

Certeza do direito *versus* indeterminação jurídica? O debate entre positivistas e antipositivistas[#]

Certainty of law *versus* legal indeterminacy? The debate between positivists and anti-positivist

J. Alberto Del Real Alcalá

Professor de Filosofia do Direito, Universidade de Jaén, Espanha.

Resumo: Trata-se, neste trabalho, sobre a polêmica acerca da tese da indeterminação do Direito sob o ponto de vista dos positivistas e dos antipositivistas, na disputa por definir a teoria jurídica que descreve mais satisfatoriamente a realidade do Direito. Da perspectiva positivista, defende-se a indeterminação do Direito a partir da adjudicação, que inclui a tese da discricionariedade judicial, caracterizando-se pela separação conceitual entre o Direito e a moral e pela ideia de fontes sociais do Direito. Pela abordagem antipositivista, argúi-se a completude do Direito, defendendo-se que prevalece sempre a identificação e a certeza do Direito para cada caso, sendo a indeterminação apenas provisória. Neste artigo, comparam-se, sinteticamente, os principais e mais representativos esquemas acerca da “doutrina da indeterminação” e da “doutrina da completude” do Direito.

Palavras-chave: Positivismo. Antipositivismo. Indeterminação do Direito. Completude do Direito.

Abstract: This work is about the polemic on the thesis of the indetermination of law since the point of view of the positivists and antipositivists, on the trying to establish which legal theory

describes better the reality of law. From the positivist perspective, it is defended the indetermination of the law since de adjudication, which includes the thesis of the judicial discretion, characterized by the separation between law and morals and by the idea of the social sources of law. From the antipositivist approach, it is argued that the law is complete, arguing in defense that the identification and the certainty of the law in each case prevail over the indetermination, which is only provisory. In this article, are compared, synthetically, the main and more representative schemes on the “doctrine of law indetermination” and the “doctrine of full law”.

Keywords: Positivism. Antipositivism. Indetermination of law. Full law.

Sumário: 1. Introdução – 2. A “doutrina da indeterminação” do Direito no positivismo contemporâneo: H.L.A. HART – 2.1. A tese da “indeterminação” da *regra de reconhecimento* – 2.2. A tese da “indeterminação” das *regras e princípios* do Direito – 2.3. A tese da “indeterminação” da “estrutura de dever” dos juízes no *Estado de Direito*: teoria positivista da adjudicação e tese da *discrecionariade* judicial – 3. A “doutrina da completude” do direito no antipositivismo contemporâneo: L. L. FULLER e R. DWORKIN – 3.1. “Completude” e “integridade” do Direito: Direito *explícito* + Direito *implícito* – 3.2. A “interpretação” dos *princípios* como instrumento para a *determinação* de todo o Direito – 3.3. A tese da “determinação” da “estrutura de dever” dos juízes: a *resposta correta* para todos os casos a partir da teoria “hercúlea” da adjudicação – 4. Conclusão: certeza do Direito vs. indeterminação jurídica? – Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A polêmica sobre a tese da *indeterminação* do Direito ocupa boa parte do debate contemporâneo entre positivistas e antipositivistas sobre que teoria jurídica descreve mais satisfatoriamente a realidade do Direito. As posições de umas e outras teorias do Direito sobre a *completude* e *certeza* do Direito, por um lado, e sobre a *indeterminação* jurídica, por outro, podem ser sintetizadas na metáfora a nós legada por H.L.A. HART sobre o *Pesadelo* e o

*Sonho Nobre*¹.

A doutrina da “*indeterminação do Direito*” que defende o positivismo contemporâneo sustenta-se em uma teoria positivista da *adjudicação* que inclui a tese da *discricionariade judicial*. E, claro está, a teoria positivista da adjudicação em sua versão *hartiana* está conectada com a tese da “separação conceitual entre o Direito e a moral” e a das “fontes sociais do Direito” que, como é conhecido, caracterizam a descrição positivista da realidade jurídica. De modo que para o positivismo contemporâneo a polêmica sobre a indeterminação prejudica grande parte de suas disputas com os antipositivistas. Do mesmo modo, as posições antipositivistas contemporâneas, que têm reduzido em boa medida a teoria do Direito a uma teoria do processo judicial², advogam pela doutrina da “*completude do Direito*” afirmando que em algum dos momentos do Direito prevalece sempre por fim sua *identificação e certeza* para cada caso, diante de uma possível indeterminação que será – se é que ocorre – provisória, embora não faça parte nem das características que descrevem o Direito nem tampouco alcança seu conceito.

Que a polêmica sobre indeterminação e completude-certeza do Direito ocupe o debate entre positivismo e antipositivismo isso o próprio HART o reconheceu em seu *Postscript*, quando aduziu que “o conflito mais acirrado entre a teoria [positivista que defende] e a teoria de DWORKIN [paradigma do antipositivismo] surge de minha afirmação de que em qualquer ordem jurídica haverá sempre certos casos juridicamente não-regulados nos quais, em algum ponto, o direito não fornece nenhuma solução em nenhum sentido e o direito, conseqüentemente, é parcialmente indeterminado ou incompleto³”.

Neste texto procuro comparar, e o faço sinteticamente devido à limitação que lhe é própria, os principais esquemas da “doutrina da indeterminação” e da “doutrina da completude” do

¹ Hart, H.L.A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, in Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 348.

² Hart, H.L.A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana...”, *op. cit.*, pp. 327-328: “um enfoque quase obsessivo do processo judicial, isto é, o que fazem e devem fazer os tribunais, como pensam e devem pensar os juízes ao decidir os casos particulares.

³ Hart, H.L.A. “Postscript”, in IDEM, *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1997, ed. By Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; há tradução para o espanhol: *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000, p. 54.

Direito em suas versões *mais representativas*. Também acrescentarei meu ponto de vista, brevemente, nas conclusões, sobre a transcendência que uma e outra doutrinas podem produzir sobre o *rule of law*.

2 A “DOCTRINA DA INDETERMINAÇÃO” DO DIREITO NO POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: H.L.A. HART

É verdade que os positivistas antigos reconheceram a possibilidade da indeterminação do Direito, “embora tenham esquecido de apreciar sua importância⁴”. Esta relevância tem a ver com a conexão que o positivismo contemporâneo faz entre a “doutrina da indeterminação” do Direito e a *teoria positivista da adjudicação*. E, por sua vez, com o vínculo de todas elas com as teses da *separação conceitual do Direito e da moral* e das *fontes sociais do Direito*, linhas identificadoras do positivismo jurídico⁵.

O positivismo jurídico contemporâneo, na versão elaborada por H.L.A. HART, a partir de uma teoria jurídica descritiva⁶, geral e moralmente neutra, advoga pela “doutrina da indeterminação”. Sustenta que “em todo sistema jurídico haverá certos casos previstos e não regulados pela lei, isto é, casos para os que nenhum tipo de decisão é claramente estabelecido pelo direito e, conseqüentemente, [nos que] o direito é parcialmente indeterminado ou incompleto⁷”. Portanto, é a existência destes casos não-regulados que se verifica em todo sistema jurídico – e que HART, utilizando a expressão de DWORKIN, qualifica de “hard cases” (casos difíceis) –, o que leva HART a afirmar que o Direito é *parcialmente*

⁴ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, pp. 8-9.

⁵ Vide, entre outras, Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit. pp. 3-18; IDEM. “Postscript”, op. cit., pp. 238-276; IDEM. “El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral”, in Dworkin, R. (comp.), *Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, pp. 35-74; IDEM. “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral.”, in IDEM. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64.

⁶ Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., p. 12: “a teoria jurídica concebida desta maneira, como descritiva e geral, é uma empresa radicalmente diferente da concepção que Dworkin tem da teoria jurídica (ou jurisprudência, como frequentemente a denomina), em parte, avaliativa e justificativa e ‘dirigida para uma cultura jurídica particular’, a qual é, usualmente, a do próprio teórico e, no caso de Dworkin, esta é a do direito angloamericano”.

⁷ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit., p. 5.

indeterminado ou incompleto⁸. Conforme o positivismo contemporâneo, a indeterminação deve ser contemplada como um “risco inevitável de toda tentativa de guiar a conduta humana através de regras gerais”, que requer que os juízes exerçam seus poderes legislativos ou de criação jurídica, de caráter “intersticial”, a fim de regular aqueles casos nos que “o Direito existente não acerte ao impor uma decisão como sendo a decisão correta⁹”. O esquema da doutrina da *indeterminação* em sua versão *hartiana* do *positivismo leve*¹⁰ (*soft positivism*) contém as seguintes teses.

2.1 A TESE DA “INDETERMINAÇÃO” DA REGRA DE RECONHECIMENTO

HART passou a considerar, depois da crítica de R. DWORKIN¹¹, que ao lado das regras existem uns *modelos (standards)* também jurídicos que podem ser denominados *princípios* e que além dos critérios de identificação de normas que consistem em meros *atos sociais* (ou *pedigree*) ensejam a regra de reconhecimento, esta também suscetível de identificar aqueles modelos e dar conta de sua existência jurídica. Esta versão da regra de reconhecimento, que segundo o *soft positivism* não teria porque prejudicar a tese da separação conceitual entre o Direito e a Moral, deu lugar, sem embargo, a um debate intenso dentro do positivismo jurídico dividindo-o em correntes doutrinárias. De um lado, o positivismo *inclusivo* do raciocínio moral no Direito e na regra de reconhecimento, sempre que esta se mantenha como uma convenção social, de acordo com Jules COLEMAN¹², Wil WALUCHOV¹³, Kenneth E. HIMMA¹⁴ ou Juan José MORESO¹⁵, mantendo Gregorio PECES-BARBA uma posição

⁸ Hart, H.L.A. Post scriptum al concepto de derecho, op. cit., p. 54.

⁹ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit., p. 9: “e o atribuem em parte ao fato de que a natureza ou o engenho humano sempre produzirão casos para os que nenhuma definição prévia dos termos classificatórios gerais usados nas leis possa valer”.

¹⁰ Por um positivismo jurídico sem qualificativos: Escudero Alday, R.: *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Cívitas, Madrid, 2004, pp. 199 e ss.

¹¹ Dworkin, R. ¿Es el Derecho un sistema de normas?, in IDEM (comp.), *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 75-127, contém a crítica à regra de reconhecimento hartiana.

¹² Coleman, J. “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, in IDEM (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 99-147; IDEM, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, nº 11, 1982, pp. 139 e ss.

¹³ Waluchow, W.J. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

¹⁴ Himma, K.E. “Inclusive Legal Positivism”, in Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 125-165; IDEM, “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism”, *Law and Philosophy*, nº 20, 2001, pp. 61-79.

¹⁵ Moreso, J.J. “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, in Navarro, P.E. y Redondo, C. *La relevancia del*

similar, ainda que pertencente à tradição jurídica europeu-continenta¹⁶. E, por outra, o positivismo *excludente* ou *estricto*, que exclui a moralidade como critério de validade jurídica, conforme Joseph RAZ¹⁷ ou Scott SHAPIRO¹⁸. De todo modo, a questão que se coloca é que os princípios ou valores morais ao apresentarem caráter *controvertido*, e por serem suscetíveis de acordo ou desacordo e não apresentarem um único significado nem absoluta certeza, se os introduzimos na regra de reconhecimento – como critérios de validade jurídica – eles trazem a *incerteza* que os caracteriza à própria regra de reconhecimento, e, assim, ao resto do Direito. A consequência é que a regra de reconhecimento pode carrear incerteza sobre os requerimentos do Direito, podendo-se identificar claramente o Direito que *é* e o que *não é* Direito. Isto é, incerteza acerca de que condutas estão permitidas e quais estão proibidas aos cidadãos. HART estimou isso como algo inevitável, pois “a exclusão de toda incerteza [na regra de reconhecimento] a qualquer custo para outros valores não o fim que tenha sempre sido contemplado para a regra de reconhecimento¹⁹”.

2.2 A TESE DA “INDETERMINAÇÃO” DAS REGRAS E PRINCÍPIOS DO DIREITO

Não apenas podem ser suscetíveis de indeterminação os *critérios de identificação* do Direito, como também as próprias *regras* particulares – na *zona de incerteza* – identificadas já como Direito, além dos *princípios* – controvertidos por si sós por causa de sua *pluralidade* de significados – que integram a realidade do Direito²⁰. Ocorre que quando uma regra se aplica a um caso particular, se o Direito não fornece resposta em nenhum sentido para a resolução do caso, então há que reconhecer que o Direito se mostra parcialmente *indeterminado*. HART nos disse, neste sentido, que as regras contêm uma “penumbra de incerteza” que é

Derecho, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116.

¹⁶ Peces-Barba, G. *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995. Outra perspectiva atual do positivismo pode ser vista em: Ansuátegui Roig, J. *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996.

¹⁷ Raz, J.: *The concept of a Legal System*, 2nd edition, Oxford University Press, 2003; IDEM, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2002; IDEM, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 2002; IDEM, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

¹⁸ Shapiro, S.J. “On Hart’s Way Out”, in Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, op. cit., pp. 149-191; IDEM, “Authority”, in Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, op. cit., pp. 382-439.

¹⁹ Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., p. 28.

*controvertida*²¹. Sua metáfora popular na teoria jurídica do século XX sobre o “núcleo de certeza” e a “zona de penumbra” vem assinalar, respectivamente, e assim o tem admitido abertamente desde então o positivismo jurídico contemporâneo, as zonas de Direito *determinado* e de Direito *indeterminado* que convivem juntas no âmbito de significação das regras do Direito. Isto da a todas as regras “um quê de vagueza ou ‘textura aberta’²²”, e leva consequentemente incerteza e indeterminação tanto à regra de reconhecimento como às regras particulares²³. Para a *doutrina da indeterminação*, colocar as situações *particulares* dos casos sob os riscos *gerais* das regras impossibilita eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida, com as consequências correspondentes que isto tem no âmbito da aplicação e interpretação do Direito. Sobretudo, na hora de identificar e determinar os *direitos* e *deveres* legais dos cidadãos.

Contudo, onde se tem discutido bastante a doutrina da indeterminação é nos “*hard cases*”. Aqui se tem concentrado especialmente o debate entre positivistas e antipositivistas contemporâneos, pois nesta classe de casos o Direito é “fundamentalmente incompleto: não proporciona nenhuma resposta à questão colocada”, tanto que nos encontramos ante “casos juridicamente não regulados”. Como os tribunais resolvem os *hard cases*? O positivismo jurídico contemporâneo dirá que para os tribunais poderem pronunciar uma decisão “têm [necessariamente] que exercer a restrita função jurídico-criadora [...] [da] ‘discricionariedade judicial’²⁴”.

2.3 A TESE DA “INDETERMINAÇÃO” DA “ESTRUTURA DE DEVER” DOS JUÍZES NO ESTADO DE DIREITO: TEORIA POSITIVISTA DA ADJUDICAÇÃO E TESE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

É verdade que a teoria positivista da adjudicação se apresenta como uma jurisprudência

²⁰ Vide: Escudero Alday, R. *Los calificativos del positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 243-254.

²¹ Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., p. 27.

²² Vide: Bix, B. *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 7-10, sobre o conteúdo do significado de “open texture”.

²³ Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp.152-153.

²⁴ Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., pp. 28-29.

“descritiva”, segundo a qual o Direito pode ser identificado sem referência necessariamente à moralidade²⁵, ainda que não a exclua se ela tiver sido identificada previamente através dos critérios de meros *atos* (ou *pedigree*) da regra de reconhecimento²⁶. Contudo, o “retrato do Direito como algo indeterminado ou incompleto em parte, e do juízo completando as lacunas ao exercer seus poderes limitados de criar direito, é rechaçado pelo antipositivismo moderno como um retrato desfigurado tanto do direito como do raciocínio judicial²⁷”. A doutrina da indeterminação do positivismo jurídico contemporâneo não apenas entende que há indeterminação ou incerteza na regra de reconhecimento e nas regras particulares e nos princípios ou valores morais, senão que aquela também alcança, em razão da tese da discricionariedade judicial, a própria configuração da *função* dos juízes e, portanto, a descrição que fizemos da estrutura de dever que a estes é imposta pelo Estado de Direito. Vejamos por quê.

A “estrutura de dever” dos juízes no Estado de Direito vem definida grosso modo por três características. Em primeiro lugar e antes de tudo, a *obrigação* que o Estado de Direito impõe aos juízes de resolver sempre, pronunciando uma solução, em qualquer caso, e não como dizia BENTHAM inibir sua jurisdição declarando-se incompetente ou encaminhar o assunto ao Legislativo para que este decida²⁸. Em segundo lugar, a função dos juízes nos *casos claros* encontra-se *determinada* porque o Estado de Direito estabeleceu previamente o procedimento para resolvê-los através da operação da *subsunção* dos fatos do caso à norma jurídica *claramente* aplicável. E, em terceiro lugar, nos *casos difíceis*, o Estado de Direito deixa a função do juiz de certo modo *indeterminada*. Não diz *claramente* aos juízes como devam agir quando se depararem com esta classe de casos, o que provoca certa *indeterminação* à sua incumbência funcional. Da perspectiva positivista, nos casos difíceis podem-se distinguir dois estágios no processo da decisão do juiz. No primeiro estágio, “o juiz verifica primeiramente que o direito existente não prevê decisão de qualquer tipo”; no segundo estágio, “consequentemente [o juiz] deixa de lado o direito existente para criar direito para as partes,

²⁵ Gardner, J. “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, nº 46, 2001, pp. 199 e ss.

²⁶ Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., p. 53.

²⁷ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit., p. 6; IDEM, *Post scriptum al concepto de Derecho*, op. cit., pp. 55-56.

²⁸ Vide: Hart, H.L.A. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

de novo e *ex post fact*, de acordo com sua ideia do que seja melhor²⁹”. Ideia “do que seja melhor” não senão expressão de que sua função não está claramente determinada diante desse tipo de casos. E, na verdade, a tese da discricionariedade judicial, integrante da teoria positivista da adjudicação, apenas nos diz que “ante qualquer regra [ou princípio] é possível distinguir casos centrais claros, aos que ela sem dúvida se aplica, e outros casos nos que há tantas razões para afirmar como para negar o que se aplica³⁰”.

Então, o juiz “deve exercitar sua discricionariedade e criar direito para o caso, ao invés de aplicar meramente o direito já pré-existente e estabelecido³¹”. E para isso “o juiz deve algumas vezes deixar de lado o direito e exercer um poder de criação para alcançar uma decisão nos ‘casos difíceis’, vale dizer, casos nos que o direito existente apresenta-se indeterminado³²”. Todavia, claro está, nem o juiz nem os cidadãos que lhes submetem suas disputas em certo caso têm à sua disposição *previamente* um procedimento *claro* de como deve aquele criar o Direito de que resulte vencedora uma ou outra das partes do caso. De fato, a tese da discricionariedade judicial na adjudicação que permite a criação judicial do Direito³³ nos casos difíceis, nos quais parece ser iniludível³⁴, constitui a forma em que o positivismo jurídico descreve como a *estrutura de dever* do juiz é também *parcialmente indeterminada* quando, ainda o *dever* de pronunciar-se a favor de alguma das partes em certo caso, o juiz não pode resolver segundo o sistema de *fontes do Direito* estabelecido e, portanto, *conforme* o Direito, por não encontrar razões suficientes no Direito para decidir claramente num sentido ou ao contrário. Na crítica à doutrina da indeterminação, o “procedimento *hercúleo*” de DWORKIN, paradigma da adjudicação no antipositivismo, constitui-se na forma de fazer com que a função dos juízes seja também *determinada* não apenas nos casos claros como também nos casos difíceis. De fato, o procedimento “Hércules” supre na teoria antipositivista da adjudicação o papel que desempenha na teoria positivista a tese da discricionariedade judicial.

²⁹ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, pp. 9-10; IDEM, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 57.

³⁰ Hart, H.L.A. *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp.152-153.

³¹ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, pp. 5-6

³² Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 8

³³ Asis Roig, R. de. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224-234, sobre as características da “criação normativa judicial”.

³⁴ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 14.

Pois bem, ante a indeterminação parcial que traz para as funções dos juízes a doutrina da indeterminação, o positivismo contemporâneo tem apresentado especial empenho em diferenciar o que é a *discrecionariade* e a *arbitrariade* judicial. E, apesar de ter que considerar, na decisão que resolve os casos não regulados, modelos ou razões que não estejam previstos no Direito, este poder de criação jurídica não deve ser – segundo nos diz HART – arbitrário, pois deve satisfazer a “condição” de que “deve sempre possuir algumas razões gerais que justifique sua decisão e atuar como o faria um legislador consciente, decidindo segundo suas próprias crenças e valores”, e “se satisfaz essas condições, está legitimado a seguir modelos ou razões para a decisão que não estejam estipulados pelo direito e possam diferir daqueles seguidos por outros juízes ao enfrentar casos difíceis similares³⁵”. Ou seja, que a inevitável discrecionariade judicial nos casos difíceis não tem porque produzir necessariamente decisões arbitrárias. E cair na crença do que HART denominou o ponto de vista do “Pesadelo”, segundo o qual os juízes sempre criam Direito e nunca encontram no processo o Direito que aplicam às partes: isto é, a crença segundo a qual se um regra jurídica particular é indeterminada num caso dado, de maneira que, então, os tribunais não podem justificar sua decisão como a conclusão dedutiva estrita de um silogismo no qual esta apareça como a premissa maior, então a decisão que os tribunais adotarem pode ser apenas uma escolha do juiz sem controle jurídico algum³⁶”.

3 A “DOCTRINA DA COMPLETEDE” DO DIREITO NO ANTIPOSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: L. L. FULLER E R. DWORKIN

Os discursos que negam a tese da indeterminação jurídica advêm habitualmente de posições antipositivistas. Estas asseguram, por sua vez e de outra forma, a certeza plena do Direito, e a conseguinte negação de qualquer tese que advogue pela indeterminação jurídica. Entre as argumentação mais representativas desta classe encontram-se as de L.L. FULLER e R. DWORKIN. A questão da indeterminação do Direito se encontra presente no debate HART-

³⁵ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 9; IDEM, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 57.

³⁶ Hart, H.L.A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana...”, *op. cit.*, p. 337.

FULLER, que faz outra das mais importantes críticas a HART³⁷ (que por sua vez, é um dos críticos mais destacados acerca do conceito de moral interna do Direito³⁸ que estima confundir os requisitos da eficácia do Direito com sua moralidade ou justiça³⁹), e, também, no debate HART-DWORKIN, sendo a teoria do Direito deste último, como sabido, a maior crítica contemporânea ao autor inglês e ao positivismo. Ainda que FULLER e DWORKIN não partam exatamente das mesmas premissas sobre o Direito, em ambas as teorias da adjudicação se observa uma linha de continuidade e similitude com o intuito de fazer frente à doutrina da indeterminação. A doutrina sobre a completude do Direito que o antipositivismo esgrime ante a indeterminação contém as seguintes teses comuns nas versões *fulleriana* e *dworkiniana*.

3.1 “COMPLETUDE” E “INTEGRIDADE” DO DIREITO: DIREITO *EXPLÍCITO* + DIREITO *IMPLÍCITO*

Como do Direito se predica *completude*, a crítica antipositivista nos diz que “o que realmente é incompleto não é o direito senão o retrato positivista” que dele é feito⁴⁰. Para FULLER, a *completude* do Direito tem que ver com a relevância conceitual que atribui aos *casos claros* a teoria da adjudicação que está implícita em sua teoria do Direito. Como “uma legislação obscura e incoerente pode fazer que a legalidade seja inacessível para qualquer um, ou ao menos irrealizável⁴¹”, tanto que a clareza e certeza do Direito são requisitos da existência da legalidade, FULLER não concebe senão *casos claros*. E se não for um caso claro, advoga inclusive que “os tribunais deverão se negar a aplicar leis que careçam terminantemente de clareza⁴²”. Consequentemente, se todos os casos são claros, não faz sentido admitir nenhuma

³⁷ Fuller, L.L. “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, n° 71, 1958, pp. 630-672.

³⁸ Hart, H.L.A. “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 60: “Nadie ha hecho más que el profesor Lon Fuller de la Harvard Law School en sus diversos escritos para aclarar tal línea de discusión”.

³⁹ Vide: Hart, H.L.A. “Lon L. Fuller: the Morality of Law”, in IDEM, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 343-363

⁴⁰ Hart, H.L.A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 6; IDEM, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁴¹ Fuller, L.L. *The Morality of Law*, 2nd edition, Yale University Press, New Haven and London, 1969; vers. esp., IDEM, *La moral del Derecho*, vers. de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas, México DF, 1967, p. 75.

⁴² Fuller, L.L. *La moral del Derecho*, *op. cit.*, p. 75.

tese a favor da discricionariedade judicial. Seria um grave erro – que se comete constantemente – “supor que ainda quando aquele que redige a legislação não possa traduzir seu propósito em normas claramente manifestas, pode sempre delegar esta tarefa” aos tribunais⁴³. Isso “o legislador tem o dever moral de fazer com que seja claro” até o ponto de que a clareza e certeza do Direito as concebe FULLER como um elemento da *inner morality of law*, um tipo de moral de aspiração (e não tanto de dever) do sistema jurídico⁴⁴.

De sua parte, R. DWORKIN também rechaça uma teoria positivista do Direito, em razão de que não reflete o ponto de vista interno do *participante* no Direito senão o de um *observador* alheio ao Direito, e defende uma teoria *interpretativa*⁴⁵ a partir da ideia de que toda proposição de Direito é interpretativa. A crítica⁴⁶ que DWORKIN faz a HART em prol da *integridade* do Direito⁴⁷ centra-se especialmente em atacar a perspectiva positivista da adjudicação, a tese da discricionariedade e a doutrina da indeterminação. O autor norteamericano, em sua obra *Law's Empire* e com a formulação da ideia do Direito como *integridade*⁴⁸, distingue entre Direito *interpretativo* e Direito *pré-interpretativo*, com base na ideia de que é necessário que os membros da comunidade interpretativa compartilhem em geral os mesmos pressupostos sobre a prática do Direito. E chama de dados “pré-interpretativos” às práticas derivadas do Direito, as quais, ainda que também sejam suscetíveis de interpretação, requerem um consenso geral na comunidade interpretativa⁴⁹. Pois bem, são estes pressupostos os que vão servir para evitar qualquer tipo de indeterminação – vale dizer – em um dado caso. Tampouco aproxima-se da indeterminação, segundo DWORKIN, que a aplicação do critério de validade jurídica seja um juízo moral *controvertido*, até porque o controvertido há que ser entendido como compatível com a existência de fatos (habitualmente

⁴³ Fuller, L.L. *La moral del Derecho*, op. cit., p. 76.

⁴⁴ Fuller, L.L. *La moral del Derecho*, op. cit., p. 53.

⁴⁵ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., p. 14: “We need a social theory of law, but it must be jurisprudential”.

⁴⁶ Vide: Salmeron, F. “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, in Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 80-112. Há uma síntese do debate em: Rodríguez, C. “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate Hart-Dworkin”, in IDEM (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1977, pp. 15-88.

⁴⁷ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., p. 225: “Law as integrity denies that statements of law are either the backward-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative. So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither”.

⁴⁸ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., pp. 166 e ss.

fatos morais) que, apesar de discutíveis, são verdadeiros. De modo que o Direito tem recursos suficientes para resolver qualquer indeterminação – é dizer – através do momento de sua interpretação.

O antipositivismo descreve o Direito, como diz HART, imaginando-o completo, como “um sistema sem lacunas”, “um sistema de direitos sem lacunas, capaz de determinar aquilo ao que as pessoas têm direito como questão de justiça distributiva⁵⁰”. E assim é porque da perspectiva *interpretativa* dworkiniana do Direito como integridade, o Direito nunca é incompleto ou indeterminado, e inclui o Direito explícito estabelecido e identificado segundo as fontes sociais, mas também os princípios jurídicos implícitos, cuja identificação entende que não é possível pelos critérios de *pedigree* da regra de reconhecimento (o que a desautoriza) senão unicamente através da interpretação construtiva⁵¹ da prática social do Direito como membros – do ponto de vista *interno* – da mesma comunidade interpretativa que compartilham um conjunto de princípios (convicções, pressupostos). Estes princípios referidos por DWORKIN serão aqueles que se adaptam (concordam ou sintonizam) melhor à história institucional e às práticas do Direito explícito do sistema jurídico e que, ademais, proporcionam, também, sua melhor justificação moral⁵².

3.2 A “INTERPRETAÇÃO” DOS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO PARA A DETERMINAÇÃO DE TODO O DIREITO

Os princípios são a fonte e o *instrumento* que o antipositivismo utiliza para resolver a indeterminação do Direito e negar qualquer tese da discricionariedade judicial com a que o positivismo descreve a adjudicação. A teoria do Direito de DWORKIN contém uma teoria

⁴⁹ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., pp. 65-66.

⁵⁰ Hart, H.L.A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana...”, op. cit., p. 345.

⁵¹ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., pp. 65-66. Refere-se às três etapas da interpretação: “First, there must be a ‘preinterpretive’ stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified”. “Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage”. “Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice ‘really’ requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage”.

⁵² Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., p. 67: “Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best light”.

objetivista da moral que considera Direito certos princípios morais objetivos, ainda que não estejam, inclusive, identificados como tais a partir das fontes sociais⁵³. Em sua teoria da adjudicação, estes princípios são o instrumento principal para preencher interpretativamente as lacunas do Direito. A este respeito, o ordenamento jurídico é considerado como um “todo” integrado tanto pelo Direito explícito (identificado não apenas pelas fontes sociais: legislação, prática judicial, costume, precedente etc.) como por um conjunto de princípios hierarquicamente ordenados que estão implícitos no Direito explícito ou são pressuposto deste. Qualquer parte do Direito explícito é visto como expressão destes princípios, que se constituem na mais sólida e melhor justificação moral do Direito explícito⁵⁴. Pelo que qualquer teoria do direito deve dar conta deles.

Pois bem, é a estes princípios aos que deve acudir o juiz para decidir os “casos difíceis⁵⁵”, não para criar Direito, e sim para descobri-lo⁵⁶, retirando deles uma solução. Quais são estes princípios? Os que aplicáveis ao caso concreto, segundo o juiz há de descobrir, se adaptem melhor ao Direito explícito e a suas práticas jurídicas e ao mesmo tempo proporcionem sua melhor justificação moral⁵⁷. Mas resolver a indeterminação através da interpretação dos princípios não é o mesmo que fazê-lo mediante regras. Como nos diz DWORKIN, uma regra é válida ou não, e é aplicável ou não, a um caso dado em um sentido de *totalidade*. E se é aplicável vai determinar sempre o resultado do caso. A aplicação de um princípio a um caso não tem, pelo contrário, tal sentido de totalidade. Os princípios não se aplicam à maneira do tudo ou nada. De aí que quando se aplicam não impõem uma solução ao caso concreto senão

⁵³ Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. IDEM, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 474-476.

⁵⁴ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 464-471.

⁵⁵ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 146: “En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente [...], el juez –de acuerdo con esa teoría– tiene ‘discreción’ para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opinión supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenían un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos”. “Mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo”.

⁵⁶ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 146: “No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de reinventar retroactivamente derechos nuevos”.

⁵⁷ Dworkin, R. *Law’s Empire*, op. cit., p. 255: “Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community”.

assinalam aos funcionários (por exemplo, aos juízes) uma razão, critério ou direção que lhes determina a inclinar-se por alguma das partes do caso⁵⁸. Sem embargo, este critério orientativo pode ser superado por outro critério derivado de outro princípio de maior *peso* também aplicável ao caso, assinalando outra direção para sua resolução. De modo que mesmo as regras têm uma dimensão de validade, e são válidas ou não válidas, se aplicam ou não se aplicam, os princípios têm uma dimensão de *peso*⁵⁹.

3.3 A TESE DA “DETERMINAÇÃO” DA “ESTRUTURA DE DEVER” DOS JUÍZES: A RESPOSTA CORRETA PARA TODOS OS CASOS A PARTIR DA TEORIA “HERCÚLEA” DA ADJUDICAÇÃO

Na teoria jurídica de FULLER, a *clareza e certeza* do Direito constituem um importante requisito jusnaturalista-processual⁶⁰ da existência da legalidade. E, como já referido, até o ponto em que sua teoria da adjudicação finalmente contempla na prática unicamente *casos claros*. Teoria da adjudicação, portanto, na que tem um papel muito relevante a tese sobre a *inner morality of law*, que não é senão uma tese da *completude* do Direito. A estrutura de *dever* do juiz no Estado de Direito se encontra deste modo *determinada* na versão antipositivista fulleriana. O dever do juiz consistirá em ter que resolver os casos claros com apoio nas fontes do Direito, ainda que isso possa levar a que às vezes se tenha que *descobrir* previamente os elementos *implícitos* do Direito *criado*, através das fontes do Direito implícito⁶¹. FULLER distingue dentro dos casos claros entre “casos simples”, aqueles “que normalmente se resolvem fora da esfera dos tribunais [refere-se aos que por ter solução clara a partir da legislação requerem apenas a *subsunção*] e, por conseguinte, não chegam a desencadear uma decisão judicial [elaborada]⁶²”; e os “casos problemáticos”, “os que não se resolvem de antemão pelo legislador, senão que encontram sua solução no momento da aplicação do Direito⁶³”. Nestes, o juiz, ao se pronunciar, deve considerar os elementos

⁵⁸ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 74-76.

⁵⁹ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 77-78.

⁶⁰ Fuller, L.L. *La moral del Derecho*, op. cit., pp. 110-111.

⁶¹ Fuller, L.L. *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; há trad. esp., IDEM, *Anatomía del Derecho*, versão de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Editorial Arte, 1969, pp. 103-105.

⁶² Fuller, L.L. *Anatomía del Derecho*, op. cit., p. 104.

⁶³ Fuller, L.L. *Anatomía del Derecho*, op. cit., p. 106.

implícitos do Direito criado, aplicando neste sentido o sistema de fontes (explícitas e implícitas) do Direito, embora aplicando sempre Direito criado. FULLER entende, coerentemente com sua ideia do Direito como “atividade⁶⁴”, que “uma lei [mão] pode ser separada do âmbito de desenvolvimento vital dentro do qual foi projetada⁶⁵”. Daí que nos casos problemáticos, a função dos juízes seja descobrir a solução também “[n]as fontes implícitas do Direito, que provêm dos usos, práticas e atitudes da comunidade, assim como de certo consenso acerca do uso mais conveniente que se deve dar” aos termos jurídicos, porque entende que é “uma falácia [...] supor que [nestes casos] o juiz simplesmente extrai do texto legislativo o sentido que ali inseriu o legislador⁶⁶”.

A forma de resolver a indeterminação nos *casos problemáticos* na teoria da adjudicação de FULLER aponta na mesma direção do que propõe a teoria da adjudicação de DWORKIN para resolver os *casos difíceis*. Consideremos que a teoria *interpretativa* de DWORKIN também pretende conferir *certeza* – e, por conseguinte, eliminar qualquer indeterminação – à “estrutura de dever” que o Estado de Direito impõe aos juízes. Sua ideia sobre a completude do Direito se apoia na tradição europeia da *divisão de poderes* entre o legislador e o juiz, exagerando talvez a distinção entre ambos, embora definindo *claramente* qual a função do juiz e qual a do legislador. Como sempre haverá um Direito aplicável ao caso concreto em razão da tese da resposta correta, a função do juiz segue sendo a de *descobrir* a solução do Direito prevista anteriormente ao caso. Esta tarefa do juiz nos casos difíceis significará ter que identificar o Direito *implícito* (mas Direito, não discricionariedade) através do procedimento “Hércules⁶⁷”.

Com o procedimento hercúleo, DWORKIN elimina a *indeterminação* da que padece a função do juiz nos casos difíceis, segundo a versão positivista. O procedimento “Hércules” *determina* qual é a “regra de decisão” que os juízes devem seguir neste tipo de casos, quando outras fontes do Direito se mostrem indeterminadas. Seguindo-a, os juízes têm os instrumentos necessários para que o Direito não tenha lacunas nem seja indeterminado⁶⁸. O procedimento

⁶⁴ Fuller, L.L. *La moral del Derecho*, op. cit., p. 120.

⁶⁵ Fuller, L.L. *Anatomía del Derecho*, op. cit., p. 119

⁶⁶ Fuller, L.L. *Anatomía del Derecho*, op. cit., p. 118.

⁶⁷ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 176-198.

⁶⁸ Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 175-177.

“Hércules” na adjudicação é, deste modo, um dos elementos nos que DWORKIN fundamenta a completude do Direito. Assim, frente à doutrina da indeterminação, o procedimento hercúleo consegue resolver *conforme* o Direito os casos difíceis. Para isso, a “tese da resposta correta” há que se constituir no *critério de decisão* dos juízes. Este procedimento consiste em que o juiz suponha que para todo caso imaginável “há alguma solução que previamente é Direito e que aguarda ser descoberta” e, portanto, que o juiz “nunca deve supor que o direito é incompleto, inconsistente ou indeterminado”; e, quando assim lhe pareça, tem que considerar que o defeito não é do Direito, e sim das limitadas capacidades do juiz. Ao juiz não lhe sobra, portanto, nenhum espaço para criar Direito dentro de sua função, senão justificar aquilo que crê que o Direito é. Em sua atuação, os juízes têm que identificar os princípios e valores fundamentais amparados pelo sistema (liberdade, igualdade...) e, se existem concepções divergentes sobre estes, então devem identificar qual delas responde à melhor concepção daqueles princípios ou valores⁶⁹. O resultado é que “casa caso recopilado conduz a uma opinião [a decisão do juiz] sustentando que uma das partes têm depois do balanço [do juiz], o melhor argumento jurídico [e resultado favorável]”⁷⁰. Pois bem, se os juízes não seguirem o procedimento hercúleo como “critério de decisão” nos casos difíceis, os juízes não poderiam fazer frente às obrigações e funções que lhes impõe o Estado de Direito⁷¹.

Na realidade, frente ao positivismo, a teoria *dworkiniana* da adjudicação evita a indeterminação estabelecendo uma *conexão conceitual* entre o Direito e a moral. Ao juiz exige moral e juridicamente lealdade em relação à Constituição e com os princípios morais ou políticos nos que crê que melhor se justifica o esquema de governo que aquela contém. Os indivíduos têm, segundo DWORKIN, direito à aplicação não apenas das leis, senão também dos princípios de moralidade objetiva que subjazem e justificam aquelas. E um juiz, assinala, tem a obrigação moral (que denomina “responsabilidade política”) de enunciar esses princípios implícitos e aplicá-los naqueles casos onde o Direito explícito estabelecido não é

⁶⁹ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., pp. 337-350.

⁷⁰ Dworkin, R. “¿Realmente hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, in Casanovas S., P., y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de los jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 510.

⁷¹ Segundo Hart, H.L.A. (“El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit., p. 14), “la teoría [‘hercúlea’ de la adjudicación] intenta ser una tesis científico-jurídica general que desafía no sólo la tesis de la Discrecionalidad judicial, sino también la tesis de la Separación conceptual del derecho y la Moral y la tesis de las Fuentes sociales del derecho”.

claro ou aparece indeterminado⁷².

Portanto, esta forma de atuar nos casos difíceis delinea a *estrutura de dever* que segundo DWORKIN o Estado de Direito impõe aos juízes. Assim como FULLER, para DWORKIN uma teoria conceitual do Direito adequada deve mostrar que os princípios morais e políticos implícitos encontram-se contidos no Direito explícito, e, conseqüentemente, são também Direito. E é da interpretação dos princípios incrustados no Direito explícito descobertos pelo procedimento “Hércules” que DWORKIN propõe resolver os casos difíceis, a fim de evitar a indeterminação do Direito e qualquer tese que defenda a arbitrariedade judicial⁷³.

4 CONCLUSÃO: CERTEZA DO DIREITO VS. INDETERMINAÇÃO JURÍDICA?

Estas duas lógicas, positivista e antipositivista, que procuram *descrever* a realidade do Direito contêm pressupostos muito diferentes sobre a *certeza* do Direito e sua *completude*, e sobre a *indeterminação* jurídica.

O antipositivismo se apoia na *completude* dos sistemas jurídicos modernos, e em uma “teoria das fontes do Direito” conseqüente sobre o Direito explícito e implícito para dar solução a qualquer casuística. As lacunas são vistas como um *defeito* do Direito, ainda que sanável pela teoria da adjudicação, que não consegue produzir efeito algum sobre os direitos e deveres dos cidadãos (por exemplo, ficar indeterminados). A indeterminação, portanto, deve-se dizer, é irrelevante, e se resolve através das fontes implícitas do Direito no momento da *interpretação*, descobrindo-se os princípios *implícitos* ou incrustados do Direito explícito. Assim, para o antipositivismo contemporâneo, a indeterminação é irrelevante na prática jurídica e no conceito de Direito, dominado, pelo contrário, pela característica da certeza e da completude.

Pelo contrário, nas posições do positivismo contemporâneo, a certeza do Direito não domina de forma tão clara nem a prática jurídica nem o conceito de Direito. Sua doutrina da indeterminação se apoia na *incompletude* dos sistemas jurídicos atuais, e na insuficiência do

⁷² Dworkin, R. *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 203-204.

sistema de fontes sociais para regular a certos casos que não têm solução prevista no Direito, e isto proporciona razões para decidir num sentido ou noutro. A teoria positivista da adjudicação se sustenta numa teoria conseqüente das fontes do Direito compatível com a tese da *discrecionariade judicial* como capacidade legislativa (particular para o caso concreto) de criar Direito nos casos difíceis. Ademais, a indeterminação *nem* sempre é vista como uma *lacuna* ou *defeito*, senão como *característica* habitual das normas jurídicas e do Direito. Característica às vezes sanável (casos *inicialmente* difíceis) e às vezes insanável (casos *definitivamente* difíceis por serem indeterminados). Contudo, uma teoria da interpretação jurídica⁷⁴ não é garantia de sua eliminação. Naqueles casos em que não pode ser sanada, a indeterminação afeta os cidadãos: seus direitos e deveres legais se estes forem *indeterminados* e/ou não forem aplicados igualmente em casos indeterminados similares, observando-se o *princípio da igualdade*. Para o positivismo, a teoria jurídica não tem por que derivar necessariamente de uma teoria *interpretativista* do Direito nem se reduzir a uma teoria da adjudicação, como ocorre no antipositivismo.

Por fim, dizer que a transcendência destas posições, positivistas e antipositivistas, sobre o *rule of law* é diferente. A partir do antipositivismo contemporâneo, o ideal do *rule of law* não parece fraquejar *teoricamente*. Todavia, se problema pode ter a ver com a seguinte questão: é, na verdade, possível (e não apenas conceitualmente) eliminar *totalmente* a indeterminação que às vezes o Direito apresenta, ou se trata de uma tarefa *desejável*, embora *inútil* por parte de qualquer teoria da adjudicação devido à estrutura do Direito? É dizer, a negação da indeterminação: é apenas uma argumentação *teórica* (tese *lógica*) ou se trata de uma tese sobre a *prática* “real” do Direito? E, pelo positivismo jurídico contemporâneo, parece que a doutrina da indeterminação questionaria conceitualmente o ideal do *rule of law* em dois sentidos. Um em relação aos *operadores jurídicos*, pois às vezes os juízes não encontram razões claras no Direito para pronunciar sua decisão num sentido ou noutro, ou, o que é o mesmo, têm tanto razões para decidir em um sentido como no contrário e, sem embargo, devem dar razão a alguma das partes. Sua *função*, que é um elemento integrante do conteúdo do *rule of law*, fica então *indeterminada* e o ideal do *rule of law* pode ficar conceitualmente

⁷³ Dworkin, R. *Law's Empire*, op. cit., pp. 410-413.

⁷⁴ Guastini, R. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.^a ed., trad. de Marina Gascón e Miguel Carbonell, Porrúa-UNAM, México DF, 2003, pp. 13-21, sobre as distintas classes de teorias da interpretação jurídica.

impossibilitado. E, dois, em relação aos *cidadãos*, pois o ideal da *rule of law* pode ser afetado se não podem ser conhecidas de antemão que condutas o Direito *aprova* e quais *reprova*, e se submetem controvérsias aos juízes, estes não podem resolver alguns casos conforme o Direito. Pelo que seria necessário reconciliar de alguma maneira a doutrina da indeterminação do Direito e o *rule of law*. Tarefa que conduz possivelmente a repensar o ideal do *rule of law* em relação à “estrutura de dever” que o Estado de Direito impõe aos juízes como um dos conteúdos deste ideal.

BIBLIOGRAFIA

Ansuátegui Roig, J.: *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996.

Asis Roig, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Bix, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Coleman, J.: “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, in Coleman, J. (ed.): *Hart’s Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 99-147.

_____. “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, n. 11, 1982, pp. 139 e ss.

_____. (ed.): *Hart’s Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999.

_____. *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

_____. (comp.), *Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980.

_____. “¿Realmente hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, in Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 475-512.

_____. “¿Es el Derecho un sistema de normas?”, in Dworkin, R. (comp.), *Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, pp. 75-127.

Escudero Alday, R.: *Positivismo y moral interna del derecho*, prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

_____. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

Fuller, L.L.: *The Morality of Law*, 2nd edition, Yale University Press, New Haven and London, 1969; trad. esp., *La moral del Derecho*, vers. de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas, México DF, 1967.

_____. *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; há trad. esp., *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Editorial Arte, 1969.

_____. “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, n. 71, 1958, pp. 630-672.

Gardner, J.: “Legal Positivism: 5½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, n. 46, 2001, pp. 199 e ss.

Guastini, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.ª edición, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa-UNAM, México DF, 2003

Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

_____. “Postscript”, in Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2.ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1997, edition by Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; há trad. esp., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000.

_____. “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, in Hart, H.L.A.: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64.

_____. “El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral”, in Dowkin, R. (comp.): *Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, pp. 35-74.

_____. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, n. 36, Maio-1980, pp. 3-18.

_____. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, in Casanovas, P. y Moreso, J.J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 327-350.

_____. “Lon L. Fuller: the Morality of Law”, in Hart, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and*

Philosophy, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 343-363.

Himma, K.E.: “Inclusive Legal Positivism”, in Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 125-165.

_____. “The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism”, *Law and Philosophy*, n. 20, 2001, pp. 61-79.

Moreso, J.J.: “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, in Navarro, P.E. y Redondo, C.: *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116.

Peces-Barba, G.: *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

Raz, J.: *The concept of a Legal System*, 2nd edition, Oxford University Press, 2003.

_____. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

_____. *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

_____. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

Rodríguez, C.: “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate Hart-Dworkin”, in IDEM (ed.), *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1977.

Salmeron, F.: “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, in Vázquez, R (comp.), *Derecho y moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 80-112.

Shapiro, S.J.: “On Hart’s Way Out”, in Coleman, J. (ed.): *Hart’s Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 149-191.

_____. “Authority”, in Coleman, J. and Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 382-439.

Waluchow, W.J.: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira