PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

O SENTIDO DA FILOSOFIA POLÍTICA

**Um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e
poder discricionário dos juízes**

Giuliano Fernandes

Belo Horizonte

2009

Giuliano Fernandes

O SENTIDO DA FILOSOFIA POLÍTICA

Um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito.

Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Co-orientador: Fernando José Armando Ribeiro

Belo Horizonte

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Fernandes, Giuliano
F363s O sentido da filosofia política: um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre direito como integridade e poder discricionário dos juízes / Giuliano Fernandes. Belo Horizonte, 2009.
90 f.
Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito

1. Direito – Filosofia. 2. Hart, H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus), 1907.
3. Dworkin, Ronald. I. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de. II Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
IV. Título

CDU: 34.01

Giuliano Fernandes

O Sentido da filosofia política:

Um estudo acerca do debate Dworkin-Hart entre o direito como integridade e poder
discricionário dos juízes

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Orientador) – PUC Minas

Fernando José Armando Ribeiro (Co-orientador) – PUC Minas

Marcelo Campos Galuppo – (Avaliador) PUC Minas

Cláudia Rosane Roesler – (Avaliador) UNIVALI

Belo Horizonte, de

de 2009

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, pela compreensão, pelas discussões e pela dedicada orientação.

Aos Professores: Flaviane de Magalhães Barros, José Luiz Quadros de Magalhães, Fernando José Armando Ribeiro, Rita de Cássia Fazzi, Júlio Aguiar de Oliveira, Antonio Cota Marçal, Alexandre Travessoni Gomes, Marcelo Campos Galuppo.

À minha Mãe, meu Pai, minha Irmã, Zuzo e Euseni.

Ao Meu avô Hélio e Minha avó Lenita, Meus tios e primos.
Minha Tia Glycia, Iasmim e João.

À pessoa que tem mudado o sentido da minha vida: Maria Bueno Barbosa. À sua Mãe Juliana, seu Pai Pedro e Sua Irmã Marília.

Aos amigos de mestrado: Gabriela, André, Mara, Marcio, Mauro, Marcelo Giltônio, Rogério, Bernardo e Camila.

Ao programa de Pós-Graduação da PUC Minas e todos os seus funcionários.

Aos amigos do UNFEMM: Maria Lisboa, Guilherme Wagner Ribeiro, Viviane Mayrink, Hudson Freitas, Lúcio Antônio Chamon Jr., Dierle Nunes, Marcelo Couto, Paulo Cesar Ferreira, Luiz Felipe, Tatiana Ribeiro, Carolina Dantas, Elida Graziane, João Vilela, Heitor, Omar, Tavinho, Adriano Stanley, Mario, Mônica Barros, Cristina, Luciana Amaral, Andréia Almeida, Fabio, Eduardo Casassanta, Luciana Batista, Eduardo Bedoya, Charles Etienne, Túlio Piccinini, Carlos Eduardo, Ely.

Aos alunos e alunas do UNIFEMM

Ao Centro Universitário de Sete Lagoas – UNIFEMM e seu Magnífico Reitor Antônio Bahia

À Isaltina, Ana Lúcia, Breno, Luiza, Aline, Renata Campolina, Renata, Leninha, Frank, Raissa.

À Gina Amaral, Kim, Dona Ju, Seu Walquívio, Walquívia, Venício e Sânzio.

Aos Amigos: Valmer, Cássio, Deca, Zoca, Bingo, Roger, Rico, Lacy, Léo Batista, Léo tomich, Cau, Dinga, Thó, Cacá, Rodrigo, Marcão, Fabiano Bastos, Dickson, Beto, Luiz Paulo, Nilsão, Giovane, Dja Dja, Flávia Totoli, Lô Borges, Marcelo Pianetti, Renato Valente, Gerson Barral, Robinson Mattos, Thiago Marinho, Fred, Cabelo, Babi, Andresa, Luciana Sales, Michele, Cacau, Gisele, Denise, Érika, Auke Helen, Stéffani, Juliana Silveira, Mariana, Wal, Guilherme, Breno, Fredinho, Tilapa etc.

E, principalmente, a Deus.

RESUMO

Esta dissertação realizou um estudo acerca do chamado debate Dworkin-Hart. Teve como objetivo compreender até que ponto a filosofia do direito apresentada por Herbert Lionel Adolphus Hart é meramente descritiva e apresentar uma crítica à teoria do poder discricionário dos juízes de criar direitos quando estivessem diante de uma lacuna ou quando a linguagem da norma se apresentasse como uma textura aberta. A pesquisa que ora se apresenta teve como marco teórico a concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin apresentada em seu livro *Law's Empire*. Ou seja, a idéia de que o direito é uma atividade interpretativa que leva a sério os princípios de moralidade política construídos ao longo de uma história institucional. O estudo foi realizado tendo como base dois textos dos respectivos autores: o pós-fácio ao livro *The Concept of Law* de Hart e cap 8 do Livro *Justice in robes* de Dworkin publica com o título *The Hart's postscript and the point of political philosophy*. O centro desse debate está no caráter da filosofia política, ou da teoria do direito. Hart apresenta sua defesa contra os ataques que Dworkin apresenta à sua concepção e Dworkin apresenta o que poderia ser uma réplica às respostas de Hart. Como resultado da pesquisa, chegamos à conclusão de que realmente o sentido da filosofia política, ou da teoria do direito, deve ser normativo, avaliativo, engajado. Não há como aceitar teorias ditas neutras ou descritivas. Esse foi o grande erro do positivismo jurídico de Hart apresentado em seu livro *O conceito de Direito*.

Palavras-chave – Filosofia do Direito; Poder Discricionário; Direito como Integridade; Descritivo; Avaliativo.

ABSTRACT

This dissertation accomplished a study concerning the call debates Dworkin-Hart. It had as objective understands to what extent the jurisprudence presented by Herbert Lionel Adolphus Hart is merely descriptive and to present a critic to the theory of the judges' discretionary power of creating rights when they were before a gap or when the language of the norm came as an open texture. The research that prays if it presents had as theoretical mark the law conception as integrity of Ronald Dworkin presented in his book *Law's Empire*. In other words, the idea that the law is an interpretative activity that it takes the beginnings of political morality seriously built along one recounts institutional. The study was accomplished tends as the respective authors' base two texts: the postscript to the book *The Concept of Law* of Hart and chapter eight of the book *Justice in robes* of Dworkin publishes with title *The Hart's postscript and the point of political philosophy*. The center of that debate is in the character of the political philosophy, or of the jurisprudence. Hart presents his defense against it attacks them that Dworkin presents to his conception and Dworkin presents what could be an answer to the points presented by Hart. As a result of the research, we reached the conclusion that really the sense of the political philosophy, or of the jurisprudence, it should be normative, evaluative, engaged. No there is as accepting neutral or descriptive said theories. That was the great mistake of the juridical positivism of Hart presented in his book *The concept of Law*.

Key words – Jurisprudence; Judicial discretion; Integrity in law; Descriptive; Evaluative.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. RECONSTRUÇÃO DO POSFÁCIO DE HART AO SEU LIVRO O CONCEITO DE DIREITO.....	13
2.1. A natureza da teoria jurídica	16
2.2. A natureza do positivismo jurídico.....	22
<i>2.2.1 O positivismo como uma teoria semântica.</i>	<i>23</i>
<i>2.2.2. O positivismo como uma teoria interpretativa.....</i>	<i>28</i>
<i>2.2.3. O positivismo moderado</i>	<i>31</i>
2.3. A natureza das regras.....	34
<i>2.3.1. A teoria das regras da prática</i>	<i>34</i>
<i>2.3.2. Regras e princípios</i>	<i>37</i>
2.4. Os princípios e a regra de reconhecimento.....	41
<i>2.4.1. Pedigree e interpretação.....</i>	<i>41</i>
2.5. Direito e moral	44
<i>2.5.1. Direitos e deveres.....</i>	<i>44</i>
<i>2.5.2. A identificação do direito</i>	<i>46</i>
2.6. Poder discricionário judicial	47
3. O POSFÁCIO DE HART E O SENTIDO DA FILOSOFIA POLÍTICA	50
3.1 Arquimedianos	50
<i>3.1.1. O projeto de Hart.....</i>	<i>50</i>
3.2. Conceitos políticos	56
<i>3.2.2. Qual o sentido de descritivo?.....</i>	<i>58</i>
<i>3.2.3. Conceitual ou normativo?</i>	<i>60</i>
<i>3.2.4. O que há de bom nisso? I.....</i>	<i>61</i>
<i>3.2.5. Valores destacados e valores integrados.....</i>	<i>61</i>
<i>3.2.6. O que há de bom nisso? II.....</i>	<i>63</i>
3.3. O direito.....	64
<i>3.3.1. A defesa de Hart</i>	<i>64</i>

3.4. O valor da legalidade	67
<i>3.4.1. Legalidade</i>	<i>67</i>
<i>3.4.2. A teoria do direito revisitada</i>	<i>69</i>
<i>3.4.3. Positivismo interpretativo</i>	<i>71</i>
<i>3.4.4. Pensamentos conclusivos</i>	<i>72</i>
4. DESCRITIVO OU MORALMENTE AVALIATIVO? A PROPOSTA DE UMA LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO DE RONALD DWORKIN COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO	74
4.1. A leitura moral do direito	74
4.2. Integridade no direito	80
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	85

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se justifica pelas inúmeras reflexões acerca da atividade judicial que temos acompanhado no meio acadêmico. Reflexões que se dão a partir de vários pontos sempre no sentido de se alcançar uma atividade judicial constitucionalmente adequada. Nos chama atenção, exatamente por isso, o modo como a teoria do direito se transforma para se adequar às novas exigências de racionalidade, legitimidade, segurança jurídica.

A grande preocupação nesta dissertação concentra-se em discutir em que medida a teoria do direito pode ser apenas descritiva e como que essa noção acaba contribuindo para uma outra noção, como a de Herbert Lionel Adolphus Hart, de que o direito é um conjunto de regras; pretende, também, discutir em que medida essa teoria se apresenta inadequada frente às exigências de um Estado democrático de direito. Ou seja, a nossa preocupação centra-se na discussão acerca do chamado poder discricionário dos juízes, discussão essa travada entre dois dos maiores juristas da atualidade. Centra-se, assim, na discussão acerca do sentido da filosofia política. Uma das maiores preocupações da filosofia jurídica contemporânea está concentrada nas questões de aceitabilidade racional e segurança jurídica; um estudo acerca do caráter da filosofia política tem a pretensão de contribuir, de alguma forma, para a construção legítima das decisões judiciais, já que esse é o ponto de maior discussão na filosofia do direito contemporânea, ou seja, qual o papel dos juízes.

Temos observado no Brasil uma crescente nos estudos acerca da decisão judicial, podemos dizer que depois da Constituição de 1988 esses estudos se intensificaram em nossas academias, principalmente em nossos cursos de Pós-Graduação em Direito. Podemos dizer que o que justifica esse quadro de discussões é exatamente a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Aqui, entendemos, começa a preocupação teórica em desvendar o que seja fundamentar as decisões judiciais. Obviamente que essa não é a preocupação direta deste trabalho, mas, sim, a discussão acerca do que seja uma decisão judicial; se o juiz realmente tem o que se chama de poder discricionário no sentido forte, ou seja, se ele pode decidir fundamentado em suas crenças e valores, conforme afirmação dos defensores do

positivismo jurídico, tais como Kelsen¹, Hart² e Bobbio³, por exemplo; isso sim nos interessa discutir no presente texto.

Como contraponto às concepções positivistas do direito, apresentaremos a teoria de um dos principais pensadores do direito na atualidade. Ronald Dworkin é atualmente o jurista que mais discute as idéias apresentadas acima; em seus livros, desde *Taking Rights Seriously* até o mais recente *The Supreme Court Phalanx*, publicado em 2008, contém exatamente pontuações acerca de decisões jurídicas tomadas pelos juízes norte-americanos. A grande preocupação de Dworkin está em apresentar uma teoria que seja uma mais bem elaborada concepção de direito como forma de contribuir para que as decisões judiciais sejam uma apresentação do direito em sua melhor luz. Ele apresenta discussões acerca do que ele entende por casos difíceis, do que ele chama de juiz Hércules, da possibilidade de uma única resposta correta, daquilo que ele chama de direito como integridade, do que ele entende por romance em cadeia, do que ele chama de uma leitura moral da constituição, da relação do direito com a moral, tudo isso girando em torno de uma única temática: as decisões judiciais. Exatamente por esse motivo, optamos por trabalhar com a teoria dworkiana como marco teórico de nosso estudo. Embora grande parte da doutrina no Brasil faça opção pela teoria alexiana dos princípios, tal como Gilmar Ferreira Mendes⁴, Daniel Sarmento⁵, Paulo Bonavides⁶, Luiz Roberto Barroso⁷, entre outros, somente a título de ilustração, o que, em certa medida, demonstra uma certa resistência em relação à teoria dworkiana, de alguma forma, tal escolha desses autores não significa, de modo algum, a impossibilidade de se trabalhar com um autor como Dworkin no direito brasileiro, não se nos mostra um impedimento para tal empreitada; entendemos que a compreensão dworkiana do direito é tão passível de aplicação no nosso direito como, por exemplo, a teoria alexiana dos direitos fundamentais e da argumentação jurídica. Pra dizer mais enfaticamente, entendemos que a teoria de Ronald Dworkin pode se apresentar mais adequada ao direito brasileiro, exatamente pelo fato de ela exigir que as

¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

² HART, Herbert Lionel Adolphus. O Conceito do Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001

³ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

⁴ FERREIRA, Gilmar Mendes. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 77-107

⁵ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2006

decisões levem em consideração princípios de moralidade política e que, tais decisões, levem em consideração uma história institucional e uma comunidade de princípios em detrimento de uma leitura axiologizante dos princípios constitucionais apresentada por Robert Alexy, que permite uma postura ativista perversa por parte de nossos juizes.

Um outra justificativa que podemos apresentar para a escolha de se trabalhar com um autor como Dworkin está no fato de convivermos com algumas decisões judiciais no Brasil que beiram o abismo do absurdo, ou, para usar uma linguagem mais adequada a um trabalho acadêmico, decisões que se apresentam inteiramente ilegítimas, mal construídas e mal fundamentadas. É claro que uma de nossas preocupações, também, nesse estudo é exatamente apresentar, a partir da concepção de Dworkin, o que seja uma decisão legítima, bem construída e bem fundamentada. Uma decisão que tenha pretensões de justificar todo o conjunto de princípios de moralidade política.

Na contemporaneidade observamos uma grande preocupação com a chamada segurança jurídica; Dworkin nos apresenta uma outra preocupação, que entendemos muito mais conectada ao Estado democrático de direito, qual seja, não só a segurança jurídica, mas também a aceitabilidade racional. O que temos observado nas nossas decisões judiciais é exatamente um descaso com ambas as preocupações. Ou seja, a grande parte de nossas decisões não conseguem cumprir com a ambição da segurança jurídica e muito menos da aceitabilidade racional. Assim, esse estudo pretende apresentar, não de forma pretensiosa, mas de forma aberta a discussão, apontamentos necessários à conformação do que sejam aquelas duas preocupações de Ronald Dworkin.

No entanto, o nosso estudo não parte apenas da teoria dworkiana, ele tem como contraponto uma outra concepção de direito apresentada por um dos grandes juristas da moderna teoria do direito, há mais ou menos quarenta anos atrás. Hart, em 1961, publica um dos livros mais importantes do direito; *The Concept of Law* é visto hoje como um modelo de positivismo mais bem acabado do que, por exemplo, o de Hans Kelsen. Nesse livro, além de outros apontamentos, Hart apresenta três teses que são o eixo da sua teoria, a idéia de normas primárias e normas secundárias, de regra de reconhecimento e de textura aberta do direito. É, exatamente, em função dessa última tese que Hart afirma a existência de um poder discricionário dos juizes em decidir de acordo com suas próprias crenças e valores.

Além do livro de Hart, há um outro texto que se apresenta como objeto central de nosso estudo, uma publicação póstuma de um posfácio à sua principal obra. Nesse posfácio, Hart apresenta em modo ponto-a-ponto um conjunto de respostas a seus principais críticos, entre eles Ronald Dworkin. Essas respostas foram elaboradas às críticas de Dworkin em basicamente três de seus livros, *Taking rights seriously*, *A matter of principle* e *Law's empire*; nesses livros foi apresentada uma crítica bastante extensa ao positivismo jurídico, ela tem como ponto de partida idéia de direito como conjunto de regras e princípios, passa pela discussão do poder discricionário, pelos chamados casos difíceis, por uma discussão dos argumentos de princípios e de política, pela questão da objetividade e da verdade até a apresentação do que seja uma teoria do direito como integridade em contraponto a concepções convencionalistas e pragmatistas. A pretensão de Hart foi apresentar respostas a essas concepções e esse é o motivo de nosso estudo; será que Hart consegue justificar a sua teoria, ou ele apenas apresenta de forma insuficiente as suas respostas? É claro que não nos preocupamos em saber quem venceu o debate, isso não nos interessa, nos interessa, sim, saber quem apresenta uma concepção mais adequada de direito, isso sim interessa diretamente ao nosso estudo.

O objetivo geral da presente dissertação é exatamente compreender as duas concepções de direito, tanto a de Hart como a de Dworkin, e qual o grande fundamento desse debate. Como um dos objetivos específicos temos a contribuição para que as decisões judiciais sejam tomadas em consideração ao direito como integridade. Será que há como, ainda, pensar o direito na **alta modernidade**, esta marcada pelo paradigma pós-convencional, hermenêutico, cunhada numa razão destrancendentalizada⁸, a partir de concepções positivistas que não levam a sério o direito como prática argumentativa como também as ambições que o direito tem para si próprio? Concepções positivistas acerca do direito, segundo Dworkin, são extremamente falhas e não conseguem dar conta da complexidade que é característica da contemporaneidade. O Direito ambiciona por uma autorealização de sua plenitude principiológica, ele não pode ter pretensões de ir além de si próprio.

O estudo que ora se apresenta está dividido em quatro capítulos. No primeiro faremos uma reconstrução do posfácio de Hart ao seu livro *The Concept of Law*, aqui apresentaremos os principais pontos da teoria de Hart levando em

⁸ HABERMAS, Jürgen. Acción comunicativa y razón sin transcendencia. Barcelona: Paidós, 2002.

consideração as críticas que Dworkin elaborou em três de seus principais livros. Apresentaremos qual foi a grande preocupação inicial de Dworkin em sua crítica ao positivismo de Hart. No segundo capítulo faremos um aprofundamento de um texto que o Dworkin vai apresentar em um de seus mais recentes trabalhos publicado em 2006 com o título *Justice in robes*. Nesse livro Dworkin volta a discutir as decisões judiciais e, mais especificamente, o modo como os juízes decidem. Ele começa o seu livro com a seguinte indagação: que peso devem ter as convicções morais de um juiz em seus juízos acerca do que é o direito? Ou seja, Dworkin vai se preocupar nesse livro com a relação direito e moral. Assim, no segundo capítulo pretendemos aprofundar os apontamentos feitos por Dworkin, principalmente, no capítulo que ele vai chamar de O posfácio de Hart e o sentido da filosofia política. No terceiro, e último, capítulo trabalharemos aquilo que Dworkin chama de uma leitura moral da Constituição norte-americana e a concepção de direito como integridade como respaldo ao capítulo anterior. Neste ponto apresentaremos as bases para criticarmos o chamado poder discricionário dos juízes defendido por Hart. Ou seja, em que medida o direito como integridade funciona como uma limitação ao poder dos juízes. Será que os juízes podem desconsiderar a história institucional e decidir com fundamento em suas próprias crenças e valores? Tentaremos responder a essas questões no texto que se segue.

2. RECONSTRUÇÃO DO POSFÁCIO DE HART AO SEU LIVRO O CONCEITO DE DIREITO

No presente capítulo apresentaremos uma reconstrução do posfácio que Hart elaborou como uma resposta a seus principais críticos, entre eles Ronald Dworkin. Esse posfácio, organizado por Joseph Raz e Penelope A. Bulloch, veio a ser publicado na segunda edição póstuma de seu livro *The Concept of Law*. A importância desse livro, como de seu posfácio, nos leva à seguinte indagação: o que seria da teoria do direito sem o livro de Hart? Ou melhor, o que seria da teoria do direito sem o posfácio escrito por Hart ao seu principal livro? São essas indagações, que parecem simples à primeira vista, que nos levaram a fazer algumas reflexões mais aprofundadas. Reflexões essas que só poderão ser desenvolvidas se partirmos à tal reconstrução.

O que há de tão importante nestes textos que fez com que quase toda a teoria do direito contemporâneo se dedicasse tão seriamente a eles? Talvez a elegância com que Hart teoriza acerca do direito; talvez pelo modo que, de forma surpreendente, ele consegue, naquele contexto, escrever um texto tão bem construído. Hart consegue superar o positivismo reducionista introduzindo na análise jurídica o paradigma hermenêutico (KOZICKI, 2000), o salto provocado por Hart no que diz respeito a questão da linguagem, o trato que ele dá para a questão das normas jurídicas, para a questão da obrigação jurídica, entre outros, são aspectos de sua teoria que, com certeza, contribuíram para o respeito que o autor e a obra alcançaram na teoria do direito. O próprio Hart (1994) parece assustado com tamanha repercussão que seu livro alcançou, é o que ele diz:

como quer que tenha sido, deu-se o caso de que o livro, embora eu o tivesse originalmente escrito tendo em mente os meus leitores, estudantes ingleses ainda não graduados, atingiu uma circulação muito mais ampla e gerou uma literatura subsidiária de comentários críticos, no mundo de língua inglesa e em vários países em que surgiram traduções da obra⁹. (HART, 1994, p. 238, tradução nossa)

Mas o que nos interessa, mais especificamente, na compreensão do citado posfácio é, exatamente, aprofundar em um debate que se tornou objeto de inúmeros

⁹ However that may be, it is the case that though I originally wrote the book with English undergraduate readers in mind, it has achieved a much wider circulation and has generated a vast subsidiary literature of critical comment in the English-speaking world and in several countries where translations of the book have appeared.

estudos acadêmicos. Scott J. Shapiro (2007), em artigo intitulado *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed*, recentemente publicado no livro “*Ronald Dworkin*”, deixa claro acerca da importância desse debate. Shapiro (2007) diz que por quatro décadas a filosofia do direito anglo-americana tem se preocupado com algo chamado o debate Hart-Dworkin. Desde o surgimento em 1967 do “Modelo de Regras I”, uma crítica seminal de Ronald Dworkin à Teoria Positivista de Herbert Hart, incontáveis livros e artigos foram escritos ora em defesa de Hart contra as objeções de Dworkin, ora defendendo Dworkin contra a defesa de Hart.

Esperamos, assim, nos aproximar mais do debate entre esses dois professores e juristas a fim de que possamos, a partir de então, dar respostas mais consistentes acerca de um dos problemas que mais tem chamado a atenção na teoria do direito, o problema da hermenêutica e, por conseguinte, da atividade do juiz quando da interpretação de textos jurídicos; o problema da possibilidade de os juízes levarem ou não os suas convicções morais em consideração no momento da sua decisão. Por conseguinte, o problema da neutralidade ou não da atividade judicial.

No direito contemporâneo esse debate foi responsável por uma das mais importantes teorias do direito existentes na atualidade; teoria, essa, concernente, mormente, ao modo como os juízes decidem; teoria, essa, que tem um preocupação marcante com a legitimidade das decisões judiciais. Estamos nos referindo aqui claramente a teoria do direito de Ronald Dworkin. Uma das questões que mais preocuparam, e continuam a preocupar, Dworkin em toda a sua teoria do direito é o modo como os juízes decidem. Em boa parte de sua obra, nos livros *Taking Rights Seriously*, *A matter of principle*, *Law’s empire* e no mais recente *Justice in robes*, Dworkin tem se preocupado, incessantemente, com a temática das decisões judiciais. Essa temática começa a preocupá-lo desde as suas primeiras críticas apresentadas ao positivismo jurídico no final da década de 1960.

De uma forma bastante imprecisa, o referido debate começa com a publicação de textos que se encontram compilados, *Taking Rights seriously*, onde se faz uma crítica ao positivismo de Hart, e com a publicação de um posfácio elaborado por Hart ao seu livro *The concept of law*.

O Conceito de Direito, publicado em 1961, é considerado por muitos, entre os quais Joseph Raz e Jules L. Coleman, como um modelo mais elaborado do positivismo jurídico desde Kelsen. O próprio Dworkin considera o Livro como um

trabalho representativo do moderno positivismo jurídico, distinto das versões anteriores. Nesse livro, Hart apresenta o que ele chama de teoria descritiva do direito; segundo a Professora Kátia Kozicki (2006, p. 410)

na esteira das discussões que vinham sendo travadas em Oxford nas décadas de 1950 e 1960, Hart se utiliza em larga escala do trabalho de J. L. Austin e Ludwig Wittgenstein. Ele parte da segunda fase do pensamento de Wittgenstein, a chamada Filosofia da Linguagem Ordinária, dentro do pressuposto de que, analisando as distinções e usos existentes na linguagem comum (como por exemplo, as diferenças entre os enunciados *ter uma obrigação* e *ser obrigado a*), seria possível um conhecimento maior acerca das práticas sociais e do sentido das regras sob as quais se vive. Dentro do instrumental teórico fornecido pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Hart, vê o direito como sendo constituído por um universo de diferentes usos lingüísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas.

Hart pretende em seu posfácio responder às críticas que, segundo ele, de largo alcance, foram apontadas por Dworkin em muitos artigos coletados em seus três principais livros, *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle* e *Law's Empire*. As respostas elaboradas por Hart nesse posfácio se dirigem especialmente a Dworkin. Segundo Hart (1994) foi Dworkin quem sustentou não só que quase todas as teses distintivas desse livro estavam radicalmente erradas, mas também colocou em questão toda a concepção de teoria jurídica que está implícita nessa obra. Ainda, segundo Hart (1994), embora tenha havido algumas mudanças importantes na teoria de Dworkin, não só na substância de vários argumentos, como na terminologia em que são expressos, as críticas apresentadas por essa teoria têm sido bastante coerentes ao longo dos anos; as críticas que sobressaem em seus trabalhos mais antigos não estão nos mais recentes, não obstante isso, as críticas são extremamente importantes e influentes e é exatamente por isso que Hart considera apropriado respondê-la. Embora outros estudiosos tenham elaborado críticas à teoria de Hart, ele irá se dedicar mais aos argumentos de Dworkin. O que nos interessa, mais especificamente, é exatamente a argumentação que Hart apresenta para defender o seu ponto de vista, constante ainda da primeira edição da obra em análise, referente ao poder discricionário dos juízes em criarem, obviamente quando diante da textura aberta da norma jurídica, decisões judiciais referidas a crenças e valores; inclusive autorizando-os a agirem como se legisladores fossem. Para isso será necessário conhecer melhor os seus argumentos apresentados no referido posfácio.

2.1. A natureza da teoria jurídica

O objetivo de Hart (2001) em seu livro, segundo o próprio autor, foi o de fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva - a esse ponto voltaremos mais adiante quando Dworkin o responde em um artigo recentemente publicado em seu novo livro *Justice in robes* acerca do sentido da filosofia política. Esse é um ponto central para compreender toda a discussão apresentada no presente texto. Segundo Hart (1994, p. 239, tradução nossa) a sua teoria é “geral no sentido de não estar ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos específicos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras”¹⁰. O relato de Hart (1994, p.301, tradução nossa) é descritivo, pois, segundo ele,

é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil¹¹.

Hart afirma claramente não ter pretensões moralmente justificadoras em sua teoria, ele não pretende dizer o que deve ser o direito e, sim, o que é o direito, não pretende interferir, mas somente descrever o direito tal como se apresenta. O ponto de partida de Hart é moralmente neutro.

Para justificar a sua postura descritiva e, por conseguinte, a sua pretensão de escrever uma teoria geral, ele se baseia na idéia de que a instituição chamada direito, embora apresente variações em diferentes culturas e diferentes tempos “tomou a mesma forma e estrutura gerais, embora se tenha acumulado à volta dela numerosos mal-entendidos e mitos obscurecedores que apelam à clarificação”¹² (HART, 1994, p. 240, tradução nossa). O ponto de partida de Hart (2001) para essa

¹⁰ It is *general* in the sense that it is not tied to any particular legal system or legal culture, but seeks to give an explanatory and clarifying account of law as a complex social and political institution with a rule-governed (and in that sense normative) aspect.

¹¹ is morally neutral and has no justificatory aims: it does not seek to justify or commend on moral or other grounds the forms and structures which appear in my general account of law, thought a clear understanding of these is, I think, an important preliminary to any useful moral criticism of law.

¹² has taken a general form and structure, though many misunderstandings and obscuring myths, calling of clarification, have clustered round it

tarefa de esclarecimento é o conhecimento comum e difundido das características de um moderno sistema jurídico interno que ele atribui a qualquer homem educado. Para melhor compreensão dessa afirmação de Hart em seu posfácio, apresentaremos uma passagem do texto principal de seu livro, segundo Hart (1994, p. 2-3):

Há um estranho contraste entre este debate teórico infundável e a aptidão com que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de direito, se tal lhes é pedido. Poucos ingleses ignoram que há uma lei que proíbe o homicídio, ou que exige o pagamento de impostos de rendimento, ou que estabelece o que tem de fazer-se para se outorgar um testamento válido. Praticamente toda gente, exceptuados os estrangeiros ou as crianças, que depare com a palavra inglesa “law” pela primeira vez, será capaz de multiplicar tais exemplos e a maior parte das pessoas poderá ir mais longe. Poderá descrever pelo menos nos seus contornos como se descobre se algo é direito em Inglaterra; sabe-se que há especialistas a consultar e tribunais que têm uma palavra final a dizer, e dotada de autoridade, em todas estas questões. Muito mais do que isto é seguramente bem conhecido da generalidade. A maior parte das pessoas instruídas tem idéia de que as leis na Inglaterra formam uma qualquer espécie de sistema e que na França, nos Estados Unidos, na Rússia Soviética e, na verdade, em quase todas as partes do mundo que são consideradas como países distintos, há sistemas jurídicos, que são, de um modo geral, semelhantes na estrutura, não obstante diferenças importantes. Na verdade teria seriamente falhado uma educação que deixasse as pessoas na ignorância destes factos e dificilmente uma marca de grande sofisticação se os que soubessem tal pudessem dizer também quais os pontos importantes de semelhanças entre os diferentes sistemas jurídicos. Poder-se-á esperar que qualquer homem instruído seja capaz de identificar estes aspectos salientes de uma forma esquemática, como a seguir se identifica. Eles compreendem: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrações contratos ou outros instrumentos que confirmem direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando forma violadas e que estabeleçam o castigo e a compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas¹³.

¹³ To this unending theoretical debate in books we find a strange contrast in the ability of most men to cite, with ease and confidence, examples of law if they are asked to do so. Few Englishmen are unaware that there is a law forbidding murder, or requiring the payment of income tax, or specifying what must be done to make a valid will. Virtually everyone except the child or foreigner coming across the English Word ‘law’ for the first time could easily multiply such examples, and most people could do more. They could describe, at least in outline, how to find out whether something is the law in England; they know that there are experts to consult and courts with a final authoritative voice on all such questions. Much more than this is quite generally known. Most educated people have the Idea that the laws in England form some sort of system, and that in France or the United States or Soviet Russia and, indeed, in almost every part of the world which is thought of as a separate ‘country’ there are legal systems which are broadly similar in structure in spite of important differences. Indeed an education would have seriously failed if it left people in ignorance of these facts, and we would hardly think it a Mark of great sophistication of those Who knew this could also say what are the important points of similarity between different legal systems. Any educated man might be expected to be able to identify these salient features in some such skeleton way as follows. They comprise (i) rules

Na passagem acima, fica claro, em Hart, o que ele pretende quando afirma que há uma maneira mais ou menos semelhante na forma e estrutura do direito de inúmeros países, é exatamente isto que permitiria a ele elaborar uma teoria descritiva e geral, que serviria para todo e qualquer direito, e afirmar que essa também poderia ser a percepção de qualquer cidadão participante de um dos sistemas jurídicos, ou seja o ponto de vista interno.

A concepção de uma teoria, segundo Hart (1994), que seja ao mesmo tempo descritiva e geral constitui algo radicalmente diferente da proposta de Dworkin; a concepção de Dworkin é, em parte, uma teoria de avaliação e de justificação dirigida a uma cultura jurídica específica, nesse caso o Direito Norte-Americano. Assim, segundo Hart (1994), Dworkin colocaria como tarefa central de sua teoria ela ser interpretativa, sendo, em parte, avaliadora, já que se preocupa em identificar os princípios que simultaneamente se ajustam melhor ao direito e às práticas desse mesmo direito, ou se apresentam em coerência com eles e fornecem a melhor justificação moral para os mesmos, apresentando assim o direito em sua melhor luz. Esses princípios, identificados dessa forma, seriam não só partes de uma teoria do direito, mas partes implícitas do próprio direito. Assim, para Dworkin (1999) a Teoria Geral do Direito é a parte geral da jurisdição (adjudication), o prólogo silencioso a qualquer decisão no âmbito do direito. Ou seja, quando um juiz elabora sua decisão, ele faz, segundo Dworkin (1986, p.90) “uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos”¹⁴. É exatamente por isso que, segundo Dworkin (1986, p.90, tradução nossa) “nenhuma linha consistentemente delineada separa a ciência do direito da jurisdição, ou de qualquer aspecto da aplicação do direito”¹⁵. Hart afirma que nas obras mais antigas de Dworkin tais princípios eram designados simplesmente como a “teoria do direito mais perfeita”, obviamente se eles pudessem “servir como um justificação de regras explícitas, tanto substantivas como institucionais, da jurisdição

forbidding or enjoining certain types of behavior under penalty; (ii) rules requiring peoples to compensate those whom they injure in certain ways; (iii) rules specifying what must be done to make wills, contracts or othes arrangements which confer rights and create obligations; (iv) courts to determine what the rules are and when they have been broken, and to fix the punishment or compensation to be paid; (v) a legislature to make new rules and abolish old ones.

¹⁴ So any judge's opinion is itself a piece of legal philosophy, even when the philosophy is hidden and the visible argument is dominated by citation and lists of facts.

¹⁵ No firm line divides jurisprudence from adjudication or any other aspects of legal practices.

em questão”¹⁶ (DWORKIN, 1978, p. 66). Na teoria mais recente, *Law's Empire*, Dworkin, segundo Hart (1994), caracteriza os princípios, e as proposições concretas de direito que decorrem deles, como direito num sentido interpretativo. Assim, Dworkin (1999, p. 488) vem afirmar que “os juízes devem decidir o que é direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial”. Dworkin, exatamente por isso, vai negar tanto o que ele chama de convencionalismo, que considera que os juízes interpretam quando simplesmente aplicam convenções legais especiais, como o chamado pragmatismo, que tem os juízes como arquitetos de um futuro melhor, expressão do próprio autor. Dworkin (1986) ressalta uma terceira concepção que ele denomina de direito como integridade; a partir dessa concepção podemos afirmar a independência do conteúdo do direito com convenções especiais ou que este seja definido por cruzadas independentes, aquele conteúdo seria definido por uma interpretação mais refinada e concreta da mesma prática jurídica que começou o processo interpretativo. Por isso se diz que os princípios teriam um sentido interpretativo, pois só eles autorizariam uma leitura que levasse em consideração a relação direito e temporalidade.

Hart (1994) parece não entender se deve haver, ou poderá haver, algum conflito significativo entre empreendimentos tão diferentes como o das suas próprias concepções de teoria jurídica e o das concepções de Dworkin sobre tal teoria. A concepção de Hart, segundo ele, não tem, como em Dworkin, pretensões interpretativas e avaliadoras. Muito do trabalho de Dworkin, incluindo *Law's Empire*, é consagrado ao estabelecimento dos méritos comparativos de três diferentes concepções sobre o modo como o direito justifica a coerção, e, assim, gera três diferentes formas de teoria jurídica, a que ele chama convencionalismo, pragmatismo jurídico e direito como integridade. Segundo Hart (1994), não há como negar a importância e o interesse que essa teoria tem para a Teoria Geral do Direito justificativa e avaliadora, mas ele não está preocupado em disputar a elaboração das idéias interpretativas de Dworkin, salvo na medida em que este sustenta que

¹⁶ We might formulate the test for a law that this story suggests in this way: a principle is principle of law if it figures in the soundest theory of law that can be provided as a justification for a explicit substantive and institutional rules of the jurisdiction in question.

uma teoria positivista, como a apresentada no livro de Hart, pode ser reapresentada, de forma iluminadora, como uma teoria interpretativa.

Dworkin (2006) parece não concordar com a concepção de Hart de uma teoria geral e descritiva, por considerá-la desorientada ou, na melhor das hipóteses, simplesmente inútil. Teorias úteis do direito são, para Dworkin (1986), interpretativas de um estágio concreto de uma prática historicamente em desenvolvimento; as teorias interpretativas, segundo Dworkin (1986, p. 102, tradução nossa)

são por natureza endereçadas a uma cultura jurídica em particular, em geral a uma cultura à qual pertencem os seus autores. A menos que essas teorias sejam profundamente céticas, vão tratar esse sistema legal como um exemplo florescente do direito, que pede atitude interpretativa e a recompensa. As teorias legais muito detalhadas e concretas que os advogados e juízes elaboram para uma jurisdição específica, que se estendem até os detalhes do procedimento judicial, estão certamente muito comprometidas a essa jurisdição. As concepções mais abstratas do direito que os filósofos elaboram não estão¹⁷.

Parece haver, portanto, uma dificuldade por parte de Hart (1994) em compreender as razões pelas quais Dworkin rejeita uma teoria do direito descritiva. A objeção de Dworkin parece se firmar no ponto de que uma teoria do direito deve levar em conta uma perspectiva interna sobre o direito, ou seja, a perspectiva de alguém de dentro do sistema ou de um participante do sistema jurídico, não há como a teoria descritiva nos fornecer essa perspectiva, a sua perspectiva é de alguém que está de fora, de um observador externo. O ponto de vista do Dworkin é o ponto de vista interno, aquele do participante; há uma tentativa de apreensão da natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Dworkin (1986, p. 13, tradução nossa) afirma que “ambas as perspectivas sobre o direito, a externa e a interna, são essenciais, e cada um delas deve incorporar ou levar em conta a outra”¹⁸.

Hart (1994), no posfácio ao Conceito de Direito, numa tentativa de oferecer razões para a sua teoria descritiva, tal como a apresentada em seu livro, vai dizer

¹⁷ Interpretative theories are by their nature addressed to a particular legal culture, generally culture to which their authors belong. Unless these theories are deeply skeptical, they will treat the legal system as a flourishing example of law, one that calls for rewards the interpretative attitude. The very detailed and concrete legal theories lawyers and judges construct for a particular jurisdiction, which extend into the detail of its adjudicative practice, are of course very much tied to that jurisdiction. The more abstract conceptions of law that philosophers build are not.

¹⁸ Both perspective on law, the external and the internal, are essential, and each must embrace or take account of the other.

que não há impedimentos a um observador externo não participante para descrever os modos a partir dos quais os participantes encaram o direito. O ponto de vista interno para Hart é dos participantes quando aceitam o direito na medida em que este lhes fornece orientações para a sua conduta e padrões de crítica. Segundo Gianluigi Palombela (2005, p. 251)

Afirmações sobre a validade do direito não provêm de espectadores externos, mas justamente de jogadores, de “participantes” que tem as regras do jogo como essências para orientar e decidir seus próprios comportamentos; não provêm de um ponto de vista externo, mas de um ponto de vista interno ao ordenamento (ou ao jogo).

O ponto de vista interno é, segundo Kozicki (2006, p. 410) “um reflexo da maneira pela qual o grupo encara o seu comportamento de acordo com as normas, utilizando-se delas como base para a sua conduta social”. O ponto de vista interno é nosso ponto de vista como participantes de uma comunidade jurídica que age de acordo com as normas e tem nessas normas um porto seguro em nossas relações intersubjetivas.

Está óbvio, para Hart (1994), que um teorizador descritivo não partilha a aceitação do direito tal como os participantes, mas pode e deve descrever tal aceitação, como de fato foi tentado por Hart. O teorizador descritivo deve ter em mente, segundo Hart, o que é adotar uma perspectiva interna e deve estar apto, obviamente de forma limitada, a pôr-se no lugar de uma pessoa de dentro do sistema. Esse ponto de vista externo, segundo Kozicki (2006, p.410), pode assumir diferentes formas.

Nesse aspecto ele pode referir-se à forma pela qual os membros de um grupo comportam-se de acordo com as regras, destacando o ponto de vista interno que eles adotam. Ou ele pode apenas restringir-se à mera percepção de padrões regulares de conduta em conformidade com as regras, observando também que às atitudes em desconformidade a estas se seguirão reações hostis por parte dos membros do grupo. Dessa percepção, o observador externo também pode prever a sanção ou castigo que será imputado àquele que violar a regra.

De acordo com Hart (1994), Dworkin em sua crítica à Teoria Geral do Direito descritiva, parece não concordar com a possibilidade óbvia de um observador externo levar em conta, deste modo descritivo, o ponto de vista de um participante, já que ele identifica a Teoria Geral do Direito como a parte geral da jurisdição. Isso, segundo Hart, é dar um tratamento à Teoria Geral do Direito como, em si mesma,

uma parte do direito de um sistema, visto do ponto de vista interno dos seus participantes judiciais. No entanto, segundo Hart (1994), o teorizador jurídico externo, descritivo, pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro do direito sem a adotar ou partilhar. Mesmo que a perspectiva interna do participante incluísse também necessariamente uma crença de que há razões morais para uma pessoa se conformar com as exigências do direito e justificação moral para o uso da coerção por ele, isto seria também algo que uma Teoria Geral do Direito moralmente neutra registraria, mas não sustentaria ou partilharia.

Contudo, parece que Dworkin, segundo Hart (1994), em crítica à afirmação de que as únicas questões que interessam para a Teoria Geral do Direito não são somente as questões parcialmente avaliadoras e de que há um lugar importante para a Teoria Geral do Direito geral e descritiva, concedeu que assim é, e explicou que as suas observações do tipo de a Teoria Geral do Direito é a parte geral da jurisdição carecem de qualificação, uma vez que tal, como ele refere, só é verdadeiro, quanto à Teoria geral do Direito, relativamente à questão de sentido.

Hart parece insistir e não se recuar diante das críticas de Dworkin acerca do carácter descritivo de sua teoria. No momento em que ele diz que causa perplexidade as implicações das palavras de Dworkin de que vale a pena acentuar quão evanescente é a questão de sentido nas implicações que as teorias gerais têm principalmente discutido, fica claro a sua insistência na defesa de sua teoria descritiva do direito. Hart afirma que uma descrição pode ainda continuar a ser uma descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação. Hart parece querer dizer que mesmo uma avaliação podemos estar fazendo uma descrição. Assim faremos uma abordagem acerca da natureza da teoria positivista de Hart.

2.2. A natureza do positivismo jurídico

Hart pretende nesse ponto de seu posfácio apresentar algumas defesas às críticas que Dworkin apresenta, principalmente em seu livro *Law's Empire*, à teoria positivista apresentada em *The Concept of Law*. Esse ponto tem uma importância fundamental para a compreensão do que essa dissertação pretende realizar. Para compreendermos as razões das críticas ao chamado poder discricionário dos juízes,

é essencial compreendermos como que Dworkin vai caracterizar o modelo de positivismo de Hart. Para se chegar ao conceito de discricionariedade judicial, Hart elabora uma teoria que apresenta conceitos outros que mantêm uma relação íntima entre si.

2.2.1 O positivismo como uma teoria semântica.

Hart, neste ponto de seu posfácio, vem apresentar sua defesa contra a afirmação de Dworkin de que a teoria positivista apresentada por ele é uma teoria semântica, ou seja, uma teoria que se prende a critérios de *pedigree*, como o critério da regra de reconhecimento. Apesar de Dworkin considerar o livro de Hart como um trabalho representativo do moderno positivismo, com distinções importantes dos trabalhos de Jeremy Bentham e John Austin, exatamente na medida em que supera as teorias imperativas do direito e a concepção de que todo o direito emana de uma pessoa ou corpo legislativo soberano juridicamente ilimitados, ele ainda encontra no positivismo de Hart um número considerável de diferentes erros. Segundo o próprio Hart (1994, p. 245, tradução nossa)

O mais fundamental desses erros consiste na visão de que a verdade das proposições de direito, tais como as que descrevem direitos e deveres jurídicos, depende apenas de questões de mera factualidade histórica, incluindo fatos relativos a crenças individuais e atitudes sociais¹⁹.

Esses fatos, que são determinantes para se chegar a uma verdade das proposições do direitos, na realidade, são designados por Dworkin como os fundamentos do direito. É o que ele afirma quando diz que:

Todos pensam que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas (ou nem uma coisa nem outra) em virtude de outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições jurídicas são parasitárias, como poderíamos dizer. Essas proposições mais conhecidas oferecem aquilo que chamarei de “fundamentos” do direito. A proposição de que ninguém pode dirigir a mais de 90 quilômetros por hora na Califórnia é verdadeira, pensa a maior parte das pessoas, porque a maioria dos legisladores daquele Estado disse sim, ou levantou a mão quando um texto sobre o assunto veio parar em suas mesas. Podia não ser verdadeira se nada disso tivesse acontecido;

¹⁹ The most fundamental of these errors is the view that the truth of propositions of Law such as those that describe legal rights and legal duties depends only on questions of plain historical fact including the facts about individual beliefs and social attitudes.

não poderia então ser verdadeira apenas pelo que tivesse dito um fantasma, ou pelo que se tivesse encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais²⁰. (DWORKIN, 1986, p. 4)

Dworkin ainda afirma, segundo Hart (2001, p. 306), que o positivista aceita de forma errada que os fundamentos do direito estão fixados por regras linguísticas, partilhadas pelos juízes e juristas, as quais regulam o uso e, por isso, o significado da palavra “direito”, não só quando esta surge nas afirmações do que é “o direito” de um sistema específico sobre um ponto específico, mas também em afirmações acerca do que é “direito” (i.e., direito em geral). A partir desta leitura positivista do direito conclui-se que os únicos desacordos que pode haver acerca de questões de direito são os que se referem à existência ou não de tais fatos históricos; acerca dos fundamentos do direito não pode haver desacordos teóricos ou controvérsias.

Há, para Hart (1994), inúmeras páginas da crítica de Dworkin ao positivismo jurídico que foram escritas para mostrar que o desacordo teórico relativamente àquilo que constitui os fundamentos do direito é um aspecto proeminente das práticas jurídicas anglo-americanas. Assim, contrário a uma leitura positivista de que os fundamentos do direito estão fixados de forma não controvertida pelas regras de linguagem compartilhadas por juristas e juízes, Dworkin insiste na afirmação de que eles são essencialmente controvertidos, exatamente na medida em que entre eles estão não somente fatos históricos mas, muito freqüentemente, juízos morais e juízos de valor controvertidos.

Segundo Hart (1994), Dworkin apresenta duas versões muito diferentes acerca de como é que os positivistas, como o próprio Hart, vieram a adotar esta idéia como seu ponto de vista radicalmente errado. Assim, de acordo com a primeira dessas versões, para os positivistas, se aquilo que chamamos fundamentos do direito não fosse fixado de modo não controvertido por regras, como a regra de reconhecimento, por exemplo, mas fosse antes uma matéria controvertida, a palavra direito significaria coisa diferentes para pessoas diferentes, permitindo a que cada um, ao usá-la, a simplesmente falar para o seu lado; não se estaria comunicando acerca da mesma coisa. A isto Dworkin vai chamar de agulhão semântico, e isso

²⁰ Everyone thinks that propositions of are true or false (or neither) in virtue of other, more familiar kinds of propositions on which these propositions of law are (as we might put it) parasitic. These more familiar propositions furnish what I shall call the “grounds” of law. The proposition that no one may the drive 55 miles an hour in California is true, most people think, because a majority of that state’s legislators said “aye” or raised their hands when a text to that effect lay on their desks. It could not be true if nothing of that sort had ever happened; it could not then be true just in virtue of what some ghostly figure had said or what was found on transcendental tablets in the sky.

estaria completamente errado na medida em que não há fundamentos incontrovertidos do direito. Dworkin (1986) vai afirmar que as vítimas do agulhão semântico são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Essas pessoas, segundo Dworkin (1986, p. 55, tradução nossa).

pensam que podemos discutir sensatamente se, mas somente 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 podemos discutir sensatamente quantos livros há em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir acerca de casos limítrofes (borderline cases): posso chamar de livrinho aquilo que você chama de panfleto. Mas não podemos divergir acerca de casos centrais (pivotal cases). Por exemplo: se um exemplar de *Moby Dick* para alguém não é um livro, pois na opinião desse alguém romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda²¹.

Como se pode aplicar esse raciocínio ao direito? É então que se coloca o dilema que Dworkin expõe a seguir. Ou os juristas, a despeito das aparências, realmente aceitam, 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 (DWORKIN, 1986). O segundo termo desse dilema, para Dworkin, parece absurdo. Assim, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. O que eles estão discutindo e produzindo é a teoria semântica do direito.

Hart (1994) em defesa de sua teoria, vai dizer que, apesar de Dworkin o classificar, juntamente com John Austin, como um teorizador semântico e seja visto como fazendo derivar uma teoria de direito positivista e meramente factual do significado da palavra “direito” e como padecendo do agulhão semântico, de fato, nada no seu livro ou em qualquer outro texto que tenha escrito pode servir de apoio a tal versão de sua teoria. Por isso, segundo Hart (1994, p. 246), a sua tese de que

²¹ They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are. You and I can sensibly discuss how many books I have on my shelf, for example, only if we both agree, at least roughly, about what a book is. We can disagree over borderline cases: I may call something a slim book that you would call a pamphlet. But we cannot disagree over what I called pivotal cases. If you do not count my copy of *Moby-Dick* as a book because in your view novels are not books, any disagreement is bound to be senseless.

os sistemas jurídicos internos desenvolvidos contêm uma regra de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação das leis que os tribunais têm de aplicar pode ser errônea, mas em nenhum lugar a baseio na idéia errada de que faz parte do significado da palavra “direito”, que tenha de haver uma tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou ainda na idéia mais errada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fossem fixados de forma não controvertida, “direitos” significaria coisas diferentes para pessoas diferentes²².

Segundo Hart (1994) neste último argumento que lhe é imputado há uma confusão entre o significado de um conceito e os critérios para a sua aplicação, e assim, longe de aceitar isso, ele chama a atenção no texto principal de seu livro, ao explicar o conceito de justiça, para o fato de que os critérios para a aplicação de um conceito com um significado constante podem não só variar, mas também ser controvertidos.

Por último, de acordo com Hart (1994), Dworkin também insiste em que a pretensão do positivista, de que sua teoria do direito não é uma teoria semântica mas um relato descritivo dos aspectos distintivos dos direitos enquanto fenômeno social complexo, apresenta um contraste com a teoria semântica, que é vazio e enganador. O argumento de Dworkin, para Hart (1994) é o de que, uma vez que os aspectos característicos do direito como fenômeno social é o de os juristas debaterem a verdade das proposições de direito e explicarem isso por referência ao significado de tais proposições de direito, tal teoria descritiva do direito deve ser, no fim das contas, semântica. Segundo Dworkin (1986, p. 32),

os filósofos que insistem em que os advogados seguem, todos, certos critérios lingüísticos para avaliar as proposições jurídicas, talvez inadvertidamente, produziram teorias que identificam esses critérios. Darei ao conjunto dessas teorias o nome de teorias semânticas do direito, mas o termo em si requer uma elaboração. Durante muito tempo os filósofos do direito embalaram seus produtos e os apresentaram como definições do direito. John Austin, por exemplo, de cuja teoria apresentarei uma breve descrição, dizia estar explicando o significado do direito. Quando os filósofos da linguagem desenvolveram teorias mais sofisticadas do significado, os filósofos do direito tornaram-se mais cuidadosos em suas definições, e passaram então a afirmar que estavam descrevendo o “uso” dos conceitos jurídicos, com o que poderiam dizer, em nosso vocabulário, as circunstâncias nas quais as proposições jurídicas são consideradas como verdadeiras ou falsas por todos os juristas competentes. Em minha

²² Thus, my doctrine that developed municipal legal systems contain a rule of recognition specifying the criteria for the identification of the laws which courts have to apply may be mistaken, but I nowhere base this doctrine on the mistaken Idea that it is part of meaning of the Word ‘law’ that there should be such a rule of recognition in all legal systems, or on the ever more mistaken Idea that if the criteria for the identification of the grounds of law were not uncontroversially fixed, ‘law’ would mean different things to different people.

opinião, porem, isso não foi muito além de uma troca de embalagem; de qualquer modo, pretendo incluir as teorias sobre o “uso” no grupo das teorias semânticas do direito, bem como as teorias anteriores, que tinham um caráter de definição mais claro.²³

Em defesa, Hart (1994) diz que este argumento de Dworkin lhe parece confundir o significado de “direito” com os significados de proposições de direito. Uma teoria semântica do direito é considerada por Dworkin como sendo uma teoria, segundo a qual o próprio significado da palavra “direito” faz o direito depender de certos critérios específicos. Mas as proposições de direitos são tipicamente afirmações não daquilo que é “direito”, mas do que é o direito, isto é, o que o direito de certo sistema permite, ou exige, ou confere poder às pessoas de fazerem algo. Assim, segundo Hart (1994), mesmo se o significado de tais proposições de direitos fosse determinado por definições ou pelas suas condições de verdade, isto não levaria à conclusão de que o próprio significado da palavra “direito” faz o direito depender de certos critérios específicos. Isto só aconteceria se os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento de um sistema e a necessidade de uma tal regra fossem derivados do significado da palavra “direito. Mas, segundo Hart (1994), não há nada de semelhante doutrina em seu trabalho.

Dworkin atribui ao positivismo apresentado em *The Concept of law* um outro aspecto que, segundo Hart (1994), é indevido, o aspecto de que a doutrina da regra de reconhecimento é uma exemplo de positivismo meramente factual pelo simples fato de esta fornecer os critérios para a identificação do direito baseados simplesmente em fatos históricos. Embora os exemplos principais de Hart acerca dos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento sejam questões daquilo a que Dworkin tem chamado de *pedigree*, dizendo respeito apenas ao modo como as leis são adotadas ou criadas por instituições jurídicas, e não ao seu conteúdo, Hart expressamente afirma os dois seguintes pontos em seu principal livro e em *Law and Moral*, que em muitos sistemas de direito, tal como nos Estados Unidos, os critérios

²³ Philosophers Who insist that lawyers all follow certain linguistic criteria for judging propositions of law, perhaps unawares, have produced theories identifying these criteria. I shall call these theories collectively semantic theories of law, but the name self requires some elaboration. For a long time philosophers of law packaged their products as definitions of law. John Austin, for example, whose theorie I shall shortly describe, said he was explicating the “meaning” of law. When philosophers of language developed more sophisticated theories of meaning, legal philosophers became more wary definitions and said, instead, that they were describing the “use” of legal concepts, by which they meant, in our vocabulary, the circumstances in which propositions of law are regarded by all competent lawyers as true or as false. This was little more than a change in packaging, I think; in any case I mean to include “use” theories in the group of semantic theories of law, as well as the earlier theories that were more candidly definitional.

últimos de validade podiam incorporar explicitamente, para além de *pedigree*, princípios de justiça e valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais. Esse é o aspecto que Dworkin, segundo Hart, ignorou em sua teoria ao imputar-lhe o positivismo meramente factual em *Law's Empire*. Hart (1994) em defesa vai dizer que essa versão semântica do positivismo meramente factual que lhe fora atribuída não é pura e simplesmente dele, e nem é dele qualquer forma de positivismo meramente factual.

2.2.2. O positivismo como uma teoria interpretativa

Há uma segunda versão do positivismo meramente factual que Dworkin, segundo Hart (1994), não trata como teoria semântica, mas tenta reconstruí-la como uma forma de teoria interpretativa, essa versão Dworkin vai chamá-la de convencionalismo. Dworkin (1984) apresenta, em seu Livro *Law's Empire*, três concepções de direito. A primeira delas ele vai chamar de convencionalismo. Segundo Dworkin (1984) o convencionalismo partilha da ambição geral do lema popular em dois aspectos. Primeiro, o convencionalismo explica de que maneira o conteúdo das decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável. Faz o direito depender de convenções sociais distintas que designa de convenções jurídicas; em particular, de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis, e como. Segundo, o convencionalismo corrige a opinião popular do leigo, para quem sempre existe um direito a ser aplicado. O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem de autoridade convencional para resolvê-los. Assim, segundo Dworkin (1999, pp. 142-143)

os convencionalistas acrescentam essa condição a sua descrição da prática jurídica. "os juizes devem decidir esses casos novos da melhor maneira possível, mas por definição nenhuma parte tem um direito a obter ganho de causa em virtude de decisões passadas coletivas precedentes – nenhuma parte ter a pretensão juridicamente tutelada de vencer –, pois que os únicos direitos dessa natureza são aqueles estabelecidos por convenção. Portanto a decisão que um juiz tomar nos casos difíceis é discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento de decisões passadas. O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da

garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida. (isso poderia pertencer à esfera da justiça abstrata, ou de interesse geral, ou de alguma outra justificativa voltada para o futuro.) É evidente que a convenção pode converter decisões inéditas em pretensões juridicamente tuteladas para o futuro. Nossas próprias convenções sobre o precedente transformaram qualquer decisão tomada pelo mais alto tribunal sobre o caso *Elmer*, por exemplo, num direito a ser aplicado a futuros herdeiros assassinados. Dessa maneira, o sistema de regras sancionadas por convenção aumenta regulamente em nossa prática jurídica”.

Segundo Hart (1994), de acordo com essa teoria, o positivista disfarçado de um teorizador interpretativo, apostado em mostrar o direito em sua melhor luz, apresenta critérios de direito como consistentes em meros fatos à disposição de todos, de forma que todos serão destinatários de um advertência leal, antes do uso da coerção. A isto chama Dworkin “o ideal das expectativas protegidas, mas, para ele, os seus méritos não compensam, afinal, os seus vários defeitos.

Hart vai se defender dizendo que esta versão interpretativa de positivismo como convencionalismo não pode ser apresentada como um versão plausível, ou como um reconstrução plausível de sua teoria do direito. Há duas razões, segundo Hart (1994), que demonstram a sua convicção: em primeiro lugar, ficou claro em seus argumentos que sua teoria não é um teoria meramente factual na medida em que aceita, entre os critérios do direito, valores, e não apenas meros fatos. Em segundo lugar, enquanto que a teoria jurídica interpretativa de Dworkin, em todas as suas formas, se baseia na pressuposição de que o cerne ou a finalidade do direito e da prática jurídica reside em justificar a coerção, não é seguramente, nem nunca foi, segundo Hart (1994), o seu ponto de vista de que o direito tenha esta justificação como seu cerne ou propósito. Não há, de acordo com Hart, em sua teoria, como em outras formas de positivismo, qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas enquanto tais; assim, não haveria nada em sua teoria que apoiasse o ponto de vista de Dworkin, que Hart, seguramente não partilha, segundo o qual a finalidade do direito consiste em justificar o uso da coerção. Para Hart, a finalidade do direito não vai além de servir para orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta. Isto não serviria, de acordo com Hart, para distinguir as leis de outras regras ou princípios com os mesmos objetivos gerais; essa possibilidade reside exatamente na consagração que o direito faz, através das regras secundarias, de providências para identificação, alteração e execução dos seus padrões, e na pretensão geral que adota quanto à primazia

sobre outros padrões. No entanto, Hart (1994) afirma que, mesmo que a sua teoria estivesse completamente vinculada ao positivismo meramente factual, naquela forma de convencionalismo, que protege as expectativas através da garantia de que estão disponíveis, de um modo geral, advertências prévias quanto às ocasiões de uso de coerção jurídica, isto apenas mostraria que Hart (1994) encara isso como um mérito moral especial que o direito tem, não que toda a finalidade do direito, enquanto tal, seja a de disponibilizá-las.

Segundo Hart (1994, p. 249),

as razões de Dworkin para reconstruir a minha teoria jurídica como uma teoria interpretativa convencionalista, que sustenta a pretensão de que a coerção jurídica só é justificada “quando se conforma com compreensões convencionais”, fundam-se na minha descrição dos Elementos do Direito no Capítulo V, Secção 3ª, deste livro²⁴.

O livro ao qual Hart se refere diz respeito ao livro *O Conceito de Direito*. Hart (1994) diz, ainda, que, nesse capítulo, ele apresenta as regras secundárias de reconhecimento, de alteração e de julgamento como remédios para os defeitos de um regime simples imaginário, consistente apenas em regras primárias de obrigação. Esses defeitos são a incerteza quanto à identificação das regras, a sua qualidade estática, e a ineficiência, causadora de desperdícios de tempo, da pressão social difusa, através da qual as regras são exclusivamente executadas. Entretanto, Hart (1994) diz que ao apresentar as regras secundárias como remédios para tais defeitos, não sustentou, em parte alguma, qualquer pretensão de que a coerção jurídica só é justificada quando estiver em conformidade com estas regras, e, menos ainda, de que a consagração de tal justificação constitui o cerne ou a finalidade do direito em geral.

Hart (1994), no entanto, parece concordar em parte com as críticas de Dworkin quando afirma que a junção ao regime de regras primárias de obrigação de uma regra secundária de reconhecimento ajudará, enquanto permita, com frequência, aos indivíduos identificar antecipadamente as ocasiões de uso da coerção, a justificar o seu uso, no sentido de que excluirá uma objeção moral ao seu uso. Mas a certeza e o conhecimento antecipado das exigências do direito que a regra de reconhecimento trará não se revestem apenas de importância ali onde a

²⁴ Dworkin's reasons for reconstructing my legal theory as a conventionalist interpretative theory which makes the claim that legal coercion is only justified 'when it conforms to conventional understandings' rest on my account of the Elements of Law in Chapter V Section 3 of this book.

coerção está em causa: é igualmente crucial para o exercício inteligente de poderes jurídicos (por ex. Fazer testamentos ou contratos) e, de um modo geral, para a planificação, inteligente da vida privada e pública. Portanto, de acordo com Hart, não há que se considerar que a finalidade ou o cerne do direito, nem muito menos do direito em geral, seja a justificação da coerção que, de certa forma, a regra de reconhecimento contribui. Hart (1994) acredita que a regra de reconhecimento é plenamente capaz de nos garantir o que seja direito, ela funciona como o fundamento do direito. Mas mesmo assim, ao afirmar que a regra de reconhecimento funciona como o fundamento do direito, ele não deixa de afirmar que o direito tenha um mínimo de direito natural, ou seja, uma teoria que se diz descritiva, mas que nesse ponto apresenta características justificadoras. Não há como pretender negar o carácter não meramente descritivo de sua teoria, já que ele próprio afirma que os homens não teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras se faltasse tal conteúdo, o conteúdo mínimo de direito natural, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais regras. (HART, 1994).

2.2.3. O positivismo moderado

Em sua defesa contra a afirmação de que sua teoria é uma teoria semântica, ou convencionalista, Hart (1994) vai afirmar, nesse ponto, que a sua doutrina é aquilo que tem sido designado como positivismo moderado e não, tal como Dworkin pretende, positivismo meramente factual. Ao atribuir essa doutrina, Dworkin tratou, segundo Hart (1994), de forma errada a sua teoria, pois a sua teoria realmente exige que a existência e a autoridade da regra de reconhecimento dependa de uma aceitação pelos tribunais, mas não exige que os critérios de validade jurídica que tal regra fornece devam consistir exclusivamente num tipo específico de mero fato que Dworkin designa como questões de *pedigree* e que respeitam aos modos e à forma de criação do direito ou da sua adoção. Isso, segundo Hart (1994) está duplamente errado. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, o estar de acordo com princípios morais ou com valores substantivos. Em segundo lugar, tal como Hart afirma, não há

nada em seu livro que possa sugerir que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *pedigree*; podem ser, ao contrário, limites materiais sobre o conteúdo da legislação.

No entanto a crítica mais fundamental de Dworkin, segundo Hart (1994), se refere ao fato de haver um incoerência tamanha entre o positivismo moderado, por permitir que a identificação do direito dependa de questões controvertidas com a moral ou com outros juízos de valor, e uma imagem positivista geral do direito como sendo aquele que respeita essencialmente ao fornecimento de padrões públicos de confiança da conduta que podem identificar-se com certeza como questões de mero fato, sem ligação alguma com argumentos morais controvertidos. Para provar esta incoerência entre o positivismo moderado e o restante da teoria de Hart, Dworkin vai citar a descrição que Hart faz da regra de reconhecimento, destinada a sanar, entre outros defeitos, a incerteza do regime pré-jurídico imaginário das regras primárias de obrigação de tipo costumeiro. Dworkin escreve, em uma resposta²⁵ aos seus críticos, que Hart descreve sua regra de reconhecimento, não simplesmente como uma outra regra de imposição de obrigação, mas como uma regra secundária, estipulando características públicas, da qual a presença ou a ausência deveria ser decisiva na identificação de outras regras como as regras legais. Ele diz que a aceitação desse tipo de regra secundária marca a transição de uma sociedade pré-jurídica para um sociedade jurídica, porque a característica pública garantida é decisiva para a regra secundária sanar os defeitos da incerteza latente na prática pré-jurídica. Isto é, sem dúvida, compatível com a idéia de que a regra secundária pode, em si, conter termos vagos, ou em algum outro sentido incluir algum grau leve de indeterminabilidade.

Hart (1994) percebe um certo exagero na crítica que Dworkin faz ao positivismo moderado, não só pelo fato de ela exagerar o grau de certeza que um positivista coerente deve atribuir a um corpo de padrões jurídicos, mas também pelo fato de ela exagerar a incerteza que resultará, se os critérios de validade jurídica incluírem a conformidade com específicos princípios ou valores morais. Embora seja verdade, segundo Hart (1994), que uma função importante da regra de reconhecimento seja promover a certeza acerca do direito, ela não alcançaria essa função se os testes que introduziu para o direito não só suscitassem questões

²⁵ DWORKIN, Ronald. A reply by Ronald Dworkin. In: COHEN, Marshall. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, NJ: Rowman & Allanheld, 1984.

controvertidas em alguns casos, mas as suscitasse em todos os casos, ou na maioria deles. Hart (1994) nega que uma de suas pretensões, com a regra de reconhecimento, tenha sido eliminar qualquer grau de incerteza. Isto está claro para ele no momento em que afirma que há uma textura aberta do direito, tanto em relação à regra de reconhecimento como para as regras concretas de direito. Assim, mesmo que o direito fosse redigido por leis que fossem capazes de solucionar antecipadamente todas as questões possíveis que pudessem suscitar acerca de seu significado, haveria sempre o risco de tais leis entrarem em conflito com outros objetivos que o direito deveria dar o devido valor. Uma margem de incerteza deve ser tolerada, e, de fato, bem vinda no caso de muitas regras jurídicas, tanto que uma decisão judicial instruída pode ser tomada quando a composição de um caso imprevisto é conhecida e os assuntos em jogo nesta decisão podem ser identificados e, então, racionalmente resolvido. Somente se a função predominante da regra de reconhecimento for de fornecimento de certeza é que se pode chamar de incoerente o positivismo moderado que inclui, entre outros critérios de direito, estar de acordo com princípios ou com valores morais que podem ser controvertidos.

A segunda crítica de Dworkin acerca da coerência da versão do positivismo moderado, de acordo com Hart, levanta questões diferentes e mais complexas a respeito da determinação e plenitude do direito. Hart (1994) afirma que as regras e os princípios jurídicos têm muitas vezes o que ele chama de textura aberta, de forma que todas as vezes que se tem uma dúvida acerca da aplicação de uma regra ou um princípio a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar um resposta em qualquer sentido. Para Hart (1994), o direito nesses caso se mostra, para um jurista razoável e inteligente, incompleto; o direito não é capaz de fornecer qualquer resposta para as questões em causa. Nesses casos difíceis, para se obter uma decisão, os tribunais devem exercer a função restrita de criação de direito que Hart designa como poder discricionário. De acordo com Hart (1994), Dworkin rejeita a idéia de incompletude do direito e, mais ainda, a idéia de que essa incompletude pode ser sanada via poder discricionário criador de direito.

Essa teoria tal como concebida por Hart se distancia muito da concepção de Dworkin. A teoria de Dworkin, segundo Hart (1994), é engajada. É uma teoria que tem pretensões justificadoras. Sobre isso, Dworkin escreve recentemente um artigo onde ele fala sobre o caráter político da filosofia do direito. Ou seja para definir o que

seja direito se faz necessário uma interpretação desde dentro, não é plausível que alguém nos dê um conceito de alguma coisa como se se observasse uma paisagem ou uma fotografia. Toda leitura que fazemos do direito é moralmente afetada, não há como sermos neutros em nossa interpretação jurídica, o importante é fazer com que essa moral seja a melhor justificativa do conteúdo dos princípios de moralidade política em consideração a toda a nossa história institucional.

2.3. A natureza das regras

2.3.1. A teoria das regras da prática

Hart (1994) diz ter chamado a atenção, em vários pontos de seu livro, para a distinção entre afirmações de direito internas e externas e entre aspectos do direito internos e externos. Para explicar esses aspectos, Hart cria uma teoria conhecida como a teoria da prática das regras. Ele tem como ponto de partida, não um caso altamente complexo de sistema jurídico que abranja tanto regras escritas como regras do tipo costumeiro, mas um caso que, segundo Hart (1994), é mais simples de regras do tipo costumeiro de qualquer grupo social, grande ou pequeno; a essas regras Hart designou por regras sociais. A esse caso mais simples é possível a aplicação das mesmas distinções entre plano interno e o externo. O relato que Hart fez dessas regras ficou conhecido por aquela teoria porque trata as regras sociais de um grupo como sendo constituídas por uma forma de prática social que abrange tanto modelos de conduta regularmente seguidos pela maior parte dos membros de um grupo, como uma atitude normativa distinta em relação a tais modelos, a que Hart chama de aceitação (HART, 1994). Segundo Hart entende-se por ponto de vista externo das regras sociais aquele de um observador da sua prática, e por ponto de vista interno o de um participante em tal prática, que aceita as regras como padrões tanto para guiar sua conduta como para criticar a conduta de outros.

Essa teoria da prática, segundo Hart (1994), tem sido amplamente criticada por Dworkin, o qual, como já referido por Hart, faz uma distinção, embora semelhante, de fato bastante diferente. Hart (1994) considera algumas das críticas

de Dworkin acerca dessa teoria bastante procedentes e importantes para a compreensão do direito, tanto que a partir dessa crítica, Hart apresenta alterações consideráveis à sua concepção originária que, a partir de então, são tidas como necessárias pelo autor.

Segundo Dworkin (1999, p. 17)

O direito é um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações. Esse aspecto argumentativo crucial da prática do direito pode ser estudado de duas maneiras, ou a partir de dois pontos de vista. Um deles é o ponto de vista exterior do sociólogo ou do historiador, que pergunta por que certos tipos de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas ou circunstâncias, e não em outras, por exemplo. O outro é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reivindicações. Seu interesse não é, em última análise, histórico, embora possam considerar a história relevante; é prático, [...]. essas pessoas não querem que se especule sobre as reivindicações jurídicas que farão, mas sim demonstrações sobre quais dessas reivindicações são bem fundadas e por quê; querem teorias não sobre o modo como a história e a economia formaram sua consciência, mas sobre o lugar dessas disciplinas na demonstração daquilo que o direito exige que elas façam ou tenham

As duas perspectivas, tanto a externa como a interna, de acordo com Dworkin (1986), são essenciais, e cada uma delas deve incorporar e levar em conta a outra. Ou seja, o ponto de vista do participante deve incorporar e levar em consideração o do historiador quando alguma reivindicação jurídica apoiar-se numa questão de fato histórico: quando, por exemplo, a questão de saber se a segregação é ou não ilegal volta-se para os motivos dos políticos que escreveram a Constituição ou daqueles que segregam as escolas. Já o ponto de vista do historiador deve incorporar e levar em consideração o do participante de modo mais abrangente, pois, segundo Dworkin (1986), o historiador não pode compreender o direito como prática social argumentativa, nem mesmo para rejeitá-lo como enganador, enquanto não tiver a compreensão de um participante, enquanto não dispuser de sua própria opinião sobre o que considera boa ou má argumentação no âmbito dessa prática.

O Livro, *Law's Empire*, segundo Ronald Dworkin (1999, p. 19) “adota o ponto de vista interno, tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam”.

Hart (1994) afirma que Dworkin diz que aquela concepção é defeituosa pelo fato de ignorar a importante diferença entre um consenso de convenção, manifestado nas regras convencionais de um grupo, e um consenso de convicção independente, manifestado nas práticas convergentes de um grupo. Assim, as regras serão práticas sociais convencionais se a conformidade geral de um grupo em relação a elas constituir parte das razões que os seus membros individuais têm para a respectiva aceitação; ao contrário, as práticas meramente convergentes, tal como a moral partilhada de um grupo, são constituídas não por convenção, mas pelo fato de os membros terem as mesmas razões, embora independentes, para se comportarem de certos modos específicos e, efetivamente, se comportarem com base em tais razões.

Dworkin também sustenta, segundo Hart (1994), que a concepção de regras sociais, contida em *O conceito de Direito*, é aplicável somente às regras convencionais. Isso, de acordo com Hart, restringe consideravelmente o alcance de sua teoria. Apesar de Hart não concebê-la como uma explanação apropriada da moral, quer individual, quer social, a sua teoria permanece um relato fiel das regras sociais convencionais que incluem, além dos costumes, certas regras jurídicas importantes que abrangem a regra de reconhecimento.

A crítica central de Dworkin à teoria da prática de regras, segundo Hart (1994), está no fato que essa teoria assume de modo equivocado uma regra social como sendo constituída pela prática social e, assim, trata a afirmação de que tal regra existe apenas como uma afirmação do fato sociológico externo, de que as condições da prática para a exigência de regra estão satisfeitas. Não há como explicar a natureza normativa, nem mesmo aquela possuída pela regra convencional mais simples, a partir de uma concepção como a de Hart. Segundo Dworkin (1978), uma regra normativa só pode existir se houver um certo estado de coisas normativo. Hart (1994) vai dizer que acha estas palavras torturantemente obscuras:

da discussão do exemplo da regra das pessoas que vão à igreja (os homens devem tirar o chapéu na igreja), Dworkin ao que parece, quer significar com um estado de coisas normativo a existência de boas razões

morais, ou de justificação, para fazer o que a regra exige, por isso sustenta que, enquanto uma mera prática regular, das pessoas que vão à igreja, de tirarem o chapéu no templo não pode constituir uma regra, pode ajudar a justificá-la, através da criação de modos de causar desagrado e através do aparecimento de expectativas, que são boas razões para uma regra que exige que se tire o chapéu na igreja. (HART, 2001, p. 319)

Hart (1994) vai entender que se essa for a significação que Dworkin quer de estado de coisas normativo, exigido para a afirmação da existência de uma regra, essa concepção é demasiado forte. Pois ela exige, além de não só que os destinatários das regras façam apelo a elas, mas que eles tenham, também, boas razões morais para se conformarem com as regras e que essas boas razões morais exista. É claro que Hart vai dizer que podem existir regras que são aceites que são iníquas, a sua teoria não tem pretensões avaliativas ou justificadores como a de Dworkin. Hart (2001, p. 319) afirma que podem haver algumas regras que são “aceites simplesmente por deferência com a tradição, ou pelo desejo de identificação com os outros, ou pela crença de que a sociedade sabe melhor o que é vantajoso para os indivíduos”.

Finalmente, Dworkin, segundo Hart (1994), sustenta que deve-se abandonar a teoria da prática das regras, ainda que restrita às regras convencionais, pelo fato de não comportar a idéia de que o escopo de uma regra convencional pode ser controvertido e, assim, objeto de inúmeros desacordos. Hart (1994) vai apresentar a regra de reconhecimento, como sendo a regra que é constituída pela prática uniforme dos tribunais, para negar a crítica de Dworkin. No entanto, Dworkin (1978), contrapõe com os chamados casos difíceis, dizendo que nesses há frequentemente desacordos teóricos entre os juízes relativamente a qual direito existente respeitante à matéria e que é ilusório a aparência de falta do carácter controvertido e de, pior ainda, aceitação geral. Segundo Hart (1994) isso constitui um equívoco em relação a sua regra de reconhecimento. A função dessa regra é determinar apenas as condições gerais de aplicação das regras que as decisões judiciais corretas devem satisfazer nos sistemas jurídicos modernos. As regras de reconhecimento, para Hart, podem fornecer muito mais que critérios de *pedigree*, “elas pedem testes relacionados não com o conteúdo factual das leis e sim com a sua conformidade com valores ou com princípios morais essenciais”. (HART, 2001, p. 320)

2.3.2. Regras e princípios

Nesse ponto de nosso trabalho nos deparamos com um das grande discussões entre esses dois autores filósofos do direito acerca da existência, ou não, de um outro tipo de padrão normativo que não as regras. Muitos tem afirmado que Hart não produziu uma teoria do direito como composto somente por regras, outros vão dizer que a teoria de Dworkin nada mais é que um aperfeiçoamento da teoria de Hart e que este tivesse feito uma mera adaptação em sua teoria não haveria diferença substancial em relação a teoria de Ronald Dworkin.

Entendemos que todo o problema em relação à existência das chamadas lacunas no direito e ao chamado poder discricionário dos juízes se concentra nessa discussão. Ou seja, se concebo o direito como apenas um conjunto de regras convencionais é claro que diante de casos não regulados o juiz terá de manifestar o poder discricionário para solucioná-lo. Diferente é a concepção de Dworkin, segundo ele os juízes não teriam um poder discricionário, no sentido forte, de criar regras, eles devem se guiar por um outro tipo de padrão que são os princípios.

O próprio Hart vai afirmar que durante muito tempo, a mais conhecida crítica de Dworkin ao seu livro foi exatamente a de que ele defende a concepção errada do direito como consistindo apenas a um conjunto de regras tudo-ou-nada, ignorando, assim, uma espécie diferente de padrão jurídico que são os princípios, que desempenham um papel importante e distintivo na argumentação jurídica e na decisão judicial. Vários críticos, diz Hart (1994), atentaram para esse problema em seu livro, no entanto esses mesmos críticos atentaram para o fato de que essa falta é uma falta mais ou menos isolada, isso poderia ser reparado, de um modo muito simples, com inclusão dos princípios jurídicos ao lado das regras; e faria isso sem abandonar ou alterar seriamente qualquer dos temas que foram trabalhados em O conceito do direito. Dworkin vai dizer que isso só seria possível pagando o preço de renunciar às suas doutrinas centrais. Para incluir os princípios em sua teoria positivista, segundo Hart (1994), Dworkin diria que ele deveria abandonar a regra de reconhecimento como critério de validade do direito e o poder discricionário de criação de regras exercido pelos juízes naqueles casos em que o direito existente não consegue expressar uma decisão, ou que não existe uma conexão importante, necessária ou conceitual, entre o direito e a moral. Hart vai dizer que é impossível pagar esse preço, essas doutrinas além de serem centrais para a sua teoria, constituem o cerne do moderno positivismo jurídico.

Apesar de Hart (1994) concordar que houve uma falha em sua teoria ao não dar a devida importância aos princípios, ele questiona, exatamente, em que consiste precisamente aquilo que o acusaram de ignorar, o que seriam esses princípios e de que modo diferem os mesmos das regras. Hart vai dizer que, apesar de todos aqueles críticos terem o acusado de ignorar os princípios, eles concordariam em que há pelo menos dois aspectos daqueles que os distinguem das regras. O primeiro é uma questão de grau: assim os princípios teriam um grau de abstração muito maior que o da regras; o segundo aspecto reside no fato de os princípios, por se referirem mais ou menos explicitamente a um certo objetivo, finalidade, direito ou valor, serem encarados como desejáveis de manter ou de ser objeto de adesão, e, por isso, não apenas enquanto capazes de fornecer uma explicação ou fundamento lógico das regras que os exemplificam, mas também, pelo menos, enquanto capazes de contribuir para a justificação destas.

Mas, segundo Hart (1994), há um terceiro aspecto distintivo que ele, pessoalmente, pensa ser uma questão de grau. Dworkin entende que as regras funcionam, para os aplicadores do direito, de uma maneira tudo-ou-nada, no sentido de que uma regra só obriga se for válida e absolutamente aplicável a um caso concreto. Já os princípios jurídicos diferem das regras de tudo-ou-nada na medida em que, em vez de obrigarem, eles apontam para, ou contam a favor de uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada, mas que os tribunais levam em conta, enquanto fator de inclinação num ou noutro sentido. A esse aspecto Hart vai chamar de caráter não conclusivo.

Hart (1994) não vê razões para aceitar nem o contraste nítido que Dworkin propõe entre regras e princípios, a ideia de que as regras são aplicáveis no modo tudo-ou-nada e os princípios têm uma dimensão de peso, nem o ponto de vista de que, se uma regra válida for aplicável a um caso dado, deve, distintamente de um princípio, determinar o resultado do caso. Segundo Hart (2001, p. 324): “não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, excepto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso”. Assim, para Hart, uma regra pode concorrer com outra regra e afastar a sua aplicação de modo que não seja declarada inválida, ou seja, podem existir regras concorrentes.

Hart (1994) afirma que Dworkin não compartilha com essa idéia de um terceiro aspecto distintivo entre regras e princípios, ou seja, Dworkin (1978) não pensa que esta diferença entre eles seja uma questão de grau. Ele defende a idéia de que o que diferencia regras de princípios é de natureza lógica. Assim, “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distingue-se quanto à natureza da orientação que oferecem” (DWORKIN, 2002, p. 39). Ou seja, as regras à maneira tudo-ou-nada e os princípios têm uma dimensão de peso, de importância. Hart (1994) ainda vai dizer que não entende que a posição de Dworkin possa considerar-se coerente. Hart vai partir de um exemplo de Dworkin, do caso *Riggs VS Palmer*, no qual foi aplicado o princípio de que ninguém pode se aproveitar do seu próprio ato ilícito, para afirmar que as regras não têm um caráter tudo-ou-nada, uma vez que podem entrar em conflito com princípios e serem superadas por estes.

Segundo Hart (1994), se se admitir que a distinção entre regras e princípios é uma questão de grau, e não como queira Dworkin quando afirma que regras são tudo-ou-nada e que os princípios têm uma dimensão de peso, estaria sanada a incoerência deste autor. A sugestão de Hart (2001, p. 325) seria a de que

se pode fazer um contraste entre regras quase conclusivas, em que a satisfação das respectivas condições de aplicação basta para determinar o resultado jurídico, salvo em poucos exemplos (em que suas disposições podem entrar em conflito com as de outra regra reputada de maior importância), e princípios geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem, muito frequentemente, não conseguir determiná-la.

Assim Hart (1994), acredita que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante da decisão e da argumentação jurídica, e que isso devia ser assinalado através de uma terminologia apropriada. Dworkin tem todo crédito de ter mostrado a importância dos princípios e o respectivo papel que eles exercem na argumentação jurídica; Hart (1994) concorda em que cometeu um erro sério em não ter acentuado a eficácia não conclusiva dos princípios e que, também, não tinha a intenção de afirmar que o sistema jurídico só contém regras de tudo-ou-nada. É o que Hart (2001, p. 325) vai afirmar:

não só chamei a atenção para o que designei (talvez de forma infeliz) como “padrões jurídicos variáveis”, que especificam factores que devem ser levados em conta e ponderados com outros, mas tentei explicar por que razão algumas áreas de conduta eram adequadas para serem objetos de

regulação, não através de tais padrões variáveis, como o de “diligência devida”, mas antes por regras quase conclusivas que proíbem ou exigem as mesmas ações específicas em quase todas as situações, salvo casos raros. Por isso é que temos regras contra o homicídio e o furto e não meros princípios que exijam o devido respeito pela vida humana e pela propriedade.

A partir de então, depois de demonstrado que Hart acredita ter provado que ele não concebia o direito apenas como um conjunto de regras, mas de princípios também, apresentaremos o modo como Hart acredita que os princípios podem ser identificados. A regras de reconhecimento de Hart vai funcionar como critério de identificação não só das regras primárias, mas, também, dos princípios. Mas aqui há um problema em sua teoria, se Hart concebe o direito como um conjunto de regras primárias e secundárias, onde entram os princípios em suas teorias? São regras primárias ou secundárias, eles definem direitos e obrigações ou atribuem poder e regulam o processo legislativo? Percebe-se que realmente Hart comete um erro bastante complicado, e que não basta um mero retoque para a inserção dos princípios em sua teoria.

2.4. Os princípios e a regra de reconhecimento

2.4.1. Pedigree e interpretação

Neste ponto do posfácio, Hart vai trabalhar as críticas elaboradas por Dworkin àquilo por ele denominado de regra de reconhecimento. Segundo Hart (1994), Dworkin sustenta que uma regra de reconhecimento não pode apresentar os critérios para identificação dos princípios, esses só podem ser identificados a partir de uma interpretação construtiva, eles são vistos como integrantes de um conjunto único de princípios, comunidade de princípios, que não só se ajustam melhor a toda uma história institucional do direito estabelecido de um sistema jurídico, mas também melhor a justifica. É exatamente por isso que Dworkin cria a sua metáfora do juiz Hércules, ou seja, como nenhum tribunal inglês ou americano jamais conseguiu adotar um critério holístico como esse descrito acima, só mesmo um juiz mítico, ideal para dar conta de tamanha empreitada. No entanto, os tribunais podem,

sim, ser compreendidos como que tentando imitar Hércules exatamente no sentido de que encarando os julgamentos de uma forma holística, de uma forma que leve em consideração o direito como um todo, servirá para trazer à luz a estrutura oculta. Exatamente por isso que Dworkin (1986) afirma que o juiz Hércules é útil à sua teoria, ou seja, por ele ser mais reflexivo e autoconsciente do qualquer outro juiz verdadeiro precisa ou precisaria ser. É claro que os juízes reais são bem menos metódicos, mas Hércules consegue descortinar a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica. Quando aprofundarmos em um capítulo acerca da leitura moral entendemos que esse ponto ficará melhor esclarecido.

Hart (1994), embora as críticas apresentadas por Dworkin, continua se mantendo firme na crença de que a regra de reconhecimento é o suficiente para encontrarmos os princípios, e ainda afirma que não vê diferença essencial entre o que ele e Dworkin defendem. Hart (1994) vai afirmar que a preocupação de Dworkin com a interpretação construtiva o tem levado a ignorar o fato de que muitos princípios devem o seu estatuto não à prática interpretativa, mas ao que ele próprio denominou de *pedigree*. Essa preocupação levou Dworkin, segundo Hart (1994), a um duplo erro: em primeiro lugar a crença de que os princípios não podem ser identificados pelo seu *pedigree*; e, em segundo, à crença de que a regra de reconhecimento só pode fornecer critérios de *pedigree*. Ambas as crenças de Dworkin, segundo Hart (1994), são erradas; o erro da primeira consiste em que não há nada no caráter não-conclusivo dos princípios, e em outros aspectos, que impeça que os critérios de *pedigree* funcionem como critérios de identificação dos princípios. Para Hart (1994), há certos princípios jurídicos, incluindo princípios básicos do *Common Law*, por exemplo o princípio de que ninguém pode aproveitar-se de seu próprio ato ilícito, que são identificados pelo critério do *pedigree*, na medida em que os tribunais os invocam de forma coerente em vários casos diferentes como fundamentos para suas decisões. Assim, o argumento geral de que a inclusão dos princípios como parte do direito traria como consequência o abandono da doutrina da regra de reconhecimento, segundo Hart (1994), não poderá ter êxito.

Hart (1994) entende que sua doutrina da regra de reconhecimento não é incompatível com a inclusão dos princípios como parte do direito, tanto é assim, que ele afirma que demonstrará que essa inclusão não só é coerente com tal doutrina, como ela exige a sua aceitação. De acordo com Hart (2001, p. 328)

Se se conceder, como seguramente se deve fazer, que há, pelo menos, alguns princípios jurídicos que podem ser “capturados” ou identificados como direito por critérios de *pedigree* que uma regra de reconhecimento lhes confere, então a crítica de Dworkin deve reduzir-se à pretensão mais modesta de que há muitos princípios jurídicos que não podem ser capturados assim, porque são demasiado numerosos, demasiado fugazes, ou demasiado susceptíveis de alteração ou modificação, ou não têm uma característica que permita a sua identificação como princípios de direito por referência a qualquer outro teste diverso do de pertencerem a esse esquema coerente de princípios que não só melhor se ajusta à história institucional e às práticas do sistema, como também melhor as justifica. À primeira vista esse teste interpretativista parece não constituir uma alternativa a um critério fornecido por uma regra de reconhecimento, mas apenas, como certos críticos advertiram, uma forma complexa, positivista moderada, de um tal critério que identifica os princípios pelo seu conteúdo e não pelo seu *pedigree*.

Hart (1994), insiste em afirmar que apresenta argumentos suficientemente convincentes que mostram que a aceitação dos princípios como fazendo parte do direito é coerente com a doutrina da regra de reconhecimento, mesmo que o critério interpretativo de Dworkin fosse o único capaz de identificá-los. Assim, de acordo com Hart (1994), justifica-se uma tese mais forte: mesmo que os princípios jurídicos sejam identificados pelo critério interpretativo, não se pode descartar a regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento é necessária para tornar possível a identificação do direito constituído de forma a especificar as fontes do direito e as relações de superioridade e de subordinação que se estabelece entre elas. Isto que Hart vai afirmar como sendo o papel da regra de reconhecimento, qual seja, identificar as fontes jurídicas, Dworkin trabalha em seu livro *Law's empire*, como direito pré-interpretativo. Segundo Dworkin (1999, p. 81)

precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Teremos de estabelecer uma distinção analítica entre essas etapas de interpretação que apresentaremos a seguir, observando como são necessários, em uma comunidade, diferentes graus de consenso para cada etapa quando se tem em vista o florescimento da atitude interpretativa. Primeiro, deve haver uma etapa “pré-interpretativa” na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. (...) Coloco “pré-interpretativo” entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso – talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa – se se espera que a atividade interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia.

Segundo Hart (1994) essa afirmação de Dworkin acerca do direito pré-interpretativo só contribui ainda mais para reforçar a doutrina da regra de reconhecimento. Mas não esqueçamos daquilo que Dworkin fala no texto acima, que as regras sociais não têm rótulos que as identifique, ou seja, ele não aceita a associação de sua concepção com a concepção de Hart de regra de reconhecimento. O que faz com que reconheçamos um texto como regra é sua prática interpretativa fundamentada nos princípios de moralidade política, não é só fato social de ela existir, é muito mais que isso. O que determina a validade, ou legitimidade, de uma regra é ela ser a melhor expressão daquilo que Dworkin chama, em seu livro *Law's empire*, de direito como integridade, ou seja, a coerência moral com a comunidade de princípios, com a história institucional de qualquer sistema jurídico.

A conclusão que Hart chega nesse ponto de seu posfácio é que sejam quais forem as diferenças que permaneçam entre as regras e as pré-compreensões, consensos e paradigmas de fala que Dworkin, a explicação que este autor faz da identificação judicial das fontes de direito é substancialmente a mesma que a dele. Hart (1994) vai afirmar que não há sistemas reais que utilizam de um critério plenamente holístico como o do direito como integridade, mas existem apenas sistemas em que são levados a cabo exercícios mais modestos de interpretação construtiva para identificar princípios latentes. Resta saber se tais exercícios devem ser entendidos como a aplicação de um critério de *pedigree* fornecido por uma regra de reconhecimento.

2.5. Direito e moral

2.5.1. Direitos e deveres

Hart (1994) tem sustentado em seu livro que não há conexões conceituais necessárias entre direito e moral tal como Dworkin acredita e defende, embora ele concorde que entre essas duas áreas conceituais existam muitas conexões contingentes. Para Hart (1994), um aspecto que chama a atenção para o seu

posicionamento está no fato, segundo ele, de que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificção ou eficácia moral. Dworkin rejeita essa idéia em defesa de seu ponto de vista de que deve haver fundamentos morais indiciários para podermos afirmar que existem direitos e deveres jurídicos. Para Dworkin (1983) a idéia de que os direitos são uma espécie de direitos morais é um elemento crucial na sua teoria jurídica. Dworkin continua sustentando essa idéia em um dos mais recentes trabalhos, *Justice in robes*, assim:

esta é a forma em que entendemos a teoria política: como parte da moral entendida em termos mais amplos, mas distinguível e com seu próprio fundamento porque é aplicável a estruturas institucionais específicas. Poderíamos pensar na teoria do direito como uma parte especial da moralidade política, caracterizada por um ulterior refinamento das estruturas institucionais²⁶. (DWORKIN, 2006, p. 34-35).

No entanto a sugestão de Dworkin, segundo ele, não tem uma força substantiva autônoma, ele pode dizer tudo o que quiser acerca da conexão entre direito e moral no vocabulário tradicional que assume que se torna razoável entender que estamos diante de campos intelectuais basicamente distintos.

Hart (1994), no entanto, afirma que é importante para a compreensão do tipo de contribuição que uma Teoria Geral do Direito, geral e descritiva, pode dar para a compreensão do direito, como a que ele propõe, ver que, o posicionamento de Dworkin acerca da relação do direito e com a moral é errada. Assim, pelas razões que se seguem:

direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com o seus recursos coercitivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercitivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso é falso que as afirmações de direito e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência. (HART, 2001, p. 332)

²⁶ We understand political theory that way: as part of morality more generally understood but distinguished, with its own distinct substance, because applicable to distinct institutional structures. We might treat legal theory as a special part of political morality distinguished by a further refinement of institutional structures.

Hart não consegue perceber a relação de complementaridade entre direito e moral que tanto Dworkin como Habermas compartilham. Segundo Cattoni de Oliveira (2007, p. 16)

A relação entre Direito e Moral, para Habermas, é de complementaridade e não de subordinação. Essa relação de complementaridade vale também para uma visão extensional. As matérias jurídicas são, ao mesmo tempo, mais restritas do que as questões moralmente relevantes, pois somente o comportamento exterior é acessível ao Direito, e mais amplas, já que o Direito, como meio de organização, não se refere apenas a regulamentação de conflitos interpessoais, mas também ao cumprimento de programas políticos e a demarcações políticas de objetivos. Assim as questões jurídicas tangenciam não apenas questões morais, mas também éticas e pragmáticas, bem como o acordo de interesses conflitantes.

Ou seja, a moral necessita do Direito para superar os seus déficits cognitivos, motivacionais e o direito necessita da moral no que diz respeito à sua legitimidade, é exatamente aqui que os destinatários do direito se vêem como seus co-autores. Eles têm a garantia de que norma alguma será imposta em desacordo com a moralidade política. Dworkin deixa essa relação bem clara na seguinte passagem de seu livro *Law's empire*:

portanto, uma teoria política do direito completa inclui pelo menos duas partes principais: reporta-se tanto os fundamentos do direito – circunstâncias nas quais proposições jurídicas específicas devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras – quanto à força do direito – o relativo poder que tem toda e qualquer verdadeira proposição jurídica de justificar a coerção em vários tipos de circunstâncias excepcionais. Essas duas partes devem apoiar-se mutuamente. (DWORKIN, 1999, p. 136)

Aqui está mais uma compreensão daquilo que Dworkin chama de direito como integridade, ou seja, o direito visto de forma completa, como uma relação perfeita entre faticidade e validade, entre direito e moral.

2.5.2. A identificação do direito

A grande diferença em relação à conexão entre moral e direito, entre a teoria de Hart e a teoria de Dworkin, diz respeito à identificação do direito. Segundo Hart (1994), o direito pode ser identificado por referência às fontes sociais do direito (legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, a não ser

quando o direito assim identificado tenha incorporado critérios morais para a sua identificação. Ao contrário, Dworkin, segundo Hart (1994), em sua teoria interpretativa, vai afirmar que todas as proposições de direito que afirmam qual é o direito em certa matéria, envolvem necessariamente um juízo moral, uma vez que, as proposições do direito só serão verdadeiras se decorrem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido e lhe conferem a melhor justificação moral. Assim a teoria interpretativa holística de Dworkin tem uma dupla função: identificar, dizer qual é o direito e lhe conferir justificação moral.

No entanto, ao introduzir uma distinção em *Law's empire*, entre direito interpretativo e direito pré-interpretativo, Dworkin diz que pode haver sistemas jurídicos tão perversos que nenhuma interpretação das suas leis seja possível. Uma saída para isto é adotar aquilo que Dworkin (1999) chama de ceticismo interno e negar que tais sistemas sejam direito. Mas podemos, em virtude de nossos recursos serem altamente flexíveis, dizer que os sistemas jurídicos iníquos são direito no sentido pré-interpretativo. Hart (1994), no entanto, vai entender que esse apelo à flexibilidade da linguagem e a introdução neste ponto da distinção entre direito interpretativo e pré-interpretativo só dão razão à posição dos positivistas, em vez de a enfraquecerem. Isto é assim no momento em que Dworkin acaba transmitindo, segundo Hart (1994) somente a mensagem de que, enquanto ele insiste que a Teoria Geral do Direito descritiva identifica o direito sem referência à moral, as coisas são diferentes para uma Teoria Geral do Direito interpretativa e justificativa, segunda a qual a identificação do direito envolve sempre um juízo moral acerca da melhor justificativa que pode ser oferecida ao direito. Assim segundo Hart (2001, p. 334)

Esta mensagem, claro, não dá nenhuma razão ao positivista para abandonar o seu empreendimento descritivo, nem tem tal finalidade, mas mesmo essa mensagem tem de ser adjetivada, porque o direito pode ser tão perverso que se justifique o "ceticismo interno", caso em que a interpretação do direito não envolve qualquer juízo moral e deve abandonar-se a interpretação, tal como Dworkin a entende.

2.6. Poder discricionário judicial

Pode-se dizer que o conflito mais direto entre as teorias de Hart e Dworkin centra-se na noção de poder discricionário dos juízes. Esse conflito começa pela afirmação de Hart (2001) de que há certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, não há uma decisão em qualquer sentido no direito, assim nesse sentido o direito se apresenta como parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesses casos Hart (2001) vai dizer que os juízes quando tiverem que proferir a sua decisão deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito previamente estabelecido.

Dworkin, segundo Hart (1994), rejeita a imagem do direito como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, ou seja, ele rejeita a idéia de que existem lacunas no direito. O que na realidade o que é incompleto, não é o direito, mas a imagem dele aceite pelo positivista, isso Dworkin afirma em razão da sua concepção interpretativa do direito que percebe, além do direito estabelecido explícito, um outro tipo de padrão normativo, os princípios jurídicos implícitos; esse princípios são os que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Exatamente nesse sentido, podemos afirmar que o direito nunca é incompleto, e, por isso, o juiz não terá a liberdade de sair do direito, de buscar a resposta além do direito, para proferir a sua decisão. Dworkin chega a discutir a questão dos direitos enumerados e não enumerados na Constituição em seu livro acerca do direito de liberdade. Segundo Dworkin essa questão é antes de tudo uma questão de interpretação dos princípios de moralidade política.

Assim, Hart, vem tentar justificar a sua teoria do poder discricionário dos juízes. Segundo Hart (2001, p. 336)

é importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes dos juízes são objetos de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador

consciosamente agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juizes confrontados com casos difíceis semelhantes.

Contra essa concepção de Hart, Dworkin elabora três críticas principais. Dworkin (2002) desenvolve no capítulo quarto de seu livro *Taking Rights Seriously* uma discussão acerca dos chamados casos difíceis e aqui apresenta a tese dos direitos como críticas que podem ser levantadas à concepção positivista do poder discricionário. “A primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos casos difíceis” (HART, 2001, p. 336). Segundo Hart (1994), Dworkin faz apelo à linguagem utilizada pelos juizes, e à fenomenologia da elaboração das decisões judiciais, é dito que os juizes não criam direito, mesmo nos casos que se mostram como novidades. A crítica levantada por Dworkin se refere aos chamados argumentos de princípio e argumentos de política, diz respeito à falsa descrição do processo judicial e o que os tribunais fazem diante de casos difíceis. As outras críticas de Dworkin à concepção de discricionariedade judicial, segundo Hart, a condenam por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta, já que os poderes de criação de direito devem ser dados a representantes eleitos, e a condenam, também por ser uma forma de legislação retroativa. Os juizes, segundo Dworkin (1978) continuariam tendo o dever de construir a decisão com base em princípios de moralidade política e não de inventar novos direitos retroativamente. Os Juizes devem ter um comprometimento com a integridade do direito de forma a desautorizá-los a tomarem qualquer postura criativa de novos direitos.

3. O POSFÁCIO DE HART E O SENTIDO DA FILOSOFIA POLÍTICA

3.1 Arquimedianos

3.1.1. O projeto de Hart

Neste ponto apresentaremos o que seria uma resposta ao posfácio de Hart preparado por Ronald Dworkin. Parece que em outro momento Dworkin havia preparado um resposta ponto-a-ponto para aquele posfácio, mas neste texto ele pretende concentrar-se em um único aspecto da defesa que Hart apresenta no posfácio ao Conceito de Direito; o aspecto da defesa de uma Teoria chamada por Dworkin de Teoria Arquimediana do Direito. Ou seja, Dworkin se preocupa, principalmente, com o método que Hart disse ter dado origem ao seu positivismo jurídico. Para compreendermos melhor tal resposta teremos como objeto, neste ponto da dissertação, o capítulo 6 do livro *Justice in robes*, um dos últimos livros de Dworkin, publicado em 2006. Há também uma outra publicação desse texto em *Oxford Journal of Legal Studies*, no ano de 2004, com o título *Hart's postscript and the character of political philosophy*. Optamos, no entanto, sem uma razão específica para isto, pela publicação que consta do referido livro, com o título *Hart's postscript and the point of political philosophy*.

Segundo Dworkin (2006b), quando Hart faleceu havia um rascunho de um longo comentário sobre o seu trabalho que aparentemente viria a ser publicado como um epílogo do seu principal livro *The Concept of Law*. Embora parecesse que Hart não estava satisfeito com o seu rascunho, esse acabou publicado como posfácio para a segunda edição de seu livro.

No capítulo seis de *Justice in robes*, Dworkin (2006b) afirma que vai discutir a acusação mais importante e central o posfácio. Segundo Dworkin (2006b, p. 140, tradução nossa),

no conceito de direito, Hart esforçou-se para dizer o que é o direito e como o direito válido pode ser identificado, e ele alega, para esse projeto, duas importantes características. Primeiro, ele diz, é um projeto descritivo, em vez de um projeto moralmente ou eticamente avaliativo: ele tem o objetivo

de compreender e não de avaliar as práticas sociais aprimoradas e difundidas do direito. Segundo, é projeto filosófico, ao invés de jurídico. É próprio dos juristas tentar descobrir o que é o direito em casos particulares – se, por exemplo, é contrário ao direito da Inglaterra desfilar com um leão no Piccadilly. Mas, identificar o que é o direito em geral não é exatamente um exercício jurídico ambicioso em particular, mas um exercício filosófico, que pede por métodos inteiramente diferentes daqueles que os juristas utilizam no dia-a-dia.²⁷

Ambas as alegações acima foram contestados por Dworkin. Ele sustenta que uma teoria geral acerca de como a validade do direito pode ser identificada, tal como a de Hart, não é uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação desta que objetiva não apenas descrevê-la, mas justificá-la – para mostrar porque a prática é valiosa e como ela deveria ser conduzida de forma a proteger e elevar esse valor. Se assim for, então, de acordo com Dworkin (2006b), uma teoria do direito, em si, apóia-se em convicções e julgamentos éticos e morais. Ele afirmou também, que há o mesmo caráter nos argumentos jurídicos comuns: um juiz ou um cidadão que tenha que decidir o que é o direito em alguma questão complicada deve interpretar o direito estabelecido no passado para ver quais os princípios melhor o justifica, e, depois, decidir o que esses princípios exigem no presente caso. Portanto, Dworkin afirma que uma teoria do direito do filósofo do direito, em seu caráter, em nada se difere das afirmações jurídicas comuns que os juristas fazem de caso em caso.

Hart insiste em que Dworkin estava errado a respeito de ambas as questões: que não tinha o direito de negar o caráter descritivo e filosófico para ao seu projeto. As reflexões de Dworkin acerca de como os juízes devem decidir os casos difíceis no direito são morais e engajadas. Segundo Dworkin (2006b), Hart, ao contrário, opta por descrever essas práticas de um modo filosófico e geral, descrevendo-as de ponto de vista externo, não como um participante ativo na batalha jurídica, mas como um estudioso desengajado dessas batalhas. Segundo Hart (1994), para ambos os projetos, descritivo ou avaliativo, há lugar na teoria do direito. Dworkin, no entanto, quando escreve acerca da objetividade e verdade, parece discordar dessa afirmação de Hart. Ele afirma em *A matter of principle* que o seu interesse pela

²⁷ In *The Concept of Law*, Hart set out to say what law is and how valid law is to be identified, and He claimed, for that Project, two important features. First, he said, it is a descriptive rather than a morally and ethically evaluative project: it aims to understand but not to evaluate the pervasive and elaborate social practices of law. Second, it is a philosophical rather than a legal project. It is the business of lawyers to try discover what the law is on particular subjects – whether it is against the law of England to parade a lion in Piccadilly, for example. But identifying what law is in general is not a particularly ambitious legal exercise, but a philosophical one, calling for entirely different methods from those lawyers use day by day.

objetividade é inteiramente negativo. Não há como entender a tentativa de encontrar algum argumento geral no sentido de que os julgamentos morais, políticos, jurídicos ou estéticos são objetivos. Não há como defender uma objetividade nas opiniões interpretativas morais ou jurídicas. Toda essa questão da objetividade, segundo Dworkin (1985) é um tipo de embuste. Deveríamos nos comprometer com nossas próprias convicções, da melhor maneira possível. Deveríamos estar prontos para a abandoná-las quando não sobrevivessem à uma inspeção reflexiva. Deveríamos apresentar nossos argumentos aos que não compartilham nossas opiniões e, de boa fé, parar de argumentar quando não houvesse mais argumento adequado (DWORKIN, 1985).

Exatamente por essa razão, Dworkin (2006b) vai dizer que Hart tem uma visão arquimediana da filosofia do direito, essa filosofia caracteriza-se pelo fato de os filósofos olharem por baixo, por cima e de fora, para a moral, a política, o direito, a ciência e a arte; por distinguirem o discurso de primeira ordem da prática que eles estudam da sua plataforma de segunda ordem, do meta-discurso, no qual conceitos de primeira ordem são definidos e explorados, e afirmações de primeira ordem são classificadas e designadas para categorias filosóficas.

Segundo Dworkin (2006b) a mais familiar entre as filosofias especialistas é a tão chamada meta-ética. Ela discute o *status* lógico dos julgamentos de valor que comumente as pessoas fazem quando dizem, por exemplo, que o aborto é moralmente errado, ou que a discriminação racial é injustificada, ou que é melhor trair nosso país que nossos amigos. Filósofos da meta-ética dizem que esses julgamentos de valor são ou verdadeiros ou falsos, e que, se eles são verdadeiros, então eles corretamente revelam algum pensamento independente do fato moral. Ou negam isso: dizem que os julgamentos de valor não revelam uma realidade independente, mas, ao invés disso, expressões de emoção ou gosto pessoal, ou recomendações de comportamento, ou algo subjetivo desse tipo. Mas tanto um como o outro filósofo insiste em que suas teorias são elas mesmas julgamentos de valor. Teorias de segunda ordem sobre o julgamento de valor, persistem os filósofos, são neutras, filosóficas e descomprometidas. São conceituais ou descritivas, não substantivas ou engajadas.

Dworkin (2006b), tendo argumentado contra essa visão da meta-ética em sua obra anterior, acredita que as teorias filosóficas sobre a objetividade ou subjetividade das opiniões morais só se fazem inteligíveis como juízos morais muito gerais e

abstratos delas próprias. As alegações de Hart, segundo Dworkin (2006b), sobre o seu próprio método ilustram uma forma de arquimedeanismo um pouco diferente, que é mais proeminente na filosofia política, incluindo a filosofia jurídica, que na filosofia moral. Assim, de acordo com Dworkin (2006b), a distinção está entre os níveis de discurso: Os discursos de primeira ordem, referentes aos julgamentos de valor que pessoas comuns fazem acerca de liberdade, igualdade, democracia, justiça, legalidade e outras idéias políticas, e os discursos de segunda ordem, referentes à análises neutras e filosóficas acerca daquelas mesmas idéias feitas por filósofos políticos. Uma vez mais o trabalho do filósofo consiste em apresentar opiniões neutras entre as controvérsias; é um trabalho descritivo e conceitual acerca do que liberdade e a igualdade são, ou qual motivo de o conflito entre elas ser inevitável. “Qualquer teoria filosófica que responda à essas questões de segunda ordem é neutra sobre qual desses valores é mais importante do que outros, e qual deveria ser preferido ou sacrificado, e em quais circunstâncias”²⁸ (DWORKIN, 2006b, p. 142-143, tradução nossa)

Esta versão de arquimedeanismo é também errônea. Dworkin (2006b) vai defender que as definições ou análises de conceitos como o da igualdade, liberdade ou direitos são tão substantivas, normativas, comprometidas como qualquer das opiniões em debate nas acirradas disputas políticas acerca desses valores. Uma solução meramente descritiva, como a de Hart, aos problemas centrais da filosofia do direito está mal concebida.

Dworkin vai descrever a versão de Hart do arquimedeanismo em maiores detalhes com o auxílio de um caso complexo, o Caso de Sorenson. Esse consiste no seguinte: A Sra. Sorenson sofria de artrite reumatológica e por muitos anos tomou um medicamento genérico – *inventum* – para aliviar seu sofrimento. Durante aquele período, o *inventum* era produzido e comercializado sob diferentes nomes comerciais, por onze companhias farmacêuticas diferentes. De fato, a droga tinha efeitos colaterais sérios, dos quais os fabricantes deveriam ter conhecimento, e Sra. Sorenson sofria ataques cardíacos permanentes por tomá-los. Ela não tinha como provar quais comprimidos entre os fabricados realmente tomava, ou quando tomava, e, obviamente, não tinha como provar quais comprimidos entre os fabricados tinha

²⁸ Any philosophical theory that answer those second-order questions is neutral about which of these values is more important than the others, and which should be preferred and which sacrificed in which circumstances.

lhe feito mal. Ela processou, em conjunto, todas as companhias que fabricavam o *inventum*, e seus advogados sustentaram que todas elas eram responsáveis, sem suas proporções, pela distribuição da droga durante os anos de seu tratamento. A resposta das companhias farmacêuticas foi no sentido de que tal pedido era completamente novo e contradizia a premissa do direito penal, há muito tempo estabelecida, de que ninguém pode ser responsabilizado por danos causados se a requerente não tiver como provar. Assim, diante dessa alegação, como a Sra Sorenson não poderia provar qual o acusado em particular a prejudicou ou mesmo qual a marca do medicamento ela havia tomado, não poderia pleitear indenização contra nenhum deles.

Dworkin (2006b), então, faz o seguinte questionamento: como os juízes e advogados deveriam decidir qual dos lados está certo em suas alegações sobre o que o direito realmente requer? Na visão de Dworkin (2006b, p. 143, tradução nossa) “eles deveriam tentar identificar os princípios gerais que fundamentam e justificam o conjunto de leis de responsabilidade na fabricação de produtos, e, então, aplicar aqueles princípios neste caso”²⁹. Tudo vai depender da melhor resposta para a difícil questão sobre qual conjunto de princípios fornece a melhor justificação nesta área como um todo.

A resposta que Hart deu para casos como esse descrito foi completamente diferente. Essa resposta foi resumida em seu posfácio ao livro *The Concept of Law* com as seguintes palavras:

Segundo a minha teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referencia às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referencia à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito³⁰ (HART, 1994, p. 269, tradução nossa).

Dworkin (2006) vai denominar essa teoria acerca de como o direito pode ser identificado em casos difíceis, como o que fora descrito, de tese das fontes de Hart. Fica claro que Hart e Dworkin divergem acerca de como e de que modo juristas e juízes devem fazer seus próprios julgamentos de valor quando da identificação do

²⁹ In my own view, as I said early, they should try to identify general principles that underlie and justify the settled law of product liability, and then apply those principles to this case.

³⁰ According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law.

direito em casos concretos. Na visão de Dworkin, e isso será melhor aprofundado em capítulo específico acerca da leitura moral, o argumento jurídico é característica e impregnadamente um argumento moral. “Os juristas devem decidir qual dos conjuntos de princípios concorrente fornece a melhor – a moralmente mais convincente – justificação da prática jurídica como um todo”³¹ (DWORKIN, 2006, p. 144). Por outro lado, segundo a tese das fontes de Hart, um argumento jurídico substantivo é normativo somente quando fontes sociais consideram padrões morais como parte do direito.

A pretensão de Hart, segundo Dworkin (2006b), tal como foi declarado no posfácio ao Conceito de Direito, é descritiva na medida em que não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na sua exposição geral do direito. Ou nas palavras do próprio Hart (1994, p. 240)

A minha pretensão é descritiva, na medida em que é moralmente neutra e não tem propósitos de justificação: não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil.

Hart (1994) disse que, possivelmente, Dworkin pode estar certo e ele errado em relação a como o direito pode ser identificado. Que talvez Dworkin esteja certo de que juízes juristas devem fazer julgamentos de valor para descobrir o direito em todos os casos difíceis. Mas, segundo Hart (1994), Dworkin só poderia estar certo sobre isso na medida em que a sua afirmação sobre a prática jurídica de primeira ordem é melhor enquanto uma descrição de segunda ordem da prática, ao invés da descrição dele. Assim há um desacordo não só em relação a como o direito pode ser identificado, mas também acerca de qual tipo de teoria é uma resposta geral para essa questão. Enquanto Hart acreditava que tal teoria é tão-somente uma descrição da prática jurídica, Dworkin diz que é uma interpretação da prática jurídica feita e fundamentada em afirmações morais e éticas.

A partir do momento em que Hart e Dworkin mantêm opiniões opostas acerca da mesma questão, como decidir se a senhora Sorenson tem ou não uma pretensão válida, realmente parece ser impossível perceber que os dois não estão em

³¹ Lawyers must decide which of competing sets of principles provides the best – morally most compelling – justification of legal practice as a whole.

desacordo; Hart insiste nesse ponto em seu posfácio, insiste em que ele e Dworkin não estão realmente em desacordo.

No entanto, Dworkin (2006b), vai afirmar que ele e Hart estão no mesmo barco em um ponto específico, vai dizer que ambos acreditam que entenderão a prática e os fenômenos jurídicos se se centrarem no próprio conceito de direito e no estudo do direito em algumas manifestações particulares como é, por exemplo, o direito de responsabilidade por produtos com defeito na Escócia.

3.2. Conceitos políticos

Os filósofos políticos, segundo Dworkin (2006b) constroem definições ou análises de conceitos políticos chave: conceitos de justiça, liberdade, igualdade, democracia, etc. Dworkin (2006b) cita John Stuart Mill e Isaiah Berlin como exemplos. Esses filósofos definiram ambos a liberdade como a capacidade de fazer aquilo que quiser sem a restrição ou coerção de outros. Assim, as leis que proíbem crimes violentos são invasões à liberdade individual. No entanto, quase todos os filósofos que admitem essa concepção de liberdade entendem que ela tem um valor relativo, já que aquelas leis que definem os crimes se justificam plenamente, ou seja, a liberdade deve ceder diante de outros valores mais importantes.

3.2.1. A polêmica sobre os conceitos

Segundo Dworkin (2006b) as controvérsias dos filósofos às vezes são também controvérsias políticas. Ele cita uma controvérsia que é bem atual no Estados Unidos referente ao quanto democrático é controle judicial de constitucionalidade. Os juristas e políticos não assumem meramente que a democracia significa regra da maioria quando estão em debate, o que faria com que o controle de constitucionalidade se tornasse por definição anti-democrático e que a única questão que ficasse por decidir fosse se está ou não justificado apesar disso. Ao contrário, juristas e políticos debatem acerca do que é realmente a democracia:

os que defendem que o controle de constitucionalidade não é contrário à democracia o fazem por entender que esta não é meramente regra da maioria, mas regra da maioria com as restrições que a fazem equitativa. Ao contrário, os que defendem que o controle de constitucionalidade é anti-democrático o fazem por assumirem que a democracia é somente regra da maioria, ou somente regra da maioria restrita simplesmente por alguns poucos direitos procedimentais limitados. Se realmente a definição de democracia é uma questão neutra, sem implicações para um debate substantivo e para a decisão, então por quê políticos e cidadãos perderiam tempo discutindo essas questões? Se as definições são realmente neutras, por quê deveríamos pensar em qualquer definição particular como uma vantagem argumentativa? (DWORKIN, 2006b)

Assim, para Dworkin (2006b, p. 167, tradução nossa):

O relato arquimediano ignora o modo em que os conceitos políticos atualmente funcionam na argumentação política. Eles funcionam como plataformas abstratas de acordo. Quase todos concordam que os valores em questão têm no mínimo alguma importância, e quem sabe uma grande importância, mas este acordo deixa abertas questões substantivas cruciais sobre o que mais precisamente são ou significam estes valores.³²

Os filósofos políticos arquimedianos que insistem em que suas teorias dos valores políticos são neutras, são conscientes da força política ou carga que estes conceitos acarretam, mas ignoram essa carga ao centrarem-se somente no significado descritivo subjacente e em si mesmo neutro (DWORKIN, 2006b).

O que Dworkin (2006b) parece defender, de forma bastante diferente, é que conceitos como o de democracia, liberdade, entre outros, atuam na argumentação e no discurso ordinário como conceitos interpretativos de valor. Seu sentido descritivo é controvertido e a controvérsia versa sobre qual atribuição de um sentido descritivo captura ou reflete melhor aqueles valores. O significado descritivo não pode desgarrar-se da força valorativa porque o primeiro depende da segunda. Dworkin vislumbra a possibilidade de um filósofo ou um cidadão insistir em que não há valor naqueles conceitos. Mas não há como defender tal posição simplesmente pela eleição, por exemplo, de uma entre as muitas apresentações controvertidas da

³² The Archimedean story ignores the way in which political concepts actually function in political argument. They serve as abstract plateaus of agreement. Almost everyone agrees that the values in question are of the least some importance, and perhaps very great importance, but that agreement leaves open crucial substantive issues about what more precisely these values are or mean.

liberdade e, assim, insistir em que a liberdade carece de valor. Não há como separar os significados descritivos e valorativos, pelo contrario, mas explorar tal conexão.

3.2.2. Qual o sentido de descritivo?

A segunda dificuldade que Dworkin mencionou se torna visível quando se pergunta “em que sentido de ‘descritivo’ o suposto projeto filosófico de segunda ordem de identificar um valor político é descritivo em vez de normativo”³³ (DWORKIN, 2006b, p. 150, tradução nossa).

De acordo com Dworkin (2006b, 150, tradução nossa)

O suposto projeto é uma análise semântica que pretende descobrir os critérios que as pessoas usam na realidade, talvez de forma totalmente inconsciente, quando descrevem algo como uma invasão da liberdade ou como desigualitário, não democrático ou ilegal? É um projeto estrutural que pretende descobrir a verdadeira essência do que as pessoas descrevem dessa forma, algo como o projeto científico de identificar a verdadeira natureza de um tigre em sua estrutura genética ou a verdadeira natureza do ouro em sua estrutura atômica? Ou é a busca de algum tipo de generalização estatística impressionante, talvez alguma generalização ambiciosa que depende do descobrimento de alguma lei sobre o comportamento ou natureza humana que conduz às pessoas a denunciar o mesmo ato como não liberal, por exemplo, ou talvez uma generalização de tipo menos ambicioso cuja tese é que a maioria considera de fato não liberal certa classe de decisão política?³⁴

Neste ponto de sua resposta, Dworkin pretende demonstrar que a teoria de Hart está errada no momento em que afirma ser uma teoria descritiva, neutra, do direito. Qual a importância de se discutir essas questões, ou seja, qual a importância de negar o caráter meramente descritivo à teoria de Hart? Ou por que não podemos ter teorias meramente descritivas acerca de valores políticos e filosóficos?

³³ In what sense of “descriptive” the supposedly second-order philosophical Project of identifying a political value is a descriptive rather than a normative Project.

³⁴ Is the supposed project a semantic analysis aiming to uncover the criteria that ordinary people actually use, perhaps all unaware, when they describe something as an invasion of liberty or as unequalitarian or undemocratic or illegal? Or is it a structural project that aims to discover the true essence of what people describe in that way, something like the scientific Project of identifying the true nature of a tiger in its genetic structure or the true nature of gold in its atomic structure? Or is it a search for an impressive statistical generalization of some kind – perhaps an ambitious one that depends on the Discovery of some law about human nature or behavior that leads people to denounce the same act as illiberal, for example, or perhaps a less ambitious kind of generalization that merely claim that, as a matter of fact, most people regard a particular kind of political decision as illiberal?

Entendemos que aqui há uma relação importante com a questão da moralidade, ou seja, como podemos dizer o que é o direito num aspecto meramente descritivo, neutro, avalorativo? As pessoas não cumprem as normas por que acham que elas são simplesmente normas, elas as cumprem por que de alguma forma elas são moralmente justificadas em princípios de moralidade política.

Dworkin tenta nos convencer melhor disso, ou seja, de que é impossível **sermos** descritivos com conceitos políticos, dizendo que os conceitos políticos não têm DNA como os conceitos de classe natural, como o tigre, por exemplo. Existem alguns conceitos de classes naturais para os quais precisamos de opiniões de pesquisadores cientistas para nos dizer que há uma espécie de animal que, embora tenha a aparência muito parecida com a de outros, são tigres. Que há um tipo de metal dourado que é ouro e outro não em virtude de sua estrutura atômica. Será que os filósofos podem nos dar o significado de liberdade, igualdade, a partir de algo como a análise de DNA ou uma análise química? Isto é um contra-senso, afirma Dworkin (2006b). Poderíamos partir para uma compilação de todos os arranjos políticos do passado e do presente que concordássemos que fossem democracia, e então perguntaríamos quais dentre aquelas características, que são compartilhadas por todos os exemplos, são essenciais para dizermos o que é uma democracia. Mas, segundo Dworkin (2006b, p. 152, tradução nossa),

aquele relançamento pseudocientífico de nossa pergunta não nos ajudaria, porque, ainda assim, necessitaríamos esclarecer o que torna uma característica de uma arranjo social ou político essencial para a sua característica como uma democracia e uma característica apenas contingente, e uma vez que tivermos rejeitado a idéia de que a reflexão sobre o significado da palavra “democracia” irá fornecer aquela distinção, nada mais irá fazê-lo³⁵.

Dworkin (2006b) vai afirmar que isto que acabou de dizer acima é verdade não somente em relação aos conceitos políticos, mas também em relação a todos os conceitos das diferentes espécies de arranjo ou instituição social. Imaginemos que uma força tarefa fosse montada para compilar ao longo dos séculos, uma longa lista das diferentes espécies de arranjo jurídico e social que apresentaríamos como todos os exemplos de casamento. Suponhamos que não encontrássemos um único

³⁵ But that pseudo-scientific recasting of our question would not help us, because we would still need an account of what makes one feature of a social or political arrangement essential to its character as a democracy and another feature only contingent, and once we have rejected the idea that reflection on the meaning of the word “democracy” will supply that distinction, nothing else will.

exemplo de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dworkin (2006), então, lança a seguinte indagação de se uma união estável é realmente tratada como casamento, ou se as pessoas do mesmo sexo podem, como uma questão conceitual, se casar. Seria ou não uma loucura supor que estas perguntas acerca da própria natureza do casamento poderiam ser resolvidas observando na longa lista que confeccionamos?

Portanto, segundo Dworkin (2006b), a análise filosófica dos conceitos políticos não pode ser demonstrada como descritiva sobre o modelo de investigação científica dentro das espécies naturais.

3.2.3. *Conceitual ou normativo?*

A diferença entre as espécies naturais e os valores políticos, que Dworkin enfatizou, certamente permanece, mesmo após a observação de certas similaridades. As espécies naturais têm as seguintes importantes propriedades: elas são reais, ou seja sua existência e suas características independem da invenção de alguém ou da sua crença ou sua decisão. Elas têm uma estrutura profunda que explica o restante de suas características. Os valores políticos, em quase todos esses aspectos são como as espécies naturais. Eles são reais, a existência e caráter da liberdade como um valor independe da invenção, da crença ou da decisão de alguém. Os valores políticos também têm uma estrutura profunda que explica suas manifestações concretas. Se a tributação progressiva é injusta, assim o é em virtude de alguma propriedade das instituições justas. Assim fica claro, segundo Dworkin (2006b), que a estrutura profunda das espécies naturais é física e a dos valores políticos é, diversamente, normativa. Desta forma, assim como o cientista pode objetivar revelar a verdadeira natureza do tigre expondo sua estrutura básica, o filósofo político pode fazê-lo, acerca dos conceitos políticos, expondo seu núcleo normativo. Cada qual nos ajuda a ver a verdadeira essência dos conceitos. Não podemos, então, alegar que uma análise filosófica de um valor é conceitual, neutra e desengajada. Mas, ao contrario, podemos alegar que ela é normativa, engajada e conceitual.

3.2.4. O que há de bom nisso? I

Segundo Dworkin (2006b, p. 155) “um juízo conceitual sobre um valor político pretende mostrar, como eu afirmei, o valor que há nele: pretende oferecer alguma caracterização de seu valor que seja tão essencial, a partir da explicação, como a estrutura molecular de um metal”. Assim, Dworkin (2006b) diz que uma teoria geral acerca da justiça oferece uma tentativa de capturar, em um nível adequadamente fundamental, o valor da justiça. Ou seja, essa teoria tentará mostrar a justiça em sua melhor luz. Mas como fazer isso sem incorrer em petição de princípio? Essa é pergunta que Dworkin nos faz. Não há utilidade alguma dizer simplesmente que a justiça é indispensável, porque apenas ela evita a injustiça, ou que a democracia é valiosa porque garante às pessoas o autogoverno, ou que a liberdade tem valor porque torna as pessoas livres, ou que a igualdade é boa porque dá a mesma importância para as pessoas. Essas afirmações usam a idéia de que sua intenção é explicar. Poderíamos, segundo Dworkin (2006b), tentar uma justificativa instrumental: a justiça é boa porque a injustiça torna as pessoas miseráveis, etc. Mas nem essas alegações instrumentais respondem. O que Dworkin quer saber é o que é, de forma distinta, bom acerca da justiça e da democracia, não o que outras espécies de coisas boas elas proporcionam. Assim, se, segundo Dworkin (2006b, p. 156), “quisermos compreender o que realmente é a liberdade ou a democracia ou a lei ou a justiça, precisamos confrontar a difícil pergunta de como identificar o valor de um valor”³⁶. A sugestão de Dworkin é de que podemos apenas esperar fazer isto localizando o lugar daquele valor em uma trama mais ampla de uma convicção. Assim, Dworkin, parte para a introdução de uma outra importante distinção.

3.2.5. Valores destacados e valores integrados

Qual o motivo leva Dworkin a se preocupar com a normatividade dos valores políticos como a liberdade, a igualdade, a democracia, a justiça? Ou seja, qual o motivo de Dworkin afirmar que valores políticos não podem ser traduzidos de forma

³⁶ If we want to understand what freedom or democracy or law or justice really is, we must confront the difficult question of how to identify a value's value.

descritiva, neutra? Segundo ele se compreendermos melhor, e estivermos de acordo quanto ao significado desses conceitos poderemos viver melhor juntos. Assim, Dworkin nos apresenta uma distinção acerca do que são valores destacados e valores integrados. Assim, segundo Dworkin (2006b, p. 156)

poderíamos, primeiramente, tratar o valor como destacado e fixado independentemente de nossa preocupação em viver bem: precisamos respeitá-lo simplesmente porque ele é, em si mesmo, algo de valor que fazemos errado ou de forma ruim em não reconhecer. Ou, segundo, poderíamos tratar o valor como integrado com o nosso interesse em viver bem: poderíamos supor que ele é um valor, e tem o caráter que tem, porque aceitá-lo como um valor com aquela característica intensifica nossa vida de alguma forma.

As religiões ortodoxas, segundo Dworkin (2006b), tratam os valores centrais de sua fé como valores destacados, ou seja, elas insistem em que para viver bem devemos ter devoção a um ou mais deuses, mas elas negam que a natureza desses deuses de alguma forma se origina do fato de que uma boa vida consiste em respeitá-los, ou que poderíamos melhorar a nossa compreensão acerca desses deuses questionando como eles teriam que ser para que possamos respeitá-los bem e melhor pra nós.

Assim faria pouco sentido, ou nenhum, se tratássemos os valores políticos como valores destacados, independentes. Não podemos tratar a justiça como um deus ou um ícone: se valorizamos a justiça, certamente não é por causa de suas conseqüências para as vidas que conduzimos individualmente ou em conjunto. Isso é exatamente o que o arquimediano propõe. Ou seja, ele parece supor que a liberdade, por exemplo, assim como a arte, é apenas o que é, e apesar de, quem sabe, necessitarmos consultar nossas próprias necessidades e interesses para decidir o quanto a liberdade é importante, isso não é importante para decidir o que ela é. Segundo Dworkin (2006b), nada, a não ser essa presunção poderia explicar a declaração confiante de Berlin, por exemplo, de que a liberdade e a igualdade são por sua natureza valores em conflito, ou a tese de outros filósofos de que a liberdade, propriamente dita, está comprometida até mesmo como uma tributação justa. Parece um contra-senso dizer os valores políticos têm apenas valores destacados, já que todo mundo algumas vezes faz sacrifícios para protegê-los, essa alegação, Dworkin (2006b) afirma que, nunca foi feita por nenhum dos arquimedianos políticos. Ou seja, a teoria meramente descritiva de Hart, pode ser entendida como contra-intuitiva, na medida em que não se preocupa em entender a

verdadeira essência da teoria do direito, qual seja, justificar moralmente o fato de nós cidadãos nos percebermos como integrantes de uma comunidade de princípios.

3.2.6. O que há de bom nisso? II

O que há de bom em compreender os valores como integrados, e não como destacados, independentes? Aqui Dworkin diz que o fato aparentemente irresistível - de que os valores políticos são integrados ao invés de destacados - nos conduz diretamente de volta para a dificuldade que encontramos anteriormente. Como explicar o que há de bom nesses valores sem incorrer em petição de princípio?

Para Dworkin (2006b), Se somos melhores para compreender os valores instrumentais não integrados da ética, precisamos tentar entendê-los de forma holística e interpretativa, cada um sob a luz dos outros. Organizados não pela hierarquia, mas nos moldes de uma abóboda geodésica. Ou seja, como se fosse uma estrutura esférica formada por triângulos, assim quanto mais triângulos na estrutura mais esférica seria a estrutura. Devemos, de acordo com Dworkin (2006b) tentar traduzir o que é a amizade ou a integridade ou o estilo, além da importância desses valores, ver qual é a melhor concepção de cada um e qual a designação de importância que, para eles, melhor ajusta o nosso sentido das outras dimensões de viver bem, de fazer sucesso, do desafio de viver uma vida. Não dá pra entender nenhum dos valores da ética sem a compreensão do todo. A ética é uma estrutura complexa de diferentes metas, realizações e virtudes, e a parte que cada uma delas desempenha só pode ser compreendida levando em consideração que o seu papel no projeto geral é determinado pelos outros.

A filosofia política que quiser entender esses valores políticos necessita realizar o seu trabalho dentro daquela grande estrutura. Como construir concepções interpretações desses valores de modo a reforçar outros valores? Como pensar a democracia de modo que ela sirva à igualdade, à liberdade e que esses também sirvam àquela? Segundo Dworkin (2006b), é necessário construir esses conceitos políticos como parte de uma estrutura de valor ainda mais inclusiva, que conecte a estrutura política não apenas à moralidade em termos mais gerais, mas igualmente à ética. Tudo isso que Dworkin afirma pode soar, sem dúvida, como impossível ou,

até mesmo, como um holismo pouco atrativo. No entanto, Dworkin não vê nenhum outro caminho para que os filósofos políticos se aproximem da missão da humanidade de modo mais crítico possível pelo que afeta pelo menos a algumas partes desta ampla estrutura humanista.

3.3. O direito

3.3.1. A defesa de Hart

O direito é um conceito político, afirma Dworkin (2006b). As pessoas o usam para formular alegações de que o direito de algum lugar ou outro proíbe, permite ou exige certas ações, ou determina certos direitos, ou tem outras conseqüências. No entanto o caráter no direito é evasivo. O que realmente significa a alegação de que o direito exige algo? O que faz de uma alegação verdadeira quando ela é verdade, e falsa quando ela é falsa? Dworkin cita o direito inglês, mas poderíamos citar o direito brasileiro, para dizer que ele exige que as pessoas paguem impostos periodicamente, ou que são obrigadas a ressarcir os danos materiais ou morais. Alguns advogados vão dizer que essas proposições são verdadeiras devido aquilo que o Parlamento decretou e devido ao que os juízes decidiram no passado. O que faz como que essas instituições em particular tenha o poder de tornar verdadeiras as proposições de direito? O que mais além dessas fontes institucionais, pode tornar verdadeira uma proposição do direito? Mesmo assim, advogados e juízes discordam acerca de alguma da verdade de uma proposição de direito, acerca do que eles estão discordando? Dworkin (2006b), vai procurar responder a essas indagações não apenas para um sistema jurídico específico, como foi acusado no passado, de escrever para sistema norte-americano. É o que ele afirma: “queremos, além do mais, responder a essas perguntas não apenas para um sistema jurídico em particular, como o direito Inglês, mas para o direito em geral, seja no Alabama ou no Afeganistão, ou em qualquer outro lugar” (DWORKIN, 2006b, p. 163). E ela lança as seguintes questões:

podemos dizer qualquer coisa, em geral, sobre o que torna verdadeira uma proposição jurídica onde quer que ela seja verdade? Poderá haver proposições do direito verdadeiras em locais com tipos de instituições políticas muito diferentes daquelas que temos? Ou não há em absoluto instituições reconhecíveis? Há diferença, na Inglaterra ou em qualquer outro lugar, entre a alegação de que o direito exige que alguém execute os contratos que assinou e uma predição de que as autoridades o punirão se ele não os cumprir? Ou entre aquela proposição e a proposição aparentemente diferente de que ele não está moralmente obrigado a executar os seus contratos? Se uma proposição do direito é diferente tanto da predição das conseqüências e de uma afirmação de obrigação moral, em que sentido, exatamente, ela é diferente?

Segundo Dworkin (2006b), Hart se propôs a responder a estas antigas questões em O conceito de direito. Hart elabora uma resposta que foi chamada por Dworkin de tese das fontes. Hart afirma que as autoridades de toda comunidade aceita, como um tipo de convenção, alguma regra de reconhecimento que identifica que alguns eventos históricos ou outros fatos tornam verdadeiras as proposições do direito.

A tese das fontes de Hart, segundo Dworkin (2006b), é controversa. As afirmações de Dworkin acerca do que torna as proposições do direito verdadeiras é bem diferente da de Hart. Ele não vai se preocupar com a adequação da teoria de Hart, mas com o caráter desta teoria.

Hart (2001) insiste que a sua teoria, como descrito no capítulo anterior, não é uma teoria normativa ou avaliadora – ela não é um julgamento de valor de qualquer espécie. Para ele a sua teoria é uma teoria empírica ou descritiva que procura elucidar conceitos que o argumento jurídico utiliza. Essa concepção é, segundo Dworkin (2006b), um caso especial da visão arquimediana padrão de que há uma divisão lógica entre o uso ordinário dos conceitos políticos e a elucidação filosófica deles. Ou seja, de que há uma diferença entre o ponto de vista interno, das pessoas que são guiadas pelo direito, e o ponto de vista externo do direito, do sociólogo por exemplo.

Dworkin (2006b) afirma que pode se aplicar à teoria de Hart as mesmas críticas que foram elaboradas ao arquimediano em geral. Uma, porque é impossível fazer uma distinção das duas espécies de alegações – as de primeira ordem dos advogados na prática jurídica e as de segunda ordem dos filósofos acerca das proposições de primeira ordem e de como elas devem ser testadas – de modo suficiente para atribuí-las a diferentes categorias lógicas. Hart, com sua tese das fontes, está muito longe da neutralidade, afirma Dworkin (2006b). No caso da

senhora Sorenson, por exemplo, não havia nenhuma fonte do tipo que Hart tem em mente que determinava que as pessoas na mesma posição dela tinham o direito de serem ressarcidas. É claro que se o advogados se fundamentassem na tese das fontes de Hart eles perderiam a demanda, mas eles fizeram o contrário, alegaram que os princípios gerais inerentes ao direito garantiam o direito à sua cliente. É por isso que a visão de Hart não é neutra no argumento: ela toma partido. “Ela toma partido, de fato, em toda disputa jurídica difícil, a favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser inteiramente resolvidos consultando-se as fontes tradicionais do direito”³⁷ (DWORKIN, 2006b, p. 165, tradução nossa).

Essa é a primeira dificuldade do arquimediano político e que pode se aplicar à visão de Hart. Aqui cabe a seguinte pergunta, como a segunda dificuldade do arquimediano de Hart, em que sentido de descritivo é a teoria de Hart? O próprio Hart e seus defensores, segundo Dworkin (2006b), reconhecem que a descrição sempre é, por si mesma, um empreendimento normativo em algum sentido: qualquer teoria descritiva escolhe uma explicação de alguns fenômenos como mais reveladora, evidente, útil ou algo desse tipo. Hart mesmo concordou que sua análise do direito era normativa; ele diz que a sua teoria é descritiva por não ter pretensões avaliadoras, justificadoras. Bom, mas qual é o sentido de descritivo utilizado por Hart? O que Hart pretendia quando afirmou na versão original de seu livro que ele deveria ser entendido como um exercício de sociologia descritiva.

Não obstante a sua preocupação com a análise, o livro poder (sic) ser também encarado como um ensaio de sociologia descritiva; porque a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras falsas³⁸. (HART, 2001, p. 1)

Dworkin (2006b) afirma que devemos, mais uma vez, exercer nossa imaginação. Foi feita uma distinção anterior de três caminhos a partir dos quais alguém poderia pensar que uma análise conceitual de um conceito político é um empreendimento descritivo, cabe aqui considerá-los, neste contexto. A tese das fontes de Hart é uma alegação semântica: essa tese tem o objetivo de apresentar os critérios lingüísticos que os advogados, ou maioria deles, realmente seguem quando

³⁷ It takes sides, in fact, in every difficult legal dispute, in favor of those who insist that the legal rights of the parties are to be settled entirely by consulting the traditional sources of law.

³⁸ Notwithstanding its concern with analysis the book may also be regarded as an essay in descriptive sociology; for the suggestion that inquires into the meanings of words merely throw light on words is false.

eles fazem e julgam as proposições do direito? É claro que Hart não pretendia, segundo Dworkin (2006b), apresentar algo como um dicionário ou um conjunto de sinônimos para uma palavra ou uma frase em particular. Ele pretendia fazer uma alegação muito mais ambiciosa, elucidando critérios de aplicação que os advogados e outros poderiam reconhecer como as regras que eles realmente seguem ao falar sobre o que o direito permite ou exige. Essa compreensão de sua teoria Dworkin propôs em *Law's Empire*. Dworkin afirmou que se sua compreensão estivesse certa a teoria de Hart estaria condenada, pois não há critérios compartilhados, mesmo que encobertos, para endossar ou rejeitar as proposições do direito. Hart, segundo Dworkin, nega vigorosamente que ele tinha essa intenção.

Será que Hart poderia ter pensado que as “proposições do direito constituem um tipo de espécie natural, como os tigres e o ouro, de forma que as descobertas poderiam ser feitas e que poderiam contradizer o que a maioria das pessoas pensam a respeito de uma verdade ou falsidade?”³⁹ (DWORKIN, 2006b, p. 166). Assim poderíamos descobrir que os animais tidos como tigre nos zoológicos não são realmente tigres, da mesma forma poderíamos descobrir que aquilo que as pessoas chamam de direito pode não ser se não estiver de acordo com a tese das fontes. Assim, Dworkin (2006) afirma que esta hipótese, se pudesse ser aceita, explicaria a crença de Hart acerca do caráter descritivo de sua teoria, e não semântico.

3.4. O valor da legalidade

3.4.1. Legalidade

Após Dworkin ter-nos apresentando a idéia de que os conceitos políticos são conceitos de valor, de que os valores políticos são valores integrados, o projeto dele precisa encontrar “o lugar de cada valor numa trama mais ampla e mutuamente apoiadora de convicção que exponha as ligações de apoio entre os valores morais e políticos de forma geral e então os coloque no contexto ainda mais amplo da ética”

³⁹ Could He have thought that propositions of Law form a kind of natural kind, like tigers and gold, so that discoveries might be made about them that could contradict what most people think about their truth or falsity?

(DWORKIN, 2006b, p. 168)⁴⁰. Segundo Dworkin (2006b) Este quadro da filosofia política tem uma pretensão muito mais ampla e ambiciosa, ele objetiva uma meta utópica e não compreendida: a unidade de valor de Platão.

A pretensão de Dworkin (2006b) é encontrar um valor político que funcione como uma peça que conecte as outras peças de um quebra cabeças de forma correta. Essa valor deve ser real, da mesma forma que a liberdade e a igualdade. Ele deve funcionar como um valor interpretativo, ou seja, deve haver um desacordo em relação ao que esse valor é. Esse valor para Dworkin é o valor da legalidade. Ou como, mais amplamente é chamado, *rule of law*. A legalidade é um valor real e é distintamente jurídico.

Além disso, segundo Dworkin (2006b), a legalidade, desde o início, era um ideal interpretativo, e permanece sendo assim. Ela é engajada, insiste em que o poder coercitivo seja exercido nos moldes de padrões estabelecidos. Mas o que satisfaz as exigências de legalidade. As pessoas discordam acerca dessa questão. Também, segundo Dworkin (2006b), não poder haver dúvidas acerca da relação entre o valor da legalidade e o problema da identificação das proposições válidas do direito. Há um desacordo em relação ao que seja a legalidade, uma concepção de legalidade é, portanto, uma tentativa de esclarecimento geral de como dizer que as proposições de direito, em geral, são verdadeiras. A tese das fontes do Hart é uma concepção de legalidade. Não há como negar que há uma relação entre os conceitos de legalidade e a identificação dos verdadeiros argumentos do direito. Qual a concepção de legalidade é mais atrativa ao direito? Dizer que a Sra Sorenson não tem o direito ao ressarcimento pelos atos das empresas farmacêuticas pelo respeito à legalidade, ou dizer que ela tem o direito, exatamente, por respeito à legalidade? Em qual legalidade Dworkin está pensando?

Dworkin (2006b) pretende salvar as questões importantes da filosofia do direito daquilo que ele chama de obscurantismo arquimediano atacando-o de uma forma diferente. Compreendemos melhor a prática jurídica e damos sentido às proposições do direito se adotarmos uma iniciativa explicitamente normativa e política. Devemos aperfeiçoar a nossa compreensão do valor da legalidade. Dworkin (2006b) tem a ambição de encontrar apoio para suas concepções de legalidade em

⁴⁰ This project must find the place of each value in a larger and mutually supporting web of conviction that displays supporting connections among moral and political values generally and then places these in the still larger context of ethics

outros valores políticos. Essa concepção de legalidade deve levar em consideração valores políticos correlatos, compreendidos de forma reflexiva. Essa foi exatamente a proposta de Dworkin em *Law's empire*, quando fala em direito como integridade. Não há que se falar em legalidade desconsiderando a integridade do sistema de direitos.

A concepção de legalidade de Dworkin se distancia, e muito, da concepção de Hart. Dworkin não defende uma leitura apenas descritiva dos direitos, para ele há um problema de justificação moral do direito. Só podemos falar em legalidade quanto satisfeito o ideal de integridade, o direito tem ambições para si próprio, ele ambiciona a auto-realização de seus princípios de moralidade política que foram construídos durante o história. Ele ambiciona por levar a sério os direitos fundamentais e a relação entre moralidade e juridicidade. A leitura descritiva no direito não é adequada a compreender a atividade de um juiz no sistema de direitos de um Estado democrático de direito.

3.4.2. A teoria do direito revisitada

Podemos interpretar as principais tradições ou escolas da teoria do direito como refletoras de diferentes concepções de legalidade? O que esse valor determina é que o poder coercitivo de comunidade política deve ser organizado com base em padrões pré-estabelecidos. Mas que tipos de padrões são esses? De que forma eles são estabelecidos?

Há três tradições importantes que foram, de fato, formadas por escolas rivais, que levam em consideração valores localmente influenciáveis, os valores políticos da exatidão, da eficiência e da imparcialidade. Cabe agora uma explicação do que Dworkin entende por essas escolas e seus respectivos valores.

Por exatidão, Dworkin (2007, p. 191) “entende o poder das autoridades políticas para exercer o poder coercitivo do Estado de uma forma substancialmente justa e sensata”. A legalidade assim entendida promoveria a exatidão dos atos oficiais se eles tendessem a ser mais sensatos ou justos; se forem orientados por padrões estabelecidos do que se eles meramente representassem o julgamento de alguma autoridade sobre o que poderia ser justo ou sensato. Os filósofos que

defendem essa concepção, como Burke e Blackstone, segundo Dworkin (2006b), pensavam que o direito estabelecido era um repositório de sabedoria acumulada e de pensamento claro, e deveria-se confiar mais nele do que em decisões tomadas no calor de algum momento, por pessoas de conhecimento e habilidades limitados.

Os defensores da eficiência, entre eles Jeremy Bentham, vão afirmar, segundo Dworkin (2006b) que ela está comprometida ou inteiramente indeterminada quando os testes morais estão incluídos entre os testes do direito, porque esses testes morais permitem que os cidadãos e autoridades que discordam, muitas vezes de forma ardente, sobre o que a moralidade exige, substituam seu próprio julgamento sobre o que os padrões estabeleceram: a conseqüente desorganização não produzirá nenhuma utilidade, mas o caos. Essa também era, de certa forma a concepção de Hart, ele escrevera, segundo Dworkin (2007, p. 193) que a “legalidade cura as ineficiências de um estado mítico da natureza ou costume pré-jurídico”. Assim, os positivistas defendem a concepção de que a legalidade deve ser entendida de forma a afastar a moralidade, pois esta não é pertinente com a identificação do direito. Só a legalidade serve à eficiência.

A questão não pode ser vista, nem do aspecto da exatidão, nem do aspecto da eficiência, o que Dworkin pretende é apresentar uma teoria que tem pretensões de ruptura com as teorias descritas acima. Ele apresenta a sua concepção de integridade e de como a legalidade e a teoria do direito podem ser (re)construídas a partir de sua concepção. Não podemos mais aceitar imposições só pelo fato de que elas são exatas ou são eficientes, essas imposições devem cumprir o ideal de integridade proposto por Dworkin. A integridade política significa igualdade perante o direito, não meramente no sentido de que o direito se aplique como está escrito, mas no sentido de que o governo deve reger-se por um conjunto de padrões que seja aplicáveis a todos; integridade significa dignidade da pessoa humana. O significado de uma constituição está ligado atrelado à idéia de integridade. Ou seja, há uma conexão necessária entre integridade e legalidade e essa conexão está expressa na idéia de que, no Estado Democrático de Direito, nenhuma pessoa está acima do direito. Assim, a legalidade não pode ser compreendida como proposto por Hart, não há uma compreensão meramente descritiva, neutra, desse valor; se ele é um valor, qual o valor desse valor?

3.4.3. Positivismo interpretativo

Dworkin (2006b) sugere que, para superar as dificuldades que tem ressaltado na autoproclamada metodologia de Hart, que insiste em que as teorias do direito são descritivas e neutras, deve reconduzir seus argumentos no modo interpretativo. Há um esforço, por parte de Dworkin, em entender a legalidade compreendendo o que é importante de forma distinta e valiosa nela, e é tentado a entender a importância da legalidade no fato de ela proporcionar autoridade nos momentos em que autoridade é necessária.

Neste ponto de seu texto, Dworkin, para falar acerca do que ele chama de positivismo interpretativo, faz opção pela concepção positivista exclusiva de legalidade, a qual insiste que a moralidade não é importante para a identificação das verdadeiras proposições do direito. Também adota o que Joseph Raz chama de uma concepção de “serviço” de autoridade, que insiste que não há exercício da autoridade exceto quando o que foi determinado pode ser identificado sem recurso às razões que a determinação teve a intenção de resolver e substituir. Ou seja, não há como supor que essas alegações sejam conceituações neutras. Assim Dworkin levanta a crítica de que a teoria de Hart, tal como ele a concebeu, não é meramente descritiva ou neutra. Como que Hart pode pretender falar em visão de fora e ao mesmo tempo defender o poder discricionário dos juízes? Hart afirma que o juiz pode criar novo direito nos casos da textura aberta do direito, ou quando estiver diante de uma lacuna, o que é isto? É mera descrição de uma prática judicial, ou é uma teoria normativa da atividade do juiz? Entendemos, de acordo com Dworkin, que o positivismo de Hart é, sim, interpretativo, não tem nada de desengajado, neutro.

Segundo Dworkin (2006b), os positivistas dizem que estão sondando o real conceito ou natureza do direito, o qual permanece o mesmo a despeito das características mutantes da prática ou da estrutura política, ou que, em qualquer relação, eles oferecem apenas explicações descritivas daquilo que é a prática, retendo qualquer julgamento acerca daquilo que ela deveria ser ou se tornar. Essa é a camuflagem metodológica que Dworkin diz tê-lo desafiado nesse ensaio. Tal como argumentou, a autodescrição não pode ser tornada tanto inteligível quanto defensável, deve-se concentrar na justificativa mais abrangente que tentou substituir

– a explicação substantiva e positivista do valor da legalidade que acabou de descrever. Essa é uma virtude daquela descrição que traz à tona, segundo Dworkin (2006b), o apelo que tinha o positivismo sobre os advogados, juízes e para os estudiosos dos campos essenciais do direito em tempos do passado, quando esta concepção de legalidade parecia mais plausível do que parece agora.

3.4.4. Pensamentos conclusivos

Dworkin vem enfatizando ao longo de sua teoria as similaridades entre o conceito de legalidade e outros conceitos da filosofia política. Ele vai apresentar agora uma diferença importante. A legalidade é muito mais sensível que a liberdade, a igualdade ou a democracia na história e nas práticas vigentes da comunidade que tratam com respeito esse valor. O que é básico para legalidade é o que os governos, em suas decisões executivas, estejam guiados e justificados por padrões prévios em vez de novos padrões criados a posteriori, tais padrões devem incluir não só normas substantivas, aspecto material, mas também os padrões institucionais, aspecto formal, que concedem autoridade institucional para criar, implementar e decidir tais padrões no futuro.

Assim, segundo Dworkin (2006b, p. 184-185, tradução nossa),

qualquer tentativa de elaborar uma concepção ecumênica da legalidade enfrenta a pressão oriunda de duas direções. Ela deve visar um conteúdo suficiente para evitar a estupidez, mas também abstração suficiente para evitar o provincianismo. Tentei sugerir o curso necessário entre esses perigos em *O império do direito*: eu disse que a liberdade é melhor satisfeita através de um processo de interpretação construtiva, ao longo dessas linhas, respondendo às duas dimensões acima mencionadas. Meus pontos de vista foram suficientemente controversos para sugerir que eu escapei da estupidez, mas não está claro sobre até que ponto escapei do provincianismo. É uma objeção freqüente entre os críticos britânicos que meu projeto é tanto provinciano em inspiração – que ele visa não mais do que explicar a prática jurídica do meu próprio país – quanto é obviamente provinciano no resultado, porque podemos ver de alguma forma, sem muita reflexão ou pesquisa, que ele se ajusta apenas àquela única prática jurídica.⁴¹

⁴¹ Any attempt at an ecumenical conception of legality faces pressure from two directions. It must aim at sufficient content to avoid vacuity but also at sufficient abstraction to avoid parochialism. I tried to steer the needed course between these dangers in *Law's Empire*: I said that legality is Best served through a process of constructive interpretation along the lines, and responding to the two dimensions,

Como reflexão final, Dworkin (2006b) encerra com um apelo àqueles que pretendem absorver a filosofia do direito. Se o fizerem, absorvam as responsabilidades legítimas e deixem de lado o absurdo da neutralidade. Nós devemos ter a capacidade de dizer quando alguém tem o direito e o que fundamenta esse direito. Os juízes não podem exercer seu entendimento com base naquilo que entendem por melhor. Mas eles devem saber fundamentar juridicamente esse seu entendimento de “melhor”.

mentioned above. My views have been sufficiently controversial to suggest that I escaped vacuity, but it is unclear how far I escaped parochialism. It is a frequent objection among British critics that my Project is either parochial in inspiration – that it aims at no more than explaining the legal practice of my own country – or obviously parochial in result because we can somehow see, without my thought or research, that it fits only that legal practice.

4. DESCRITIVO OU MORALMENTE AVALIATIVO? A PROPOSTA DE UMA LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO DE RONALD DWORKIN COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

4.1. A leitura moral do direito

Para melhor compreensão daquilo que Dworkin tem defendido em sua obra, ou seja, da impossibilidade de se ter uma teoria do direito meramente descritiva, faremos uma melhor explanação de sua proposta de uma leitura moral da Constituição.

No presente capítulo será apresentado uma metodologia defendida por Dworkin que, de certa maneira, contribuirá para a compreensão do aspecto justificador, e não meramente descritivo, de sua teoria. Pretendemos com esse capítulo explicitar melhor o que seja a compreensão de Dworkin daquilo que ele afirma acerca da postura do juiz quando diante de casos difíceis. Entendemos que a proposta que Dworkin faz de leitura moral é a chave para entendermos de que maneira a defesa de um teoria descritiva do direito contribui para a discricionariedade judicial, que sua concepção, de leitura moral, se distancia muito da proposta positivista.

Em 1996 Dworkin publica o seu livro *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, traduzido no Brasil com o nome de *Direito de Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. No referido Livro, Dworkin apresenta uma introdução do que viria a ser uma forma de leitura do direito que ele vai denominar uma leitura moral da constituição. O livro, segundo Dworkin (1996, p. 2, tradução nossa), “como um todo tem um objetivo maior e mais geral. Ele ilustra um modo particular de ler e executar uma constituição política, que eu chamo de leitura moral”⁴². A inclusão deste capítulo na presente dissertação se deve ao fato de Dworkin afirmar que alguns críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura autoriza aos juízes um poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público. Ou seja, alguns poderiam entender que esse método de Dworkin se

⁴² The book as a whole has a larger and more general aim. It illustrates a particular way of reading and enforcing a political constitution, which I call the *moral* reading.

assemelha, e muito, àquilo que outrora ele havia chamado de poder discricionário em sentido forte. Tal poder discricionário é traduzido por Hart tal como se segue:

é importante que os poderes de criação de direito que eu atribuo aos juízes para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitas restrições que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novo código. Por isso os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos limites substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores⁴³. (HART, 1994, p. 273, tradução nossa)

Portanto, esta será nossa pretensão neste capítulo, demonstrar que nada há de semelhante entre as duas teorias. O próprio Dworkin afirma que essa acusação é grosseira, não tem fundamento e, além disso, nada tem de revolucionária. Em que consiste, então, essa leitura moral?

O fato de as constituições contemporâneas, Segundo Dworkin (1996), em sua grande maioria, exporem direitos individuais perante o Estado numa linguagem extremamente ampla e abstrata, tal como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, ou como alguns incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, contribui para uma leitura moral, tal leitura, de acordo com Dworkin (1996), propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.

Assim, a leitura moral vai inserir a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Diante da incerteza e controvérsia da moralidade política, caberia a determinadas autoridades incorporar aqueles princípios morais,

⁴³ It is important that the law-creating powers which I ascribe to the judges to regulate cases left partly unregulated by the law are different from those of a legislature: not only are the judges power subject to many constraints *narrowing his choice* from which a legislature may be quite free, but since the judges power are exercised only to dispose of particular instant cases he cannot use these to introduce large-scale reforms or new codes. So his powers are *interstitial* as well as subject to many substantive constraints. None the less there Will be points where the existing law fails to dictate any decision as the correct one, and to decide cases where this is so the judge must exercise his law-making powers. But he must not do this arbitrarily: that is he must always have some general reasons justifying his decision and he must act as a conscientious legislator would by deciding according to his own beliefs and values.

compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano, essa autoridade caberia aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. É exatamente em virtude de tal afirmação, que a leitura moral proposta por Dworkin foi acusada de dar aos juízes um poder absoluto de impor suas convicções morais ao público.

Essa leitura, ao contrário daquilo que os críticos afirmam, nos ajuda, segundo Dworkin (1996), a identificar e explicar, além disso, não só os padrões de grande escala, mas também certas diferenças mais sutis de interpretação constitucional que se aplicam tanto para os chamados conservadores quanto para os liberais. Assim, os juízes chamados de conservadores vão interpretar os princípios constitucionais de forma conservadora, como fizeram, por exemplo no começo do século ao supor, erroneamente, que certos direitos reais e contratuais são fundamentais para a liberdade, e os chamados liberais, naturalmente vão fazer uma leitura liberal dos mesmos princípios. A leitura moral, para Dworkin (1996, p. 3, tradução nossa) “não é, em si mesma, um programa ou estratégia intrinsecamente liberal nem intrinsecamente conservadora”⁴⁴.

Dworkin (1996), entretanto, não percebe nada de revolucionário na leitura moral, na medida em que juízes e juristas já seguem alguma estratégia coerente para interpretar a Constituição, seria revolucionário, segundo ele, se os juízes a reconhecessem abertamente ou a admitissem como estratégia de interpretação constitucional. O trabalho cotidiano dos advogados e juízes demonstra instintivamente que eles têm como ponto de partida o princípio de que a Constituição é uma expressão de exigências morais abstratas que exigem para sua aplicação juízos morais mais específicos. Mas quase nunca chega a ser reconhecida como uma influência e quase nunca é defendida abertamente por juízes cujos argumentos seriam incompreensíveis de qualquer outro ponto de vista (DWORKIN, 1996). A leitura moral, assim, costuma ser descartada como uma corrente radical.

É patente que as convicções dos juízes sobre a moralidade política influenciam suas decisões constitucionais; e, embora fosse fácil para eles explicar essa influência pelo fato de a Constituição exigir leitura moral, eles nunca o fazem. Antes, contra toda evidência, eles negam a influência e tentam explicar suas decisões de outras maneiras, aliás constrangedoramente insatisfatórias. Dizem, por exemplo, que estão dando eficácia a obscuras “intenções” históricas ou apenas expressando a “estrutura” constitucional geral porém inexplicada, que supostamente seria

⁴⁴ The moral reading is not, in itself, either a liberal or a conservative charter or strategy.

compreensível em termos não-morais⁴⁵. (DWORKIN, 1996, p. 3-4, tradução nossa)

Percebemos, claramente, que Dworkin não nega que as convicções morais dos juízes influenciem as suas leituras jurídicas. Pelo contrário, ele defende exatamente que os juízes devem fazer uma leitura moral. A leitura moral, exatamente por não ter como ser evitada, para Dworkin (1996), se torna mais sedutora que outras alternativas coerentes que a ela se apresentam. Ela parece eliminar a importante distinção entre direito e moral, ela coloca o direito na dependência dos princípios morais. Ela parece, também, não levar em consideração a soberania moral do povo, no momento em que transfere às mãos de uma elite profissional as grandes questões que definem a moralidade política, isso poderia ser a origem do contraponto paradoxal entre a prática constitucional que necessita da leitura moral e a teoria constitucional corrente que a rejeita por completo.

Dworkin (1996) não nega que existam discordâncias sobre a maneira correta pela qual os princípios de moralidade política devem ser relidos a fim de tornar o seu sentido mais claro para nós e de nos auxiliar no momento de aplicação às controvérsias políticas mais concretas. Dworkin (1996, p. 7-8, tradução nossa) diz:

Eu sou favorável a uma determinada maneira de enunciar os princípios constitucionais num nível o mais geral possível, e tento defender essa maneira de concebê-los em todo este livro. Creio que os princípios estabelecidos da Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa fé, tratá-los com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião⁴⁶.

⁴⁵ It is patent that judges own view about political morality influence their constitutional decisions, and though they might easily explain that influence by insisting that the constitution demands moral reading, they never do. Instead, against all evidence, they deny the influence and try to explain their decisions in other – embarrassingly unsatisfactory – ways. They say they are just giving effect to obscure historical intentions, for example, or just expressing an overall but unexplained constitutional “structure” that is supposedly explicable in nonmoral terms.

⁴⁶ I favor a particular way of stating the constitutional principles set out in the Bill of Rights, taken together, commit the United States to the following political and legal ideals: government must treat all those subject t its dominion as having equal moral and political status; it must attempt, in good faith, to treat them all with equal concern; and it must respect whatever individual freedoms are indispensable to those ends, including but not limited to the freedoms more specifically designated in the document, such as the freedoms of speech and religion.

Dworkin (1996) também deixa claro que tanto a história como o princípio da integridade são fundamentais para a leitura moral. A história na medida em que ela nos informa em qual circunstância foi dito algo por alguém. Ou seja, não há como sabermos o que alguém quis dizer no passado se não entendermos os aspectos circunstanciais dessa fala. Ainda assim, a interpretação constitucional não deve levar em consideração somente o que os autores da Constituição pretendiam dizer, deve levar em consideração também a prática jurídica e a política do passado. A história é exatamente importante nessa medida, para fazermos uma leitura, no presente, desses dados do passado é importante que façamos uma tradução para nosso contexto.

Dworkin (1996), em relação à leitura moral da Constituição, não só admite como afirma categoricamente que as opiniões constitucionais são sensíveis às convicções políticas. Se fosse o contrário como poderíamos classificar os juízes de liberais, conservadores, moderados ou radicais? Essa não é a questão, o que importa saber é se essa influência é indevida. Há uma compreensão falsa que incomoda a política constitucional, a compreensão de que os juízes poderiam usar estratégias neutras de interpretação constitucional. Se eles fazem isso eles procuram ocultar, até mesmo de si próprios, a inevitável influência de suas próprias convicções, resultando assim numa suntuosa falsidade. Os motivos reais das decisões ficam afastados tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. O que a leitura moral, segundo Dworkin (1996), prega é algo bastante diferente. Ela explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão.

Segundo Dworkin (1996), o que há na leitura moral é um encorajamento dos juristas e juízes a interpretarem uma constituição iluminados por suas concepções de justiça. Como que eles poderiam responder às perguntas morais que essa constituição lhes dirige? Se uma teoria constitucional refletisse determinada postura moral, isto não seria motivo para surpresa, nem de ridículo, nem de suspeita. Seria surpresa se não refletisse. Não há esse isolamento pretendido por algum tipo de teoria positivista, que inclusive o próprio Hart teve o trabalho de rejeitar. É óbvio que

existem importantes restrições que a integridade e o texto impõe. Assim segundo Dworkin (1996, p. 37, tradução nossa),

A leitura moral, entretanto, insiste que essa influência não é maléfica na medida em que é abertamente reconhecida e em que as mesmas convicções são identificadas e defendidas honestamente, ou seja, através de argumentos baseados em princípios e não de *slogans* superficiais ou metáforas batidas⁴⁷.

Na mesma ordem de importância, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de integridade. Jamais pode ser dito pelos juízes que a Constituição expressa suas convicções. Os dispositivos morais abstratos não expressam um juízo moral particular qualquer, a não ser que este seja coerente como a estrutura da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Os juízes devem considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários do passado e do futuro, devem considerar que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente, e devem se ver como se estivessem escrevendo mais um capítulo de uma história institucional, devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras, ou seja, eles devem se ver como escritores que juntos escrevem um romance em cadeia no qual cada um escreve um capítulo que só terá sentido no contexto global da história. Assim, um juiz que acredite que a igualdade econômica é uma exigência de justiça abstrata não pode concluir que a igualdade de proteção significa que a igualdade de riqueza ou a propriedade coletiva dos meios de produção são exigências da Constituição, essa postura simplesmente é dissonante com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição. (DWORKIN, 1996).

Assim, e este é o ponto que entendemos concentrar as idéias que distanciam Dworkin de Hart, ou seja, é o ponto em que Dworkin apresenta uma resposta acerca do que seja a leitura moral e a distancia de qualquer alusão ao conceito de poder discricionário de Hart, exatamente pelo fato de os juízes deverem se submeter à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere,

⁴⁷ The moral reading insists, however, that this influence is not disreputable, so long as it is openly recognized, and so long as the convictions are identified and defended honestly, by which I mean through proper arguments of principle not just thin slogans or tired metaphors.

a leitura moral pede aos juizes que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa igualdade moral dos homens e das mulheres – que se encaixe no conjunto da história norte-americana. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esse ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico. É claro que os juizes podem abusar de seu poder – podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la. Mas o fato é que os generais, presidentes e sacerdotes também podem abusar de seu poder. A leitura moral é uma estratégia para advogados e juizes que agirem de boa fé, é tudo que uma estratégia de interpretação pode ser⁴⁸. (DWORKIN, 1996, p. 16, tradução nossa)

As restrições da história e da integridade são salientadas por Dworkin (1996) para mostrar o exagero da queixa comum de que esse tipo de leitura acaba concedendo aos juizes um poder absoluto de impor a todos nós suas próprias convicções morais.

4.2. Integridade no direito

Após apresentarmos aquilo que Dworkin chama de leitura moral, passaremos para um dos pontos mais discutidos em sua teoria; passaremos a discussão do princípio da integridade. Dworkin, desde os seus primeiros textos, publicados em seu *taking rights seriously*, vem promovendo um ataque à concepção positivista de ler o direito. Entendemos que com a sua concepção de direito como integridade ele consegue rejeitar qualquer possibilidade de criação judicial pelo poder discricionário. Visualizamos nessa concepção a melhor justificativa para combatermos a discricionariedade judicial. Ricouer, em livro recentemente traduzido, afirma que a teoria interpretativa de Dworkin a terceira tese do positivismo de Hart,

a do o papel tapa-buraco atribuído ao poder discricionário do juiz – que vai abrir diretamente caminho para uma teoria da interpretação; se a descrição do juiz é a única réplica para o silencio da lei, então a alternativa é fatal para toda e qualquer caracterização jurídica da decisão; ou ela é arbitrária, no sentido de estar fora da lei, ou só entra no direito favorecida pela pretensão

⁴⁸ The moral reading asks them to find the Best conception of constitutional moral principles – the Best understanding of what equal moral status for men and women really requires, for example – that fits the broad story of America's historical record. It does not ask them to follow the whispering of their own consciences or the traditions of their own class or sect if these cannot be seen as embedded in that record. Of course judges can abuse their power – they can pretend to observe the important restraint of integrity while really ignoring it. But generals and presidents and priests can abuse their powers, too. The moral reading is a strategy for lawyers and judges acting in good faith, which is all any interpretative strategy can be.

legislativa de que é revestida; somente a capacidade de criar precedente preserva a qualificação jurídica da decisão oriunda do poder discricionário. (RICOEUR, 2008, 156)

De acordo com Ronald Dworkin (1999, p. 271-272), “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. Dworkin (1999) vai elaborar essa terceira concepção do direito, ao contrário do convencionalismo e do pragmatismo, ao reafirmar essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito. A verdade das proposições jurídicas deve derivar dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal já que esses oferecem construtivamente a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade. Assim, dizer que alguém tem um direito a alguma coisa equivale a dizer se vemos a prática jurídica sob sua melhor luz a partir do momento em que supomos que a comunidade aceitou o princípio de que as pessoas em uma dada situação têm direito a ser beneficiada.

Ao contrário do convencionalismo e do pragmatismo, o direito como integridade é mais inflexivelmente interpretativo. O convencionalismo, segundo Dworkin (1999, p. 272) “exige que os juízes estudem os repertórios parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo”. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Tanto em um como noutro, o juiz não poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade.

O direito como integridade é diferente, segundo Dworkin (1999). Ele é tanto produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. Há uma exigência de continuidade interpretativa do mesmo material que o juiz diz já ter interpretado com sucesso. Ou seja a uma conexão entre direito e história, com a temporalidade, no modo como Dworkin teoriza acerca do direito. Esse é um dos sentidos em que encontramos na integridade para questionarmos a discricionariedade judicial defendida por Hart. Ou seja, não como defender a possibilidade de o juiz sair do direito, ir além do direito para criar um decisão jurídica, ele deve buscar-la numa atividade incessante de interpretação de uma prática jurídica. Tal como Ricoeur (2008, p. 158) afirma, “o sentido de uma lei não resulta de seu *pedigree*, deve ser procurado no texto e em suas conexões intertextuais”. O

Direito como integridade apresenta-se como continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas.

Para que esta concepção flua, segundo Chueiri (1995, p. 123), no sentido da integridade, “é necessário que o Estado ou a comunidade estejam comprometidos com os referidos princípios, assumindo uma personalidade própria que os caracterize como uma entidade distinta das pessoas que, individualmente, os integram”. Ainda para Chueiri (1995, p. 123), “a comunidade caracteriza-se, pois, como um agente moral, ligado às práticas do pensar e à linguagem na qual figura (a agir comunicativo), a evitar qualquer possível sentido metafísico”.

Para o direito como integridade, e também para entendermos a crítica à discricionariedade judicial, a história é de suma importância em um certo sentido. Ela não exige que em todas as etapas históricas de uma comunidade haja coerência de princípio; não exige as leis do passado sejam vistas como continuidade de princípio com o direito de um século antes. A exigência que a integridade faz é a de coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.

Insiste em que o direito – os direitos e os deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores.

[...]

O direito como integridade portanto começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram pretende sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 1999, p. 273-274)

Segundo Cattoni de Oliveira (2001, p. 152), no momento em que fala de uma compreensão principiológica do Direito e de uma concepção que requer do poder judiciário um agir político no sentido de se garantir os direitos fundamentais, para Dworkin

o julgador, procurando colocar-se na perspectiva de sua comunidade, considerada como uma associação de co-associados livres e iguais perante o direito (*community of principle*), deve compreender o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o *sistema de direitos básicos* (nos termos da tese *Law as integrity*); e deve participar, criticamente, dessa (re)construção (*The chain of Law*).

Dworkin (1986) afirma que a interpretação criativa deve construir sua estrutura formal na idéia de intenção, obvio que não porque almeje descobrir os propósitos de uma pessoa ou grupo histórico específico, mas por pretender impor propósito ao texto, aos dados ou às tradições a serem interpretados. Exatamente por isso Dworkin tira proveito de uma comparação entre o direito e outras formas de interpretação. Assim ele compara a atividade do juiz com a atividade de um crítico literário. Ou seja, os juízes são igualmente autores e críticos. Assim, Dworkin (1986) encontra uma comparação ainda mais fértil entre a literatura e direito quando ele cria um gênero literário artificial que denomina romance em cadeia. Dworkin apresenta mais um aspecto de sua teoria da integridade que contraria a discricionariedade judicial tal como defendida por Hart. A partir da idéia de que os juízes são como romancistas em cadeia, Dworkin, espera que eles levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; ou seja, eles devem escrever em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Tal como uma série de televisão que repetem por anos os mesmo personagens com um mínimo de relação entre eles e o enredo. Uma decisão judicial é como mais um capítulo de nossa história institucional, o juiz deve procurar escrevê-la da maneira mais coerente possível com aquela história; claro que deve estar atento aos erros do passado de modo a não repetí-los.

Assim, segundo Dworkin (1986, p. 229-230),

cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve criar o melhor romance Possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve⁴⁹.

⁴⁹ Each novelist aims to make a single novel of the material he has been given, what he adds to it, and (so far as he can control this) what his successors will want or be able to add. He must try to make this the Best novel it can be constructed as the work of single author rather than, as is the fact, the product of many different hands. That calls for an overall judgment on this part, or a series of overall judgments as he writes and rewrites

Assim, quando estiver escrevendo e reescrevendo o texto, deverá lidar com as questões jurídicas de maneira complicada e multifacetada, pois a qualidade de um bom romance não pode ser apreendida tendo em vista uma única perspectiva.

O direito como integridade oferece, assim, restrições àquilo que Hart chama de poder discricionário dos juízes, ou a uma perspectiva meramente descritiva de direito. Se os juízes atuam numa comunidade de princípios, eles devem decidir de modo a justificá-la da melhor maneira possível, tal como num romance em cadeia; não podem simplesmente dizer que o direito é lacunoso ou que tem uma textura aberta e criar um novo direito, devem ter respeito em relação à nossa história institucional que nós construímos e conquistamos. O direito como integridade, como uma teoria interpretativa, exige uma postura responsável, comprometida, diante desse quadro, diante da leitura moral; assim, um juiz não pode se pretender neutro em suas decisões, como se não pudesse manifestar a suas convicções, mas o mesmo juiz também não pode esquecer-se de que ele não pode impor as suas convicções morais ao grande público nem a ninguém. O direito como integridade permite a todos que tenha suas próprias convicções. Portanto uma decisão judicial deve ser construída com fundamento em princípios de moralidade política, deve ser construída como que um capítulo de nossa história, um capítulo que é escrito, embora por pessoas diferentes, pela comunidade personificada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente texto tivemos a pretensão de demonstrar os aspectos críticos da teoria do direito de Hart apresentada em seu livro *The Concept of Law*. Partimos do estudo do posfácio inserido no seu livro. Nesse posfácio Hart apresentou suas respostas às críticas de alguns filósofos do direito, principalmente, de Dworkin; ele mantém o seu posicionamento com relação a quase toda a sua teoria original e, principalmente, àquilo que foi objeto de discussão neste texto, à questão do caráter descritivo da sua teoria e do poder discricionário dos juízes em poder decidir com base em suas próprias crenças e valores.

No primeiro capítulo aprofundamos as linhas apresentadas no posfácio de Hart. Demonstramos o modo que ele adota para construir uma teoria que tem como pretensão apresentar um conceito geral e descritivo de direito. Deixamos claro a sua insistência no ponto do caráter descritivo e geral de sua teoria – no momento em que diz que sua teoria não tem pretensões justificadoras como a de Dworkin - a sua insistência acerca daquilo que ele chama de regra de reconhecimento como um elemento essencial para a identificação do direito e para, inclusive, a identificação dos princípios, a sua insistência quanto a relação direito e moral, ao dizer que os conteúdos morais não fazem parte do direito, embora ele afirme que o direito tenha um conteúdo mínimo de direito natural, a sua insistência quanto ao poder discricionário dos juízes; segundo Hart os juízes, quando estiverem diante de uma caso em que não há lei que o regule ou diante da textura aberta do direito, podem criar um novo direito com base em suas próprias crenças e valores. Claro que procuramos demonstrar em cada ponto como que Dworkin vai respondê-lo.

No capítulo segundo apresentamos o texto de Dworkin que viria a ser publicado em um de seus mais recentes trabalhos, *Justice in robes*, que serve como um resposta ao posfácio de Hart, embora não uma resposta ponto-a-ponto das principais questões levantadas por Hart. Neste texto Dworkin vai se concentrar na questão do caráter da filosofia política e vai discutir, exatamente, a questão do aspecto descritivo da teoria de Hart. Para tal empreitada, Dworkin aborda a polêmica acerca dos conceitos, a questão acerca do sentido de descritivo, defende uma concepção de que não há valores separados, mas integrados. Um dos principais pontos dessa discussão é exatamente aquele que Dworkin vai discutir o valor da

legalidade, ou seja, como devemos compreendê-la? De modo descritivo, neutro, ou de modo normativo, avaliativo? Segundo ele o modo descritivo não existe, pois só contribui para que as verdadeiras razões das decisões não venham à tona, as convicções do juiz acabam ficando camufladas pelo manto da neutralidade. Imparcialidade não é neutralidade, imparcialidade significa compromisso com a integridade do direito, com as ambições do direito. O juiz imparcial é aquele que respeita a nossa história institucional, os nossos princípios de moralidade política, que respeita a dignidade humana, que está atento tanto as instituições do passado como ao que lhe pede o futuro.

No capítulo terceiro apresentamos aquilo que Dworkin chama de leitura moral da constituição e a concepção de integridade do, e no, direito. A inclusão desse capítulo nos auxilia a enfrentar possíveis críticas acerca de um entendimento que pode se formar dizendo que a leitura moral poderia conceder muito poder aos juízes inclusive os autorizando a impor suas convicções morais ao público, ou seja, poderiam dizer que a leitura moral se assemelharia ao poder discricionário de Hart. Mas Dworkin deixa bem claro o que significa fazer uma leitura moral da constituição e se utiliza da concepção de integridade para mostrar que os juízes não têm esse poder de impor suas próprias convicções, a não ser quando essas convicções podem justificar do texto constitucional ou a história institucional.

Assim concluímos que a teoria de Dworkin é mais adequada às exigências de um Estado democrático de direito exatamente porque leva a sério os princípios de moralidade política historicamente conquistados e a integridade desses princípios. A teoria de Hart não consegue dar conta de tamanha complexidade de nosso momento atual. Como podemos aceitar que juízes imponham suas convicções morais às partes envolvidas em um processo judicial? Uma das grandes conquistas históricas constantes do texto constitucional, principalmente o brasileiro, é exatamente o princípio segundo o qual podemos ter a religião que quisermos e inclusive não ter religião alguma, ou mais ainda, o princípio segundo o qual temos a liberdade filosófica, política, entre outras. A exigência de fundamentação das decisões prevista em nossa Constituição de 1988, serve na medida em que os juízes têm o dever de se fundarem nesses princípios de moralidade política explicitados no texto da Constituição ou derivados dessa mesma estrutura constitucional. A exigência de integridade nas decisões judiciais se mostra uma estratégia importante na realização disso que foi dito acima. A coerência dos juízes

não pode ser com suas convicções morais, mas com as convicções morais que representam da melhor maneira possível a moralidade política. O juiz deve levar em consideração que as pessoas têm suas próprias convicções morais e deve respeitá-las, isso é fazer uma leitura moral da Constituição e respeitar o princípio de que deve se manter íntegro com as conquistas que alcançamos na modernidade e com a aquisição de uma Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pp. 25- 44

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria geral do Direito Moderno**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria constitucional do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de. Verbete Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 259-263

COHEN, Marshall (Editor). **Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence**. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983.

COLEMAN, Jules (Edited by). **Hart's Postscript: essays on the Postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Law's ambitions for itself. In: **Virginia Law Review**. Virginia, vol. 71, n. 2, p. 173-187, mar. 1985.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion**: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom. New York: Vintage, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the american constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. In: **philosophy and Public Affairs**, vol 25, n. 2 (spring, 1996), pp. 87-139. Disponível em: <http://www.jstor.org> acesso em: 1 de fevereiro de 2007

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: The theory and practice os equality. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2001.

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

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006b.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DWORKIN, Ronald. **The Supreme Court Phalanx**: the court's new right-wing bloc. New York: New York Review Books, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HART, Herbert Lionel A. **The Concept of Law**. 2 ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HART, Herbert Lionel A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGES, Cintia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional de processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE

OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pp. 469- 515.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Os discursos jurídicos de aplicação: legitimidade e legalidade em desfavor da discricionariedade judicial. *In*: _____. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

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

KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização**: Comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. 2000. 280f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

KOZICKI, Kátia. Verbete Hart, Herbet Lionel Adolphus. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 409-412

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRIEL, Dan. Forty years on. (11 feb. 2008). Available at: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=977847>

RICOEUR, Paul. **O justo**: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (v. 1)

RIPSTEIN, Arthur (Editor). **Ronald Dworkin**. New York: Cambridge University Press, 2007.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (coordenação). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. pp. 227-256

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin”debate: a short guide for the perplexed. *In*: RIPSTEIN, Arthur (Editor). **Ronald Dworkin**. New York: Cambridge University Press, 2007. pp. 22-55

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.