

O positivismo jurídico e as divergências teóricas sobre o direito: reconhecendo a atualidade do debate Hart-Dworkin

Thiago Ferrare Pinto

RESUMO

O presente trabalho toma por objeto uma temática célebre da filosofia do direito contemporânea: o debate Hart-Dworkin. A partir da análise daquilo que chamamos de *segunda crítica* de Dworkin ao positivismo jurídico, sustenta-se que, muito embora tenha sido respondida e superada a maior parte das objeções que Dworkin dirigiu à teoria de Hart, há ainda uma delas que não foi devidamente rechaçada. Ela diz respeito ao pilar fundamental do positivismo: a estrutura convencional da regra de reconhecimento. A fim de pôr tal conclusão em evidência, são analisadas duas tentativas de fundamentação de tal modelo convencional de identificação do fenômeno jurídico – uma proposta por Scott Shapiro e outra por Jules Coleman. Nenhuma delas é capaz, conforme se tenta mostrar, de assumir sem contradições a possibilidade de divergência sobre um padrão normativo que tem no caráter convencional o seu principal critério de existência.

Palavras-chave: Metodologia jurídica. Positivismo jurídico. Hart. Dworkin.

The legal positivism and the theoretical disagreements in law: on the topicality of Hart-Dworkin's debate

ABSTRACT

This paper takes as its object a celebrated theme in contemporary philosophy of law: the Hart-Dworkin debate. From the analysis of Dworkin's second criticism to legal positivism, it is argued that, although it has been answered and overcome most of the Dworkin's objections to Hart's theory of law, there is still one that has not been properly rejected. It concerns the fundamental pillar of positivism: the conventional structure of the rule of recognition. In order to put in evidence this conclusion, we analyze two attempts at justification of such conventional model of identification of legal phenomenon – one proposed by Scott Shapiro and another by Jules Coleman. None of them is able, as we tried to demonstrate, to without contradiction assume the possibility of disagreement on a normative standard that have in the conventional character your main criterion of existence.

Keywords: Legal methodology. Legal positivism. Hart. Dworkin.

1 INTRODUÇÃO

Data de 1961 a publicação de *O conceito de direito*, obra de H. L. A. Hart que reformulou amplamente as bases do positivismo jurídico. Superando grande parte das objeções dirigidas às ideias de John Austin, a proposta de Hart focou-se na investigação

Thiago Ferrare Pinto é mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Email: thiagoferrarepinto@gmail.com

das condições de existência do fenômeno jurídico, ao mesmo tempo em que proveu uma análise minuciosa das características principais da atividade jurisdicional que se realiza no âmbito de um sistema jurídico desenvolvido.

Essa obra fez surgir vasta literatura crítica desde os primeiros anos que se seguiram a sua publicação. Tanto positivistas quanto não positivistas se viram obrigados a se debruçar seriamente sobre os argumentos expostos por Hart, uma vez que, pela profunda e bem estruturada mudança que propunha e talvez pela posição de destaque ocupada pelo autor no meio acadêmico inglês,¹ seu trabalho foi alçado, à medida que se difundia, à condição de leitura obrigatória para aqueles que se dedicavam ao estudo do direito.

Nesse contexto, foi já em 1963 que Ronald Dworkin trouxe à luz o seu *Judicial Discretion*, ensaio no qual expôs contundente crítica à descrição feita por Hart do modo de proceder dos juízes diante de casos controversos. Foi esse trabalho que, juntamente com outros do mesmo autor – destacadamente, *O modelo de regras I* de 1967 –, lançou as bases daquilo que viria a ser um dos tópicos mais importantes e interessantes da filosofia do direito do século XX: o debate Hart-Dworkin.

Com o fim de melhor fixar o objeto de nosso estudo, aderimos à difundida compreensão segundo a qual tal debate pode ser abordado a partir de dois focos distintos,² que correspondem, em linhas gerais, às duas diferentes críticas dirigidas por Dworkin à teoria positivista. O primeiro deles versa o seguinte problema: pode o positivismo, através da noção de regra de reconhecimento, explicar a importante função que cumprem na ordem jurídica os princípios? O segundo ponto de análise diz respeito às consequências para os postulados positivistas – em especial para a base convencional em que se sustentam – do reconhecimento de que a prática jurídica faz surgir entre os seus participantes desacordos sobre os critérios fundamentais de identificação do direito.

Segundo pensamos, a resposta positiva a primeira das questões não põe fim às discordâncias entre Hart e Dworkin. De fato, em especial a partir de seu *O império do direito*, Dworkin parece ter em grande medida mudado o foco de suas críticas ao positivismo jurídico.³ Essa mudança, porém, não se faz compreensível apenas através da declaração expressamente feita pelo autor no sentido de que, na obra referida, passaria a tratar com mais ênfase das “deficiências interpretativas” do positivismo, em detrimento do que chamou de “falhas fenomenológicas” (DWORKIN, 2007, p.XIII).

Tal mudança pode ser mais bem compreendida a partir da distinção, elaborada por Coleman (1982, p.139-140), segundo a qual a regra de reconhecimento proposta pelos

¹ Ao tempo da publicação de *O conceito de direito*, Hart titularizava a cátedra de Teoria Geral do Direito na Universidade de Oxford.

² Formulada expressamente por Shapiro (2007), essa estratégia de abordagem parece remontar ao pós-escrito de Hart ao seu *O conceito de Direito* (2009). De fato, foi nessa ocasião que Hart tentou evidenciar os limites das críticas de Dworkin ao seu projeto, revelando a sua intenção de ser compreendido como um cultor do positivismo inclusivo.

³ Não é errado dizer que já no “modelo de regras II”, publicado originalmente no ano de 1972 – portanto, aproximadamente quatorze anos antes d’*O império do direito* –, o autor fez algumas críticas ao positivismo com base nos argumentos que aqui consideramos como componentes de sua segunda crítica. Ocorre, porém, que foi somente nessa última obra, como nos indica Shapiro (2007, p.26-27), que Dworkin estruturou essa crítica de forma mais ampla e direta, justificando nossa maior atenção às linhas raciocínio de que nessa ocasião se valeu.

positivistas – mesmo pelos positivistas inclusivos, como é o caso de Hart – estaria sujeita a dois tipos bastante diferentes de restrições: aquelas que dizem respeito aos critérios de validade jurídica que coloca e as que se voltam às fontes de autoridade em que se sustenta. A segunda crítica de Dworkin se volta ao segundo tipo, ou seja, às fontes de autoridade da regra de reconhecimento.

Ao contrário do que se deu na primeira, a crítica que passamos a analisar não é permeada por grandes polêmicas a respeito do objeto – do ponto da teoria positivista – a que se dirige. Com efeito, foi o próprio Hart quem, aludindo aos defeitos da primeira objeção que lhe foi dirigida por Dworkin, melhor definiu seu alvo:

[...] Dworkin tratou equivocadamente minha teoria como se não apenas exigisse que a existência e a autoridade da norma de reconhecimento dependessem do fato de sua aceitação pelos tribunais (como de fato o faz), mas também como se exigisse (o que não faz) que os critérios de validade jurídica que a norma provê consistam exclusivamente no tipo específico de fato ‘simples’ que ele denomina questões de ‘pedigree’ [...]. (HART, 2009, p.323)

É sobre aquilo que Hart reconhece no trecho citado que sua teoria *de fato faz* que a segunda crítica versa, ou seja, sobre a base convencional – e, portanto, factual (HART, 2009, 142) – de sua regra de reconhecimento. Importa-nos investigar o sentido e a atualidade dessa crítica, uma vez que é sobre ela que repousa a suposta relevância do debate entre Hart e Dworkin no ambiente das discussões atuais em termos de filosofia e metodologia do direito. A partir do pressuposto de que Hart não se debruçou expressamente sobre essa segunda crítica de Dworkin, consideraremos não apenas as posições dos dois autores, mas também outras possíveis soluções para as questões levantadas nesse ponto do debate.

2 RESUMO DA SEGUNDA CRÍTICA

O argumento de Dworkin se sustenta no pressuposto de que a prática jurídica faz surgir com frequência, especialmente por meio dos casos difíceis, aquilo que o autor chama de *divergências teóricas sobre o direito* (DWORKIN, 2007, p.8). Tais divergências teriam por objeto não a descoberta do que decidiram – ou mesmo se algo foi por eles decidido – certos órgãos oficiais responsáveis pela criação do direito, mas sim os fundamentos do fenômeno jurídico, ou seja, as condições que devem cumprir os enunciados normativos para que possam ser qualificadas como parte do direito de certa comunidade. Vejamos um exemplo desse tipo de desacordo.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI⁴ em que se requereu, em linhas gerais, que ao Art. 1723 do

⁴ Trata-se da ADI 4277, julgada conjuntamente com a ADPF 132 no dia 05/05/2011.

Código Civil Brasileiro⁵ fosse dada interpretação conforme à Constituição Federal no sentido de equiparar as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. Juristas divergiram sobre a questão. Que importância atribuir ao significado literal do enunciado jurídico mencionado? O sentido da Constituição faz obrigatória a equiparação? Que peso atribuir às intenções daqueles que elaboraram o Código Civil e a Constituição? É relevante o fato de que o artigo discutido tenha uma finalidade inclusiva, no sentido de não estabelecer diferença entre o regime da união estável e o casamento? Todas essas foram questões levantadas e discutidas no decorrer do processo.

Para Dworkin, estariam tais questões a nos indicar um caso claro em que, não havendo qualquer dúvida sobre a existência efetiva daquilo que está sendo interpretado – no caso, as disposições constitucionais e também as normas constitutivas do instituto da união estável –, a divergência se daria sobre “o que o direito realmente é”⁶ (DWORKIN, 2007, p.8), é dizer, sobre que critérios devem ser úteis para que se reconheça a juridicidade de certa proposição.

Partindo do reconhecimento das divergências teóricas, Dworkin (2007, p.10) formula sua segunda crítica da seguinte forma: pode o positivismo de Hart, à medida que fundamenta sua regra de reconhecimento na existência de uma convenção da qual ela seja objeto, explicar esse tipo de divergências? Se a alusão à divergência implica justamente a afirmação de que não há qualquer consenso sobre o que é o direito – sobre a norma de reconhecimento em sentido amplo, no sentido de Coleman (1982, p.139) –, como pode a teoria positivista dar conta desse fenômeno? Não pode, responde ele.

E não pode, prossegue Dworkin (2007, p.10), porque para o positivismo, em especial para a versão hartiana, todas as divergências no direito devem ser *empíricas*, no sentido de que devem dizer respeito à constatação/demonstração da presença ou não dos simples fatos (*simple facts*) constitutivos dos critérios que compõem a regra de reconhecimento. Nesse sentido, de acordo com a postura criticada, tudo aquilo que o direito é, ou seja, todos aqueles fundamentos do direito podem ser descobertos por meios não valorativos, de modo que a explicação para as divergências teóricas em que muitas vezes incorrem os intérpretes somente pode produzir-se de uma única forma, que é aquela segundo a qual “[...] quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre o que ele deve ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito” (DWORKIN, 2007, p.10-11).

Essa explicação, porém, se sujeita a objeções incontornáveis. Antes de tudo – e isso já é suficiente para abandonarmos aquilo que sugere –, ela parece extremamente duvidosa em termos descritivos. De fato, por que pressupor que os juízes *mentem* quando dizem que estão, nos casos em que incorrem em discordâncias substanciais, trilhando um caminho rumo à solução que lhes parece ser *exigida pelo direito*? Por que

⁵ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁶ Para Alexy (2002, p.5-10), é também esse o sentido das discussões que emergem nos casos controversos.

não acreditar que eles de fato baseiam suas ações na crença de que pode haver uma decisão que seja, do ponto de vista jurídico, melhor que outras?

Poder-se-ia responder essa questão com base na ideia de que

(...) nos sistemas em que vigora a separação de poderes, nos quais somente as legislaturas são autorizadas a criar o direito e dos juízes apenas se exige que o aplique, é perigoso para esses últimos admitir que estejam exercendo discricionariedade ou tentando melhorar o direito.⁷ (SHAPIRO, 2007, p.33, tradução nossa)

E essa posição se justificaria a partir da percepção de que “grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples *atração* – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens” (WALDRON, 2003, p.29). Tal solução, porém, não é nem de longe convincente. De fato, como nos lembra Dworkin (2007, p.46), é difícil conceber como se faria possível o funcionamento desse tipo de *simulação institucionalizada*. Não é intuitivo pensar que as partes sujeitas às decisões de qualquer juiz poderiam facilmente demonstrá-la?

3 DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS NO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Diante de tudo isso, Dworkin (2007, p.15-16) defende que apenas no *direito como integridade* – ou seja, na concepção do direito por ele formulada em seu *Império do Direito* – as divergências teóricas ganhariam pleno sentido. Em linhas gerais, chega a essa conclusão da forma como se segue.

À luz dessa concepção, a interpretação do direito seria construtiva, no sentido de que, se desenvolvendo em três etapas distintas – embora unas, inseparáveis –, teria por fim atribuir ao trecho da prática que se interpreta uma justificativa que lhe seja a mais adequada e a melhor em termos de moralidade política. No contexto dessa teoria, é essa justificativa encontrada na etapa interpretativa que, já na etapa pós-interpretativa, funciona como teste definitivo de pertencimento das normas ao sistema jurídico (DWORKIN, 2007, p.272).⁸

Relevante para o tema aqui discutido é a influencia que possuem os juízos morais substantivos do intérprete na formulação – que se dá na forma exposta acima – dos fundamentos do direito de que se valerá na interpretação. É o próprio Dworkin (2007,

⁷ “In systems of separated powers, where legislatures alone are authorized to make law and judges are required to apply it, it is dangerous for judges to admit that they are exercising discretion and attempting to repair the law.” (SHAPIRO, 2007, p.33).

⁸ É o texto do trecho referido: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (DWORKIN, 2007, p.272).

p.306) quem nos diz que tal decisão “[...] vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si”. Não é necessário muito refletir para constatar que os desacordos que surgirão a respeito dessas opiniões serão profundos e, em termos práticos, insuperáveis (WALDRON, 1999, p.1).⁹

A partir desses fatos, as divergências teóricas sobre o direito se fariam possíveis nos seguintes termos: se a determinação dos fundamentos do direito é tratada como uma questão de interpretação construtiva (SHAPIRO, 2007, p.35); se a interpretação construtiva exige e incorpora, em especial naquilo que Dworkin chama de dimensão de substância, juízos morais; e uma vez que esses juízos são controversos por essência; os desacordos teóricos sobre o direito, aqueles que versam sobre os seus fundamentos, seriam fruto dos desacordos morais substantivos que tomam lugar no seio da interpretação construtiva.

É assim, portanto, que o direito como integridade supera o desafio dos desacordos teóricos. Diante disso, até esse momento parece bastante fundamentada a posição de Dworkin no sentido de que a teoria positivista deve ser abandonada pelo fato de que não consegue dar conta desse tipo de divergência. Passaremos a considerar nos próximos itens duas respostas possíveis a essa objeção.

4 SHAPIRO E OS OBJETIVOS IDEOLÓGICOS

A primeira delas foi elaborada por Shapiro (2007). Após percorrer as principais linhas do debate entre Hart e Dworkin, o autor desenvolveu uma espécie de teoria positivista que, sem perder sua base fática/empírica, pretende dispor de meios para explicar os desacordos que têm por objeto os critérios últimos de identificação do fenômeno jurídico.

Seu empreendimento parte do reconhecimento de três acertos fundamentais da teoria desenvolvida por Dworkin. Em primeiro lugar, segundo diz, o positivismo deve, de fato, abandonar a ideia de que a regra de reconhecimento possa ter como principal elemento constitutivo uma convenção (SHAPIRO, 2007, p.42), sendo esse um passo fundamental no sentido de explicar os desacordos teóricos. Além disso – e essa é a segunda concessão que deve ser feita à Dworkin –, os teóricos positivistas devem concordar com a ideia central do direito como integridade, segundo a qual a interpretação jurídica, e, portanto, a busca pelos fundamentos do direito, requer a atribuição de um propósito/sentido/objetivo àquilo que se interpreta (DWORKIN, 2007, p.71; SHAPIRO, 2007, p.42). Por fim, e talvez mais importante, uma nova teoria positivista deve estar de acordo com Dworkin quanto ao fato de que os critérios de reconhecimento do direito devem derivar – tal como ocorre na transição da etapa interpretativa à pós-interpretativa

⁹ Vale a transcrição da passagem aludida: “There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life.” (WALDRON, 1999, p.1).

no empreendimento dworkiniano – dos propósitos/sentidos/objetivos atribuídos à prática jurídica (SHAPIRO, 2007, p.43).

As notas distintivas da proposta de Shapiro começam a aparecer à medida que cada uma dessas asserções ganha densidade, e isso se dá mais ou menos da seguinte forma. Corroborando a ideia de que o direito deve basear-se em *fatos*, e não em juízos valorativos, o autor assim concebe a investigação dos propósitos do sistema jurídico a ser interpretado:

Embora a busca por uma metodologia interpretativa envolva a atribuição de um propósito à prática jurídica, o positivista não pode, por óbvio, tratar esse processo de atribuição à maneira de Dworkin, ou seja, como um exercício nos campos da moral e da filosofia política. Ao invés disso, o positivista deve buscar por *fatos sociais*¹⁰ (SHAPIRO, 2007, p.43, tradução nossa).

Mas como compreender essa atribuição de propósito como uma tarefa factual, empírica? A resposta do autor é clara: os objetivos do sistema são, na verdade – e ao contrário daquilo que faz crer a teoria do direito como integridade –, os objetivos “[...] que aqueles que elaboraram o sistema jurídico buscaram atingir”¹¹ (SHAPIRO, 2007, p.44, tradução nossa). Ou seja, a perquirição do sentido da prática jurídica se resolve na investigação dos objetivos ideológicos (*ideological objectives*) dos que a ela deram a forma que possui¹² (SHAPIRO, 2007, p.48).

Essa investigação, por sua vez, teria um caráter empírico pela presença de um pressuposto fundamental da elaboração teórica de Shapiro: um consenso amplo entre os agentes elaboradores do sistema jurídico sobre quais objetivos e valores tinham por fim alcançar e promover (SHAPIRO, 2007, p.51-52). Como se vê, apesar de realocada, a ideia de convenção tem lugar também nessa formulação do positivismo.

Seguindo adiante, defende Shapiro (2007, p.43) que é a partir dessa construção dos objetivos do sistema que deve surgir uma regra de reconhecimento adequada; dito de outra forma, o critério para a *escolha* dos fundamentos do direito deve ser o grau de harmonia que obtêm em relação aos propósitos eleitos pelos *designers* da ordem constituída. Nesse sentido, a melhor formulação desses fundamentos será a que mais bem promova esses propósitos. Embora não haja, diz o autor, nenhum meio demonstrativo – ou seja, nenhum critério objetivo – para atestar que uma teoria qualquer é a melhor nesse sentido, o positivista poderia, através dessa compreensão da atividade interpretativa, superar as

¹⁰ “Although ascertaining interpretive methodology involves attributing a purpose to legal practice, the positivist cannot, of course, treat this attributive process in a Dworkin manner, namely, as an exercise in moral and political philosophy. The positivist, rather, must seek social facts.” (SHAPIRO, 2007, p.43).

¹¹ “[...] that the current designers of the legal system sought to achieve.” (SHAPIRO, 2007, p.44).

¹² O autor dedica grande parte de seu trabalho à justificativa da atribuição de tamanha importância para aquilo que tenham decidido os formatadores do sistema. Em linhas gerais, é esse o argumento de que se utiliza: “[...] deference to the ideology of designers is necessary if designers are to do their job, *which is to settle questions about which specific objectives the group should pursue*” (SHAPIRO, 2007, p.46).

objeções de Dworkin e, de forma coerente, sustentar o direito em bases não valorativas, dando conta, portanto, da explicação dos desacordos teóricos (SHAPIRO, 2007, p.52).

De fato, à luz dessa construção – e é a essa conclusão que Shapiro quer nos levar –, tal tipo de divergência surgiria como simples “[...] produto de disputas sobre quais propósitos são, de fato, os objetivos do sistema e sobre qual metodologia melhor se harmoniza com tais objetivos”¹³ (SHAPIRO, 2007, p.43, tradução nossa). As duas hipóteses, portanto, diriam respeito aos fundamentos do fenômeno jurídico e se fariam presentes mesmo com a sustentação factual, através da exigência de acordo entre os elaboradores do sistema, da interpretação do direito.

São esses os traços principais da proposta de Shapiro. Será ela capaz de, superando as objeções colocadas pela segunda crítica de Dworkin, pôr termo às disputas entre positivistas e não positivistas? É o que passamos a analisar.

5 A POSIÇÃO DE SHAPIRO SE SUSTENTA?

Em primeiro lugar, devemos nos debruçar sobre os pilares fundamentais do empreendimento, em especial sobre o modo como Shapiro concebe os propósitos do sistema jurídico. É possível dizer que tais propósitos sejam aqueles desejados pelos formuladores do sistema e que, por essa razão, a investigação que leva até eles é estritamente empírica? Quanto ao acordo que tal ideia pressupõe, de que tipo seria? No que diz respeito ao meio de se chegar aos critérios adequados de identificação do direito, em que se distinguiria daquele proposto pelo direito como integridade?

Todas essas questões nos abrem um campo de investigação muito amplo. Diante disso, para que possamos alcançar nossos objetivos – eles se resumem, como dito, a aferição da possibilidade de que a proposta de Shapiro sirva como resposta à segunda objeção de Dworkin ao positivismo – elegemos dois pontos de partida para a análise crítica que desenvolveremos. Eles são representados pelas duas causas fundamentais, segundo Shapiro (2007, p.43), das discordâncias teóricas no direito: primeiramente, os desacordos sobre os objetivos dos agentes que deram forma ao sistema e, em segundo lugar, aquele que diz respeito à questão de saber quais fundamentos do direito melhor se adéquam a esses objetivos.

Para Shapiro, a investigação dos objetivos do sistema é factual porque se resume a descobrir o conteúdo do acordo a que chegaram os responsáveis pela sua estrutura. Nesse sentido, “[...] a questão de saber se o sistema jurídico deve ser compreendido como comprometido com um objetivo político G ou como realizador de um valor V depende de se aqueles com autoridade para estruturar o sistema o fizeram para buscar G ou V”¹⁴ (SHAPIRO, 2007, p.45, tradução nossa). Até aí, podemos dizer, as ideias de Shapiro

¹³ “[...] product of disputes over which purposes are in fact the objectives of the system or about which methodology best harmonizes with those objectives.” (SHAPIRO, 2007, p.43).

¹⁴ “Whether a legal system ought to be understood as advancing some political goal G or realizing some value V depends on whether those with authority to design the system designed it to advance G or realize V” (SHAPIRO, 2007, p.45).

representam algo como uma fusão entre duas concepções rivais: de um lado, à medida que estabelece como finalidade da interpretação a busca pelos objetivos do sistema, se aproxima da interpretação construtiva proposta por Dworkin; de outro, à medida que equipara esses objetivos àqueles convencionalmente acatados pelos *designers* do sistema, faz referência à noção de regra de reconhecimento constituída por acordo.

De fato, é só com a exposição daquilo que entende ser o meio adequado para se chegar a esses objetivos que Shapiro nos mostra as reais características de sua construção. Diz ele: “[...] para descobrir os objetivos políticos de um sistema jurídico o intérprete deve analisar sua estrutura institucional e determinar quais objetivos e valores melhor explicam a razão pela qual o sistema tenha a sua atual forma”¹⁵ (SHAPIRO, 2007, p.45, tradução nossa). A pergunta que devemos fazer em face dessa explicação é simples: que função, se é que alguma, cumpre na interpretação jurídica o suposto acordo entre os fundadores do sistema? Em outras palavras, e levando a pergunta mais adiante, qual a diferença entre a atividade acima descrita e aquela que, segundo Dworkin, deve se produzir no interior da interpretação construtiva?

Ao que nos parece, a recurso a uma *acordo* é mero instrumento retórico e diferença não há entre os dois modos de proceder. O seguinte trecho de Dworkin (2007, p.71) parece confirmar nossa hipótese:

[...] uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.

Segundo pensamos, a única função que cumpre no empreendimento de Shapiro o suposto acordo¹⁶ entre os formuladores do sistema é fazer com que os interpretes atuem, como diz Dworkin no trecho citado, *como se* aquilo que interpretam derivasse da busca coerente por certos objetivos compartilhados. Assim sendo, a investigação, segundo Shapiro, dos propósitos do sistema coincidiria exatamente com a metodologia proposta por Dworkin no âmbito do direito como integridade, é dizer, os intérpretes se valeriam para tal investigação do modo de atuação sugerido pela interpretação construtiva.

Esse é nosso primeiro argumento contra a proposta de Shapiro. O segundo, embora se valha de ideia similar, se dirige não mais ao modo como o autor descreve os objetivos do sistema, mas sim ao método que propõe para que sejam alcançados os fundamentos

¹⁵ “To uncover the political objectives of a legal system, the interpreter must analyse its institutional structure and determine which goals and values best explain why the legal system has its current shape.”(SHAPIRO, 2007, p.45).

¹⁶ Formulamos essa conclusão acreditando que Shapiro não tenha buscado, através do recurso a esse tipo de acordo, colocar os objetivos do sistema jurídico como uma função da pesquisa do estado psíquico daqueles que o elaboraram. De fato, nada na exposição do autor nos autoriza a atribuir-lhe tal posição. Sobre essa ideia, ver exaustiva argumentação em Dworkin (2005, p.41-103).

adequados do direito, ou seja, os melhores critérios para a identificação do fenômeno jurídico. A esse respeito, diz ele: “a metodologia adequada para um sistema jurídico particular seria aquela que melhor se harmoniza com os objetivos ideológicos daqueles que deram forma ao sistema [...]”¹⁷ (SHAPIRO, 2007, p.45, tradução nossa).

O que quer dizer no trecho acima a expressão *melhor se harmoniza*? Essa não pode ser, por óbvio, uma convocação para a realização de uma atividade empírica, uma vez que, se assim fosse, de nada adiantaria todo o esforço intelectual de Shapiro, visto que os desacordos teóricos continuariam sem explicação. No mais, como funciona a relação entre os objetivos do sistema e os fundamentos que deles devem ser extraídos? Pode-se, de fato, estabelecer uma divisão estrita e substancial, como parece fazer Shapiro, entre os dois momentos da interpretação?

Começemos pela resposta a essas duas últimas perguntas. Reconhecido, com base no que dissemos nas páginas anteriores, o fato de que o acordo entre os designers do sistema sobre os objetivos a que este se dirige é uma falácia – se um tal acordo existe, o que pensamos ser impossível, ele é ainda assim inútil, pois que seu conteúdo apenas pode ser descoberto pela análise das instituições em vigor –, a busca por esses objetivos e pela metodologia que com eles melhor se harmoniza se confundem, no sentido de que a natureza das duas atividades é idêntica, é dizer, ambas visam fazer da prática que interpretam a melhor possível. Desse modo, uma divisão – que não seja apenas explicativa – entre esses dois estágios de compreensão do objeto da interpretação é artificial e, por isso, descabida.

Isso nos conduz àquele que consideramos ser o argumento definitivo contra Shapiro. Segundo o autor, tudo aquilo que propõe se baseia na seguinte ideia fundamental: “[...] explicações para a interpretação jurídica tais como a fornecida por Dworkin ignoram o propósito da existência de autoridades oficiais – elas permitem que os sujeitos reabram questões já resolvidas por essas autoridades quando da formulação do sistema jurídico [...]”¹⁸; no mais, no exercício das atividades que essas explicações recomendam, “[...] o intérprete será forçado a engajar-se em reflexões filosóficas abstratas e confrontar questões que ocuparam a humanidade pelos últimos milênios”¹⁹, o que impedirá a existência de um consenso básico que permita que o direito cumpra suas missões morais mais elementares, tais como manter a ordem e proteger os direitos (SHAPIRO, 2007, p.48, traduções nossas). Devemos questionar: tendo em vista tudo que dissemos, as ideias de Shapiro fornecem a solução para esses problemas? A resposta é evidentemente negativa. De fato, o máximo que podem fazer é disfarçar a presença deles através da suposição de um acordo que, na prática, é mais do que inviável.

Nesses termos, portanto, parece claro que a proposta de Shapiro que aqui analisamos não é capaz de afastar a segunda objeção de Dworkin ao positivismo jurídico.

¹⁷ “The proper methodology for a particular legal system would be the one that best harmonizes with the ideological objectives of those who designed the current system [...]” (SHAPIRO, 2007, p.45).

¹⁸ “[...] accounts of legal interpretation such as Dworkin’s defeat the purpose of having legal authorities – they allow subjects to reopen the questions that authorities resolved by designing a legal system” (SHAPIRO, 2007, p.48).

¹⁹ “[...] the interpreter will be forced to engage in abstract philosophical reflection and confront questions that have baffled humanity for the past few millennia.” (SHAPIRO, 2007, p.48).

6 COLEMAN E OS DOIS TIPOS DE DISCORDÂNCIA

Mas há ainda uma outra resposta à essa objeção. Formulada por Jules Coleman (1982), ela parte de uma *noção ampliada de regra social* e defende, através de uma distinção entre dois tipos de divergências que podem ter objeto a regra de reconhecimento, que os desacordos existentes entre os intérpretes da prática jurídica sobre que critérios são necessários e suficientes para que uma proposição do direito seja verdadeira não comprometem a base *convencional* do positivismo. Vejamos como se desenvolvem essas ideias.

Primeiramente, devemos lembrar que, segundo Hart (2009, p.129-142), a regra de reconhecimento é uma espécie de regra social, no sentido de que se constitui a partir da fusão de dois pontos de vista sobre o comportamento que exige, o externo e o interno. A particularidade que guarda tal regra em relação às outras tantas que compõem um sistema jurídico, ainda segundo Hart (2009, p.142), diz respeito ao fato de que “[...] a afirmação de que existe só pode ser um enunciado factual externo”, ou seja, “[...] sua existência é uma questão de fato”, e não de validade. Nesse sentido, é a prática, o comportamento convergente observável que se apresenta como seu principal elemento.

Com base nesse suporte teórico, Coleman (1982, p.16) propõe uma leitura alternativa da noção de regra social e, por conseguinte, da ideia de regra de reconhecimento. A clareza do trecho não nos deixa alternativa, senão citá-lo integralmente:

Há duas formas através das quais podemos compreender a noção de regra social. Com base em uma delas, nem toda regra de reconhecimento pode ser uma regra social; com base na outra, todas podem ser. Da forma como Hart e Dworkin usam o termo, uma regra social é constituída por comportamento. Ela não pode ser formulada na ausência de uma prática, e a natureza da prática determina o alcance da regra e a extensão dos deveres que impõe. A regra segundo a qual os homens devem tirar seus chapéus ao entrarem na igreja é uma regra social nesse sentido. Nem toda regra de reconhecimento, contudo, é uma regra social nesse sentido; e isso se dá por duas razões. Em primeiro lugar, ao menos em algumas jurisdições, o conteúdo da regra pode ser especificado antes da existência de uma prática apropriada. Por exemplo, a formulação da Constituição dos Estados Unidos não requereu a existência de uma prática judicial relevante; ela precedeu a prática. Não há dúvida de que ambiguidades e outras incertezas na regra são resolvidas através da prática judicial; não obstante, a forma geral e a natureza da regra foram especificadas sem consideração à prática. Em segundo lugar, enquanto o contraste proposto por Dworkin entre teorias do direito baseadas em regras sociais e teorias do direito baseadas em regras normativas diz respeito ao modo através do qual as regras jurídicas fazem surgir deveres, a regra de reconhecimento não é por si uma regra que impõe deveres. Podemos construir uma noção mais ampla de regra social. A partir dessa noção, uma regra será uma regra social se sua existência ou autoridade depender, em parte, da existência de uma prática social. Aqui a exigência não é de que a formulação exata da regra seja especificada pela prática. Ao contrário, o que se quer dizer é que a autoridade da regra depende da existência da prática. A regra por si pode ser especificada, ao menos em termos gerais e em certas ocasiões, sem

referencia à prática. Contudo, na ausência da prática, a regra é vazia, no sentido de que é incapaz de fornecer justificativas para ações. Em resumo, sua normatividade depende da prática, embora seu conteúdo não precise ser por ela especificado. Toda regra de reconhecimento proposta pelos positivistas é uma regra social nesse sentido²⁰. (COLEMAN, 1982, p.156, nota 12, tradução nossa)

O que do trecho resulta, em resumo, é a proposição de uma concepção alargada de regra social, de acordo com a qual apenas a existência dessas regras, e não o conteúdo, seria constituída por um comportamento uniforme. A sequência do raciocínio de Coleman é estruturada a partir da ideia de que a regra de reconhecimento pode ser uma regra social nesse sentido ampliado.

De fato, é à luz dessa compreensão que o autor propõe uma distinção entre dois tipos de divergências que podem existir em relação à regra de reconhecimento: aquelas que dizem respeito ao *conteúdo* de tal regra e aquelas que versam sobre sua *aplicação* (COLEMAN, 1982, p.156-157). As divergências de conteúdo teriam por objeto aquilo que dispõe tal regra, ou seja, os critérios que utiliza para identificar o direito da comunidade. As divergências sobre a aplicação diriam respeito à questão de quais normas satisfazem as condições colocadas pela regra, é dizer, que padrões devem, por cumprirem certos requisitos conhecidamente fixados pela regra de reconhecimento, ser qualificados como parte do direito.

Para melhor compreensão da distinção, vejamos o exemplo da seguinte regra de reconhecimento hipotética: o direito é tudo aquilo que seja estabelecido em certa comunidade de acordo com as exigências formais (competências, prazos e etc.) e materiais (não contrariedade aos direitos fundamentais) da Constituição. A primeira modalidade de divergência diz respeito ao próprio enunciado dessa regra: os intérpretes estão divididos, em resumo, quanto ao fato de ser ou não a conformidade com a Constituição o critério último de identificação do direito. Já a segunda modalidade, a divergência sobre a aplicação da regra de reconhecimento, é consequência de respostas

²⁰There are two ways in which we might understand the notion of a social rule. Under one interpretation, not every rule of recognition would be a social rule; under the other, each would be. As both Hart and Dworkin use the term, a social rule is specified by behavior. It cannot be formulated in the absence of a practice, and the nature of the practice determines the scope of the rule and the extent of the duties it imposes. The rule that men must doff their hats upon entering church is a social rule in this sense. Not every rule of recognition, however, is a social rule in this sense for two reasons. First, at least in some jurisdictions, the content of the rule may be specified prior to the existence of an appropriate practice. For example, the formulation of the Constitution of the United States did not require the existence of the relevant judicial practice; it preceded the practice. No doubt ambiguities and other uncertainties in the rule are resolved through judicial practice; nevertheless, the general form and nature of the rule had been specified without regard to practice. Second, whereas Dworkin's contrast between social rule and normative rule theories of law turns on the manner in which legal rules give rise to duties, the rule of recognition is not itself a duty-imposing rule. We might construct a broader notion of a social rule. In this sense a rule will be a social rule if its existence or authority depends, in part, on the existence of a social practice. Here the requirement is not that the rule's proper formulation be specified by practice. Instead, the claim is that the authority of the rule depends on the existence of a practice. The rule itself may be specifiable, at least in general terms and at some points in time, without regard to the practice. However, in the absence of the practice, the rule is empty in that it is incapable of providing justifications for action. In short, its normativity depends on the practice, though its content need not be specified by it. Every rule of recognition for the positivist is a social rule in this sense." (COLEMAN, 1982, p.156, nota 12).

distintas ao seguinte questionamento: de acordo com o critério de identificação aceito, que padrões devem ser considerados *jurídicos*? Ou seja, que normas foram estabelecidas em harmonia com as exigências materiais e formais da Constituição da comunidade?

É a partir dessa distinção que Coleman chega à sua resposta à crítica de Dworkin. Segundo diz, aquilo que foi chamado de divergência teórica sobre o direito (DWORKIN, 2007, p.8) nada mais é do que uma disputa não sobre os critérios previstos pela regra de reconhecimento, como quer nos fazer crer Dworkin, mas sobre a efetiva aplicação desses critérios (COLEMAN, 1982, p.156). À luz da versão ampla da regra social, a existência da regra de reconhecimento não é, de modo algum, comprometida por esse tipo de desacordo, razão pela qual o positivismo poderia dar conta da explicação para as divergências teóricas e, ainda assim, continuar a sustentar-se em bases convencionais.

Como nos indica Shapiro (2007, p.25-26),²¹ Hart parece estar de acordo com essa posição de Coleman. Em seu pós-escrito, após asseverar que a função da regra de reconhecimento “[...] é apenas definir as condições gerais que devem ser satisfeitas pelas decisões jurídicas corretas” (HART, 2009, p.333), o autor diz, referindo-se aos critérios de juridicidade expostos pela regra de reconhecimento, que “[...] os juízes podem estar de acordo quanto à pertinência desses critérios como algo determinado pela prática jurídica estabelecida, mesmo que discordem sobre aquilo que os critérios exigem em casos particulares” (HART, 2009, p.334). Nesse sentido, é a mesma distinção entre conteúdo e aplicação que, ao que tudo indica, fornece também para Hart a linha argumentativa definitiva contra as objeções de Dworkin.

7 ENUNCIADO E APLICAÇÃO DA REGRA: É POSSÍVEL A DISTINÇÃO?

Diante desse conjunto de ideias, devemos novamente, tal como fizemos após considerar a proposta de Shapiro, questionar: está respondida a segunda crítica de Dworkin ao positivismo?

À primeira vista, a proposta de Coleman é irresistível. À medida que distingue, em termos substanciais, dois objetos de desacordo, ela parece triunfar na demonstração de que a existência das divergências teóricas sobre o direito tem por pressuposto um acordo fundamental e difundido sobre o padrão de juridicidade (*standard of legality*), ou seja, sobre o *enunciado* da regra de reconhecimento que rege o direito de certa comunidade (COLEMAN, 1982, p.156). Nesse sentido, Coleman parece escapar de todas as objeções que até agora dirigimos às diferentes tentativas de responder tanto a primeira quanto a segunda crítica de Dworkin.

²¹ Diferentemente de nós, Shapiro analisa essa posição de Coleman como um argumento inserido no contexto das respostas à primeira crítica de Dworkin ao positivismo, e não à segunda. Não concordamos com isso. A nosso ver, a força e o pleno sentido das distinções que o autor propõe somente se revelam quando as vemos como contraposições à ideia de que o positivismo não pode, uma vez que reconheça a existência de casos controversos no direito, manter-se fundamentado em exigências de acordo.

Há, porém, segundo pensamos, um grande e incontornável problema na construção teórica do autor. Tal problema se faz presente justamente naquilo que funciona como o pressuposto principal de suas ideias: a noção ampla de regra social. À luz dessa noção, como vimos, tão somente a existência da regra social é condicionada por uma convenção, enquanto seu conteúdo pode ser fixado por quaisquer meios valorativos (COLEMAN, 1982, p.156). Partindo dessa ideia, qualquer regra de reconhecimento seria uma regra social, ainda que a concretização daquilo que dispõe pudesse ser causa de intermináveis disputas. Essa constatação, por sua vez, viabilizaria a distinção entre o *enunciado* da regra de reconhecimento e a sua *aplicação* (COLEMAN, 1982, p.156-157).

O defeito que percebemos nessa argumentação diz respeito aos próprios elementos constitutivos de uma regra. Sua indicação deve partir do reconhecimento do acerto de uma ideia hoje sedimentada no âmbito da metodologia jurídica, em especial nos países cujo sistema jurídico segue os padrões romano-germânicos,²² de acordo com a qual o *enunciado de uma regra* não se confunde com a própria *regra*, é dizer, aquilo que é previsto/exigido em abstrato pelo texto do padrão normativo não esgota, mas somente indica o sentido efetivo desse padrão (LARENZ, 2009, p.183). A partir dessa colocação, como assevera Friedrich Müller (2008, p.192), uma regra apenas pode surgir como produto da interação dialética entre abstração e realidade, entre enunciado e aplicação.²³

Que desafios esse referencial coloca para a posição de Coleman? Como mostrado, o autor tenta sustentar o caráter convencional da regra de reconhecimento por meio de uma distinção entre divergências sobre o enunciado e sobre a aplicação dessa regra. Ocorre que, levando a efeito a abordagem teórica exposta no parágrafo anterior, essa distinção não pode sustentar-se. De fato, para que uma regra de reconhecimento seja qualificada como convencional deve ter todos os seus elementos constituídos por convenção. Sendo o âmbito de sua aplicação, ao lado de seu enunciado abstrato, um de seus elementos constitutivos, deve ele, portanto, também ser objeto de convenção. O problema, porém, é que Coleman (1982, p.156-157) expressamente defendeu que as divergências teóricas a que Dworkin (2007, p.8) se refere recaem sobre a aplicação da regra de reconhecimento, o que significa dizer, em outras palavras, que sobre esse aspecto da regra não há qualquer acordo entre os participantes do sistema jurídico. Posto isso, a conclusão a que chegamos é taxativa: *as divergências sobre sua aplicação impedem a regra de reconhecimento de existir*, o que inexoravelmente indica que o positivismo não pode, a um só tempo, reconhecer a existências dessas divergências e sustentar suas bases convencionais.

Nesses termos, portanto, ao lado da proposta de Shapiro, também a de Coleman não é capaz de contrapor-se às objeções formuladas por Dworkin.

²² Essa referência se deve ao fato de que nos sistemas de inspiração romano-germânica o direito legislado tem mais força do que nos sistemas anglo-americanos, razão pela qual a distinção entre enunciado e regra se faz mais perceptível na prática jurídica cotidiana. Sobre isso, ver Bobbio (2006, p.30, 32).

²³ É esse o sentido da famosa frase de Peter Häberle (1997, p.9) segundo a qual “[...] não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”.

8 CONCLUSÃO

A título de conclusão, resta-nos refazer as linhas gerais do caminho percorrido e fixar de forma concisa o sentido do resultado de nossas investigações. Analisamos, em primeiro lugar, a tentativa de Shapiro (2007) de explicar as divergências teóricas no direito. O autor entende ser a ideologia dos criadores do sistema jurídico a *base factual* de sustentação dos critérios de reconhecimento dos padrões componentes do direito. Conforme concluímos, essa posição é insustentável, uma vez que nada nos permitir supor a existência de um acordo entre esses criadores sobre os objetivos a que o sistema se orienta. No mais, ainda que tal acordo existisse, o que é infactível, a atividade que devem realizar os intérpretes para descobrir seu conteúdo em muito se assemelha ao modo de proceder sugerido pela interpretação construtiva dworkiniana, de modo que a sustentação empírica da proposta de Shapiro é, segundo pensamos, apenas um vazio instrumento de retórica.

Diante disso, recorremos a uma outra tentativa de responder a esta segunda crítica de Dworkin. Exposta por Coleman (1982, p.155-157) e reforçada por Hart (2009, p.334), essa proposta parte de um *conceito alargado de regra social* e propõe uma distinção entre discordâncias sobre o enunciado da regra de reconhecimento e sobre sua aplicação. As discordâncias teóricas a que Dworkin se refere, segue o argumento, seriam do segundo tipo aludido, ou seja, versariam apenas sobre a aplicação da regra de reconhecimento. Nesse contexto, tais divergências em nada comprometeriam a existência de um acordo mais abstrato sobre os critérios úteis à distinção das normas jurídicas, o que significa dizer, em outras palavras, que estaria preservada a existência da regra de reconhecimento convencional.

A nosso ver, esse argumento carece de fundamentação. De fato, mostramos com Larenz (2009, p.183) e Müller (2008, p.192) que é inconcebível a separação estrita entre o enunciado e a aplicação de uma regra, uma vez que esses dois elementos são partes constitutivas de qualquer padrão normativo. Nesse sentido, uma regra não pode ser convencional se também sua aplicação não for objeto de acordo, o que significa dizer que as divergências teóricas, mesmo que compreendidas na forma proposta por Coleman, não podem conviver com a ideia de uma regra de reconhecimento que é factual por ser convencional.

Para que direção essa caminhada nos leva? É dizer, que conclusão mais abrangente nos é indicada pelo conjunto de conclusões parciais a que chegamos? Podemos resumí-la da seguinte forma: nos afastando daqueles que entendem que o debate entre Hart e Dworkin já está encerrado²⁴, devemos reconhecer que, muito embora o positivismo inclusivo tenha respondido de modo convincente ao primeiro conjunto das críticas

²⁴ É essa posição de Brian Leiter (2003). Diz o autor: "The moment now seems opportune to step back and ask whether the Hart/Dworkin debate deserves to play the same organizing role in the jurisprudential curriculum of the twenty-first century that it played at the close of the twentieth. I am inclined to answer that question in the negative, though not, to be sure, because I can envision a jurisprudential future without Hart's masterful work at its center. Rather, it seems to me – and, I venture, many others by now – that on the particulars of the Hart/Dworkin debate, there has been a clear victor, so much so that even the heuristic value of the Dworkinian criticisms of Hart may now be in doubt" (LEITER, 2003, p.2).

de Dworkin, *a objeção desse autor segundo a qual as divergências teóricas sobre o direito não podem ser explicadas por nenhuma teoria que pretenda ancorar-se em bases convencionais ainda se encontra sem resposta.*

É notável a importância dessa constatação. Com efeito, à medida que se sustenta em uma especificação dos objetos de desacordo entre Hart e Dworkin, ela, a um só tempo, confirma a necessidade de compreensão do atual estágio do debate entre Hart e Dworkin para o desenvolvimento, por parte daqueles que se dizem positivistas, de estratégias capazes de superar os desafios colocados por esse último autor, e também, de modo igualmente relevante, incita os críticos do positivismo a levarem adiante os seus postulados, visando atingir em definitivo as bases mais sólidas e fundamentais desse corpo teórico.

Isso equivale a dizer, em resumo, que há ainda muitos aspectos do debate a serem desenvolvidos. A possibilidade de sustentação de uma teoria jurídica em juízos predominantemente factuais, o grau de certeza – previsibilidade – que está apta a fornecer uma construção nos moldes do direito como integridade, os limites e consequências das disputas que têm por objeto os critérios últimos – necessários e suficientes – para a identificação do direito: todas essas são questões extremamente atuais e relevantes que têm suas notas principais e, por conseguinte, suas possíveis formas de desenvolvimento indicadas no âmbito do debate que analisamos nesse trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *The argument from injustice*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- COLEMAN, JULES L. Negative and Positive Positivism. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v.11, n.1, p.139-164, jan. 1982.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2007.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____. *O conceito de direito*. Trad. Antonio Camara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodological Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, v.48, p.17-51, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SHAPIRO, Scott J. What Is the Rule of Recognition (and Does it Exist)? *Reseach Paper*, n.181, 2009.

_____. The “Hart-Dworkin” Debate: a Short Guide for Perplexed. *Working Paper*, n.34, fev. 2007.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.