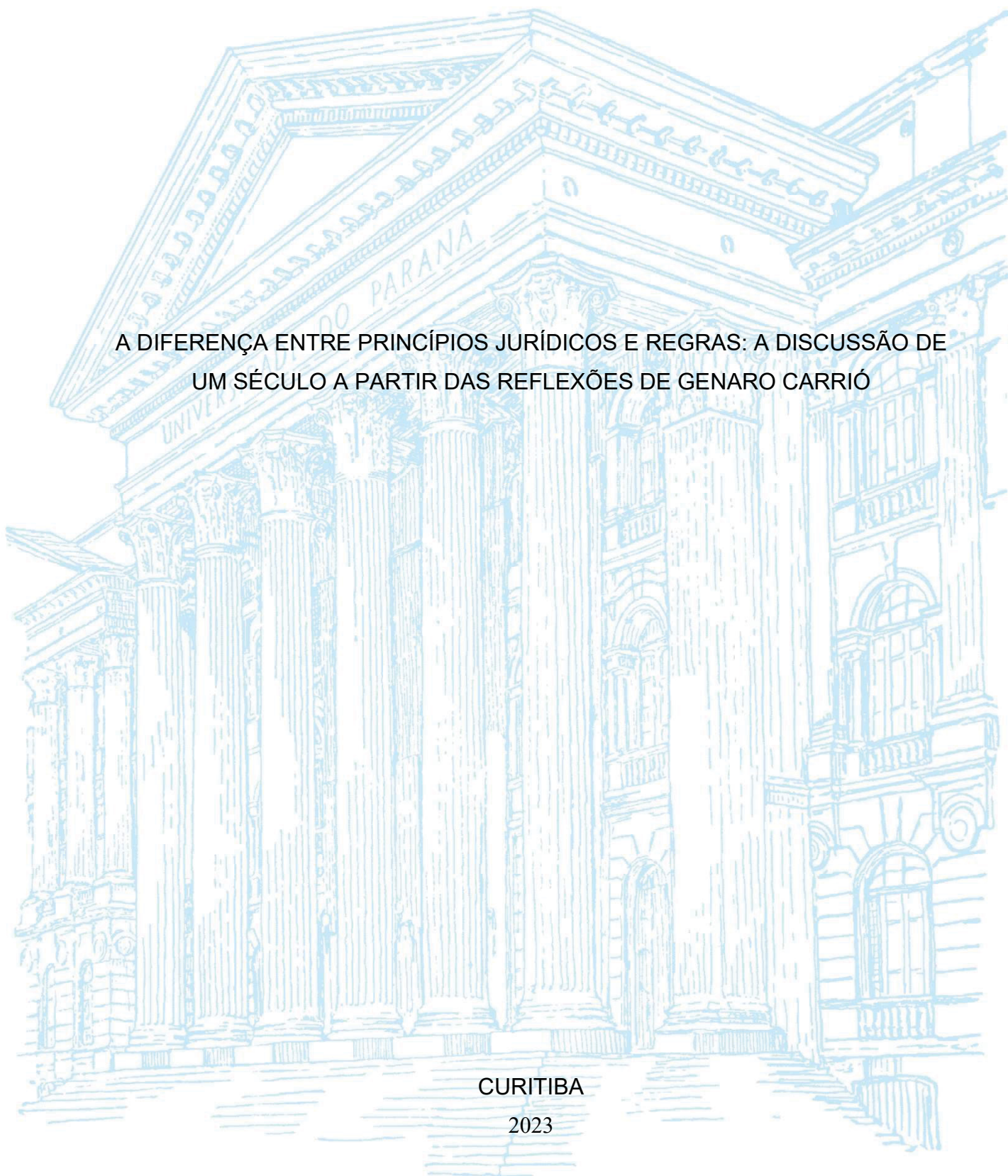
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL HEKAVE

A DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REGRAS: A DISCUSSÃO DE
UM SÉCULO A PARTIR DAS REFLEXÕES DE GENARO CARRIO

CURITIBA

2023



RAFAEL HEKAVE

A DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REGRAS: A DISCUSSÃO DE
UM SÉCULO A PARTIR DAS REFLEXÕES DE GENARO CARRIÓ

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Hekave, Rafael

A diferença entre princípios jurídicos e regras: a discussão de um século a partir das reflexões de Genaro Carrió / Rafael Hekave. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Cesar Antonio Serbena.

1. Positivismo jurídico. 2. Direito e moral. 3. Teoria do conhecimento. I. Serbena, Cesar Antonio. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto – CRB-9/1217

ATA Nº293

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia treze de março de dois mil e vinte e três às 10:00 horas, na sala 317 - Ruy Corrêa Lopes - Sala de Defesas - 3º Andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RAFAEL HEKAVE**, intitulada: **A DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REGRAS: A DISCUSSÃO DE UM SÉCULO A PARTIR DAS REFLEXÕES DE GENARO CARRIÓ**, sob orientação do Prof. Dr. CÉSAR ANTONIO SERBENA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CÉSAR ANTONIO SERBENA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JOSEP JOAN MORESO MATEOS (UNIVERSIDADE POMPEU FABRA DE BARCELONA), MELANIE MERLIN DE ANDRADE (MAX PLANCK INSTITUTE). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CÉSAR ANTONIO SERBENA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 13 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

19/03/2023 11:44:33.0

CÉSAR ANTONIO SERBENA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 15:20:11.0

JOSEP JOAN MORESO MATEOS

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE POMPEU FABRA DE BARCELONA)

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 15:14:26.0

MELANIE MERLIN DE ANDRADE

Avaliador Externo (MAX PLANCK INSTITUTE)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RAFAEL HEKAVE** intitulada: **A DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REGRAS: A DISCUSSÃO DE UM SÉCULO A PARTIR DAS REFLEXÕES DE GENARO CARRIÓ**, sob orientação do Prof. Dr. CÉSAR ANTONIO SERBENA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Março de 2023.

Assinatura Eletrônica

19/03/2023 11:44:33.0

CÉSAR ANTONIO SERBENA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 15:20:11.0

JOSEP JOAN MORESO MATEOS

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE POMPEU FABRA DE BARCELONA)

Assinatura Eletrônica

17/03/2023 15:14:26.0

MELANIE MERLIN DE ANDRADE

Avaliador Externo (MAX PLANCK INSTITUTE)

Dedico esta dissertação às duas. Sam companheira e Catarina exemplo de como enfrentar o mundo.

AGRADECIMENTOS

O trabalho escrito faz parte de um processo lento, caracterizado por uma longa marcha de muitos cruzamentos, mudanças de rotas, angústias, silêncios ensurdecedores, muitos pedidos de perdão e agradecimentos. Ninguém faz nada sozinho, embora sempre haja responsabilidade por aquilo que se produz.

Minha caminhada é um tanto antiga, mas ganhou significação própria pela persistência e sabedoria de muita gente.

As maiores lições, não resta dúvida, me foram oferecidas por alguém muito jovem, mas que já enfrentou muito mais do que eu poderia suportar. Minha querida Catarina (Nina/Ninoca), de olhar tão expressivo, sorriso fácil e encantador. Na mesma esteira, minha grande companheira, aquela que sempre teve uma palavra de solidariedade, amor e incentivo. Sam, com toda sua serenidade, garantiu a paz necessária para continuar.

Necessário acenar para os grandes amigos.

Alguns de longa data que muitas mesas compartilharam e que tiveram palavras doces e firmes em vários momentos. Aos parceiros de várias congregações, Joanni, Jilian e Rosane, grupo seletivo que nunca titubeou em apresentar uma palavra de confiança. Ao amigo Widolin, grande conhecedor sobre as coisas do homem e da alma. Gustavo, compadre, que deu exemplo de perseverança e capacidade de se manter firme apesar das grandes dificuldades pelo caminho.

Há ainda os amigos que o mundo acadêmico me apresentou. Companheiro de mestrado Júlio Eduardo Damasceno Medina de tantas discussões e escrita compartilhada. Maria Angélica Feijó, parceira de aulas e de angústias, que compartilhou seus grandes conhecimentos e sempre me ouviu com muita atenção. Ao amigo Cesar Bolzani, crítico leal, de eloquência e inteligência impressionantes. À amiga, grande pesquisadora e Doutora, Melanie Merlin de Andrade que tem em si toda a esperança do mundo, encontrando em mim algo que nunca acreditei.

Por fim, e com grande importância, deixo na pessoa de meu Orientador, Professor Doutor Cesar Antonio Serbena, uma saudação reverencial aos grandes mestres. Aqueles que no meio da tempestade e do desespero me apresentaram um modo de ser e atuar.

Nós somos todos culpados de tudo, e de todos diante de todos e eu mais que os outros. Fiódor Dostoiévski, *Irmãos Karamazov*.

Se quer seguir-me, narro-lhe; não uma aventura, mas experiência, a que me induziram, alternadamente, série de raciocínios e intuições. Tomou-me tempo, desânimos, esforços. Dela me prezo, sem vangloriar-me. Surpreendo-me, porém, um tanto à-parte de todos, penetrando em conhecimento que os outros ainda ignoram. (...) Reporto-me ao transcendente. Tudo, aliás, é a ponta de um mistério. Inclusive os fatos. Ou a ausência deles. Duvida? Quando nada acontece, há um milagre que não estamos vendo. João Guimarães Rosa, *O Espelho*.

RESUMO

Esta dissertação apresenta uma discussão acerca de como se revela o fenômeno dos princípios jurídicos e sua diferenciação com as regras, tendo como ponto de partida as teorizações feitas pelo jusfilósofo Genaro Carrió. O trabalho apresenta um resumo sobre as teses consolidadas do positivismo jurídico até a metade da década de 60 do século XX e a posterior crítica produzida por Ronald Dworkin. Em seguida menciona-se como Genaro Carrió inicia suas lições rebatendo a ideia de que o positivismo era uma teoria pensada apenas para um modelo de regras, sem conseguir lidar com os princípios. Indica-se a definição que Genaro Carrió dá aos princípios e à teoria positivista para, posteriormente, defender a sua total compatibilidade. Posteriormente é mencionado como as teorizações de Carrió se desenvolveram contribuindo para o aparecimento de uma cisão dentro da teoria positivista, em que parte de seus teóricos, chamados de inclusivistas, passaram a defender a existência de uma relação contingente entre direito e moral, enquanto outros filósofos, chamados de exclusivistas, se mantinham firmes na ideia de que inexiste qualquer relação entre direito e moral. Demonstra-se que todas as discussões são decorrências da forma como se entendia a utilização dos princípios no direito, tendo como pano de fundo a relação entre direito e moral. Como consequência destas diversas respostas produzidas pelo positivismo é exposta a segunda crítica de Ronald Dworkin ao positivismo e de como ela altera o foco de sua teoria interpretativista, iniciando um processo que questiona a definição da natureza do direito. Disserta-se sobre o entendimento do jusfilósofo estado-unidense de que o direito não pode ser descrito a partir de fatos sociais regulares e aceitos por uma comunidade política porque a prática jurídica é argumentativa e se apresenta repleta de discordâncias. Mostra-se como vários teóricos, como o espanhol José Juan Moreso, reconheceram a profundidade desta nova crítica efetuada por Ronald Dworkin e tentaram fazer uma releitura das teorizações de Genaro Carrió, apresentando uma dimensão normativa ao positivismo inclusivista do autor argentino. Por fim, apresenta-se questões a serem desenvolvidas pela teoria jurídica, tal como a solidez das teses positivistas ante a ampla constitucionalização dos princípios, problematizando-se a necessidade de se estabelecer parâmetros de objetividade para explicar as teses sobre as fontes sociais e a separação entre o direito que é e o direito que deveria ser, indicando-se as propostas de Juan Carlos Bayón e José Juan Moreso. Apresenta-se, ainda, a necessidade de se discutir a última formulação teórica de Ronald Dworkin sobre a ideia de unidade do valor, a qual defende que a sociedade é formada por uma série de valores e princípios interligados e interdependentes que se apoiam mutuamente e explicam a melhor forma de atuar. Como consequência tem-se que o direito faz parte de um ramo da moralidade política e que a obtenção da verdade de uma proposição jurídica tem uma forma de conhecimento que seria diferente da concepção das ciências naturais.

Palavras-chave: 1. Princípios Jurídicos 2. Relação Direito e Moral 3. Teses positivistas 4. Teoria do Conhecimento

ABSTRACT

This dissertation presents a discussion about how the phenomenon of legal principles and their differentiation from rules is revealed, having as a starting point the theorizations made by the jusophilosopher Genaro Carrió. The paper presents a summary of the consolidated theses of legal positivism until the mid-1960s and the subsequent criticism produced by Ronald Dworkin. Then, it is mentioned how Genaro Carrió begins his lessons by refuting the idea that positivism was a theory thought only for a rules model, without being able to deal with principles. The definition that Genaro Carrió gives to principles and the positivist theory is indicated in order to later defend its full compatibility. Later on, it is mentioned how Carrió's theorizations developed, contributing to the appearance of a schism within positivist theory, in which part of its theorists, called inclusivists, started defending the existence of a contingent relationship between law and morality, while other philosophers, called exclusivists, held firm to the idea that there is no relationship between law and morality. It is shown that all discussions are a consequence of the way in which the use of principles in law was understood, against the background of the relationship between law and morality. As a consequence of these various responses produced by positivism, Ronald Dworkin's second criticism of positivism is exposed, and how it changes the focus of his interpretivist theory, starting a process that questions the definition of the nature of law. The paper discusses the American jusophilosopher's understanding that law cannot be described from regular social facts accepted by a political community because legal practice is argumentative and full of disagreements. It is shown how several theorists, such as the Spaniard José Juan Moreso, have recognized the depth of this new criticism made by Ronald Dworkin and have tried to reread Genaro Carrió's theorizations, presenting a normative dimension to the Argentinean author's inclusive positivism. Finally, issues to be developed by legal theory are presented, such as the solidity of positivist theses in face of the broad constitutionalization of principles, problematizing the need to establish parameters of objectivity to explain the theses on social sources and the separation between the law that is and the law that should be, indicating the proposals of Juan Carlos Bayón and José Juan Moreso. It also indicates the need to discuss Ronald Dworkin's latest theoretical formulation on the idea of value unity, which argues that society is formed by a series of interconnected and interdependent values and principles that support each other and explain the best way to act. The consequence is that law is part of a branch of political morality and that obtaining the truth of a legal proposition has a form of knowledge that would be different from the conception of natural sciences.

Keywords: 1. Legal principles 2. Law and Moral Relation 3. Positivist Theses 4. Theory of Knowledge

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. PARA ALÉM DO MODELO DE REGAS: OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	19
2.1 A teoria elegante de Herbert Hart e a primeira crítica de Ronald Dworkin	19
2.2 Conceitos de princípios jurídicos para Genaro Carrió.....	29
2.3 Positivismo jurídico para Genaró Carrió	35
2.4 Princípios jurídicos e Positivismo: um modelo de regras e princípios	39
3. OS DESDOBRAMENTOS APÓS AS RESPOSTAS DE GENARO CARRIÓ.....	44
3.1 Um exemplo brasileiro: a discussão em torno da prática denominada “vaquejada”	46
3.2 Positivismo inclusivista e positivismo exclusivista	49
3.3 A segunda crítica de Dworkin.....	55
3.4 Positivismo normativo	63
4. QUESTÕES A SEREM DESENVOLVIDAS.....	69
4.1 O positivismo mantém suas bases com a inclusão dos princípios no direito?.....	69
4.2 A questão da objetividade	77
4.3 A última dança: Dworkin e a questão da unidade de valor.....	84
4.4 O pano de fundo: a verdade que se encontra no direito	92
5. CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS.....	109

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de mudanças acentuadas no papel exercido pelos Poderes que formam o Estado, com questionamentos sociais, políticos e institucionais, o século XX presencia a elaboração de várias Cartas Constitucionais que incorporam modelos de sistemas jurídicos baseados em princípios e novas formas de estruturar o direito.

O culto ao novo constitucionalismo e a elevação dos princípios ao status de norma jurídica tomam conta do debate da teoria jurídica e há uma profusão de discussões sobre o papel dos princípios nos diversos ramos da dogmática jurídica.

De qualquer forma a definição de tal instituto e sua relação com as regras não fica bem delimitada nas diversas teorias que tratam do tema. Há ainda a apresentação de novos princípios de forma efervescente, com a apresentação genérica de conteúdos e sem maiores explicações sobre a origem ou funcionalidade de determinado tema.

Como bem disse Umberto Eco, os grandes autores nos ensinaram que *“existem espaços de transição, nos quais as coordenadas somem, não se enxerga bem o futuro e ainda não é possível compreender as astúcias da Razão e os complôs imperceptíveis do Zeitgeist”*¹. Por estes motivos devemos nos apoiar nos ombros de gigantes que se dedicaram a explicar e melhor compreender os fenômenos sociais. E neste ponto há muito a nos dizer as reflexões trazidas pelo ilustre jurista argentino Genaro Carrió ao descrever seu entendimento acerca dos princípios jurídicos, principalmente quando da sua resposta à crítica efetuada por Ronald Dworkin ao positivismo.

Com efeito, Ronald Dworkin, ao promover uma primeira crítica ao positivismo – basicamente defendia que o positivismo era pensado para um sistema jurídico baseado em um modelo de regras, não conseguindo dar conta de uma outra forma de fenômeno representado pelos princípios –, iniciou um profundo debate que tinha como foco a possibilidade de o positivismo teoricamente conceituar a existência de princípios jurídicos de forma descritiva, sem recorrer a questões avaliativas, e, ao mesmo tempo, justificar a identificação do conteúdo do direito também sem qualquer tipo de valoração moral. Contudo, há nessa discussão questões profundas sobre a

¹ ECO, Umberto. **Nos ombros dos gigantes: escritos para La Milanesiana, 2001-2015**. tradução Eliana Aguiar. 1 ed. – Rio de Janeiro: Recordo, 2018. p. 36.

delimitação do conceito de princípio e regra, a relação de direito e moral e como essa teoria se liga a aplicação dos princípios.

Neste ponto, Genaro Carrió é um interlocutor importante na tentativa de responder às críticas de Ronald Dworkin, mas não só, ao introduzir noções sobre princípios jurídicos e de como há um encontro, ainda que contingente, entre direito e moral, dando início ao que muitos identificam como positivismo includente ou *soft positivism*.

No primeiro capítulo da presente investigação iniciaremos apresentando aquilo que tinha se estabelecido dentro da teoria jurídica até o início da segunda metade do século XX, indicando as bases da teoria de Herbert Hart e como ele apresentou de forma elegante uma forma de positivismo que tentava superar o modelo anterior de John Austin. A partir disso, é apresentada a primeira crítica de Ronald Dworkin sobre o positivismo e de como essa corrente teórica não conseguiria explicar a atuação nos princípios na prática jurídica, valendo-se apenas de um modelo de regras.

Em seguida, é apresentada a construção teórica de Genaro Carrió, explicando o funcionamento de um sistema normativo, apresentando as várias formas de normas jurídicas, com uma conceituação do que se entende por princípios jurídicos e suas várias concepções. A partir dessas primeiras reflexões é posto em discussão aquilo que o jusfilósofo argentino entende por positivismo e como ela é compatível com a sua conceituação dos princípios, apresentando argumentos para defender que a regra de reconhecimento pode também identificar a prática representativa de um princípio.

O segundo capítulo tentará demonstrar que a discussão sobre como se dá a utilização dos princípios no direito tem como pauta prévia e necessária algumas ponderações sobre como se dá a relação entre direito e moral. Com razão, há que se entender que a primeira crítica efetuada por Dworkin, embora tenha sido explícita quanto a pensar o positivismo como um modelo apenas de regras, sem dar maiores explicações sobre os princípios, tinha o intento de defender uma conexão necessária entre direito e moral. A pretensão de Dworkin era dizer que o regramento do direito deveria ter como base uma justificação moral anterior.

A tese da conexão necessária tinha o intento de atingir as bases do positivismo que eram expressas naquilo que José Juan Moreso denominou como

espírito de Bellagio², referindo-se a um encontro de filósofos do direito capitaneado por Herbert Hart e Norberto Bobbio. Esse grande evento apresentou alguns parâmetros sobre o positivismo e de como ele entendia que deveria ser analisado o fenômeno jurídico. Assim, a primeira crítica de Dworkin inicia um projeto de ataque contra as bases positivistas e a indicação que a utilização dos princípios demonstra a necessidade de uma valoração moral do direito.

Em seguida, para melhor introduzir algumas questões importantes sobre a aplicação dos princípios, é descrito um julgamento sobre a constitucionalidade de uma lei estadual de um ente da Federação que pretendia regular uma prática cultural tradicional que envolvia animais, denominada “vaquejada”. Em tal processo houve questionamentos e vários debates acerca de como compatibilizar princípios constitucionais que aparentemente entravam em conflito. Nesse ponto há toda uma descrição sobre os vários argumentos utilizados por alguns Ministros da Suprema Corte e de como eles se valeram de justificações morais discordantes sobre como identificar o direito a ser aplicado ao caso e qual seria o prevalente. Mais do que o acerto ou não das fundamentações, o mote principal é a indicação da forma como as proposições de voto se apresentaram.

Tendo um caso concreto como norte exemplificativo, é retomado no item seguinte as explicações teóricas apresentadas pelo positivismo sobre o fenômeno dos princípios jurídicos, indicando a divisão que passou a existir em tal teoria, inclusive derivada em certos aspectos pelas teorizações feitas por Genaro Carrió. Ao apresentar a sua compatibilização entre positivismo e princípios, o autor argentino inicia um ramo do positivismo que irá ser entendido como “inclusivista”, defendendo que direito e moral tem uma ligação contingente quando devidamente permitida pelo ordenamento jurídico. Outra corrente do positivismo, definida como “exclusivista”, irá negar qualquer ligação entre direito e moral, tendo uma visão específica de como se dá a utilização dos princípios no direito.

Este panorama geral irá indicar como o positivismo conseguiu, em suas variadas versões, apresentar uma resposta adequada à primeira crítica de Dworkin. A

² MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

simples utilização de princípios jurídicos nas argumentações jurídicas não invalidaria os postulados da teoria positivista.

Baseado nas diversas respostas oferecidas à sua crítica, inclusive citando diretamente Carrió, Dworkin apresentará uma segunda construção teórica para enfrentar os modelos que entendia como equivocados na análise do fenômeno jurídico. Agora o foco da crítica é a possibilidade de descrição neutra do conceito de direito, estabelecendo as bases para sua teoria “interpretativista”.

Ronald Dworkin, em tal ocasião, deixa de lado a sua alegação de que o positivismo não explica as bases teóricas para a identificação e aplicação dos princípios jurídicos e passa a atacar o entendimento de que a natureza do direito tem suas bases em um consenso social. Nesta nova crítica Dworkin afirma que grandes discussões que ocorrem dentro do fenômeno jurídico tem como ponto inicial uma discordância sobre o que seria o direito tratado no caso concreto, inviabilizando, portanto, a existência de um consenso de uma prática social aceita e que pode ser devidamente descrita. A principal característica do direito seria a existência de argumentos discordantes para analisar um determinado caso e, portanto, a única saída seria a melhor explicação valorativa para o caso, demonstrando, portanto, a conexão necessária que existe entre direito e moral.

Tal crítica teria sido mais bem fundamentada e atacaria diretamente todos os postulados defendidos pelo positivismo. A discussão principiológica, portanto, seria alterada e mostraria o seu real alcance. Alguns autores que defendem os postulados positivistas, como se mostrará, irão reconhecer a força dos argumentos de Dworkin e da necessidade de se pensar novas facetas do positivismo jurídico.

Ao final deste segundo capítulo se estuda uma versão da teoria positivista que inicia a sua reflexão a partir desta segunda crítica proposta pelo autor estadunidense. José Juan Moreso propõe uma leitura de Genaro Carrió que parte de uma dimensão normativa do direito, tentando manter a possibilidade de uma descrição neutra e com base nas fontes sociais. O “positivismo normativo” é apresentado como uma solução teórica que explica como o direito é entendido a partir de práticas sociais aceitas, mantendo o entendimento de uma ciência social descritiva, mas que tem uma esfera principiológica e valorativa que se preocupa com a previsibilidade das decisões judiciais e com a democracia.

O segundo capítulo termina, portanto, com as várias questões que já foram postas e tiveram algum tipo de desenvolvimento na teoria jurídica já no início do século XXI, tendo como gênese a discussão sobre o conceito de princípio e a sua diferenciação com as regras, a qual foi tratada inicialmente por Dworkin e Carrió.

O último capítulo passa, então, a identificar e apresentar algumas questões em aberto na teoria jurídica, as quais tem como objetivo analisar a questão principiológica no direito, a relação entre moral e direito.

De início se tenta desenvolver melhor algumas teses positivistas sobre o seu postulado básico de que o direito surge de fatos sociais complexos e de como isso não seria incompatível com a forma de argumentação moral entrelaçada com os princípios.

Há no primeiro item do capítulo final uma avaliação mais detalhada do positivismo metodológico e de como alguns autores, como Juan Carlos Bayón e José Juan Moreso, entendem as teses convencionalistas e a tentativa de apresentar uma teoria epistêmica neutra do direito. Há questionamentos específicos sobre o desenrolar das teses bases do positivismo e de como elas não são estabelecidas em bloco, devendo ser apreciadas de variadas formas, e compatibilizadas com os princípios jurídicos.

No tópico seguinte, já tendo claro que os princípios jurídicos são utilizados no direito e de que algumas teorias explicam a origem dos argumentos morais em fontes sociais, é trazida ao debate a discussão sobre a objetividade que se pode ter no positivismo. Com efeito, há que se explicar o tipo de objetividade que se deve ter na identificação dos fatos que são importantes ao direito e se é possível algum tipo de objetividade moral. O segundo item do terceiro capítulo visa apontar a necessidade de uma apresentação do tipo de objetividade que se busca e ainda defender um conceito de direito a partir dos fatos sociais, e que se contrapõe à teoria argumentativa apresentada na segunda crítica de Dworkin.

Na sequência, também se apresenta um novo degrau que precisa ser enfrentado pela teoria jurídica e que ocorre com uma reformulação na teoria de Dworkin. Há a construção de todo um arcabouço denominado “teoria da unidade de valor”.

Dworkin defende que toda a teoria jurídica contemporânea se baseou em uma premissa falsa, ou seja, a discussão sobre a natureza e o conteúdo do direito teve como ideia fixa que há uma separação entre dois mundos diversos. Para a noção consolidada o direito e a moral seriam regramentos separados e, portanto, haveria de se pensar as formas de relação que existem entre os dois segmentos separados. O jusfilósofo estado-unidense, no entanto, irá defender em sua nova versão que o direito faz parte de um ramo da moral política e, portanto, um segmento conteria o outro, dando uma nova conotação para a discussão.

O erro da concepção clássica em estabelecer dois segmentos separados geraria argumentações circulares que nunca dão conta da explicação efetiva de qual ramo de regramento deveria prevalecer. Nas teorias até então consolidadas, para se responder qual a relação entre direito e moral, já partiria de um entendimento prévio sobre qual o papel da moral no direito. Teses avaliativas partiriam da ideia de que a moral deve ser condição necessária para validar o direito, enquanto teses “neutras” já indicariam antes de tudo que a moral não pode influir na descrição do direito. A resposta, portanto, já está embutida na pergunta.

A defesa da teoria da unidade de valor acaba trazendo repercussões na clássica concepção positivista que acusava todas as teses avaliativas de não saber diferenciar o direito que “é” do direito que deveria “ser”. Neste ponto irá se repercutir a concepção de que o direito está contido na moral política, contudo, há um processo que faz a devida identificação de direitos jurídicos – aquilo que “é” – de direitos legislativos – direitos que deveriam “ser” -, conseguindo, portanto, pensar uma teoria avaliativa que explique por um lado a natureza argumentativa do direito e, por outro, a natureza política da moral.

Por fim, repercute-se a ideia de que a teoria de unidade de valor apresentada por Dworkin tem como intenção base apresentar uma teoria da verdade que faça uma diferenciação entre a forma de se conceber as ciências naturais e físicas e as explicações do direito.

A teoria jurídica precisaria explicar como se dá o processo de formação de verdades em segmentos da prática humana concebidos na seara de qual a melhor decisão a ser tomada.

Dworkin apresenta todo um aparato teórico que indica existir uma diferença essencial entre como se estabelece a verdade de uma proposição que versa sobre as coisas da natureza ou objetos criados pelo homem e as proposições morais e, por consequência, do direito.

As proposições sobre as ciências naturais ou de objetos criados pelo homem poderiam ser demonstradas verdadeiras a partir de conceitos que estabeleceriam critérios prévios de identificação de casos particulares. Ao se estabelecer critérios *a priori*, típicos da forma de pensar da modernidade, as ciências naturais conseguiriam afastar, na sua grade maioria de casos, qualquer tipo de discordância. A verdade, portanto, se estabeleceria quando da possibilidade de se definir critérios compartilhados por todos da comunidade.

Na moral e no direito este concessão *a priori* e partindo de critérios fixos seria impossível, justamente porque há dissensos na concepção de qual a melhor decisão a ser tomada em questões práticas da vida em sociedade. Por isso, a melhor forma de resolver um caso controvertido – a verdade - derivaria da melhor argumentação a partir de uma rede interligada e interdependente de valores – e daí a posição de uma teoria da unidade de valor –, a qual não se assemelharia com a solução da teoria da verdade científica.

Diante de tudo isso, pelo que foi delineado nestas primeiras páginas, pode-se afirmar que a presente dissertação vai subindo degraus, delimitando e afunilando questões a partir de um grande patamar que foi a discussão fundamental sobre o conceito e a aplicação dos princípios no direito. Neste ponto a escrita elegante e precisa de Genaro Carrió foi determinante para se fundamentar de maneira mais precisa algumas posições sobre o fenômeno jurídico. Deste início promissor abriu-se um leque de apontamentos que foram sendo somados e apresentados no segundo capítulo. Novas perguntas e respostas foram se apresentando e sendo dirimidas por várias vertentes da teoria jurídica. Por fim, pisou-se em um degrau mais desafiador e que gera ainda um desequilíbrio para o autor da presente pesquisa, apresentando-se pontos ainda recentes e por discutir sobre o fenômeno jurídico.

Por fim, para fins metodológicos, é importante advertir que os trechos de textos em espanhol não são traduzidos em virtude da proximidade linguística com o

português. Já os trechos em inglês, as traduções livres (do autor) serão apresentadas no rodapé da página.

2. PARA ALÉM DO MODELO DE REGAS: OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Interessante notar como a teoria jurídica foi sendo construída através de debates acadêmicos que produziram uma série de diálogos estabelecendo os acertos ou erros de uma determinada posição.

Não resta dúvida que uma das questões mais discutidas na teoria jurídica atual, e suas consequências na aplicação aos casos concretos, é a definição do conceito de princípio jurídico, a sua diferenciação em relação às regras.

Por isso, neste primeiro capítulo, a intenção é explicitar a gênese de uma discussão que permanece até os dias atuais sobre a teorização, e posterior aplicação dos princípios jurídicos nos sistemas normativos modernos e qual a sua compatibilização com o positivismo jurídico.

A construção teórica de Genaro Carrió, principalmente em sua resposta às críticas produzidas por Ronald Dworkin ao positivismo, passa por estabelecer os vários sentidos que são concebidos ao que se entende por princípio jurídico e, a partir das teorizações de Hart, indicar como o positivismo jurídico é compatível com eles. Carrió tentará demonstrar como o direito pode ser teorizado sem recair em avaliações morais, apresentando-o como um conjunto que engloba regras específicas, regras gerais e princípios.

Assim sendo, a intenção no presente capítulo é averiguar o caminho percorrido por Genaro Carrió para construir uma teoria jurídica que explicasse o direito a partir de uma determinada concepção do positivismo. Um autor atento já encontrará em Carrió a antecipação de discussões importantes para a teoria normativa e que ainda estão candentes na atualidade, principalmente a relação que existe entre direito e moral e como ela se concretiza na aplicação do sistema normativo aos casos concretos.

2.1 A teoria elegante de Herbert Hart e a primeira crítica de Ronald Dworkin

Até a primeira metade do século XX é possível verificar uma tradição jurídica consolidada em seu enfoque analítico, com uma corrente do positivismo estruturada

dentro de uma concepção que explicava o direito como um fato verificável do mundo exterior e decorrente de um ato de autoridade³.

Jonh Austin, um dos expoentes de tal corrente, dentro do seu mapa do saber normativo, vai explicar que as leis positivadas são uma espécie do gênero “comando”. Esse, em seu sentido maior, configura-se ao se verificar que um indivíduo tem um desejo manifestado expressamente e que se direciona ao comportamento de outro sujeito, tendo vontade e capacidade para sancionar, infringir um mal, caso esse seu desejo não seja cumprido. A lei positivada teria a mesma estrutura de comando, pois

com um único enunciado, o legislador expressaria tanto um desejo dirigido a um comportamento alheio (o desejo de que não se roube), quanto a vontade que o transgressor seja punido (a vontade de infligir um mal ao transgressor, através do aparato sancionatório existente).⁴

Mas somente se compreende o conceito de lei positiva, e a sua diferenciação com um comando qualquer, quando se entende a origem da ordem. A obrigação decorrente de uma lei surge porque ela é emitida pela figura do soberano, sendo dele a capacidade de criar e instituir uma lei.

Para Austin uma comunidade política independente é caracterizada pela existência de um número considerável de pessoas que se juntam para viver conjuntamente, e que tais indivíduos se sujeitem às ordens de um ente superior, o qual, por sua vez, tem independência na emissão de suas ordens. Em outros termos,

Para que haja uma sociedade política é necessário, antes de tudo, que haja um agregado social composto por um número “não extremamente limitado” de associados; (...) que a maior parte dos associados *obedeça habitualmente* os comandos gerais de um superior comum e/ou de seus subordinados; (...) que o superior não preste, por sua vez, obediência habitual a outros superiores humanos.⁵

Em suma, uma lei positiva é conceituada como um comando emanado por uma autoridade que institui uma obrigação geral para uma comunidade política e que o seu descumprimento gera uma sanção. A principal diferenciação entre a lei positiva

³ Para um estudo detalhado e minucioso do enfoque analítico na filosofia do direito ver: CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello – São Paulo: Contracorrente, 2017.

⁴ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello – São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 220.

⁵ CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello – São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 226.

e qualquer outro tipo de comando é que aquela é emitida por um soberano, o qual é identificável pela observância fática de uma obediência habitual das ordens.

Hebert Hart, jurista inglês, continuará a tradição analítica sobre o fenômeno jurídico. Defende, já no início da década de 60, no seu famoso livro sobre o conceito de direito, que o esquema simples apresentado por Jonh Austin não satisfaz todas as situações verificadas em um sistema normativo. Hart, já no prefácio da sua obra mais famosa, afirma que *“muito deste livro denota preocupação com as deficiências de um modelo simples de sistema jurídico, construído segundo as linhas da teoria imperativa de Austin.”*⁶

Para Hart a explicação de todo aparato do sistema normativo como mera observância de um comando emanado de um soberano é simples demais e não compreende a totalidade do fenômeno. Sustenta, inicialmente, que uma lei criminal que permite ou proíbe determinada conduta poderia ser parecida com um comando geral, contudo, a sua positivação em um sistema normativo acarreta na aplicação da lei para todos, inclusive para o soberano que emitiu a ordem, não estando ele completamente independente. Em seguida, explica que há direitos decorrentes do sistema jurídico que garantem poderes para julgar, legislar ou, ainda, para alterar relações jurídicas que nada se parecem com ordens e que tenham como garantidor uma ameaça. Por fim, Hart aponta sua crítica contra a ideia do soberano identificado por uma observância habitual, afirmando que a tese de Austin foi

incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas, nem com o eleitorado, nem com o órgão legislativo de um Estado moderno.⁷

Além disso, Hart também irá defender que a conceituação do direito a partir da ideia de comando não consegue explicar a diferença, por exemplo, entre uma ordem emanada por um assaltante armado que exige a carteira de um indivíduo e a ordem posta em uma regra jurídica, a qual também pode exigir uma conduta sob uma ameaça de uma sanção ou mal. Na primeira situação tem-se a noção que o indivíduo “foi obrigado a fazer algo”, enquanto na segunda há uma compreensão de uma

⁶ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 2.

⁷ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 90.

“obrigação” e um dever. Há evidente diferença entre as ocorrências citadas, contudo há nelas a mesma verificação da existência de uma ordem – um desejo – externada para um indivíduo e, caso não cumprida, presenciar-se-á uma consequência ruim.

Por isso Hart afirma que, a partir de algumas categorias derivadas da concepção simples da teoria tradicional, há a “necessidade de um novo começo”. Sustenta o jusfilósofo inglês que

a derrota é instrutiva, merecedora da consideração detalhada que lhe demos, porque em cada ponto em que a teoria falhou na concordância com os factos foi possível ver, pelo menos nos seus contornos, por que razão estava destinada a falhar e o que se exige para um melhor resultado. A causa de raiz da derrota reside no facto de que os elementos a partir dos quais teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, a ideia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito.⁸

A teoria jurídica de Hart parte de uma concepção interessante que diferencia “hábito” de “regra social”, demonstrando que o cerne do conceito de direito tem relação com aquela diferenciação que tentou demonstrar entre a noção de “ser obrigado a” e “ter obrigação”.

Imagine-se um observador analisando o comportamento de um grupo social e constate que vários indivíduos promovam uma ação de maneira convergente e habitual como, por exemplo, tomar chá às cinco da tarde. Essa prática social que é exteriorizada pelos indivíduos e que pode ser descrita através da observação é conceituada como um hábito. Embora as pessoas exerçam tal prática de maneira rotineira, não há qualquer entendimento interno de um dever ou obrigação e a sua não realização em alguma oportunidade não implica em penalidade.

Por outro lado, há comportamentos sociais habituais que comportam um elemento adicional como, por exemplo, no caso comum de pessoas tirarem o chapéu ao adentrarem em uma igreja. Como no exemplo do hábito, a prática agora pensada também se apresenta como um fato do mundo, contudo o seu descumprimento implica no reconhecimento da existência de um erro, tendo-se a noção de violação de uma regra de conduta religiosa, a qual implica uma reprovação de toda a comunidade.

⁸ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 90.

Uma importante consideração levantada por Hart é de que neste último caso, embora se possa ter uma noção de dever, um fato psicológico, este sentimento não é o que define a existência da regra social.

Tome-se como exemplo um grupo hipotético que deseja protestar contra a igreja católica e se organiza para que todos entrem de chapéu em uma celebração. Note-se que não é o sentimento de dever que faz surgir a regra, pois tais indivíduos não se sentem obrigados. Ao contrário, a regra se apresenta faticamente e os protestantes, sem o sentimento de dever, mas conhecedores da regra sobre tirar o chapéu, exercem atos para infringir a regra social.

Embora haja semelhanças entre hábitos e regras sociais, as duas práticas se mostram diferentes.

A primeira diferença é presenciada na ocorrência de um desvio da conduta comum, pois no descumprimento de um hábito não haverá qualquer tipo de reprimenda, enquanto a quebra de uma regra social gera “censura” ou pressão por parte da comunidade, com críticas de diferentes variações.

Em seguida, quando se está diante de uma regra social e acontece algum desvio da normalidade a realização de uma crítica é aceita e entendida como uma boa razão. Há, por óbvio, pessoas que não concordam com a regra social, contudo a sua existência traz consigo uma legitimação daquele que levanta uma censura ou repreensão quando o padrão comum não é observado.

Por fim, um dos aspectos que mais chama a atenção na diferenciação entre as duas condutas, temos o que Hart chama de “aspecto interno das regras”. Na presença de um hábito *“não se exige que nenhum dos membros do grupo pense, de qualquer modo, no comportamento geral ou saiba sequer que o comportamento em questão é geral, ainda menos se exige que se esforcem por ensiná-lo ou tencionem mantê-lo.”*⁹. Diferentemente ocorre quando se analisa uma regra social, a qual é reconhecida como padrão pelos membros de uma comunidade de uma maneira reflexiva e crítica, servido como algo vinculativo e entendido por todos da comunidade.

⁹ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 65.

Sobre este terceiro ponto é interessante pontuar que Hart difere este “aspecto interno” da regra social de qualquer sentimento ou avaliação sobre ela. Aduz que:

Onde as regras são geralmente aceites por um grupo social e geralmente apoiadas pela crítica social e pela pressão no sentido da conformidade, os indivíduos podem muitas vezes ter experiências psicológicas análogas às da restrição e da compulsão. Quando dizem que <<se sentem vinculados>> a comportarem-se de uma certa forma, podem estar realmente a referir-se a estas experiências. Mas tais sentimentos não são nem necessários, nem suficientes para a existência de regras <<vinculativas>>.¹⁰

Dessa caracterização da regra social e de sua diferenciação com os hábitos podemos retirar algumas conclusões que terão implicações diretas ao que se entende por direito e como o seu conteúdo pode ser encontrado.

De início pode-se defender que a regra social não é apreendida apenas pela observação de um fato da vida – tirar o chapéu ao entrar em uma igreja, por exemplo -, pois tal ato pode ter inúmeros motivos, sem que se possa entender que existe uma norma de conduta a ser seguida. Além da existência externa da conduta, a regra social será descoberta pela explicação dos motivos que levaram aquele indivíduo a realização da ação – respeito a um local sagrado com a retirada do chapéu. As regras sociais, portanto, servem como argumentos que justificam nossa conduta, estabelecendo, portanto, uma razão para agir de certa maneira.

Além disso, a constatação da existência de um “aspecto interno” da regra social não significa concordância valorativa ou moral com ela. Com efeito, o fato de um indivíduo cumprir uma regra social, justificando sua conduta a partir dela, não implica na concordância moral ou valorativa. Como no exemplo citado acima, aqueles que protestam em uma igreja sem retirar o seu chapéu sabem da existência da regra e podem com ela não concordar ou achá-la sem sentido. Com isso, um observador externo poderá descrever a conduta dos indivíduos de uma comunidade, mencionando as razões para agir – aspecto interno – a partir de uma neutralidade valorativa.

Bem delimitada a concepção de regra social Hart apresentará o seu modelo de sistema jurídico baseado na diferenciação entre regras primárias e secundárias. Afirma inicialmente que em sociedades primitivas, com estruturas sociais simples, é

¹⁰ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 66.

possível perceber a existência de regras primárias, as quais estabelecem obrigações e indicam condutas a serem realizadas. Contudo, somente em grupos muito pequenos e coesos se poderia ter apenas tais tipos de regras, pois neste modelo as regras não formam um sistema e podem gerar certa incerteza na sua identificação, tem um caráter estático que dificulta alterações e adaptações para novos contextos e, por fim, haverá uma prolongação nas discussões sobre se uma regra admitida foi ou não descumprida quando não há uma instância que possa dar o veredito final.

Hart então afirma que o “remédio” para os defeitos de tais estruturas simples é a instalação de regras secundárias que não apresentam obrigações, mas sim criam poderes públicos ou privados que permitem solucionar os problemas das estruturas simples, permitindo estabelecer regras para identificar um padrão de conduta – regras de reconhecimento -, regras de alteração e regras de julgamento¹¹.

O problema sobre a estática das regras primárias é resolvido com a identificação das chamadas “regras de alteração”. Seria um conjunto de regras que *“confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas.”*¹²

Em seguida, como outra regra secundária, e que serve para afastar a ineficácia de entendimento último para averiguar quando uma regra primária foi violada, Hart apresenta as “regras de julgamento” que servem para identificar quem irá proferir o resultado da análise de um caso concreto e qual o processo que irá ser observado.

Por fim, para superar a incerteza e a identificação do direito Hart teoriza o que chama de “regra de reconhecimento”. Ela servirá para indicar o modo como as outras regras do sistema são identificadas, estabelecendo os critérios de validade. Em outros termos, o fundamento de um sistema jurídico complexo está embasado na conformação do mesmo com elementos factuais e empíricos fornecidos pela regra de

¹¹ Hart afirma que a combinação de regras primárias e secundárias e suas diversas combinações é capaz de nos fornecer o “coração” de um sistema jurídico e, ao mesmo tempo, uma importante ferramenta de análise para todos os teóricos do direito e da política.

¹² HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 105.

reconhecimento atrelado ao reconhecimento interno dos participantes da existência do padrão de uma conduta¹³.

E neste último ponto é importante pontuar a inovação que Hart apresenta sobre a objetividade em se identificar uma regra jurídica e que tem profunda relação com aquilo que apresentamos sobre a diferença entre um mero hábito e uma regra social.

O direito se apresenta como uma realidade do mundo em que é possível se averiguar uma conduta padrão realizada pela comunidade, na qual se soma um elemento interno de aceitação e reflexão do padrão de comportamento¹⁴. Como na regra social, a observação da existência da regra, com aceitação e reflexão, deve ser da comunidade política envolvida, não implica em aprovação valorativa do padrão e necessita de critérios para identificar se houve ou não o respeito ao que é estabelecido como conduta derivada da regra.

Por fim, Hart irá ressaltar que a regra positivada é produzida em uma linguagem natural, a qual tem uma textura aberta que pode gerar dúvidas acerca de sua aplicação em um determinado caso. Além disso, há casos que não foram previstos, não existindo um padrão a ser seguido. Em situações complexas como estas as *“coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou*

¹³ Katya Kozicki, ao explicar a teoria de Hart, afirma que a *“fundamentação do sistema jurídico em uma teoria do reconhecimento, assentada na concordância interior dos sujeitos participantes (elemento psicológico de definição) e aliada à existência de uma regra de reconhecimento, fornecedora de critérios empíricos e/ou contextuais. É essa regra que permite a identificação do direito válido. Em outras palavras, a validade das regras jurídicas se vincula ao fato de elas se adequarem (conformarem-se) aos critérios estabelecidos na regra de reconhecimento. É justamente essa regra de reconhecimento que vai solucionar o problema da incerteza das regras jurídicas.”*. KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 12.

¹⁴ Hart explica bem tal posição ao mencionar que *“O argumento para a regra de reconhecimento <<direito>> é o de que a regra que faculta os critérios para a identificação das outras regras do sistema pode ser bem concebida como um elemento definidor de um sistema jurídico e, portanto, digna de se chamar <<direito>>; o argumento em favor de a considerar <<facto>> é o de que afirmar que tal regra existe é, na verdade, produzir uma afirmação externa de um facto real dizendo respeito à maneira por que as regras de um sistema <<eficaz>> são identificadas. Qualquer destes aspectos merece atenção, mas não podemos fazer justiça a ambos escolhendo um dos rótulos: <<direito>> ou <<facto>>. Em vez disso, devemos recordar que a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efectiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam para identificar o direito.”*. HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 123.

pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de casos para caso."¹⁵

Hart escreve "O Conceito de Direito" em 1961. Anos mais tarde, em 1967, Ronald Dworkin, jusfilósofo estadunidense, escreve um artigo intitulado Modelo de Regras no periódico jurídico da Universidade Chicago. Tal texto foi republicado como "Modelo de Regras I" no livro "Levando os direitos a sério"¹⁶.

Dworkin inicia sua crítica afirmando que o positivismo jurídico é uma teoria pensada apenas para um modelo de regras e que ignora o papel fundamental de outros padrões de decisão que são utilizados pelos Tribunais que se valem de argumentos de princípios ou de objetivos que devem ser alcançados na sociedade¹⁷.

Haveria uma diferença lógica entre princípios e regras que deveria ficar clara. Regras são aplicadas de uma maneira tudo-ou-nada, ou seja, há uma delimitação específica de fatos estipulados na regra que permitem sua aplicação de forma total e automática, dando como exemplo a regra de beisebol de que o jogador que deixa de rebater por três vezes será eliminado. Já os princípios não apresentariam "*consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.*"¹⁸.

Uma segunda diferença recairia na ocorrência de aplicações inter cruzadas de diferentes regras e princípios em um caso. Há uma dimensão de peso ou importância que ocorre nos conflitos de princípios que não se daria com as regras. Afirma Dworkin que em um caso de conflito de princípios aquele que vai resolver a situação leva em conta a força de cada um, não fazendo uma medição precisa de cada um deles e o julgamento que entende pela maior importância de um gerará uma controvérsia. As regras não teriam essa dimensão de peso, sendo que algumas tem mais importância

¹⁵ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 148.

¹⁶ No artigo intitulado "Modelo de Regras" Dworkin é explícito ao afirmar que uma de suas intenções é examinar a "*solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart.*". DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27.

¹⁷ Dworkin explica que "política" é um termo utilizado para explicar um "*objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade*" e que princípios são como uma "*exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.*" DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

do que outras e quando entram em conflito em um mesmo sistema jurídico uma delas terá que ser abandonada, existindo outras regras que explicam como o conflito será resolvido.

Em continuidade, Dworkin vai sustentar que a ideia de discricionariedade judicial defendida pelos positivistas também só se sustenta em um modelo de regras. As obrigações surgem quando existe uma regra jurídica que delimite com exatidão a conduta e suas consequências. Contudo, haverá casos, até pela textura aberta da linguagem como defendido Hart, que acarretam incertezas e vaguezas, gerando, portanto, um poder discricionário do juiz em criar uma decisão para o caso. Dworkin, em complemento, aduz que este modelo de regras, não conseguiria explicar a força vinculante dos princípios e como eles afastam em determinados casos a aplicação de uma regra.

Para finalizar, Dworkin afirma que a teoria positivista, ao defender uma regra suprema que possibilita encontrar o conteúdo do direito – regra de reconhecimento de Hart – peca ao não explicar a indicação e aplicação de um princípio. Assevera que os princípios não surgem de uma decisão particular do Poder Legislativo ou de um Tribunal, mas sim da *“compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado.”*¹⁹. Os princípios, portanto, não poderiam remeter à uma questão de fato e que é aceita convencionalmente, como tenta explicar a tese de regra de reconhecimento defendida por Hart e pelos positivistas.

Em resumo, Dworkin vai defender que o positivismo em sua elaboração mais elegante de Hart não leva em conta os princípios, sendo pensado apenas como um modelo de regras. As principais críticas ao positivismo jurídico se apresentam em três pontos: 1) tese das fontes sociais - vai criticar a ideia positivista de que a fonte última de validade do direito é, em última instância, uma questão de fato; 2) tese da convencionalidade – vai criticar o entendimento de que o direito e os princípios esteja baseada em uma convenção social intitulada regra de reconhecimento; 3) tese do

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 64.

positivismo metodológico – vai criticar a ideia de que a tarefa do direito é meramente descritiva, não existindo uma consideração valorativa ou moral.

Em decorrência de tais críticas, Dworkin irá defender que o positivismo não consegue explicar de maneira satisfatória como é possível criar uma obrigação a partir de princípios, pois no sistema de regras não há indicação mínima se os princípios fazem parte do direito e como identificar uma obrigação decorrente do princípio. Além disso, caso se aceite que os princípios fazem parte do direito – e a prática rotineira de argumentação indica que sim – o positivismo deveria explicar como a obrigação surge e como ela é vislumbrada no caso concreto, pois, em casos difíceis, há uma mera remissão à um poder discricionário que não é bem delimitado.

Veremos nos itens seguintes como Genaro Carrió, grande jurista e filósofo argentino, tentou responder às críticas de Dworkin ao positivismo jurídico e como tais teorizações foram importantes para diversas discussões atuais sobre o papel dos princípios no raciocínio do direito.

2.2 Conceitos de princípios jurídicos para Genaro Carrió

No item anterior foi possível vislumbrar que existia uma corrente bem estabelecida na filosofia analítica até os meandros do século XX que conceituava o direito de maneira mais simples, girando em torno dos conceitos de comando, obrigação e autoridade. Herbert Hart, influenciado em muito pela filosofia da linguagem tão estudada em seu tempo, principalmente na escola de Oxford²⁰, irá produzir uma teoria jurídica mais complexa e elaborada que leva em conta uma aceitação interna dos indivíduos para se averiguar sobre a existência de uma regra social e jurídica. Ronald Dworkin em seguida irá defender que o positivismo jurídico deveria ser abandonado, pois foi pensado para um modelo de regras, sem levar em conta o papel dos princípios jurídicos e a natureza moral na formulação de sua argumentação²¹.

²⁰ Um dos principais representantes da Escola de Oxford e da teoria dos atos de fala foi John Langshaw Austin que percebeu que na comunicação entre os sujeitos poderia haver algo além da mera significação formal dos elementos encontrados em uma frase e, portanto, era necessário pensar sobre as intenções existentes dentro de um ato de fala. Sobre isso ver: AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1990.

²¹ Ronaldo Porto Macedo Junior afirma que a crítica de Dworkin consiste no fato de que a “*descrição do direito como um sistema de regras em sentido estrito, i. e., como um padrão de avaliação de condutas que segue uma gramática lógica de tipo “tudo ou nada”, “esconderia” a natureza moral da*

Genaro Carrió, em 1969, fará uma conferência na abertura dos cursos da Associação de Advogados de Buenos Aires, que posteriormente será apresentada em um artigo intitulado “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, incorporado ao livro “Notas sobre Derecho y Lenguaje”²², em que o objetivo principal é “*cuestionar una crítica al positivismo jurídico formulada por Ronald Dworkin*”²³.

A construção da defesa do positivismo por Carrió envolve etapas elaboradas, nas quais vai dissecando cada um dos apontamentos de Dworkin e apresentando o seu entendimento sobre o conceito de direito e como é possível encontrar o seu conteúdo ainda sob as bases do positivismo de Hart.

Carrió inicia seu raciocínio apresentando o que se entende pela expressão “princípio jurídico”. Para tanto, o autor argentino pede licença, de começo, para utilizar um modelo normativo não jurídico derivado das regras de futebol, afirmando que o direito comporta algumas estruturas normativas análogas com o referido jogo e que alguns problemas e dificuldades podem ser mais facilmente compreendidas.

No jogo de futebol existiriam regras de vários tipos e que, de pronto, poderiam ser agrupadas em: 1) regras que proíbem e sancionam uma conduta específica como aquela que pune que um jogador de linha coloque a mão na bola e que no direito teriam como situação análoga a regra que pune o homicídio ou o roubo. Carrió denomina tal tipo de “regra específica”; 2) regras que proíbem e sancionam condutas descritas de forma mais geral e sem uma especificidade mais individualizada como, por exemplo, a regra que pune um jogador que age de forma perigosa. No direito encontraríamos tal tipo de regra quando é prevista uma proibição de causar dano de forma culposa ou negligente. Tal espécie de regra será denominada por Carrió de “standards”.

No entanto, há pelo menos mais um tipo de regra dentro do jogo de futebol que se diferencia das outras citadas em função dos seus destinatários e por suas consequências normativas. Para ilustrar Carrió cita a “regra da vantagem”, disposição

gramática mais complexa da linguagem jurídica, esta também constituída pela “gramática lógica dos princípios”, que não funcionam como “tudo ou nada”, mas antes envolvem algum tipo de ponderação e/ou balanceamento que somente é realizado por meio de justificação argumentativa.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

²² CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

²³ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 14.

que afirma que uma infração – uma falta, por exemplo – não deve ser sancionada caso isso beneficie o infrator. A “regra da vantagem” deve ser aplicada quando, por exemplo, o jogador do time A comete uma falta no jogador do time B, mas na sequência da jogada sai um gol para o time B. Punir a infração cometida acarretaria um benefício ao infrator, pois o gol seria revertido.

Segundo Carrió tal regra não estava estipulada na regulamentação do jogo de futebol e somente foi “positivada” após anos de uso pelos diversos árbitros que viam em tal situação a obrigação de manter o jogo mesmo com a ocorrência de uma “ilegalidade”.

Tal regra possuiria quatro características que a distinguiria das outras regras citadas:

1) seria uma regra de “segundo grau”, pois versaria sobre a aplicação de outras regras;

2) é uma regra dirigida aos árbitros e não aos jogadores de futebol, impondo aos primeiros um dever geral sem qualquer tipo de alteração no status jurídicos dos participantes do jogo;

3) é uma regra que possibilita a introdução de exceções à aplicação das regras de primeiro grau, ou seja, é uma normatização que justifica, em um contexto determinado, o afastamento da regra de “primeiro grau” e permite que o jogo continue de maneira válida;

4) por fim, é uma regra que, nas palavras de Carrió, “*Presenta certo grado de neutralidad tópica o, con otras palabras, de indiferencia de contenido, toda vez que se la usa para restringir el ámbito de reglas que prohíben conductas heterogéneas*”²⁴.

A chamada “lei da vantagem” é um caso típico de entendimento que sempre foi aplicada de maneira crítica e reflexiva por árbitros como uma regra de futebol, não apenas como um hábito, e que, posteriormente, foi incorporada formalmente ao manual de regras do futebol.

²⁴ CARRIÓN, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 201.

Segundo Carrió seria possível encontrar no direito um tipo de regra semelhante, ou seja, uma situação em que os juízes de uma comunidade aplicariam um raciocínio análogo ao da “lei da vantagem” para evitar que um infrator se beneficiasse de seu ato ilícito. Buscará no mesmo caso americano citado por Dworkin para explicar a utilização de princípios jurídicos não positivados no famoso caso *Riggs vs. Palmer*. O neto, sabedor que seu avô tinha deixado para ele toda a herança em seu testamento, cometeu assassinato do parente. O Tribunal de Nova York entendeu que o regramento geral da lei de sucessões não previa nenhum impeditivo para que a herança passasse ao neto e homicida. Contudo, com a utilização de um fundamento – princípio jurídico – que não estava na legislação, segundo o qual ninguém pode se beneficiar de suas transgressões ou fraudes, impediu -se o recebimento dos bens pelo neto.

Segundo o autor argentino há características semelhantes entre a utilização da “lei da vantagem” e do princípio utilizado no Tribunal americano: a) pressupõe a existência de outras regras primárias e a elas se referem quando da sua utilização, ou seja, são regras de segundo grau; b) são dirigidas para aqueles que tem o poder de aplicar regras em um caso concreto e só indiretamente tem os cidadão ou jogadores como destinatários; c) apresentam um mapa de como e quando estas regras de segundo grau podem ser utilizadas, indicando circunstâncias ou mesmo momentos em que a regra de primeiro grau deixa alguma lacuna, possibilitando com que o aplicador da regra possa justificar a sua decisão; d) possuem um alcance em vários campos de regulação normativa – no caso, por exemplo, do princípio de quem ninguém pode se aproveitar da própria fraude, este princípio pode afastar uma regra de direito penal, civil, comercial, entre outros -, e, portanto, tem certa neutralidade de conteúdo no que diz respeito à um determinado ramo.

Como no futebol, em que encontramos “regras específicas”, “standards” e a “lei da vantagem”, com suas diferenciações, temos nas regras jurídicas algo semelhante. Existem várias pautas que envolvem raciocínios parecidos com a “lei da vantagem”, como, por exemplo, a proteção do hipossuficiente; a proteção de precaução e prevenção em relação ao meio ambiente; a proibição de interpretação analógica em direito penal; a proteção à continuidade do serviço público; a presunção da legitimidade dos atos públicos etc.

Evidenciada a semelhança, a forma de raciocínio e a aplicação das regras de segundo grau, Genaro Carrió irá se perguntar o que faz destas pautas – ou princípios – algo denominado “jurídico”? Além das regras específicas e daquelas com alcance genérico, devidamente positivadas no ordenamento jurídico, como se poderia dizer que um princípio, indubitavelmente utilizado nas decisões judiciais, faz parte do direito?

A sua resposta começa com a explicação e indicação dos vários significados do termo “princípio jurídico” e de como ele é utilizado. Defende que seria ilusório acreditar que os “princípios jurídicos” são postos no mesmo sentido que apresentou – regras de segundo grau – e, portanto, apenas com um estudo mais aprofundado dessa formulação é que se poderá estabelecer a relação existente entre positivismo e princípios jurídicos.

A palavra “princípio” – independente da aplicação jurídica – toma 7 acepções diversas, a saber: 1) a ideia de núcleo fundamental, característica principal, propriedade básica; 2) a ideia de orientação, guia, indicação geral; 3) a ideia de origem, fonte geradora; 4) a ideia de finalidade, objetivo a ser alcançado, meta; 5) a ideia de premissa de argumentação, axioma, essência, marco teórico pressuposto; 6) ideia de regra prática de conteúdo evidente ou uma regra ética pressuposta; 7) a ideia de máxima, de regra prática derivada da tradição ou *“pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado e que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.”*²⁵.

Essas definições comumente utilizadas são transpassadas ao contexto jurídico, estabelecendo-se uma gama de intersecções que servem de base para uma série de argumentações jurídicas. Nas diversas facetas do fenômeno jurídico, seja em sua teoria ou prática, os princípios jurídicos apresentam definições diversas, as quais precisam ser mencionadas para, em item posterior, indicar qual delas é compatível com a posição positivista defendida por Carrió.

Além do significado de princípio jurídico como regra de segundo grau destinada aos aplicadores, Carrió identifica outras conceituações de princípios

²⁵ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 210.

jurídicos, as quais fazem aplicações simultâneas das definições para o termo geral princípio. São eles:

I) concepção de princípio jurídico como um dado importante inicial que distingue e diferencia um ordenamento jurídico e que sem a sua enunciação não seria capaz de descrevê-lo satisfatoriamente. Neste caso teríamos o exemplo do princípio jurídico da separação dos poderes. Tal conceituação de princípio jurídico se identifica com a definição “1” de princípio dada anteriormente;

II) princípio jurídico como uma generalização exemplificativa decorrente das regras do sistema normativo, tendo como exemplo o princípio da inexistência de responsabilidade sem culpa, boa-fé contratual ou ausência de responsabilidade penal por atos de terceiros. Tal definição entrelaçaria as concepções “1” e “2” dadas ao vocábulo “princípio”;

III) princípio jurídico como objetivo, meta ou a intenção final de uma lei. Uma lei que cria a obrigatoriedade de uso de equipamentos de proteção individual para determinado labor teria como pressuposto o princípio da proteção do hipossuficiente. Aqui o princípio jurídico é utilizado no mesmo sentido de objetivo indicado no item “4”;

IV) ideia de princípio jurídico como aquele que indica uma pauta que é considerada justa por si só, como no caso de princípio da igualdade que veda a discriminação racial. Trata-se da ideia de uma regra ética evidente indicada no item “6”;

V) princípio jurídico estabelecido como requisito formal que é vislumbrado em qualquer ordenamento jurídico. Nesse item teríamos como exemplo a formulação das leis e a concepção de que elas devem ser gerais, não retroativas, em regra, claras e não contraditórias. Tem relação com a ideia de verdade teórica (“5”) e pressuposto prático evidente (“6”);

VI) princípio jurídico pensando como um guia ou orientação para o legislador. Podemos indicar que, em parte, a disposição do §2º do art. 12 da Constituição do Brasil (*“A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.”*) é uma orientação geral ao legislador de não discriminação. Tal conceituação se identifica com o item “2”.

VII) concepção de princípio jurídico como um valor que representa uma exigência da moral ou justiça positivada e que representam um tipo de consciência popular. Tem relação com as ideias 2 e 3 de princípio, ou seja, é algo fundante, inicial e que serve de orientação para atos futuros;

VIII) ideia de princípio jurídico como algo que provém da tradição jurídica. Está ligada ao item “7”, ou seja, trata-se de uma peça de sabedoria prática, uma experiência acumulada e repassada pela tradição;

IX) há uma definição de princípio que, segundo Carrió, tem influência da escola histórica. Trata-se de estipular princípio como uma força motriz geradora que está no pano de fundo do sistema jurídico, o influenciando para a criação e mudança das diversas regras. Tem ligação com o item “3” da concepção geral de princípio.

X) A última utilização de princípio jurídico teria relação com a teoria da jurisprudência dos conceitos. Os princípios jurídicos serviriam para reconhecer a essência dos conceitos jurídicos, estes considerados como entidades. Evidentemente que tal definição tem relação com o item “5” em que princípio é tido como algo ligado à essência, uma verdade teórica evidente e inquestionável.

A elaboração de tal lista, de alguma maneira, tenta identificar os usos mais comuns do conceito de princípio jurídico. Há nela evidente pretensão de se estabelecer aquilo que é comumente utilizado nas argumentações teóricas e práticas no direito sobre os princípios para, em momento posterior, fazer uma compatibilização com a teoria positivista bem estruturada por Hart.

2.3 Positivismo jurídico para Genaró Carrió

Como alertado de início, há no pensamento de Carrió uma estruturação baseada em etapas que devem ser cumpridas para, de uma maneira sólida, construir uma teoria que descreva o direito, suas estruturas e o seu conteúdo.

Dworkin havia criticado o positivismo de Hart e dito que era feito e pensado para um modelo de regras, sem qualquer proximidade com a utilização de princípios jurídicos.

Assim, após estabelecer os conceitos mais utilizados quando se refere à princípio, a pergunta que surge é: tais definições são compatíveis com a teoria jurídica

denominada “positivismo jurídico”? A resposta para tal pergunta, no entanto, passa antes por esmiuçar e definir qual é a definição daquilo que se entende por positivismo jurídico. Somente após delimitar conceitualmente as duas questões é que se poderá estabelecer se há a possibilidade de uma aproximação entre o positivismo jurídico de Hart e os princípios jurídicos.

Carrió irá defender que a expressão “positivismo jurídico” não é unívoca e a sua utilização, em regra, tem três tipos diferentes de caracterizações, sendo duas delas de maneira negativa e uma positiva.

A primeira das definições é apresentada de maneira direta, ou seja, é a atitude que rechaça por completo todas as formas de jusnaturalismo. Ou seja,

En el más amplio y menos preciso de sus sentidos la expresión “positivismo jurídico” se usa para *excluir* aquella actitud según la cual la descripción y, em general, el manejo del derecho, exigen tomar en cuenta pautas que necesariamente integran todo orden jurídico porque son intrinsecamente justas o porque derivan del significado mismo de la expresión “orden jurídico.”²⁶.

Concebido de tal maneira o positivismo jurídico somente seria incompatível com a ideia de princípio jurídico como uma pauta que se diz intrinsecamente justa e a definição de princípio como requisito externo e correto que deve ser respeitado por qualquer ordenamento jurídico.

Uma segunda versão de positivismo jurídico não só refutaria qualquer forma de jusnaturalismo, acrescentando a exclusão de qualquer ideia de força matriz ou geradora que esteja oculta e que sirva de base para a criação e desenvolvimento do direito. Dito de outra forma, Carrió entende que o positivismo excluiria qualquer explicação do direito que seja “supra empírica”, ou seja, que não esteja baseada, de alguma maneira, na descrição e observação de coisas que ocorram inicialmente no mundo externo. Aqui, portanto, o positivismo além de não aceitar e ser incompatível com as ideias de princípios jurídicos como pautas justas e requisitos anteriores e fora do ordenamento jurídico, também excluiria as concepções derivadas da escola histórica e da jurisprudência dos conceitos.

²⁶ CARRIÓN, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 213.

Importante destacar que a escola histórica defendia a necessidade de ligar o homem com suas raízes, se contrapondo ao universalismo abstrato em que há uma racionalidade idêntica para qualquer indivíduo. Na teoria jurídica tal corrente defendia que uma ordem jurídica somente é legítima quando adequada a uma determinada cultura de um povo. Com isso, a interpretação do direito não era apenas a identificação da vontade de um legislador, mas sim a reconstrução de seu pensamento a partir do texto da lei. Assim, além do elemento gramatical e lógico, haverá necessidade de se implantar na interpretação jurídica a questão histórica. O direito, portanto, seria identificado com o espírito do povo (*Volksgeist*) – e daí o elemento histórico, afastando, portanto, de uma racionalidade a-temporal.

Partindo de uma concepção histórica e sistemática da interpretação, a chamada jurisprudência dos conceitos, analisando o conjunto normativo alemão, por exemplo, baseado em costumes, jurisprudência e estudos de direito romano, entendia a possibilidade de o jurista identificar uma essência no direito do povo. Portanto, para a escola história e sua jurisprudência dos conceitos, em uma Alemanha com um vasto aparato jurídico de costumes e jurisprudências, há uma necessidade de preservar uma identidade histórica, o fazendo através de um estudo sistemático, buscando investigar o espírito de seu povo e, conseqüentemente, a real “vontade da lei”, tudo através de um processo analítico e não meramente descritivo²⁷.

Claramente a segunda definição negativa dada por Carrió refuta por completo as explicações da escola histórica e da jurisprudência dos conceitos, pois tais vertentes identificam o direito e a sua natureza em explicações que não podem ser descritas e tentam encontrar as razões do direito em valores de um povo supostamente explicados pela história. Como explica Ricardo Víctor Guarinoni, a tese defendida por Carrió é de que “*uno de los postulados fundamentales del positivismo*

²⁷ Falando sobre tal corrente Michel Mialle assevera que: “A escola histórica declara que o direito não poderia ser o resultado de uma construção deliberada dos homens, de maneira totalmente livre. O direito forma-se, na realidade, espontaneamente, mais particularmente, por via do costume. Essa formação <<natural>> do direito é a emanação do <<espírito do povo>> que se desenvolve no decurso da história. O legislador num país dado deverá pois limitar-se a traduzir nas leis o que lhe dita o espírito do povo, quer dizer, o que é compatível com a evolução histórica desse povo. (...) Assim, em reacção à racionalidade e ao voluntarismo do sistema jurídico inspirado pela Revolução Francesa, os partidários da escola histórica falam, em nome da história, da necessidade de ter em conta as realidades sociais concretas do povo que é o objeto desse sistema jurídico”. MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 5. ed. Lisboa: Estampa, 2005. p. 280.

es el de la distinción entre el lenguaje descriptivo y el prescriptivo, y el corolario de también distinguir el derecho que es del que debe ser.”²⁸.

A partir das caracterizações negativas acerca do “positivismo jurídico”, para Carrió, já se pode afirmar que tal teoria jurídica é compatível com a ideia de princípio jurídico como referência aos aspectos descritivos mínimos de uma ordem jurídica, suas generalizações exemplificativas retiradas de suas normas e de ordenações direcionados ao legislador (itens “I”, “II” e “VI”).

Da mesma maneira haveria compatibilidade com a concepção de princípio jurídico como pauta de segundo grau, dirigida aos aplicadores do direito, e que indica justificativas para se afastar “regras primárias” em determinados contextos, bem aos moldes já explicados da “lei da vantagem” pensada para o jogo de futebol.

Por fim, as conceituações negativas do “positivismo jurídico” não excluiriam as definições de princípios jurídicos como metas, propósitos ou objetivos indicados nas regras do sistema, exigências de justiça e moral devidamente delimitadas e positivadas ou a máximas que são legadas pela tradição (itens “III”, “VII” e “VIII”).

Diante da utilização do filtro de caracterização negativa, Carrió defende que o positivismo jurídico seria totalmente compatível e permitiria a utilização de, pelo menos, três definições de “princípio jurídico”. Afirma-se que a primeira das definições – princípio como referência aos aspectos descritivos mínimos de uma ordem jurídica, suas generalizações exemplificativas retiradas de suas normas e de ordenações direcionados ao legislador – carece de interesse, devendo prestar mais atenção aos dois outros modelos.

Carrió passará a chamar de “princípios 1” a definição de tal instituto como regra de segundo nível direcionada aos julgadores. E denominará “princípios 2” a caracterização como pautas morais e de justiça devidamente positivadas ou aquelas peças de sabedoria jurídica tradicionais. Afirma que *“Sin dejar de adherir al positivismo, dentro de esa caracterización negativa, uno puede utilizar ambos conceptos de*

²⁸ GUARINONI, Ricardo Víctor. La posición de Carrió en la discusión con Nino respecto de la disputa entre iusnaturalismo y positivismo. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 5 fev. 2022.

*“principios jurídicos” como herramientas de descripción, crítica y aplicación del derecho.”*²⁹.

Contudo, haveria dificuldades em se estabelecer uma concepção definitiva de positivismo jurídico e que permitisse, a partir de premissas devidamente construídas e fundamentadas, a utilização dos conceitos de “principios 1” e principios 2”.

Com efeito, Carrió sustenta ser necessário desenvolver a partir daqueles que pensaram o positivismo em suas bases uma compatibilização de suas características e premissas com as duas definições de principios. Para tanto, afirma que as lições de Hart, quando bem entendidas, podem dar suporte ao intento de manter o positivismo como teoria jurídica correta.

A pergunta a ser respondida: como os principios jurídicos 1 e 2 podem fazer parte de um sistema que define o direito como conjunto normativo encontrado a partir de regras de reconhecimento aceitas pela comunidade social e que indica os critérios necessários para se identificar uma “regra primária”?

O próximo item será dedicado a vislumbrar a construção feita por Carrió para demonstrar como as suas definições de principio jurídico não são incompatíveis com a teoria elegante de Hart sobre direito e de como a regra de reconhecimento consegue indicar critérios que permitam identificar os diversos principios aceitos em uma comunidade.

2.4 Principios jurídicos e Positivismo: um modelo de regras e principios

Após uma delimitação mais precisa do que se compreende por principios jurídicos e positivismo jurídico, Genaro Carrió possui condições para rebater as críticas feitas por Ronald Dworkin e de explicar a sua concepção de direito e de como ela incorpora as duas noções de principios.

Importante consignar que:

La idea de Carrió es mostrar que en realidad Dworkin há creado un enemigo a medida para sus críticas y que, em muchas ocasiones, há realizado una

²⁹ CARRÍO, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 215.

lectura equivocada de las categorías hartianas, y por ende de las tesis del positivismo hartiano.³⁰

Inicia a construção de sua teoria explicando que a palavra “regra” não pode ser entendida apenas como uma normatização com objeto delimitado e específico, ou seja, uma norma aos moldes de uma estipulação que apresenta um limite de velocidade para os veículos em uma via. Para além disso há regras, chamadas por Carrió de “standards”, que possuem uma formulação mais genérica que permitem múltiplas aplicações como, por exemplo, as regras sobre uma ação culposa. Além disso, afirma que não existem motivos para não se entender como regra a formulação de que “*ninguém pode se beneficiar da sua própria transgressão*”, citada por Dworkin na sua exemplificação sobre a utilização de um princípio. Hart já tinha delimitado que as regras possuem uma textura aberta – mesmo as regras específicas - e, portanto, não há como prever todas as situações de aplicação ou exceção que podem surgir nos casos concretos.

Dworkin também estaria equivocado quando afirma que há uma diferença lógica entre regras e princípios. Não estaria correto afirmar que as regras são aplicadas em um esquema de “tudo ou nada” ou que conseguem indicar todas as suas exceções de maneira prévia. Da mesma maneira em caso de conflito de regras não se pode falar que a aplicação de uma acarrete eventual invalidade da outra. Há casos em que para solucionar um embate entre regras o aplicador irá utilizar uma dimensão de “peso”, refletindo sobre o contexto que fez surgir o conflito. Pense-se, por exemplo, em um caso de duas vias que se cruzam em que há diferentes regras sobre o limite de velocidade em cada uma delas. As regras, por óbvio, entram em conflito no exato espaço de cruzamento e eventual análise da velocidade não acarretará a invalidade de uma das regras e também não se pode falar em aplicação das regras no esquema “tudo ou nada”.

Em continuidade, nas críticas de Dworkin haveria uma confusão sobre o entendimento do conceito de “regra de reconhecimento” e da sua averiguação em uma determinada situação. As “regras de reconhecimento” indicam critérios e

³⁰ ORUNESU, Claudina I. Notas sobre “Dworkin y el Positivismo Jurídico” de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 25 mar. 2022.

referências que nos permitem afirmar a existência de uma prática recorrente e aceita como regra pela comunidade. Contudo, a “regra de reconhecimento”, como outras regras jurídicas, também é indeterminada e com textura aberta muitas vezes. Assim sendo, em algumas oportunidades não se pode ter total certeza se alguma prática particular pode ser considerada como uma regra da comunidade. Deve-se entender que:

Aunque enunciemos la regla de reconocimiento con la mayor precisión posible ella no determinará cuántas veces debe observarse una concreta pauta de comportamiento para que sea considerada ya una costumbre jurídica, ni cuántas veces los jueces deben fundar su decisión en una regla general para que ésta sea considerada ya una norma jurisprudencial, ni cuántas veces debe dejar observarse una ley para que ella no sea ya una norma del sistema (em aquellos órdenes jurídicos cuya regla de reconocimiento acuerda carácter derogatorio a la desuetudo).³¹

É por esta textura aberta da “regra de reconhecimento” que pode ocorrer certa indeterminação para se identificar qualquer tipo de regra, seja ela específica, mais geral com diferentes aplicações ou outra qualquer.

Não compreender essa característica da “regra de reconhecimento” de ser “perifERICAMENTE indeterminada” impede, muitas vezes, de se vislumbrar a possibilidade de se estabelecer critérios para a identificação de um princípio jurídico. Sustenta Carrió que nada obsta encontrar em uma regra de reconhecimento critérios de identificação de pautas de segundo grau, dirigidas aos juízes e que permitam exceções na aplicação de regras primárias (“princípios 1”). Da mesma maneira, inexistente impeditivo para dizer que uma regra de reconhecimento pode apresentar requisitos que identifiquem metas, objetivos ou exigências de justiça devidamente positivadas no ordenamento jurídico (“princípios 2”).

Efetivamente, em nenhum momento os positivistas a partir de Hart defenderam a possibilidade de existir regras secundárias de reconhecimento apenas para regras muito específicas e que indiquem por completo a sua incidência em um caso. Há pautas e critérios morais visualizados em uma sociedade que podem servir de base para identificar um princípio que poderá ser aplicado como regra de segundo

³¹ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 227.

grau para afastar outro tipo de regra primária ou que seja reconhecido como um objetivo coletivo a ser buscado e que interfere em um caso concreto.

Como bem observa Claudina I. Orunesu:

Carrió disiente de la reconstrucción que Dworkin ofrece de la regla de reconocimiento, según la cual los criterios que ella establece solo son capaces de tomar en cuenta el origen o *pedigree* de las reglas y nunca su contenido y por ende no servirían para identificar principios tal como los concibe el professor estadounidense. Carrió adelanta, prácticamente em los mismos términos, la respuesta que años después el próprio Hart, em el *Postscript*, ofreciera a la objeción de Dworkin.³²

Acrescenta Carrió que princípios jurídicos que não satisfazem os requisitos da regra de reconhecimento não podem ser considerados integrantes do direito. Muito embora seja arbitrário indicar quantas vezes um princípio necessite ser utilizado para ser considerado como parte do sistema, é certo que o não cumprimento da regra de reconhecimento e da total observância de seus requisitos acarreta o entendimento de que o princípio não faz parte do sistema jurídico. Evidentemente que o uso constante e recorrente de um princípio que não cumpre com os requisitos da regra de reconhecimento o torna um possível candidato para integrar o sistema jurídico, pois *“ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales em vigor.”*³³.

Outro ponto que Carrió ressalta, e que terá consequências sobre o entendimento acerca da possibilidade da existência de discricionariedade judicial, tem relação com o entendimento de que nem todas as regras jurídicas, principalmente aquelas de segundo grau direcionadas aos juízes, acarretam um dever. Afirma que mesmo que exista uma regra estabelecendo certo procedimento a ser adotado pelo juiz, não parece que exista pressão social ou crítica suficiente em caso de descumprimento que possa conceber a atuação como um dever. Diante disso, defende a existência fontes jurídicas obrigatórias e fontes jurídicas permissivas. As permissivas, em caso de silêncio das primeiras, apresentam um guia de orientação

³² ORUNESU, Claudina I. Notas sobre “Dworkin y el Positivismo Jurídico” de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 25 mar. 2022.

³³ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 229.

que permite com que o magistrado justifique sua atuação e que não se possa falar em completo descumprimento das regras.

Em seguida, Carrió afirma que em um sistema normativo, com regras específicas, regras genéricas ou “standards” e princípios, haverá casos que o ordenamento não apresentará um guia – fontes permissivas – ou limites na atuação judicial e, portanto, o resultado do processo deverá ficar à cargo da discricionariedade do juiz e a partir de “pautas razoáveis fora do direito”. Sustenta que esta possibilidade de decisão *“no es sinónimo de antojo o capricho, sino de sensatez, cordura, buen juicio. Es decir, deben fundar sus fallos en pautas razonables que no son parte del derecho.”*³⁴.

A existência e integração dos princípios ao sistema jurídico não afastaria por completo a discricionariedade judicial, inclusive pela frequente possibilidade de conflitos de tais pautas, principalmente com princípios de um mesmo “peso”. Somente um sistema que já indicasse previamente qual o princípio a prevalecer, em uma roda infinita de previsões, se poderia falar em ausência total de discricionariedade.

Genaro Carrió, como bem explica Juan Bautista Echeverry, *“reconoce que es posible que algunos consideren que el enfoque (de Hart) que defiende pueda no constituir una variante del positivismo jurídico sino una cosa distinta”*³⁵. Da mesma maneira, Carrió também admite que, pelas premissas adotadas ao se falar em tipos diferentes de regras, fontes jurídicas e discricionariedade, seja muito difícil definir um conceito estrito de direito. Contudo, a intenção maior foi apresentar uma estruturação do fenômeno jurídico que comporte a introdução de raciocínios derivados de princípios e as premissas metodológicas de descrição do direito sem contaminações avaliativas.

Em suas conclusões afirma que teve como objetivo demonstrar como institutos chamados “princípios jurídicos” fazem parte do direito e como tal fenômeno é vislumbrado por um enfoque que ele entende positivista, principalmente a vertente derivada de Hart. O direito, portanto, seria um conjunto de regras específicas, regras

³⁴ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 231.

³⁵ ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

gerais e princípios que deveriam cumprir com os critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento, a qual, nos termos de Hart, é visualizada na comunidade política e devidamente aceita como regra a ser cumprida.

Como já salientado anteriormente a resposta de Carrió será um início de outras discussões, inclusive servindo de base para novas respostas dadas por Dworkin, abrindo novas portas e possibilidades de leitura do fenômeno jurídico, bem como de questões a serem tratadas e desenvolvidas.

3. OS DESDOBRAMENTOS APÓS AS RESPOSTAS DE GENARO CARRIÓ

Compreender e delimitar o conceito de princípios jurídicos, refletindo sobre qual o seu papel na delimitação da natureza do direito e na sua aplicação, passa necessariamente sobre as discussões que estão nas raízes da teoria jurídica, principalmente de como se entende a relação entre direito e moral.

As variadas vertentes atuais que tentam explicar o direito a partir da positivação de uma série de garantias, princípios e pautas que são identificadas com valorações morais tem seu início com algumas concepções iniciadas ao longo do século XX e que foram apresentadas no capítulo anterior, mas que precisam ser mais detalhadas.

A posição positivista em sua versão mais sofisticada, pensada principalmente por Hart e defendida por Carrió, está ligada ao que José Juan Moreso chamou de “espírito de Bellagio”³⁶. O autor espanhol entende que tal encontro produziu duas teses: I) *“La explicación conceptual de la naturaleza del derecho es una tarea descriptiva y para llevarla a cabo no hace falta recurrir ni a consideraciones valorativas ni a argumentos morales.”*; e II) *“La determinación del contenido del derecho, de aquello que el derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos*

³⁶ Moreso explica que está se referindo a um encontro ocorrido na “*villa Serbelloni di Bellagio*” em setembro de 1960, encabeçado por Norberto Bobbio e Herbert Hart, no qual filósofos do direito italianos e anglo-saxões discutiram algumas questões sobre o fenômeno jurídico. MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

*sociales, y dicho contenido puede ser aplicado sin recurrir ni a consideraciones valorativas ni a la argumentación moral.*³⁷.

Ao formular a sua primeira crítica ao positivismo jurídico, Dworkin, como visto acima, vai enfrentar frontalmente a segunda tese, pois afirma que o modelo de regras não consegue explicar como os princípios jurídicos são compatíveis com uma convenção social e como eles podem fazer parte do conteúdo do direito.

Genaro Carrió, já no final da década de 60, conseguirá apresentar uma teoria que explica a incorporação dos princípios ao direito e a sua compatibilidade com a regra de reconhecimento, afirmando que os princípios jurídicos podem ser identificados a partir de uma convenção social.

Tal posição de Carrió foi de tal maneira importante que conseguiu prever, em muitos aspectos, as posições que o próprio Hart defenderia em seu pós-escrito que seria publicado somente em 1994 e, além disso, serviu, dentre outras posições, de motivo para que o próprio Dworkin escrevesse um novo artigo para tentar refutar os novos argumentos positivistas³⁸.

No presente capítulo mencionaremos as diversas discussões que surgiram, em parte, pelos argumentos apresentados por Genaro Carrió e a sua definição de princípios jurídicos e como eles podem ou não serem incorporados ao direito.

Em um primeiro momento se detalhará melhor um caso concreto enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, dando um exemplo de aplicação de princípios jurídicos e de como isso carrega em si uma argumentação moral específica que gera algum tipo de discussão.

Logo em seguida se tentará mostrar como tais formulações verificadas no caso concreto tem sua gênese no famoso debate iniciado por Dworkin na década de

³⁷ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

³⁸ Estamos mencionando sobre o artigo intitulado “O modelo de regras II”, posteriormente incorporado também ao livro “Levando os direitos a sério” e que Dworkin menciona diretamente Carrió. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

1960 e na resposta que foi iniciada pelos defensores do positivismo, dentre eles Genaro Carrió, com a introdução de uma divisão dentro do positivismo.

Analisaremos, ainda, como Dworkin recebeu as críticas formuladas pelos positivistas e, a partir disso, iniciou uma nova reformulação em sua teoria pensando em um novo argumento contrário às bases do positivismo.

Por fim, se tentará demonstrar uma leitura possível dos textos de Carrió para tentar preservar o positivismo e sua premissa fundamental de que tenta demonstrar a diferença entre o direito que é e aquele que deveria ser.

3.1 Um exemplo brasileiro: a discussão em torno da prática denominada “vaquejada”

As discussões trazidas no capítulo anterior apresentam questões teóricas importantes e que discutem certos aspectos de uma análise do fenômeno jurídico. Para tentar auxiliar no entendimento de tais definições nos parece interessante apresentar um caso concreto que tem como pano de fundo, ao nosso ver, a utilização dos princípios e como eles podem ou não ser incorporados para fins de uma decisão judicial.

Durante muitos anos houve no Brasil uma prática cultural denominada “vaquejada”. Trata-se de um evento popular recreacional, com origens no ciclo do gado no Nordeste brasileiro, em que se comemorava o fim de uma etapa longa de trabalho nas diversas comitivas que levavam os bois pelo território árido.

O ato específico resume-se na demonstração de perícia por parte dos vaqueiros, em que dois deles conduzem um boi até um local determinado em uma arena e, posteriormente, puxando o rabo do animal, o obrigam a deitar.

Para regulamentar tais atividades populares o Estado do Ceará editou a Lei 15.299/2013 em que conceituava “vaquejada” como *“todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.”*. Estabeleceu que os organizadores ficam obrigados a *“adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais”* e, ainda, que o *“vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.”*.

A Procuradoria Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade³⁹ asseverando que no caso havia um conflito de normas constitucionais - proteção ao meio ambiente derivado do art. 225 da Constituição em conflito com a proteção às manifestações culturais enquanto manifestação da pluralidade estipulado no art. 215 da Constituição Federal – devendo prevalecer a maior proteção aos animais.

O Estado do Ceará defendeu a constitucionalidade da lei referida afirmando que a intenção da regulamentação é justamente proteger os animais, estabelecendo sanções contra maus tratos e, ao mesmo tempo, preservando uma prática cultural muito antiga que auxilia no incentivo ao turismo local das festas, garante fonte de emprego e renda para a população, alavancando a economia local, demonstrando, portanto, a relevância sociocultural.

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, entendeu que o ato praticado em tais eventos constituía algo degradante que produzia maus tratos aos animais em evidente sofrimento em função do tratamento ministrado antes da soltura do boi – com choques para atizar o bicho – e ao longo da prática, pois causava lesões na coluna e patas, sem contar as implicações em sofrimentos mentais, tudo de acordo com laudos científicos que foram juntados aos autos.

Do voto relator, para fins da exposição tratada na presente dissertação, destaca-se a seguinte passagem (destacou-se):

“O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento.

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, **a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana**

³⁹ Trata-se da ADI 4983 de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em: 30 jul. 2022.

autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.”

O Ministro Edson Fachin propôs divergência ao voto relator, alegando que a Constituição Brasileira protege “*as manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.*”⁴⁰. Aduziu que no caso da vaquejada cabe uma análise sob uma ótica vinda do homem do campo, despindo-se “*de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar ou olhar e alcançar essa outra realidade.*”⁴¹.

Interessante, ainda, a fundamentação apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao afirmar que embora não exista uma cláusula constitucional específica vedando os maus tratos a animais, a Constituição Federal teria estabelecido no art. 225, § 1º, VII o dever de “*proteger a fauna*”. Assim, entendeu o Ministro que há uma unidade de valor própria na proteção dos animais contra atos cruéis, independentemente de qualquer proteção de preservação geral do meio ambiente, sendo que o referido valor “*está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.*”.

Após várias discussões a referida Lei do Estado do Ceará foi declarada inconstitucional por seis votos contra cinco, nos termos do voto relator, entendendo que a prática denominada “vaquejada” era eminentemente cruel e violava o dever de proteção em relação aos animais, não podendo prevalecer o princípio de proteção às práticas culturais.

Ao nos depararmos com os argumentos lançados nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é possível perceber que havia uma discussão acerca de qual seria a melhor resposta valorativa para o caso concreto analisado.

O que nos importa aqui é ilustrar, com um caso decidido pela mais alta corte de justiça do Brasil, aquilo que Dworkin tentava demonstrar ao afirmar que a teoria positivista não conseguia explicar em seu modelo e com suas premissas.

⁴⁰ Art. 215, §1º da Constituição Federal do Brasil.

⁴¹ Trecho do voto divergência do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366632/false>. Acesso em: 30 jul. 2022.

Genaro Carrió inicia uma resposta e tenta explicar como o positivismo acolhe a argumentação a partir de princípios jurídicos, iniciando, em certa medida, uma abertura de duas vertentes no positivismo jurídico, lançando as bases para novas e importantes discussões sobre a identificação do conteúdo do direito.

3.2 Positivismo inclusivista e positivismo exclusivista

Ao nos depararmos com o caso levado à Suprema Corte Brasileira, independentemente da discussão sobre os acertos ou erros de cada argumento, podemos encontrar nas diversas falas a existência de fundamentações valorativas e a definição do que seria ou não um tratamento degradante aos animais e se uma prática cultural reiterada e aceita na comunidade poderia ser mantida.

Ao tratarmos anteriormente sobre as bases dos fundamentos positivistas nos deparamos com a segunda tese de Bellagio de que o conteúdo do direito, as suas determinações e obrigações, dependem exclusivamente de fatos sociais e que a aplicação em um caso concreto não pode se valer de argumentações morais.

José Juan Moreso ao se deparar com casos semelhantes nos Tribunais Europeus, em que por diversas vezes há o apontamento de argumentos morais nas decisões, irá dizer que inicialmente deve-se pensar, sob o ponto de vista lógico, qual a relação existente entre direito e moral.

No caso brasileiro exemplificado anteriormente havia uma regra específica que permitia a prática cultural da vaquejada. A argumentação do Supremo Tribunal Federal, no entanto, foi no sentido de que tal regra específica não estava de acordo com um cânone Constitucional que proibia prática de tortura e maus tratos a animais. Criou-se, portanto, um argumento que avaliava a prática cultural reiterada como maus tratos e a declarava a regra específica que a permitia como inconstitucional.

Para Moreso, portanto, aqui se *“Establece una relación entre la identificación del derecho y la argumentación moral. En realidad, las relaciones desde el punto de vista de la modalidad pueden ser sólo de tres tipos: o bien son necesarias, o bien son imposibles o bien son contingentes.”*⁴². Embora tal consideração decorra da lógica,

⁴² MORESO, José Juan. Positivismo Contemporáneo. In: **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno / Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 176. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/7.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2022.

Moreso também defende que ao analisar o fenômeno jurídico e discutir o seu conteúdo é preciso saber se nossas proposições jurídicas de verdade, ou seja, aquilo que nos é permitido, proibido ou facultado juridicamente, é dependente ou não de algum tipo de valoração moral.

Parece-nos que após as críticas e teorizações de Ronald Dworkin sobre os princípios jurídicos é possível perceber um primeiro grupo heterogêneo de autores – muitas vezes agrupados em uma massa denominada apressadamente de pós-positivista – que entendem que o conteúdo do direito deve, necessariamente, ter algum amparo moral anterior e dele se utilizam para vincular aqueles que decidem as questões e casos concretos. Teríamos nesta posição diferentes teorias, partindo do próprio Ronald Dworkin, com sua teoria “interpretativista”, alguns filósofos jusnaturalistas contemporâneos, como John Finnis, e outros autores que discutem a questão da razão comunicativa como Jürgen Habermans e Robert Alexy, por exemplo.

Em regra, para tal corrente de pensamento, os princípios jurídicos, por óbvio, fazem parte do direito e não se resumem a uma questão de fato, cada um tendo, aos seus moldes, uma tentativa de articulação entre direito e moral que consiga melhor explicar a forma de aplicação em um caso concreto.

Dentro do positivismo jurídico haverá um primeiro grupo chamado de “exclusivistas” defendendo que o direito não pode ser identificado com argumentações morais, tendo como exemplos Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott J. Shapiro.

Para José Juan Moreso⁴³ essa corrente de pensamento se divide em duas posições.

A primeira é derivada de um ceticismo ético em que afirma que o direito ao remeter a considerações morais o faz de maneira vazia, pois inexiste uma objetividade válida em questões morais que possam identificar o direito. Para tal corrente a questão da objetividade em questões morais é impossível e, portanto, tentar pensar ou criar mecanismos para estabelecer verdades é equivocado.

⁴³ MORESO, José Juan. Positivismo Contemporáneo. In: **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno / Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 171-205. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/7.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2022.

A segunda posição é aquela defendida por Joseph Raz, o qual nem de longe era um cético moral. Referido jurista irá afirmar que há fatos morais e que seria falso sustentar que todas as proposições morais são controvertidas. Sua tese principal é a de que uma teoria jurídica somente pode ser aceita se os critérios para a identificação do direito forem feitos por descrições de condutas humanas de forma neutra e que sua aplicação seja feita independentemente de argumentos morais.

Importante destacar que esse posicionamento é claramente contrário à tese de incorporação de qualquer moralidade no direito e decorre de uma concepção conceitual. Para Raz um traço fundamental para a identificação do direito é a sua pretensão de autoridade, ou seja, a capacidade de fornecer razões de agir, as quais alteram as intenções dos destinatários das normas em atuar de uma ou outra forma. Ao incorporar pautas morais o direito não conseguiria obter a referida autoridade, pois as indicações morais seriam ou não válidas para os sujeitos independentemente daquilo que fosse estabelecido na norma.

Como bem aponta Ronaldo Porto Macedo Junior para Raz

nossa obediência ao direito depende da existência de razões exclusionárias (ou peremptórias) que independem de sua validade axiológica. Para ele, obedecemos à autoridade porquanto há razões que nos fazem perceber a conveniência da obediência pacífica e que “excluem” ou suspendem a interrogação acerca de outros fundamentos ou de outras razões para obedecer.⁴⁴

Os princípios, portanto, não são vinculantes porque fazem parte do direito, mas sim porque são dotados de autoridade, sendo parâmetros fora do direito, mas que nele são usados como qualquer outra conceituação ou convenção que não seja estritamente jurídica.

Segundo Moreso⁴⁵ a teoria de autoridade de Raz defende que a identificação do direito sempre é feita sem recorrer a valorações morais, muito embora os juízes tenham total discricionariedade para se utilizar de pautas morais para decidir um caso concreto. Dessa maneira seria possível dividir o raciocínio jurídico em dois, um primeiro que seria o raciocínio sobre o direito (*reasoning about the law*) - estaria ligado

⁴⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178.

⁴⁵ MORESO, José Juan. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 31, p. 177-200, nov. 2008. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-teoria-del-derecho-y-neutralidad-valorativa>>. Acesso em 05 jun. 2022

às fontes do direito - e o segundo o raciocínio que pensaria as questões específicas de acordo com o direito (*reasoning according to law*) – que teria um raciocínio moral para aplicação⁴⁶.

Com essa divisão entre raciocínios a resposta que Raz dá a Dworkin é diferente daquela promovida por Carrió. Não se nega que os princípios estejam sempre presentes na resolução dos casos ou que utilizem uma dimensão de “peso” no momento de conflitos. O equívoco de Dworkin estaria em acreditar que as questões morais nos princípios teriam ligação com a identificação do direito. Os princípios são utilizados pelos magistrados nos seus raciocínios de aplicação, de acordo com a discricionariedade necessária para resolver um conflito, mas não serviriam para uma descrição neutra do direito. Em outros termos

a moral não serve e não pode ser utilizada como um critério para identificar o direito, afinal, na teoria de Raz, ela não apresenta qualquer relevância para se constatar a validade de uma lei, tampouco para a interpretação das normas. A validade, portanto, é decorrente da existência de fatos sociais que contam com a capacidade de atribuir autoridade que, então, pode ser entendida como fundamento de validade. (...) Ao tratar da tese da discricionariedade para os exclusivistas, Raz compreende que em razão da incompletude dos sistemas jurídicos e de sua textura aberta, há disputas no sistema, sem a previsão de uma resposta correta.⁴⁷

Para os positivistas chamados de exclusivistas, portanto, o caso da “vaquejada” citado anteriormente deveria ser vislumbrado de duas formas diversas. O

⁴⁶ Nos parece que a divisão feita por Joseph Raz é muito semelhante com aquela que Kelsen tinha elaborado em sua teoria do direito que fazia uma delimitação específica entre ciência do direito e direito. Para Kelsen a estrutura do ordenamento jurídico e da norma deve pensar em uma operação epistemológica em dois níveis, um teórico e outro prático. Um seria a interpretação da ciência do direito e outra a interpretação do direito. No plano teórico e da ciência a norma tem um sentido objetivo, e essa objetividade depende de sua validade. A validade da norma depende da interpretação a partir de uma outra norma superior já reconhecidamente válida. Ou seja, uma determinada lei será válida caso tenha seguido os procedimentos indicados por uma norma superior. A validade de uma norma depende da validade de outras normas que constituem um sistema escalonado. Na observância da norma superior tem-se a validação jurídica da norma inferior. Já a interpretação do direito representaria um ato de vontade do julgador. Diante da pluralidade de sentido de uma determinada norma jurídica, dentro de uma moldura interpretativa, poderia o julgador escolher a melhor decisão para um determinado caso concreto. Para Kelsen um sentimento interior jamais poderia ser objeto de conhecimento científico válido. Direito e moral estariam logicamente separados. A separação não seria uma questão de valoração, mas sim uma operação lógica a partir do entendimento macro que o direito é um fato bruto, embora com significações jurídicas dada por um sujeito cognoscente. Essa pode ser a razão pela qual Carrió na conclusão de seu artigo em resposta à Dworkin irá dizer que “*La otra versión contemporánea del positivismo, la de Kelsen, quedó tácitamente descartada por cuanto no permite dar los pasos necesarios para alojar a los principios dentro del orden jurídico con el rango que me pareció justo reconocerles.*” CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 233.

⁴⁷ ANDRADE, Melanie Merlin de. **Entre a moral e o direito: a contribuição de Kelsen, Dworkin, Hart e MacCornick**. – São Paulo: Almedina, 2022. p. 117-118.

primeiro é na identificação do direito, ou seja, entender que há um dever de se respeitar o meio ambiente e não tratar os animais de forma degradante, assim como há um dever de observar as manifestações culturais tradicionais. Nesses dois pontos, há uma descrição de fatos sociais e que não precisam recorrer a avaliações morais. Por outro lado, quando um conflito é levado ao Poder Judiciário haverá uma possibilidade de discricionariedade para resolver se haverá prevalência de uma prática cultural habitual ou a sua proibição em função de se entender que existe a ocorrência de maus tratos. A discricionariedade surge pela possibilidade da utilização de vários princípios ao caso sem poder delimitar especificamente a resposta única.

A segunda corrente positivista é intitulada de “inclusivista” e é representada pelas posições de Herbert Hart e Genaro Carrió⁴⁸. Como visto no capítulo anterior, tais autores, de alguma maneira, aceitaram que os princípios morais são utilizados nas decisões judiciais e podem ser definidos, em alguns aspectos específicos, como princípios jurídicos. Haveria, portanto, uma conexão entre direito e argumentos morais – em nível de fontes do direito – que seria contingente. A própria regra de reconhecimento inclui razões morais como critério de validade jurídica, como bem demonstra Hart.

Por isso, os positivistas “inclusivistas” entenderiam que:

O critério de validade jurídica está enraizado numa convenção fundamental, isto é, numa regra de reconhecimento que se manifesta por meio de um complexo conjunto de práticas de aplicação do direito realizadas pelos juízes e também por outros funcionários do Estado encarregados dessa aplicação. Dessa forma, são essas práticas convencionais que constituem a base do direito. Se, por um motivo contingente, nessas práticas se incluírem o reconhecimento da força vinculante dos princípios em razão de seus conteúdos (sua razoabilidade, sua justiça etc.), então o direito, nessas situações, poderá envolver princípios jurídicos de natureza moral como direito, e não como meros princípios extrajurídicos. Em outras palavras, a incorporação (ou inclusão) dos valores no direito é contingente e depende, em última instância, de um fato autoritativo.⁴⁹

Em resumo, o positivismo includente afirma que as fontes habituais do direito – leis e Constituições, por exemplo – podem prever em seus textos valorações morais e, com isso, o direito poderá ser identificado com argumentos morais. Como argumenta Melanie Merlin de Andrade:

⁴⁸ Dentre os positivistas “inclusivistas” pode-se, ainda, incluir autores como Jules Coleman, Will Waluchow e o próprio José Juan Moreso.

⁴⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

O positivismo jurídico inclusivista pretende ser uma teoria jurídica capaz de explicar os modernos sistemas constitucionais que permitem a entrada de critérios substantivos (incluindo de índole ética) na identificação (existência e conteúdo) das normas jurídicas.⁵⁰

Por isso é possível aos juízes, ao decidir se um ato público viola a os direitos dos animais, utilizar como fonte um raciocínio genuinamente moral. Para o caso específico tratado acima, a discussão moral que se estabeleceu somente foi possível porque de alguma maneira os princípios jurídicos de proteção animal e de preservação da cultura eram verificados na prática social e foram introjetados no ordenamento jurídico. Há, portanto, uma autorização para a análise moral do caso concreto e isso parece ficar claro quando Hart afirma em seu pós-escrito que:

a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referências às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito.⁵¹

Importante neste ponto compreender que a resposta dos positivistas “inclusivistas”, entendendo que há uma ligação contingente entre a esfera moral e o direito, acaba por rechaçar a segunda tese de Bellagio citada acima. Como bem pontua Moreso para *“llegar a esta conclusión Carrió – y Hart – rechazan la segunda tesis de Bellagio, según la cual siempre es posible aplicar el derecho sin recurrir a consideraciones morales.”*⁵²

Diante de tal quadro conceitual, portanto, é possível afirmar que após a primeira crítica de Dworkin – a incapacidade do positivismo de compactuar sua teoria jurídica com a existência e uso dos princípios – verificou-se uma bifurcação na teoria jurídica positivista, com a defesa em moldes diversos sobre a manutenção das bases e premissas adotadas por tal teoria.

⁵⁰ ANDRADE, Melanie Merlin de. **Entre a moral e o direito: a contribuição de Kelsen, Dworkin, Hart e MacCornick**. – São Paulo: Almedina, 2022. p. 120.

⁵¹ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 332.

⁵² MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

De qualquer maneira nos parece que o positivismo jurídico conseguiu demonstrar que sua teoria era capaz de explicar as maneiras pelas quais os princípios jurídicos eram utilizados no raciocínio jurídico. Em certa medida a estratégia utilizada conseguiu apresentar argumentos demonstrando “*o enraizamento do direito numa determinada comunidade de indivíduos, evitando e dispensando qualquer tipo de referência a um ideal transcendental, universal ou a-histórico para o direito.*”⁵³. Como bem alerta Scott J. Shapiro⁵⁴, o simples fato de os juízes serem obrigados a utilizar princípios morais em casos difíceis não importa, por si só, na comprovação de falsidade da teoria positivista.

Contudo, novos desdobramentos de tal embate entrariam em voga e se apresentariam na cena da discussão jurídica. Por trás da mera argumentação sobre a utilização dos princípios jurídicos teríamos outras questões envolvidas, incluindo os motivos pelos quais se aceita a autoridade do direito e a sua aplicação e outras questões sobre a natureza do conceito de direito.

3.3 A segunda crítica de Dworkin

Até o presente momento percorremos um caminho ao examinar as bases de uma concepção da teoria jurídica que tinha como base aquilo que José Juan Moreso definiu como espírito de Bellagio. As premissas de tal concepção se resumiam em definir conceitualmente a natureza do direito de uma maneira descritiva e sem se valer de considerações morais (primeira tese) e, ao mesmo tempo, determinar que o conteúdo de um direito dependia exclusivamente de um fato social, também não se mostrando necessária qualquer avaliação (segunda tese).

⁵³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 177.

⁵⁴ Nas palavras do próprio Scott J. Shapiro: “*I will, however, simply assert without argument that Hart’s followers have succeeded in blunting the force of Dworkin’s critique in “The Model of Rules I.” The fact that judges are sometimes obligated to apply moral principles in hard cases does not show, by itself, that legal positivism is false*”. “No entanto, vou simplesmente afirmar, sem um argumento maior, que os seguidores de Hart obtiveram sucesso em combater a força da crítica de Dworkin lançada em “O modelo de regras I”. O simples fato de juízes serem obrigados, em algumas oportunidades, a aplicar princípios morais em casos difíceis não demonstra, por si só, que o positivismo é falso” (tradução livre). SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed**. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, University of Michigan Law School, Working Paper No. 77, March 2007. p. 26. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 03 ago. 2022.

Ronald Dworkin questionou inicialmente como tais premissas possibilitariam a utilização dos princípios jurídicos nas decisões judiciais, tendo como pano de fundo uma avaliação moral que não estava previamente identificada nas práticas sociais.

Parte da resposta dos positivistas foi, inicialmente, definir o conceito de princípios e como eles podem ser considerados jurídicos. Carrió, como já demonstrando, foi pioneiro em tal tarefa, explicando detalhadamente as diversas concepções de princípios jurídicos e quais delas estariam de acordo com o compromisso positivista de descrição da natureza do direito, sem avaliações morais, e como ainda se poderia remeter às questões de fato tão caras à regra de reconhecimento.

Muito embora, como reconhece Moreso, isso significasse rechaçar a segunda tese do espírito de Bellagio, ainda se tinha a possibilidade de defender o positivismo, afirmando a plena compatibilidade entre o uso de princípios jurídicos e a sua identificação em uma regra de reconhecimento da tese de Hart.

Dworkin, no entanto, produzirá uma segunda crítica que tentará demonstrar como a primeira tese de Bellagio também não pode se manter perante a forma como se concebe o direito. Como bem alerta Scott J. Shapiro:

I have tried to show, Dworkin's critique of Hart and legal positivism did not end with "The Model of Rules I." His challenge evolved over time and, in the process, became resistant to the existing positivistic defenses. Thus, I part company with Leiter when he writes that "The point is not, I hasten to add, that there remain no challenges to legal positivism, but rather that the significant issues that face legal positivists are now different, often in kind, from the ones Dworkin made famous." I have argued, however, that positivism is particularly vulnerable to Dworkin's critique in Law's Empire. To overlook this challenge, which most positivists have done, is to ignore the most serious threat facing legal positivism at the beginning of the twenty-first century.⁵⁵

⁵⁵ "Eu tentei mostrar que a crítica de Dworkin à Hart e ao positivismo não terminou com "O Modelo de Regras I". O seu desafio evoluiu ao longo do tempo e, no processo, tornou-se resistente às defesas positivistas existentes. Assim, separo-me de Leiter quando ele escreve que "A questão não é, apressadamente acrescentar, que não permanecem desafios ao positivismo legal, mas sim que as questões significativas que os positivistas legais enfrentam são agora diferentes, muitas vezes em espécie, daquelas que Dworkin tornou famosas". Tenho argumentado, contudo, que o positivismo é particularmente vulnerável à crítica de Dworkin no Império do Direito. Ignorar este desafio, que a maioria dos positivistas tem feito, é ignorar a ameaça mais grave que o positivismo legal enfrenta no início do século XXI." (tradução livre) SHAPIRO, Scott J. **The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed**. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, University of Michigan Law School, Working Paper No. 77, March 2007. p. 54. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 03 ago. 2022.

Em 1986 Ronald Dworkin apresentará sua segunda investida contra o positivismo, lançando o seu livro “Império do Direito”⁵⁶ em que irá aprofundar o debate metodológico sobre o direito e sobre a questão da interpretação judicial.

O jusfilósofo estadunidense afirma que nos processos judiciais sempre se apresentam três tipos de questões: I) questões de fato; II) questões de direito; III) questões interligadas de moralidade, política e fidelidade.

A primeira das questões parece bem delimitada e investiga sobre os acontecimentos que ocorrem no mundo fático e que acarretam a demanda judicial. Em um acidente de carro, por exemplo, se fará necessário verificar todos os seus eventos, como os envolvidos procederam, se há uma lei de trânsito, o que ela se refere naquela região etc. No caso da “vaquejada”, citado anteriormente, é necessário se demonstrar o que há de concreto comprovado nos autos, como é a forma dos referidos atos culturais, como os animais são tratados, como se desenrola todo o evento. Nesse ponto, eventual discordância seria muito bem delimitada e poderia saber que tipo de evidência poderia esclarecer a dúvida.

Quanto às divergências morais ou políticas, Dworkin afirma que elas são muito comuns e que rotineiramente as pessoas divergem do que entendem como certo ou errado e isso, quando aparece nos Tribunais, não suscita maiores problemas.

Em relação às questões de direito, sustenta que é muito comum ver dúvidas sobre qual regra versa sobre o caso ou qual delas tem prevalência na discussão do caso. Pensemos o exemplo do caso da “vaquejada” em que os fatos parecem estar devidamente delimitados – dois vaqueiros em seus cavalos encaminham um boi até um local determinado e lá, com um puxão pelo rabo, o derrubam -, contudo, há uma divergência sobre qual princípio jurídico deve prevalecer – o princípio de proteção à fauna ou o princípio de proteção das culturas tradicionais. A partir disso Dworkin irá questionar: *“Se este é realmente um terceiro tipo de discussão, distinta das demais e diferente tanto das discussões sobre fato histórico quanto das discussões morais, de que tipo de discussão se trata? Sobre o que é a divergência?”*⁵⁷

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6.

A partir de tal questionamento Dworkin fundamentará que o positivismo jurídico não consegue dar conta dos desacordos que ocorrem na prática jurídica, como no caso da “vaquejada”.

Para explicar a sua teoria Dworkin faz uma distinção entre proposições jurídicas (*propositions of law*) e fundamentos jurídicos (*grounds of law*). As primeiras seriam as afirmações do que seria permitido, proibido ou autorizado por um ato normativo existente em um sistema jurídico específico. Teríamos como exemplos a afirmação de que é permitido dirigir automóveis a partir dos dezoito anos no Brasil; ou que é proibido maus tratos em animais; ou é permitida a prática de manifestações culturais por povos tradicionais. Tais proposições jurídicas – afirmações – podem ser falsas ou verdadeiras e isso somente será descoberto a partir dos fundamentos jurídicos, que nos casos referidos é a legislação de trânsito votada pelo Congresso Nacional que permite a direção de veículo automotor somente após dezoito anos ou os artigos da Constituição que determinam a proteção da fauna e das manifestações culturais tradicionais.

Dworkin, no entanto, afirma que mesmo concordando com os fatos de um caso concreto e com existência da legislação existente sobre o caso os juízes ou litigantes podem debater e terem uma controvérsia sobre o que “é” o direito naquele caso concreto⁵⁸. Nas palavras do referido autor haveria uma discordância teórica acerca da natureza do direito e tal acontecimento não é falado ou discutido pelos teóricos positivistas que remetem o conceito de direito à uma questão de fato. E é nesse ponto que residiria a segunda crítica às bases do positivismo, pois se a natureza do direito não depende de valorações e se remete sempre à uma prática convergente que é aceita pela comunidade, como poderia existir a tal divergência sobre a natureza jurídica para determinado caso?

José Juan Moreso, ao versar sobre tal discussão, afirma que:

⁵⁸ É o que parece ocorrer no já citado caso da “vaquejada”. Embora no processo tenha ocorrido um debate sobre uma questão de fato – saber mesmo se o boi sofria algum ato degradante -, não parece existir dúvidas sobre todos os eventos e qual a legislação aplicável. De qualquer forma os Ministros do STF controvertiam qual seria o direito a ser aplicado no caso concreto. O voto vencedor afirmou que os fatos configuravam maus tratos enquanto a divergência iniciada pelo Ministro Fachin afirmava que se deveria analisar a questão por um outro olhar, aquele do homem do campo, o que afastaria o ato cruel e faria parte de uma cultura tradicional, a qual deveria ser preservada.

Sin embargo, la segunda crítica es más poderosa. En este sentido, por ejemplo, para esta concepción saber lo que la constitución requiere nos lleva necesariamente a saber lo que la constitución presupone. Es una cuestión obvia, sobre la que Dworkin insiste, que nuestra práctica de la comprensión de lo que la constitución presupone no es convergente. Esta divergencia explica nuestros desacuerdos jurídicos.

(...)

Por lo tanto, la tesis iuspositivista según la cual el derecho de una sociedad puede ser identificado sin recurrir a consideraciones morales es también atacada. Si la naturaleza del derecho en una sociedad pudiera ser identificada a través de alguna práctica convencional, como es la regla de reconocimiento, entonces no habría lugar para estas discrepancias. Lo que aquí cuestiona Dworkin es la primera tesis de Bellagio.⁵⁹

O ponto principal a ser entendido nesta segunda crítica produzida por Dworkin é, portanto, saber como se dá a comprovação da veracidade de uma proposição jurídica, desvendando aquilo que o direito pressupõe.

Dworkin entende que as teorias analíticas do direito, seja aquelas derivadas de Kelsen, Hart ou dos vários tipos de realismo, podem ser classificadas como teorias semânticas que se preocupam com o significado do conceito de direito, ou seja, pretendem indicar os critérios únicos e corretos para melhor significar o fenômeno social vislumbrado e entendido como direito. Como nos lembra Ronaldo Porto Macedo Junior, *“Uma concepção semântica de um conceito é aquela que procura identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito”*⁶⁰. É por isso que Dworkin irá dizer que os filósofos da teoria analítica sempre tiveram como premissa que os fundamentos jurídicos e o uso do conceito de direito poderiam ser descritos e identificados de maneira uniforme, remetendo-se ao mundo exterior⁶¹.

⁵⁹ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

⁶⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180-181.

⁶¹ Isto nos parece claro quando Dworkin aduz que as *“teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. (...) As teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas.”* DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 41.

O equívoco positivista, portanto, seria insistir em afirmar que os fundamentos jurídicos seriam determinados por um tipo de consenso social produzido por critérios comuns verificados no mundo dos fatos, deixando de explicar os desacordos teóricos que são verificados na prática de aplicação do direito. É por isso que Dworkin sustentará que o

Direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas a sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações.⁶²

Segundo Dworkin, a não compreensão da prática chamada direito de maneira interpretativa e argumentativa implica em um erro filosófico por parte dos positivistas. Neste ponto ele apresenta o controverso e tão polêmico conceito de agulhão semântico (*semantic sting*). Tal termo designaria o equívoco filosófico de acreditar em uma forma específica de divergência e quando ela pode ocorrer. Em outros termos, a “ferroada” semântica ocorre quando se tem em mente que em uma discussão sobre determinada coisa tem-se entre os interlocutores a existência de um mesmo critério específico e factual que dá conta da veracidade ou falsidade de uma proposição. Assim, em uma discussão sobre livros ou carros, os participantes concordam tacitamente sobre o conceito de tais objetos, podendo divergir apenas sobre casos limítrofes em que a discordância é empírica. Nas teorias semânticas do direito, portanto, seriam inadmissíveis desacordos teóricos sobre o direito, pois os participantes das decisões judiciais compartilham a mesma gama de critérios que advém do mundo dos fatos. A discordância se estabelece apenas sobre questões de história ou análise sociológica de como os termos eram utilizados ou as bases fáticas de uso⁶³.

⁶² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 17.

⁶³ Nas palavras de Dworkin, para as teorias semânticas do direito “a imagem do que torna a divergência possível ajusta-se mal aos tipos de divergência que os advogados realmente têm. Ela é coerente quando advogados e juízes divergem sobre fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei, ou quais eram os fatos em alguma decisão judicial anterior. Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica. Os filósofos do direito em cuja

Em tal sentido, os conceitos utilizados nas teorias semânticas no direito caberiam bem nas explicações de conceitos naturais como água, frutas, objetos determinados, contudo “*eles são lógico-gramaticalmente inadequados para descrever conceitos interpretativos, como direito, cortesia ou justiça. Nesse ponto reside o aguilhão semântico (semantic sting) que atinge a teoria positivista.*”⁶⁴.

É por existir uma discrepância no que se compreende por direito que a prática judiciária seria interpretativa e argumentativa. Por isso, ao atribuir sentido à uma determinada prática deve-se analisá-la em sua melhor luz que é retirada pelos argumentos apresentados pelos participantes, entrando, por consequência, em aspectos valorativos.

Hart em seu pós-escrito irá discordar de tal crítica afirmando que Dworkin não compreende a diferença entre o “*significado*” de um conceito e os diversos critérios que existem para a sua aplicação. Haveria, portanto, uma diferença entre a teoria que define e explica um determinado uso de uma palavra e os critérios existentes que se utilizam dessa definição para o uso em um caso concreto. Em outros termos “*os critérios para aplicação de um conceito com um significado constante podem não só variar, mas também ser controvertidos.*”⁶⁵. Então, é por isso que:

Nos casos difíceis, diria Hart, não existem discordâncias teóricas, existem apenas problemas semânticos relacionados à imprecisão dos termos utilizados pela regra jurídica para a descrição do fato. Isto permite que uma mesma regra seja aplicada de maneira diversa: por exemplo, tanto ao careca que não possui nenhum cabelo quanto àquele que possui algum. A discordância dos juízes seria, então, uma discordância de teor linguístico.⁶⁶

Dworkin irá retomar essa argumentação, respondendo ao pós-escrito de Hart, afirmando que não há como delimitar especificamente as questões teórico-jurídicas e

opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quando à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o aguilhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência.” DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 56.

⁶⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183-184.

⁶⁵ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 308.

⁶⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. *In: Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Organizador Leonel Severo Rocha. – 2. ed. rev. e atual. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 202.

a aplicação que é realizada diariamente nos Tribunais⁶⁷. Não é possível estabelecer uma barreira específica entre os teóricos do direito, que apenas descrevem e apresentam os critérios de uso de forma a-valorativa, e os aplicadores do direito que acabam por discordar da forma de aplicação dos conceitos.

José Juan Moreso⁶⁸ irá dizer que Genaro Carrió, ao que parece, também não aceitaria a argumentação de Dworkin, pois isso implicaria no abandono da primeira tese de Bellagio que é muito enfática ao fazer a distinção entre o direito que é e o direito que deveria ser, tratando-se a tarefa do teórico do direito em apenas produzir uma definição descritiva e neutra. Afirma o autor espanhol que em casos de aplicação controvertida do direito como, por exemplo, se a Constituição espanhola permite a adoção de pena de morte – e nós acrescentamos sobre o caso da “vaquejada” – a posição de quem adota a primeira tese de Bellagio é a de aceitar a discricionariedade judicial e entender que se criará um direito novo para o caso. Contudo, afirma que:

Un teórico del derecho tal vez pueda sentirse conformado con esta conclusión, pero cuando este mismo teórico ejerce como juez de un Tribunal que debe tomar una de estas decisiones, no puede conformarse con este veredicto. Puede entonces que sea un ingenuo, que cree que hay solución donde no la hay, o un cínico, que usa su lugar como juez para imponer sus propios valores y su ideología (...). Sin embargo, esta es una más que triste solución y antes de adoptarla deberíamos ver si nuestra reflexión filosófica puede ofrecernos alguna otra solución⁶⁹.

O próximo item seguirá a recomendação dada por Moreso e tentará fazer uma leitura das lições de Carrió que possibilitem uma aplicação do direito que sejam identificadas na sociedade e não se utilizem apenas da resposta que diz existir apenas discricionariedade judicial.

⁶⁷ No livro “A justiça de toga”, lançado em 2006, Dworkin afirmará que “*é impossível distinguir suficientemente os dois tipos de alegações – distinguir, na prática jurídica, as alegações de primeira ordem dos juristas das alegações de segunda ordem dos filósofos sobre a maneira de identificar e testar as alegações de primeira ordem – para que possamos situá-los em diferentes categorias lógicas*.”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 233.

⁶⁸ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

⁶⁹ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

3.4 Positivismo normativo

No início do presente capítulo deu-se grande ênfase ao encontro promovido entre filósofos do direito italianos e anglo-saxões no início da década de 1960 e que produziu duas teses fundamentais. A primeira delas defende que o direito, sua natureza, a sua verificação em uma sociedade se trata de uma tarefa descritiva e sem qualquer dimensão normativa. A segunda tem relação com o conteúdo do direito, ou seja, com o que um direito específico enuncia, remetendo-se apenas à fatos sociais, sem maiores valorações morais.

Ronald Dworkin abalará a segunda tese quando identifica a utilização de princípios denominados jurídicos, com conteúdo avaliativo, nas diversas práticas do direito. Sustentamos, da mesma maneira, que parte da teoria positivista aceitou tal crítica e estabeleceu uma teoria que incorporava os princípios jurídicos e a compatibilizava com a regra de reconhecimento. Foi esse o caminho trilhado por Carrió em sua classificação citada no primeiro capítulo.

Haveria, no entanto, uma segunda crítica promovida por Dworkin, afirmando que a identificação da natureza do direito não é meramente descritiva e que há necessariamente uma controvérsia sobre os direitos que não é explicada pela teoria jurídica.

Implícita à esta segunda crítica feita por Dworkin há uma consideração que será importante para o presente item. O autor estado-unidense afirmará que a teoria de Hart tenta descrever a natureza do direito a partir de práticas sociais convergentes, contudo defenderá que a teoria positivista não explica os motivos pelos quais as pessoas aceitam e atuam de maneira padrão, respeitando o direito. Proporá, então, uma leitura do positivismo de Hart que passa por um ponto de vista normativo, salientando que:

As decisões políticas do passado justificam a coerção porque, e portanto apenas quando, fazem uma advertência justa ao subordinarem as ocasiões de coerção a fatos simples e acessíveis a todos, e não a apreciações recentes da moralidade política, que juízes diferentes poderiam fazer de modo diverso.⁷⁰

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 145.

Hebert Hart, em seu pós-escrito, rechaçou essa tentativa de leitura de sua obra. Defende que sua teoria em nenhum momento tentou apresentar qualquer justificação ou finalidade para o direito – nem mesmo a legitimidade de aplicação de uma coerção – aduzindo que o seu objetivo é “*fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva.*”⁷¹

Embora Hart mantenha a sua posição quanto a inexistência de um aspecto avaliativo em sua teoria, e conjuntamente não queira se afastar da primeira tese de Bellagio, continua não explicando os motivos pelos quais o direito é aceito e respeitado em uma determinada comunidade política. Entretanto, vários autores irão defender que não há como descrever e analisar as estruturas gerais de um sistema normativo sem entender quais os objetivos ou finalidades do direito dentro das sociedades modernas⁷².

Pelos textos de Genaro Carrió, da mesma forma, tem-se a manutenção do entendimento de que a natureza do direito é encontrada mediante descrições e que os juízes não podem exercer qualquer juízo moral em sua aplicação. Em uma discussão célebre que manteve com Carlos S. Nino⁷³ sobre eventual possibilidade de conciliação entre jusnaturalismo e juspositivismo Carrió defenderá que somente um juiz positivista poderia ter compromisso com o estado democrático de direito, aplicando a regra estabelecida no sistema normativo sem se utilizar de suas próprias avaliações morais.

⁷¹ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 300.

⁷² Mesmo autores que não concordam com a tese da ligação necessária entre direito e moral, afirmam existir uma dimensão avaliativa ao analisar a natureza do direito e de sua função na sociedade. Nesse sentido Andrei Marmor: “*Generally speaking, you cannot even begin to understand a social practice without knowing what it is there for, what is it that it is supposed to do. Without an understanding of the essential functions, or rationale, of a social practice or institution it would be hopeless to attempt a theoretical understanding of it. Now, it is not difficult to see that law has moral and political functions in our society. It is there to solve, among other things, moral and political problems.*” “Em geral, não se pode sequer começar a compreender uma prática social sem saber para que é que ela existe, o que é que é suposto fazer. Sem uma compreensão das funções essenciais, ou racionais, de uma prática ou instituição social, seria inútil tentar uma compreensão teórica da mesma. Agora, não é difícil ver que a lei tem funções morais e políticas na nossa sociedade. Está lá para resolver, entre outras coisas, problemas morais e políticos.” (tradução livre) MARMOR, Andrei. **Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral**. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26, p. 683-704.

⁷³ Carrió apresenta suas fundamentações em um texto intitulado “*Un intento de superación de controversia entre positivistas y jusnaturalistas : réplica a Carlos S. Nino*”, o qual, posteriormente também seria incorporado ao livro “Notas sobre Derecho y Language” em sua 4ª edição.

José Juan Moreso⁷⁴ questionará, então, de onde surge o dever do juiz em atuar de forma correta de acordo com um estado democrático de direito? O autor espanhol sustentará que, ao defender um dever de atuação dos juízes – pensando, portanto, em uma finalidade no direito – estamos tratando de uma teoria normativa do fenômeno jurídico. Com efeito, nas sociedades atuais, não resta dúvida sobre a existência de uma pluralidade de valores que rotineiramente entram em conflito. A opção pelo positivismo tem como pressuposto a ideia inerente de que há uma eleição política prévia, com escolha de representantes para a criação de leis e regulamentos que são entendidos como direito positivo, sendo estudados por uma ciência e aplicados sem qualquer juízo de valor.

A existência de um estado democrático de direito faz parte de um ideário que pressupõe um ordenamento jurídico que decide pautas a serem incorporadas pela sociedade como direito, e compete aos teóricos fazer o seu estudo sistematizado, sem avaliações, e a todos os juízes – função do direito – aplicar tais escolhas também sem juízos morais.

Tal concepção é denominada por Moreso como positivismo normativo ou ético, afirmando tratar-se de uma teoria que tem compromisso com a democracia das sociedades modernas, com a formulação de suas escolhas e internalização em um sistema normativo que irá acarretar, portanto, em um matiz normativo na descrição do direito porque entende que há nisso um dever de previsibilidade no cumprimento das pautas públicas.

A citada teorização já estava presente nas correntes positivistas e Moreso defende que o próprio Norberto Bobbio já havia alertado que a atitude positivista tinha adesão valorativa ao aspecto de certeza que a ciência do direito deveria cumprir. Além disso, o positivismo, para Bobbio, também tem uma profunda reflexão valorativa relacionada com o princípio da democracia, e o direito somente pode ser concebido a partir de tal marco teórico. Sustenta o autor italiano que:

hoje a democracia não pode ser mais uma formalidade: deve ser uma realidade; não pode ser mais simples instrumento de governo: deve ser a

⁷⁴ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

finalidade da luta política. De resto, se houve tão árduo empenho, se tantos sacrifícios foram feitos até aqui, é claro que a democracia é, hoje, almejada como uma nova realidade, sentida como um valor, um princípio: não se combate por um método eleitoral, não se sacrificam a coisa e a vida por um expediente de governo.⁷⁵

O positivismo normativo ainda se identifica com a ideia de que não há uma conexão necessária entre direito e moral, e que “*esta tarea evaluativa es de naturaleza muy abstracta y no autoriza la introducción de juicios de valor particulares por parte del teórico.*”⁷⁶

Para melhor esclarecer, Moreso, citando José Luis Martí⁷⁷, vai afirmar que o positivismo normativo está baseado em duas teses bem delimitadas, a primeira relacionada com a teoria e a segunda com a sua metodologia:

(1) Tesis normativa: el positivismo jurídico está comprometido con los valores de autonomía y democracia que le llevan a suscribir una particular concepción del Estado de derecho, una teoría democrática de la autoridad y a prescribir que los jueces no deben recurrir a la moral, apartándose así de la letra de la ley, a la hora de resolver las disputas jurídicas.

(2) Tesis metodológica: La filosofía del derecho parte siempre de presupuestos normativos, y en consecuencia debe abandonar la pretensión de desarrollar su análisis conceptual en la más estricta neutralidad valorativa.⁷⁸

Deve-se entender, portanto, que a teoria jurídica deve compatibilizar duas dimensões de direitos que sempre estão em tensão. Por um lado, o direito tem uma dimensão substancial, na qual regula comportamento sociais, estabelece obrigações e direitos e que, muitas vezes, remete a argumentações morais, podendo o seu critério de validade depender de acordos éticos prévios. Por outro lado, há uma dimensão procedimental do direito em que se estabelecem os ritos a serem observados pela autoridade judiciária para finalizar os conflitos e que devem estar comprometidos com aquelas pautas públicas já previamente delimitadas, não se podendo fazer qualquer

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas: às origens da democracia italiana**. Trad. Mabel M Bellati Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001. p. 36.

⁷⁶ MORESO, José Juan. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 31, p. 177-200, nov. 2008. P. 190. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-teoria-del-derecho-y-neutralidad-valorativa>>. Acesso em 05 jun. 2022.

⁷⁷ MARTÍ, José Luis. **Sobre la normatividad de la filosofía del derecho**. Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 25, 2008-2009, p. 427-454. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3134500.pdf>. Acesso em 25 out 2022.

⁷⁸ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

tipo de valoração. De alguma maneira, o comprometimento processual – e aqui reside a dimensão normativa derivada dos princípios da certeza e da democracia - garante a estabilidade necessária para se discutir as controvérsias e desacordos substanciais.

A ideia primeira do positivismo decorrente de Bellagio era de que a única tarefa do teórico é descrever e elucidar a natureza conceitual do direito e que tal atribuição não interfere na prática judiciária. O positivismo normativo rompe com tal concepção, pois admite pensar metodologicamente a partir de uma função do direito em um Estado Democrático de Direito, afirmando, nem que abstratamente e de forma distante, que dois princípios informam a teoria jurídica e interferem na sua prática. Como nos ensina Moreso, o positivismo normativo é

Una concepción que privilegia el valor de la legalidad, del sometimiento de los aplicadores del derecho a pautas públicas, previamente conocidas e identificables. Una concepción que descansa, como nos recordaba Martí, el la noción de Estado de Derecho, en el respeto a la autonomía personal y en una concepción democrática de la autoridad, que hace de las decisiones de los jueces decisiones justificadas en la medida en que se fundan en la voluntad de todos de autogobernarnos. Es indiscutible que estas ideas se hallan en el origen de la Ilustración jurídica y que recorren la columna vertebral del movimiento conocido como positivismo jurídico.⁷⁹

Diante de tal caracterização, Moreso propõe fazer a leitura do positivismo de Carrió em moldes parecidos com que Dworkin fez com Hart, ou seja, incorporar à atitude positivista uma pintura normativa que indica que somente um juiz positivista poderia atuar corretamente em um estado democrático, pois as vertentes teóricas do jusnaturalismo ainda se prendem à pautas metafísicas ou exteriores aos homens, podendo deixar de aplicar um objetivo democraticamente eleito com base apenas na vontade e valoração de um juiz. Acrescenta que o ideal positivista de separação entre direito e moral, pela leitura do positivismo normativo, é mantido quando se percebe que há um princípio democrático que informa o sistema, proibindo que o juiz identifique e aplique o direito de acordo com pautas morais próprias e não aquelas previamente reconhecidas na comunidade política, como já defendia Carrió em sua resposta à Carlos Nino.

⁷⁹ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

José Juan Moreso adverte, no entanto, que há que se tomar certo cuidado com o ideal de certeza tão pretendido pelas ciências ao se pensar na aplicação do direito em sociedades tão complexas como a atual. Sustenta que para *“honrar la autonomía de los destinatarios de las normas, es preciso dejar que las normas contengan defeaters valorativos, que dan mayor discreción a los jueces per respetan en mayor medida nuestra autonomía.”*⁸⁰. Da mesma maneira não se deve levar com total peso a recomendação do positivismo normativo, de que o direito não possa nunca ser identificado como algumas pautas morais, pois há casos que é inerente a necessidade de um pensamento valorativo.

Lembremos, mais uma vez, sobre o caso da “vaquejada” já citado acima. Havia uma prática comum e tradicional do povo do Nordeste brasileiro que se utilizava de bois para a demonstração de habilidades dos diversos trabalhadores do campo, os quais tinham como trabalho guiar o gado por longas distâncias. Uma lei estadual pretendeu regular a prática festiva, intitulado-a como esporte, e ditando alguns aspectos básicos. Referida regra foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal porque violava o bem-estar animal, com a realização de atos que o machucavam. Nesse exemplo, parece existir um indício que faz com que Moreso reconheça como *“relevante la presencia de los desacuerdos em el Derecho, como quiere Dworkin, aunque acordamos sobre el texto de nuestra Constitución, no acordamos sobre todo lo que ella presupone”*⁸¹. Defende, portanto, que haja uma certa imbricação entre um positivismo inclusivista – que rechaça a segunda tese derivada do positivismo de Bellagio – e um positivismo normativista – que rechaça a primeira tese do espírito de Bellagio – permitindo que se identifique o direito com certas pautas prévias, públicas e conhecidas, mas que se *“incluyan defeaters evaluativos para moldear (...) su aplicación a los casos particulares.”*⁸²

⁸⁰ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

⁸¹ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

⁸² MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em:

O mesmo autor sustenta que acredita que Carrió, atualmente, estaria de acordo com a sua proposição, mas que ela deve ser melhor desenvolvida, principalmente a partir dos positivismos contemporâneos e de como ela se compatibilizaria com as questões levantadas por Dworkin em sua teoria do direito como integridade.

O próximo capítulo, seguindo as recomendações de Moreso, tentará apresentar algumas questões em aberto para a teoria jurídica, sempre tendo como ponto de partida as definições sobre princípios jurídicos e, como pano de fundo, a relação que se estabelece entre direito e moral.

4. QUESTÕES A SEREM DESENVOLVIDAS

Até o presente momento este trabalho analisou a conceitualização que Genaro Carrió fez de princípios jurídicos, e de como eles se compatibilizam com a teoria jurídica positivista. A construção de Carrió se deu, em parte, em função de críticas que tinham sido lançadas por Ronald Dworkin e a sua teoria avaliativa sobre o direito.

Em sequência, apresentaram-se todas as discussões geradas pela teoria jurídica, com acepções diferentes sobre o positivismo e de como surgiram correntes próprias que tinham divergências acerca do papel dos princípios na teoria e prática jurídica, tendo como pano de fundo a relação existente entre direito e moral.

Cabe agora compreender algumas questões ainda pendentes na teoria jurídica, principalmente sobre a compatibilidade entre as lições defendidas por Carrió e as eventuais consequências em se admitir a utilização dos princípios na argumentação jurídica.

4.1 O positivismo mantém suas bases com a inclusão dos princípios no direito?

Genaro Carrió, em suas conclusões finais do seu texto sobre a conceituação dos princípios e sua compatibilidade com o positivismo, afirmou que alguém poderia claramente observar que a teorização apresentada não seria uma variante do positivismo, mas sim algo distinto. Em tal colocação, o crítico poderia afirmar que a

incorporação e aceitação dos princípios acabaria por maquiar de tal maneira o positivismo que o transformaria em outra coisa.

Carrió sustenta que tal questão tomaria muito tempo para uma resposta imediata e que, portanto, a deixaria para fazer em outro momento. Contudo, para iniciar tal problematização, seria necessário “*saber cuál es la imagen del positivismo que se tiene en mente y por que se la acepta como la vera efigie de esa actitud frente a los problemas jurídicos.*”⁸³.

Pois bem, não nos cabe discutir rótulos ou classificações, que muitas vezes se mostram vazias ou sem utilidade, mas sim tentar compreender se há compatibilidade entre um conjunto de ideias que servem para banhar o que se entende positivismo e as definições e concepções dos princípios jurídicos.

De início, pode-se afirmar que a aceitação de que os princípios jurídicos possam ser incorporados ao direito e façam parte da regra de reconhecimento acarreta uma violação da concepção que separa direito e moral ou de uma descrição sem valoração do direito.

Poder-se-ia, ainda, alegar que admitida a possibilidade de descrição de um princípio – e, portanto, de um valor específico – estar-se-ia violando ou fazendo-se relativizar a ideia central do positivismo que separa o direito que é do direito que deveria ser.

Uma outra argumentação poderia ser feita contra a ideia de princípio como regra secundária, sem origem no ordenamento normativo, que serviria apenas como álibi para os julgadores afastarem a aplicação de regras primárias. Tal procedimento envolveria critérios morais que não seriam advindos de um raciocínio lógico ou dedutivo e acarretariam alguma valoração que não seria admitida pelo positivismo.

Como identifica Juan Bautista Echeverry:

En concreto, al admitirse que las descripciones pueden ser sobre valoraciones y que dichas valoraciones pueden ser un criterio de validez jurídica, podría relativizarse el sentido de la tradicional distinción metodológica propuesta por Bentham entre un derecho que debe ser – entre la Ciencia Jurídica que se ocuparía de la descripción del derecho que es y la Ciencia de la Legislación que se ocuparía de criticarlo e valorarlo – y ponerse

⁸³ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 234.

en duda el fundamento y sentido inicial de la tesis de las fuentes sociales que afirma la positividad como rasgo identificador del derecho. Esto queda en evidencia con la aceptación de que el derecho ya no puede pensarse como algo dado de una vez a partir del acto creador de la norma, porque el derecho acaba siendo el resultado de un proceso interpretativo que habitualmente há de tener en cuenta criterios morales – incluso al punto de que una norma podría ser válida solo por su contenido.⁸⁴

Além da conceituação inicial sobre o positivismo jurídico, vista no primeiro capítulo, e a sua compatibilização com a utilização de princípios jurídicos, Carrió iniciou uma nova defesa de seu ponto de vista quando do seu embate com Carlos S. Nino sobre a diferenciação entre positivismo e jusnaturalismo, já mencionada anteriormente.

Em tal iniciativa, Carrió reproduz a classificação clássica que Norberto Bobbio fez do positivismo⁸⁵: a) positivismo ideológico, defensor da ideia de que o direito válido – aquele emanado de um órgão representativo e democrático – é justo e sábio, ou seja, a validade de um direito seria garantia de justiça; b) positivismo teórico, o qual aduz que o direito válido é aquele que emana do Estado, identificando o positivismo jurídico com a teoria do estado; c) positivismo metodológico, corrente preocupada com a forma de estudo e análise do direito, ou seja, o discurso científico do direito deve ter como objeto o direito posto e válido e não especular como o direito deveria ser.

Genaro Carrió identificará a atitude positivista no direito com a corrente metodológica, assumindo que se deve adotar uma posição neutra para enfrentar os problemas teóricos e práticos, defendendo não existir uma conexão necessária entre direito e moral. Teríamos nisso uma vantagem teórica porque se poderia conhecer de forma precisa o direito e seu conteúdo para depois de descrevê-lo poder criticá-lo e alterá-lo. Da mesma forma teria-se uma vantagem prática, pois seria possível obter um certo grau de previsibilidade e clareza na resolução dos conflitos levados ao Poder Judiciário. Como bem informa Pablo Martín Perot:

Según la actitud positivista, que algo fuese considerado como un “orden jurídico” o como una “norma jurídica” dependía de su estructura y función; pero no de su contenido valorativo. La adopción de esa actitud tenía como corolario una doble distinción complementaria que Carrió consideraba la

⁸⁴ ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

médula del positivismo como *approach* y, por ende, de la actitud positivista: el mero hecho de que algo se describa como “derecho” o “norma jurídica” no significaba que fuese moralmente bueno o que existiera el deber moral de acatarla; y, a la inversa, si una prescripción establecía deberes morales, no se seguía que lo que ella prescribía integrara el conjunto de deberes impuestos por el derecho.⁸⁶

O positivismo como ideologia era refutado por Carrió, pois não se poderia defender que sempre há um dever de cumprir o direito positivo qualquer que seja o seu conteúdo, classificando tal atitude como uma “perversão”. A terceira concepção do positivismo – como teoria – não tinha problematização substancial, tratando-se de um conjunto de teorias sobre o direito positivado, versando sobre as suas fontes, suas normas, ordens judiciais e funções diversas.

Contudo, como vimos no segundo capítulo, principalmente nas lições de José Juan Moreso, a posição de Carrió não ficava completamente isenta de problemas quando apreciada a partir da segunda crítica de Dworkin que versa sobre a existência de discordâncias sobre o conceito de direito, e de como ele deve ser entendido a partir de um ponto de vista interpretativo. De certa maneira, haveria um tipo de atitude valorativa ao se introduzir alguma normatividade no direito advinda de algum princípio básico que daria sentido em se respeitar o direito.

Há, portanto, que se compreender melhor e explicitar de uma maneira mais precisa como se dá efetivamente a separação entre direito e moral e como a atitude inaugurada por Carrió não se apresenta como algo diferente do positivismo.

Uma das proposições mais interessantes nesse assunto é aquela apresentada por Juan Carlos Bayón⁸⁷. O professor da Universidade Autônoma de Madri afirma que muitos autores confundiram muitas teses ao tratar sobre o positivismo jurídico e tanto Hart quanto Bobbio foram muito felizes ao apresentar as diferentes teses e como elas são tratadas. Aduz, então, que na esteira dos autores clássicos, o mesmo deve ser feito ao tratar o positivismo como metodologia e sua

⁸⁶ PEROT, Pablo Martín. La actitud positivista de Genaro R. Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁸⁷ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 33-54.

coluna vertebral que é a separação entre direito e moral e a sua tese das fontes sociais⁸⁸.

Bayón defende que um conteúdo mínimo do positivismo como metodologia pode ser encontrado naquilo que denominou “tese convencionalista”. Para iniciar a explicação afirma que *“la existencia y el contenido del derecho, o lo que es lo mismo, qué es y que no és derecho, es algo que depende (queriendo decir, por lo general, que depende exclusivamente) de hechos sociales complejos.”*⁸⁹ Aduz que tal tese não se apresenta como certa ou errada, mas apenas existente, pois estipula um critério daquilo que se denomina direito, ou seja, trata-se de algo epistemológico e conceitual. Não se trata, portanto, da defesa do ideário de que qualquer direito ditado por uma autoridade é essencialmente moral e deve ser seguido, pois isso acarretaria em posições morais desastrosas. A tese convencionalista apenas defende uma estipulação de um nome – direito - para uma prática social complexa e relevante e que deve ser levada em consideração.

Continua o raciocínio que justifica a separação conceitual entre direito e moral – derivada de uma convenção social complexa – tratando da clássica separação entre o direito que é e o direito que deveria ser. Uma parte da teoria do direito sempre estabeleceu que uma coisa não é necessariamente direito somente porque é justa ou não deixa de ser direito porque é injusta. Para Bayón a denominada “tese da não conexão de identificação entre direito e moral” seria tautológica, pois a estipulação conceitual de direito já parte da ideia de que o direito depende apenas de fatos sociais complexos, ou seja, *“la idea de no confundir el derecho que es y el derecho que debería ser no aporta una razón em favor de la aceptación de la tesis social, sino que, por el contrario, presupone ésta.”*⁹⁰.

⁸⁸ Bayón entende que a enunciação da frase “separação entre direito e moral” esconde uma série de teses independente que podem ser aceitas de maneira diversas, mas que nas discussões teóricas atuais são aceitas em bloco, como se fossem algo unitário, o que estaria equivocado e causaria imensas confusões. Nas palavras do autor: *“Cuando la confusa expresión “separación conceptual entre el derecho y la moral” es sometida a un análisis cuidadoso y queda descompuesta en una pluralidad de tesis lógicamente independientes, se percibe con facilidad que lo que caracteriza a buena parte de las propuestas teóricas surgidas en los últimos veinte años es precisamente la aceptación selectiva de algunas de ellas, no su aceptación o rechazo en bloque.”* BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 35.

⁸⁹ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 38.

⁹⁰ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 40.

Diferentemente ocorreria com a “tese de conexão contingente entre direito e moral”, ou seja, a ideia de que o direito surge apenas de fatos sociais e possui, de alguma maneira contingente, uma certa valoração moral. O referido autor espanhol afirma que a grande diferença é de que a tese da conexão contingente não é uma implicação da tese das fontes sociais. Não haveria contradição em afirmar que o direito deriva de fatos sociais complexos e que tais fatos, em algumas ocasiões, têm um substrato moral. Alerta, no entanto, que o fato de se poder afirmar as duas teses de formas separadas não implica na conclusão de que todo direito necessariamente possui um valor moral⁹¹.

Outra questão que necessita de uma delimitação mais adequada é a concepção dual de que uma coisa é conhecer e descrever o direito e outra é a sua avaliação e prescrição. Vista de forma rápida poder-se-ia entender que o direito é identificado por fatos sociais e a sua descrição não implicaria uma valoração. Assim dita, não parece haver qualquer diferença com a tese da não identificação entre direito e moral e sua concepção decorreria logicamente da própria tese convencionalista que apresenta uma diferenciação conceitual entre direito e moral, ou seja, de que o direito depende exclusivamente da descrição de fatos sociais complexos.

Para Bayón, a ideia de descrição do direito de um modo neutro poderia ser pensada de uma maneira diferente. Ele a define como “tese epistêmica da neutralidade”, explicando que

es cierto que los hechos que con arreglo a la tesis social determinan qué es derecho no son adecuadamente comprendidos a menos que se capte su naturaleza de prácticas gobernadas por reglas, lo que implica la existencia de individuos que adoptan en relación con las mismas una actitud de aceptación. Pero lo que afirma la tesis epistémica de la neutralidad es que de ello no se sigue en modo alguno que al teórico le estén vedados el genuíno conocimiento y la posibilidad de descripción correcta de esas prácticas a menos que él mismo adopte también dicha actitud. O con otras palabras: que

⁹¹ O jusfilósofo espanhol sustenta que para se validar a tese de que todo direito possui um valor moral há que se delimitar duas coisas: uma especificação da tese social e um argumento moral substantivo. A especificação da tese social seria uma regra conceitual mais detalhada sobre que tipo de classe de fatos sociais são necessários para se entender o que é o direito. Com tal especificação se teria uma série de dados empíricos que, por “definição”, apresentariam a completude do que é direito. Em seguida seria necessário identificar um princípio moral que reputasse validade geral àquele estado de dados empíricos advindos da especificação da tese social. A dificuldade da tese de que todo direito tem um valor moral anterior reside no fato de não se poder identificar esse princípio moral justificador no estado de coisas empírico que identifica o direito.

el conocimiento y descripción de prácticas sociales presupone una *referencia* a la actitud de quienes aceptan las reglas, no la *adopción* de esa actitud.⁹²

Em sequência, sustenta que a adoção da tese social não implica obrigatoriamente a tese epistêmica da neutralidade, pois uma coisa é aceitar que o direito depende apenas de fatos sociais, outra é dizer que a identificação de fatos sociais é uma operação estritamente cognitiva e que não depende de nenhuma adoção de atitude prática e, ainda, uma terceira coisa é adotar uma posição sobre como se identifica objetivamente os tipos de fatos sociais que constituem o direito. Para o autor *“En el primer caso se trata de asumir una regla conceptual; en el segundo, de aceptar una tesis epistemológica en el campo de las ciencias sociales; en el tercero, de aceptar una determinada ontología de los hechos sociales.”*⁹³

Ao se criticar a atitude positivista, muitas vezes, tem-se uma confusão sobre o assunto e se faz uma argumentação como se o positivismo aceitasse em bloco as três teses. Contudo, alerta Bayón, que as duas últimas teses são substantivas e sua aceitação não depende somente da adoção de uma tese convencional, ou seja, aceitar a tese das fontes sociais não implica obrigatoriamente a tese da possibilidade de uma descrição neutra dos fatos sociais ou a possibilidade de se delimitar objetivamente os mesmos.

José Juan Moreso também continua a desenvolver a concepção de um positivismo que explica a sua normatividade e indica os motivos pelos quais o direito é aceito como obrigatório e seguido por funcionários estatais e pelas pessoas, continuando as lições de Carrió para além daquilo que já foi apresentado no segundo capítulo⁹⁴.

Moreso questiona: qual é a legitimidade para acreditar que um papel azul representa efetivamente a quantia equivalente a 20 euros? Complementa questionando: quais são as condições de verdade da proposição de que o papel azul representa vinte euros?

⁹² BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 42-43.

⁹³ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 43.

⁹⁴ MORESO, José Juan. **El Fundamento moral del Derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, N° 56, 2022 (Ejemplar dedicado a: Positivismo jurídico: retos y alternativas), p. 33-54. Disponível em <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21657>. Acesso em 25 jul 2022.

Irá afirmar que aceitamos como verdade a proposição da nota de vinte euros pelas relações que estruturam nosso mundo social, as denominando como relações de ancoragem e fundamentação. Em um grupo social há sempre um conjunto de regras constitutivas que são aceitas coletivamente, e nessa aceitação é que se funda a sua existência. Desse modo, no exemplo citado, é a existência de uma regra constitutiva de que os papéis azuis emitidos e regulados pelo banco central europeu se constituem como notas de vinte euros que torna a nota concreta que está na mão de qualquer indivíduo como um fato social de possuir uma cédula de dinheiro de vinte euros.

Por isso sustentará que

el contenido del derecho se funda en determinados hechos sociales (de promulgación de regulaciones por las autoridades y de aceptación de dichas reglas como directivas de comportamiento), pero en la medida en la cual el derecho proporcione razones para la acción, entonces debe fundarse también en determinados hechos de naturaleza moral. Y ello porque sólo la moralidad tiene la fuerza de establecer razones decisivas para la acción. Sólo la moralidad puede proporcionarnos algo como una normatividad robusta.⁹⁵

Tal concepção auxiliaria na explicação de como os princípios são incorporados ao direito e de como os raciocínios morais, contingentes, se apresentam na fundamentação dos casos levados ao Poder Judiciário, sem, no entanto, deixar de se utilizar a tese das fontes sociais. Não resta dúvida de que os princípios são introduzidos em legislações das mais variadas formas, representando, de alguma maneira, estruturas morais que determinam o conteúdo de um direito. Tome-se como exemplo o princípio da proteção dos animais ou princípio da não observância de contratos com cláusulas imorais. Contudo, o conteúdo de tais princípios e, portanto, do direito, estão fundamentados, nem que parcialmente, “*en hechos sociales de creación normativa. Es decir, sólo son relevantes porque otros hechos sociales remiten a ellos.*”⁹⁶

⁹⁵ MORESO, José Juan. **El Fundamento moral del Derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, N° 56, 2022 (Ejemplar dedicado a: Positivismo jurídico: retos y alternativas), p. 41. Disponível em <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21657>. Acesso em 25 jul 2022.

⁹⁶ MORESO, José Juan. **El Fundamento moral del Derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, N° 56, 2022 (Ejemplar dedicado a: Positivismo jurídico: retos y alternativas), p. 42. Disponível em <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21657>. Acesso em 25 jul 2022.

Tais distinções conceituais agregam posições estabelecidas por Carrió para justificar a sua posição positivista ancorada na tese da convencionalidade e de como os princípios jurídicos podem ser conceituados de forma epistêmica, embora possam remeter de forma contingente a algum conteúdo moral e ainda manter a neutralidade.

As discussões tratadas na década de 1960 foram se transformando e algumas questões necessitavam de maior reflexão. Contudo, há de se perceber que o conteúdo mínimo do positivismo e a forma da incorporação de argumentos morais já estava presente nas teorizações de Carrió. Os estudos posteriores foram produzindo explicações que tentavam dar conta das críticas, principalmente daquelas que indicavam que o positivismo não conseguia explicar a separação entre direito e moral.

Em apertada síntese pode-se encontrar nas teorizações positivistas uma tentativa de enlace, apresentadas as devidas definições, entre a teoria social, por muitos denominada convencionalista, e a tese de uma neutralidade epistêmica sobre o conteúdo do direito.

Cumprе salientar, no entanto, que todas as tentativas de explicação estão ligadas “*a los problemas de orden epistemológico que plantea la referencia a la moral – incluso a la moral positiva -. Dichas dificultades parecían fundamentar tanto la tesis de la separación como la tesis social*”⁹⁷. Tais problemas serão verificados na sequência, mergulhando em algumas complexidades que se apresentam nas discussões da teoria jurídica dos últimos vinte anos e que, de alguma maneira, ainda se prendem aos apontamentos e discussões iniciais travadas por Dworkin, Hart e Carrió.

4.2 A questão da objetividade

Por muitas vias reconstruímos até o presente momento o desenvolvimento de vários raciocínios para tentar explicar como foram tratados os usos dos princípios dentro do direito, com aproximações e críticas às teorias que entendiam tal fenômeno a partir de uma tese convencional.

⁹⁷ ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

Uma vez reconhecido que os princípios podem servir como condição de validade jurídica⁹⁸, é preciso entender se se trata de condição necessária, ou seja, como limite ao direito positivado, ou se trata de condição suficiente de validade, ou seja, se regras ainda não positivadas podem ser aplicadas por seu conteúdo moral. Nos parece que Carrió, com sua analogia entre princípios jurídicos e a lei de vantagem do futebol, aceita as duas hipóteses⁹⁹.

A partir disso surge um desafio de explicar o tipo de objetividade existente ao analisar os princípios jurídicos e, por consequência, a sua interconexão com a moralidade. Para além de entender quais fatos sociais são relevantes ou que tipo de relação existe entre fatos sociais e normas, o ponto crucial é explicar “*qué quiere decir que existe una regla o práctica social, esto es, qué clase de objetividad poseen las entidades convencionales y qué determina su extensión o contenido.*”¹⁰⁰

A tese convencionalista necessita explicar qual o tipo de objetividade assume ao incorporar os princípios e sua consequente avaliação moral. Inicialmente há que se debruçar sobre como seria possível uma comunidade inteira se equivocar sobre a moralidade de determinada prática, levando em conta que o princípio justamente se forma a partir de uma prática comum e aceita¹⁰¹. Outra questão importante a ser explicada é sobre eventual alteração ou reconhecimento do conteúdo de uma prescrição moral em uma determinada comunidade política.

⁹⁸ Importante ressaltar que Carrió apresentou dois conceitos de princípios jurídicos e um deles tratava de uma regra de segundo grau que servia de justificação para não aplicação de regras primárias que versavam diretamente sobre tal assunto. Fez isso a partir de um paralelo com a regra da vantagem do futebol que, inicialmente, não havia sido promulgada nas regras do jogo, mas que era rotineiramente utilizada. A questão natural decorrente de tal concepção é saber como identificar e objetivar tal regra em um direito complexo atual?

⁹⁹ Juan Bautista Echeverry entende que “*Carrió parece sostener que la regla de reconocimiento puede incorporar principios tanto como condición necesaria como suficiente.*” ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁰⁰ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 48.

¹⁰¹ Voltemos ao exemplo dado anteriormente sobre a prática da “vaquejada”. Parece problemática defender a prevalência de um princípio jurídico a partir do consenso da comunidade. A sociedade reunida de uma determinada região do país parece que congregava da prática de usar animais em uma festa. Haveria um erro na prática consensual? Se a resposta for positiva, como parece ter sido a posição do STF, como se chegou, a partir da tese das fontes sociais, ao entendimento pela proibição da prática? São questões complexas que precisam ser desenvolvidas e detalhadas pela teoria jurídica.

Diante disso, Bayón afirmará que é necessário, além de estabelecermos uma teoria epistemológica que defenda a conceituação do direito como dependente apenas de fatos sociais complexos, também se faz urgente uma teoria ontológica, para demonstrar em que consiste os fatos sociais importantes que são considerados pelo direito e em que consiste sua objetividade¹⁰². O referido autor espanhol sugere que o positivismo apresenta duas formas diversas de estabelecer tal teoria ontológica dos fatos sociais: uma primeira apresentada por Hart – e na qual entendemos que Carrió estaria incluso – que estabelecerá uma objetividade mínima; e uma segunda explicação advinda de Michael Moore¹⁰³, que seria denominada de “convencionalismo profundo”.

Sobre a primeira concepção, Hart deixou em aberto a questão da objetividade em matéria moral, principalmente em um mundo de pluralidade e diferenças¹⁰⁴. Contudo, ao mesmo tempo, defendeu que não havia nenhuma incompatibilidade entre a sua teoria da regra de reconhecimento – tese convencionalista – e a identificação dos princípios em uma determinada comunidade. Além disso, vários autores do positivismo inclusivista defenderam a possibilidade de identificar minimamente algum conteúdo do princípio que é devidamente autorizado pelo legislador, servindo, portanto, de norte descritivo para o seu devido uso.

Desse modo, parece certo dizer que tanto Hart quanto Carrió adotaram um tipo de objetividade consensual para explicar a incorporação dos princípios no direito. Deste modo, somente haveria sentido em falar em regra social quando houvesse um

¹⁰² Bayón sustenta que *“La aceptación de una ontología convencionalista en relación con el derecho equivale a asumir que la realidad de éste está construida por la actividad de seres humanos y consiste meramente en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes. Supone por consiguiente el rechazo del realismo metafísico acerca del derecho (que obligaría a postular en este campo la existencia de entidades constitutivamente independientes de las mentes humanas), pero sin negar en modo alguno la objetividad del mismo.”* BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 48.

¹⁰³ MOORE, Michael S. **Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence**. Oxford University Press. 2000.

¹⁰⁴ Em seu pós-escrito Hart afirma que *“se a questão da posição objectiva dos juízos morais for deixada em aberto pela teoria jurídica, como eu sustento que deve ser, então o positivismo moderado não pode ser simplesmente caracterizado como a teoria, segundo a qual os princípios ou valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica, porquanto, se for uma questão em aberto saber se os princípios e valores morais têm uma posição objectiva, também deve ser uma questão em aberto saber se as disposições <<positivistas moderadas>>, que pretendem incluir a conformidade com eles entre os testes para o direito existente, podem ter este efeito ou, em vez disso, podem apenas constituir directivas aos tribunais para que criem direito, de harmonia com a moral.”* HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 316.

acordo social mínimo sobre a conduta aceita, não se acolhendo a ideia da existência de erro generalizado da comunidade. Da mesma maneira não poderia haver desacordos genuínos sobre o que se exige uma regra social, pois essa pressupõe um acordo social mínimo. Em outros termos,

la conjunción de la tesis convencionalista con la específica ontología de los hechos sociales que se sustancia en la tesis de la objetividad mínima resultaría no sólo que el derecho no existe más allá del punto hasta el que llegan las convenciones relevantes, sino además que dichas convenciones se extienden sólo hasta donde llega el acuerdo.¹⁰⁵

Tal concepção de objetividade terá implicações interessantes para definir como se dará o resultado de um conflito quando não há uma delimitação exata sobre o consenso social acerca da matéria. Hart em seu pós-escrito afirmará que não há como eliminar por completo o processo de criação feito pelos juízes em casos difíceis em que raciocínios de analogia permitem a utilização de vários princípios, cabendo ao juiz *“escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido naquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridade já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz.”*¹⁰⁶

A crítica que se levanta nesse ponto é de que a concepção da objetividade mínima deixaria pouca margem para a efetiva aplicação do direito, deixando em aberto muitos casos para a discricionariedade judicial. Desta forma,

Si esta descripción fuese correcta, como mínimo los jueces tendrían discrecionalidad en todos los casos en los que existe un debate doctrinario o jurisprudencial sobre el contenido o la aplicación de los estándares valorativos en cuestión. Esto sería así porque la sola existencia del debate evidenciaría la falta de acuerdo en este sentido. Más aun, podría pensarse que el derecho resulta – al menos en la actualidad – profundamente indeterminado y, por lo tanto, incapaz de cumplir con la función ofrecer un grupo determinado de estándares públicos para guiar las conductas de los ciudadanos y los funcionarios que tradicionalmente el positivismo le reconocía al derecho.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 49.

¹⁰⁶ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 338.

¹⁰⁷ ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

Tem-se, ainda, uma segunda crítica ao modelo de objetividade que afirma somente existir uma regra social quando há um consenso explícito sobre o conjunto de aplicações corretas. Tal ponderação deriva da questão geral em filosofia sobre o que significa cumprir uma regra.

Como distinguir quando se está efetivamente cumprindo uma regra e quando apenas se acredita que a está observando? Uma teoria da objetividade deve estabelecer algum tipo de critério público que permita corrigir e indicar quando algum indivíduo esteja descumprindo uma determinada normativa mesmo quando acredita que está agindo corretamente. Bayón afirma que para aqueles que defendem a teoria da chamada “objetividade mínima” os critérios públicos de correção estariam presentes no acordo sobre quais atos de aplicação estão corretos e quais estão errados e isso se daria apenas pela mera observação de como os fatos ocorrem em determinada comunidade.

Nesse passo, caso se aceite que a resposta correta esteja apenas ao se olhar para o passado – e aos casos que já foram devidamente reconhecidos com a visualização de fatos anteriores e regulares –, não haveria explicações de como o mesmo raciocínio poderia ser aplicado no surgimento de situações diversas daquelas já vividas. Não haveria uma indicação de como há um acoplamento entre os casos passados e as recorrências vindouras e diferentes.

Por outro lado, caso a indicação da existência de um acordo somente se dê após a necessidade de aplicação em cada caso concreto, estaria se dando razão para uma determinada visão cética que afirma que a ideia de ter sido guiado por uma determinada regra se mostra meramente ilusória e há uma nova decisão em todo caso concreto.

A defesa da tese da objetividade mínima, portanto, simplificaria em “*exceso la naturaleza y condiciones de existencia de los hechos convencionales*.”¹⁰⁸ Haveria, portanto, um problema em explicar quais seriam os critérios compartilhados por uma

¹⁰⁸ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 51.

comunidade que indicariam quando alguém não estaria seguindo uma regra aceita mesmo acreditando estar conforme¹⁰⁹.

O “convencionalismo profundo” mantém o entendimento de que deve haver critérios públicos para se definir o que é correto. Entretanto, não é necessário que cada um dos indivíduos da comunidade consiga expressar de forma completa todos os critérios de distinção ou que haja um acordo total de todos os casos de aplicação de tais critérios. Para o “convencionalismo profundo”, portanto, os critérios públicos para se saber se uma determinada regra está sendo cumprida ocorrem

en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de la regla, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. En suma, el reconocimiento de los casos paradigmáticos implicaría dominar una técnica de uso: pero esto, a su vez, no requeriría más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, que por tanto no tienen por qué resultarle a cada individuo que los usa perfectamente transparentes.¹¹⁰

A objetividade, portanto, para o “convencionalismo profundo” não viria de um acordo explícito em torno de quais são as aplicações corretas, mas sim de um determinado contexto de critérios compartilhados. Tal tese não deixa de ser convencionalista, pois ainda explica a instituição do direito em fatos sociais, contudo,

¹⁰⁹ Cláudio Fortunato Michelon Junior apresenta uma posição diferente e interessante sobre o tipo de objetividade que seria proposta por Hart. Sustenta que as teses positivistas antes de Hart compartilhavam entre si a ideia de que somente descrições independentes de nossa perspectiva poderiam ser consideradas objetivas. Ou seja, para tal perspectiva há que se fazer uma separação entre as coisas reais, que estão no mundo exterior e que podem ser medidas de alguma forma, e das qualidades que só existem em nossa mente. Hart teria inovado em suas considerações acerca das fontes sociais do positivismo fazendo uma distinção lógica entre enunciados internos e enunciados externos sobre o direito. Os primeiros são proferidos por aqueles que compartilham o fenômeno social e sua aceitação, ou seja, que vivem os padrões que são descritos, enquanto o enunciado externo é a mera descrição de uma conduta convergente, sem ter o aspecto interno de aceitação. Com isso, haveria condições diferentes de verdade para cada tipo de enunciado, ou seja, as condições de verdade para atestar que um grupo de pessoas levantou a mão é diferente das condições para se dizer que uma lei foi votada. As condições de verdade dos enunciados internos do direito pressupõem a existência de uma regra que, por sua vez, exige além de fatos físicos também uma vivência da comunidade conforme a regra vista em sua própria prática. Por isso, Michelon Júnior irá defender que *a “alternativa de Hart é construída a partir da constatação de que a própria noção de objetividade é parte da nossa perspectiva. A partir de nossa perspectiva Hart constrói a prova de que regras sociais (e, depois, regras jurídicas, obrigações, direitos subjetivos etc.) existem objetivamente. Hart procura provar que fatos institucionais são fatos como quaisquer outros – e o que obstaculiza o reconhecimento disso é um preconceito filosófico (sobre o que seja objetividade). (...) O que Hart repeliu ao rejeitar o paradigma empirista (em qualquer de suas versões: fisicalista ou fenomenalista) da objetividade foi a consequência, aceita pelos positivistas anteriores, de que enunciados “internos” sobre direito, deveres, obrigações etc. não têm nenhum conteúdo cognitivo.”* MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** – São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 170.

¹¹⁰ BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel.** Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 53.

ao invés de uma descrição meramente factual apresenta a objetividade a partir do conjunto de crenças e critérios que são verificados nos fatos convergentes.

Tal forma de enunciar a objetividade também auxilia a explicação dos motivos pelos quais surgem as discordâncias no direito, pois embora possam existir certas desavenças sobre a resposta correta, a busca por critérios públicos de resolução surgiria dos contextos de crenças compartilhadas que estão embutidas nos fatos sociais.

E para resolver o acesso a tais “critérios e contextos compartilhados” há de estabelecer uma epistemologia bem delimitada que possa indicar: a) raciocínio de natureza geral e holístico capaz de extrair de casos paradigmáticos em que se estabelece o que se apresenta como fatores importantes e relevantes; b) em seguida se aponte hipóteses sobre os critérios e formas que serviram de base para indicar os fatos relevantes e; c) a consideração de outros casos também limítrofes ou não claros em que se possa colocar em prova as hipóteses antes lançadas.

Para Bayón trata-se de um raciocínio reflexivo em que vai se deliberando de forma pública e coletiva os critérios comuns que se estabelecem nos mais variados casos e, de forma coerente, vai se utilizando de raciocínios objetivamente parecidos em casos futuros, deixando claro aquilo que socialmente é vislumbrado como uma crença comum. Nesta forma de raciocínio pode-se manter o entendimento de que o direito é um fenômeno social de natureza complexa e que a identificação de seu conteúdo decorre de uma deliberação coerente e não apenas de indicação de fatos sociais.

Vislumbra-se, portanto, o desenvolvimento de raciocínios com critérios públicos que de alguma maneira indiquem certa objetividade para se delimitar o direito e seu conteúdo ainda sob as bases do positivismo. E não apenas sob as vestes de uma teoria genérica intitulada como decorrente de fatos sociais. Como visto no item anterior, o positivismo deu alguns passos e se desenvolveu desde as primeiras lições de Carrió, apresentando diversas teses que se intercambiavam, destacando-se a tese conceitual do direito decorrente de fatos sociais complexos, a tese da não conexão necessária entre direito e moral, a tese na neutralidade epistêmica e, por fim, a concepção de objetividade decorrente de um convencionalismo profundo.

Foram passos necessários e que ainda estão por se desenvolver dentro da teoria positivista. Contudo, há também outras questões a serem tratadas e argumentos que surgem para combater justamente estas novas bases do positivismo metodológico.

Os assuntos tratados a seguir pretendem apresentar uma nova análise sobre o fenômeno jurídico e de como isso tem implicações interessantes a partir de certas concepções filosóficas.

4.3 A última dança¹¹¹: Dworkin e a questão da unidade de valor

Possível notar que todas as teses foram desenvolvidas em uma marcha que se deu em função de várias críticas internas do positivismo e de algumas proposições de outras teorias que manifestamente se diziam contra ou pós-positivistas. Convém apontar que as diversas discussões foram surgindo a partir da primeira crítica feita por Ronald Dworkin quando chamou a atenção acerca da utilização dos princípios jurídicos no direito e que tal fenômeno deveria ser estudado e explicado, passando por um segundo levante acerca da conceituação do direito e suas teses contra as chamadas teses semânticas do direito. Contudo, a questão não pararia por aí e haveria tempo para mais uma dança, em que Dworkin reconheceria algumas mudanças nas bases de sua teoria e apresentaria em seu último livro¹¹² apontamentos que precisam ser compreendidos e desenvolvidos.

As bases da modernidade teorizam sempre a busca de pautas publicamente identificáveis, abertamente compreendidas e previsíveis para evitar a indução e aplicação de interesses próprios e posições morais daqueles que aplicavam o direito. Buscava-se uma contenção de utilização de valores que seriam de apenas alguns indivíduos em detrimento de uma liberdade e igualdade geral¹¹³. Como bem lembra Moreso, tais ideais alimentam

¹¹¹ O termo “A última dança” é inspirado no documentário produzido pela ESPN e Netflix intitulado “The Last Dance”. O filme acompanha a carreira de Michael Jordan no time de basquete Chicago Bulls, tendo como foco principal a última temporada - 1997/1998 -, em que houve a conquista do sexto título da Liga Americana. Além de apresentar vários fatos históricos sobre outras temporadas o documentário narra com detalhes o último movimento, a última dança, de um dos maiores jogadores de basquete de toda a história.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

¹¹³ Kelsen, não resta dúvida, foi um grande expoente ao dissertar sobre as bases epistemológicas do direito. Como bem adverte Cesar Antonio Serbena: “*Dentre os vários objetivos da Teoria Pura do Direito*

el positivismo jurídico desde la dura crítica de Bentham a la incertidumbre del Common Law hasta la preocupación de Kelsen porque las cláusulas constitucionales no incorporaran términos abiertamente valorativos, porque entonces el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad devendría insoportable.¹¹⁴

Haveria, portanto, motivos para se produzir uma teoria para separar direito e moral, separar o direito que é e o direito que deveria ser e, com isso, descrever os fenômenos sociais a partir de uma certa neutralidade¹¹⁵. A grande pergunta então sempre foi: qual a relação existente entre direito e moral?

Dworkin em seu último livro publicado em vida vai apresentar inicialmente como a questão foi tratada tradicionalmente pela teoria jurídica e, em seguida, propor uma nova maneira de analisar tal problema.

Afirma que o quadro mais comum visto na sociedade decorre da compreensão que “direito” e “moral” designam espectros de tipos diversos de regras, com diferenças profundas e importantes na maneira como as pessoas levam suas vidas. Nessa “noção comum” o direito seria criado pelos homens por meio de decisões ou práticas específicas que diferenciariam tal fenômeno social, enquanto a moral seria uma abstração maior, uma imposição de padrões e regras para todos, mas sem uma origem muito específica – exceto em algumas teorias religiosas -, não surgindo de atos deliberados do homem¹¹⁶.

de Kelsen, um deles foi desenvolver e elevar a Teoria do Direito ao patamar de uma verdadeira ciência, filtrando os juízos morais e políticos e atribuindo a ela um objeto específico, as normas vigentes e positivadas, e uma função principalmente descritiva do material normativo, e não uma função prescritiva. Desta maneira, faz parte da Teoria Pura do Direito um programa de refundação epistemológica da Ciência do Direito, definindo-a como uma ciência normativa e diferenciando-a de outras ciências humanas, como a sociologia, e das outras ciências causais. Segundo Kelsen teríamos, por um lado, as ciências normativas, como a Ciência do Direito, regendo-se pelo princípio da imputação, e por outro lado as ciências causais, regendo-se pelo princípio da causalidade. Como pano de fundo do programa epistemológico kelseneano está o neokantismo, que influencia Kelsen quanto a uma abordagem antimetafísica do Direito” SERBENA, Cesar Antonio. **Novas perspectivas do realismo jurídico**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 112.

¹¹⁴ MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

¹¹⁵ Como veremos no próximo item esta posição acerca do direito tinha suas bases em algumas concepções filosóficas que banhavam a ideia de modernidade e que serão suscitadas em seguida.

¹¹⁶ Conforme afirma Dworkin tal descrição se refere a noção comum existente na sociedade. Contudo, há posições filosóficas diversas declarando que “até as nossas mais sólidas convicções acerca do que é certo ou do que é mau são meros emblemas de ideologia, distintivos de poder, meras regras locais dos jogos de linguagem que por acaso jogamos.” DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 45.

Dessa noção surge a problemática geral de como se dá a relação entre estes dois campos distintos que regem a vida das pessoas? A primeira relação que se pode estabelecer é no momento de se produzir um ato normativo para o direito, em que a comunidade política escolhe certas pautas morais e a introduz em uma lei. Uma vez estabelecido o direito positivado outras perguntas passam a ser feitas: minhas obrigações e deveres morais dependem de alguma maneira do direito vigente? Há uma obrigação moral de seguir aquilo que foi imposto pelo direito, mesmo que de alguma maneira seja contra a moral? O direito e suas obrigações dependem do regramento moral? E uma norma jurídica imoral faz parte efetivamente do direito?

Todas estas perguntas, segundo Dworkin, foram respondidas de diversas maneiras pela teoria jurídica, contudo, entende ele que se faz necessário tratar das ideias levantadas pelo “positivismo jurídico” e pelo “interpretativismo” (*interpretivism*).

Em regra geral, o “positivismo jurídico” advoga a independência total dos dois sistemas, sendo o direito decorrente de práticas sociais aceitas e entendidas obrigatórias por determinada comunidade política, devendo ser observado as disposições daquilo que o direito impõe, mesmo que haja um entendimento de injustiça sobre a obrigação¹¹⁷. O “interpretativismo”, por sua vez, nega a total independência dos dois sistemas, sendo que o direito além das regras reconhecidamente aceitas pela comunidade e devidamente positivadas também se utiliza de princípios que apresentam uma justificativa moral para o conjunto de regras.

Nesse aspecto retoma algumas considerações sobre as várias acepções do que é considerado o conceito de direito. Esse pode ser tomado em sentido sociológico, ao indicar as formas de surgimento do direito na sociedade. O direito pode ser indicado em sentido aspiracional, ou seja, a exaltação da forma de viver de um estado de direito e suas regras. Pode ser um conceito doutrinário em que se pergunta ao direito sobre determinado assunto. Nesse ponto, Dworkin assinala que tanto o positivismo quanto o “interpretativismo” se referem ao conceito doutrinário de direito, sendo que a primeira teoria se utiliza de um conceito criterial, tentando identificar os critérios que

¹¹⁷ Alerta Dworkin que as rotulações meramente semânticas de teorias não são importantes, mas sim tentar apresentar como as diversas ideias foram tratadas. Efetivamente como já vimos no presente trabalho há diferentes posições dentro do positivismo jurídico e, portanto, não há como rotular todas elas em um só bloco, inclusive porque há diversas teses dentro de tal explicação teórica. Contudo, em comum há o reconhecimento de uma diferenciação bem delimitada entre direito e moral e que o primeiro deve ter o seu conteúdo identificado de uma maneira neutra, ou seja, sem uma valoração em qualquer sentido.

indicam as proposições verdadeiras que são partilhados pelos participantes do direito, enquanto a segunda defende um conceito interpretativo do direito pelo qual são os melhores argumentos de interpretação que podem indicar se uma proposição jurídica é verdadeira.

Dworkin admite que na sua primeira tentativa de defender o “interpretativismo” partiu da visão comum de separação entre direito e moral. Entretanto, com o passar do tempo foi percebendo uma falha em se adotar a visão de esferas separadas de regramento social. As duas teorias acabavam caindo em argumentos circulares para explicar os motivos pelos quais conseguiam resolver melhor a relação entre direito e moral. Ilustra tal falha ao se pensar no material jurídico disposto em determinada comunidade – Constituição, leis, jurisprudência, práticas convencionais etc – e se perguntar qual a melhor resposta para a pergunta: qual a relação entre direito e moral em tal sistema normativo? Não há como responder tal pergunta *“sem adotar de antemão uma teoria acerca de como devemos ler o material jurídico, e não podemos adotar essa teoria sem antes decidirmos qual o papel que a moral desempenha na determinação do conteúdo do direito.”*¹¹⁸ A adoção de dois sistemas separados acarreta em um problema indecifrável, pois a resolução do questionamento – qual a melhor teoria para lidar com a separação do direito e moral? – deve obrigatoriamente partir de uma teoria pressuposta¹¹⁹.

A partir disso Dworkin defenderia uma tese filosófica específica: a unidade de valor. Não haveria uma separação entre mundos diferentes, com explicações e pressupostos diversos. Sustenta que é importante conceber a estruturação social

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 616.

¹¹⁹ Neste ponto Dworkin já dá indícios sobre algumas questões filosóficas que estão na antessala do problema clássico que dividia direito e moral. Afirma que na virada da teoria jurídico anglo-americana do começo do século XIX chegou-se ao entendimento que a controvérsia entre os dois ramos não era nem um problema jurídico nem um problema moral, mas sim um problema conceitual que somente poderia ser compreendido se houvesse uma análise do próprio conceito de direito. Por isso os positivistas teriam se esforçado para delimitar a essência do conceito de direito, afirmando que tal atividade seria possível sem avaliações morais. Como consequência poderíamos delimitar o conteúdo do direito que “é”, o diferenciando daquilo que “deveria ser”. Haveria, portanto, uma diferença conceitual entre direito e moral, a qual foi sendo aceita ao longo dos anos até mesmo por aqueles que queriam combater o positivismo. Com efeito, a discussão clássica sobre a possibilidade ou não de conciliação entre jusnaturalistas e juspositivistas, de alguma maneira, tem como pressuposta a existência de dois campos separados de regras sociais, um derivado da moral e outro do direito. Da mesma maneira lembremos agora como as duas teses de Bellagio representam bem essa delimitação e diferenciação conceitual entre dois campos de regramento. Por fim, recordemos que Bayón vai conceituar o direito como um fato social complexo, afirmando que não se trata de uma tese verdadeira ou falsa, mas de apenas um critério conceitual para definir um campo importante da vida social.

como integrante de uma mesma coisa, semelhante à uma árvore, ou seja, “o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver.”¹²⁰

Como bem lembra Pablo Martín Perot a teoria da unidade de valor de Dworkin pressupõe que “*las verdades objetivas sobre lo bueno, lo correcto y lo bello forman una red en la que cada una ellas sirve de fundamento de las demás.*”¹²¹ Não haveria, portanto, possibilidade de se estabelecer um conceito criterial único sobre o direito, pois ele depende da análise de uma série de tradições e condições morais e políticas que são praticadas na sociedade. Segundo Dworkin o conceito de direito doutrinário sempre será interpretativo e sempre deve partir

da identificação das práticas políticas, comerciais e sociais em que o conceito figura. Essas práticas pressupõem que as pessoas têm, entre vários outros direitos políticos, alguns que são dotados de uma característica especial: os direitos jurídicos. Estes levam esse nome porque, a pedido de seus titulares, podem ser impostos por uma instituição política de caráter judicial, como um tribunal. Para construir uma concepção do direito – uma exposição das justificativas necessárias para apoiar, desse modo, uma pretensão de direito passível de imposição a pedido de seu titular -, temos de encontrar uma justificativa para essas práticas numa rede integrada maior de valores políticos. Ou seja, construímos uma teoria do direito da mesma maneira pela qual construímos uma teoria de qualquer outro valor político – da igualdade, da liberdade e da democracia. Toda teoria do direito entendida neste sentido interpretativo será inevitavelmente controversa, como são as teorias desses outros valores.¹²²

Em tal estruturação teríamos, portanto, um modo de bem viver individual, próprio do indivíduo, que faria parte da ética. Dela surgiria uma moral individual que influenciaria a forma como os indivíduos se relacionam com outras pessoas. Da moral individual se formaria uma moral política que criaria uma normatização da vida em

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 10. A proposição de tal teoria envolve, com efeito, uma série de discussões filosóficas profundas, seja questões clássicas de ética, moral e política, seja outros pontos importantes como as questões sobre interpretação, a efetiva existência de desacordos em matéria moral, responsabilidade moral e política, e a objetividade ou não da existência de valores em um mundo pluralista. Obviamente que são questões complexas que não poderiam ser pensadas em sua totalidade no presente trabalho, cabendo para o momento apenas entender as repercussões dela no campo específico do direito, na visão que se tem na utilização dos princípios e indicar como ainda é necessário o desenvolvimento de argumentos que embasem ou refutem a ideia de unidade entre moral e direito.

¹²¹ PEROT, Pablo Martín. La actitud positivista de Genaro R. Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹²² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 619.

sociedade. O direito seria um ramo da moral política e com ela compartilharia regras e justificações.

A preocupação mais evidente em seguida seria saber como se pode distinguir a moral política do direito. Neste ponto Dworkin afirma que a resposta mais plausível seria o “fenômeno da institucionalização”. Somente se poderia diferenciar direitos morais individuais de direitos políticos em comunidades que tenham estabelecido e pensando aquilo que Hart chamou de regras secundárias, ou seja, normatizações sobre autoridade, criação legislativa, executiva e judiciária.

Com esse fenômeno da institucionalização poderiam ser pensados direitos e deveres políticos que se dividiriam entre direitos legislativos e direitos jurídicos. Os primeiros são aqueles que garantem o dever de se legislar sobre determinadas pautas e sob determinada perspectiva como, por exemplo, a instituição e administração de uma educação pública na comunidade. Já os direitos jurídicos são aqueles que podem ser exigidos em instituições jurídicas sem qualquer intervenção legislativa como, por exemplo, o pedido de cumprimento de um contrato avençado entre duas pessoas. Aduz Dworkin que os direitos legislativos, em uma democracia, dependem das discussões políticas para saber qual deles terá prioridade e como ele será exercido, enquanto os direitos jurídicos, em princípio, podem ser exercidos diretamente e no momento de interesse do seu detentor.

Segundo Dworkin, a distinção dos direitos políticos em direitos legislativos e direitos jurídicos serve de apoio para uma questão filosófica. A teoria política irá tratar das questões dos direitos legislativos, e a teoria do direito versará sobre os direitos jurídicos, muito embora não deixem de ser parte de um ramo específico da teoria política. Com isso se tem uma nova visualização sobre como as pessoas transformam as pautas e anseios políticos em direitos genuinamente exigíveis perante um Tribunal. Com efeito, tal questão pode ser pensada em diferentes níveis de abstração, seja com foco em algum sistema normativo específico como o do Brasil, ou de maneira geral ligada apenas à teoria do direito. Defende Dworkin que qualquer resposta responsável para a questão – como as pessoas adquirem direitos jurídicos legítimos – deve levar em conta a história institucional e legislativa e, da mesma forma, as convenções sociais. Partindo de tal pressuposto – direito faz parte de um ramo da moral política – poderá haver respostas diferentes dadas por positivistas, que afirmariam que apenas

os fatos históricos definem os direitos, e interpretativistas, que afirmariam que a moral política continua a desempenhar um papel após a institucionalização de um direito.

Com esse modo de se entender a estruturação social estaria se corrigindo um equívoco da jusfilosofia moderna que iniciaria a explicação do direito a partir de uma conceituação e definição prévia para só depois construir uma teoria sobre direito e deveres. Dworkin afirma ser necessário inverter tal raciocínio e partir das discussões políticas para se pensar em vocabulários e definições conceituais. Esta forma de apresentar o problema e indicar uma solução, segundo Dworkin, não indica

nada de misterioso ou de metafísico nessa maneira de inserir o direito na nossa estrutura: ela não pressupõe nenhuma força emergente, nem tampouco – e isto é crucial – nega a tipicidade das questões acerca do que é o direito e do que ele deve ser.¹²³

Nos parece que esta passagem da última concepção de Dworkin pretende se contrapor a ideia positivista geral de que a ideia de diferenciar um direito que “é” e um direito que “deveria ser” decorre logicamente da separação entre direito e moral. Pela proposta indicada acima, direito é um ramo específico da moral política, mas que pode ser diferenciado e, portanto, pode-se fazer uma defesa apenas do direito que é, o diferenciando de propostas de moral política ainda não convertidas em direito.

Perot aduz que a proposta de Dworkin permite avaliar a distinção entre direito e moral política geral a partir de duas perguntas: que condições regem o uso da autoridade coativa na comunidade dada a sua história social? Que condições teriam produzido uma melhor história social dentro da comunidade que proporcione melhores soluções aos casos individuais? A resposta de tais perguntas a partir da estruturação única entre moral e direito manteria a diferenciação entre o direito que é e o direito que deveria ser, mas de modo diferente da maneira teorizada pelo positivismo. Perot afirma que:

Él mismo se encarga de subrayar que si bien esas preguntas son diferentes, ambas siguen siendo preguntas morales, porque cualquier interpretación de la historia social es en sí misma un ejercicio moral. Es decir, la distinción propuesta no pretende discriminar entre una pregunta teórica como “¿cuál es el derecho vigente en una comunidad?”, y otra normativa “¿cuál es el derecho que debería regir en una comunidad?”. Por el contrario, pretendería diferenciar dos cuestiones normativas distintas: ¿qué derecho debería regir

¹²³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 623.

en una comunidad dada su historia social? y ¿qué derecho debería regir en una comunidad social todas las cosas consideradas?¹²⁴

Nos parece que esta proposta de Dworkin precisa ser refletida e discutida entre os vários campos da teoria jurídica, inclusive para compreender algumas premissas que eram aceitas sem maiores considerações como, por exemplo a forma de se compreender a ideia do direito que é e o direito que deveria ser.

Isto também poderia contribuir para analisar vários casos que são decididos pelos Tribunais e que diversas vezes discutem a presença de vários princípios jurídicos. Haveria, por exemplo, diferenças na discussão do caso da “vaquejada” apresentado no capítulo anterior? Partir de um sistema dual entre direito e moral permite se ter uma resposta supostamente apenas jurídica para o caso a partir do material legislativo que se apresentava? Podemos mesmo abstrair uma verdade das proposições jurídicas constitucionais sobre tradições culturais e proteção animal de maneira neutra e derivada do “espírito” da Constituição ou da “vontade do legislador”?

Dworkin apresenta uma maneira diferente de entender o fenômeno jurídico, unindo direito e moral, não por serem campos distintos, mas sim por um conter o outro. Desse modo, em casos como o da “vaquejada”, devemos, dentro dos limites da interpretação, nos esforçar ao máximo *“para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido.”*¹²⁵

Evidentemente isso terá repercussões importantes na forma de se conceber os princípios jurídicos e de como eles podem ser aplicados nos casos concretos. Deixa-se para trás a ideia de que sejam meros argumentos extrajurídicos – como de alguma maneira defende o positivismo excludente – e, da mesma maneira, deixa-se de lado a concepção de que são aplicados de maneira contingente, quando apenas as condições específicas do direito o tenham exigido.

¹²⁴ PEROT, Pablo Martín. La actitud positivista de Genaro R. Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 635.

Esse nos parece um campo interessante da teoria jurídica contemporânea e que precisa ser explorado, seja por parte das teorias positivistas, inclusas aquelas citadas no segundo capítulo, seja pelas outras correntes que pensam o direito para além do positivismo. De qualquer maneira, isso faz parte de uma estruturação maior sobre a forma de se vislumbrar o fenômeno jurídico e que trata, em certo sentido, sobre como se dá a concepção de verdade e objetividade no direito e nas ciências sociais.

Tal aspecto também foi explorado por Dworkin em sua teoria da unidade de valor e que pretende, em nosso entender, enfrentar a tese da neutralidade epistêmica explorada em capítulo anterior. Estas questões serão tratadas em seguida.

4.4 O pano de fundo: a verdade que se encontra no direito

A teoria da unidade de valor é muito ampla, como já indicado anteriormente, e para além da relação entre direito e moral é *“bueno advertir que el desacuerdo entre el positivismo jurídico y la concepción interpretativa del derecho tiene raíces más profundas.”*¹²⁶

Um segundo ponto importante a ser mencionado é a concepção de Dworkin que diferencia a verdade encontrada nas ciências e aquela aceção verdadeira em questões morais e, por consequência, de direito. Como se verá ao final a percepção de tais diferenças terá um impacto profundo sobre o entendimento e a concepção sobre os princípios jurídicos.

Ao fim e ao cabo Dworkin introduz algumas considerações que tem como pano de fundo as condições de possibilidade para se versar sobre verdades em campos que tem, segundo ele, níveis diferentes de conhecimento.

Para iniciar a sua proposição Dworkin se questiona: como definimos o que é certo ou errado? Na mesma perspectiva podemos nos questionar, por exemplo, como definimos que torturar crianças é algo errado? Como sabemos a verdade sobre as

¹²⁶ PEROT, Pablo Martín. La actitud positivista de Genaro R. Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

propriedades do elemento ouro? Haveria uma mesma formação epistêmica, ontológica ou padrão de resposta para estas perguntas?

Quanto às concepções científicas, Dworkin afirma que é totalmente plausível admitir que o mundo como ele “é” terá um impacto e influenciará as minhas opiniões sobre como o mundo é formado. Com isso,

Nossos cientistas formam suas opiniões sobre a química dos metais por meio de um processo causal onde a própria química dos metais desempenha um papel importante. É pelo fato de o ouro ter as propriedades que tem que os experimentos envolvendo o ouro dão os resultados que dão. Pelo fato de esses experimentos darem esses resultados, todos os cientistas autorizados creem que o ouro tem essas propriedades. (...) O resultado último dessa cadeia causal é surpreendente: a melhor explicação de porque você sustenta a maioria das suas opiniões também é uma justificação suficiente dessas mesmas opiniões. A história explicativa e as histórias justificadoras estão unidas: as melhores explicações da crença validam a crença.¹²⁷

Podemos afirmar que tal forma de raciocínio decorre de uma concepção de mundo derivada da modernidade e pode ser chamada de “concepção absoluta do mundo” ou de concepção “fiscalista”. Entende-se o mundo a partir de um dualismo, ou seja, há um mundo objetivo (exterior ao sujeito) e um mundo subjetivo (interior). A modernidade, portanto, vai defender que o mundo exterior precisa ser descrito objetivamente. Há uma separação radical entre o que é objetivo e subjetivo e a ciência descreve o objeto aos moldes da física, descrevendo o mundo como ele realmente “é”. Como consequência a modernidade se pergunta: que espécie de coisas existem no mundo interior e que espécie de fatos existem no mundo exterior? Quais as fronteiras entre estes dois mundos? Vão surgir respostas de meios diferentes por filósofos empiristas (como Galileu e Hume) e de filósofos racionalistas (como Descartes). Em seguida tal concepção filosófica vai defender que o conhecimento dos estados mentais (do mundo interior) não pode ser cientificamente comprovado em face da inexistência de critérios racionalmente viáveis. Assim, para a ciência resta aquilo que pode ser problematizado e conhecido: o mundo físico¹²⁸.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 104-105.

¹²⁸ Podemos afirmar que uma das grandes características da modernidade foi estabelecer limites ao conhecimento, ou seja, introduzir na reflexão filosófica algum aspecto de finitude, não completa, mas passa-se a fomentar que há uma barreira no conhecer. Até então a vocação maior da filosofia era a busca pela infinitude, pela grande explicação da vida e do conhecer. Cláudio Michelson explica que “*A epistemologia moderna, como uma reação às incertezas provocadas pelos descobrimentos, pela quebra da unidade espiritual da Igreja, pelos pensadores católicos céticos e, enfim, pela alternativa entre o teocentrismo e o antropocentrismo na teoria do conhecimento, vai tentar construir o caminho*”

Por isso Dworkin afirma que quando estamos a tratar sobre algum objeto criado pelo homem ou de algum item da natureza a nossa discussão tem como pressuposto uma concordância acerca dos critérios – uma teoria construída ou imaginada – que nos possibilita estabelecer com certo grau uma certeza. Ele exemplifica ao falar sobre uma discussão acerca de quantos livros há sobre a mesa. Em regra, sempre iremos concordar com o número final de objetos postos sobre a superfície da mesa, pois compartilhamos os mesmos critérios conceituais que estabelecem o que é livro. Eventuais discordâncias, ressalvados alguns casos limítrofes, ocorrem porque os critérios são ligeiramente diferentes, como no caso de um folheto grande. Não haveria uma discordância genuína, mas sim a aplicação de critérios diversos.

Por outro lado, isso não ocorreria ao tratarmos de conceitos políticos que se institucionalizam no direito. Sustenta Dworkin que a discordância nesses casos não é ilusória, mas sim sobre quais critérios estabelecem a melhor solução para um determinado caso. Isso ocorre porque, diferentemente de objetos da natureza ou criados pelo homem, nos quais é possível se estabelecer critérios seguros para sua identificação, a definição de valores é interpretativa e decorre de práticas e experiências sociais que são vivenciadas por todos da comunidade. Aduz que:

Consideramos que esses conceitos descrevem valores, mas discordamos, às vezes em alto grau, acerca de quais são esses valores e de como devem ser expressos. Discordamos porque interpretamos de maneira mais ou menos diferente as práticas por nós partilhadas: temos teorias mais ou menos diferentes sobre quais são os valores que melhor justificam aquelas características da prática que nos parecem nodais ou paradigmáticas. Essa estrutura torna verdadeiros nossos desacordos conceituais sobre liberdade, a igualdade e todo o mais. Também faz com que eles sejam desacordos sobre *valores*, não sobre fatos nem sobre definições de dicionário ou significados comuns. Isso quer dizer que toda defesa de uma concepção particular de um valor político, como a igualdade ou a liberdade, tem de fazer apelo a valores que a transcendem: apelar à liberdade para defender uma concepção de liberdade seria uma tautologia sem tamanho. Por isso os conceitos políticos *precisam* ser integrados uns com os outros. Não podemos defender uma concepção de nenhum deles sem demonstrar que nossa concepção se harmoniza e se encaixa com concepções atraentes dos demais. Esse fato é uma parte importante da defesa da unidade de valor.¹²⁹

para a certeza sobre as coisas “como realmente são”. Um critério seguro para distinguir aparência da realidade.” MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** – São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 42.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 12.

Haveria, portanto, que se diferenciar entre ocorrências do mundo físico, com uma teoria e ontologia próprias, e eventos que possuem uma ação humana que tem de decidir a melhor forma de agir. Uma coisa seria a produção de conhecimento e de condições de possibilidade para se avaliar os eventos físicos do mundo, sejam eles naturais ou derivados de uma criação humana, e outra seria a problematização sobre as razões práticas para agir¹³⁰.

A partir disso o autor estado-unidense defenderá a existência de verdades objetivas em relação aos valores, afirmando que é possível sustentar a existência de instituições justas e de que há atos errados, mesmo que muitas pessoas os realizem ou defendam. Dworkin se opõe claramente a ideia de que as proposições morais são meras representações de emoções ou que haja uma construção única e específica de um valor moral por parte dos homens.

A questão natural é se questionar como se dá o processo de indicação da objetividade de um valor. Nesse ponto Dworkin afirma que aqueles que negam a objetividade dos valores fazem uma distinção entre questões *morais* e questões *sobre a moral*. As primeiras tratam sobre matérias “substantivas” ou de “primeira ordem” e a outras são do tipo “metaéticas” ou de “segunda ordem”. Um grupo, chamado por Dworkin de realistas, afirma que os juízos morais são objetivos a partir de fatos e que podem ser descritos como realidade, enquanto um segundo grupo, denominado “antirrealista”, afirma que os argumentos morais não podem ser demonstrados. Dworkin aduz que tais concepções estão equivocadas, pois não entenderam o caráter interpretativo que se deve dar ao tratar sobre valores.

Na visão do referido autor não há essa descrição não avaliativa ou de “segunda ordem” sobre os valores, tendo como consequência ser impossível acreditar que existem entidades especiais que permitem encontrar valores vagando por aí ou que a falta de tais entidades impossibilite a existência dos valores. Sustenta que os

¹³⁰ Arthur Maria Ferreira Neto, em linha parecida, sustenta que “*a ordem prática, portanto, representa uma dimensão da realidade humana que é formada por eventos que são inteligíveis, no que tange a sua razão de ser e a sua forma de justificação, i. e., são captáveis racionalmente pelo intelecto humano, mas não são nem, puramente, teóricos nem ilustram eventos, puramente, físico-naturais. Os eventos reais que contam com a participação de agentes humanos podem ser esclarecidos e justificados com base em razões para agir, de modo que formam uma dimensão diferente – em termos ontológicos e epistemológicos – daquela em que estão localizados as ocorrências puramente intelectuais e os eventos meramente físicos.*” FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2020. p. 85.

juízos de valor são verdadeiros, quando o são, não em virtude de refletirem algo, mas em razão da defesa substantiva que possa ser apresentada em favor deles. A esfera moral é a esfera dos argumentos, não dos fatos brutos. Nesse caso, não é implausível – muito pelo contrário – supor que nessa esfera não haja conflitos, mas somente apoio mútuo. Ou, o que dá no mesmo, que quaisquer conflitos que nos parecerem irredutíveis evidenciam não uma falta de unidade, mas sim uma unidade de valor ainda mais fundamental que produz esses conflitos como resultados substantivos.¹³¹

E neste ponto há que se esclarecer a distinção que é feita entre conceitos criteriosais, naturais e interpretativos.

O primeiro tipo ocorre quando os indivíduos se utilizam de critérios comuns para identificar casos particulares como, por exemplo, o conceito de triângulo equilátero ou, mesmo, o número dois. A teorização de tais objetos gera um entendimento de mútua compreensão de critérios – polígono de três lados iguais e um número natural que representa a quantidade de duas unidades. Há outros conceitos criteriosais que podem gerar certa vagueza como no exemplo dos livros. Pode-se gerar certa discordância em alguns poucos casos, mas se estará também tendo critérios congregados em sua maior parte.

Os conceitos naturais são aqueles que apresentam uma identidade, em regra, fixa na natureza. Como visto anteriormente sobre o ouro, a ciência estabeleceu critérios que indicam algumas características fixas de tal substância e a sua verificação na vida real somente ocorre quando preenchidos tais requisitos. Há, portanto, uma estipulação prévia sobre o que pode ou não ser considerado ouro.

Já os conceitos interpretativos também necessitam de algum tipo de concordância, contudo ela não é derivada de um teste decisivo para identificar casos particulares. Tais conceitos necessitam de discussões argumentativas pois decorrem de diferenças e contrastes opinativos que devem ser expostos para identificar a melhor justificativa na resolução de casos particulares.

A ciência, portanto, se utiliza de conceitos criteriosais ou naturais, enquanto os valores dependem de conceitos interpretativos¹³². Neste ponto, pode-se afirmar que:

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 19.

¹³² Dworkin explica que “conceitos morais como os de justiça, honestidade, traição e amizade são interpretativos; para explicar as concordâncias e discordâncias acerca de casos particulares, nós não buscamos encontrar critérios comuns nas quais esses conceitos figuram. Desenvolvemos concepções desses conceitos por meio da interpretação. Supomos que até os conceitos morais mais abstratos – o conceito de bem e do que devemos fazer – são interpretativos: não há outro meio pelo qual possamos

la tesis de la unidad del valor tendría como una importante faceta la independencia del valor respecto de la ciencia, tanto a nivel metafísico – negando que existan partículas valorativas o morales (“morons”) – como a nivel epistémico – afirmando que la ciencia y la interpretación son los dos grandes dominios de la actividad intelectual que se encuentran en un pie de igualdad -. Las diferencias entre los juicios morales – o, más en general, los juicios interpretativos o de valor – y los postulados científicos se encontrarían en el contenido, más que en su aptitud para la verdad. Si bien ambos podrían ser objetivamente verdaderos, los juicios interpretativos no podrían ser *meramente* verdaderos como las afirmaciones científicas: mientras la sola existencia de un hecho físico haría verdaderas a las últimas, no existirían partículas valorativas que permitan hacer lo mismo respecto de los primeros. (...) una afirmación interpretativa sería verdadera porque las razones para aceptarla son mejores que las razones para aceptar cualquier afirmación interpretativa rival.¹³³

No raciocínio de Dworkin, portanto, a epistemologia das ciências naturais encontra a sua verdade através de um método que estabelece critérios prévios que possibilitam identificar casos particulares. A tese de que há água em um determinado planeta se comprova quando por algum meio particular se faz um processo que desvenda que a substância particular de tal local cumpre os requisitos estabelecidos previamente.

Com a moral, e por consequência o direito como ramo da moral política, tal procedimento não pode ser feito, pois, segundo Dworkin, não há partículas morais vagando pelo mundo e que possam passar por um processo de “encaixe” em uma teoria prévia que tenha estabelecido critérios. Por isso, a conclusão a que se chega é que não há valores *verdadeiros* em si, ou seja, não há a liberdade de expressão que se diga verdadeira de forma abstrata por cumprir requisitos, mas sim uma rede integrada de argumentos que a justificam e indicam que em determinada situação ela deve ser prevalente. A argumentação moral forma uma grande rede interconectada e interdependente e a defesa de uma parte necessita a utilização de outros seguimentos para sua justificação, não existindo “*hierarquia de princípios morais construídos sobre*

explicar de que modo podem ser genuínas nossas disputas a respeito do que é bom e correto.” DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 276.

¹³³ PEROT, Pablo Martín. La actitud positivista de Genaro R. Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

*fundamentos axiológicos; excluímos essa possibilidade quando excluímos os mórons de nossa ontologia.*¹³⁴

As verdades morais, portanto, fazem parte daquilo que Dworkin chamou de conceitos interpretativos e dependem de uma justificação integrada por toda rede valorativa no momento de sua aplicação.

Dworkin, no entanto, não nega que em uma discussão sobre determinado assunto moral, pessoas, a partir de suas crenças e valores, cheguem a conclusões opostas sobre o que é certo ou errado fazer. Uma terceira pessoa poderia concluir que por não haver concordância sobre o assunto existiria a prova de que não há “verdades” em matéria moral. Poderia se entender, portanto, que deveríamos apenas analisar a construção e defesa de argumentos sem fazer a defesa de qualquer “verdade”.

Isso geraria, segundo Dworkin, problemas para avaliar e analisar uma série de casos como, por exemplo, explicar os motivos pelos quais torturar crianças é errado ou os motivos pelos quais a sonegação fiscal é equivocada. Cairíamos em um ceticismo total que nos levaria a situações absurdas. Por isso Dworkin insiste no desafio filosófico de estabelecer uma verdade objetiva no campo dos valores e da moral e que não se confunda com as verdades estabelecidas na ciência¹³⁵. O jusfilósofo estado-unidense afirma que na moral

Pode acontecer de nossa cultura, educação ou outros fatores de história pessoal nos impedirem de aceitar o melhor argumento. Mas indivíduos dotados de histórias pessoais diferentes poderão descobri-lo e aceitá-lo. A verdade moral está sempre ao alcance do ser humano.¹³⁶

Parece-nos que as considerações de unidade de valor e da construção de verdades desenvolvidas por Dworkin têm implicações diretas sobre algumas

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 177.

¹³⁵ Na mesma linha Francisco José Borges Motta afirma que “*é possível construir verdades que não sejam matemáticas, mas hermenêuticas (e nem por isto “menos” verdadeiras). E o Direito é interpretativo, é hermenêutico, é filosófico.*” MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 91.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 185.

formulações acerca dos conceitos de princípios e sobre as teses mais desenvolvidas do positivismo.

Lembremos a conceituação epistemológica de direito dada por Bayón no capítulo anterior. Ficaria estabelecido que o direito decorre de fatos sociais complexos. Tal tese, segundo o autor espanhol, não é nem verdadeira nem falsa, mas apenas a estipulação de um critério prévio para definir uma prática social importante. A ciência faz algo semelhante para estabelecer os conceitos naturais e identificar as características das coisas da natureza. Contudo, para a posição de Dworkin, não haveria como se estabelecer conceitos criteriosais para o direito, pois sempre haveria algum tipo de discordância nas discussões. Seria necessário, portanto, explicar os motivos pelos quais o critério previamente estabelecido para a identificação do direito – fatos sociais complexos - é o correto ou o melhor. Dworkin aponta sua crítica justamente a este critério, afirmando que ele é falho, pois não se pode estabelecer um fato moral prévio ou substância moral como ente e, portanto, não se poderia olhar para fatos sociais e indicar o critério seguro que definiria o direito em casos particulares futuros.

Outro ponto a ser enfrentado pela teoria jurídica é a noção de princípios a partir da unidade de valor, principalmente a sua institucionalização em várias Cartas Constitucionais da segunda metade do século XX.

Como bem adverte Juan Bautista Echeverry:

aunque coincidamos con varias de las afirmaciones de Carrió sobre la no distinción lógica entre principios y reglas, nos parece oportuno advertir que su conceptualización de principios como normas, que no prohíben o sancionan conductas, que son reglas sobre reglas dirigidas principalmente a los funcionarios, parece no describir adecuadamente la recepción de derechos fundamentales que suelen hacer los modernos sistemas constitucionales occidentales bajo la forma de principios. A diferencia de lo que señala Carrió sobre principios, tales derechos fundamentales parecen en muchos casos prescribir conductas. (...) Además, en muchas ocasiones dichos derechos son considerados de forma tal que que los ciudadanos pueden pedir por medio de diferentes mecanismos que sean respetados tanto por el Estado como por otros particulares.¹³⁷

¹³⁷ ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

Lembremos uma vez mais do caso da “vaquejada”. O que estava sendo tratado em tal ocasião? Havia uma discordância factual? Caso positiva era uma discordância acerca de quais princípios tinham sido positivados ou de algum princípio não positivado, mas que afastava a aplicação de alguma regra? O que aconteceu para que os princípios se manifestassem e fossem aplicados ao caso? Como eles se manifestaram? Como se dá este acoplamento entre a definição dos princípios e a realidade fática controversa e cheia de discordâncias?

Há nisso uma implicação importante do conceito de verdade tratado por Dworkin e a sua tentativa, em nosso entender, de combater a conceituação epistêmica neutra do direito. Evidentemente que discorrer sobre princípios e como eles se diferenciariam das regras se apresenta como algo importante e interessante, inclusive foi isso que gerou toda a discussão da teoria jurídica desde o início da segunda metade do século XX. É algo importante, mas não completo, pois há de se explicar a construção de seu raciocínio na operação prática de distinção dos casos particulares. Por que o princípio da proteção animal foi escolhido em detrimento do princípio da proteção das culturas tradicionais? Neste ponto, convém advertir que:

Cabe também, aos teóricos do direito, denunciar quando as teorias jurídicas, neste uso pragmático e retórico nos tribunais, são traídas epistemologicamente, resultando em um uso incoerente da própria teoria. Esta é prática comum nas cortes judiciais brasileiras, e muitas vezes o que é mencionado como teoria não é efetivamente e epistemologicamente uma verdadeira teoria jurídica, e sim um argumento simples alçado (retoricamente) ao *status* de teoria.¹³⁸

Dworkin ao construir toda a sua teoria parece alertar que identificar o direito apenas como um conceito semântico ou esquema de interpretação gera problemas e está atrelada à uma epistemologia e ontologia das ciências naturais que não é replicável nas questões práticas que versam sobre a melhor forma de atuar em sociedade. A partir de Dworkin, portanto, poderíamos afirmar que:

essa dimensão deôntica que reveste as regras e os princípios é sempre interpretação, uma vez que, para ele, o próprio direito é interpretação. Isso implica dizer que *normas não significam em abstrato*. Uma norma só significa na medida em que ela *munda*. Portanto, as normas não são coisas com um caráter significativo pré-determinado e nem tampouco categorias semânticas

¹³⁸ SERBENA, Cesar Antonio. **Novas perspectivas do realismo jurídico**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 192.

que operam deonticamente de uma maneira prévia, descolada da existência.¹³⁹

Há que se pensar, portanto, em opções filosóficas que respondam sobre os problemas de aplicação dos princípios jurídicos para além de sua conceituação. Como já indicado anteriormente no segundo capítulo, ao citarmos Moreso, poderíamos nos contentar, como teóricos, em apenas dizer que a resposta está na discricionariedade judicial e na crença de que as decisões sejam refletidas e razoáveis como a de um bom legislador, contudo, isso seria pouco e triste para todos aqueles que também estão relacionados com a aplicação do direito. Devemos ter possibilidades teóricas que apresentem outras versões e respostas adequadas para se pensar como os princípios jurídicos atuam nos casos e como o direito tem algo a dizer nos momentos em que conflitos sociais reais se estabelecem e são levados ao Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

O fio condutor da presente dissertação teve como norte compreender e explicar o fenômeno dos princípios jurídicos e de como eles se diferenciavam, ou não, das regras. Para tal intento apresentou-se de suma importância as lições proferidas por Genaro Carrió, grande jurista argentino, que iniciou um processo de discussão sobre a utilização dos princípios pelo direito e de como tal fenômeno se apresentava. O incentivo para tal salto teórico vinha da crítica inicial feita por Ronald Dworkin ao positivismo e a sua suposta incapacidade de tal teoria em lidar com os princípios.

Carrió então apresenta a sua identificação dos princípios com uma metáfora muito própria da América Latina: citando o jogo de futebol. Intenta-se a imaginar a “lei da vantagem”, conhecida no jogo bretão como aquela em que um ato ilegal das regras do jogo não pode beneficiar o infrator. Tal forma de decisão prática seria semelhante aos princípios. Antes de sua estipulação no caderno de regras do jogo, tinha-se nas práticas usuais dos árbitros o uso de tal artifício para permitir a continuidade do jogo e servir de argumentação para explicar os motivos pelos quais uma regra direta não foi observada. Os princípios, portanto, teriam papel semelhante, servindo de regra de segundo grau direcionada a juízes para explicar e fundamentar o afastamento de regras primárias do sistema jurídico. Para além disso, Carrió afirma que princípios

¹³⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

também podem ser representados como pautas morais e de justiça devidamente positivadas e que servem de peças de sabedoria jurídica.

Embora pareça, inicialmente, que as lições de Carrió tenham apenas a intenção de apresentar uma diferenciação estrutural, ou seja, um tipo de classificação de normas que se diferenciaria apenas no nível semântico, já há nele uma preocupação da forma como os princípios se manifestam na prática judiciária, citando, inclusive, que nada impediria que um dado princípio – como aquele de que ninguém pode se aproveitar da própria torpeza – pudesse ser pensado e utilizado como uma regra. Há uma tentativa, portanto, de apresentar uma definição sobre princípios que responda às questões práticas que tinham sido apresentadas por Dworkin na sua crítica inicial do positivismo jurídico.

A resposta de Carrió, acompanhada por perspectivas de outros autores, rendeu inúmeros, profícuos e bons frutos para a teoria jurídica que passou a pensar de forma mais pormenorizada a metodologia sobre a aplicação do direito derivada da discussão de como os princípios eram utilizados no direito.

Solidificou-se formas de argumentar que refletiam o direito e a sua relação com a moral da comunidade política. Cada vez mais se percebeu que, de alguma forma, eram utilizados princípios jurídicos na prática e começou a se pensar como isso poderia ser teorizado. Nisso é constatado que se está em uma sobreposição de assunto e que, para além da diferenciação entre princípios e regras, há questões importantes a serem tratadas.

A teoria positivista, por exemplo, vai se diferenciar entre “inclusivistas” e “exclusivistas” não pela definição semântica que se dá aos princípios jurídicos. Na realidade o que se tem é uma diferente forma de precisar como a moral representada nos princípios tem relação com o direito. Há uma diferença metodológica importante, muitas vezes não percebida por completo. Os “positivistas inclusivistas” irão defender a possibilidade contingente de um toque entre dois ramos separados de regramento social – direito e moral -, compreendendo a possibilidade de uma valoração na identificação do direito. Já os “positivistas exclusivistas” delimitam de maneira bem clara a identificação do direito sem qualquer tipo de valoração – esta identificação é teórica e científica – e outro raciocínio prático que permite, em determinados casos, a ocorrência de uma escolha discricionária do juiz, se valendo dos princípios na

argumentação e aplicação do direito tal qual se utiliza de outros conceitos extrajurídicos.

As respostas positivistas iniciarão uma alteração no desenrolar da teoria de Dworkin que produzirá uma segunda crítica ao positivismo, mas já alterando o seu ponto focal de reflexão. É perceptível que

Diversos positivistas procuraram apresentar teorias capazes de reconhecer o papel dos princípios no sistema jurídico. Por essa razão inclusive, Dworkin abandona, em textos posteriores a *Levando os direitos a sério* (1977), a estratégia de apresentar a novidade metodológica de seu pensamento por meio da abordagem do contraste entre regras e princípios. Dworkin retomará o mesmo tema valendo-se de novas categorias, como “agulhão semântico”, “arquimedianismo” e, mais recentemente, apresentando uma nova tipologia de conceitos (conceitos interpretativos, criteriosais, naturais e doutrinários) necessários para o correto entendimento do fenômeno jurídico.¹⁴⁰

Essa mudança se dá naquilo que foi visto no segundo capítulo com a introdução inicial de que havia no direito algumas discordâncias que não eram meramente fáticas e se entrelaçavam com a concepção da conceituação do direito. Esse é um primeiro passo para uma discussão posterior, na qual percebeu haver uma diferença entre definir conceitualmente o instituto “princípio jurídico” e, para além disso, tentar conceituar “abstratamente” o conteúdo específico de um determinado princípio jurídico.

Essa diferença também aparece quando trazido o exemplo julgado no Brasil, pela sua Suprema Corte, do caso da “vaquejada”. A discussão que se trava entre os Ministros não decorre de uma mera diferenciação entre os institutos das regras e dos princípios, mas sim de como identificar o conteúdo a ser aplicado, existindo aparentemente um conflito de princípios constitucionais no caso concreto.

Há neste exemplo uma visualização importante, pois por mais que doutrinadores e juristas possam definir parâmetros conceituais sobre um princípio, há um tipo de discordância quando se tenta definir o conceito de um princípio determinado de forma *a priori*. Divergências existem quando estamos a analisar um caso e a resposta não pode ser, para Dworkin, uma mera referência à uma prática social amplamente aceita, pois se existe convergência social o dissenso não poderia existir.

¹⁴⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

Há um *plus* nas reflexões neste ponto e isso precisa ser destacado. A intenção ao se falar em princípios e regras, sua diferenciação ou não, carrega consigo uma relação entre teoria e prática que não fica muito clara em alguns autores. Ao versar sobre princípios estamos estabelecendo uma forma de raciocínio – teoria – que tem pretensões de aplicação em um caso concreto – prática. Então, ao pensar sobre o caso da “vaquejada” estamos diante de uma tarefa teórica ou prática? Nos parece que a segunda crítica de Dworkin inicia um processo de introdução no direito de uma reflexão sobre uma teorização acerca do saber prático em termos muito específicos.

De alguma maneira Carrió também apresenta algumas teorizações sobre tal aplicação do direito, defendendo que somente um juiz positivista seria capaz de respeitar o direito positivado sem se valer de valorações morais. A preocupação de fundo também se apresenta a mesma, como resolver o saber prático na aplicação de uma abstração – as leis e normas em geral - inserida em um ordenamento jurídico e que não recaia em explicações que remetam a sistemas ou formas de pensar para além da realidade do mundo. Coloca-se ao final do segundo capítulo como Carrió percebia a necessidade de se estabelecer parâmetros verificáveis de identificação do direito que é democraticamente estabelecido. Dentro de seu contexto ainda se tem como norte a possibilidade da descrição do conceito de direito e da íntima ligação com as fontes sociais. O saber prático de como se aplicar o direito, de alguma maneira, ainda teria raízes na possibilidade de uma descrição neutra de fatos sociais aceitos pela comunidade como obrigatórios. A teoria do direito seria capaz de estabelecer quais são os fatos relevantes e importantes em um corpo social e distinguir um punhado relevante para seleccioná-los como direito. O juiz, embebecido de tal teoria, olharia um caso concreto e poderia identificar qual o resultado correto, pois identificaria os atos que desrespeitaram aquela prática convencional.

Dworkin tentará demonstrar que essa possibilidade teórica não pode dar certo, pois não explica os motivos pelos quais há tantas divergências no momento de conceituar um direito em um caso prático. Além disso, não haveria maiores explicações sobre os motivos pelos quais o direito deveria ser respeitado. A existência de divergência indicaria a falta de consenso social sobre uma prática e, por consequência, não mostraria porque o direito deve ser respeitado e porque os juízes devem aplicar as pautas prévias estabelecidas no ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo nos parece aquele que colocará perguntas importantes e que ainda não foram definidas pela teoria jurídica contemporânea.

A primeira delas parece ser a necessidade de se discutir mais profundamente as bases do positivismo jurídico e o que realmente quer dizer a separação do direito que “é” do direito que “deveria ser”. Da mesma maneira precisa ser explicado como manter uma tese convencionalista diante de um mundo tão plural e com práticas sociais tão diversas.

Nos parece que explicações como as de Juan Carlos Bayón iniciam uma apresentação interessante do que poderia representar uma teoria das fontes sociais e seu entrelace com uma teoria epistêmica neutra. A necessidade de se entender o direito passa pela análise de alguma coisa e isto estaria representado somente por fatos sociais. Isso, em si, não é certo ou errado, mas apenas a estipulação de um critério para se continuar o estudo teórico. Embora em degrau seguinte se polemize sobre a possibilidade dessa estipulação prévia sobre o direito, certo é que nos traz uma resposta inicial e coloca em aberto de onde é retirada a ideia de fonte social. Esta teoria social permitiria – mas não necessariamente – uma descrição conceitual não valorativa. Ou seja, a partir de um evento social seria possível uma descrição de fatos sem dizer que ele é certo ou errado moralmente, mas apenas identificá-lo na relação prática existente dentro da sociedade. Tem-se nisso a teoria epistêmica de neutralidade.

Mas para se ter uma descrição epistemológica neutra sobre fatos sociais há que se explicar como se identifica tais fatos para entendê-los como corretos em novas discussões sociais. Além disso, já tendo como premissa que princípios estão presentes no direito e que há uma valoração derivada da moral, há que se explicar como se dá o processo para a identificação, ou seja, como se dá a objetividade moral e a objetividade na identificação do direito.

A resposta positivista para tanto é variada e se prende à teoria das fontes sociais, seja aquela que apenas nega a discordância social – objetividade mínima – e afirma que o dissenso é meramente ilusório e factual, seja aquela que diz que as divergências existem, mas a objetividade é obtida nas razões compartilhadas derivadas dos fatos sociais. Poderia se fazer um tipo de levantamento topográfico das razões e argumentações em uma prática social.

Mesmo essas explicações mais elaboradas do positivismo precisaram ser esclarecidas a partir de uma nova discussão trazida por Dworkin: a unidade de valor. A introdução dessa forma de pensar na atualidade joga com algumas concepções já estabelecidas e que não eram colocadas no jogo teórico explicitamente. A tradição jusnaturalista e positivista já tinha como predefinida a separação de dois regramentos próprios de regras. Um derivado da moral, múltipla e que dependia de valorações pessoais de cada um, podendo variar desde concepções que entendem tais valorações como meros sentimentos e, portanto, não aferíveis em teoria, até aquelas que as estipulam como verdades absolutas a serem encontradas pelo mundo. De outro lado o direito, com regras próprias, criadas pelo homem e postas em um ordenamento jurídico. Dependendo da concepção que se tenha, o direito poderia ou não ser validado pela moral, em que se estabeleceria uma conexão necessária, uma conexão contingente ou, ainda, não haveria qualquer conexão entre os dois ramos.

Dworkin apresentará um sistema em que o direito faz parte da moral pública – inclusive por isso precisa ser respeitado – e, portanto, pode ser devidamente identificado, embora sempre haja uma avaliação na sua aplicação. Em outros termos

o direito não pode ser visto como uma “gramática de convivência”. Desde sempre executamos regras de convívio porque desde sempre vivemos em uma sociedade que compartilha tradições, cultos, rituais, regras de convívio, formas de expressão etc. Desde cedo somos educados e partilhamos a educação com outras pessoas de modo que, já aí, temos como pressupostos uma série de padrões sociais que nos possibilita dizer o que se tolera ou não; ou o que é permitido ou não. Quando nos colocamos numa posição em que pretendemos discutir teoricamente as questões jurídicas não podemos perder de vista esta dimensão prática na qual já estamos – existencialmente – inseridos.¹⁴¹

Não resta dúvida de que isso tem repercussões enormes quando se depara com a questão de princípios e sua diferenciação com as regras. Carrió, neste ponto, como já identificado anteriormente, já tinha compreendido que a delimitação conceitual do instituto do direito não era o mesmo que sua aplicação. Evidentemente que o contexto da discussão era outro e ainda se iniciava as reflexões sobre os princípios jurídicos, mas já aparecia no referido autor – principalmente ao citar a “lei da vantagem” do futebol – uma dimensão prática importante.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 206.

E todas essas questões são aglomeradas em algo que a teoria jurídica precisa ainda desenvolver em suas bases. A produção de conhecimento e como se chega à verdade de uma proposição. Este é o tom do último item do terceiro capítulo quando trata e apresenta a diferenciação que Dworkin faz entre a obtenção da verdade nas ciências naturais e a forma como chegamos a ela no direito e, indiretamente, nas ciências humanas.

Este é um ponto muito importante a ser pesquisado e que aparece na contemporaneidade nas discussões jurídicas, mesmo que de forma indireta. Muitos podem alegar que há vários livros sobre princípios e a diferenciação sobre as regras, que explicam a sua forma de aplicação. Contudo, nos parece que falta uma interconexão com os pressupostos e condições de possibilidade de tal conhecimento.

A teoria jurídica há de esclarecer algumas perguntas fundamentais: há alguma diferença entre o pensar filosófico e o pensar empírico e de caráter científico? Caso a resposta seja afirmativa, essa diferenciação de modo de pensar também tem relação com a forma como se concebe o direito e a sua aplicação pelos juízes e pelo aparato institucional do Estado como o concebemos atualmente?

São questões derivadas da proposição de Dworkin de que o direito faz parte de um conhecimento moral maior e precisamos pensar quais as condições para se encontrar uma resposta correta. É necessário fazer um esforço para se delimitar quais fundamentos e pressupostos estão na base da técnica jurídica e de sua explicação. O que se quer dizer é que a filosofia no direito, como exercício crítico de pensamento sobre as bases do conhecimento, deve fazer reflexões e perguntas sobre as condições de possibilidade daquilo que se entende por real. Assim, entendemos que pensar o direito é, também, um olhar filosófico – aqui entendido como pensar as condições de possibilidade – e que para tanto se faz necessária uma explicação mínima sobre qual base de teoria do conhecimento há em cada teórico que se envereda por apresentar uma explicação do conceito de direito, de princípio e a forma de sua aplicação¹⁴².

¹⁴² O que estamos a tratar é que há uma atitude reflexiva que irá se preocupar com as técnicas e objetivações das ciências, ou seja, a “filosofia, por sua vez, não se dilui no domínio do real objetivo. Seu campo específico é o próprio âmbito em que a ciência surge como ciência e onde seu objeto se justifica. O espaço que a filosofia preserva, com seu esforço de reflexão, é a dimensão transcendental. Transcendental significa condição de possibilidade. Para o sujeito, é a dimensão crítico-reflexiva de

A teoria de unidade de valor de Dworkin, e sua pressuposta teoria da verdade no direito,

Exterioriza de maneira direta essa sua natureza metodológica, conectando de maneira explícita questões relativas à objetividade, à certeza, à natureza do direito e da teoria do direito (o seu sentido normativo e descritivo), bem como à articulação desta com a moral e com a justificação moral.¹⁴³

Concluimos que, para além de rótulos de teorias sobre direito e o conhecimento, há que se investigar sobre como somos responsáveis e devemos explicar os motivos pelos quais tomamos determinada decisão. Pretendemos apresentar a gênese de uma série de debates que marcaram a agenda da filosofia do direito a partir da segunda metade do século XX. Prestamos aqui uma homenagem a Genaro Carrió que, com sua escrita rigorosa e elegante, tentou apresentar respostas para um fenômeno tão complexo. Da mesma maneira encontramos em seus interlocutores, como Ronald Dworkin e Hebert Hart, uma grande contribuição que marcou o debate jurídico e que tem muito a ser desenvolvido.

A principal conclusão de todo este debate é a ideia de que:

A confiança na existência de algo verdadeiro é fundamental para a sobrevivência dos seres humanos. Se não acreditássemos que, quando conversamos, o que os outros dizem é verdadeiro ou falso, uma vida associativa não seria possível.¹⁴⁴

Entretanto, apenas falar em possibilidade de dizer verdades não basta, também é necessário indicar caminhos que possibilitem averiguar sobre a verdade que se diz. Ou seja, *“deve existir um modo como as coisas são ou estão. Talvez não possamos conhecê-lo nunca, mas se não acreditarmos que ele existe, nossa pesquisa não teria sentido e nem teria sentido tentar novos sistemas de explicação do mundo”*¹⁴⁵.

sua consciência, aberta para a totalidade que sustenta o real objetivável.” STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. Ed – Ijuí: Unijuí, 2005. p. 21-22.

¹⁴³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48-49.

¹⁴⁴ ECO, Umberto. **Nos ombros dos gigantes: escritos para La Milanesiana, 2001-2015**. tradução Eliana Aguiar. 1 ed. – Rio de Janeiro: Recordo, 2018. p. 121.

¹⁴⁵ ECO, Umberto. **Nos ombros dos gigantes: escritos para La Milanesiana, 2001-2015**. tradução Eliana Aguiar. 1 ed. – Rio de Janeiro: Recordo, 2018. p. 129.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Melanie Merlin de. **Entre a moral e o direito: a contribuição de Kelsen, Dworkin, Hart e MacCornick**. – São Paulo: Almedina, 2022.

AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**. tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1990.

BOBBIO, Norberto. **Entre duas repúblicas: às origens da democracia italiana**. Trad. Mabel M Bellati Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello – São Paulo: Contracorrente, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. *In*: **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Organizador Leonel Severo Rocha. – 2. ed. rev. e atual. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. trad. Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECHEVERRY, Juan Bautista. ¿Más allá del positivismo? Comentario a *Principios y Positivismo Jurídico* de Genaro Carrió. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

ECO, Umberto. **Nos ombros dos gigantes: escritos para La Milanesiana, 2001-2015**. tradução Eliana Aguiar. 1 ed. – Rio de Janeiro: Recordo, 2018.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2020.

GUARINONI, Ricardo Víctor. La posición de Carrió en la discusión con Nino respecto de la disputa entre iusnaturalismo y positivismo. In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiago Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 5 fev. 2022.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 3. Ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia: **Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei. **Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral**. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26.

MARTÍ, José Luis. **Sobre la normatividad de la filosofía del derecho**. Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, Nº 25, 2008-2009, p. 427-454 Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3134500.pdf>. Acesso em 25 out 2022.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 5. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. – São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. El contenido mínimo del positivismo jurídico. In: **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Virgilio Zapatero Gómez (ed.), vol. 2, 2002, p. 33-54.

MOORE, Michael S. **Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence**. Oxford University Press. 2000.

MORESO, José Juan. **El Fundamento moral del Derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)**. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, Nº 56, 2022 (Ejemplar dedicado a: Positivismo jurídico: retos y alternativas), p. 33-54. Disponível em <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21657>. Acesso em 25 jul 2022.

MORESO, José Juan. Positivismo Contemporáneo. In: **Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho**, volumen uno / Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/7.pdf>>. Acesso em 01 abr. 2022.

MORESO, José Juan. Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin al fondo). In: **Homenaje a Genaro R. Carrió**. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em:

https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 15 jun. 2022.

MORESO, José Juan. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 31, p. 177-200, nov. 2008. Disponível em: <<https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-teoria-del-derecho-y-neutralidad-valorativa>>. Acesso em 05 jun. 2022

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORUNESU, Claudina I. Notas sobre “Dworkin y el Positivismo Jurídico” de Genaro Carrió. *In: Homenaje a Genaro R. Carrió*. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 25 mar. 2022.

PEROT, Pablo Martín. La actitud positivista de Genaro R. Carrió. *In: Homenaje a Genaro R. Carrió*. Compilador Santiado Roldán; Ricardo Guibourg [y otros]. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017. E-book. Disponível em: https://ler.amazon.com.br/?asin=B07CXQ9M1W&ref_=kwl_kr_iv_rec_1&language=pt-BR. Acesso em: 10 mar. 2022.

SERBENA, Cesar Antonio. **Novas perspectivas do realismo jurídico**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed**. Public Law and Legal Theory Working Paper Series, University of Michigan Law School, Working Paper No. 77, March 2007. p. 26. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 03 ago. 2022.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. Ed – Ijuí: Unijuí, 2005.