

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

DANIEL ORTIZ MATOS

**COERÊNCIA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS:
uma leitura (moral) de Ronald Dworkin**

**São Leopoldo
2014**

Daniel Ortiz Matos

COERÊNCIA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS:
uma leitura (moral) de Ronald Dworkin

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck
Co-orientador: Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira

São Leopoldo
2014

M433c Matos, Daniel Ortiz.

Coerência e princípios jurídicos: uma leitura (moral) de
Ronald Dworkin / por Daniel Ortiz Matos. – 2014.
128 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito,
2014.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck;
co-orientador: Prof. Dr. Denis Coitinho.”

1. Dworkin, Ronald. 2. Rawls, John. 3. Direito –


Catálogo na Publicação:

Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**COERÊNCIA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS: UMA LEITURA (MORAL) DE RONALD DWORKIN**", elaborada pelo mestrando **Daniel Ortiz Matos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 17 de dezembro de 2014.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Draiton Gonzaga de Souza

Membro: Dr. Denis Coltinho Silveira

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski



REIXEIRA



A Deus;
à minha esposa;
à minha família;
aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Ainda muito jovem ouvi que nada envelhece com mais ligeireza que um favor. Este dito revela a ingratidão que permeia as relações humanas, a incapacidade de reconhecer o outro e seus contributos em nossa jornada. Ao findar este empreendimento, de modo algum eu poderia deixar de agradecer àqueles que tornaram possível a subida neste importante degrau acadêmico.

A Deus, aquele que acredito não apenas por ser racionalmente defensável, mas por poder observar em meu dia a dia seu cuidado e desfrutar de sua companhia. A Ele agradeço pelo dom da vida e pelas pessoas maravilhosas que tem colocado ao meu lado.

À minha esposa, Bruna Rafaela de Assis Ortiz, pela certeza cada vez maior de que é melhor serem dois do que um, por compartilhar as alegrias e as desventuras de todo este processo e pela ajuda constante até mesmo nos acréscimos de cada partida.

À minha família (Raimundo Lopes Matos, Sonia Cristina Alarcão Ortiz, Junia Cristina Ortiz Matos e Samuel Rocha Barros), pelos exemplos que me ensinam mais do que as palavras, pelo ambiente de amor vivenciado entre nós e por jamais deixarem faltar todas as condições necessárias para a realização desta empreitada.

Ao meu orientador, professor Dr. Lenio Luiz Streck, por ter acreditado em mim ainda na graduação mesmo estando tão longe, e permitido meu ingresso no Dasein. Agradeço também pelas oportunidades, pelo incentivo e por partilhar de seu conhecimento, descortinando outros horizontes ainda não pensados.

Ao meu co-orientador, professor Dr. Denis Coitinho Silveira, por ter aceitado o convite, pelas interlocuções sempre muito produtivas e pelo altruísmo.

Aos professores que abdicaram de seu tempo para dialogar comigo sobre esta dissertação e que foram muito importantes para o amadurecimento das ideias centrais: Vera Karam de Chueri (UFPR), Ronaldo Porto Macedo Jr. (USP), Juan Ruiz Manero (ALICANTE-ESP), Delamar José Volpato Dutra (UFSC), Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS).

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, representado pelos coordenadores Prof. Leonel Severo Rocha e Prof. Wilson Engelmann, pelo espaço rico e inspirador ao desenvolvimento de um (re)pensar do direito. À

secretaria do Programa, nas pessoas de Vera Loebens, Ronaldo Cezar Rodrigues e Magdaline Macedo pela solicitude e atenção sempre gentilmente prestadas.

Ao Me. Rosivaldo Toscano Jr. pela generosidade.

Ao professor Dr. Rafael Tomaz de Oliveira pelo apoio.

Aos colegas e amigos angariados ao longo destes dois anos: Gilberto Guimarães Filho, Paulo Junior Trindade dos Santos, Raquel Von Hohendorff, Ricardo Evandro Santos Martins, Fernando Hoffman e José Renato de Oliveira Barcelos.

Ao Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, por fazer parte de uma equipe de referência na pesquisa jurídica e pelo acolhimento: Clarissa Tassinari, Danilo Pereira Lima, Ziel Ferreira Lopes, Lanaira da Silva, Fabiano Müller e, em especial, ao Adriano Obach Lepper e ao Rafael Giorgio Dalla Barba, pelos inúmeros diálogos e compartilhamento de inquietações teóricas.

Aos amigos próximos e distantes, de longa data ou de poucos dias que foram um sustentáculo, sobretudo, em tempos difíceis, e por saber que as nossas vitórias geram um sentimento de alegria mútua.

A todos que encontrei pelo caminho e que deixaram alguma contribuição, manifesto o meu muito obrigado.

Perto do Eu

Quer falar do ser?

Fale de você.

Quer falar de tudo?

Fale do seu todo.

Quer ser o maioral?

Seja o serviçal.

Quer ser universal?

Fale do seu quintal.

O poeta faz seu mundo

E o desfaz em segundo

Para tornar vir a ser

Raimundo Matos

(Poética no Tempo e no espasmo)

O poeta apenas pede para pôr a cabeça nos céus.

O lógico é que procura pôr os céus dentro de sua cabeça.

E é a cabeça que se estilhaça.

Cherterton

(Ortodoxia)

RESUMO

Este trabalho é uma leitura (moral) da concepção teórica de Ronald Dworkin acerca dos princípios jurídicos. O ponto central é compreender a atuação dos princípios na teoria dworkiniana da decisão judicial tentando desvelar seu modelo de justificação subjacente. A exposição está subdividida em três partes. Na primeira, destinada ao célebre debate Hart-Dworkin, procura-se entender donde surgiu a ênfase aos princípios, não com uma repetição do embate argumentativo, mas, sobretudo, demonstrando as limitações teóricas e filosóficas do empreendimento hartiano e como os princípios as evidenciam. Na segunda, desenvolve-se um panorama geral da principiologia jurídica em Dworkin, relacionando com os conceitos-chave de sua teoria, tais como: a crítica à discricionariedade judicial; a tese dos direitos; a tese da (única) resposta correta; a comunidade de princípios e a concepção do “Direito como Integridade”. Na terceira e última, a discussão se voltará ao Coerentismo, especificamente, ao procedimento do equilíbrio reflexivo de Rawls e a sua incorporação na teoria da decisão de Dworkin, sendo, para tanto, indispensável à atuação dos princípios para a coerência do sistema jurídico e para a verificabilidade da correção das respostas judiciais.

Palavras-chave: Ronald Dworkin. John Rawls. Princípios jurídicos. Equilíbrio reflexivo. Coerência.

ABSTRACT

This master's thesis is a (moral) reading of the theoretical conception of Ronald Dworkin about the legal principles. The main point is to understand the role of the principles in dworkinian theory of judicial decision trying to reveal its underlying justification model. This thesis is subdivided into three parts. In the first one, addressed for the famous Hart-Dworkin debate, the goal is to try to understand whence came the emphasis on principles, not as a repetition of the argumentative struggle, but, above all, demonstrating the theoretical and philosophical limitations of the hartian project and how the principles evidence them. In the second part, it is developed an overview of the legal set of principles in Dworkin, relating to the key concepts of his theory, such as: the critique of the judicial discretion; the thesis of the rights; the thesis of (only one) correct answer; the commonality of principles and the "Law as Integrity" conception. In the third and last part, the discussion will turn to Coherentism, specifically to the procedure of Rawls' reflective equilibrium and its incorporation in Dworkin's adjudication theory, and, therefore, indispensable to the role of the principles for the legal system coherence and to the verifiability of the correction of judicial responses.

Key-words: Ronald Dworkin. John Rawls. Legal principles. Reflective equilibrium. Coherence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASSENTANDO OS LUGARES DE FALA: A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO	22
2.1 Existe (mesmo) um debate entre Hart-Dworkin?.....	22
2.2 O cognitivismo de Hart e a necessidade de uma teoria hermenêutica	24
2.3 Hart e os influxos da Filosofia da Linguagem	30
2.3.1 Ludwig Joseph Johann Wittgenstein	31
2.3.2 John Langshaw Austin	35
2.3.3 John Rogers Searle.....	36
2.3.4 Peter Guy Winch	38
2.3.5 O conceito de Direito sob o prisma da Filosofia da Linguagem ordinária.....	41
2.4 Dworkin e as primeiras críticas ao Positivismo Jurídico.....	50
2.5 Dworkin e a crítica madura ao Positivismo.....	57
2.6 A defesa de Hart	62
2.7 Uma (des)leitura do debate Hart-Dworkin	69
3 A “TEORIA” DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE RONALD DWORKIN	80
3.1 Existiam princípios jurídicos antes de Dworkin?	81
3.2 A principiologia jurídica em Ronald Dworkin	85
3.2.1 O que são e como são identificados?	85
3.2.2 Como se diferenciam das regras?.....	89
3.2.3 Quando e como são aplicados?	92
3.2.4 Os princípios e a discricionariedade.....	97
3.2.5 Os princípios e a tese dos direitos	99
3.2.6 Hércules e os princípios jurídicos.....	101
3.2.7 Os princípios e a tese da resposta correta.....	102
3.2.8 A ideia de comunidade de princípios.....	103
3.2.9 O direito como Integridade e o imperativo de coerência: o papel dos princípios	104
4 COERÊNCIA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS	106
4.1 O Coerestismo de John Rawls e o procedimento do equilíbrio reflexivo ..	106
4.2 O Coerentismo Jurídico de Dworkin e a apropriação do equilíbrio reflexivo	112

5 CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS.....	125

1 INTRODUÇÃO

A maior parte das queixas que a ministração da justiça tem encontrado neste século resulta da suposição de que o “direito” tem um único e simples significado; que podemos tratá-lo como um agregado de leis, que o direito é regra, e regra simples. Tratar o padrão do devido processo da lei como se fosse regra de propriedade tem embaraçado penosamente, por muito tempo o nosso direito público. Todos os departamentos do direito têm sido embaraçados pela tentativa de jurisprudência de frases e pela formulação prematura de supostos princípios. Os autores de manuais têm pecado grandemente neste sentido. A estabilidade da ordem jurídica tem ficado gravemente comprometida por supostas regras que somente controlam o autor de um manual ou linguagem judicial apressada, enquanto a linha de decisão permanece constante. O direito é mais que um agregado de leis. É o que torna as leis instrumentos vivos da justiça¹.

O excerto em epígrafe poderia representar o atual cenário brasileiro, sobretudo no que diz respeito a uma ‘formulação prematura de supostos princípios’. Todavia, foi escrito por Pound há mais de 50 anos, e com os olhos voltados para outra realidade.

No Brasil, em certo sentido e sobre outros pressupostos, temos ecos desta mesma preocupação. Assim, destaca-se a empreitada realizada por Streck² contra aquilo que denominou de “pamprincipiologismo”. De modo percuciente, o jusfilósofo brasileiro descreve o contexto pátrio em que os princípios são usados como álbis retóricos, conceitos anêmicos de significação e que, por isso, possibilitariam ao intérprete uma liberdade para dizer/criar o Direito. Como reflexo, encontra-se um número (muito) elevado de *standards*, seja na doutrina ou jurisprudência, com esse caráter meramente performativo. Como resultado, aglutinam-se decisões judiciais personalistas que não representam uma prática jurídica coerente, tampouco seus vínculos de moralidade política que lhe dão sustentáculo.

Esta supervalorização dos princípios jurídicos está inserida numa conjuntura mais ampla em que se busca(va) um novo modo de fazer e de pensar o Direito pós-Segunda Guerra³. Deste modo, a juridicidade, antes satisfeita a critérios formais de

¹ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. pp. 63-64.

² Para maiores aprofundamentos indica-se a leitura do pósfácio da obra STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³ A referência histórica delineada refere-se ao constitucionalismo que emergiu após a segunda guerra mundial. Ecos desta nova perspectiva foram repercutidos nos mais diversos lugares, seja

identificação, passou a ser questionada e requerer aportes substantivos. Há uma notória (re)aproximação entre Direito e Moral.

Os princípios, apesar de sempre presentes na cultura jurídica, passaram a ser vistos de outra forma. De axiomas de justiça ou conceitos logicamente deduzidos das regras e com valor meramente subsidiário de integração do direito, tornaram-se normas e assumiram um caráter material e vinculante. Apontando esta ruptura, Neves⁴ salienta que:

Princípios estes que se distinguem decisivamente dos “princípios gerais de direito” que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídicos racionais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de “o direito” em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido não apenas a sua racionalidade.

Neste diapasão, Streck⁵ desenvolveu a “tese da descontinuidade”. Para o jusfilósofo, não houve uma simples mudança de localização (dos Códigos para as Constituições) ou um mero reconhecimento da normatividade dos princípios gerais. Ao revés, teria ocorrido uma ruptura (paradigmática), passando os princípios jurídico-constitucionais a instituir, a partir de então, o mundo prático no Direito. Com esta institucionalização, o juiz passaria a ter o dever de decidir de forma adequada baseado numa fundamentação de raiz principiológica-constitucional⁶. A partir desse panorama, tornam-se necessários alguns aprofundamentos teóricos e filosóficos para compreender este novo estado de coisas, sendo esta dissertação uma contribuição dentro desse universo.

Em termos gerais, o tema situa-se na principiologia jurídica, mais precisamente na concepção de princípios jurídicos de Ronald Dworkin (1931-2013). Esse recorte decorreu de algumas razões, a constar:

em ambientes onde inexistiram circunstâncias semelhantes como o norte-americano ou naqueles que vivenciaram posteriormente ditaduras, com ocorreu no Brasil.

⁴ NEVES, António Castanheira. **A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003. P. 108.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56-57.

⁶ Para maiores aprofundamentos sobre a tese da descontinuidade ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. mod e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66-67.

- a) O jusfilósofo norte-americano é amplamente reconhecido como uma das principais referências sobre a temática;
- b) Apesar de sua importância, entende-se ainda serem necessários estudos acerca do seu projeto “teórico” sobre os princípios jurídicos agregando, notadamente, os aportes de sua fase mais construtiva/teórica;
- c) Há uma proximidade com a forma de abordagem, pois sua perspectiva interpretativista abre um diálogo com a matriz hermenêutica da qual partimos;
- d) Há similaridade de preocupações práticas, de modo específico, sobre o pensar a justificação do Direito na Democracia.

Destarte, dentro da vasta obra de Dworkin, o estudo ora proposto está centrado em sua “teoria” dos princípios jurídicos. O termo teoria é colocado entre aspas devido ao fato de que o jusfilósofo não possui uma construção teórica sistematizada e/ou dogmática sobre o tema. Não escreveu um livro destinado especificamente a este propósito, tampouco inexistente uma preocupação de expor de modo analítico a temática⁷. Não obstante, é inegável a presença em seus escritos de elementos que expressam sua perspectiva teórica. Nesse sentido, uma das principais tarefas será fazer uma reconstrução destes apontamentos que se encontram em artigos esparsos, principalmente da sua fase mais crítica – alguns destes artigos presentes em *Levando os direitos a sério* –, com os pressupostos que foram desenvolvidos na segunda fase, sobretudo no *Império do direito*.

Guardadas as devidas proporções e dentro dos limites que as ilustrações comparativas nos permitem, a respeito desta tarefa pode-se pensar analogicamente na feitura de uma colcha de retalhos ou na montagem de um quebra-cabeça. Ambos resultam da junção de partes que se encontram inicialmente apartadas no sentido topográfico. Longe de ser uma mera organização, reconstruir algo passível de ser identificado com a concepção dworkiniana dos princípios jurídicos impõe uma exposição explicativa/justificativa constante numa adequação (histórica) de seus textos. Em outras palavras, não basta fazer apenas uma mera apresentação, mas

⁷ Presume-se que essa forma não analítica com que Dworkin desenvolve e apresenta suas construções teóricas decorre de sua perspectiva interpretativista de compreender o Direito. Sendo o fenômeno jurídico uma prática interpretativa, a forma de apresentá-la e as preocupações decorrentes diferem de uma tradição positivista, que entende que o direito pode e deve ser descrito de modo “neutro” e empiricamente verificável.

explicitar o *como* e o *porquê* das conclusões de Dworkin em consonância com sua cosmovisão jusfilosófica, revelando o amadurecimento dessa visão ao longo de sua trajetória acadêmica.

Para tanto, o capítulo de abertura procura entender, partindo do debate Hart-Dworkin, o ponto inicial da questão dos princípios e os contornos jusfilosóficos das críticas feitas por seu intermédio. Em seguida, será feita a reconstrução teórica propriamente dita, expondo os contornos da concepção principiológica de Dworkin e articulando os princípios com conceitos fundamentais de sua filosofia jurídica.

O terceiro e último capítulo se direcionará ao modelo coerentista de justificação na teoria da decisão de Dworkin dialogando com o coerentismo de John Rawls (1921-2002), tendo o procedimento do equilíbrio reflexivo como centro de análise. Esta demarcação decorreu dos seguintes motivos:

- a) Rawls é certamente um dos maiores expoentes da Filosofia Moral e Política que desenvolveu um modelo coerentista de justificação;
- b) O próprio Dworkin tornou pública sua influência rawlsiana em vários momentos;
- c) Dworkin é reconhecido como um filósofo do direito que desenvolve uma teoria coerentista da decisão jurídica⁸.

É importante destacar que apesar de Dworkin ter divergências quanto à Teoria da Justiça de Rawls, desenvolvendo o seu liberalismo igualitário, a discussão proposta não seguirá essa linha de raciocínio. O recorte será limitado ao do modelo epistêmico de justificação moral/jurídica e às suas implicações para a teoria da decisão. Portanto, excluem-se da abordagem quaisquer dos aspectos que, embora tenham sua importância, não contribuam substancialmente para a resolução do problema de pesquisa.

⁸ Neste sentido, são exemplares as constantes referências a Ronald Dworkin no verbete *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning* na enciclopédia Stanford de Filosofia. Uma das questões centrais da coerência no raciocínio legal apresentada seria sua função na explicitação e justificação das decisões judiciais, função esta que é reconhecida no empreendimento dworkiniano. Dessa forma, dispõe que *'a further characterisation of the kind of coherence which is to be sought in legal reasoning may be found in Ronald Dworkin's work. Many writers regard Dworkin's account of integrity in adjudication as an example of a coherence account'*. In: DICKSON, Julie. Interpretation and coherence in legal reasoning. Stanford **Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

Cabe notar que, após a exposição da “teoria” dos princípios de Dworkin, a abordagem se voltará para a sua teoria da decisão. Esse direcionamento não é aleatório ao considerar-se que, com o desenvolvimento da obra do jusfilósofo, os princípios tornaram-se partes constitutivas de um projeto mais abrangente.

Outro importante aspecto de cunho metodológico que deve ser apontado é o alinhamento da pesquisa com a tradição hermenêutica de matriz heideggeriana e gadameriana, a partir das possibilidades para a reflexão jurídica desenvolvidas pela Crítica Hermenêutica do Direito⁹. Dentro desse horizonte, a pesquisa se orienta como um estudo de Filosofia no Direito¹⁰. Sobre essa abordagem, Stein¹¹ leciona que:

Para enfrentar essa questão é preciso encarar de frente a contribuição dos *standards* de racionalidade que a Filosofia desenvolve quando ela é mais que uma simples retórica ornamental ou orientação na perplexidade. [...] Dessa maneira, qualquer campo teórico do direito pode esperar respostas importantes de um *standard* de racionalidade filosófico. Isso, no entanto, pressupõe que o campo teórico do Direito se vincule a determinado paradigma que lhe dá sustento no método e na argumentação.

⁹ Em síntese, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) desenvolvida por Lenio Streck apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e o que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer); a linguagem não é simplesmente objeto, mas horizonte aberto e estruturado, e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com estes pressupostos incorporam-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isso é explicitado amiúde em obras como *Hermenêutica jurídica e(m) crise, Verdade e consenso e Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. A tarefa da CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos, que somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e no qual o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). As formulações da CHD podem ser encontradas em diversos escritos de Streck, nos quais se registram as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014; _____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; _____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2013.

¹⁰ O termo “Filosofia no Direito” foi proposto ineditamente por Lenio Streck e Ernildo Stein em conferência ministrada por ambos no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, no ano de 2003.

¹¹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. p. 136-137.

Desse modo, a investigação procurará desvelar o modelo de justificação, que se presume coerentista, subjacente à teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin – uma vez que os princípios possuem uma dimensão moral ou a partir da íntima relação entre o Direito e a Moralidade – e quais são as implicações teóricas/práticas deste delineamento.

Os problemas de pesquisa podem ser assim anunciados:

- a) Qual o modelo de justificação moral/jurídica que Dworkin “adota” em sua teoria da decisão?
- b) Seria Dworkin um Coerentista ou um Fundacionalista Moral?
- c) Sendo Dworkin um coerentista moral, é possível identificar alguma(s) influência(s) de Rawls, sobretudo partindo do procedimento do equilíbrio reflexivo?

Como objetivos gerais têm-se:

- a) Desenvolver uma leitura interdisciplinar de Filosofia no Direito;
- b) Contribuir aos estudos jurídicos que versam acerca da relação entre Direito e Moral;
- c) Apresentar a “teoria” dos princípios de Dworkin;
- d) Verificar a influência de Rawls nesta construção teórica.

De modo mais específico, intenta-se alcançar os seguintes escopos:

- a) Reconstruir algo que possa ser entendido como a “teoria” ou concepção dos princípios jurídicos em Dworkin;
- b) Desvelar qual o modelo de justificação moral/jurídica que subjaz a sua teoria da decisão;
- c) Identificar, nesse recorte, os pontos de convergência entre Dworkin e Rawls.

Esta pesquisa se justifica pelos prismas pessoal, teórico, prático e/ou social. No âmbito pessoal tem-se uma inquietação desde os bancos da graduação a respeito da Teoria dos Princípios Jurídicos. Essa temática tem me acompanhado

nas reflexões dos últimos anos, inclusive no Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) de Bacharelado em Ciências Jurídicas e em artigos posteriores. Diante do interesse de aprofundar-me neste assunto, esta dissertação tem como eixo axial a obra de Ronald Dworkin, um dos principais jusfilósofos que tratam dessa matéria. De modo direto, há uma afinidade temática para a escolha e delimitação do estudo ora proposto.

Sob a perspectiva teórica, têm-se os seguintes ensejos justificantes: a) não obstante ser Dworkin muito citado e conhecido na academia jurídica brasileira observa-se ainda a carência de estudos mais aprofundados sobre parcelas específicas de sua construção teórica; b) há certo ineditismo de objeto e de abordagem, isto é, na tarefa de reconstruir a “teoria” dos princípios de Dworkin e a tentativa de compreender o modelo de justificação subjacente por intermédio de um diálogo com Rawls; c) por ser um estudo interdisciplinar de Direito e Filosofia (Filosofia no Direito), este trabalho se insere num “novo” modo de pesquisar para as duas áreas contribuindo, portanto, na consolidação dessa abordagem de estudo e investigação jurídicas e filosóficas.

No horizonte denominado como prático, ressalta-se a pertinência do tema. Os princípios jurídicos têm invadido o dia a dia dos tribunais brasileiros, bem como a “doutrina” especializada. Estes princípios pretensamente garantiriam a legitimidade da decisão judicial. Porém, diferentemente, eles têm se mostrado como conceitos vazios que poderiam ser usados em qualquer direção. Nessa realidade muitas vezes caótica, faz-se necessário o desenvolvimento de pesquisas que procurem compreender essa conjuntura, tendo como pressuposta a ideia de que a doutrina tem que doutrinar (Streck), isto é, não deve comportar-se com refém das práticas judiciais; deve posicionar-se criticamente. Desse modo, não obstante ter escrito para outro contexto, a compreensão da “teoria” dos princípios de Dworkin pode servir como paradigma explicativo e prescritivo, pois a partir dele é possível pensar em como deve ser o raciocínio jurídico por princípios na tarefa de dizer o Direito também no Brasil.

Por fim, numa dimensão social, o pano de fundo da discussão é a legitimidade das decisões judiciais fundamentadas em princípios e os seus limites. Dito de outro modo, os princípios, conforme são muitas vezes aplicados, abrem a possibilidade para uma criação do direito *ex post facto*, uma situação que não compatibiliza com a segurança jurídica e, sobretudo, com o direito que as partes

possuem de não serem surpreendidas com um tratamento jurídico não previamente estabelecido. Ao afastar uma regra e aplicar um princípio, tem-se um afastamento de um preceito democraticamente sustentado por outro que deveria ter o mesmo respaldo. Do contrário, não teríamos uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Temos, portanto, um problema democrático. Essas reflexões, presentes neste estudo, transcendem os espaços universitários e alcançam uma importância na sociedade, *locus* que reclama um fazer jurídico que respeite a igualdade e a democracia.

Antes de uma delimitação de *como* será desenvolvida a investigação ora proposta faz-se necessário alguns apontamentos prévios a respeito do método. Conforme descrito na apresentação do tema, esta pesquisa se propõe a realizar um estudo de Filosofia no Direito. Sob essa orientação, parte-se das imbricações entre a Filosofia e o Direito, compreendendo os paradigmas filosóficos enquanto vetores de racionalidade para a enunciação do jurídico. Observa-se, portanto, que as posturas metodológicas que concebem o direito a partir de si mesmo ou como uma mera técnica social mostram-se insuficientes para descortinar essa relação.

Ademais, enquanto fenômeno sociocultural, o direito e o seu estudo não devem ser pensados sob uma perspectiva laboratorial, onde todas as variáveis são controladas e os fatores analisados circunscrevem-se ao que se pode mensurar somente em termos empíricos. Ao desenvolver a reflexão jurídica nesta linha, os resultados por certo estarão em consonância com uma “cultura detergente” no dizer de Warat¹². Isto é, descreverão o direito de modo “neutro” e “objetivo” como uma racionalidade teórica, formal, expurgada das vicissitudes e contingências presentes em sua cotidianidade.

Este modo positivista de pesquisa deita suas raízes na Modernidade. O filósofo Stein¹³ observa que, com o ocaso do Medievo e de sua segurança dogmaticamente fixada, o homem foi movido a buscar novos caminhos. Dessa forma, o método – para além do modo de uma investigação ou pesquisa – assume um “peso metafísico”, como procedimento que garantia previamente a verdade, entendida apenas como o que é certo e seguro. Esta “certitude” poderia ser assegurada por fórmulas preestabelecidas. Como reflexo no âmbito das ciências,

¹² WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.

¹³ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p.17 .

pode-se apontar uma redução do método a uma simples ferramenta que, após o uso, se tornaria descartável.

Em sentido diverso, o movimento fenomenológico-hermenêutico desenvolvido por Martin Heidegger (1889-1976) lançou outras luzes sobre a questão do método. Imerso nesta tradição, Stein¹⁴ escreve que:

O método não é uma explicação exterior, o método não é simplesmente um instrumento, não apenas um procedimento, vamos dizer assim, do tipo técnico. Não é apenas um caminho mecânico que permitiria ser trilhado através do uso de algumas regras.

Ressaltando o caráter especulativo do método sob o olhar hermenêutico, Stein se diferencia das pretensões lógico-analíticas. Este traço remete à ‘capacidade de percebermos em determinado texto e de desenvolvermos pela reconstrução e interpretação do texto uma espécie de espessura do discurso’¹⁵. Essa perspectiva parte da ideia de que os textos, nas ciências humanas, aproximam-se mais de ensaios do que de teses, pois haveria uma simbiose criativa de aspectos metódicos com certa ametodicidade em suas elaborações.

A especulação permite um pensar acerca do não dito que se esconde nas entrelinhas dos enunciados e que se reveste de significativa importância para o entendimento acerca do lugar de fala. Ademais, o traço ensaístico dos textos enuncia aquilo de precário, provisório e finito que subjaz ao acontecer humano.

No interior do movimento fenomenológico-hermenêutico de Heidegger há uma crítica ao método enquanto caminho para determinação essencial da verdade ou como ‘a ordenada sucessão dos diversos passos da reflexão, demonstração, exposição e sistematização de conhecimentos’¹⁶. O filósofo alemão esboça o “modo” de seu filosofar já nos parágrafos iniciais de *Ser e Tempo* (1927) e, sobretudo para fins “metodológicos”, de forma mais esclarecedora num curso, ministrado no mesmo ano da publicação da sua *opus magnum*, sob o título de *Os Problemas Básicos da*

¹⁴ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDPUCRS, 2010. p. 103.

¹⁵ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDPUCRS, 2010. p. 104.

¹⁶ Nesse sentido, Hervé Pasqua, ao comentar o § 7 de *Ser e Tempo*, afirma que ‘contrapor o ser e o ente e explicar o próprio ser é a tarefa da ontologia. Esta tarefa determina o método. Este distingue-se do método científico que, como vimos, conduz apenas aos entes e segundo um ponto de vista particular. Ora Heidegger quer lançar as próprias coisas e o caminho (*methodos*) que a elas conduz é a “fenomenologia” inventada por Husserl: “O termo fenomenologia exprime uma máxima, que se pode formular da seguinte forma: retorno às próprias coisas’. In: PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p.26.

Fenomenologia. Este método seria constituído de três elementos, quais sejam: a redução, a destruição e a construção. Não se trata de uma sequência cronológica e/ou de estágios independentes. Ao revés, tem-se uma unidade mútua que acontece de maneira simultânea e integrada¹⁷.

Apesar de utilizar-se do termo redução fenomenológica – o mesmo usado por Husserl – em Heidegger, este assume outros contornos. O objetivo não é a busca pelo *eu transcendental*, porém a condição existencial do *Dasein*, que se encontra lançado na *faticidade*. Da consciência para a linguagem. O ser não está acessível como o ente; ao contrário, exige sempre uma antecipação de sentido (uma construção – condicionamento da historicidade e da facticidade – pré-juízos). A redução seria um modo de ir do ôntico ao ontológico, para o “ser mesmo”, a “coisa mesma”.

Já na redução se faz perceptível o elemento central, considerado por Heidegger, do seu método – a construção. A compreensão¹⁸ ontológica de determinado ente somente é possível diante de uma estrutura prévia. Somente diante de uma série de pressupostos sobre o ente analisado é possível uma projeção de sentido.

A destruição deve ser entendida, conforme Pasqua¹⁹, como ‘uma superação, uma reinterpretação da história da ontologia a partir da “historialidade” do ser do *Dasein*, que é um modo de ser da temporalidade’. Há um reconhecimento de que a compreensão do ente por intermédio do seu ser é sempre determinada pelo

¹⁷ A este respeito, Juliana Oliveira Missaggia, em dissertação, escreve que ‘[...] os três componentes básicos do método fenomenológico estão conectados entre si: a construção é o que permite a redução e a construção necessariamente ocorre em íntima relação com a destruição, pois somente ao reconhecer os pressupostos e abrir espaço para uma reavaliação da situação atual através de suas pressuposições, é que será possível realizar uma construção completa e coerente. Além disso, a cognição filosófica mostra-se como possuindo o caráter de uma cognição histórica, já que o fator temporal é inerente ao *Dasein*. O que revela também outra característica fundamental do método fenomenológico e daquilo que o diferencia de outros métodos científicos’. In: MISSAGGIA, Juliana Oliveira. **As origens do método heideggeriano: o desenvolvimento das indicações formais**. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2011. p. 68.

¹⁸ Compreender não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey, mas tampouco é, como em Husserl, um ideal metodológico último da filosofia frente à ingenuidade do ir vivendo. É, ao contrário, a forma originária de realização da presença, que é ser-no-mundo. Antes de toda a diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da presença, na medida em que é poder-ser e “possibilidade”. In: GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2013. p. 347.

¹⁹ PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 24-25.

condicionamento histórico-temporal do *Dasein* de forma que está em constante mutação. Além do mais, pode haver pontos de partida distintos, como o olhar do filósofo e do cientista. Por isso, é necessário haver uma “destruição” dos conceitos tradicionais no sentido de desvelar o que se esconde por detrás de todos esses pressupostos, no intuito de que o fenômeno se mostre por si mesmo.

A partir de um compreender mais originário, abre-se a possibilidade de uma (re)construção fenomenologicamente autêntica. A construção está relacionada com a destruição, pois, ao desvelar os encobrimentos linguísticos, é possível uma apropriação “positiva” do passado, da tradição, para pensar o novo.

Dessa forma, a pesquisa em desenvolvimento segue os aportes metodológicos da fenomenologia hermenêutica. Esta se apresenta mais adequada para o estudo proposto de Filosofia no Direito e pelas apropriações filosóficas que Dworkin faz em suas obras, muitas vezes implícitas, que demandam um revolver do chão linguístico em que assenta a sua tradição, a fim de que seja possível uma compreensão autêntica da questão dos princípios, da sua teoria da decisão e do seu modelo de justificação subjacente.

Sob o prisma científico, a dissertação seguirá o método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese principal que Dworkin teria proposto uma teoria da decisão seguindo um modelo coerentista de justificação influenciado por Rawls, principalmente, no procedimento do equilíbrio reflexivo.

Ainda nesta seara, pode-se afirmar que esta dissertação trata-se de uma pesquisa a) qualitativa, em virtude do objeto não ser passível de uma mensuração empírica; b) teórica, por partir de uma extensa revisão bibliográfica; e c) “descritiva”, pois é uma leitura, uma descrição do objeto de pesquisa e não a apresentação de um modelo “ideal” para a resolução de determinados problemas.

2 ASSENTANDO OS LUGARES DE FALA: A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

Este capítulo é uma incursão no debate Hart-Dworkin com o enfoque no ponto de partida da reflexão dworkiniana: a crítica ao Positivismo Jurídico. Uma compreensão adequada desta fase certamente amplia(rá) os horizontes de análise da proposta teórica do jusfilósofo norte-americano. Para tanto, a exposição se inicia como um olhar acerca da (in)existência (teórica) do debate, ou seja, mesmo sendo inegável sua historicidade estariam ambos discutindo o mesmo fenômeno? A resposta a esta indagação pode apresentar as propostas como complementares e não como antagônicas, por isso, a relevância deste exame. Após, é feita uma explanação acerca da teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart, sobretudo, tentando desvelar seu arcabouço filosófico. Adiante, tenta-se reconstruir os principais argumentos e contra-argumentos e de como estes foram se desenvolvendo ao longo do tempo. Por fim, tem-se uma (des)leitura do debate no intuito demonstrar as continuidades e descontinuidades, e, principalmente, o cerne da divergência que se esconde por detrás do embate argumentativo.

2.1 Existe (mesmo) um debate entre Hart-Dworkin?

Logo de início cumpre responder esta indagação, não obstante a resposta aparentemente ser um mero truísmo. De fato, existe um debate entre Hart e Dworkin, “inaugurado²⁰” com a publicação do *Modelo de Regras I* em 1967, que alcançou significativa repercussão acadêmica, indo muito além dos limites do mundo acadêmico anglo-americano. A crítica desenvolvida por Dworkin foi ainda refinada no *Império do direito* em 1986, e em *O Pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, publicado no livro *Justiça de Toga* em 2006.

Como contraponto, Hart escreveu um pós-escrito²¹ à obra *O Conceito de Direito* refutando os argumentos dworkinianos como fez também, anteriormente, em outros lugares, a exemplo do ensaio *A teoria do direito norte-americana pelos olhos*

²⁰ Mesmo não sendo o primeiro escrito de Dworkin criticando Hart, devido à sua importância e notória repercussão acadêmica, o artigo *O Modelo de Regras I* é reconhecido como marco inaugural do debate.

²¹ Este texto foi publicado *post mortem* e estava inconcluso. Sua redação final decorreu de um processo de revisão, de comparação dos vários rascunhos, de reconstrução das partes herméticas e de verificação das citações, dirigido por Joseph Raz e Penelope Bullock.

ingleses: o pesadelo e o nobre sonho (1977) e da conferência *El nuevo desafío del positivismo jurídico* de 1979. Deste modo, é inegável tanto a existência fática do embate quanto a sua importância para a teoria jurídica contemporânea.

Todavia, a provocação encontra-se em saber se ambos os juristas discutem o fenômeno jurídico sob o mesmo prisma ou com pressupostos distintos ou, ainda, se fazem leituras diferentes em virtude de recortes distintos. A compreensão destes aspectos se revela necessária, pois, em última análise, poderia até apontar para projetos teóricos complementares, ao invés de antagônicos.

Alguns juristas como Raz²² sustentam que não haveria uma divergência substancial entre Hart e Dworkin e que apenas algumas adaptações seriam suficientes para adequar o Positivismo hartiano às críticas do professor norte-americano.

Outros, como Carrió²³, entendem que inexistente um confronto entre positivismo (Hart) e antipositivismo (Dworkin), já que o jurista norte-americano supostamente aceitaria uma premissa básica do positivismo como metodologia, qual seja que nem toda regra jurídica é moral, o que torna desnecessária a relação entre direito e moral.

Noutra linha, pode-se argumentar que não seria possível um desacordo, pois suas construções teriam propósitos diferentes. Enquanto Hart intentava desenvolver uma teoria descritiva e geral, Dworkin se propunha a fazer um empreendimento descritivo-prescritivo-valorativo²⁴ e particularista. Assim, seriam projetos paralelos e poderiam complementar-se.

Nesse mesmo sentido estaria a objeção de que os recortes analisados do fenômeno jurídico não seriam iguais. Hart, influenciado pela Filosofia da Linguagem Ordinária e dentro da tradição Juspositivista, pretende descrever o jurídico como um sistema de regras abstraídas da práxis social do direito, sem justificá-lo. Deste

²² RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **Yale Law Journal**, Yale, v. 81, n. 5, p. 823-854, Apr. 1972. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/795152?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 26 jun. 2014.

²³ Assim declara o jurista argentino: '*Aunque suene a paradoja, sostendré que estos nuevos textos permiten afirmar que Dworkin nos es menos positivista que Hart, ya que también argumenta que no toda norma de derecho positivo es una regla moral y que, a la inversa, no toda norma moral es una regla de derecho positivo*'. In: CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011. p. 339.

²⁴ Entendemos que a proposta de Dworkin é, ao mesmo tempo, descritiva, pois faz uma descrição da prática jurídica; prescritiva ou normativa, uma vez que procura impor como o Direito deve ser; e também valorativa/justificatória, diante da preocupação que o Direito seja o melhor possível dentro dos limites que lhe garantem justificação.

modo, mesmo partindo dos usos linguísticos, tem como foco uma estrutura, uma forma que poderia ser universalizável. Noutro passo, Dworkin observa o Direito no seu acontecer fático, em movimento. Isso fica evidenciado na metáfora do romance em cadeia (*chain novel*). Assim, Hart responderia a questão sobre o que é o Direito distinguindo formalmente dos demais sistemas normativos. Já para Dworkin esta resposta seria conteudística e sempre relacionada a um caso concreto.

Essas considerações assinalam para um debate que, apesar de existente de fato, não teria um caráter teórico antagônico. Entretanto, partilha-se da ideia que, mesmo sendo dois projetos teóricos com *backgrounds*, propósitos e recortes diferentes, é possível serem contrapostos²⁵ no sentido de saber qual reconstrói uma imagem mais “fiel” do fenômeno jurídico possibilitando, deste modo, um conhecimento (científico) mais adequado.

Ademais, muitas das diferenças que poderiam resultar numa pretensa complementaridade, somente seriam possíveis encobrendo sérias divergências teóricas fundamentais. Ou seja, partindo Dworkin da ideia de que o Direito é um conceito interpretativo, não poderia limitar-se a uma concepção estrutural(ista), estática. Do outro lado, pensando Hart o Direito como uma prática linguística regida por regras, procura investigar a forma, que pode ser generalizável, e não os conteúdos concretos que são particulares e contingenciais. Destarte, o que poderia ser um encaixe denota sérias incompatibilidades de fundo.

2.2 O cognitivismo de Hart e a necessidade de uma teoria hermenêutica

Na obra *O Conceito de Direito* percebe-se que Hart assume uma postura cognitivista²⁶ acerca dos enunciados jurídicos²⁷. Rompendo com a concepção

²⁵ César Rodríguez, em estudo preliminar à obra *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, mesmo ciente das objeções à existência teórica do embate, conclui que existem significativas divergências que colocam os juristas em lados opostos. Resume-as em duas objeções centrais: ‘*En primer lugar, los dos autores ofrecen soluciones distintas al problema relativo a los tipos de normas jurídicas y la existencia de una regla de reconocimiento. En segundo lugar, defienden posturas diferentes en relación con la pregunta sobre la solución de los casos difíciles y la discrecionalidad judicial.*’ In: RODRÍGUES, César. **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre, 2000, p. 47.

²⁶ O termo cognitivismo aqui é tomado num sentido *lato*, para expressar a postura de Hart em reconhecer conteúdo cognitivo aos enunciados jurídicos mesmo sendo formados por termos que não designam nenhum estado de coisas na realidade.

²⁷ Nesse sentido Claudio Michelon Jr. afirma que: ‘Podemos identificar claramente dois momentos do pensamento de Hart sobre o conteúdo dos enunciados jurídicos: em um primeiro momento Hart nega que estes enunciados possuam valor descritivo; a partir do final da década de 50, culminando com o Concept of Law, Hart atribui aos enunciados jurídicos conteúdo cognitivo’. In:

fisicalista²⁸ de mundo, o jurista inglês compreende a necessidade de outra objetividade para a compreensão do Direito enquanto fenômeno social-linguístico.

Para o Fisicalismo, a objetividade seria independente da perspectiva humana, sendo baseada apenas em fatos brutos. Esses fatos estariam circunscritos àquilo que é passível de ser mensurado, quantificado em termos matemáticos. Como resultado ter-se-iam apenas conceitos extensionais que, acreditavam, não necessitariam de um compartilhamento de formas de vida para o seu conhecimento. Isto é, ao afirmar que água ferve a cem graus celsius, o enunciado seria objetivamente válido e verdadeiro em qualquer lugar mesmo diante das idiosincrasias culturais.

Uma das limitações desta concepção é que ela não consegue dar conta de toda a atividade conceitual humana, pois, juntamente com os conceitos extensionais, apresentam-se também os conceitos intencionais, que possuem sentido, mas que não são redutíveis a uma racionalidade matemática. Quando afirmamos que temos direitos e obrigações, não estamos falando de fatos brutos. Ainda que um conceito extensional enumere as circunstâncias (antecedente-consequente) em que essa afirmação se dá, existirá sempre algo que lhe escapa, nada dizendo especificamente sobre os direitos e as obrigações. Além do mais, isso somente é possível porque de maneira prévia já compreendemos o que são essas categorias. Desse modo, os conceitos intencionais existem a partir de um ponto de vista e não a partir de lugar nenhum (fisicalismo).

Esse era um dos pontos em que Hart criticava o realismo jurídico escandinavo²⁹ defendendo, portanto, a necessidade de que a teoria jurídica tivesse

MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 140.

²⁸ Por fisicalismo entendemos a concepção proveniente da Física enquanto uma ciência que pretende descrever o mundo independente de nossa experiência. Discorrendo sobre a influência desta concepção no direito, Michelon Jr. declara: 'De um lado, tanto realistas quanto Kelsen ligam a objetividade (o que pode ser descrito) a um "mundo físico", a um "mundo do tempo e do espaço" etc. e, dessa forma, pretendem privilegiar a ciência que se tornou o padrão para o conhecimento "absoluto" (independentemente de nossa perspectiva): a física'. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 116-117.

²⁹ Neste trilhar, Michelon Jr. diz que: 'A diferença entre a teoria de Hart e as do realismo escandinavo reside no fato de que os últimos veem estes conceitos jurídicos como ilusões (ainda que sejam ilusões úteis ou mesmo necessárias), enquanto Hart sustenta que regras sociais existem objetivamente e que os enunciados que dependem regras sociais (enunciados internos) têm conteúdo cognitivo'. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma

uma abordagem hermenêutica³⁰. Essa abordagem seria necessária diante da insuficiência das metodologias das ciências empíricas ante as especificidades do fenômeno jurídico. Compreendendo o direito enquanto uma forma de estrutura social normativa, Hart³¹ entende:

[...] que é necessário é um método “hermenêutico” que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados. Minha explicação para esta distinção, que chamo aqui de crucial, se dá em termos da ideia de “aceitação” de padrões de conduta preferidos como orientações e padrões para a crítica e, desta forma, de uma atitude que desenvolve o “ponto de vista interno”.

No ensaio *Realismo Escandinavo*³² Hart aponta que, para essa concepção de noções comumente aceitas como partes integrantes do sistema jurídico, como “direitos”, “deveres”, “obrigações” e “validade”, seriam apenas “mitos”, ficções, “ilusões”, “mágica”, ainda que úteis e necessárias³³. Para Ross, o Direito deveria ser compreendido em termos de “fatos sociais”, e para sua análise deveria ser utilizada uma metodologia empírica que expurgasse conceitos metafísicos, admitindo somente fatos concretos³⁴ (*hard facts*), que seriam racionalmente verificáveis.

Hart compartilhando dos avanços da Filosofia da Linguagem Comum³⁵, que intentava superar o (neo)positivismo lógico³⁶, abriu o conhecimento jurídico para

comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 157.

³⁰ O próprio Hart admite que, de forma geral, sua obra *The concept of law* foi reconhecida com este aporte. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15.

³¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 181-191.

³³ Sobre isto, Alberto Warat escreve que: ‘Alf Ross, por sua vez, sugere para o direito a existência de outro uso ou função da linguagem, denominado de *fabulation*, que consiste na apresentação de termos ou enunciados com o único objetivo de fazer em determinadas situações inexistentes. Mais do que uma falsidade, deve-se falar agora de uma ficção’. WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 68.

³⁴ Esta era uma das características do Realismo Escandinavo. Conforme Jes Bjarup, um dos filósofos/teóricos de base deste movimento foi Axel Hägerström, que tinha como lema a ideia de que ‘*praeterea censeo metaphysicam esse delendam (moreover, I think that metaphysics is to be destroyed)*’ – livre tradução: ‘além disso, eu acho que a metafísica é para ser destruída’. Esta destruição seria decorrente de uma objetividade limitada aos fatos brutos. BJARUP, Jes. **Skandinavischer realismus**. München: Karl Alber, 1978. p. 16.

³⁵ As inter-relações entre a Filosofia da linguagem Ordinária (Wittgenstein, Austin, Winch, Searle) e a teoria jurídica hartiana, notadamente os pontos centrais da obra *O Conceito de direito*, serão

termos outrora lançados para o espaço do irracional, do desconhecido. Contrário a esta visão, rejeitava algumas premissas do realismo escandinavo. Deste modo, Hart³⁷ afirmava que:

É vital, portanto, se desejamos entender as normas sociais e os usos normativos da linguagem que são parte inseparável desse complexo fenômeno da vida social, que não aceitemos o dilema de Ross: 'Ou interpretá-las como previsões de comportamento e sentimentos judiciais ou como assertivas metafísicas a respeito de entidades não observáveis acima do mundo dos fatos'. As dimensões da linguagem jurídica são muito mais complexas do que este dilema permite.

Assim, para o jurista inglês, a objetividade jurídica depende, em certa medida, de nós mesmos, mas não em um sentido idealista. Os conceitos dependeriam da nossa experiência. Até mesmo as certezas matemáticas necessitariam daquilo que Wittgenstein denominou de convenção e depois de formas de vida. Se aceitamos que o quadrado de 4 é 16, é porque aceitamos determinadas regras. No âmbito jurídico, isso se daria de forma análoga. Quando afirmamos que temos direitos subjetivos, isso somente faz sentido por que partilhamos de uma mesma forma de vida estruturada por regras³⁸.

Portanto, os enunciados jurídicos não seriam conceitos atemporais e supra-históricos (jusnaturalismo) e/ou independentes do olhar humano (fiscalismo). Tampouco, seriam enunciados metafísicos, sem sentido, sobre os quais nada

tratados de modo mais aprofundado no tópico seguinte. Nesta seção a referência é apenas para situar de onde Hart alicerça a sua ideia de objetividade.

³⁶ O Neopositivismo lógico, em resumo, constitui-se em um movimento formado por filósofos e cientistas de várias áreas do saber, que se reuniam em Viena na primeira metade do séc. XIX para discutir os problemas dos fundamentos do conhecimento científico. No primado de uma razão teórica, intentaram produzir um conhecimento científico rigoroso e exato, livre das ambiguidades e conceitos vazios de sentido encontrados na linguagem comum. Dessa forma, dava-se prevalência às análises sintáticas (relação dos signos com os signos) e semânticas (relação dos signos com os objetos que representam) em detrimento da pragmática (relação do signo com o emissor e receptor da mensagem). Dentre os membros proeminentes do Círculo de Viena citamos Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Cumpre destacar que muitos pensadores visitaram o círculo ocasionalmente, dentre eles Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W. V. Quine, A. J. Ayer (que popularizou a obra deles na Inglaterra) e Hans Kelsen, que foi profundamente influenciado por este modelo científico e tentou aplicá-lo ao direito enquanto ciência.

³⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 191.

³⁸ Sobre o tema, Michelon Jr. declara que: 'A justificação da objetividade do estado de coisas representado pela afirmação "Gaio tem um direito" sempre vai apelar ao final para uma regra aceita que determina o que é objetivo e o que não é objetivo'. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 137.

poderíamos dizer. Ao revés, seriam conhecidos a partir e tão somente do/no contexto social (de uso) onde os participantes compartilham um modo de vida que lhes permite reconhecer e aceitar³⁹ o Direito.

Dentro deste horizonte, Hart distingue as duas perspectivas das quais o fenômeno jurídico pode ser descrito: o ponto de vista interno e o ponto de vista externo⁴⁰. Os dois pontos de vista se distinguiriam, fundamentalmente, pela relação/atitude que o observador possuiria com aquilo que estaria sendo observado. Quando este observa o comportamento estruturado por regras que não partilha em seu uso, que não as aceita – no sentido de serem pautas de conduta utilizadas em seus juízos críticos a si mesmo e aos outros – o faz a partir de um ponto externo. Doutro lado, aquele que fala de regras que servem como *standards* de

³⁹ A aceitação para Hart não é simplesmente observar um padrão de comportamento, pois a simples adequação do agir não diferencia as regras dos hábitos. Tampouco aceitar significa aprovar o padrão no sentido ético-político ou ter um sentimento qualquer em relação à conduta de alguém, inclusive sobre a própria conduta. Claudio Michelon Jr. sintetiza que '[...] aceitar um padrão de conduta significa utilizar este padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão. Para fazer estas críticas e justificações utilizamos um vocabulário específico que envolver termos como “dever”, “direito”, “certo” e “errado”. É importante ressaltar que aceitar não é um ato que vêm antes da crítica, mas é o próprio ato de criticar e de justificar a crítica com base no padrão, ou seja, é usar o padrão'. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 149.

⁴⁰ Hart sustenta que: 'Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este fato confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; por que é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador que não as aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os “pontos de vista” “interno” e “externo”'. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 98. A partir desta distinção, Hart também soluciona uma limitação do “modelo simples” da Jurisprudência Analítica de Bentham e Austin em que as normas jurídicas seriam ordens de um soberano respaldadas por ameaças e habitualmente obedecidas. O modo de resolver foi distinguindo os hábitos sociais, capturados pelo ponto de vista externo, das regras sociais, perceptíveis a partir do ponto de vista interno. O jurista inglês demonstra com a ilustração da sucessão monárquica que a explicação da obediência às normas editadas pelo novo rei não poderia ser o hábito social, já que até aquele momento ele não existia enquanto soberano, mas sim por intermédio de uma regra social que regularia esta sucessão. Do mesmo modo, como compreender a persistência das ordens de um soberano que teria morrido? A continuidade da autoridade legislativa somente faria sentido a partir da ideia de regras sociais e não de hábitos sociais, como propunha a Jurisprudência Analítica, que foi uma tentativa de reduzir a ciência do direito a fatos brutos. Regras e hábitos se aproximariam na regularidade de comportamento, todavia, esta é apenas condição necessária para as regras, enquanto para os hábitos seria uma condição necessária e suficiente. Para regras ainda seria necessário a “atitude crítica reflexiva” do grupo social em que comportamento ocorre (“aceitação”). Nesta direção, Michelon Jr., sobre a teoria jurídica de Hart, afirma: 'O que está nas entrelinhas do texto é: se a explicação do Direito oferecida pela jurisprudência analítica está equivocada, devemos necessariamente explicar o direito a partir da noção de regra e noção de regra não pode ser reduzida a um mero hábito social (é, portanto, necessário distinguir hábitos e regras quando tratamos de explicar o direito)'. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 145.

comportamento para criticar e/ou justificar a adequação do agir das pessoas, incluindo o dele próprio, o faz a partir do ponto de vista interno.

A diferença também se denotaria no modo como a linguagem é utilizada e os tipos de descrição em cada perspectiva. O ponto de vista externo está centrado nas regularidades do comportamento em relação às regras, apenas nos hábitos sociais. Hart⁴¹ diz que essa observação é semelhante àquela que faz um observador que, ao deparar-se com um sinal de trânsito e verificar as ocorrências regulares, pode concluir, probabilisticamente, que com o sinal vermelho os carros param. Por isso, as descrições seriam: “ele estava obrigado a...”; “é provável que ocorra isto se...” ou “isto será feito se...”.

Todavia, existiria algo da dimensão da vida social que escaparia a esta observação: a relação daquele que é observado com as regras. Enquanto, externamente, a luz vermelha é apenas um sinal, para aquele que compartilha daquela prática social ela é uma regra, uma obrigação, uma ordem de parar. Por isso, no âmbito interno, utilizam-se expressões como “tenho a obrigação de” ou “tens a obrigação de”, não como algo provável, mas como imperativo de conduta que serve como parâmetro para avaliar a conformidade ou não dos comportamentos. Deste modo, o Hart⁴² conclui que:

O que o ponto de vista externo, que se limita a regularidades observáveis de comportamento, não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade.

Ainda sobre a diferença entre os enunciados internos e externos, Michelon Jr.⁴³ entende que essa diferença é de natureza lógica, porque os enunciados possuem condições de verdade diferentes e, como consequência, jamais descreveriam o mesmo fato. Enquanto externamente essas condições seriam eventos físicos, internamente seriam um elemento não físico: seria a regra que está relacionada à ideia de fatos institucionais (Searle).

⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 99-100.

⁴² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 100.

⁴³ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p.158.

O cognitivismo de Hart e a sua abertura hermenêutica decorrem do fato de que as descrições feitas desde o ponto de vista interno, donde radicam os enunciados jurídicos⁴⁴, são consideradas objetivas e estas dependem, inexoravelmente, do contexto social, dos participantes da práxis jurídica⁴⁵.

2.3 Hart e os influxos da Filosofia da Linguagem

Nesta seção será feita uma discussão a respeito da Filosofia da Linguagem Ordinária e de como ela influenciou a construção teórica de Hart⁴⁶. Nessa direção, será desenvolvida uma breve exposição⁴⁷ sobre algumas ideias e conceitos de Wittgenstein, Austin, Searle⁴⁸ e Winch⁴⁹ e, posteriormente, demonstrada a contribuição deles para *O Conceito de Direito*. O entendimento do estatuto epistemológico em que o jurista inglês se ancora possibilita uma leitura com maior profundidade de sua teoria, bem como uma adequada compreensão das críticas que Dworkin faz a ela.

Em linhas gerais, a Filosofia da Linguagem Ordinária (*Ordinary Language Philosophy*), também denominada de Filosofia da Linguagem Comum ou Cotidiana, desenvolveu-se em meados do séc. XX, principalmente em Oxford com Austin, Ryle e Strawson, e em Cambridge com Wittgenstein. Enquanto o Positivismo Lógico

⁴⁴ Nessa linha, Michelon Jr. afirma: 'Enunciados 'jurídicos' ou enunciados 'internos' são aqueles que utilizamos (nós, os participantes de sistemas jurídicos) para dar conta de fatos jurídicos'. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p.155.

⁴⁵ Michelon Jr. salienta que a objetividade jurídica seria dependente dos sujeitos, entretanto, estes não poderiam dispor desta regra ou do conceito de objetividade. Seguindo a proposta de Wittgenstein, esta estaria mais próxima de uma congruência de subjetividades do que de um padrão "independente desta perspectiva". In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 138.

⁴⁶ Neste caminho, Luís Alberto Warat e Lenoel Severo Rocha há tempos já tinham identificado essa influência. Para uma abordagem geral sobre a Filosofia da Linguagem Ordinária e suas repercussões no âmbito jurídico, ver: WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 63-80.

⁴⁷ A ideia é apenas expor, de modo sucinto, as contribuições destes filósofos que se mostram mais evidentes na construção teórica do *Conceito de direito* de Hart, conforme será desenvolvido no tópico 2.3.5. Uma exposição mais pormenorizada estaria além das pretensões deste trabalho.

⁴⁸ Não obstante a primeira obra de Searle, *Speech acts: an essay in the Philosophy of Language*, ter sido publicada em 1969, alguns anos após o *Conceito de direito* (1961), algumas aproximações são possíveis, uma vez que o filósofo está inserido na tradição da Filosofia da Linguagem Ordinária, tendo inclusive estudado com Austin em Oxford, e apresenta conceitos muito similares àqueles trabalhados por Hart.

⁴⁹ A seleção destes filósofos não foi aleatória, pois, como será demonstrado, eles influenciaram (in)diretamente o pensamento de Hart.

buscava afastar-se da linguagem natural eivada de ambiguidades e expressões metafísicas, consideradas vazias de sentido e que impediriam um saber rigoroso – por isso a ênfase em metalinguagens e/ou linguagens artificiais –, a Filosofia da Linguagem Comum caracteriza-se por centrar a análise “linguística” para seu uso prático, concreto e cotidiano, donde é possível conceber as significações.

2.3.1 Ludwig Joseph Johann Wittgenstein

Wittgenstein, nas *Investigações Filosóficas*, expõe todo um repensar de sua própria filosofia expressa no *Tractatus*, que estava inserida numa concepção objetivista da linguagem. Nesse primeiro momento, o filósofo entendia que a relação entre a linguagem e o mundo se dava mediante a designação. Ou seja, para saber o significado de uma palavra seria necessário conhecer o objeto por ela designado. O caráter designativo era visto como o principal ou até mesmo o único da linguagem⁵⁰. O mundo teria uma existência “em si”, sua estrutura poderia ser racionalmente conhecida e, a *posteriori*, comunicada por intermédio da linguagem, que teria, portanto, uma importância secundária.

Nas *Investigações* o filósofo contrapõe essa (quase) exclusividade da função designativa da linguagem. Ao indagar “quantos tipos de frases existem?”, responde que são inúmeros e que essa pluralidade não é fixa, pois novos (tipos) jogos de linguagem nascem enquanto outros envelhecem. A multiplicidade destes jogos poderia ser vista por meio de vários exemplos, a constar: comandar, agir conforme

⁵⁰ Sobre o tema, Manfredo Araújo de Oliveira declara que: ‘Precisamente nisso vai consistir para ele a limitação da filosofia ocidental da linguagem. Essa teoria designativa da linguagem assumiu duas formas: há os que afirmam que as palavras designam pura e simplesmente as coisas singulares, pois, além de coisas singulares e palavras nada existe. Ou, então, numa outra linha muito mais forte na tradição ocidental, diz que com uma palavra pode-se designar muitas coisas, porque as palavras designam não coisas singulares, mas a essência como a muitas coisas. [...] Em suma, as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências. Esses objetos são dos mais diferentes tipos, havendo mesmo objetos muito especiais, os fatos, as situações objetivas, designados pelas frases. A última forma desta teoria no Ocidente é, exatamente, a teoria da afiguração como correspondência entre frase e estado de coisas, respectivamente, fatos, elaborada no *Tractatus*. A frase representa, por semelhança estrutural, o estado de coisas por ela referido. A teoria do *Tractatus* significa, assim, uma reformulação da teoria tradicional da semelhança entre linguagem e mundo. Já que a linguagem não passa de um reflexo, de uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real. Existe um mundo em si que nos é dado independente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir. Foi por ter radicalizado no *Tractatus* tal posição que Wittgenstein se deixou guiar pelo ideal de uma linguagem perfeita capaz de reproduzir com absoluta exatidão a estrutura ontológica do mundo’. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 120-121.

comandos, descrever, produzir, relatar, conjecturar, expor, apresentar inventar, representar, cantar, resolver etc⁵¹.

Aprofundando essa crítica, Wittgenstein confronta a pressuposição epistemológica de que o conhecimento humano seria algo não linguístico⁵². Assim, não existiria um mundo independente da linguagem, e a linguagem deveria espelhá-lo. O mundo seria manifesto na e pela linguagem. Ora, desse modo, abandona-se o ideal de exatidão das palavras, que passa a ser entendido como um mito filosófico.

No entanto, ainda seria possível determinar a significação das palavras, não de modo prévio e definitivo, mas, transitoriamente, por intermédio do contexto socioprático em que são utilizadas⁵³. Assim, Araújo⁵⁴ conclui que:

O cerne da reflexão linguística de Wittgenstein deixa de ser a linguagem ideal para se tornar a *situação* na qual o homem usa a sua linguagem; então o único meio de saber o que é a linguagem é olhar seus diferentes usos.

À filosofia caberia apenas descrever o funcionamento da linguagem, seus diversos usos, sem justificá-la⁵⁵. A linguagem é parte constitutiva de um determinado contexto de ação, denominado de “forma de vida”⁵⁶, que é compartilhado. Assim, quantas formas de vida existirem, também será a quantidade de usos/jogos de linguagem existentes. Nas palavras de Wittgenstein⁵⁷:

⁵¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 23, p. 35-36.

⁵² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 127.

⁵³ Nesta linha, Paulo Alcofarado entende que em Wittgenstein “[...] a pesquisa acerca do significado das expressões linguísticas deve voltar-se para o seu contexto de uso e não para sob o ponto de vista de linguagens formalizadas”. In: ALCOFORADO, Paulo. *A Filosofia da Linguagem Ordinária. Acta Semiológica et Lingvistica*, João Pessoa, v. 4, n. 1, 1980. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/actas/article/view/16609/9472>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

⁵⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 132.

⁵⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 124, p. 67.

⁵⁶ O conceito de “formas de vida” (*Lebensform*), apesar de muito importante na segunda filosofia de Wittgenstein, aparece poucas vezes nas *Investigações* e uma vez em *Sobre a Certeza*. Ainda que relacionadas aos jogos de linguagem, as formas de vida assumem um caráter mais geral e elementar, como um padrão injustificado da atividade humana e que, arraigado culturalmente, manifesta-se com um dado. É o *locus* em que a linguagem se constitui, sendo seu “fundamento” último. In: CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein: linguagem e mundo**. São Paulo: Annablume, 1998. p. 101-105.

⁵⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 23, p. 35.

Quantas espécies de frases existem? Afirmação, pergunta e comando, talvez? – Há inúmeras de tais espécies: inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de “signo”, “palavras”, “frases”. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre, mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como poderíamos dizer, nascem e outros envelhecem e são esquecidos. (Uma imagem aproximada disto pode nos dar as modificações da matemática).

O termo “jogo de linguagem” deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida.

Esta analogia com os jogos possibilita pensar numa ação intersubjetiva mediante regras que também são coletivamente aceitas. Araújo⁵⁸ destaca que o conceito de jogos de linguagem tem como objetivo denotar que em contextos distintos, diferentes regras são seguidas, sendo estas necessárias para a determinação do sentido das expressões linguísticas. Estas regras de uso formariam uma gramática *profunda* que revelaria uma concordância de um modo de vida⁵⁹. A partir desse quadro de referência, determinam-se as fronteiras das ações possíveis, que seriam “livremente” feitas pelos participantes, mesmo porque ainda existiriam usos não regulados⁶⁰. Por isso, mesmo sob as mesmas regras, cada uma jogaria à sua maneira.

Outra ideia central na (segunda) filosofia de Wittgenstein é a noção de seguir uma regra⁶¹ (*Rule-Following*). Diferentemente do *Tractatus* em que a linguagem é concebida como cálculo e as regras estariam num plano lógico-sintático, nas *Investigações* as regras se escondem por detrás da superfície da linguagem natural⁶². Não obstante ao fato do filósofo não ter tentado desenvolver um conceito (analítico) de regra, partindo de vários exemplos, Glock⁶³ extrai seis pontos gerais:

⁵⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 139.

⁵⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 241, p. 98.

⁶⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 68, p. 53.

⁶¹ Nesse sentido, Glock sustenta que: ‘*Rules play a crucial role in Wittgenstein philosophy because of two abiding convictions: firstly, language is a rule-guided activity; secondly, the priori status of logic, mathematics and philosophy derives from such rules*’. GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Malden, MA: Blackwell, 2005. p. 323.

⁶² GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Malden, MA: Blackwell, 2005. p. 324.

⁶³ Livre tradução. No original: ‘*a) Rules are standards of correctness; they do not describe, for example, how people speak, but rather define what it is to speak correctly or meaningfully; b) There is a difference between a rule its expression, a rule-formulation, just as between a number and a numeral (e.g., the same rule can be expressed in different languages). But the difference is not one between an abstract entity and its concrete name, but one between a normative function, and linguistic form used to perform that function. We can clarify the notion of a rule by investigating the role of rule-formulations; c) Unlike commands or orders, rules are inherently general in that they*

- a) Regras são padrões de correção, elas não descrevem, por exemplo, como as pessoas falam, mas ao invés definem o que é falar corretamente ou com significado.
- b) Existe uma diferença entre uma regra e sua expressão, a formulação da regra, assim como entre um número e um numeral (e.g., a mesma regra pode ser expressa em diferentes linguagens). Mas a diferença não é entre uma entidade abstrata e seu nome concreto, mas entre a função normativa e a forma linguística usada para realizar essa função. Nós podemos esclarecer a noção de uma regra por intermédio da investigação do papel das formulações das regras.
- c) Diferente dos comandos ou ordens, regras são inerentemente gerais uma vez que governam com frequência uma multiplicidade ilimitada de ocasiões.
- d) Características como (a) ou (c) não são vinculadas às formas particulares das palavras – uma proposição gramatical expressando uma regra linguística não precisa ser uma afirmação metalinguística sobre o emprego das palavras, ou conter expressões de generalidade (gerais/genéricas). Ao contrário, elas dependem se uma expressão tem uma função normativa numa dada ocasião.
- e) ‘Seguir-Regras’ é um verbo-realização: existe uma diferença entre acreditar que alguém está seguindo a regra e realmente segui-la.
- f) O ponto crucial de mudança na concepção de regras linguísticas de Wittgenstein está na existência de uma diferença entre seguir uma regra e meramente agir de acordo com uma regra. Todavia, seguir-regras pressupõe uma regularidade no comportamento, isto não o distingue de regularidades naturais como o movimento dos planetas ou atos humanos que acontecem em conformidade com regras involuntariamente. Se um agente segue a regra em Φ ing, a regra deve ser parte de suas razões para Φ ing, e não apenas uma causa. Ele não tem uma opinião sobre ou consulta a formulação das regras enquanto Φ ing, é somente necessário que ele a apresente, justifique ou explique sua Φ ing. [...]. Esses são casos em que é guiado passivamente, sem ser capaz de explicar porque ele agiu daquela forma, ou ensinar outros a técnica de seguir essa orientação.

*govern an often unlimited multiplicity of occasions; d) Features like (a) or (c) are not tied to particular forms of words – a grammatical proposition expressing a linguistic rule need not be a metalinguistic statement about the employment of words, or contain expressions of generality. Rather, they depend on whether an expression has normative function on a give occasion; e) ‘Rule-following’ is an achievement-verb: there is a difference between believing that one is following the rule and actually following it; f) The crucial point for the change in Wittgenstein conception of linguistic rules is that there is a difference between following a rule and merely acting in accordance with a rule. Although rule-following presupposes a regularity in behaviour, this does not distinguish it from natural regularities like the movement the planets or human acts which happen to conform to a rule unintentionally. If an agent follows a rule in Φ ing, the rule must be part of his reason for Φ ing, and not just a cause. He does not have a think about or consult the rule-formulation while Φ ing, it is only required that he would adduce it justify or explain his Φ ing. (...). These are cases in which is guided passively, without being able to explain why he acts as he does, or to teach others the technique of following this guidance.’ In: GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Malden, MA: Blackwell, 2005. p. 324-325.*

Seguimos estas regras porque socialmente adquirimos o hábito de reconhecê-las e termos determinadas reações. Como jogar xadrez, aceitar uma ordem ou fazer uma comunicação, seguir uma regra é um hábito⁶⁴. Por isso, para Wittgenstein⁶⁵, '[...] seguir uma regra é uma práxis. E acreditar seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podemos seguir uma regra 'privadamente''. Antes de ser um exercício intelectual, é uma prática que pressupõe uma convergência social.

2.3.2 John Langshaw Austin

Austin, também inserido nesse novo horizonte em que os significados das palavras se dão em seu uso, avança no sentido de uma compreensão sistemática do que venha a ser essa nova imagem da linguagem, sendo considerado o precursor desses estudos em Oxford. O filósofo inglês, como Wittgenstein, contrapõe-se ao reducionismo da ideia de que a função da linguagem é meramente designativa. Pois, do contrário, ter-se-ia sempre um disparate linguístico nas frases que não pudessem ser empiricamente verificadas, ainda que compreendidas. Nesse sentido, buscava destruir o preconceito do monopólio das sentenças declarativas (falácia descritiva⁶⁶).

Desse modo, o filósofo introduz a ideia dos enunciados constataivos, que confirmam um estado de coisas e, por isso, se submetem a critérios de verificabilidade (verdadeiro ou falso), e dos enunciados performativos que (primordialmente) não constata, relatam ou descrevem fatos ou ações mas que, ao contrário, realizam ações⁶⁷. O primeiro tipo pode ser exemplificado, de modo simples neste curto diálogo:

⁶⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 198, 199, 200 e 241, p. 91-93.

⁶⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. § 202, p. 93.

⁶⁶ AUSTIN, John. L. **Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones**. Barcelona: Paidós, 1998. p. 43.

⁶⁷ Essa concepção é denominada, por Paulo Alcorofado, como teoria restrita de Austin. A outra parte, Alcorofado designa de teoria generalizadora, comumente conhecida como a teoria dos atos de fala, em que o filósofo inglês, na obra *How to do things with words* (1962), publicada postumamente, não parte de uma cisão entre um ato performativo e constataivo. Em síntese, todo proferimento é entendido como um ato complexo composto de três subatos denominados de locucionário (certa sentença, certo significado, certa referência), ilocucionário (a ação que realiza ao proferir um ato locucionário), perlocucionário (o que estava produzindo com o ato locucionário – persuadindo, acalmando etc.). Para fins de recorte temático apenas a primeira parte é desenvolvida nesse estudo. In: ALCOFORADO, Paulo. *A Filosofia da Linguagem Ordinária*. **Acta**

O que você está fazendo?

– *Estou correndo.*

Em relação aos enunciados performativos, os verbos são usados para fazer algo. Isso pode ser exemplificado nos seguintes enunciados:

Peço desculpas.

Prometo doar parte dos meus bens!

Nesses casos, Austin afirma que: '[...] parece claro que expresar la oración (por supuesto que en las circunstancias apropiadas) no es describir ni hacer aquello que se diría que hago al expresarme así, o enunciar que lo estoy haciendo: es hacerlo'⁶⁸. Por isso, esses enunciados não são nem verdadeiros nem falsos, mas podem ser verificados por outros modos, pois guardam uma relação com fatos – são *fair or unfair to facts*.

Sobre o questionamento de quais seriam as condições para verificar a realização ou não do ato expresso num enunciado performativo, Austin constrói a “doutrina dos revesses” (*Infelicities*), que aponta para a necessidade de considerar as circunstâncias em que aquilo foi dito. Essas condições podem ser convenções sociais (circunstâncias (in)adequadas para a realização da ação, incompetência do sujeito ou objeto) – adequação as regras intersubjetivamente aceitas –, o que poderia gerar uma falha ou um abuso quando o sujeito não possuísse a intenção de praticar e/ou não sustentar o compromisso.

2.3.3 John Rogers Searle

Searle, tendo estudado com Austin em Oxford, deu continuidade ao processo de sistematização da Filosofia da Linguagem Comum. Em *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (1969), o filósofo norte-americano sintetizou ideias centrais de outros filósofos da mesma corrente e apresentou a sua versão dos atos

Semiológica et Lingvistica, João Pessoa, v. 4, n. 1, 1980. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/actas/article/view/16609/9472>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

⁶⁸ AUSTIN, John Langshaw. **Cómo hacer cosas con palabras**: palabras y acciones. Barcelona: Paidós, 1998. p. 46.

de fala. Consequentemente, sua tese básica é a de que a linguagem é um comportamento intencional regrado⁶⁹. Nesse sentido, afirma:

Hablar un lenguaje es tomar parte en una forma de conducta (altamente compleja) gobernada por reglas. Aprender y dominar un lenguaje es (*inter alia*) aprender y haber dominado esas reglas. Este es el punto de vista familiar en filosofía y en lingüística, pero sus consecuencias no siempre se comprenden completamente⁷⁰.

O falar, então, consiste em realizar atos conforme regras. Searle faz a analogia do jogador de beisebol que, após rebater corretamente, corre na direção da primeira base e não noutro sentido. Por quê? A resposta seria devido ao fato de o jogador ter interiorizado um conjunto de regras que norteiam esta ação⁷¹. Nessa linha, a tarefa seria a compreensão das regras (semânticas) que possibilitam/norteiam o agir linguístico. Assim, o filósofo declara que:

El procedimiento que voy a seguir consiste en enunciar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la realización de géneros particulares de actos de habla y, a continuación, extraer de estas condiciones conjunto de reglas semánticas para el uso de los dispositivos lingüísticos que caracterizan a las emisiones como actos de habla de esos géneros⁷².

Dentro das práticas sociais, essas regras estariam divididas em duas categorias, as constitutivas e as regulativas⁷³. Enquanto as regras constitutivas criam

⁶⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 1996. p. 173.

⁷⁰ SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 22.

⁷¹ SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 23-24.

⁷² SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 31.

⁷³ Searle explica que: *[...] las reglas regulan formas de conductas existentes independiente o antecedentemente; por ejemplo, muchas reglas de etiqueta regulan relaciones interpersonales que existen independiente de las reglas. Pero las reglas constitutivas no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta. Las reglas del fútbol o del ajedrez, por ejemplo, no regulan meramente el hecho de jugar al fútbol o al ajedrez, sino que crean, por así decirlo, la posibilidad misma de jugar tales juegos*. In: SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 42-43. Acerca dessa distinção, Manfredo Araújo afirma que: 'Searle dá uma grande contribuição para o esclarecimento da tese já elaborada pelo segundo Wittgenstein de que a linguagem é um comportamento regrado, distinguindo dois tipos de regras: as regras regulativas e as regras constitutivas. As "regulativas" são as regras de comportamento que existem independentemente delas. As "constitutivas" são aquelas que entram na própria constituição desses comportamentos, por exemplo, as regras do jogo do xadrez, o que não é o caso, por exemplo, das regras de boa educação, que regulam comportamentos já existentes'. In:

uma determinada prática e não assumem uma forma (meramente) imperativa (“X conta como Y” ou “X conta Y no contexto X”⁷⁴), as regras regulativas dirigem-se a algo já existente e formalmente expressam-se como comandos (“Haz X” ou “Si Y haz X”⁷⁵).

Outra importante distinção central na filosofia de Searle refere-se aos fatos brutos e aos fatos institucionais. O filósofo compreende que determinadas práticas humanas somente fazem sentido por que são mediadas por instituições, sendo sempre insuficiente para estas uma explicação que reduza o olhar apenas para os fatos brutos. Deste modo, diante de afirmações como “alguém contraiu o matrimônio” ou o “Parlamento aprovou uma lei”, Searle⁷⁶ entende que:

[...] no existe un conjunto simple de enunciados sobre propiedades físicas o psicológicas de estado de cosas al que sean reducibles los enunciados sobre hechos de ese tipo. Los eventos físicos y las sensaciones brutas cuentan solamente como parte de tales eventos, dadas otras determinadas condiciones y en contraste con un transfondo de ciertos géneros de instituciones.

Os fatos brutos seriam ontologicamente objetivos, ou seja, sua existência não dependeria de um sistema de regras institucionalizadas. Por outro lado, os fatos institucionais seriam compostos necessariamente por regras constitutivas. Assim, os atos de fala também estariam sob a regência dessas regras que repousariam em convenções, acordos ou entendimentos prévios que são constituídos socialmente.

2.3.4 Peter Guy Winch

Winch foi um filósofo inglês que, sob a influência de Wittgenstein, contribuiu para o desenvolvimento das reflexões filosóficas nas ciências sociais a partir dos aportes da Filosofia da Linguagem Ordinária. Nessa linha, sua obra *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* (1958) assumiu significativo destaque.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 180.

⁷⁴ SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 44.

⁷⁵ SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 44.

⁷⁶ SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 59.

O filósofo entendia que o significado das palavras era conhecido em seu uso, de modo que descrevê-las significa necessariamente descrever seus contextos sociais⁷⁷. Como consequência, se as relações sociais existem num compartilhamento de ideias o autor pressupunha, então, que essas ideias deveriam possuir uma espécie de relação interna em que os significados seriam compreensíveis. Winch exemplifica isso a partir de uma nova descoberta no campo da medicina, que enseja a criação de um novo conceito. Observa que essa nova conceituação seria ininteligível para além das fronteiras da prática médica⁷⁸.

Ademais, sustenta a imbricação entre a linguagem e a sociedade, a ponto de uma nova ideia – um novo conceito – reordenar os arranjos sociais⁷⁹. Assim, Winch⁸⁰ conclui que:

Se as relações sociais entre homens existem somente nas e pelas ideias que tem, então, desde que as relações entre ideias são relações internas, as relações sociais devem ser também uma espécie de relação interna.

Assim, quando alguém descreve um ato de comando e a obediência a esse ato, isso somente é possível dentro de um quadro conceitual e que está limitado àquele contexto, diferentemente da descrição de um fenômeno natural que teria uma abrangência geral e seria independente do reconhecimento dos partícipes.

Outro aspecto importante para o filósofo estava na distinção entre hábitos e regras. Ele entendia que estava equivocada a compreensão das ações sociais em termos (apenas) de comportamentos habituais⁸¹, de costumes. Em contrapartida,

⁷⁷ WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 116.

⁷⁸ WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 114-115.

⁷⁹ Nesse sentido, declara que: 'Não adianta também dizer que a simples mudança de sentido de uma palavra não impedirá, necessariamente, que as pessoas tenham relações pessoais do jeito que quiserem, porque isto será esquecer o fato de que nossas linguagens e nossas relações sociais são o verso e o reverso da mesma moeda. Descrever o significado de uma palavra é descrever como ela é usada, e descrever como ela é usada é descrever o intercurso social em que ela participa'. In: WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 116.

⁸⁰ WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 116.

⁸¹ Por consequência, Winch demonstra a insuficiência da concepção de lei sociológica de Max Weber como uma regularidade estatística que corresponde a um inteligível significado intencional. Contra a ideia weberiana, o filósofo sustenta que os dados estatísticos não seriam a corte de apelação final e decisiva para verificar a validade das interpretações sociológicas. Nesse ponto, haveria dificuldades diferentes entre a tarefa do sociólogo e a do filósofo. O primeiro, focado nas regularidades estatísticas do comportamento, descreve algo que não lhe é familiar, podendo não

defendia que as ações humanas são regradas e isso é perceptível não porque seja possível formular uma regra, mas porque faz sentido diferenciar um modo correto ou incorreto de agir em relação à ação concreta⁸².

Apoiando-se em Wittgenstein e no conceito de seguir uma regra, o autor demonstra que a ação humana não é explicada simplesmente em termos de hábitos. Assim, Winch apresenta a ilustração da sequência matemática em que o aluno inicia copiando (imitando), mas precisa compreender que algumas formas de seguir aquele exemplo são permitidas e outras não, ou seja, precisa aprender a aplicar um critério – uma regra.

Enquanto o hábito seria somente adquirir a aptidão de agir do mesmo modo em situações semelhantes, seguir uma regra exige uma compreensão do que isso significa e não uma mera repetição. A diferença se acentua quando se tem a necessidade de aplicar aquele padrão a uma nova espécie de casos, pois, aprendendo o critério, é possível fazer essa aplicação. Nesta senda, Winch⁸³ declara que:

Se fosse apenas uma questão de hábito, então nosso comportamento cotidiano certamente seria *influenciado* pela maneira que agimos no passado: mas isto seria justamente uma influência causal. O cachorro responde ao comando de *N*, agora de determinada maneira por causa do que aconteceu a ele no passado; se me mandarem continuar a série de números naturais além de 100, eu continuo de uma determinada maneira por causa do meu treino anterior. A expressão “por causa de”, entretanto, é usada diferentemente nestas duas situações: o cachorro foi *condicionado* a responder de uma determinada maneira, enquanto eu sei a maneira certa de continuar a escrever, na base do que me foi ensinado.

ter a perspectiva adequada de sua aplicação. Já o segundo, geralmente trabalhando com algo que lhe é familiar, pode não mais ver sua perspectiva própria. É como se o sociólogo observasse a partir de fora e filósofo a partir de dentro. Assim, Winch afirma que, quando dizemos que alguém compreende chinês, não estamos dizendo que essa pessoa possui um domínio das probabilidades estatísticas de uso das palavras em chinês. Essa compreensão é perceber o significado daquilo que é feito ou dito. Desse modo, o autor entende que ‘essa é uma noção muito afastada do mundo da estatística ou das leis causais; está muito mais próxima do reino do discurso e das relações internas que ligam as partes do reino do discurso’. In: WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 110.

⁸² WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 62.

⁸³ WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970. p. 65-66.

2.3.5 O conceito de Direito sob o prisma da Filosofia da Linguagem ordinária

Hart, já no prefácio do *Conceito de Direito* denota, expressamente, a sua filiação aos pressupostos da Filosofia da Linguagem Ordinária⁸⁴. Isto pode ser observado no reconhecimento de seu o livro como um ensaio de sociologia descritiva em que a investigação acerca dos significados das palavras lançaria luzes para além delas próprias. Assim, citando Austin, ele assevera que é necessária ‘uma consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos’⁸⁵.

Conforme abordado anteriormente, Hart apresenta uma postura cognitivista em relação aos enunciados jurídicos e à necessidade de uma abordagem hermenêutica para a análise do Direito. Isso por intermédio de uma ressignificação da objetividade⁸⁶, que passa a ser entendida a partir dos contextos práticos, dependendo do ponto de vista dos participantes. Contudo, isso nem sempre ocorreu

⁸⁴ Hart, biograficamente, na introdução dos *Ensaio de teoria do direito e filosofia*, assume seu alinhamento intelectual à Filosofia da Linguagem Comum. Assim, declara: ‘Em 1953, quando fui eleito para a Cátedra de Teoria do Direito em Oxford, minhas qualificações eram pouco ortodoxas. Eu não tinha graduação em Direito, mas, durante oito anos, antes da Guerra, trabalhara como Chancery Barrister e, por sete anos, depois da Guerra, lecionara filosofia em Oxford. Estes sete anos se inserem no período em que a perspectiva filosófica que se tornou conhecida como "filosofia da linguagem" estava no auge de sua influência tanto em Oxford como em Cambridge. Havia importantes diferenças tanto na ênfase como nos objetivos entre a variante adotada em Oxford, onde J. L. Austin era o principal expoente, e aquela adotada em Cambridge, que florescia sob Wittgenstein. Não obstante, ambas eram inspiradas pelo reconhecimento da grande variedade de tipos de discurso humano e de comunicação significativa entre os homens, reconhecimento esse que levava à convicção de que perplexidades filosóficas anteriores poderiam frequentemente ser resolvidas não pela construção de alguma teoria geral, mas pela discriminação e caracterização dos diferentes modos em que a linguagem humana é utilizada, alguns deles refletindo diferentes formas de vida humana. Segundo essa concepção da filosofia, o erro que cegara muito da filosofia anterior, e mais recente e notavelmente do Positivismo Lógico dos anos pré-Guerra, fora o de se supor que havia apenas algumas formas de discurso (discursos empíricos de asserções fatuais [empirical “fact-stating”] ou asserções de verdades definicionais ou logicamente necessárias) que eram significativas, descartando como sem sentido, ou como meras expressões de sentimentos, todos os outros usos da linguagem que, como no caso das asserções metafísicas ou dos julgamentos morais, não poderiam ser mostrados como sendo formas disfarçadas ou complexas de alguns dos tipos privilegiados de discurso. A filosofia da linguagem concebida assim, como uma elucidação das múltiplas formas e das diversas funções da linguagem, não conhecia limites de temas: seus insights e iluminações serviam para esclarecer não apenas o discurso da vida cotidiana, mas o de qualquer disciplina naqueles pontos em que houvesse razões para se pensar que a dificuldade ou confusão derivasse da incapacidade de captar as diferenças entre uma forma de discurso e outra, que frequentemente se ocultam sob idênticas formas gramaticais’. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 2-3.

⁸⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 2.

⁸⁶ Michelon Jr. pontua que: ‘A concepção de objetividade que está suposta no pensamento de Hart (já que autor britânico jamais se deteve explicitamente sobre o tema) é ligada à tradição filosófica que se convencionou chamar Filosofia da Linguagem Ordinária’. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 134.

assim. Michelon Jr.⁸⁷ Identifica, com clareza, ao menos dois momentos do pensamento hartiano sobre o conteúdo dos enunciados jurídicos:

Num primeiro há uma negação que estes enunciados possuam valor descritivo; mas a partir do final da década de 50, que culminou com o *Concept of Law*, o jusfilósofo inglês passa a atribuir aos enunciados jurídicos conteúdo cognitivo.

No primeiro momento, os enunciados jurídicos não seriam nem verdadeiros nem falsos e o verbo “ser” seria utilizado num sentido atemporal, pois os termos dos enunciados jurídicos não corresponderiam a estados de coisas no mundo e, por isso, não poderiam ser descritos por meio de definições *per genus et differentiam*. Desde então já é perceptível a influência de J. L. Austin, que acreditava ser um equívoco pensar que a única função dos enunciados linguísticos seria a de descrever. Dessa forma, Hart intentava demonstrar os equívocos da “falácia descritiva” na linguagem do Direito e observar a existência de enunciados que dependeriam de algumas condições vinculadas ao contexto prático de uso para sua verificação.

No segundo momento, Hart abandona tal concepção, assumindo uma postura cognitivista a respeito dos enunciados jurídicos, sendo essa postura uma das teses centrais do *Conceito de Direito*:

Para justificar essa tese foram utilizadas diversas ferramentas conceituais originais, notadamente as noções de interno e de ponto de vista interno do sistema jurídico. Esta segunda fase se desenvolve sob a influência direta de Peter Winch (e, indiretamente, de Wittgenstein), conforme é possível perceber pelo fato de que Hart aproveita algumas noções instituídas por Winch, tais como a distinção entre hábitos e regras e a identificação de um ponto de vista interno⁸⁸.

As ideias da segunda filosofia de Wittgenstein também influenciaram o empreendimento teórico hartiano. De acordo com o que foi exposto anteriormente, o filósofo austríaco parte da ideia que a linguagem é um comportamento intencional

⁸⁷ MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 139-142.

⁸⁸ MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 142.

estruturado por regras e, necessariamente, social⁸⁹. Sob essa premissa, Hart procura descrever o conceito de direito⁹⁰. Logo de início, o jusfilósofo procura demonstrar a insuficiência da proposta de Austin⁹¹, que define o Direito em termos de comandos e hábitos⁹². Essa concepção simples não permitiria distinguir o fenômeno jurídico de outros fenômenos sociais e esconderia o que lhe é peculiar: uma prática regida por regras. Assim, para Hart, o Direito é uma prática social formada pela união de regras secundárias e primárias, advindo daí sua complexidade.

Em síntese, as regras primárias prescrevem ações ou omissões, impõem deveres e projetam efeitos concretos. Já as regras secundárias permitem a identificação do sistema de regras jurídicas (*Regras de Reconhecimento*), o surgimento de novas regras primárias e/ou a possibilidade de modificação ou extinção (*Regras de Alteração*) e, ainda, determinam os modos de incidência ou fiscalizam sua aplicação (*Regras de Julgamento ou de prestação jurisdicional*). Ademais, atribuem poderes, sejam eles públicos ou privados, e não apenas têm

⁸⁹ Isto pode ser evidenciado na negação de Wittgenstein da possibilidade de uma linguagem privada, pois a existência de uma comunidade linguística é condição para seguir regras, que são públicas. Destarte, como seria possível seguir regras de modo privado se elas resultam de práticas de formas de vida que são intersubjetivas? Assim, somente no interior de uma forma de vida é possível entender, aceitar e seguir regras. In: DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir regras: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein**. Pelotas: UFPel, 2011. p. 111-116.

⁹⁰ Sobre esta influência, Wayne Morrison declara: 'A teoria jurídica anterior esteve dominada por uma falsa concepção da linguagem em vez de procurar aquela essência ou entidade pura à qual a palavra "direito" deve remeter; a teoria do Wittgenstein da maturidade argumenta que devemos atentar para o nosso uso da linguagem. [...] Para Hart, ao examinarmos os modos como usamos termos relativos ao direito – direitos, deveres etc. – podemos intuir seu verdadeiro significado'. In: MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 430.

⁹¹ AUSTIN, John Langshaw. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

⁹² Após desenvolver sua crítica nos capítulos II, III e IV, Hart sintetiza: 'Os pontos principais que a teoria falhou são suficientemente instrutivos para merecerem um novo resumo. Em primeiro lugar, tornou-se claro que, embora uma lei criminal, que proíbe ou prescreve certas ações sob a cominação de pena, a assemelhe mais, entre todas as variedades de direito, a ordens baseadas em ameaças dadas por uma pessoa a outras, tal lei mesmo assim difere de tais ordens no aspecto importante de que se aplica geralmente àquelas que criam e não apenas aos outros. Em segundo lugar, há outras variedades de direito, nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem, sem absurdo, conceber-se como ordens baseadas em ameaças. Em terceiro lugar, há regras jurídicas que diferem de ordens em seu modo de origem, porque nada de análogo a uma prescrição explícita lhes dá existência. Finalmente, a análise do direito em termos de soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de todas as limitações jurídicas foi incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas, nem como o eleitorado, nem como o órgão legislativo de um Estado moderno'. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 89-90.

efeitos concretos imediatos, mas criam ou alteram direitos e obrigações que diretamente incidirão na prática⁹³.

A distinção entre regras primárias e secundárias está relacionada com os modos de uso. Elas podem até mesmo ter um espaço comum de atuação, porém somente as regras secundárias poderiam identificar a existência de outras regras⁹⁴. Dentre as secundárias, a regra de reconhecimento seria a maneira de solucionar a incerteza das regras primárias, que poderiam ser de várias “naturezas”, e constatar também a existência do Direito, superando um estágio pré-jurídico. Hart⁹⁵ sustenta que:

Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência de uma dada regra d grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. A existência de tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas. Pode, como no direito primitivo de muitas sociedades, não ser mais do que o facto de se encontrar numa lista ou texto das regras, dotados de autoridade, num documento escrito, ou gravados em qualquer monumento público. Sem dúvida e enquanto questão de natureza histórica, esta passagem do pré-jurídico para o jurídico pode ser executada por estádios distintos, dos quais o primeiro é a pura e simples redução a escrito das regras até então não escritas. Este não em si o passo crucial, embora seja muito importante: o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito à inscrição *enquanto dotados de autoridade*, isto é, como o modo *adequado* à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regras secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação.

A respeito do conceito de regra, em Wittgenstein percebe-se que esse padrão não impõe o conteúdo das ações dos participantes, mas é uma “estrutura” necessária para que estas ações façam sentido. Tanto é verdade que, sob as mesmas regras, cada um joga ao seu modo. As regras do xadrez constituem um marco que permite saber o que é uma ação permitida ou proibida, mas não qual

⁹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 92.

⁹⁴ Nesta linha, Michelon Jr. assevera: ‘O que distingue as regras primárias das regras secundárias é a aptidão para servir de guia na identificação de outras regras’. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 167.

⁹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 104. Informa-se que optamos em manter a grafia original da tradução portuguesa utilizada neste trabalho.

deve ser a ação a ser executada num dado momento. Assim, Glock⁹⁶ compreende que as regras ‘não descrevem, por exemplo, como as pessoas falam, mas ao invés definem o que é falar corretamente ou com significado.

O Direito, para Hart, como um jogo de linguagem, seria constituído também por regras secundárias que definiriam os marcos estruturais básicos da prática, indispensáveis para a sua existência em distinção a outras. Desse modo, sobre a regra de reconhecimento, o jusfilósofo inglês faz uma esclarecedora analogia com as regras de pontuação dos jogos que, mesmo raramente formuladas, são conhecidas pelo uso que as autoridades do jogo e jogadores lhe dão⁹⁷.

Ademais, a regra de reconhecimento não tem uma forma preestabelecida para todos os sistemas jurídicos, mas, ao contrário, assume formas diversas dependendo dos contextos de uso⁹⁸, assim como as regras que regem os “jogos de linguagem” dependem das “Formas de Vida”. Desse modo, denota-se uma proximidade entre o conceito de regras secundárias, sobretudo, a regra de reconhecimento, com as regras na acepção de Wittgenstein em *Investigações Filosóficas*⁹⁹.

Essa aproximação ainda pode ser feita com o conceito de seguir regras. A partir deste ponto, continuamos por intermédio da leitura de Winch e de suas reflexões filosóficas a respeito das ciências sociais. Winch reconhecia que as análises sociológicas centradas em comportamentos habituais eram limitadas. O hábito permitiria apenas a repetição de uma conduta. Diferentemente, quando seguimos regras, aplicaríamos padrões para ações não anteriormente previstas, carecendo, portanto, de um elemento compreensivo. Dessa forma, de modo

⁹⁶ No original: ‘Rules are standards of correctness; they do not describe, for example, how people speak, but rather define what it is to speak correctly or meaningfully’. In: GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Malden, MA: Blackwell, 2005. p. 324.

⁹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.113.

⁹⁸ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 435.

⁹⁹ Manfredo Araújo, discorrendo sobre a segunda filosofia de Wittgenstein, assevera que: ‘O jogo não é uma fatalidade natural, nem mesmo a imposição de forças supra-individuais, coletivas, sociais, anônimas, pois a comunidade em questão só surge no próprio ato de jogar por meio do reconhecimento de regras e aceitação de papéis que dirigem a ação global. A comunidade constitui-se, enquanto comunidade, na base do reconhecimento, ou seja, por meio de atos de liberdade’. In: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 144. Esta citação poderia, sem maiores ajustes, ser integralmente aplicada ao direito que, na concepção de Hart, é uma prática social (não-natural) que surge também no reconhecimento e aceitação de regras (secundárias e primárias).

análogo, quando um aluno compreende uma regra matemática ele é capaz de aplicá-la em outras situações, diversas dos exemplos apresentados pelo professor.

Conforme abordagem anterior, Hart identifica que um dos problemas centrais do conceito de Direito formulado por Austin está na ênfase no comportamento habitual de obedecer as ordens/comandos que o soberano coercitivamente impõe. A maneira de transpor esta limitação seria desenvolver um conceito de Direito centrado em regras¹⁰⁰.

Para tanto, o jusfilósofo distingue as regras sociais dos hábitos nos seguintes aspectos, brevemente expostos:

- a) o hábito se satisfaz como uma mera convergência de comportamento, sendo o desvio irrelevante e não necessariamente passível de crítica. Já para as regras, não basta haver apenas uma identidade de comportamento, mas também é necessária a presença da crítica aos desvios ou ameaças de descumprimento¹⁰¹;
- b) onde existem regras, a existência de desvios a esses padrões justifica e legitima a utilização das regras como uma *boa razão* para agir¹⁰²;
- c) as regras possuem um *aspecto interno*, que exige uma aceitação dos participantes como padrão de conduta para si e para ou outros, enquanto os hábitos se constituem basicamente com comportamentos observáveis sem pressupor a necessidade desta compreensão, isto é, contentam-se com a externalidade do agir humano¹⁰³.

Com isso, percebe-se a direta inspiração em Winch¹⁰⁴ nas distinções entre hábitos e regras, pois o cerne dos argumentos de Winch está presente nas formulações de Hart. As regras dão sentido aos juízos de certo e errado e exigem

¹⁰⁰ Nesse sentido, Wayne Morrison afirma: 'a característica central ou essencial do complexo conceito de direito encontra-se no conceito de "regras"[...]'. MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 441.

¹⁰¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 64.

¹⁰² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 65.

¹⁰³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 65.

¹⁰⁴ O próprio Hart destaca, em nota, que neste ponto o pensamento de Winch é semelhante. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 270.

daqueles que estão sob a sua regência uma compreensão (interna), que lhes permitem a ação aplicando esse critério e não apenas as repetindo sem necessariamente darem-se conta. Por isso, a utilização/aceitação das regras, e não apenas a obediência habitual, assume significativa importância na teoria hartiana¹⁰⁵.

Outra intersecção entre o pensamento de Hart e o de Winch está também baseada numa distinção: o ponto de vista interno e ponto de vista externo. Diante da simbiose entre linguagem e sociedade, Winch pressupunha que as relações sociais tinham um âmbito interno, uma vez que sempre existiriam num compartilhamento de ideias de fundo. Assim, entende-se que o filósofo observaria o social de dentro, compartilhando a forma de vida, enquanto o sociólogo o observaria de fora, limitado às regularidades (externas) do comportamento. De forma similar, consoante já abordado, Hart afirma que o fenômeno jurídico pode ser observado como um comportamento estruturado por regras, contudo, sem partilhá-las, isto é, sem aceitá-las (ponto de vista externo); ou, em posição distinta, pode ser observado como uma prática constituída por regras que lhe servem como pautas de conduta para si e para os demais membros daquela comunidade (ponto de vista interno).

Por fim, destacamos algumas convergências entre a teoria jurídica de Hart e alguns aportes da filosofia de Searle. O filósofo norte-americano, partindo da ideia de que a linguagem é um comportamento intencional regido por regras, distingue dois tipos de regras: as regulativas e as constitutivas. As primeiras, formalmente imperativas, seriam destinadas a realidades que já existiriam antes. Como as regras de trânsito, elas não criaram o trânsito, apenas regulam algo preexistente. Já as regras constitutivas não seriam necessariamente imperativas, pois elas constituem/criam/estruturam uma determinada prática, como as regras do xadrez, por exemplo. Jogar xadrez é estar de acordo com estas regras – sem elas seria outro jogo de tabuleiro qualquer –, que não impõem um movimento em específico, mas permitem julgá-los. Isto é, não há uma regra que imponha um movimento para o xeque-mate, mas existem regras que possibilitam saber quando a ação ocorre ou não, independente do movimento utilizado.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Michelon Jr. sustenta que: ‘O ponto central do argumento de Hart é sua ideia sobre o que pode ser o fundamento de um sistema jurídico: uma prática social complexa na qual uma regra de reconhecimento é aceita e utilizada para identificar normas primárias de obrigação’. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 162.

O Direito, em Hart, é uma prática social complexa, pois reúne regras secundárias e primárias. As regras secundárias, dentre outras funções, permitem a identificação singular das regras de “natureza” jurídica, isto é, constituem a prática social denominada como direito. Se retirássemos essas regras secundárias, teríamos um aglomerado de regras de comportamento indistintas quanto à sua origem. O Direito, como um jogo, somente se constitui por meio das regras secundárias, e é formado também por regras primárias que, imperativamente, determinam ações ou omissões. As regras secundárias seriam as regras constitutivas e as regras primárias as regras regulativas neste paralelo com Searle.

Outro ponto de contato possível refere-se à distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Searle entende que os fatos brutos são ontologicamente objetivos, ou seja, sua existência não estaria subordinada a um sistema de regras institucionalizadas. Quando a chuva ou um raio caem, por exemplo, esses fenômenos acontecem independentemente do modo como os conceituamos: existem enquanto algo, ao invés do nada. Já os fatos institucionais existem somente pela intermediação de instituições socialmente aceitas que, mesmo não prescindindo dos fatos brutos, não podem ser explicadas exclusivamente por eles. A afirmação de que “Ele possui muito dinheiro” não é redutível a fatos brutos. Pergunta-se: O que é o dinheiro na natureza? O dinheiro somente tem sentido num ambiente social que lhe confere valor enquanto tal e não como se fosse ou representasse um ente natural dado.

Hart já tinha percebido que o Direito não poderia ser explicado em termos de fatos brutos. Esse é um dos aspectos fulcrais de sua crítica ao realismo escandinavo, que entendia que muitos enunciados jurídicos seriam ficções, ainda que úteis e necessárias, pois não representavam nenhum estado de coisas. Ao contrário, uma das teses nucleares do *Conceito de Direito* é a de que os enunciados jurídicos têm conteúdo cognitivo¹⁰⁶. Se o Direito é a união entre regras primárias e secundárias, então essas regras existem e podem ser conhecidas. Isto é explicado por ser o fenômeno jurídico um fato institucional¹⁰⁷ e, por isso, possuir uma gramática (profunda) diferente dos fatos brutos ou metafísicos¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 140-143.

¹⁰⁷ Marcelo de Araújo, em artigo intitulado *John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico*, nos traz outros aportes do filósofo norte-

Por ser um fato institucional, o Direito é compreendido com uma práxis eminentemente social, cuja objetividade somente é possível na/pela sociedade em que se realiza¹⁰⁹. Neste sentido, Michelon Jr.¹¹⁰ afirma que ‘[...] se existe algo que pode ser chamado de fundamento do sistema jurídico, é uma situação social’:

americano extraídos de obras mais recentes, que nos servem para um aprofundamento da compreensão do direito como um fato institucional. Araújo destaca que o traçado de um muro derrubado que tinha a função de dividir a propriedade de dois grupos continua tendo o mesmo *status* deontico, pois: ‘o que está em questão nesse contexto é a aplicação de uma regra de constituição: X (uma linha no chão) “conta como” Y (uma fronteira) em C (no contexto dos dois grupos em questão)’. (p. 170) Searle denomina isto de *status function*. Esse tipo de função existe unicamente porque “reconhecemos” ou “aceitamos” que um determinado objeto (uma linha no chão) tenha o *status* de outro objeto (um muro). Nas instituições sociais, as funções dos objetos são *status function*. As instituições sociais possuem dois aspectos: (I) Intercambialidade de X e Y; (II) (II) Interconexões entre fatos institucionais. A intercambialidade pode ser assim enunciada: “X conta como Y em C”. No entanto, o que conta como Y em um dado contexto C1, pode contar como X em um contexto C2. Discorrendo sobre a ilustração do muro, Araújo destaca que: ‘Com efeito, a fronteira representa para os dois grupos uma norma que, mesmo que não seja formulada de modo explícito, exprime algumas coisas que eles podem, e algumas coisas que eles não podem fazer. Na tentativa de garantir que a fronteira demarcando as duas regiões não seja ultrapassada por membros de um ou outro grupo, os dois grupos podem, em vez de reedificar o antigo muro, criar uma nova instituição, a saber: eles podem criar leis que proíbem que a fronteira seja cruzada, e punições (pena de morte, por exemplo) para aqueles que a atravessam’. (p. 172). As interconexões denotam que os fatos institucionais não existem independentemente dos fatos brutos e que estão sempre conectados com outros fatos institucionais. In: ARAÚJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, mai./ago. 2010. p. 163-175.

¹⁰⁸ Neste sentido, Michelon Jr. afirma que: ‘O tipo de objeto que é uma regra de comportamento é definido, assim, pelas condições de verdade dos enunciados que asserem a existência de uma regra. A gramática do enunciado que assera a existência de uma regra é diferente da gramática do enunciado que assera a existência de um fato bruto, ou de um fato metafísico. Para uma regra social, existir significa simplesmente ser utilizada como padrão de avaliação de ações humanas; para um objeto físico, existir significa ter extensão, peso, massa, em suma, qualidades primárias. Para utilizar um exemplo do próprio Hart: o que faz do metro um padrão para medir extensão? A resposta está em nossas práticas: o fato de que utilizamos o metro para medir a extensão’. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 161.

¹⁰⁹ Sobre o cognitivismo hartiano, Michelon Jr. declara que: ‘O que Hart expõe é o fato de que o cético sonha com um tipo de certeza que nós não podemos ter “de nossa perspectiva”. O cético quer saber se existe “na verdade” no mesmo sentido em que o filósofo que postula uma concepção absoluta de objetividade quer explicar o mundo “como realmente é”. A verdade, a certeza, o fundamento que ambos procuram está além de nossa perspectiva e, supondo que alguém possa conhecer esta ‘verdade’, ter esta ‘certeza’, ou conhecer este ‘fundamento’, este alguém não é, em todo caso, humano, pois não está limitado a conhecer o mundo sob as condições do conhecimento humano. [...] A teoria de Hart assume que a nossa perspectiva é o limite da inteligibilidade do mundo: nós não podemos nem mesmo conceber uma concepção absoluta do mundo (esta concepção que o filósofo que postula uma concepção absoluta da objetividade pretende ter atingido com a física e que o cético não vê como atingir)’. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 167-168.

¹¹⁰ MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p. 163.

Se consideramos o mundo desde nossa perspectiva, é possível identificar os contextos nos quais os nossos enunciados internos fazem sentido; é possível identificar quais condições devem ser satisfeitas para que enunciados como 'eu tenho (o direito de) propriedade sobre esta casa' ou 'esta regra é válida' sejam verdadeiras descrições do mundo. De nossa perspectiva, expressões que afirmam a existência de direitos subjetivos ou a validade de regras são descrições de um aspecto da realidade; são descrições objetivas, tão objetivas quanto podemos humanamente desejar, esperar e compreender¹¹¹.

Deste modo, Hart contribui para a superação de umas das principais controvérsias entre positivismo jurídico e o jusnaturalismo, aglutinando teses de ambos os lados. O Direito passa a ser visto não como uma mera expressão da vontade ou da subjetividade (tese jusnaturalista), da mesma forma que é um fenômeno social que não necessita de fundamento absoluto e ou transcendente (tese juspositivista)¹¹².

Destarte, partindo dos aportes da Filosofia da Linguagem Comum, Hart construiu uma teoria do Direito que certamente trouxe inúmeros avanços para a análise do jurídico. Todavia, esse empreendimento demonstrou algumas limitações¹¹³ – decorrentes do próprio *background* filosófico – que serviram como ponto de partida para Dworkin desenvolver sua proposta teórica. Cumpre agora recontar os principais argumentos críticos formulados pelo jusfilósofo norte-americano e os contrapontos de Hart, antes de realizarmos uma (des)leitura deste célebre debate.

2.4 Dworkin e as primeiras críticas ao Positivismo Jurídico

Após a publicação do *Conceito de Direito*, a proposta hartiana de reformulação do Positivismo Jurídico gerou um amplo debate. Desde então, se dividiram defensores e opositores, estando Dworkin entre os opositores. Isso pode ser observado no posicionamento de Dworkin em um simpósio sobre a

¹¹¹ MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p.168.

¹¹² MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. p.171.

¹¹³ Estas limitações serão tratadas no tópico final deste capítulo, acompanhadas do modo como Dworkin intentou suplantá-las.

discricionariedade judicial¹¹⁴ realizado no ano de 1963. O jusfilósofo americano já afirmava que seria um equívoco afirmar que os juízes possuíam discricionariedade ou poderes, ainda que excepcionalmente, para a criação de normas jurídicas, pois as partes teriam o direito de uma resposta judicial baseada no Direito preexistente.

Noutro aspecto, também anunciava que os casos difíceis não seriam originados apenas da vagueza linguística dos termos das regras jurídicas, mas, ao contrário, haveriam outras hipóteses, tais como: a) a existência de mais de uma norma aplicada ao caso; b) a ausência de regra aplicável e c) a existência de somente uma regra aplicável, contudo, sua aplicação seria injusta ou socialmente prejudicial.

Esses foram os apontamentos críticos introdutórios que seriam desenvolvidos com maior abrangência em uma série de artigos subsequentes publicados em conjunto na obra *Taking Right Seriously* (1977). Destes artigos, destaca-se¹¹⁵ o *Modelo de regras I*, denominado inicialmente como *Modelo de regras (Model of Rules)* e também conhecido com o sugestivo título *É o direito um sistema de Regras?*¹¹⁶.

Nesse artigo, Dworkin faz uma síntese das principais teses juspositivistas que procura contrapor, que representariam uma espécie de esqueleto daquilo que ele entendia como o Positivismo Jurídico. A primeira referia-se à ideia do Direito como um conjunto de regras usadas com o propósito de determinar os comportamentos que seriam punidos e/ou proibidos. Estas regras seriam identificadas por testes e critérios formais, não-conteudísticos, relacionadas à sua origem – *pedigree* – ou ao modo de sua adoção ou formulação. Por intermédio destes testes, seria possível distinguir as regras jurídicas daquelas que pretensamente teriam essa qualidade, como também das demais regras sociais, como as morais, que não exigiram a observância pelo poder público.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, New York, v. 60, n. 21, p. 624-638, Oct. 1963. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2023557?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 26 jun. 2014.

¹¹⁵ A respeito da importância deste escrito, Ronaldo Porto Macedo Junior afirma: 'O artigo seminal "O Modelo de Regras I" talvez seja um dos textos de teoria do direito mais lidos e discutidos no final do séc. XX. O seu impacto foi tão grande que se tornou material de leitura obrigatória em quase todos os cursos de direito no mundo anglo-americano'. In: MACEDO, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 159.

¹¹⁶ BONORINO, Pablo Raúl. **Objetividad y verdad em Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 28.

Macedo Jr. compreende que essa primeira tese refere-se à *tese das fontes sociais do direito* (*source thesis*) que, no final das contas, faz recair sobre uma questão de fato – regra de reconhecimento¹¹⁷ – o fundamento de validade do Direito. A regra de reconhecimento dispensaria os méritos morais das regras primárias, pois elas somente teriam a qualidade de regras primárias por passarem por esse filtro. Do mesmo modo, a regra de reconhecimento tem a sua existência e validade fundamentadas em seu uso, isto é, em última instância, por ser aceita como um fato social¹¹⁸.

No mesmo contexto, Porto aponta também a *tese da convencionalidade*. Segundo a tese, o fundamento (último) das regras jurídicas seria o fato de serem aceitas convencionalmente, uma vez que a regra de reconhecimento, que funciona como um filtro da juridicidade, existiria enquanto uma prática social complexa fundada na aceitação.

A segunda crítica que Dworkin faz está relacionada com a crença de que o Direito é um sistema formado exclusivamente por essas regras (secundárias e primárias). Logo, nos casos em que inexistissem regras jurídicas ou diante de vaguezas e/ou indeterminações, o juiz não poderia aplicar o Direito, devendo, então, criar uma nova regra ou suplementar uma existente, fazendo uso da discricionariedade.

O terceiro ponto apresentado refere-se ao fato de que, nos casos em que fosse utilizada a discricionariedade judicial, não seria possível falar em uma “obrigação jurídica”. Essa conclusão seria uma decorrência da ideia de que a *obligatio* pressupõe a aplicação de uma regra jurídica válida e existente à época da ocorrência do fato juridicamente relevante.

Esse quadro representaria apenas uma estrutura básica do Juspositivismo. Dworkin reconhece que, mesmo havendo algumas discordâncias, em geral, haveria uma convergência quanto à existência de um teste fundamental de identificação das

¹¹⁷ Nesse sentido, Hart declarava que: ‘[...] a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de fato’. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 121.

¹¹⁸ MACEDO, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

regras de direito¹¹⁹, ainda que diferente para cada versão. Ou seja, a discussão seria qual o critério a ser usado, mas não se este critério seria ou não possível.

Assim, Austin¹²⁰ entendia que as regras jurídicas seriam ordens/comandos gerais proferidos por um soberano e habitualmente obedecidas. Como o soberano não poderia prever exaustivamente todas as hipóteses de aplicação, de antemão, conferia discricionariedade àqueles que aplicam a lei para ela ser usada nos casos não previamente regulados. Após, o soberano confirmaria ou impugnaria essa(s) nova(s) regra(s). Nesse modelo, o critério de identificação seria o comando do soberano¹²¹.

Diferentemente dessa concepção simples, Hart teria oferecido uma versão mais complexa em dois aspectos: a) a existência de uma diferença lógica entre dois tipos de regras (primárias e secundárias) e b) a rejeição da ideia de que uma regra seria uma espécie de comando ou ordem que dependa, para sua obediência, do poder físico da autoridade que a emanou. Assim, desenvolve uma análise mais elaborada das regras jurídicas¹²².

Desse modo, Dworkin entende que, em Hart, as regras teriam duas fontes possíveis: a primeira seria a aceitabilidade social, que não é um mero hábito daqueles que a seguem, entendendo-a como vinculante e como razão para agir, e a segunda seria a conformidade com a regra secundária, na qual seria aplicado o conceito de validade. Em resumo, a regra teria o caráter vinculante por ser aceita e/ou porque é válida.

Nesse quadro, o Direito surgiria em sociedades complexas que possuem uma regra de reconhecimento (regra secundária fundamental), pois, apenas por seu intermédio, seria possível distinguir as regras jurídicas daquelas decorrentes de outros sistemas normativos. Mesmo diante da sofisticação do empreendimento teórico de Hart frente ao de Austin, Dworkin entende que ambos se aproximam por reconhecerem que as regras jurídicas possuem zonas de imprecisão, de modo que,

¹¹⁹ Em suas palavras: 'Este é apenas o esqueleto do positivismo. A carne é distribuída diferentemente por diferentes positivistas e alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos. As diferentes versões diferem sobretudo na sua descrição do teste fundamental de pedigree que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 29.

¹²⁰ AUSTIN, John Langshaw. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 29-30.

¹²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 31-35.

nos casos mais difíceis, não restaria alternativa senão uma concessão à discricionariedade judicial¹²³.

Caminhado em sentido oposto, Dworkin questiona a existência ou a suficiência desse teste formal de identificação das regras jurídicas, bem como a ideia de que o Direito seria composto por um conjunto limitado de regras e que, inevitavelmente, abriria espaço para o poder discricionário. Em suma, o jusfilósofo norte-americano argumenta que:

O positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não regras¹²⁴.

Partindo de uma análise casuística, Dworkin denota que essa imagem juspositivista do Direito não corresponde à prática jurídica e, ademais, apresentaria outros problemas (práticos), tais como a insustentabilidade do conceito de obrigação jurídica e a aplicação de um Direito criado após a ocorrência do fato levado a apreciação judicial.

Dworkin, observando o modo como os juízes decidem os casos difíceis e a argumentação dos advogados, percebe que eles trabalham com outros padrões (normativos) que transcendem o mundo de regras. Esses *standards* seriam os princípios¹²⁵ (*principles*) ou as diretrizes políticas (*policies*).

Em *Riggs v. Palmer*¹²⁶, demonstra que recorreram a máximas gerais e fundamentais da *Common Law* como a ideia de que a ninguém seria permitido

¹²³ Nesse sentido, declara: ‘Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo uma “textura aberta”) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos meios por meio de nova legislação’. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 35.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 36.

¹²⁵ Neste capítulo a abordagem sobre os princípios estará circunscrita ao seu lugar na argumentação crítica de Dworkin ao Juspositivismo, os contornos teóricos serão pormenorizados no capítulo subsequente.

¹²⁶ *Riggs v. Palmer* foi julgado no Tribunal de Nova Iorque em 1889. No caso, um jovem chamado Elmer assassinou seu avô por envenenamento, temendo que ele modificasse o testamento em que o neto era o maior beneficiário em virtude de recente casamento. As filhas do falecido eram *residuary legates*, assim, caso Elmer não pudesse herdar, elas teriam direito à herança. Desse modo, ingressaram com uma ação alegando que o jovem perdera seu direito em virtude do crime que cometeu. Houve divergência: o juiz Gray defendia uma interpretação literal, logo, inexistia essa exceção ao assassino, e Elmer deveria receber a herança. Ademais, arguia que não poderia haver punição não previamente estabelecida, e o jovem já havia sido penalizado pelo crime cometido. Em caminho oposto, e representando a maioria dos juízes, o juiz Earl defendia que a intenção dos legisladores deveria ser levada em consideração. Desse modo, seria um absurdo

aproveitar-se de sua fraude, retirar vantagem de seu próprio erro, fundar uma demanda judicial em sua própria iniquidade ou, ainda, adquirir propriedade através de seu próprio crime. Sobre essas bases, o homicida do testador não recebeu sua herança conforme prescrevia o testamento, contrariando o conjunto de regras que não trazia esse impedimento. Em outras palavras, se a decisão jurídica seguisse a previsão (expressa) das regras atinentes à matéria, o resultado final seria diametralmente oposto.

No caso *Henningsen v. Blomfield Motors, Inc*¹²⁷, a questão a ser decidida referia-se à limitação da responsabilidade do fabricante diante de defeitos do veículo. O contrato, legalmente válido, dizia que a garantia somente abrangeria peças defeituosas. Todavia, Henningsen argumentou, sem conseguir apontar uma regra, que a empresa deveria também se responsabilizar pelas despesas médicas ocorridas em virtude de um acidente ocasionado pelo vício do automóvel. Foram levantados vários padrões; porém, nenhum considerado como uma regra jurídica. Por fim, o tribunal decidiu que mesmo o contrato definindo de modo diverso, a empresa deveria arcar com a indenização.

Diante de análise de casos como esses, Dworkin concluiu que poderíamos compreender os princípios jurídicos como normas jurídicas tão vinculantes como as

pensar que os legisladores de Nova Iorque, a quem competia a Lei dos testamentos, tivessem almejado que homicidas pudessem herdar em razão do próprio crime. Juntamente com essa argumentação, trouxe à baila a necessidade de serem também considerados princípios de justiça, entendendo a lei como parte desse sistema, sendo necessário, portanto, haver uma coerência. Nessa linha, manifestou o reconhecimento jurídico do princípio que vedava alguém a tirar proveito da própria fraude, e esse princípio deveria usado na interpretação da legislação testamentária. Dessa forma, a decisão deferiu o pedido das herdeiras e impedindo Elmer de receber a herança, mesmo não havendo óbice legal (expresso) para tanto. In: CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 1. ed. Curitiba: JM, 1995. p. 167-169.

¹²⁷ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* foi julgado pelo tribunal de Nova Jersey em 1960. Henningsen comprou um veículo em cujo contrato constava que a responsabilidade do fabricante estava limitada à reparação de danos a partes defeituosas. Em virtude de acidente ocasionado por defeito no automóvel, ele ingressa com uma ação requerendo do fabricante indenização por despesas médicas e demais gastos relativos aos outros envolvidos no acidente. O caso gerou discordâncias: alguns sustentavam que não havia fraude, que quem não leu o contrato não poderia, posteriormente, eximir-se de sua aplicação, reforçando os dogmas básicos da autonomia da vontade e da liberdade dos contratantes. Outros defendiam que a liberdade do contrato não é imutável, podendo haver alguma modificação. Por fim, entenderam que na sociedade americana o automóvel era um bem essencial e que não admitir uma responsabilização que contemple os danos conexos seria expor os consumidores à riscos constantes. Desse modo, os contratos de compra e venda deveriam ser analisados no sentido de certificar se os interesses dos consumidores e do público em geral foram devidamente respeitados. Junto com esse argumento, teve relevância o princípio que os tribunais não seriam usados como instrumento de injustiça ou de iniquidade. Assim, conferiram direito à indenização mesmo com um contrato que resguardava o fabricante. In: CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 1. ed. Curitiba: JM, 199. p. 170-172.

regras; ou entendermos que não são normas jurídicas e, por isso, seriam *standards* externos ao Direito, de modo que o juiz ou o tribunal teriam liberdade para aplicá-los ou não¹²⁸. Longe de ser uma diferença irrelevante, essa diferença revela dois modos distintos de conceber o Direito, e com significativas consequências práticas. Se os princípios não são cogentes como as regras, como pensar a obrigação jurídica quando eles são aplicados nos casos em que não há regras ou quando as regras são afastadas? Como se configuraria o direito das partes de não serem surpreendidas por um direito criado *ex post facto*?

Os princípios, enquanto normas jurídicas, apontam para a falência da regra de reconhecimento. Para Dworkin, o teste de *pedigree* proposto por Hart não consegue filtrar os princípios, porque apenas consegue reconhecer a regra diante do seu manifesto caráter institucional que permitiria uma identificação de origem independentemente de seu conteúdo. Já os *principles* não seriam facilmente identificados por sua linhagem; ao contrário, seriam encontrados e forjados ao longo do tempo e estariam em constante transformação. Ademais, sua obrigatoriedade provém de serem exigências de justiça, de equidade (*fairness*) ou de alguma dimensão de moralidade. Consequentemente, sua juridicidade depende de uma justificação (moral), uma situação inconcebível à época para um juspositivista.

Com isto, Dworkin também afrontou, no dizer de Ronaldo Porto, a tese do caráter descritivo da teoria do Direito. Tradicionalmente, essa premissa acompanha(va) as teorias analíticas do Direito, sobretudo, o Positivismo Jurídico, e foi um dos pontos em que Hart não se contrapôs a Austin¹²⁹, que afirmava: *'The existence of law is one thing; its merit and demerit another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry'*. Desse modo, distinguindo o Direito que é daquele que deveria ser, caberia à teoria apenas descrever e não justificar a prática¹³⁰. Sendo o Direito formado por normas jurídicas que demandam uma justificação substancial para a sua existência e aplicação, uma postura meramente descritivista seria incapaz de retratar o fenômeno jurídico em sua inteireza.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 47.

¹²⁹ AUSTIN, John Langshaw. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 157.

¹³⁰ Conforme será desenvolvido no último tópico deste capítulo, essa limitação também se relaciona com a influência que Hart sofreu da Filosofia da Linguagem Ordinária.

O jusfilósofo norte-americano considerava os princípios jurídicos como normas tão obrigatórias quanto as regras¹³¹ e, por isso:

- a) Entende o Direito para além de um sistema exclusivo de regras;
- b) Afasta a regra de reconhecimento como critério de identificação último do Direito;
- c) Critica a discricionariedade judicial, pois mesmo que não houvesse regras, ainda assim existiriam os princípios como norteadores vinculantes da decisão judicial;
- d) Consegue explicar o fundamento da obrigação jurídica para os casos difíceis;
- e) Proporciona maior respeito ao devido processo legal (*due legal process*), pois a apreciação judicial se daria a partir do Direito existente;
- f) Insere uma relação necessária entre direito e moral;
- g) Propõe uma teoria que não apenas descreve, mas justifica, porque essa seria a forma mais adequada de ler o fenômeno jurídico.

2.5 Dworkin e a crítica madura ao Positivismo

Com a publicação do *Império do direito*, em 1986, há um inegável amadurecimento na construção teórica de Dworkin e delinea-se com maior precisão uma fase mais construtiva de seu pensamento em relação à primeira, de matiz mais crítica¹³². Consequentemente, esse refinamento também atingiu sua dissonância ao Positivismo Jurídico, que ganhou mais profundidade, mais espessura.

¹³¹ O termo *regra* é tomado, aqui, dentro de uma perspectiva estritamente jurídica, não no sentido mais amplo da Filosofia da Linguagem Ordinária, conforme já abordado.

¹³² Nesse sentido, Alfonso García Figuerola diz: *'El pensamiento dworkiniano parece evolucionar desde una crítica al positivismo jurídico (aún que no solo a él) fundamentalmente em Los derechos en serio, hacia la construcción, afirmativamente, de una teoría del derecho ("el derecho como integridad") en El imperio de la justicia [...]'. Es posible, por tanto, analizar con cierta independencia la pars destruens y la pars construens de la obra de Dworkin [...]'*. In: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 239. Importante registrar que este modo de subdividir a obra de Dworkin sem uma fase de transição pode ser resultado da proximidade temporal entre as publicações de *Uma questão de princípio* (1985) e o *Império do direito* (1986). Isso ocorre em virtude dessa última obra ter monopolizado os estudos acadêmicos, deixando a anterior sem uma

O equívoco filosófico do Positivismo Jurídico estaria em sua limitação em tentar desenvolver um conceito (meramente) semântico de Direito, baseado no uso, de modo a criar um impedimento, uma barreira para a compreensão adequada dos diversos tipos de desacordos presentes na prática jurídica.

A esse entrave, Dworkin dá o nome de “agulhão semântico”¹³³ (*semantic sting*). Essa tentativa de conceituar o Direito (ainda que a partir do seu uso) seria problemática, pois o Direito, mais do que uma questão de fato, é uma prática interpretativa. Os conceitos interpretativos¹³⁴ – como o Direito – exigiriam dos

análise mais pormenorizada. Dessa forma, há certa aparência que houve um salto da fase da crítica para aquela de maior formulação teórica, uma vez que em *A Matter of principle* já é perceptível este encaminhamento. BONORINO, Pablo Raúl. **Objetividad y verdad em Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 37.

¹³³ Dworkin afirma que: ‘Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses. Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda. Se essa imagem simples das circunstâncias em que a verdadeira divergência é possível esgota todas as possibilidades, ela deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito. É então que se coloca o dilema que exponho a seguir. Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito. [...] Infelizmente, para essas teorias, a imagem do que se torna a divergência possível ajusta-se mal aos tipos de divergência que os advogados realmente têm. Ela é coerente quando os advogados e juízes divergem sobre os fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei, ou quais eram os fatos em alguma decisão judicial anterior. Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica. Os filósofos do direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periféricas das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência’. In: DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 55-56.

¹³⁴ Sobre os conceitos interpretativos, Dworkin apresenta exemplarmente o conceito de vencer um assalto no boxe. Esse conceito é compartilhado mesmo com divergências a respeito de quem venceu um determinado assalto ou acerca dos critérios usados para decidir tal questão. As respostas para estes questionamentos dependeriam da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, assim como de outros fenômenos do boxe, resultando numa decisão

participantes uma reflexão sobre o que constitui a própria prática, bem como um questionamento a respeito desse construto. Ou seja, a possibilidade de um diálogo dentro do jogo de linguagem do Direito não poderia necessariamente pressupor que os falantes estejam de acordo sobre o que ele é e, principalmente, qual o seu sentido para uma determinada ação específica.

Uma teoria semântica como o Juspositivismo sustenta que, ‘a menos que os advogados e juízes compartilhem de critérios fatuais sobre os fundamentos do direito, não poderá haver nenhuma ideia ou debate significativos sobre o que é direito’¹³⁵. Assim, acreditariam que a mera existência da discussão jurídica revelaria que há um compartilhamento e uma aceitação do que venha a ser o Direito. Como resultado, os desacordos jurídicos seriam tão somente empíricos.

Entretanto, Dworkin, analisando também a cotidianidade das práticas jurídicas, observa que parcela significativa das divergências jurídicas é teórica, ou seja, tangencia os fundamentos (*grounds*) do Direito. As partes no processo não debateriam por uma resposta judicial que esteja (apenas) formalmente adequada dentro de um marco institucional, mas, sobretudo, que represente o melhor direito possível ao caso (*the best it can be*), exigindo uma justificação, que não é simples exercício categorial.

Como o “agulhão semântico” impede uma explicação razoável acerca dos desacordos teóricos, Dworkin entende que as teorias semânticas devem ser abandonadas e substituídas por uma perspectiva que considere o Direito como um conceito interpretativo. Esse conceito é um pressuposto basilar de sua teoria jurídica.

Como decorrência, Dworkin apresenta outra crítica ao Juspositivismo, concernente à (im)possibilidade de uma teoria puramente descritiva do Direito. Conforme já abordado, Hart tinha como intento descrever o fenômeno jurídico e não justificá-lo. Destarte, apresenta a “estrutura” do Direito, constituída pela união de regras secundárias e primárias, de modo que a juridicidade dos enunciados jurídicos seria aferida por essa filtragem “estrutural” e não por expressarem a melhor interpretação desta prática.

específica de acordo com esse todo. In: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 17.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 54.

Nesse horizonte, Dworkin propõe uma teoria descritiva/ prescritiva/ justificatória, em que o dualismo entre uma proposição descritiva ou valorativa tão estimado nas correntes analíticas¹³⁶ – que distingue juízos de fato de juízos de valor, as descrições das prescrições – perde força, uma vez que, sendo disposições interpretativas, não seriam nem uma nem outra, mas uma simbiose de ambas¹³⁷. Sobre isto, Guest¹³⁸ explica que o jusfilósofo norte-americano:

Não tem como intento dispensar essas ideias de descritividade e normatividade. Em vez disto, ele quer que aceitemos a ideia de que, por sua natureza alguns conceitos, não são plenamente entendidos a não ser de maneira interpretativa. São conceitos que precisam ser investidos de algum significado que uma simples descrição não pode fornecer.

O Direito como uma práxis interpretativa/argumentativa exigiria uma teoria diferente daquela formulada pelo Juspositivismo que, limitada pelo “agulhão semântico”, não daria conta dos diversos desacordos característicos da prática jurídica. Ademais, enquanto um conceito interpretativo, seria inadequada uma postura meramente descritiva quando a própria “natureza” do fenômeno é a divergência e exige sempre uma justificação.

Na obra *Justice in Robes* (Justiça de Toga), Dworkin publicou um artigo intitulado *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, escrito anos antes para o *NYU Colloquium in Legal, Moral and Political Philosophy*. Nesse texto, procura contrapor algumas das respostas centrais de Hart expressas no Pós-escrito do *Conceito de Direito*, tais como o caráter descritivo da teoria jurídica.

Hart sustenta que o filósofo do Direito faria uma análise desde fora, descrevendo as condições de possibilidade para a prática. Dworkin argumenta que esta meta-teoria seria semelhante à meta-ética na Filosofia Moral. Nessa perspectiva, os juízos de valor como, por exemplo, “torturar crianças é errado”,

¹³⁶ Nesse sentido, Andrei Marmor afirma: ‘Hay que señalar que esto equivale a un ataque frontal contra la teoría analítica del derecho; Dworkin desafía su presuposición básica, esto es, que el concepto de derecho y la justificación de sus requerimientos particulares sean cuestiones separadas’. In: MARMOR, Andrei. **Interpretación y teoría del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1992. p. 55.

¹³⁷ Acerca das proposições jurídicas em Dworkin, Bonorino declara que: ‘Pertencen a un género intermedio que comparte elementos de ambos tipos de proposiciones, pero que no puede identificarse exclusivamente con ninguno de los dos. Esta necesidad es la que no lleva a explorar una concepción de la interpretación capaz de entenderla como una forma específica de conocimiento’. In: BONORINO, Pablo Raúl. **Objetividad y verdad em Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 39.

¹³⁸ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28.

seriam avaliados não em seu conteúdo “substancial”, mas em suas condições de inteligibilidade. Desse modo, alguns diriam que seriam verdadeiros ou falsos se descrevessem um fato moral independente do olhar do observador. Por outro lado, outros sustentariam que esses juízos não podem ser verificados quanto à sua veracidade ou falsidade, pois são expressões subjetivas de preferências, de emoções ou de meras recomendações.

Nessa linha, Hart argumentaria que os dois projetos são paralelos e não antagônicos, uma vez que ele faria uma descrição neutra do conceito Direito em sua estrutura singular, e Dworkin argumentaria sobre uma teoria voltada para os conteúdos concretos do Direito nas decisões judiciais. Ou seja, Hart, focado em questões de segunda ordem¹³⁹, diria que um determinado enunciado é jurídico, se preenchidos determinados requisitos, enquanto Dworkin, centrado em questões de primeira ordem, avaliaria se o enunciado revela (ou não) o melhor Direito ao caso.

O jusfilósofo norte-americano discorda dessa alegação de uma possível complementaridade teórica, já que o empreendimento hartiano falha em não reconhecer que o ‘argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral’¹⁴⁰. Desse modo, meras descrições neutras seriam inadequadas quando o que se está em jogo num processo é ‘qual desses conjuntos de princípios concorrentes oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termos morais’¹⁴¹.

A diferença seria acentuada em saber qual é a teoria mais adequada ao Direito diante de suas idiosincrasias. A esse respeito, Dworkin¹⁴² diz que:

Talvez eu esteja certo ao pensar que juristas e juízes devam emitir juízos de valor para encontrar o direito em todos os casos difíceis. Porém, caso eu esteja certa a este respeito, insiste Hart, só o estaria porque minha exposição da prática jurídica é melhor enquanto uma descrição de segunda ordem dessa prática do que a dele. Portanto, divergimos não apenas sobre o modo de identificar o direito, mas também sobre que tipo de teoria constitui uma resposta geral a esta questão. Ele acreditava que tal teoria é apenas e puramente uma descrição da prática jurídica. Eu acredito que ela é uma interpretação da prática jurídica que faz alegações morais e éticas e nelas se fundamenta.

¹³⁹ Em linhas gerais, as questões de primeira ordem estariam relacionadas aos conteúdos concretos dos enunciados jurídicos, já as questões de segunda ordem referem-se ao estatuto semântico, ontológico e/ou metafísico desse conteúdo.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 205.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 205.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 206.

O problema partiria de uma compreensão de base a respeito do tipo de conceito em que o Direito se insere. Conforme afirmado anteriormente, Dworkin entende que o Direito é um conceito interpretativo e não um conceito baseado em critérios (aqueles que existem a partir do compartilhamento de uma definição, aproximada ou precisa, que estabelece critérios de aplicação¹⁴³) ou de espécies naturais (aqueles que são exemplificados a partir de uma estrutura física ou biológica natural¹⁴⁴). Ademais, seria também um conceito político¹⁴⁵, uma vez que as argumentações jurídicas referem-se a proibições, permissões, exigências e fundamentos do Direito de um determinado local, dentro de uma imensa prática social. Sendo o Direito um conceito interpretativo e político, não seria possível uma teoria neutra. Assim, Dworkin¹⁴⁶ afirma:

[...] a concepção de Hart não é neutra na argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta as fontes tradicionais do direito.

Noutro passo, Hart sustentou que um juiz ou tribunal poderiam utilizar-se de critérios morais em sua decisão se o Direito identificado pelas fontes sociais os tivesse incorporado. Dworkin refuta essa ideia, uma vez que, constantemente, novos casos emergem, de forma que qualquer antecipação, nestes termos, sempre os deixaria sem uma resposta jurídica adequada. Além disso, analisando vários casos (difíceis), o jusfilósofo percebe que os juízes e tribunais já desenvolvem essa argumentação moral independentemente de um reconhecimento (prévio) realizado pelas fontes sociais.

2.6 A defesa de Hart

Diante das intensas críticas formuladas por Dworkin, Hart apresentou alguns contrapontos em defesa de sua construção teórica¹⁴⁷. O jusfilósofo inglês, no ensaio

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 15-16.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 16-17.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 230.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 233.

¹⁴⁷ Os argumentos de Hart foram extraídos destes três textos: o ensaio *A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho*; a conferência *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, proferida na Universidad Autónoma de Madrid em 29 de outubro de 1979 a convite do departamento de Filosofía del Derecho e o pós-escrito do *Conceito de Direito* publicado

A teoria do Direito norte-americano pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho (1977), apresenta duas perspectivas antagônicas e procura demonstrar que não estaria situado em nenhuma dessas extremidades.

Inicialmente, reconhece que a teoria jurídica norte-americana se diferencia da tradição inglesa, dentre outros aspectos, principalmente por focalizar o problema do processo judicial, o *modus operandi* dos juízes ou tribunais, ou da maneira como deveriam agir em casos específicos¹⁴⁸. Em resumo, entende que a explicação desse fato estaria no papel da Suprema Corte no *judicial review* e na ideia do devido processo legal substantivo. Os modos encontrados para explicar esse estado de coisas seriam as duas posições que ele denomina como Pesadelo e Nobre Sonho.

O Pesadelo corresponderia ao realismo jurídico norte-americano das décadas de 1920 e 1930. Em linhas gerais, essa corrente sustentava que ‘os juízes criam direito que aplicam às partes e de que não são declaradores imparciais e objetivos da lei existente’¹⁴⁹. Exemplarmente, cita a famosa frase de Holmes: ‘Profecias sobre o que os tribunais farão na prática, e nada mais pretensioso, é o que chamo de Direito’¹⁵⁰. Todavia, esses *slogans* não representavam com exatidão o ideário do movimento, tanto que o próprio Holmes possuía uma concepção moderada quanto à função dos juízes enquanto legisladores, que seria apenas intersticial. No campo teórico, essa corrente propunha um retorno à experiência judicial ao invés de um formalismo estéril.

Hart afirma que esse movimento foi importante por dois aspectos: a) o primeiro referia-se, no mínimo, a uma suspeita que os juristas deveriam ter em relação à ideia de que as regras e os precedentes seriam limitações fortes e completas que impediriam que os tribunais utilizassem de considerações extrajurídicas; b) o segundo tratava acerca da identificação e discussão aberta

após a morte do autor, em 1994. Cumpre destacar que a exposição dos argumentos é genérica, resumindo-se aos pontos centrais, pois que uma análise amíúde fugiria das pretensões deste estudo.

¹⁴⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.138.

¹⁴⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.142.

¹⁵⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.143.

destas considerações extrajurídicas, ao contrário de um comportamento ardiloso que intentava incluir convicções pessoais ao Direito¹⁵¹.

Do outro lado estaria o “Nobre Sonho” defendendo que, mesmo diante de uma indeterminação legal, haveria sempre uma lei existente em algum lugar e que os juízes poderiam e deveriam aplicá-la ao caso, entretanto sem recair numa concepção (universalista) de Direito natural. Ao contrário, partiam de um olhar mais particularista voltado para um determinado sistema jurídico, seus fins e valores legalmente tutelados numa dada sociedade.

Dentro desse horizonte, a decisão jurídica não se daria, mesmo nos casos difíceis, *ex nihilo*; ao revés, estaria sempre dentro do *background* de um sistema de regras, princípios e valores no qual encontraria significativo respaldo social. Assim, Pound afirmava ser uma visão muito reduzida enxergar apenas as regras no sistema jurídico, devendo haver o reconhecimento dos princípios gerais e amplos, explícitos ou implícitos. Portanto, sustentava uma abordagem holística de análise do fenômeno jurídico. Ressaltando o caráter normativo dos princípios, Hart¹⁵² traz a seguinte citação de Pound:

Tais princípios não servem meramente para explicar as normas em que se manifestam, mas constituem orientações gerais de decisão quando normas específicas parecem indeterminadas ou ambíguas, ou quando não parece haver uma regra de autoridade relevante, explicitamente formulada.

A versão contemporânea do “*Noble Dream*” seria representada por Dworkin, o “maior sonhador de todos” e com maior refinamento filosófico que seus predecessores. Desenvolvendo-se dentro da mesma tradição de Pound e Llewellyn, Dworkin afirmava que ‘mesmo no mais difícil dos casos difíceis em que cada uma de duas interpretações alternativas de uma lei, ou de duas regras conflitantes, parece encaixar-se igualmente bem no Direito já claramente estabelecido, o juiz jamais deve legislar’¹⁵³. Hart¹⁵⁴ continua explicando que:

¹⁵¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 147-148.

¹⁵² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 150.

¹⁵³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 154.

¹⁵⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp.154-155.

Segundo essa nova teoria, o juiz, não importa quão difícil o caso, jamais deve determinar o que a lei deve ser; ele está limitado a dizer o que acredita que a lei é diante da decisão que deve tomar; embora, é claro, ele possa estar errado. Isto significa que ele deve sempre supor que, para cada caso que se possa conceber, há uma solução que já é lei antes dele decidir o caso e que aguarda ser descoberta. Ele não deve supor que a lei seja, em qualquer momento, incompleta, inconsistente ou indeterminada; se assim lhe parecer, a falha não está nela, mas na limitada capacidade de discernimento do juiz, de modo que não há lugar para um juiz legislar ao escolher entre alternativas sobre o que o direito deve ser.

O jurista inglês contrapõe a concepção dworkiniana pois acredita que, quando o juiz avançasse aos princípios gerais do Direito, encontraria vários princípios que poderiam igualmente amoldar-se ao Direito gerando, por consequência, diferentes soluções ao caso. Dworkin argumentaria que, nessas situações, deveria haver uma ampliação para tangenciar questões de justiça e moralidade política. Entretanto, Hart persiste na sustentação de que, nesse contexto, não haveria um teste público para verificação da resposta correta, de modo que a discricionariedade judicial seria inevitável.

O que fica implícito – e que será explorado na última parte deste capítulo – é que Hart aparenta manter uma atitude não-cognitivista quando se avança para questões de justiça e moral, sendo os juízos de valor expressões não objetivas. Como resultado, se a decisão judicial necessitasse ir além dos limites estabelecidos pela regra de reconhecimento, então estaria além do espaço da objetividade, tornando insustentável a tese da *one right answer*.

Para Hart, o fenômeno jurídico não seria nem o “Pesadelo”, tampouco o “Nobre Sonho”. Mesmo ciente de que, em alguns casos, a discricionariedade seria inexorável, essa não seria a prática comum, e sim apenas excepcional; contudo, a existência da discricionariedade apontaria para uma realidade em que não seria possível diagnosticar a resposta certa, não passando de uma quimera a crença num sistema que sempre vincule ou direcione, de modo conclusivo, a atividade jurisdicional.

No final de outubro de 1979, Hart proferiu uma conferência na Universidade Autônoma de Madrid com o título *El nuevo desafío del positivismo jurídico*¹⁵⁵. Nessa conferência, o jurista inglês continua sua defesa aos ataques teóricos de Dworkin.

¹⁵⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e Juan Ramón Páramo. Original inédito. **Sistema**, n. 36, p. 3-18, mai. 1980.

Primeiramente, destaca que o Positivismo Jurídico apresenta-se como um movimento plural que abarca muitas vertentes e autores, contudo, parte de três teses que ele considera centrais, e que estariam presentes em Bentham, Austin e em sua própria teoria, como também em obras de juristas denominados de antipositivistas.

A primeira trata da separação conceitual entre Direito e Moralidade, separação na qual, mesmo havendo várias conexões entre ambos, essas conexões seriam apenas contingenciais. Isto é: não seriam nem logicamente nem conceitualmente necessárias. Citando Austin, Hart afirma que o cientista do Direito, “Expositor”, tem que incluir em suas análises as leis más, iníquas, pois ele não é um crítico moral, “El Censor”, a quem competiria esse tipo de leitura. Desse modo, pensar uma vinculação necessária entre Direito e Moral seria uma característica jusnaturalista, porém os não-positivistas, a exemplo de Dworkin, se apresentam como uma terceira via em que nem sempre o juridicamente correto seria também moralmente correto.

A segunda tese seria a das fontes sociais do Direito. Essa tese susteria que deveria haver uma prática social determinante às fontes, critérios ou aos testes últimos de identificação do Direito.

Não obstante a crítica de Dworkin à regra de reconhecimento, Hart entende que não há razão alguma para que a regra não possa identificar certos princípios pelo seu conteúdo e exigir que sejam critérios para validade jurídica. Inclusive essa *master rule* poderia prever que fosse utilizado o procedimento do juiz Hércules como um modo de identificar o Direito. A regra de reconhecimento não se limitaria a um teste de *pedigree*; diferentemente, seria uma prática social complexa que pode manifestar o uso de outros critérios de identificação.

Desse modo, mesmo que houvesse a incorporação de princípios morais, isso não refutaria a tese da separação conceitual entre Direito e Moral, uma vez que tais padrões não são aplicados por sua própria força (*ex proprio vigore*), mas devido a uma inclusão contingente.

Ademais, Hart sustenta que o objetivismo moral presente na teoria de Dworkin é fundamental para suplantar a discricionariedade. Entretanto, argumenta que o juiz Hércules¹⁵⁶, ao final, não aplica um Direito preexistente, mas o cria. Pois,

¹⁵⁶ A metáfora do Juiz Hércules será tratada no próximo capítulo. Em síntese, este juiz idealizado teria a capacidade sobre-humana e paciência infinita e seria capaz de desenvolver uma resposta que

inexistindo fatos morais objetivos, Hércules, ao decidir e determinar a teoria do direito mais sólida e que oferece a melhor justificação, estaria expressando suas preferências pessoais, mesmo depois de uma consideração imparcial das consequências de uma outra decisão. Isso não seria um descobrimento de uma preexistente moral objetiva constituinte do Direito, mas um ato de criação judicial, e, portanto, discricionário. A tarefa de descobrir o Direito existente somente teria sentido se os méritos morais das teorias conflitantes fossem um fato moral objetivo preexistente.

A terceira e última é a tese da Discricionariiedade Judicial. Essa tese parte do reconhecimento de que existiriam casos em que não haveria uma decisão específica determinada no sistema jurídico, de modo que seria o Direito parcialmente incompleto e indeterminado. Diante dessa realidade, o juiz criaria Direito, ainda que haja algumas limitações jurídicas às quais o legislador não estaria sujeito. Os antipositivistas discordariam, tendo em vista que esse diagnóstico partiria de uma imagem equivocada da prática jurídica. Analisando a argumentação dos advogados bem como as decisões judiciais, arguem que não se percebe uma criação original; ao contrário, se denota uma busca por um Direito preexistente. Além disso, sustentam que a discricionariiedade seria antidemocrática – pois já que os juízes não teriam sido votados para criar Direito, faltar-lhes-ia legitimidade política – e injusta – porque seria aplicado um Direito criado *ex post facto*.

Hart contra-argumenta apresentando que essa análise argumentativa deveria ser tomada com cautela, pois uma larga tradição doutrinária formada por vários juristas já sustentava que, mesmo havendo uma separação funcional entre Legislativo e Judiciário, este último legislaria intersticialmente nos casos não previamente regulados pelo Direito. Ou seja, esta atuação dos atores jurídicos daria apenas a aparência de um Direito completo, quando na realidade ele não é, fato que foi percebido há muito por teóricos do Direito.

produza consonância entre a intenção legislativa e os princípios jurídicos. Hércules consegue visualizar os princípios abstratos e concretos que conferem uma justificação coerente a todos os precedentes da *Common Law*, bem como as disposições constitucionais e legislativas. Ademais, diante de um caso concreto elabora uma teoria acerca das decisões e princípios atinentes ao caso no intuito de encontrar o argumento que melhor justifique a sua decisão. Assim, Dworkin entende esta tarefa não se resume 'a um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p.167.

O jurista ainda alega que, para uma eliminação da discricionariedade judicial deveria, existir um conjunto de princípios de ordem superior que estabelecessem pesos e prioridades aos princípios encontrados na ordem inferior. Como isso inexistente, sempre haveria a possibilidade de um juízo discricional.

Quanto à sua suposta inadequação à democracia, o jusfilósofo inglês afirma que isso pode ser entendido como um preço menor diante de outros meios alternativos, e que os sistemas democráticos já contemplam, com certas restrições, um compartilhamento funcional entre os poderes estatais. No que tange à alegação de injustiça por frustrar as expectativas de uma apreciação judicial em conformidade ao Direito preexistente, essa apreciação perderia sua força nos casos difíceis onde não há clareza sobre o que o Direito dispõe, tornando, assim, muito frágeis estas expectativas.

No Pós-escrito do *Conceito de Direito*, Hart sintetizou sua defesa em três argumentos:

- 1) O primeiro refere-se a uma interpretação equivocada de sua teoria por Dworkin no que diz respeito à necessidade de uma aceitação unânime da regra de reconhecimento como requisito de sua existência;
- 2) O segundo apresenta reafirmações de suas teses, como a separação entre Direito e Moral e a discricionariedade judicial, declarando que as críticas dworkinianas são insuficientes;
- 3) Por fim, Hart aceita alguns *gaps* de sua teoria – como a pouca atenção aos princípios jurídicos – e sugere adaptações a fim de que sua proposta teórica seja refinada em alguns pontos.

O jusfilósofo inglês persiste na sustentação de que:

Em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto¹⁵⁷.

¹⁵⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 335.

Nesses casos, o juiz usaria o poder discricionário (de modo limitado) possibilitando a criação do Direito. A discricionariedade judicial não seria uma carta branca para que o juiz, esquecendo-se de todos seus livros jurídicos, decidisse como lhe bem aprouvesse, ao contrário seria: a) limitada, isto é, difere do legislador, pois se limita ao caso concreto e não pode ser ampliada, por isso seus poderes são intersticiais e estão sujeitos a constrangimentos substantivos e b) de forma não arbitrária, devendo aduzir razões gerais que justifiquem a agir como se fosse um legislador consciencioso/cauteloso, decidindo conforme suas próprias crenças e valores.

Quanto à questão da teoria descritiva do direito, Hart reconhece que o seu projeto teórico é radicalmente diferente daquele apresentado por Dworkin. Enquanto ele procuraria fornecer uma teoria geral e descritiva, não particularista, o jusfilósofo norte-americano desenvolveria uma análise avaliativa e justificatória de um sistema jurídico concreto. Dessa forma, compreende que haveria espaço para as duas abordagens, e que não haveria entraves para uma postura descritivista feita por um observador externo, o que Dworkin não reconheceria tendo em conta que isso limitaria a teoria do Direito a uma teoria da decisão e julgamento em concreto.

2.7 Uma (des)leitura do debate Hart-Dworkin

Após toda essa abordagem, que procurou compreender o *Conceito de Direito* articulando-o com suas bases filosóficas, bem como reconstruir os principais argumentos do debate Hart-Dworkin, cumpre agora a realização de uma (des)leitura¹⁵⁸ com enfoque no tema central deste estudo. Isto é, verificar as limitações (filosóficas) do projeto hartiano e como os princípios jurídicos foram usados, nesse primeiro momento, como enunciadores dessa realidade.

Conforme visto anteriormente, Hart desenvolve uma teoria jurídica sob os aportes da Filosofia da Linguagem Ordinária, o que lhe permitiu significativos

¹⁵⁸ A ideia de desleitura tem inspiração em Harold Bloom. O olhar para um texto é, na realidade, uma abertura para as diversas (inter)relações de textos. A leitura se perfaz então como um ato crítico de constante (des)apropriação de sentidos. In: BLOOM, Harold. **Um mapa da desleitura**. Rio de Janeiro: Imago, 1995. No presente estudo, o debate Hart-Dworkin é “deslido” no intuito de ir além do mero embate argumentativo para reconstruir o *background* filosófico subjacente. Num sentido mais coloquial, o termo é usado para expressar o intento de se fazer uma leitura distinta daquela comumente realizada, em geral, limitada em expor argumentos, ou em contrapor Hart e Dworkin enquanto concepções antagônicas, não presumindo que poderiam existir continuidades e descontinuidades nesse processo.

avanços, mas também algumas restrições. Ademais, não intentava um rompimento com a tradição juspositivista; ao revés, mesmo fazendo as correções que entendia necessárias, manteve o quanto possível seus postulados basilares.

A objetividade no Direito, então buscada sob uma concepção fisicalista de mundo a partir de lugar nenhum, em Hart é ressignificada e passa a ser compreendida a partir do olhar dos participantes em seus contextos sociopráticos. Passa a ser compreendida a partir de propostas teóricas reduzidas aos fatos brutos que ou declaravam como *nonsense* termos como “direito subjetivo” por não representarem nenhum estado de coisas “real” ou apenas desenvolviam meta-teorias para dizer as circunstâncias em que expressões como essa teriam sentido, como se conceitos fossem extensionais. O jurista inglês percebe que o Direito é um fato institucional que se apresenta como um jogo de linguagem no interior de uma forma de vida.

Partindo dessa imagem, qual seria o papel do filósofo do Direito? A resposta de Hart seria: apenas descrever, sem justificar. Isso coaduna com o Positivismo Jurídico e também encontra respaldo na filosofia da linguagem comum. A tradição juspositivista em geral, ao menos em sua perspectiva metodológica¹⁵⁹, caracteriza-se por desenvolver

um modo “neutro”, “objetivo” e descritivo de compreender o fenômeno jurídico. Nesta descrição, deveriam ser afastados quaisquer juízos valorativos, estando a metodologia fundada somente em fatos empiricamente observáveis¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Esta adjetivação refere-se à clássica tripartição dos aspectos do Positivismo Jurídico proposta por Norberto Bobbio na obra *o Problema do Positivismo Jurídico*. Na obra, o jusfilósofo italiano apresenta o referido paradigma como metodologia, como teoria e como uma ideologia. Enquanto metodologia significaria um modo “neutro”, “objetivo” e descritivo de compreender o fenômeno jurídico. Nesta descrição deveriam ser afastados quaisquer juízos valorativos, estando fundada somente em fatos que passassem pelo crivo da empiria. Como teoria, o Juspositivismo seria um guarda-chuva que abriga diversas correntes teóricas, concepções e teses sobre o direito positivo e a estrutura do ordenamento jurídico. Exemplificando, cita a concepção legislativa, coativa e imperativa do direito bem como a ideia de coerência e completude do sistema. No que tange às fontes, o direito seria constituído de forma exclusiva e predominante por preceitos legislativos, sendo que esta acepção estaria muito próxima de um estatismo jurídico. Como ideologia, expressaria uma atitude valorativa diante do direito posto. Essa seria a exigência moral de que as regras juridicamente estabelecidas devessem ser obedecidas. Levada às últimas consequências, essa acepção afirmaria um cumprimento irrestrito do direito positivado independente de seu conteúdo. In: BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. México: Distribuciones Fontamara, 1995.

¹⁶⁰ MATOS, Daniel Ortiz; STRECK, Lenio Luiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. **Revista UNIFESO – Humanas e Sociais**, Alto Teresópolis, v. 1, n. 1, p. 120-140, 2014. Disponível em:

Mesmo discordando da utilização dos métodos das ciências naturais ao Direito¹⁶¹ que fazia o Juspositivismo de Austin¹⁶², Hart mantém a concepção de que a teoria deveria somente descrever o Direito, sem justificá-lo. Juntamente com essa influência, nos parece que o jusfilósofo inglês pode ter encontrado também em Wittgenstein um apoio para a manutenção desse ideal descritivista. Nesse sentido, são elucidativos os seguintes excertos das *Investigações Filosóficas*:

§ 124. A filosofia não deve, de modo algum, tocar no uso efetivo da linguagem; em último caso pode apenas, descrevê-lo.
Pois também não pode fundamentá-lo.
A filosofia deixa tudo como está.

[...]

§ 126. A filosofia simplesmente coloca as coisas, não elucida nada e não conclui nada. – Como tudo fica em aberto, não há nada a elucidar. Pois o que está oculto não nos interessa¹⁶³.

Entendendo a linguagem enquanto um comportamento ordenado por regras, os filósofos descreveriam essa prática social assim como está e como se dá, sem buscar fundamentos últimos para além dela própria. Por conseguinte, caminhar para fora dos jogos de linguagem – e das formas de vida que os constituem – seria ir além daquilo que é condição de possibilidade para a compreensão do significado das palavras. O que resta, então, é uma descrição do funcionamento destes jogos a partir dos usos da linguagem¹⁶⁴. Desse modo, Searle em *Actos de habla: ensayo de*

<<http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifeso/humanasesociais/article/view/10>>. Acesso em: 26 jun. 2010. p. 134.

¹⁶¹ Conforme já abordado no tópico 2.2, Hart entendia que o fenômeno jurídico exigia uma metodologia hermenêutica, o que seria diverso do ideal científico almejado pela Jurisprudência Analítica desenvolvida na Inglaterra, sobretudo por Bentham e Austin, que ele tentava corrigir. Gianluigi Palombella, descrevendo essa corrente, declara que: 'A cientificidade da atividade de estudo do direito provém de se considerar o direito como um "fato", e não como um valor por realizar. O caráter factual do direito possibilita submetê-lo ao "método científico", método que esteja em condições de utilizar como critérios os princípios e a objetividade da ciência, como qualquer outra ciência do "real" (obviamente o paradigma científico é o das ciências naturais). A teoria do direito deve ser, portanto, separada da moral, exatamente por que o campo do dever-ser da moral concerne a valorações, enquanto o cientista do direito verifica, também como o auxílio da lógica, o direito como um fato, como um dado positivo, existente'. In: PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 121.

¹⁶² AUSTIN, John Langshaw. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

¹⁶³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999. §124 e § 126, p. 67.

¹⁶⁴ Nessa linha, Wayne Morrison explica que: 'A tarefa do pesquisador consiste em extrair os complexos funcionamentos dos diversos jogos de linguagem da racionalidade de nossos estilos de vida. Através desse procedimento, empenhamos-nos conscientemente em frustrar nosso desejo

filosofía del lenguaje vai manifestar seu intuito de enunciar as condições necessárias e suficientes para a realização dos atos de fala, e dessas condições extrair o conjunto de regras semânticas¹⁶⁵ que os caracterizam.

Neste diapasão, é aí que entendemos estar inserida a regra de reconhecimento de Hart. O Direito como um jogo de linguagem é instituído pela *master rule* – lembremos que com ela transpõe-se o período pré-jurídico – que identifica a juridicidade, ela não diz o que deve ser, mas se aquele dever pode ser. Dito de outro modo, funciona como as regras do xadrez: não definem o movimento que deve ser feito, mas determina se o movimento é possível. Ademais, ao fazer isso, constitui-se o próprio jogo distinguindo dos demais. Logo, quando alguém joga xadrez, não fica(ria) na dúvida sobre qual o jogo que está sendo jogado. Com a regra de reconhecimento poderíamos ter um critério social de verificação das normas jurídicas em distinção a normas de outras “naturezas”, como as morais ou as de cortesia.

Não obstante a sofisticação teórica do empreendimento hartiano, Morrison¹⁶⁶ questiona:

Todavia, de onde veem as regras, e o que determina sua alteração? Aqui começa a entrar em terreno muito problemático, ou em algo que podemos chamar de “limites metodológicos”. As regras acham-se inseridas numa prática; na verdade elas constituem a prática ou a instituição. Portanto, temos uma interação constitutiva entre as regras e a sociedade - as regras ajudam a constituir a sociedade, mas a sociedade cria regras. Por definição, regras e instituições diferentes produzirão regras deferentes de seus jogos sociais. Como podemos saber que práticas são melhores, e como saber quais são morais ou imorais? Em outras palavras, como podemos saber quais são certas e quais são erradas?

O(s) fundamento(s) para as ações não estaria(m) num esquema universal de razão pura, nem numa estrutura empírica profunda que a(s) condicionasse(m), tampouco no desejo arbitrário. Ao contrário, estaria(m) na compreensão do

de um ponto de vista transcendental que crie um reducionismo “falso” ao negar a necessidade de “explicar” o procedimento da “fundamentação” – em vez disso tentamos demonstrar os processos nos quais os limites do pensamento efetivo e da “realidade” vivida se tornam evidentes, ou confirmados, a partir de dentro das estruturas vivas das linguagens’. MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 432.

¹⁶⁵ SEARLE, John R. **Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje**. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990. p. 31.

¹⁶⁶ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 431.

funcionamento das nossas formas de vida. Mas qual seria a garantia da verdade? Sobre isso, podemos pontuar as seguintes considerações wittgensteineanas:

§ 217. Como posso seguir uma regra?” – Se isto não é pergunta pelas causas, é então uma pergunta pela justificação para o fato de que eu ajo segundo a regra *assim*. Se esgotei as justificações, então atingi a rocha dura e minha pá entortou. Estou então inclinado a dizer: é assim que eu ajo¹⁶⁷.

[...]

§ 241. “Assim, pois, você diz que o acordo entre homens decide o que é correto e o que é falso?” – Correto e falso é que os homens *dizem*; e na *linguagem* os homens estão de acordo. Não é um acordo sobre as opiniões, mas sobre o modo de vida¹⁶⁸.

Essa estratégia pragmatista em que os significados se dão pelo uso e o olhar se volta para contextos práticos de aplicação permitiu a Hart superar uma concepção fiscalista em que os enunciados jurídicos seriam apenas ilusões, ainda que úteis e necessárias, como também um voluntarismo em que as decisões seriam meros atos de vontade e, por isso, incontrolláveis. Todavia, também o limitava quanto à correção das proposições jurídicas que demandariam algo para além do próprio uso, senão poderia haver a legitimação de sistemas jurídicos iníquos. Isto é, a regra de reconhecimento poderia filtrar uma regra “injusta” que, assim, poderia ser aplicada simplesmente por ser Direito. Por certo, esta conclusão comprometeria o projeto hartiano, que seria apenas uma estrutura oca que explicaria o fenômeno jurídico independente de quaisquer requerimentos substanciais.

Em virtude disso, o jusfilósofo inglês propõe uma solução insatisfatória¹⁶⁹ que seria a presença daquilo que denomina de conteúdo mínimo de direito natural¹⁷⁰. Ao invés de negar a necessidade de fundamentos¹⁷¹, parece que Hart procura, a partir do comportamento comum da humanidade, como se fosse um contexto fundamental, remontar razões subjacentes para as características do agir humano

¹⁶⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999, § 217, p. 96.

¹⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999, § 241, p. 98.

¹⁶⁹ Ver: MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 436-438.

¹⁷⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 209-216.

¹⁷¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999. § 217, p. 96.

diante dos fatos gerais de sua natureza¹⁷². Desse modo, os sistemas jurídicos deveriam minimamente possuir: a) regras que restrinjam o uso da violência; b) regras que exigem honestidade e veracidade; c) regras que restringem a destruição de coisas tangíveis e c) regras que proíbem o assalto aos objetos alheios.

Essas regras não seriam *apriorísticas* – o que o aproximariam em demasia do Jusnaturalismo¹⁷³ – ao contrário, entende-se que são condições mínimas para a manutenção da sociedade, para sua autopreservação, e seriam extraídas de truísmos elementares sobre a natureza humana, dos quais cita: a vulnerabilidade humana, a igualdade aproximada, o altruísmo limitado, os recursos limitados e a compreensão limitada.

A insatisfatoriedade dessa solução é que, mesmo resguardando o sistema jurídico de injustiça extremas, ainda persiste o problema da indeterminação do Direito. Ou seja, nos casos difíceis, quando inexistiria uma resposta jurídica clara, qual o critério a ser usado? Nessas situações, como saber se uma determinada decisão foi correta¹⁷⁴?

Hart responderia que, diante da ausência de critérios públicos, abrir-se-ia o espaço para a discricionariedade judicial, que deveria ser usada com parcimônia. Consequentemente também não haveria, em última análise, um modo de aferir se o *decisium* foi correto ou não, pois se opera fora dos limites do jogo de linguagem do Direito. Dizer que uma decisão jurídica deve ser tomada por que apresenta a melhor justificativa (moral) e estar num lócus onde não há objetividade. Isto pode ser observado nas defesas e contra-ataques do jusfilósofo inglês à Dworkin.

Para Dworkin, o Direito não possuiria lacunas: seria um sistema completo de direitos e titularidades que determinam o que as pessoas possuem como o título de

¹⁷² Seguir uma regra é análogo a: seguir uma ordem. Somos treinados para isto e reagimos de um determinado modo. Mas o que aconteceria se uma pessoa reagisse *desse modo* e uma outra *de outro modo* a uma ordem a treinamento? Quem tem razão? Imagine que você fosse pesquisador em um país cuja língua lhe fosse totalmente desconhecida. Em que circunstâncias você diria que as pessoas ali dão ordens, compreendem-nas, seguem-nas, se insurgem contra elas, e assim por diante? O modo de agir comum a todos os homens é o sistema de referência, por meio do qual interpretamos uma linguagem desconhecida. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999. § 206, p. 93.

¹⁷³ Importante destacar que quando Hart fala em conteúdo mínimo de direito natural, não está afirmando uma concepção jusnaturalista no sentido de ser um imperativo puramente racional. Diferentemente, denota que existem necessidades naturais, condicionadas por fatos empíricos, acerca das condições mínimas da sobrevivência humana.

¹⁷⁴ Uma vez que Hart insiste em que só está comprometido com a análise descritiva, sem nenhum objetivo justificatório, ele logo parece estar – contra todas as suas melhores intenções – estimulando o niilismo jurídico; não nos oferece critério algum para julgarmos a realidade. Nesse sentido ver: MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 434.

justiça distributiva, não o que teriam por ser o melhor para coletividade. Os direitos seriam uma exigência de *fairness*. Dessa forma, ao invés de um juízo discricional, o juiz deveria agir em direção ao sistema jurídico como um todo – perspectiva holista – com regras, princípios, precedentes etc. e deste conjunto “íntegro”, oferecer a resposta que encontrasse maior justificação.

Hart insiste que isso seria apenas um “Nobre Sonho”, pois mesmo que houvesse um aprofundamento dos níveis de fundamentação, ainda assim existiriam casos de múltiplas respostas possíveis, não havendo como julgar a mais correta. Caminhando nesta direção, afirma que

[...] os filósofos podem debater a afirmação de que por força de coerência lógica, qualquer um que tente responder uma questão de valor, seja a questão de qual de duas soluções para o pedido de uma parte é mais justa ou equânime, ou qual das duas candidatas no concurso de beleza é a mais bonita, ou qual das comédias de Shakespeare é a mais engraçada, deve, a fim de dar sentido a essas questões, supor que haja uma única resposta objetiva correta para todos estes casos¹⁷⁵.

Nesse fragmento, Hart aproxima os juízos morais dos juízos estéticos e das expressões de gosto – o que já aponta para uma similaridade: serem manifestações subjetivas –, que para uma definição em casos de conflito deveriam pressupor uma objetividade. Ou seja, não existiria objetividade para estes contextos, ela seria apenas uma pressuposição.

Dessa forma, Dworkin “sonha” estar fazendo essa pressuposição, que ele não faz. Dessa forma, diante da ausência de um teste público e objetivo que permitisse a verificação de uma resposta correta – o que aconteceria nos casos difíceis –, Hart mantém a discricionariedade judicial. Interessante a ilustração comparativa que Hart faz em relação à altura dos prédios¹⁷⁶. Poderíamos afirmar objetivamente que um edifício é mais alto que o outro porque temos um critério social de verificação, o metro. Todavia, parece que ele defende a ausência deste “metro” em questões morais e jurídicas controvertidas.

¹⁷⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 156-157.

¹⁷⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 157.

Noutro passo o jurista inglês afirma, na conferência "*El nuevo desafío del positivismo jurídico*"¹⁷⁷, que a teoria objetivista da moralidade que Dworkin utiliza é imprescindível para suplantar a discricionariedade judicial. Contudo, isto não ocorreria porque ela estaria baseada num erro filosófico. Diante da inexistência de fatos morais, o que o juiz (Hércules) pode fazer é apenas expressar suas próprias preferências depois de um exame imparcial. Então, sua decisão é um ato de criação – similar à discricionariedade – e não um descobrimento de uma moral objetiva preexistente.

Do posicionamento de Hart é possível inferir que, apesar de ele manter uma postura cognitivista em relação ao conteúdo dos enunciados jurídicos, ele mantém uma atitude não-cognitivista no que tange aos juízos de valor e à moralidade. Em virtude disso, estaria numa posição intermediária quanto à indeterminação do direito¹⁷⁸. Corroborando com essa leitura, vemos o próprio jusfilósofo combatendo tanto um formalismo quanto um ceticismo sobre regras¹⁷⁹.

O Direito, então, na perspectiva hartiana, seria parcialmente indeterminado em virtude de uma zona de imprecisão que todas as regras possuem, denominada de textura aberta¹⁸⁰ (*open texture*). Nas palavras de Hart:

¹⁷⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e Juan Ramón Páramo. Original inédito. **Sistema**, n. 36, p. 3-18, mai. 1980.

¹⁷⁸ Darlei Dall'Agnol diz que: 'Os teóricos, sejam juristas sejam filósofos, que defendem a tese da indeterminação do Direito são certamente não-cognitivistas, isto é, negam que uma regra possa ser verdadeira ou falsa ou que ela seja a expressão de um julgamento objetivo'. In: DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir regras**: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: UFPel, 2011. p. 97. Partindo dessa afirmação, podemos observar como Hart, diferentemente de Kelsen, por exemplo, encontra-se numa posição intermediária. Para o jusfilósofo inglês, o enunciado jurídico (ponto de vista interno) pode ser conhecido e seu conteúdo ser concebido como verdadeiro ou falso, expressando assim um juízo objetivo. No entanto, nos casos difíceis quando seria necessário um juízo de valor, não teríamos mais esta objetividade. Por outro lado, Hans Kelsen abertamente afirma que a moral é subjetiva dado que a percepção de bom ou mal, correto e incorreto, é variável entre as pessoas e no decorrer da história. Desta forma, a decisão judicial seria um ato de vontade que não poderia ter a sua veracidade ou falseabilidade atestada por não ser um ato de conhecimento. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁷⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.137-168.

¹⁸⁰ Hart declara que: 'Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, reverlar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*'. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 140-141.

Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento, exigido por elas.

[...]

Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, [...] mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não.

Deste modo, nos casos fáceis/simples haveria uma determinação, ou no mínimo, uma indeterminação deveras limitada, inexistindo maiores tergiversações sobre a aplicação de uma regra específica. Já nos casos difíceis teríamos uma indeterminação, ainda que não absoluta – o que poderia ocasionar um juízo arbitrário – em que não haveria critérios (últimos) para a definição de uma única resposta judicial.

Esta indeterminação decorreria do caráter geral das regras que, para abarcar uma multiplicidade de situações, são constituídas de categorias abrangentes. Hart usa o exemplo de uma regra que proíbe veículos dentro de um parque público. Ora, argumentaria, todos nós concordaríamos que um automóvel não deve circular naquele espaço, contudo, poderíamos ter dúvidas quanto à inclusão de bicicletas, aviões ou patins¹⁸¹, apesar de serem considerados ou funcionarem como veículos. Portanto, haveria uma espécie de núcleo duro de significado que seria garantido pelo consenso, mas também uma zona de penumbra em que a incerteza poderia ser tamanha ao ponto de inexistir critérios para sua verificação.

Aparentemente, Hart não seria um defensor do não-cognitívismo moral. Contudo, em sua construção teórica, assumiria esta postura diante da controvérsia filosófica em torno da objetividade dos juízos morais, conforme depreendemos do seguinte trecho:

[...] mesmo quando haja acordo neste ponto e certas regras ou princípios sejam aceites como indiscutivelmente pertencendo à moral, pode ainda haver um grande desacordo filosófico quanto ao seu estatuto ou relação com o resto do conhecimento e experiência humanos. Serão princípios imutáveis que fazem parte da estrutura do Universo, não sendo feitos pelo homem, mas aguardando a descoberta pelo intelecto humano? Ou serão expressões de realidades mutáveis, sejam elas, atitudes, escolhas, exigências, ou

¹⁸¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 139.

sentimentos humanos? Estas são formulações sem rigor de duas posições extremas em filosofia moral. Entre elas existem múltiplas variantes, complicadas e subtis, que os filósofos desenvolveram, num esforço para elucidar a natureza da moral.

Na exposição que se segue, tentaremos evitar estas dificuldades filosóficas¹⁸².

Interessante notar que, sobre o tema, existem leituras divergentes de Wittgenstein, uma das influências de Hart. Para alguns, o filósofo não teria alterado sua posição não-cognitivista expressa, sobretudo, em sua *Conferência sobre Ética*. Para outros, com as *Investigações Filosóficas* já poderíamos falar num cognitivismo moral prático. Essa divergência permanece até a contemporaneidade, tendo como representantes das duas vertentes, respectivamente, os filósofos Simon Blackburn e John McDowell¹⁸³.

A questão é que o próprio marco filosófico em que Hart assenta sua teoria não lhe trazia “segurança”, na época, para avançar na sustentação de uma objetividade moral. Assim, dada sua inserção na tradição Juspositivista e os influxos da Filosofia da Linguagem Ordinária em sua cosmovisão, o jurista inglês pensa numa separação conceitual entre o Direito e a Moral, e na discricionariedade judicial para os casos difíceis.

Deste modo, chegamos ao ponto nevrálgico do debate em que se firmam dois posicionamentos distintos que, de uma forma ou de outra, permeiam toda a discussão: o não-cognitivismo moral de Hart e o cognitivismo moral de Dworkin. Entendemos que a janela que se abre evidenciando esta diferença são os princípios jurídicos.

Seria uma compreensão deveras reducionista pensar que Dworkin apenas encontrou outros padrões normativos que Hart, por algum motivo, teria olvidado. Se assim fosse, isso seria resolvido com a ideia de que, teoricamente, não haveriam entraves para que a regra de reconhecimento os identificasse. Na realidade, a análise dos princípios jurídicos nos casos difíceis – mas não somente nestes –

¹⁸² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 183.

¹⁸³ Essa divergência não foi explorada por estar além dos limites da proposta deste estudo. Para maiores aprofundamentos recomenda-se a leitura do cap. 5 do livro *Seguir regras* de Darlei Dalla’Agnol intitulado *Jogos de linguagens morais*. Nesse capítulo o autor, para além de expor os posicionamentos de Blackburn e MacDowell, expõe sua própria apreciação enfatizando a possibilidade de se pensar a partir do II Wittgenstein numa nova epistemologia moral que não esteja circunscrita às limitações da polarização entre cognitivistas e não-cognitivistas. In: DALL’AGNOL, Darlei. **Seguir regras**: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: UFPel, 2011. p. 67-81.

abriram um horizonte reflexivo que apontava para um raciocínio moral no Direito, uma busca por justificação que inexoravelmente tangenciava os fundamentos da prática jurídica. Neste caminho, Macedo Jr. assevera¹⁸⁴:

Estou aqui procurando caracterizar da maneira mais abrangente o que entendo ser o elemento mais importante da crítica dworkiniana nesse texto. É certo que sua exposição, talvez exposição, talvez excessivamente simplificada, provocou uma vigorosa resposta positivista acerca da possibilidade de o positivismo incorporar uma teoria dos princípios. A meu ver, num certo sentido o positivismo jurídico efetivamente conseguiu mostrar como a existência de princípios num sistema jurídico por si só não constitui uma dificuldade especial para a sua consistência interna. Contudo, o ponto importante a considerar não é esse. Dworkin procura mostrar que, no funcionamento dos princípios. O “point moral do direito” fica particularmente evidenciado.

Como uma janela, os princípios jurídicos abrem a possibilidade de enxergar que o Direito se constitui como uma prática em que os participantes a todo tempo atribuem “peso”, valor, importância, num exercício de moralidade (política). A questão não é simplesmente saber o que é Direito, mas encontrar a legitimação para o melhor Direito possível, o que somente ocorreria numa imbricação entre Direito e Moral. E, para tanto, Dworkin assume desde *Levando os direitos a sério* até *Justiça para Ouriços* uma nítida posição acerca da possibilidade de juízos morais objetivos.

Por certo prisma, nós podemos entender que Hart, ao ressignificar a objetividade no Direito e suplantando a concepção fiscalista vinculando-a aos observadores, sejam internos ou externos – tanto é que haveria a necessidade de uma abordagem hermenêutica –, abriu um caminho de exploração para Dworkin, que o aprofundou com seu interpretativismo e possibilitou a formação de outra concepção teórica.

Doutro lado, o não-cognitivismos de Hart que resultava, em última análise, na discricionariedade judicial, é um ponto de descontinuidade. Dworkin, enquanto cognitivista, sustenta que existe objetividade em juízos morais e, por isso, filosoficamente, seria sustentável a tese da resposta correta. Dessa forma, mais que um embate de ideias, Hart e Dworkin protagonizaram um diálogo com algumas concordâncias e rupturas, que uma leitura meramente conflituosa não seria capaz de reconhecer.

¹⁸⁴ MACEDO, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163.

3 A “TEORIA” DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE RONALD DWORKIN

O capítulo que ora se inicia tem como intento reconstruir algo passível de ser considerado como a “teoria” dos princípios jurídicos de Dworkin. Como é sabido, o jusfilósofo norte-americano não elaborou um sistema analítico sobre o tema. Esse fato, provavelmente, decorreu da sua própria concepção do fenômeno jurídico como uma prática interpretativa que, de certo modo, não coaduna com construções dogmáticas que procuram plasmar uma realidade que se encontra em constante movimento. O próprio Dworkin dizia que, se fosse catalogar um rol de princípios, esse rol já nasceria, certamente, desatualizado¹⁸⁵.

Portanto, o objetivo não é fazer uma sistematização, é tão somente apresentar um panorama geral¹⁸⁶ da concepção principiológica de Dworkin em conexão com conceitos fundamentais que foram se desenvolvendo ao longo de sua produção acadêmica. Nesse sentido, teremos como eixo axial de abordagem a obra *Levando os direitos a sério*, que contém os artigos da primeira fase do pensamento dworkiniano, em que os princípios jurídicos assumiram significativo destaque. Entretanto, para situar a temática no todo de sua obra, vários outros escritos serão trazidos para a discussão.

Importante ressaltar que após o momento inicial de conotação mais crítica, o jusfilósofo norte-americano não mais concedeu a mesma ênfase aos princípios, situação que, para alguns, revela apenas o uso retórico destes princípios¹⁸⁷. Em posição contrária, entendemos que não houve uma desvalorização, ou que os princípios foram apenas instrumentalizados para um propósito, e depois

¹⁸⁵ ‘Se, ao contrário, tentássemos de fato enumerar todos os princípios em vigor, nós falharíamos. Eles são controversos, seus pesos são todos importantes, eles são ilimitados e transmutam-se e modificam-se tão rapidamente que o começo de nossa lista estaria obsoleto antes que alcançássemos a metade’. In: DWORKIN, Ronald. *É o direito um sistema de regras?* **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, 2001. p. 157.

¹⁸⁶ Por tratar-se de uma exposição geral, não incluiremos as diversas críticas, apesar de pertinentes, que Dworkin sofreu em virtude de sua concepção a respeito dos princípios jurídicos. O intuito é compreender sua perspectiva, ainda que em linhas gerais, para que no próximo capítulo seja verificada a sua aproximação com o modelo coerentista de justificação (moral), tendo como foco de análise o equilíbrio reflexivo de John Rawls.

¹⁸⁷ Nessa posição, Alfonso García Figueroa sustenta que: *‘En realidad, es como si los principios tuvieran sobre todo una virtualidad retórica en la teoría de Dworkin, de modo que, como sucede con otras categorías empleadas por él, “una vez agotada su función pueden ser tranquilamente dejadas a un lado”. En la obra de Dworkin, en efecto, incluso los conceptos más fundamentales parecen adolecer invariablemente de una perturbadora provisionalidad’*. In: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 238-239.

descartados. Conforme discorreremos no capítulo anterior, os princípios jurídicos foram como janelas que abriram um horizonte para ver o fenômeno jurídico de outro modo. Assim, a partir desse (novo) olhar, Dworkin desenvolve o seu empreendimento teórico. Ou seja: o que foi descoberto não foi outra espécie normativa, mas outra maneira de conceber o Direito. Nessa nova maneira de concepção, os princípios jurídicos tornam-se uma parte constitutiva de um projeto mais amplo, qual seja: o Direito como Integridade (*Law as Integrity*).

3.1 Existiam princípios jurídicos antes de Dworkin?

A resposta para esta pergunta “parece óbvia”, dado que a tradição jurídica há tempos trata dos princípios jurídicos sob diversas acepções. Todavia, isso fica ofuscado em discursos do senso comum teórico do Direito, que exaltam Dworkin como um dos corifeus do pós-positivismo por ter elevado os princípios à categoria de normas jurídicas. Essa ideia apresenta alguns equívocos que pretendemos desde já desconstruir.

Em primeiro lugar, como se percebe em *Modelo de Regras I*, Dworkin argumenta que os princípios jurídicos já estavam lá, “desde sempre”¹⁸⁸, vinculados às decisões, ainda que as lentes juspositivistas não pudessem captá-los. Assim, diante desta constatação, o jusfilósofo considera os princípios tão cogentes quanto as regras. Com isto, entendemos que ele não construiu uma teoria meramente prescritiva (ideal) à realidade, mas repensou a normatividade na/para a cotidianidade das práticas jurídicas.

Em segundo, esta concepção demonstra-se muito superficial. Se Dworkin apenas tivesse apresentado outro padrão normativo, sua proposta poderia ser apenas complementar ao Positivismo hartiano. O próprio Hart argumenta que a regra de reconhecimento poderia identificar os princípios jurídicos. A “elevação” dos princípios jurídicos como normas está inserida num contexto de ruptura e não de continuidade que, para além de trazer uma “nova” espécie normativa, traz um novo paradigma.

¹⁸⁸ Nas palavras de Dworkin: ‘Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta que estão por toda a parte, à nossa volta’. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 46.

Em terceiro, com relação aos princípios jurídicos, a ode ao Dworkin sugere que, antes dele, ninguém teria pensado a respeito ou mesmo dado um tratamento semelhante. Diferentemente, como se verá, o jusfilósofo estava inserido numa tradição em que outros juristas antes dele já tinham discorrido sobre o tema em termos similares àqueles que ele desenvolveu.

Voltando a indagação inicial, temos que os princípios jurídicos preexistiam ao labor teórico de Dworkin e, ainda, que no contexto norte-americano já haviam reflexões acadêmicas sobre eles. Por óbvio essa realidade também foi um fator contributivo pois essas elaborações, de algum modo, abriram caminhos para aquelas que viria a fazer tempos depois. Citamos um dos seus principais predecessores: Pound¹⁸⁹.

Pound proferiu algumas palestras no Colégio *Wabash* em 1945 que, posteriormente, foram editadas e transformadas no livro *The Development of Constitutional Guarantess of Liberty* (Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade). Ao falar sobre a tipologia normativa da constituição norte-americana, o jurista dizia que:

Dois dispositivos que se referem à estruturação do governo, os que definem autoridades e esferas de ação implicam em concepções jurídicas, princípios jurídicos e, por vezes, regras de direito. Tanto estas quanto os preceitos propriamente jurídicos que garantem direitos e asseguram liberdades exigem interpretação e aplicação judicial. De sorte que mesmo o aspecto político da Constituição exige o direito constitucional. Existem direitos no texto da Constituição, mas é direito que dá vida às leis e ao texto¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Figueroa apresenta Roscoe Pound com um antecedente de Dworkin. Após expor alguns aspectos da teoria de Pound, sintetiza quatro pontos de contato entre os dois, que seriam: 'el ataque al modelo de reglas mediante a la invocación de principios en el derecho; la confusión de las cuestiones decriptivas y prescriptivas; la concepción dinámica, evolutiva, del derecho y el rechazo de un modelo de derecho natural clásico'. In: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 129. O próprio Dworkin faz uma menção expressa a Pound ao tratar da discricionariedade no *Modelo de regras I*, em suas palavras: 'Pelo menos parte da explicação encontra-se na tendência natural de um jurista de associar leis e regras e pensar o direito como uma coleção ou sistema de regras. Roscoe Pound, que diagnosticou essa tendência muitos anos atrás, pensava que os juristas de língua inglesa eram iludidos por ela pelo fato de o idioma inglês utilizar a mesma palavra, mudando apenas o artigo, para "uma lei" e o "direito"'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 61-62.

¹⁹⁰ POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. 1. ed. São Paulo: IBRASA, 1965. p. 127-130.

Os princípios, ao seu entender, seriam preceitos jurídicos que estabelecem premissas que serviriam como pontos de partida para o raciocínio jurídico. A partir deles¹⁹¹, dispositivos mais detalhados e precisos seriam instituídos. Pound acreditava que os princípios não exigiriam a interpretação – Dworkin assume uma posição diversa neste sentido – e funcionariam como marcos, guiando o entendimento jurisprudencial em desenvolvimento no caso. Assim, defendia que o devido processo legal não seria um princípio, seria um padrão que exige um cumprimento, contudo, de modo variável no tempo e no espaço, demandando, por isso, um processo interpretativo¹⁹².

Interessante observar que Pound já antecipava que, em alguns casos, existiria uma dificuldade para aplicar a regra a determinados contextos fáticos. Desse modo, transcendendo os limites de uma aplicação estritamente lógica, o juiz deveria ir além, perfazendo um julgamento moral e/ou político¹⁹³.

No livro *Justice According to Law*, de 1951, Pound escreve sobre a lei e a sua importância em estados civilizados, tendo em vista a formação de uma Justiça menos disponível ao arbítrio. Sem negar que os juízes possuem personalidades distintas e que isto influenciaria na interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos, o jurista entendia que, por serem formados numa mesma tradição, existiria certa unidade neste processo¹⁹⁴.

Observamos, então, que uma das preocupações de Pound era combater a discricionariedade judicial tão propalada pelo realismo jurídico norte-americano. Em suas palavras:

[...] se os juristas do século passado exageraram até certo ponto a regularidade e a possibilidade da previsão do curso de decisões judiciárias e do efeito controlador dos preceitos jurídicos, em relação e este curso de decisão, muitos juristas de hoje, embora baseados no que está acontecendo recentemente em certos tribunais, exageram grandemente o elemento pessoal, subjetivo e arbitrário existente. A ameaça do que se denomina teoria realista em ação

¹⁹¹ Como exemplos de princípios, Pound cita as emendas IX e X à Constituição norte-americana, *in verbis*: EMENDA IX: A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo. EMENDA X: Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.

¹⁹² POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. 1. ed. São Paulo: IBRASA, 1965. p. 81.

¹⁹³ POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. 1. ed. São Paulo: IBRASA, 1965. p. 80.

¹⁹⁴ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 40.

está em que, supondo-se que na prática não nos é dado atingir elevado grau de objetividade, esta teoria nos condiz a ideia da necessidade de não tentar atingi-lo, não se devendo mesmo tentá-lo, porque a tentativa seria unicamente aspiração¹⁹⁵.

Pound, ao escrever sobre os preceitos que compõem a lei, declara que os preceitos podem ser regras ou princípios, definidores de concepções jurídicas e preceitos que prescrevem padrões. As regras, como o tipo mais antigo, seriam os preceitos que vinculariam uma consequência jurídica determinada a um estado de fatos também definido e detalhado. Diante da impossibilidade de regular previamente todos os fatos com regras, teriam sido formulados os princípios jurídicos. Estes seriam pontos de partida para o raciocínio jurídico:

Os princípios representam o trabalho de juristas, organizando a experiência judicial pela diferenciação dos casos, formulando um motivo com base para a diferença e comparando a experiência longamente desenvolvida de decisões em algum campo, reportando alguns casos a algum ponto geral de partida para raciocínio e outros a outro ponto de partida semelhante, ou descobrindo um ponto de partida mais compreensivo para o campo inteiro¹⁹⁶.

Para exemplificar, o jurista cita o princípio que manda alguém responder por uma ação que gerou dano a outrem. Para ele, estaríamos diante de um princípio, pois não há uma consequência determinada, tampouco os fatos que estariam nela enquadrados. Ademais, apresenta-se como um marco inicial que constantemente é revisitado, possibilitando aplicações novas até mesmo para outros ramos do Direito.

Os preceitos definidores de concepções jurídicas seriam categorias em que poderiam ser colocados uma série de casos que estariam sujeitos a regras e princípios específicos, tais como a venda, a fiança e o depósito. Também não teriam consequências jurídicas ou estados de fato definidos nem seriam pontos de partida. As categorias possuiriam certas regras e padrões aplicáveis aos casos por elas abrangidos. Já os preceitos que definem padrões instituiriam condutas que, quando não cumpridas, ensejariam possíveis sanções. Todavia, esses padrões seriam mais genéricos do que a regra, como o devido processo legal.

Do exposto, é possível afirmar que Pound antecipa algumas concepções que seriam retomadas por Dworkin com maior sofisticação e se tornariam basilares em seu empreendimento teórico, tais como: a compreensão do Direito para além de um

¹⁹⁵ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 39-40.

¹⁹⁶ POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 60-61.

sistema de regras, o reconhecimento da importância dos princípios jurídicos e a crítica à discricionariedade judicial.

3.2 A principiologia jurídica em Ronald Dworkin¹⁹⁷

Neste tópico será feita uma reconstrução da “teoria” dos princípios de Ronald Dworkin em consonância com a sua fase (mais) construtiva em que desenvolveu a concepção de “Direito como Integridade”. Esta abordagem se inicia na tentativa de responder três questionamentos básicos sobre os princípios jurídicos, quais sejam: 1) O que são e como são identificados; 2) Como se diferenciam das regras?; 3) Quando e como e quando são aplicados?. Após, a discussão será feita em torno dos seguintes conceitos-chave do empreendimento dworkiniano: o problema da discricionariedade; a tese dos direitos; a metáfora do Juiz Hércules; a tese da resposta correta; a ideia de comunidade de princípios, e as ideias de coerência e integridade.

3.2.1 O que são e como são identificados?

O meu ponto não é que o “direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais não são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o “direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo¹⁹⁸.

Consoante foi advertido, Dworkin não desenvolve uma teoria dos princípios, *stricto sensu*, com conceitos e distinções devidamente delineados¹⁹⁹. Todavia, essa ametodicidade não implica na conclusão de que, para ele, qualquer padrão normativo possa ser um princípio jurídico, tampouco que inexistam critérios intersubjetivos para identificá-los.

O jusfilósofo norte-americano, observando os casos difíceis, observa que os argumentos jurídicos se constituem de outros padrões normativos que não são

¹⁹⁷ A abordagem que se segue foi subdividida em vários tópicos apenas por fins de clareza expositiva. Dworkin desenvolve sua concepção de modo mais integrado, e assim, mesmo com estas divisões, deve ser entendida sua principiologia.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 119.

¹⁹⁹ Sobre isso, Juan Manuel Pérez Bermejo pontua que: *‘La imposibilidad de cuantificar los principios, de recogerlos dentro de un elenco estable y seguro y su flexibilidad proverbial son tópicos bien asentados en su pensamiento desde Taking Rights Seriously’*. In: BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 260.

regras, mas são os princípios (*principles*) e as diretrizes políticas²⁰⁰ (*policies*). Acerca disso, expõe que:

Denomino “política” aquele tipo de tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos, pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou de alguma outra dimensão de moralidade²⁰¹.

Demonstrando a diferença entre os padrões por intermédio de exemplos, Dworkin diz que o objetivo de reduzir os acidentes automobilísticos é uma diretriz política enquanto o *standard* de que ninguém deve beneficiar-se dos próprios delitos é um princípio. Mesmo estando esses padrões, dentre outros, presentes na justificação política, em sentido *lato*, o jusfilósofo entende que a jurisdição deve basear-se em argumentos de princípio. Enquanto uma diretriz política descreve um objetivo geral, um princípio descreve um direito individual(izado) que possibilita um provimento jurisdicional favorável a uma das partes (tese dos direitos²⁰²).

Inicialmente, vemos que um princípio jurídico é uma exigência, um imperativo. Não é um mero resumo do conjunto de regras, nem um alvo a ser alcançado. São normas vinculantes que, por isso, direcionam, de um modo específico, a decisão judicial. Em Dworkin, os princípios não seriam álibis retóricos ou conceitos vagos a serem densificados por um intérprete.

Entretanto, a sua imperatividade não é uma simples decorrência formal do Direito: diferentemente, reflete uma dimensão de moralidade política em que o fenômeno jurídico se assenta. Dito de outro modo, enquanto uma regra seria vinculante, a princípio, se produzida segundo os parâmetros legais, um princípio requer um senso de justiça.

Desse modo, entende-se que um princípio não se define pela sua forma, e sim pelo seu conteúdo, pela exigência que se expressa. O próprio exemplo que

²⁰⁰ Optamos por utilizar diretrizes políticas como tradução para *policies*. Nelson Boeira traduziu por política, todavia, diante da abertura do termo em português, pode perder o sentido que entendemos de que Dworkin a utiliza como uma diretriz, uma linha de ação, uma meta, um objetivo que norteia as ações governamentais. Todavia, nas citações, será mantida a tradução brasileira.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 36.

²⁰² A relação dos princípios jurídicos e a tese dos direitos será explorada no tópico 3.2.5.

Dworkin apresenta, estruturalmente, mais parece uma regra. Vejamos: nenhum homem deve beneficiar-se de seu próprio delito. Contudo, socialmente reconhecemos isso com uma reivindicação de justiça. Nessa direção, Dworkin²⁰³ escreve que:

A forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio. “Um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas”, não é muito diferente quanto à forma, de “Um homem não deve beneficiar-se dos seus atos ilícitos”, mas quem conhece o direito norte-americano sabe que deve considerar a primeira frase como a expressão de uma regra e a segunda como a expressão de um princípio.

Assim entendemos que, para Dworkin, o critério formal não serve para caracterizar um princípio, mas sim a expressão do seu conteúdo, que remete a uma exigência moral.

Outro aspecto importante do que venha a ser um princípio é o seu caráter justificatório e constitutivo do Direito²⁰⁴. Como veremos mais adiante, o juiz Hércules constrói um esquema de princípios que justifica coerentemente os precedentes, as disposições constitucionais e legislativas. Essa fundamentalidade caracteriza os princípios jurídicos e possibilita a justificação da prática jurídica como um todo.

Quanto à identificação, isto é, o modo de aferir sua juridicidade, Dworkin obviamente não apresenta uma espécie de teste fundamental²⁰⁵ capaz de filtrar os princípios jurídicos, pois, se fizesse, estaria apenas complementando o Positivismo Jurídico que pretendia transpor²⁰⁶. Contudo, por remeter a uma “reivindicação” de justiça (*fairness*) era necessário, ainda que não exaustivamente, apontar como os

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 43.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 106.

²⁰⁵ Dworkin acredita que os princípios não podem ser identificados por uma regra de reconhecimento simples que identifica pela origem, linhagem, ou, em suas palavras, *pedigree*. Desse modo, contrapõe duas possibilidades de ajustes positivistas quanto ao reconhecimento dos princípios: (1) alegar que estão fora do direito e que, por isso, inexistiria o dever de aplicá-los, isto recairia na discricionariedade, ou (2) pensar numa regra de reconhecimento mais complexa que abarque os princípios, situação que apenas estes vinculariam o juiz, o modo como os princípios se dão impediria este procedimento. Diante da sua fluidez qualquer procedimento de reconhecimento que pretendesse ser completo seria, portanto, insuficiente.

²⁰⁶ Nas palavras de Dworkin: “[...] não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir princípios. Nenhum teste de *pedigree* que associe princípios a atos que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil, sem o abandono integral da tese”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 69.

princípios são encontrados e por que são (também) jurídicos. Caso contrário, todo e qualquer tipo de requerimento moral poderia ensejar uma demanda judicial.

Desse modo, o jusfilósofo norte-americano oferece algumas balizas. Em suas palavras:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo²⁰⁷.

Há, portanto, um sentimento compartilhado no seio da comunidade que reconhece o princípio como uma norma jurídica. Este amparo social é necessário à medida em que, deixando de existir o princípio, deve deixar também de ser aplicado. Juntamente com isso, Dworkin apresenta a necessidade de um amparo encontrado na história institucional. Deste modo, argumenta que:

[...] se fôssemos desafiados a sustentar nossa alegação de que determinado princípio é um princípio do direito, mencionaríamos qualquer um dos casos referidos anteriormente²⁰⁸, nos quais tal princípio fosse citado ou figurasse na argumentação. Também mencionaríamos ainda qualquer lei que parecesse exemplificar esse princípio (melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios de comissões ou em outros documentos legislativos a ele associados). A menos que pudéssemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. E quanto mais apoio obtivéssemos, mais peso poderíamos reivindicar para o princípio²⁰⁹.

Dworkin adverte, ainda, que não seria possível quantificar esse apoio institucional e nem mesmo escalonar certa ordem de importância, pois 'neste nível de abstração apoiam-se mutuamente'²¹⁰. Em outras palavras, manifestam-se num sistema coerente.

Diante disso, parece-nos que Dworkin compreende os princípios jurídicos como normas jurídicas vinculantes que: descrevem um direito individual(izado) (tese dos direitos); não têm forma predeterminada; possuem conteúdos que manifestam exigências morais (dimensão de moralidade); justificam e constituem a prática

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 64.

²⁰⁸ A menção é ao casos *Rigs e Henningsen*, vide nota 119 e 120.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 64-65.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 66.

jurídica, sendo que, nesse patamar, encontram-se coerentemente integrados. E são identificados por um amparo social, uma consideração de que é um requerimento moral e jurídico, e um amparo institucional, em qualquer medida, sendo que, quanto maior, menor será o questionamento quanto à sua juridicidade.

3.2.2 Como se diferenciam das regras?

É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade eles não passam de plantas²¹¹.

No trecho citado acima, Dworkin ilustra um erro de inferência que “os positivistas” cometeriam ao diferenciarem os princípios das regras. O fato de os princípios não terem as mesmas características das regras apenas denotaria que são diferentes, mas não que, necessariamente, pertenceriam a categorias distintas. Este equívoco se dava por que os princípios eram considerados como padrões não vinculantes que o juiz poderia utilizar ou não²¹².

Em sentido diverso, para o jusfilósofo, os princípios jurídicos seriam tão cogentes quanto as regras, ambos seriam padrões normativos que fazem parte do Direito. Todavia, apresentam diferenças.

Dworkin afirma que a diferença entre princípios é de natureza lógica²¹³. Diante de sua exposição, entendemos que é uma distinção lógico-operacional²¹⁴, pois decorre do modo distinto que estipulam/direcionam uma decisão. Assim, define que:

²¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 29.

²¹² Essa concepção está relacionada com o problema ao conceito de regra. Se dissermos que tomamos como regra assistir um filme a cada semana, e no Brasil existisse uma regra em que todos devessem assistir a um filme por semana, o termo regra teria conotações diferentes. No segundo caso, haveria um caso de descumprimento, uma crítica e uma censura num nível muito diferente do que no primeiro. Esses dois conceitos de regras servem paralelamente para os princípios: A primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes; de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente. A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo os juízes, na sua maioria, “adotam como princípio” de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 48-49.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 39.

²¹⁴ Entendemos que, na mesma direção, caminha García Figueroa: *[...] la adjetivación como “lógica” de la contraposición de las reglas a los principios, sólo puede admitirse si se emplea tal calificación en un sentido amplio, haciendo referencia a la manera en que uno y otro estándares operan en el razonamiento jurídico, [...]*. In: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 163.

As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que a regra fornece deve aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para decisão²¹⁵.

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações²¹⁶. Mesmo aqueles que mais se assemelham as regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas²¹⁷.

Exemplificando, cita a regra do beisebol²¹⁸: se bateador errar três bolas, estará fora do jogo. Ocorrendo o fato prescrito, errar três bolas (antecedente), tem-se um resultado específico: estar fora do jogo (consequente). Já o princípio que ninguém deve beneficiar-se dos erros que comete, mesmo que similar a uma regra, não traz nele as condições que tornam a sua aplicação necessária. Dessa forma, as regras direcionam a decisão de modo mais preciso definindo quando, sobre o que e/ou quem incide e qual será a consequência. Diversamente, o princípio não estipulará uma direção de modo não tão conclusivo ou “automático”.

Desta diferença lógico-operacional abstraímos outra, que denominamos de pretensão de completude. Dworkin, ainda no mesmo exemplo do beisebol, diz que o juiz poderá não eliminar o jogador mesmo errando três bolas se na terceira o receptor (*catcher*) deixar a bola cair. O jusfilósofo indica que o enunciado da regra torna-se mais completo incorporando à regra uma exceção e, assim, quanto maior for o número de exceções previstas, mais plena será a regra. Entretanto, se as circunstâncias fáticas afastarem a incidência de um princípio, isto não é “acoplado” para torná-lo mais completo, pois estipula um dever *prima facie*²¹⁹. Nesse sentido, Dworkin²²⁰ diz:

Eu poderia resumir um conjunto de leis mediante a formulação de uma regra – como aquela segundo a qual uma agressão é crime – e a listas das exceções estabelecidas. Se meu resumo estiver completo, qualquer um que praticar uma agressão será culpado de um crime, a menos que uma das exceções que formulei se aplique. Se ele não for culpado, ou eu me enganei, ou o direito mudou. No

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 39.

²¹⁶ Referências aos casos *Riggs e Henningsen*.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 40.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

²¹⁹ Expressão latina que significa “à primeira vista”. No contexto, é utilizada para indicar que os princípios determinam obrigações que, inicialmente, seriam sempre aplicadas, contudo, podem ser suplantadas por outras sem modificar seu *status* inicial.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 120.

caso de um princípio, as coisas se passam de outro modo. Suponhamos que eu diga que, em princípio, um indivíduo não pode beneficiar-se de seus próprios delitos, mas algum indivíduo se beneficia. Minha declaração não precisa ser corrigida nem mesmo atualizada, apenas porque alguém pode, de maneira adequada, beneficiar-se de seus delitos.

A outra diferença que Dworkin acentua refere-se à dimensão (moral) de peso ou importância que somente os princípios jurídicos teriam. Isto ficaria evidenciado na maneira como são resolvidos os conflitos normativos entre princípios e entre regras. Quando dois princípios se antagonizam, a decisão jurídica que será baseada em apenas um deles avaliará qual é o mais importante, qual o mais valioso, não apenas para o caso mais também em coerência a toda história institucional. Diversamente, em geral, quando duas regras colidem, esse conflito normativo é resolvido por outra(s) regra(s) que define(m) qual será válida naquela oportunidade e não porque reputamos uma como mais importante do que a outra²²¹.

Cabe destacar, a partir de sua argumentação, que Dworkin não tinha a pretensão de formular critérios rígidos de diferenciação. Ao contrário, o próprio autor reconhece que existiriam outras formas de fazer esta distinção²²² e que, na prática, muitas vezes não haveria clareza na diferenciação.

Acerca do(s) propósito(s) para sublinhar esta distinção, o jusfilósofo afirma que:

Meu objetivo era duplo: primeiro, chamar atenção para uma distinção que eu considerava importante para compreender como os juristas raciocinam; segundo, chamar atenção para o fato de alguns padrões que os juízes e juristas invocam colocam problemas específicos ao positivismo, pois tais padrões não podem ser capturados por um teste fundamental do direito, como a regra de reconhecimento de Hart²²³.

²²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

²²² Nesse sentido: '[...] seu eu não conseguir formular com sucesso minha distinção entre regras e princípios, disso não se seguirá, de modo algum, que meu argumento geral contra o positivismo jurídico deve ser solapado. Não obstante, continuo a pensar que a distinção que estabeleci entre regras e princípios é, ao mesmo tempo, genuína e importante e eu gostaria de defendê-la. Não quero dizer, por certo, que seja errado estabelecer outras espécies de distinção entre tipos de padrões jurídicos, ou mesmo que seja errado ou fonte de confusão usar os termos "regra" e "princípio" para estabelecer estas distinções, em lugar de utilizar as delineadas por mim'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 113-114.

²²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 113.

Destarte, dentro da pretensão (maior) de crítica ao Positivismo Jurídico, Dworkin apresenta/propõe uma diferenciação lógico-operacional entre princípios e regras baseada na dimensão de peso/importância. Juntamente a essa diferenciação, acrescentamos mais uma, que seria a diferença baseada numa pretensão de (in)completude do padrão normativo.

3.2.3 Quando e como são aplicados?

Sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por um argumento de política²²⁴.

O questionamento acerca da(s) oportunidades(s) em que os princípios jurídicos atuam no raciocínio jurídico para a construção da resposta judicial faz-se necessário diante de certa incompreensão existente a esse respeito. Em geral, não é incomum percebermos uma bifocalidade doutrinária na separação entre “casos fáceis” e “casos difíceis”.

Os *hard cases* seriam o espaço das regras, da subsunção, de um exercício lógico formal de enquadramento dos fatos às consequências previamente estabelecidas. Noutro polo, os *easy cases* seriam a morada dos princípios, da “ponderação”, de uma atividade jurisdicional mais substancial e, por isso, mais aberta. O erro acerca do “quando” possibilita também os demais equívocos subsequentes. Entendemos que somente uma leitura superficial e/ou parcial do jusfilósofo norte-americano concluiria que ele defende essa perspectiva.

Dworkin parte dos chamados casos difíceis, pois nesses casos se centrava uma das divergências capitais em relação ao Positivismo Jurídico, qual seja: a discricionariedade judicial. Desde modo, reconhece que os princípios:

[...] parecem atuar de maneira mais vigorosa, como toda sua força, nas questões judiciais difíceis, como os casos *Riggs e Henningsen*. Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares²²⁵.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 131.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 46.

Não há uma exclusividade, o que há é uma atuação mais explícita, mais preponderante. Corroborando com isso, vemos no fragmento em destaque na abertura dessa seção que, mesmo nos casos fáceis, a decisão jurídica sempre repousa sobre argumentos de princípio. Esse desempenho subterrâneo é “fundamental”, ainda que os raciocínios não sejam tão prospectivos.

Afastando quaisquer dúvidas com o desenvolvimento de sua perspectiva interpretativista²²⁶, a cisão entre casos fáceis e difíceis perde o sentido. O Direito é compreendido como uma prática “essencialmente” interpretativa, e não como um catálogo de padrões. Desse modo, tanto os princípios como as regras sempre poderiam integrar o raciocínio jurídico, ainda que de modo diferente, não havendo lugares demarcados de incidência.

No que tange ao modo como os princípios jurídicos são aplicados, Dworkin “frustra” um anseio racionalizante de metodologização que, de certa forma, acompanha o mundo jurídico. Entretanto, mesmo não apresentando um método, o jusfilósofo delinea, em linhas gerais, a atuação dos *principles*. É importante destacar que, com o giro interpretativo²²⁷ na teoria dworkiniana, os princípios, como os demais padrões normativos, não são aplicados no modo *prêt-à-porter*. Diferentemente, tornam-se partes constitutivas do processo interpretativo. Em outras palavras, o problema se amplia em espessura e abrangência: não é apenas como se aplicam as normas, mas como deve ser a interpretação da prática jurídica tomada como um todo.

Retornando ao modo de atuação dos princípios, Dworkin em *Levando os direitos a sério* distingue os argumentos de política dos argumentos de princípio, devendo a jurisdição utilizar-se destes últimos. Declara que:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política²²⁸, mostrando

²²⁶ Este desenvolvimento é perceptível nos textos que constituem a obra *Uma questão de princípio* (1985), e, sobretudo, no *Império do direito* (1986) em que a sua concepção interpretativista é sistematizada.

²²⁷ ARANGO, Rodolfo. **Hay respuestas correctas en Derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre: Editores, 1999.

²²⁸ A referência à decisão política não deve ser entendida como uma equiparação com a atividade legislativa. Na realidade, Dworkin pensa de modo diverso. Tanto o juiz quanto o legislador em suas decisões necessitam de uma justificação política, *lato sensu*, porém a partir de pressupostos

que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo²²⁹.

Daí depreendemos que os princípios jurídicos não podem servir para qualquer argumentação. Ao contrário, estariam limitadas na justificação de um Direito que, inclusive, pode contrapor interesses, objetivos, ou metas gerais. Como exemplo, Dworkin traz o argumento a favor das leis contra a discriminação, visando assegurar o direito de uma minoria de igual respeito e consideração²³⁰. Ou seja, quando um princípio atua, ele aponta para a garantia e/ou respeito de um direito.

Ademais, o argumento de princípio não deveria ser feito de modo localizado somente para resolver aquele problema judicial determinado, mas deveria também estar em coerência ‘com as decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas’²³¹.

Esta exigência de coerência permaneceu e tomou outros contornos conforme Dworkin foi desenvolvendo sua concepção interpretativista. No artigo *De que maneira o direito se assemelha à literatura*²³², o jusfilósofo faz algumas aproximações entre a interpretação jurídica e a interpretação literária. Apresenta a ideia do romance em cadeia (*chain novel*) em que um grupo de romancistas é contratado para escrever uma única narrativa. Como cada um escreverá um capítulo, haverá um processo interpretativo-criativo em que a história prossegue mantendo seus vínculos com o passado. Partindo disso, ele afirma que:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos com este estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do Common Law, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matérias semelhantes²³³.

distintos. Assim, o jusfilósofo introduz essa diferença entre argumentos de princípio e de política. Trataremos com mais especificamente sobre isto no tópico *Os princípios e a tese dos direitos*.

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 129.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 129-130.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 138.

²³² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 217-249.

²³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 237-238.

Cada juiz, como um romancista nessa cadeia, deve interpretar o que aconteceu antes, por que tem responsabilidade (política) em continuar essa história e não inventar outra. O modo de verificar se a decisão-capítulo foi correta seria também o similar à interpretação de uma obra literária que:

[...] tem como objetivo demonstrar como a obra de arte pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, a para isso deve atentar para as características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivos de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a esta prática e demonstrar sua finalidade ou valor²³⁴.

Essa interpretação (construtiva) baseia-se naquilo que Dworkin chama de hipótese estética, na qual se tentaria ‘mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte’²³⁵. Isso, conseqüentemente, demandaria uma teoria estética que revele os critérios do julgamento. Logo, teorias distintas, fundamentadas em princípios diferentes, poderiam chegar a juízos dessemelhantes.

Isso pode ser verificado no Direito a partir do seguinte caso imaginário que o próprio jusfilósofo apresenta²³⁶: o Tribunal de Illinois teria condenado um motorista negligente que atropelou uma criança a reparar o abalo emocional que a mãe dela sofreu estando do outro lado da rua. Tempos depois, uma tia entra com uma ação contra um motorista descuidado, pelo choque emocional que teve ao saber pelo telefone que sua sobrinha foi atropelada, mesmo estando muito longe do ocorrido. Diante disso surgiria a indagação: a tia teria o direito a essa reparação? Respondendo, Dworkin diz que o juiz deverá analisar os precedentes relacionados ao tema, de modo mais amplo, e decidir entre duas teorias sobre o “significado” dessa cadeia de decisões. Assim, entende que:

Segundo a primeira, os motoristas negligentes são responsáveis perante aqueles a quem sua conduta pode causar dano físico, mas são responsáveis perante estas pessoas por qualquer dano – físico ou emocional – que realmente causem. Se este é o princípio correto, então a diferença decisiva entre esse caso e o caso da tia consiste apenas em que a tia não corria risco físico e, portanto, não pode ser indenizada. Na segunda teoria, porém, os motorista negligentes, são

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 239.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 222.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p 220.

responsáveis por qualquer dano que é razoável esperar que prevejam, se pensarem sobre sua conduta antecipadamente. Se esse princípio é correto, a tia tem direito a esta reparação. Tudo depende de determinar se é suficientemente previsível que uma criança tenha parentes, além de seus pais, que possam sofrer choque emocional ao saber de seu ferimento. O juiz que julga o caso da tia precisa decidir qual desses princípios representa a melhor “leitura” da corrente de decisões a que deve dar continuidade²³⁷.

A decisão por um determinado princípio deve ajustar-se à prática e revelar a melhor finalidade ou valor²³⁸ do Direito. Todavia, Dworkin reconhece que essa não é uma tarefa simples e que às vezes a leitura da história institucional parece sustentar dois princípios que apontam para direções diferentes, sendo necessária, então, uma teoria²³⁹ política mais substantiva. Assim, a decisão por um ou outro seria determinada por aquela que enunciasse um princípio mais sólido de justiça. O jusfilósofo resume:

Os juízes desenvolvem uma abordagem particular da interpretação jurídica formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a estas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chamam isto de sua filosofia política. Ela incluirá características estruturais, que elaboram a exigência geral de que uma interpretação se ajuste a história doutrinal, e afirmações substantivas sobre os objetivos sociais, e os princípios de justiça²⁴⁰.

Observamos, assim, nessa aproximação do Direito com a Literatura, que os princípios justificam as decisões em conformidade com sua teoria de base por representarem, a partir dessa teoria, uma adequação à cadeia de precedentes e por manifestarem o melhor direito possível.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 239.

²³⁸ Esta finalidade ou valor não se trata de valor estético, Dworkin entende que o ‘Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais ou individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre ele e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas’. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238. Assim, revelar o melhor direito tem uma conotação política de desvelar o melhor para o que se propõe, diante dos limites que possui.

²³⁹ Já em *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresenta a necessidade de uma elaboração teórica que servisse de suporte para os princípios e as decisões, assim afirma: ‘[...] se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre o direito das partes, as razões que a autoridade oferece para o seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito, e ela deve mostrar qual é exigida por essa teoria geral num caso difícil’. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 163.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 241-242.

No *Império do direito*, Dworkin apresenta a interpretação²⁴¹ em fases ou etapas, apesar de entender que ela se dá num *continuum*. Na primeira fase, a “pré-interpretativa”, identifica-se as regras, princípios e demais padrões que venham a fornecer um conteúdo hipotético/experimental da prática social. Na segunda fase, a interpretativa, apresenta-se uma justificação geral para os principais elementos identificados na etapa anterior, demonstrando-se, ao menos, que foi feita uma interpretação e não uma invenção. Na terceira, a fase pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete molda sua ideia/juízo acerca daquilo que a prática realmente requer, de modo a melhor servir a justificação que se aceita na etapa anterior.

Dworkin, expressamente²⁴², faz menção a Rawls para dizer que deverá haver um equilíbrio entre a descrição da prática social feita na fase “pré-interpretativa” e uma justificativa apropriada a ela. Todavia, afirma haver uma diferença entre a proposta rawlsiana e a sua. Declara que, em Rawls, o equilíbrio (reflexivo) ocorre entre “intuições” e uma teoria formal que uniria estas intuições, porém em seu interpretativismo o equilíbrio se daria entre a justificativa geral e as exigências pós-interpretativas.

Sobre quando e como são aplicados, entendemos que Dworkin não demarca campos de atuação, estando os princípios sempre em atuação seja como padrão que norteia o *decisium* ou como a justificação daquele que foi usado. Os argumentos de princípios devem servir para a determinação de um direito e não de um objetivo social. Na interpretação, os princípios tornam-se parte constitutiva indispensável para um sistema que deve manifestar-se coerentemente.

3.2.4 Os princípios e a discricionariedade

Uma das principais críticas ao Positivismo Jurídico feitas por Dworkin tinha como alvo a discricionariedade judicial²⁴³. Seu empreendimento teórico buscou suplantando esta concepção, mostrando que em todo e qualquer caso é possível uma

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 81-84.

²⁴² DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 82.

²⁴³ A discussão sobre a discricionariedade é tomada em dois sentidos. O primeiro, denominado de fraco, refere-se a aplicação de critérios que demandam uma “complementação” posterior, ou na ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Em sentido forte, corresponde a uma ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, na crença de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre a forma que o juiz tem que decidir. A discussão deste tópico centra-se na discricionariedade nesta última acepção.

resposta jurídica. Dentro desse panorama os princípios estão inseridos. Logo, devem ser afastadas leituras, a partir da obra do jusfilósofo, que defendem a superação do Juspositivismo por intermédio de uma abertura interpretativa trazida pelos princípios, que como conceitos indeterminados permitiriam ao intérprete encontrar, ao seu modo, o justo para o caso concreto. Se assim fosse, haveria uma contradição em seu discurso, que acreditamos não existir.

A discricionariedade é considerada um problema²⁴⁴, sua persistência resulta na negativa de que para os *hard cases* existiria um direito preexistente que possibilitaria as obrigações jurídicas. De modo diverso, Dworkin²⁴⁵ pensa que:

Mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.

Esse “descobrimento” seria direcionado pelos princípios, uma vez que a ausência de regras não significaria um estado de anomia. Portanto, haveria o dever de (*has a duty to*) decidir de uma determinada maneira. Os positivistas defendiam que isso não poderia ser assim, pois os princípios jurídicos não seriam cogentes. Dworkin contra-argumenta que, quando um Tribunal rejeita a aplicação de uma regra, o faz sob o fundamento de um padrão, quase sempre um princípio. Se estes não forem vinculantes, tampouco as regras que rejeitam serão. Em outras palavras, como um padrão não-vinculante afastaria a incidência de uma regra obrigatória? Dworkin conclui que isso somente é possível por que os princípios são tão obrigatórios quanto as regras. E a própria manutenção de uma regra sugere que

[...] esta é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança²⁴⁶.

²⁴⁴ Nesse sentido ver: STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 127.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 61.

Desse modo, o jusfilósofo sintetiza²⁴⁷ que a discricionariedade judicial, a criação do Direito (ainda que intersticialmente) pelo Judiciário deve ser combatida por dois motivos: a) a falta de legitimação pelo voto, uma vez que a comunidade deveria ser governada por representantes eleitos e os juízes, em sua maioria, não são; e b) a criação de um direito *ex post facto*, pois uma das partes seria punida mesmo não desrespeitando um direito ou dever existente, mas criado por um juiz. Por estas objeções seriam mais adequadas as decisões jurídicas sustentadas por argumentos de princípio do que de políticas, pois:

[...] um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações, de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor²⁴⁸.

Quanto à questão da não-surpresa, Dworkin pontua que se o Direito já estivesse expresso numa lei o réu teria, de modo mais explícito, que ter observado o dever dela decorrente. Todavia, se o demandante possui o direito a uma decisão judicial ao seu favor – apesar da inexistência de uma lei nesse sentido –, teria, conseqüentemente, a prerrogativa de poder contar com ele. Nesse cenário, se a demanda for incontroversa, não haveria escusas ao réu. Porém, se a lide fosse duvidosa, existiria certa surpresa para ambos os lados.

Portanto, observamos que os (argumentos de) princípios, em Dworkin, denotam um equívoco juspositivista na manutenção da discricionariedade e também são um modo de transpô-la.

3.2.5 Os princípios e a tese dos direitos

A tese dos direitos parte da premissa de que, mesmo nos casos difíceis, uma das partes teria um direito, e que este não é novo. Ao contrário: encontra respaldo no ordenamento jurídico como um todo²⁴⁹. Para Dworkin, o que está “em jogo” no

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 132.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 134.

²⁴⁹ O próprio Dworkin reconhece que a tese dos direitos é mais adequada a “geometria” do processo civil. Em suas palavras, sustenta que ela ‘é válida nos casos civis comuns, quando o pressuposto dominante é o de que uma das partes tem o direito de obter uma decisão favorável. Mas quando este pressuposto não puder ser mantido, ela será apenas assimetricamente válida. Em um processo criminal, o acusado tem o direito a uma decisão em seu favor, se for inocente, mas o

Direito é a proteção dos direitos²⁵⁰ das pessoas e não objetivos sociais. Por isso, os juízes não devem portar-se como legisladores delegados, e devem limitar-se aos argumentos de princípio²⁵¹.

Assim, afirma que, sendo a tese dos direitos válida, a história institucional não apenas restringe a atividade judicial, mas também a constitui, sendo o pano de fundo em que devem ser considerados os direitos²⁵². Os juízes, como autoridades políticas, sujeitos à responsabilidade política, devem pautar suas decisões neste contexto (intersubjetivo), e não em suas convicções pessoais. Sobre essa responsabilidade, Dworkin²⁵³ declara que:

Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar. A doutrina parece inócua nessa forma geral, mas ela condena, mesmo de tal forma, um estilo de administração política que poderíamos chamar, com Rawls, de intuicionista. Ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas.

Destarte, a tese dos direitos apresenta dois aspectos, um descritivo e outro normativo. Em 'seu aspecto descritivo explica a estrutura atual da instituição da decisão judicial, enquanto seu aspecto normativo oferece uma justificação política para essa estrutura'²⁵⁴. Os princípios jurídicos encontram-se vinculados a essa tese, pois, como proposições que descrevem direitos, direcionam a decisão judicial nos limites democraticamente exigidos, justificando também a tomada de decisão.

Estado não tem nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 157.

²⁵⁰ Dworkin entende que um direito: '[...] não pode ser menos importante que todas as metas sociais. Para simplificar, podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração política, mas somente por uma meta de urgência pessoal'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 144-145.

²⁵¹ Dworkin define que: 'Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos'. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 141.

²⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 136.

²⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 137.

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 192.

3.2.6 Hércules e os princípios jurídicos

Quando um juiz aceita a doutrina da responsabilidade política, ele deve necessariamente buscar alguma teoria geral que justifique sua prática. Diante dessa realidade, Dworkin apresenta “Hércules”²⁵⁵, um juiz filósofo com capacidade, sabedoria e paciência sobre-humanas. Esse juiz modelo desenvolve teorias apropriadas sobre a intenção legislativa e os princípios jurídicos. Ao visualizar os princípios abstratos e concretos que conferem uma justificação coerente a todos os precedentes da *Common Law*, bem como as disposições constitucionais e legislativas, Hércules cria uma ordem vertical (em diferentes camadas de autoridade, a camada inferior deverá encontrar justificação nas camadas superiores) e uma horizontal (as decisões dentro desse estrato devem ser coerentes entre si em relação ao(s) princípio(s) instituidore(s)).

Num contexto constitucional, Hércules parte da ideia de que a Constituição é um sistema político geral que seria suficientemente justo para que seja respeitado por razões de equidade. Assim, deve elaborar uma teoria constitucional e política que a justifique como um todo e que deve estar necessariamente em harmonia com as regras constitucionais, tomadas também em sua aplicação prática²⁵⁶.

Ao analisar os precedentes, Hércules identifica sua força gravitacional, que é definida pelos argumentos de princípio que lhes dão sustentação. Deste modo, Dworkin²⁵⁷ declara que:

[...] se a força gravitacional do precedente tem por base a ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos, Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não somente ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as suas outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política. Caso os princípios que ele citar como estabelecidos forem incompatíveis com as outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a sustentar, Hércules não terá cumprido seu dever de mostrar que a decisão que ele tomou é compatível, com princípios estabelecidos e, portanto, equânime (*fair*).

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 164-203.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 166-167.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 181.

Hércules não se baseia em suas próprias convicções para a construção deste marco teórico:

Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; esta concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem²⁵⁸.

Na metáfora do Juiz Hércules, os princípios jurídicos manifestam-se como elementos indispensáveis tanto para a descrição quanto para a justificação do Direito, por intermédio de uma teoria sustentada na moralidade política subjacente à prática jurídica como um todo.

3.2.7 Os princípios e a tese da resposta correta

A tese da resposta correta é uma decorrência da tese dos direitos. Tem como pressuposto²⁵⁹ político a ideia de direitos preexistentes, contrariando a criação judicial nos termos juspositivistas da discricionariedade. Como pressuposto fático, a tese demanda um sistema jurídico avançado, isto é, um complexo normativo suficientemente denso com normas e precedentes que possibilite a resolução de um caso a partir da história institucional. Sobre isso, Arango²⁶⁰ pontua que:

La complejidad del sistema jurídico juega así un papel central para la tesis de las respuestas correctas como precondition de la empresa jurídica y para ele establecimiento de condiciones de verdad que permitan determinar cuándo una proposición normativa es verdadera o falsa, según su coherencia con el derecho, visto como un todo.

Essa resposta não é um dado que está fora do mundo. Ao contrário, resulta de uma interpretação construtiva. O modo de verificar sua correção é a coerência com a teoria jurídica que melhor justifica o Direito como um todo, isto é, não apenas internamente, mais também com a melhor teoria política e com a moralidade institucional. Essa teoria poderia ser considerada superior às demais por dois critérios: a adequação com a prática e a moralidade política. Ou seja, representa

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 197.

²⁵⁹ Acerca dos pressupostos político e fático ver: ARANGO, Rodolfo. **Hay respuestas correctas en Derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre: Editores, 1999. p. 54-58.

²⁶⁰ ARANGO, Rodolfo. **Hay respuestas correctas en Derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre: Editores, 1999. p. 57.

uma maior adequabilidade com a história institucional e uma melhor justificação moral política dessa história.

Os princípios jurídicos, diante da sua dimensão (moral) de peso, também possibilitam a tese da resposta correta trazendo uma coerência horizontal – justificando os precedentes entre si – e vertical – com as exigências de moralidade política que o Direito pressupõe.

3.2.8 A ideia de comunidade de princípios

Dworkin, no *Império do direito*²⁶¹, apresenta três modelos de comunidade. Na primeira, seus membros acreditam que sua associação resultou de um acidente de *fato* histórico e da geografia. Na segunda, que ele denomina de modelo “das regras”, as pessoas que a compõem aceitam obedecer às regras que são, de certo modo, específicas de sua comunidade. A terceira seria a comunidade de princípios. Nela, os membros concordam com o modelo de regras, contudo, exigem desse modelo uma compreensão compartilhada e assumem uma postura mais generosa em relação a essa compreensão. Isto é, aceitam que, para além das regras, também possuem princípios políticos comuns. Dessa forma,

os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõe e endossam. Assim, cada membro aceita, que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados²⁶².

Como veremos no tópico seguinte, a comunidade de princípios compreende a integridade como parte fundamental de sua política, e apresenta em relação aos demais modelos, uma melhor defesa da legitimidade política.

Dentro dessa realidade, os princípios extrapolam o espaço jurídico e espelham uma concepção de Justiça que garante os laços comunitários básicos.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251-260.

²⁶² DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254 -255.

3.2.9 O direito como Integridade e o imperativo de coerência: o papel dos princípios

A teoria jurídica que Dworkin construiu é a do “Direito como Integridade”. Nela, a *integrity* seria uma virtude política, que exigiria o compromisso com outros ideais, tais como *fairness, justice e due legal process*, e está ligada à ideia de comunidade (de princípios). A integridade seria manifesta em dois princípios: um legislativo, que requer uma ação dos legisladores no sentido de tornar o conjunto de leis moralmente coerente; e um jurisdicional, que demanda que a lei seja vista como coerente nesta direção²⁶³.

O interpretativismo deve ser compreendido nesse cenário. O princípio da integridade propõe um programa interpretativo no qual a identificação dos direitos e deveres legais partem do pressuposto de que são originados de um único autor (comunidade personificada) que expressa uma coerente visão de justiça e equidade.

A coerência direcionaria a interpretação das normas e as decisões judiciais a uma harmonia com a história legal e o sistema de princípios éticos-políticos. A resposta correta, portanto, seria alcançada pela coerência, pois conferiria legalidade a uma disposição jurídica.

Rodrigues²⁶⁴ pontua que:

A coherence desempenha um papel central no pensamento de Dworkin associado à *integrity*: a integridade é um valor político fundamental da comunidade, enquanto a coerência aparece como uma especificação da integridade, uma forma de assegurar que a decisão, seja do juiz, seja do legislador, é a melhor possível.

O *Direito como integridade* apresenta-se como uma terceira via, alternativa ao convencionalismo e ao pragmatismo, pois as afirmações/proposições jurídicas possuem tanto elementos do passado (*perspectiva convencionalista*) como do futuro (*perspectiva pragmatista*). A veracidade depende ‘dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade’²⁶⁵.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213.

²⁶⁴ RODRIGUES, Sandra Martino. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 48.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272.

Portanto, a concepção do *Direito como Integridade* exige uma coerência moral da prática jurídica que somente é possível de ser realizada por intermédio dos princípios (jurídicos) que a constituem.

4 COERÊNCIA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Este capítulo trata da relação da coerência com os princípios jurídicos e de como aquela está presente na teoria da decisão de Dworkin. Este trabalho partiu da pressuposição inicial que o jusfilósofo norte-americano foi fortemente influenciado por John Rawls, especificamente, no que se refere ao coerentismo. Por isso, de início é feita uma apresentação acerca da filosofia (moral) rawlsiana tendo como recorte central o método do equilíbrio reflexivo. Depois, será demonstrada a apropriação deste por Dworkin, o que redundou no desenvolvimento de uma teoria coerentista da decisão judicial.

4.1 O Coerentismo de John Rawls e o procedimento do equilíbrio reflexivo

Com a publicação, em 1971, da obra *Uma Teoria da Justiça*, Rawls reintroduziu a questão normativa no seio da filosofia moral e política e tornou-se um dos principais filósofos do século XX. Tendo como um dos pontos de partida a crítica ao utilitarismo anglo-saxão, o filósofo apresenta como contraponto uma concepção denominada de “Justiça como Equidade” (*Justice as Fairness*). E isto é feito através de uma resignificação da tradição contratualista.

O utilitarismo, em linhas gerais, afirma que o moralmente correto e politicamente justo seria aquilo que produz a maior felicidade para todos os membros da sociedade. Esta corrente de pensamento, implícita nas práticas econômicas e políticas nos países liberais e capitalistas, estima que a realização do bem-estar de todos não seria somente um vago ideal moral, mas que também poderia orientar uma política.

Todavia, ao falar em maximizar a utilidade, está se falando da utilidade global ou média? Poder-se-ia aceitar um enriquecimento desigual se isso representar um aumento da utilidade global? Mesmo agregando a igualdade ao utilitarismo, permanecem os seguintes problemas: partindo da igualdade de satisfação, esbarra-se na heterogeneidade das preferências. Além disso, essa política somente poderia ser realizada de modo autoritário, isto é, com grande limitação das liberdades. Essa maximização global poderia conduzir ao sacrifício de uma minoria e isso estaria em dissonância com as intuições morais mais profundas presentes em democracias

liberais contemporâneas. Assim, contrapondo essa perspectiva, Rawls²⁶⁶ apresenta os dois princípios de justiça que acredita possibilitar o consenso na posição original:

Primeiro: Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

A posição original é uma ficção, um artifício da razão que serve enquanto uma hipótese explicativa da formação do contrato social nos termos propostos por Rawls. Isto é, serve enquanto um procedimento deontológico que manifesta aos pressupostos filosóficos da escolha dos princípios de justiça. Assim, as partes, representando indivíduos racionais e razoáveis, estão em condições de igualdade e imparcialidade e devem decidir quais os princípios de justiça que devem reger a sociedade. Todavia, esta decisão será “sob o véu da ignorância”, isto é, sem conhecer suas situações na sociedade real. Destarte, diante da possibilidade de estarem na situação mais desfavorável, ambos têm o desejo de que essa seja a menos má possível.

Desse modo, justifica-se o primeiro princípio pela necessidade de oportunizar aos menos favorecidos a liberdade para manifestar suas reivindicações. Da mesma maneira justifica-se o segundo princípio, pois, não sabendo de suas situações reais, é melhor que as desigualdades existentes maximizem as condições dos menos favorecidos²⁶⁷.

Esses princípios de justiça, que representam a concepção da “Justiça como Equidade” escolhidos na posição original, encontrariam também respaldo nas convicções morais presentes em contextos liberais e democráticos, manifestando,

²⁶⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 1997. p. 64.

²⁶⁷ Esta afirmação é feita a partir da interpretação que o próprio Rawls faz do segundo princípio ao dizer que: ‘As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e (b) sejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades’. In: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 1997. p. 333.

assim, um senso de justiça. Desse modo, os princípios se justificam na posição original²⁶⁸ e no equilíbrio reflexivo²⁶⁹, como se verá mais adiante.

Ainda a respeito da posição original, Rawls deixa evidente o seu caráter não-fundacionalista. Em suas palavras:

Não pretendo que os princípios de justiça propostos sejam verdades necessárias ou que possam ser derivados deste tipo de verdade. Uma concepção de justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; ao contrário, sua justificativa é um problema da corroboração mútua de várias considerações, do ajuste de todas as partes numa visão coerente²⁷⁰.

Interessante notar – já observando a possibilidade de um paralelo com a Comunidade de Princípios de Dworkin – que a “Justiça como Equidade” parte da ideia central da sociedade enquanto um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos que são pessoas livres e iguais numa sociedade bem-ordenada. Logo, a associação deles não é tida como um mero acidente histórico, ou como um simples agrupamento que respeita determinadas regras.

O equilíbrio reflexivo serve para comprovar a correção prática acerca da aceitabilidade dos princípios deduzidos da posição original. Testa-se a adequação desses princípios com as intuições morais mais profundas arraigadas nos cidadãos em democracias constitucionais. Resulta de uma convergência/coerência de visões de mundo no quadro de uma razão pública, acerca do que seria uma vida boa, uma concepção de justiça *freestanding*. Isso se dá porque não seria publicamente defensável, tampouco tolerante, em sociedades livres e plurais em que os cidadãos professam cosmovisões distintas, ter uma concepção de justiça apoiada numa determinada doutrina abrangente.

²⁶⁸ Denis Coitinho Silveira entende que a posição original está interconectada com o método do equilíbrio reflexivo, principalmente pelo uso dos juízos ponderados para a justificação dos princípios de justiça. Assim, não seria um procedimento fundacionalista, ao revés seria um procedimento coerentista de justificação pública. In: SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e o equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p.139-157, 2009. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/999/0>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

²⁶⁹ Rawls, ao explicar o equilíbrio reflexivo na posição original, explica que: ‘Trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam’. In: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 1997. p. 23.

²⁷⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 1997. p. 23.

Entretanto, não obstante a essa heterogeneidade, os cidadãos em uma democracia estão sujeitos a uma mesma legislação. Como resultado, têm-se os seguintes questionamentos: como se torna legítimo o uso coercivo do poder político que (geralmente) representa o poder do povo ou do corpo coletivo que é tão heterogêneo? Por que as pessoas aceitam voluntariamente obedecer a Lei diante das mais diversas e contrárias cosmovisões? Diante da diversidade, como o cidadão pode legitimamente exercer o poder político sobre outros? Respondendo a essas indagações, Rawls constrói uma teoria da justiça adequada a sociedades liberais e democráticas apresentando a possibilidade de uma legitimação do poder político que encontre fundamento num sistema coerente de crenças manifestas numa razão pública. Nessa linha, Silveira²⁷¹ escreve, em artigo, que:

O argumento central dessa teoria parece ser o de que, de um ponto de vista social (*social point of view*), se pode chegar a um consenso do que contará como tendo um valor moral público de uma forma independente das crenças privadas de bem, de forma que se vão construir princípios morais políticos (de igual liberdade, igualdade equitativa de oportunidade e diferença) a partir dos próprios valores morais reconhecidos socialmente em uma sociedade democrática do tipo contemporânea e, então, a estratégia será testá-los por (i) sua coerência com os pontos fixos dos juízos morais ponderados (*considered judgments*) em todos os níveis de generalidade e (ii) por seu resultado quando aplicado às instituições democráticas, isto é, por sua garantia de estabilidade pelas razões corretas (*stability for the right reasons*) que conduz à legitimidade política (*political legitimacy*), o que é outra forma de dizer que eles serão testados por um equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*) amplo (*wide*) e geral (*general*), sendo a justificação concebida em um equilíbrio reflexivo pleno (*full*).

Dentro dos limites da proposta desta dissertação, cumpre analisar mais detidamente o procedimento do equilíbrio reflexivo em Rawls para que, em seguida, possamos verificar o modo como esse procedimento foi apropriado na teoria da decisão jurídica de Dworkin.

Rawls, em *Justiça como equidade: uma reformulação*, ao tratar da noção de equilíbrio reflexivo, parte da ideia de que as pessoas são racionais, razoáveis e que possuem um senso de justiça. Essas capacidades, em condições normais, seriam

²⁷¹ SILVEIRA, Denis Coitinho. Justiça como equidade e o problema da razoabilidade. In: **Dois pontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 37-59, 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/doispontos/article/view/30115>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

gradualmente amadurecidas, possibilitando às pessoas julgamentos de justiça sobre a estrutura básica da sociedade, sobre as suas próprias ações e também sobre as ações de seus pares. Desse modo, são selecionados os juízos ou convicções refletidos, isto é, aqueles que foram emanados em condições favoráveis que permitiram o uso pleno de suas faculdades. Sobre esses juízos teríamos certa convicção: seriam utilizados com pontos de partida²⁷², como, por exemplo, a crença que a escravidão é condenável.

Para além de existirem divergências entre nossos juízos e de outras pessoas, por vezes, há uma contradição interna. O que sustentamos para uma questão pode não ser coerente com o que defendemos para outras. Assim, Rawls afirma que ‘muitos dos nossos mais graves conflitos são conflitos dentro de nós mesmos. [...] Os que supõem que seus juízos são sempre coerentes são pessoas dogmáticas ou que agem sem reflexão, não raros são ideólogos ou fanáticos²⁷³. Dessa forma, o ponto de discussão é como tornar nossos juízos refletidos coerentes entre si e em relação às demais pessoas.

Quando alguém adota uma concepção de justiça que menos venha impor mudanças em seus juízos morais básicos e a partir dessa concepção ordena seus outros juízos e/ou convicções, encontra-se então em equilíbrio reflexivo estreito ou restrito (*narrow*). Esse caráter limitado refere-se que ao fato de que a escolha se deu pela concepção menos invasiva, excluindo todas as demais e a força de seus argumentos²⁷⁴.

Todavia, ainda no nível individual, o equilíbrio reflexivo amplo é alcançado quando se avaliam as várias concepções de justiça política e seus argumentos basilares, sejam filosóficos ou não, e após, opta-se por uma concepção que alinhe suas convicções gerais, princípios fundamentais e juízos particulares. Assim, Silveira²⁷⁵ explica que o *reflective equilibrium* tem:

²⁷² RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp.41-42.

²⁷³ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 42.

²⁷⁴ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 43.

²⁷⁵ SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e o equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 139-157, 2009. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/999/0>>. Acesso em: 26 jun. 2014. p. 139-140.

o papel de instaurar a coerência entre os juízos morais particulares dos agentes e os princípios éticos estabelecidos, no caso, os princípios da justiça, como em um esquema procedimental que orienta regras para a ação moral, de forma que se estabeleça a complementaridade entre a cultura política democrática de uma sociedade e o ideal normativo de pessoa e sociedade bem-ordenada.

Para Rawls, ‘uma sociedade bem-ordenada é regida por uma concepção de justiça pública’²⁷⁶. O equilíbrio reflexivo geral ou pleno se dá quando todos os cidadãos, tendo alcançado o equilíbrio reflexivo amplo, compartilham uma concepção de justiça política que lhes serve de base para os juízos refletidos. Não há apenas o reconhecimento desta concepção, mas também sua afirmação no âmbito individual. Assim:

[...] a noção de justificação, de par com o equilíbrio reflexivo pleno, é não fundacionalista no seguinte sentido: não se pensa que algum tipo específico de juízo refletido de justiça política ou nível particular de generalidade possa carregar consigo todo o peso de justificação pública. Juízos refletidos de todos os tipos e níveis podem ter uma razoabilidade intrínseca, ou aceitabilidade, para pessoas razoáveis que persiste depois da devida reflexão. A concepção política mais razoável para nós é aquela que melhor se ajusta a todas as nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente. Em qualquer momento dado, é isto o melhor que podemos fazer²⁷⁷.

A respeito do equilíbrio reflexivo amplo, Daniels aponta que é uma tentativa de produzir coerência no conjunto de crenças de ordem tripla (três dimensões), e que são sustentadas por uma pessoa, quais sejam: (a) um conjunto de julgamentos morais ponderados; (b) um conjunto de princípios morais e (c) um conjunto de relevantes teorias de base²⁷⁸. Ou seja, não é um mero ajuste de um juízo (refletido) com um princípio. Os princípios pressupõem um *background* teórico²⁷⁹, de forma que o julgamento torna-se coerente apenas quando acomoda a tríade de exigências.

²⁷⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 43.

²⁷⁷ RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44.

²⁷⁸ DANIELS, Norman. Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 76, n. 5, p. 256-282, Mai. 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2025881?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

²⁷⁹ A definição da teoria/concepção de justiça persegue um objetivo prático de estabilidade social. Silveira pontua que: ‘A teoria que melhor responder à construção de um ponto de vista público razoável, que pode ser assumido por todos com base em suas doutrinas abrangentes, em consenso sobreposto, tem sua força justificacional assegurada, especialmente no que toca às questões que envolvem os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça distributiva’. In: SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e o equilíbrio reflexivo em John Rawls:

Silveira²⁸⁰ destaca que:

Rawls enfatiza que o procedimento do equilíbrio reflexivo apela para a coerência entre os juízos ponderados (refletidos) contidos na cultura pública da sociedade, como se vê no repúdio à escravidão e na tolerância religiosa, e os princípios morais públicos que estão implícitos em uma concepção política razoável de justiça. Nota-se que o método de justificação dos princípios da justiça como equidade se dá com base na força contratual que as partes possuem ao poderem escolher estes princípios em detrimento de outros princípios de justiça, como o utilitarista, por exemplo. Esta teoria moral da justiça como equidade é justificada, por sua vez, com base nos juízos refletidos concordantes com estes princípios da justiça como equidade.

Portanto, o equilíbrio reflexivo manifesta-se como um procedimento de justificação que garante a objetividade dos julgamentos e princípios morais diante da coerência entre eles. Apresenta-se também com um teste que valida o senso de justiça compartilhado, estabelecendo-se os princípios morais ajustados com uma teoria moral e com as convicções morais refletidas, conformando, ainda, os juízos morais convergentes com base na coerência com os princípios da justiça como equidade.

4.2 O Coerentismo Jurídico de Dworkin e a apropriação do equilíbrio reflexivo

A hipótese central desta dissertação é a de que a ênfase dada por Dworkin à coerência, longe de ser aleatória, anunciava sua proximidade com o modelo coerentista de justificação epistêmica e moral, tendo, provavelmente, se abeberado dos escritos de Rawls e transplantado, obviamente com algumas adequações, o procedimento do equilíbrio reflexivo ao Direito.

Cabe destacar, novamente, que o próprio Dworkin reconheceu expressamente sua influência rawlsiana. Após a morte do filósofo, em uma conferência dedicada à análise de alguns pontos significativos de sua filosofia,

o problema da justificação. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 139-157, 2009. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/999/0>>. Acesso em: 26 jun. 2014. p. 154.

²⁸⁰ SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e o equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p. 139-157, 2009. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/999/0>>. Acesso em: 26 jun. 2014. p. 146.

posteriormente publicada na obra *Justice in Robes* (Justiça de Toga), o jurista foi categórico em afirmar:

Alguns de vocês terão notado uma certa congruência entre as posições que afirmo ser defendidas pelos argumentos de Rawls na teoria do direito e aquelas que eu próprio tentei defender, e talvez pensem que isto não aconteceu por acaso. Portanto, farei aqui uma confissão mas, sem pedir desculpas. A obra dos ícones filosóficos é rica o bastante para permitir a apropriação por meio da interpretação. Cada um de nós tem seu Immanuel Kant, e, a partir de agora, cada um de nós lutará pela benção de Rawls. E por um motivo muito bom. Depois de todos os livros, todas as notas de rodapé e todas as maravilhosas discussões, estamos apenas começando a nos dar conta de quanto temos a aprender com este homem²⁸¹.

Juntamente com isso, podemos também observar esse influxo na maioria das obras de Dworkin, que trazem menções expressas a Rawls. Ademais, ambos eram norte-americanos e estudaram com Hart em Oxford. Diante disso tudo, nos parece bastante factível a pressuposição que norteou esta investigação.

Bermejo²⁸² compreende que Dworkin apresenta uma modelo coerentista de sistema jurídico. Nesse sentido, o jurista espanhol afirma que isso pode ser observado em dois aspectos: o primeiro na convocação de diversos princípios igualmente válidos, que em sua aplicação exigem um exame de peso/importância o que seria bastante característico de propostas coerentistas; o segundo relaciona-se com o interpretativismo dworkiniano que, influenciado por Gadamer²⁸³, apresenta uma coerência circular semelhante ao círculo hermenêutico, pedra angular da filosofia contemporânea em contraposição ao fundacionalismo.

Bermejo continua sintetizando as características gerais do Coerentismo e depois as relaciona com a teoria do direito de Dworkin. Inicialmente, observa que sistemas coerentistas possuem uma estrutura em rede que acentua as dimensões de totalidade e a solidariedade recíproca entre suas partes constitutivas²⁸⁴. Diferentemente de um sistema fundacionalista em que as cadeias lógicas podem até compartilhar elementos comuns excetuando sua fundamentação axiomática, o coerentista é instituído por teses/crenças inter-relacionadas e que exigem apoio

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2010. p. 369

²⁸² BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 126-141.

²⁸³ Apesar de reconhecermos e concordarmos com a leitura de que o interpretativismo dworkiniano foi influenciado pela tradição Hermenêutica (principalmente, por Gadamer) essa questão não será discutido neste trabalho por não ser este foco da abordagem proposta.

²⁸⁴ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p.129.

mútuo. Como decorrência, dentro desse sistema a justificação se dá de modo holista.

O jurista espanhol adverte que, não obstante a todo esse encadeamento mútuo, o sistema não é fechado em si mesmo – o que redundaria numa crítica quanto ao seu aspecto conservador –, estando potencialmente aberto e permitindo a revisibilidade de seus elementos²⁸⁵.

Por fim, Bermejo acentua que uma das críticas recorrentes destinadas aos sistemas coerentistas refere-se à circularidade interpretativa. Contudo, entende ser esta crítica incorreta, ou ao menos que seja colocada de modo inadequado. Aponta que os coerentistas, diante do caráter aberto dos sistemas, consideram a existência de um círculo virtuoso, que serve para colocar em ordem nossos pensamento e crenças até o ponto em que estejam apoiados mutuamente²⁸⁶.

Resumindo esses aspectos gerais, Bermejo²⁸⁷ escreve que num sistema coerentista:

a) dichas creencias o valores componen un todo solidario y dotado de sentido propio; b) podemos interpretar que tales creencias o valores se justifican entre sí, sin necesidad de apelar a un axioma superior supraordenado a todo hechos.

Adentrando na construção teórica de Dworkin, Bermejo afirma que a concepção de “Direito como Integridade” perfaz estas exigências coerentistas. Assim, discorre que o jusfilósofo norte-americano:

Atribuye al concepto de integridad a dos acepciones y sentidos complementarios . El primero es un sentido genérico e incluso ordinario del término, porque relaciona al concepto de integridad con una idea de “totalidad”; el segundo es un sentido particular y relativo a la moral y al derecho, y identifica la integridad moral con la coherencia. El segundo sentido, como veremos, presupone el primero porque la idea de coherencia remite a la idea de totalidad de los principios morales y ésta, finalmente a las ideas de orden y sistema. DWORKIN vincula así la idea de integridad con una idea de coherencia o con un entendimiento “coherentista” del sistema jurídico²⁸⁸.

²⁸⁵ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p.133.

²⁸⁶ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p.133-134.

²⁸⁷ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p.135.

²⁸⁸ BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 135.

Conforme exposto, diante da inserção do projeto dworkiniano no Coerentismo, cumpre agora analisar o modo que o jusfilósofo incorporou o procedimento do equilíbrio reflexivo de Rawls²⁸⁹.

Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin destina um capítulo²⁹⁰ para analisar alguns conceitos fundamentais da filosofia de Rawls, tais como a posição original, o equilíbrio reflexivo e a ideia de contrato social. Nesse texto o jusfilósofo faz uma análise no campo da Filosofia Moral²⁹¹, sobretudo, apresentando suas objeções à posição original, entendendo que haveria um Direito que não emerge do contrato, mas que seria sua pré-condição, qual seja, a de igual respeito e consideração²⁹².

Sobre o equilíbrio reflexivo, Dworkin apresenta dois possíveis modelos explicativos: o natural e o construtivo. No primeiro, acreditar-se-ia que existe uma realidade moral objetiva *a priori*, que não foi criada socialmente, cabendo às teorias da Justiça apenas descobri-la. Já o segundo:

Trata as intuições de justiça não como indícios da existência de princípios independentes, mas antes como traço estabelecidos de uma teoria geral a ser construída, como se um escultor se propusesse a esculpir o animal que melhor se ajusta à pilha de ossos que por acaso encontrou²⁹³.

Dworkin, ao final dessa apreciação, entende que o equilíbrio reflexivo é melhor compreendido por intermédio de um modelo construtivista. Nesse sentido, já se anuncia(va) uma aproximação. O jusfilósofo, ao propor uma perspectiva interpretativista, evidencia que a interpretação jurídica é construtiva, impõe um propósito ou um fim a determinada prática objetivando torná-la a melhor possível. Esse processo não seria arbitrário, pois o intérprete não poderia transformar o objeto interpretando naquilo que desejaria que ele fosse, uma vez que as interpretações possíveis são condicionadas pela história institucional. Assim, o escultor irá

²⁸⁹ Esta ideia a respeito da utilização por Dworkin do procedimento do equilíbrio reflexivo encontra respaldo em alguns juristas, tais como: LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma recepção**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1989. p. 264-268; MARMOR, Andrei. **Interpretación y teoría del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1992. p. 87-116; BURTON, Steve J. Ronald Dworkin and Legal Positivism. **Iowa Law Review**, n. 109, 1984. p. 113-114; KRESS, Ken. The interpretative Turn. **Ethics**, n. 97, 1987. p. 839.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 235-182.

²⁹¹ Não é feita uma abordagem pormenorizada das críticas de Dworkin, pois a mesma nos levaria para uma análise a respeito do seu Liberalismo Igualitário, fugindo, portanto, do escopo deste estudo.

²⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 280.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 250.

reconstruir o animal a partir dos ossos encontrados, e não com aqueles que por si mesmo criou:

Este segundo modelo, o construtivo, não é estranho aos juristas. É análogo a um modelo de decisão judicial no direito costumeiro. Suponhamos que um juiz se veja diante de uma exigência nova, por exemplo, uma exigência de indenizações com base no direito jurídico à privacidade, direito ainda não reconhecido pelos tribunais. Ele deve analisar os precedentes que pareçam, de algum modo, relevantes para ver se algum princípio que esteja, digamos, "embutido" em tais precedentes diz respeito ao pretendido direito à privacidade. Poderíamos conceder este juiz como na situação de um homem que, a partir de suas intuições morais, pretenda formular uma teoria geral da moralidade. Os precedentes específicos são análogos às intuições; o juiz tenta obter um ajuste entre esses precedentes e um conjunto de princípios que possa justificá-los e também justificar decisões posteriores que os extrapolem. Contudo, ele não pressupõe que os precedentes sejam vislumbres de uma realidade moral e, portanto, indícios de princípios objetivos que ele termina afirmando. Não acredita que os princípios estejam "embutidos" nos precedentes como especificações de um princípio que ele deve construir tomando por base o senso de responsabilidade relativamente à coerência com os precedentes²⁹⁴.

Ainda em *Levando os direitos a sério*, Dworkin expressa esta concepção construtivista ao refutar uma crítica de Raz a respeito de os juízes invocarem a moralidade. O jusfilósofo sustenta que Raz deveria distinguir dois conceitos de padrão moral. Desse modo, entende que:

[...] A expressão pode referir-se a uma crença consensual a propósito de um teste específico, o mesmo que pode ser extraído de uma pesquisa de opinião do Instituto Gallup. Ou pode referir-se a princípios morais que servem de base para as instituições e leis da comunidade, no sentido de que tais princípios poderiam figurar em uma teoria do direito bem fundada [...]. Saber se um princípio é ou não um princípio da comunidade nesse sentido é matéria para a argumentação e não para relatórios, embora o que está habitualmente em discussão é o peso do princípio e não o seu status²⁹⁵.

Esses princípios jurídicos/morais são construídos dentro desse contexto, a partir dos "materiais" disponíveis, sendo muito mais um questão de interpretação do que um mero relato. Observamos também, neste fragmento, a importância de uma "teoria bem fundamentada" nesse processo. Temos então em Dworkin uma

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes. São Paulo, 2002. p. 250-251.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 125.

perspectiva construtivista, que se utiliza de princípios e de uma teoria de base, na qual já se nota a configuração dos elementos basais para a formação do equilíbrio reflexivo.

Na metáfora do juiz Hércules, o procedimento do equilíbrio reflexivo é notado de modo mais evidente. Hércules, diante de um *hard case*, não o resolve por intermédio da discricionariedade. Ao revés, constrói um esquema coerente de princípios que justificam a prática jurídica como um todo, ensejando uma teoria política de alicerce. Essa ordem não é baseada em suas próprias convicções, mas na moralidade política subjacente nas leis e instituições. Com clareza, Pontes²⁹⁶ evidencia o modo como Hércules faz uso do equilíbrio reflexivo:

Hércules toma como ponto de partida dados "empíricos" do direito. Trata-se de paradigmas de prática jurídica de sua comunidade que qualquer teoria do direito deve levá-los em consideração. Esses paradigmas exercem o mesmo papel que as intuições e juízos ponderados de justiça exerce no equilíbrio reflexivo de Rawls. Os paradigmas jurídicos e as intuições de justiça são os *inputs* da teoria. São os pontos de partida do qual o teórico irá conceber sua teoria em equilíbrio reflexivo. O segundo passo do equilíbrio reflexivo possui correspondência com o segundo passo do método de Hércules. Este deve, a partir dos paradigmas, depreender princípios e ordená-los em uma teia inconsútil. Esses princípios são, ao mesmo tempo, espelho do paradigma, e reflexo da própria teoria, já que os princípios vão se deformando para serem ajustados ao modo de uma teia inconsútil. Aqui, Hércules deve realizar o mesmo vai-e-vem entre os paradigmas e a teoria que o equilíbrio reflexivo preconiza entre as intuições de justiça e os princípios de justiça. Alguns paradigmas jurídicos, assim como algumas intuições de justiça, devem ser abandonados enquanto que a força de outros obrigará que a teoria seja reformulada para abarcá-los. Esse vai-e-vem cessa quando o equilíbrio reflexivo é atingido.

Diante das capacidades sobre-humanas, entendemos que Hércules atingiria uma espécie de equilíbrio ideal, pois formularia uma teoria omnicomprensiva, uma ordem estruturada, vertical e horizontal de princípios, que permitiria um ajuste com juízos ponderados resultantes numa legitimidade incontestada.

Entendemos que o equilíbrio reflexivo restrito (*narrow*) aparece em Dworkin no artigo *De que maneira o Direito se assemelha a Literatura*. O jusfilósofo sustenta que os juízes devem desenvolver uma abordagem particular da interpretação do

²⁹⁶ PONTES, André Luiz Marcondes. **Concepções de Direito: Teoria do Direito de Ronald Dworkin e o Liberalismo Político de John Rawls**. 2011. 191 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. p. 105.

Direito. Nessa abordagem se forma e se aperfeiçoa uma teoria política, da qual dependerá a interpretação em casos específicos. Deverá incluir elementos estruturais, que se ajustam a história doutrinal e às afirmações substantivas acerca dos objetivos sociais, e os princípios de justiça²⁹⁷. Ao continuar sua exposição, afirma que:

A opinião do juiz sobre a melhor interpretação será, a consequência de convicções de que outros juízes não precisam compartilhar. Se um juiz acredita que o propósito dominante de um sistema jurídico, o principal objetivo a que deve servir, é econômico, então verá nas decisões passadas alguma estratégia para reduzir os custos econômicos dos acidentes de modo geral. Outros juízes, que acham repugnante qualquer imagem deste tipo de função do Direito, não descobrirão nenhuma estratégia assim na história, mas apenas, talvez, uma tentativa de reforçar uma moral convencional referente à falta e à responsabilidade. Se insistirmos em um grau elevado de neutralidade na nossa descrição da interpretação jurídica, portanto, não podemos tornar nossa descrição da natureza da interpretação jurídica muito mais concreta do que a fiz²⁹⁸.

Mesmo dando Dworkin sinais da existência de critérios para avaliar as teorias, nesse momento, ele apresenta um quadro em que juízes escolhem, aparentemente sem maiores reflexões (mas partindo de suas crenças), uma teoria que direciona a função do Direito. A opinião individual acerca da melhor interpretação não precisaria ajustar-se com outras, pois seria apenas uma coerência interna entre juízos jurídicos ponderados, princípios e uma teoria de base.

Dworkin, ciente de que os juízes possuem origens diferentes e, por isso, podem construir teorias diferentes (princípios distintos), compreende que eles precisam acreditar que estão num empreendimento único, ainda que compartilhado, para formação de um equilíbrio reflexivo amplo e pleno, o que somente seria alcançado a partir da concepção do “Direito como Integridade”.

No *Império do direito*, o interpretativismo de Dworkin radica-se em sua concepção do “Direito como integridade”. Nessa concepção os legisladores devem tornar as leis um todo moralmente coerente, e os juízes devem compreender o Direito sob esta perspectiva. Enquanto a integridade apresenta-se como um valor fundamental dessa comunidade de princípios, a coerência a mantém e permite a justificação do Direito.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 241-242.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 242.

Ao expressar as etapas da interpretação, Dworkin indica que há um equilíbrio entre a fase pré-interpretativa e a interpretativa, na qual se justifica a prática descrita, como também entre a fase interpretativa e a pós-interpretativa, na qual o juízo (jurídico ponderado) se conforma com a justificativa geral, ou seja, a justificativa dos princípios, diante do marco teórico que é o “*Law as Integrity*”, ao invés de uma perspectiva convencionalista ou pragmatista.

O jusfilósofo, apesar de reconhecer ter extraído o termo “equilíbrio” de Rawls²⁹⁹, afirma, sem explicar, que o faz de modo diferente do filósofo que une intuições com uma teoria formal. Discordamos dessa leitura de Dworkin, diante da complexidade do equilíbrio reflexivo rawlsiano, consoante já expusemos, e por haver, ao nosso entendimento, apesar de diferenças dos âmbitos de atuação, estratégias semelhantes. Isto é, colocar em equilíbrio juízos, princípios, e teoria.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 82.

5 CONCLUSÃO

Ao findar esta jornada investigativa, certamente muito ficou para trás, como muito também foi angariado. Mesmo em meio a algumas (des)leituras (in)completas e outras pendentes do tempo e do amadurecimento para uma compreensão mais prospectiva, acreditamos ter chegado a algumas considerações conclusivas que podem e devem servir para aprofundamentos outros a respeito do temática abordada.

Assim, apresentamos nossas conclusões:

1. Hart, ao introduzir a Filosofia da Linguagem Ordinária no Direito, trouxe significativos avanços teóricos, sobretudo, pela ressignificação da objetividade jurídica, até então presa numa perspectiva fisicalista que enxergava o mundo a partir de lugar nenhum e tentava limitar as observações aos fatos brutos;
2. Não obstante a esses progressos, este mesmo *background* filosófico trouxe algumas limitações, principalmente no que diz respeito a uma postura descritivista frente ao jogo de linguagem do Direito, e a uma leitura não-cognitivista moral que dificultou a percepção de vínculos necessários entre o Direito e a Moralidade. A isso soma-se a tradição Juspositivista, que pregava que as análises jurídicas deveriam apenas expor o Direito que é, e não o que ele deveria ser.
3. A ênfase de Dworkin aos princípios jurídicos, desenvolvida em sua fase mais crítica, anuncia as limitações do Positivismo Hartiano, pois, enquanto padrões que possuem uma dimensão (moral) de peso, exigiriam constantemente juízos de valor que almejam constituir o melhor Direito possível. Ou seja, equivocam-se as leituras que imputam a Dworkin apenas o “descobrimento” de mais um padrão normativo, ao invés de uma proposta ruptural.
4. Sobre o debate Hart-Dworkin, para além de um embate antagônico, percebemos um caminho de continuidades e descontinuidades. Com a introdução da Filosofia da Linguagem Comum, principalmente, da segunda filosofia de Wittgenstein, a significação das palavras se volta para o contexto socioprático de enunciação, o que tem sérias repercussões jurídicas. Nessa vereda, Dworkin caminhou atingindo outros patamares

por intermédio da influência de Gadamer. O ponto de ruptura seria o cognitivismo moral, perceptível desde as primeiras obras até as derradeiras e que Hart, teoricamente, não assumiu.

5. Importante destacar que a questão dos princípios jurídicos no contexto norte-americano não era incomum, já tendo sido levantada antes de Dworkin por juristas como Pound.
6. Mesmo não possuindo uma teoria, num sentido analítico, são notórios os contornos teóricos da concepção principiológica de Dworkin, que eram suficientes para suas pretensões.
7. Dworkin não possui uma teoria dos princípios jurídicos *stricto sensu*, provavelmente em decorrência do seu interpretativismo, que compreendia o Direito como uma prática interpretativa ao invés de um catálogo de regras, e também de seu pensamento anti-analítico, que não estava preocupado em conceituar, distinguir e sistematizar sua produção que, por sua vez, se desenrolou majoritariamente em artigos posteriormente compilados em livros.
8. Para Dworkin, os princípios jurídicos são padrões normativos vinculantes que: descrevem um direito individualizado; não têm uma forma predeterminada; possuem conteúdos que manifestam exigências morais (dimensão de moralidade); justificam e constituem a prática jurídica, em cujo patamar encontram-se coerentemente integrados. Desse modo, por serem deontológicos, ao serem usados em decisões os princípios projetam sentido para o Direito de uma das partes. Em outras palavras, para Dworkin, os princípios não poderiam ser manejados para qualquer lado, pois, se fosse dessa forma, não seriam vinculantes.
9. Para sua identificação, percebemos que para tanto se exige um amparo social, uma consideração de que é um requerimento moral e jurídico, e um amparo institucional, em qualquer medida, que quanto maior, menor será o questionamento quanto à sua juridicidade. Assim, não encontra fundamento em Dworkin as criações *ad hoc* de princípios, seja por doutrinadores ou juízes, pois eles não teriam o necessário apoio comunitário e da história institucional.
10. Sobre a diferença entre princípios e regras temos: a distinção lógico-operacional, que decorre do modo distinto que estipulam/direcionam uma

decisão; a pretensão de completude e a dimensão (moral) de peso ou importância.

11. Não há, em Dworkin, uma demarcação de espaço para o atuar dos princípios, visto que em todos casos eles estariam presentes, seja de forma preponderante guiando o raciocínio judicial para a resposta correta, ou no subterrâneo dando legitimidade as regras.
12. Não se encontra em Dworkin uma aplicação *prêt-à-porter* dos princípios jurídicos. Ao contrário, eles se inserem em sua perspectiva interpretativista e coerentista, que requer um processo holista de justificação.
13. Os princípios jurídicos não podem servir para qualquer argumentação. Ao contrário, estariam limitados na justificação de um direito. O argumento de princípio não é pensado de modo localizado somente para resolver um problema judicial determinado, mas também em coerência com o sistema como um todo.
14. A decisão por intermédio de um determinado princípio deve ajustar-se à prática e revelar a melhor finalidade ou valor do Direito. Na interpretação os princípios tornam-se parte constitutiva indispensável para um sistema que deve manifestar-se coerentemente.
15. Os princípios devem ser compreendidos como uma crítica e também como parte do modo de suplantar a discricionariedade judicial. Portanto são incorretas as afirmações, a partir de Dworkin, de que os princípios vieram libertar os juízes das garras do formalismo e/ou positivismo que impunha uma jurisdição mecânica, estéril. Ao contrário, por serem *standards* vinculantes, oferecem razões para uma justificação pública das decisões judiciais, isto é, não personalistas.
16. Os princípios jurídicos enquanto partes constitutivas fundamentais do sistema jurídico se relacionam diretamente com a tese dos direitos e a tese da resposta correta, em que o Judiciário não cria (*ex nihilo*) direitos, apenas os reconhece. Deste modo existe uma resposta correta que precisa ser “encontrada”, reconstruída coerentemente no sistema.
17. A comunidade de princípios representa uma sociedade que não apenas obedece regras comuns, mas que também possui uma compreensão compartilhada de princípios, e assume uma postura mais generosa em relação a essa compreensão.

18. Os princípios jurídicos são partes constitutivas da teoria jurídica de Dworkin denominada de “Direito como Integridade”. A integridade seria manifestada em dois princípios: um legislativo, que requer uma ação dos legisladores no sentido de tornar o conjunto de leis moralmente coerente; e um jurisdicional, que demanda que a lei seja vista como coerente nessa direção. O princípio da integridade propõe um programa interpretativo aonde a identificação dos direitos e deveres legais parte do pressuposto de que sejam originados de um único autor (comunidade personificada), que expressa uma coerente visão de justiça e equidade. A coerência direcionaria a interpretação das normas e as decisões judiciais a uma harmonia com a história legal e o sistema de princípios éticos-políticos.
19. Dworkin desenvolve uma concepção coerentista do fenômeno jurídico. Isso é evidenciado na construção de um sistema com diversos princípios igualmente válidos que, em sua aplicação, exigem um exame de peso/importância, e também na circularidade interpretativa decorrente da influência de Gadamer, sendo o círculo hermenêutico antitético ao fundacionalismo.
20. A concepção do “Direito como Integridade” perfaz as principais exigências coerentistas. A integridade remete a “totalidade” e, no sentido mais específico, a integridade moral e jurídica com a coerência. A coerência exige uma totalidade princípios morais que se encontram mutuamente apoiados.
21. Dworkin confessa expressamente que foi influenciado por Rawls. Isso também é perceptível na presença constante do filósofo em suas obras e na “apropriação” do procedimento do equilíbrio reflexivo.
22. Em Rawls, o equilíbrio reflexivo manifesta-se como um procedimento de justificação que garante a objetividade dos julgamentos e princípios morais diante da coerência entre eles. Apresenta-se também como um teste que valida o senso de justiça compartilhado, estabelecendo-se princípios morais ajustados com uma teoria moral e com as convicções morais ponderadas, conformando, ainda, os juízos morais convergentes com base na coerência com os princípios da justiça como equidade. O procedimento apresenta-se em três estágios: 1) o estreito refere-se à adoção de uma concepção de justiça que menos provoque mudanças nos

juízos morais básicos de alguém que, a partir dessa concepção, ordena seus juízos e/ou convicções; 2) o amplo, que ainda se dá no nível individual, é alcançado quando se avalia as várias concepções de justiça política e seus argumentos basilares, sejam filosóficos ou não, e após, opta-se por uma e alinha-se às suas convicções gerais, princípios fundamentais e juízos particulares; 3) o geral ou pleno ocorre quando todos os cidadãos, tendo já alcançado o equilíbrio reflexivo amplo, compartilham uma concepção de justiça política que lhes serve de base para os juízos refletidos.

23. Em Dworkin o equilíbrio reflexivo é perceptível na constante exigência de uma teoria adequada, de princípios justificadores da prática, e de juízos que se conformam, expressando uma prática jurídica “íntegra” e coerente. Vemos aplicações do procedimento na metáfora do juiz Hércules, que denominamos de equilíbrio reflexivo ideal; nos juízes que adotam uma concepção de Direito e que decidem em consonância com essa concepção não se importando como uma coerência total, o que seria semelhante ao equilíbrio reflexivo estreito; e, na concepção do “Direito como Integridade” e no interpretativismo, que requerem uma perspectiva do Direito, partindo de uma reconstrução da própria prática e formando um todo moralmente coerente, como se feito por um único autor (comunidade personificada), possibilitando uma justificação pública dos juízos jurídicos ponderados com os princípios e a teoria jurídica/política mais adequada. Nesse princípio, teríamos o equilíbrio reflexivo pleno ou geral, pois essa concepção de Direito seria compartilhada por todos.

24. Entendemos que Rawls apresenta a teoria da “Justiça como Equidade” como a mais adequada para justificação em equilíbrio reflexivo de nossos juízos morais, e Dworkin apresenta a teoria do “Direito como Integridade” como a mais adequada para promover a legitimação moral/política das decisões judiciais, ou seja, de juízos jurídicos ponderados.

Deste modo, ao longo de todas estas reflexões, entendemos que foi confirmada a hipótese central deste estudo de que Dworkin partilha de um modelo coerentista de justificação e que, influenciado por Rawls, trouxe o procedimento do equilíbrio reflexivo para o Direito.

REFERÊNCIAS

- ALCOFORADO, Paulo. A Filosofia da Linguagem Ordinária. **Acta Semiológica et Lingvistica**, João Pessoa, v. 4, n. 1, 1980. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/actas/article/view/16609/9472>>. Acesso em: 17 nov. 2014.
- ARANGO, Rodolfo. **Hay respuestas correctas en Derecho?** Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre: Editores, 1999.
- ARAÚJO, Marcelo de. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. **Filosofia Unisinos**, São Leopoldo, v. 11, n. 2, mai./ago. 2010.
- AUSTIN, John Langshaw. **Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones.** Barcelona: Paidós, 1998.
- AUSTIN, John Langshaw. **The province of jurisprudence determined.** Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico.** Madrid: Marcial Pons, 2006.
- BJARUP, Jes. **Skandinavischer realismus.** München: Karl Alber, 1978.
- BLOOM, Harold. **Um mapa da desleitura.** Rio de Janeiro: Imago, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico.** México: Distribuciones Fontamara, 1995.
- BONORINO, Pablo Raúl. **Objetividad y verdad en Derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y lenguaje.** 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.** 1. ed. Curitiba: JM, 1995.
- CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **Wittgenstein: linguagem e mundo.** São Paulo: Annablume, 1998.
- DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir regras: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein.** Pelotas: UFPel, 2011.
- DANIELS, Norman. Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 76, n. 5, p. 256-282, Mai.1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2025881?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.
- DICKSON, Julie. Interpretation and coherence in legal reasoning. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso em: 26 jun. 2014.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e outras liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. Judicial discretion. **The Journal of Philosophy**, New York, v. 60, n. 21, p. 624-638, Oct. 1963. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2023557?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 26 jun. 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico**: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GLOCK, Hans-Johann. **A Wittgenstein dictionary**. Malden: Blackwell, 2005.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e Juan Ramón Páramo. Original inédito. **Sistema**, n. 36, p. 3-18, mai. 1980.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma recepção. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1989.
- MACEDO, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARMOR, Andrei. **Interpretación y teoría del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1992.
- MATOS, Daniel Ortiz; STRECK, Lenio Luiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. **Revista UNIFESO – Humanas e Sociais**, Alto Teresópolis, v. 1, n. 1, p. 120-140, 2014. Disponível em: <<http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifesohumanasesociais/article/view/10>>. Acesso em: 26 jun. 2010.
- MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MISSAGGIA, Juliana Oliveira. **As origens do método heideggeriano**: o desenvolvimento das indicações formais. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em

Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2011.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 200

PASQUA, Hervé. **Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

PONTES, André Luiz Marcondes. **Concepções de Direito**: Teoria do Direito de Ronald Dworkin e o Liberalismo Político de John Rawls. 2011. 191 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011.

POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. 1. ed. São Paulo: IBRASA, 1965.

POUND, Roscoe. **Justiça conforme a lei**. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **Yale Law Journal**, Yale, v. 81, n. 5, p. 823-854, Apr. 1972. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/795152?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 26 jun. 2014.

RODRÍGUES, César. **La decisión judicial**: el debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre, 2000.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SEARLE, John R. **Actos de habla**: ensayo de filosofía del lenguaje. 3. ed. Madrid: Cátedra, 1990.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Justiça como equidade e o problema da razoabilidade. In: **Dois pontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, p.37-59, 2013. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/doispontos/article/view/30115>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição original e o equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n. 1, p.139-157, 2009. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/999/0>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDPUCRS, 2010.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

WINCH, Peter. **A ideia de uma ciência social e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Nacional, 1970.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.