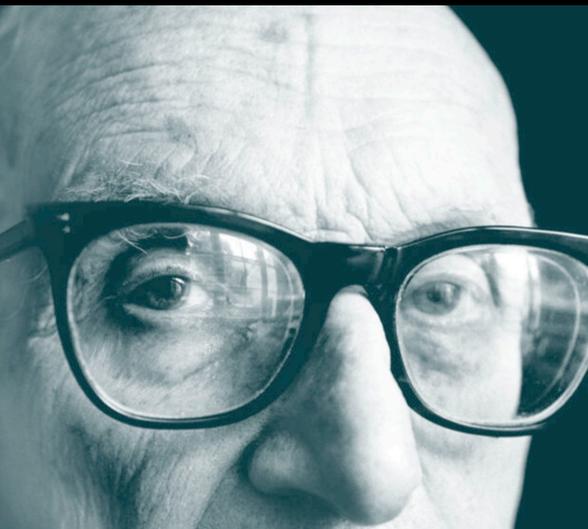




Ernesto Feio Boulhosa Filho

**A CRÍTICA DE
DWORKIN AO
CONCEITO DE
PODER
DISCRICIONÁRIO
DE HART**



O trabalho trata acerca das críticas de Ronald Dworkin ao conceito de poder discricionário de Herbert Hart, em outras palavras, explicita alguns aspectos do debate que os dois travaram ao longo de mais de 30 anos. Os estudos estão focados no debate acerca da relação entre direito e moral e a possibilidade de uma teoria adequada para explicitar as divergências teóricas das práticas jurídicas. Este trabalho trabalhará com a hipótese de que no debate entre Hart e Dworkin a respeito do conceito de poder discricionário podem ser encontrados dois tipos de críticas. Numa primeira fase mais centrada na compatibilidade dos princípios jurídicos como um modelo de regras; na segunda fase mais centrada numa críticas aos fundamentos da teoria positivista.



A crítica de Dworkin ao conceito de poder discricionário de Hart

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof. Dr. Eder Fernandes Monica
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

A crítica de Dworkin ao conceito de poder discricionário de Hart

Ernesto Feio Boulhosa Filho



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BOULHOSA FILHO, Ernesto Feio

A crítica de Dworkin ao conceito de poder discricionário de Hart [recurso eletrônico] / Ernesto Feio Boulhosa Filho -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

163 p.

ISBN - 978-65-5917-296-2

DOI - 10.22350/9786559172962

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Herbert Hart; 2. Ronald Dworkin; 3. Positivismo; 4. Pós Positivismo; 5. Filosofia do Direito; I. Título.

CDD: 100

Índices para catálogo sistemático:

1. Filosofia 100

Dedico este trabalho para meu pai e minha
mãe por todo apoio e amor que me deram.

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, Ernesto Feio Boulhosa e Ana Lúcia Paes Boulhosa, graças ao seu amor e todo o apoio financeiro e moral que me deram, os quais permitiram que eu seguisse na vida intelectual. Obrigado por acreditarem em mim.

Agradeço as minhas irmãs, Ana Carolina e Vania Alves, por serem tão amorosas e carinhosas comigo. Agradeço à Samires França pela esperança em forma de amor que teve em mim. Você me ensinou que eu posso ser amado por ser eu mesmo.

Agradeço aos meus amigos-irmãos de tantas caminhadas que construíram um sonho comigo e, apesar dos percalços, ainda permanecem em meu coração. Ao amigo David Carneiro por ter me fornecido sua casa e tanto apoio no mestrado. Você não imagina o quanto me ajudou David, espero que minha amizade possa recompensá-lo. Ao amigo Renato por ter me acompanhado nessa luta por tanto tempo e me ajudado nos momentos mais difíceis. Graças a você percebo a natureza eminentemente política de ser um intelectual. Sou muito grato pela sua amizade amigo. Ao amigo Gilberto Guimarães por ser fiel e doce. Você tem me ensinado outros caminhos para a Universidade, além da pesquisa, e se depender de mim sigo você até o fim do mundo. Ao amigo Ricardo Evandro, por ser um exemplo para mim de como me tornar um homem melhor. Desde que nos encontramos tenho aprendido muito intelectualmente e humanamente. Minha admiração intelectual por você cresce todos os dias. Ao amigo Diego Vale pelos dias de estudo comigo. Você guarda um tempo em que eu acreditava que pelos estudos e pela Filosofia podíamos nos tornar homens melhores. Bem Diego eu ainda acredito. Ao amigo Felipe Ribeiro, por seus conselhos

e fidelidade eterna. Você tem minha admiração intelectual e humana e não imaginas o quanto eu aprendi com você todos esses anos. E ao amigo Rafael Rolo, amigo que entrou na caminhada mais recentemente, mas já parece ser um amigo das antigas. Você trouxe vigor intelectual novo em minha vida. Obrigado.

Agradeço ao professor André Coelho por ter me indicado o professor Gilvan para o mestrado, e por ser um intelectual tão rigoroso e dedicado. Tenho aprendido muito com você. Obrigado mestre.

Agradeço também ao meu primo Cassiano e a minha família dos Boughosas, principalmente, minhas tias Ivete, Margarete, Beth e Georgete. De você Cassiano, com seu jeito amável e simples, sem querer, me deu suporte nos momentos mais difíceis. Obrigado irmão. E as minhas tias, obrigado pelo apoio que me deram.

Em Niterói, agradeço ao Grupo de Pesquisa de Habermas. Todos vocês foram muito amáveis comigo e me receberam muito bem. Vocês me trataram como seu já fizesse parte da casa. Obrigado.

Ao amigo-irmão Charles, eu agradeço a sua amizade. Você tem sido meu companheiro fiel nesta jornada. Essa dissertação não seria possível sem você. Obrigado.

Aos amigos do Mestrado Felipe, Christiane, Christiane Chaché, Wanisy, Andressa e aos demais, aprendi muito com vocês. Vocês me permitiram que eu aprendesse mais com o diferente e vocês guardam muitas das recordações mais felizes que tenho do Mestrado. Obrigado.

Ao meu orientador, Prof. Eder Fernandes, muito obrigado pelos ensinamentos, pela excelente orientação e por me tratar sempre com respeito e cordialidade. Sem dúvida essa dissertação só foi possível graças a sua paciência, dedicação e humildade. Fica aqui minha sincera admiração intelectual e humana. Obrigado professor Eder.

Ao meu mestre Prof. Gilvan obrigado por ter me ensinado tanto sobre Habermas e sobre humanidade. Você é um verdadeiro mestre para mim,

para muito além dos livros. Com você aprendi que para me tornar um grande intelectual não devo apenas aprender com os livros, mas também com a vida. Fica aqui minha sincera admiração intelectual e humana. Obrigado mestre Gilvan.

Agradeço aos professores do PPGSD-UFF e a sua instituição por terem me recebido como seu aluno e integrante. Espero que essa dissertação possa contribuir para os objetivos da instituição. Obrigado.

Sumário

Introdução	15
<hr/>	
1	23
Cenário do debate	
<hr/>	
2	32
A teoria do direito de Herbert Hart	
2.1 A teoria das regras sociais.....	33
2.2 A teoria do papel judicial de Hart	42
<hr/>	
3	50
As críticas de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico	
3.1 A crítica ao modelo de regras.....	52
3.2 A moralidade concorrente como um modelo crítico à moralidade convencional....	62
3.3 A críticas às teorias semânticas do direito	66
3.4 A crítica ao modelo interpretativo convencionalista.....	69
<hr/>	
4	90
A teoria da integridade	
4.1 A integridade na política.....	90
4.1 a integridade no direito.....	103
<hr/>	
5	116
A resposta de Hart as críticas de Dworkin	
<hr/>	
6	137
A tréplica de Ronald Dworkin	
<hr/>	
Considerações finais	149
<hr/>	
Referências	161
<hr/>	

Introdução

Neil MacCormick realiza uma interpretação sobre Hart que o associa às problemáticas da filosofia da linguagem. Uma questão sobre a natureza do direito está relacionada a uma problemática do significado do conceito de direito. Isso porque, essa instituição humana não pode ser pensada sem a sua relação com a linguagem e com um sentido intersubjetivo, haja vista de que o fenômeno jurídico não se constitui como um acontecimento da natureza, mas se constitui como uma prática humana dotada de sentido (MACCORMICK, 2010, p. 47-48).

MacCormick afirma que quando se estabelece tal relação, se permite compreender o direito como um conjunto de práticas sociais no qual os participantes do direito ou do processo judicial conseguem reproduzir suas práticas e estabilizar um sentido para aquilo que se denomina como jurídico (MACCORMICK, 2010, p. 47-48).

MacCormick afirma também que tal relação da linguagem e do sentido com o direito se expressa em Hart por meio do seu conceito de regra, o qual explicita que para o teórico do Direito compreender o significado das práticas dos participantes de uma determinada comunidade jurídica ele precisa assumir uma perspectiva interna sobre o mesmo (MACCORMICK, 2010, p. 47-48).

Entretanto, o direito não é dotado somente de um sentido intersubjetivo, mas também possui um viés crítico-moral. Na teoria de Ronald Dworkin, o direito como Integridade preceitua que as práticas jurídicas realizadas num processo judicial são dotadas de um sentido argumentativo com a finalidade de reconstruir o direito, na sua melhor luz ou

propósito, conforme princípios de moralidade política constituintes de uma comunidade jurídica personificada (DWORKIN, 2007).

Os participantes de um processo judicial, principalmente o juiz, possuem a incumbência de interpretar e reconstruir o Direito cumprindo o ideal de igualdade reivindicado pela ideia de Integridade. Nessa ideia de interpretação que ocorre em condições que os participantes se reconhecem como livres e iguais, existe uma pretensão de Dworkin de realizar um desenvolvimento e crítica à tradição positivista, principalmente, a teoria de Hart.

O intuito deste trabalho é explicitar as críticas de Ronald Dworkin ao positivismo de Herbert Hart. Dessa maneira, irá enfrentar o seguinte problema: quais as críticas que Dworkin realiza a tese do poder discricionário de Hart e quais foram os desenvolvimentos que os dois autores realizaram ao longo da sua obra?

Nesse viés, a teoria da Integridade, com sua teoria do Romance em Cadeia e do juiz Hércules, será abordada com uma tentativa de suprir as deficiências da teoria positivista de Hart e expressar o ápice do longo histórico de críticas de Dworkin à Hart explicitadas durante este trabalho.

Seguindo as ideias de César Rodriguez, a respeito do debate Dworkin e Hart, será desenvolvida a ideia de que a contribuição de Hart para a tradição jusfilosófica foi desenvolver uma teoria sobre o direito o qual realiza uma crítica a determinadas concepções jurídicas que tentam explicitar o direito como um conjunto de hábitos e previsões. Tais teorias resumem a abordagem do direito somente aos aspectos descritivos do fenômeno jurídico ignorando a sua dimensão intersubjetiva e a necessidade de assumir uma posição de partícipe (RODRIGUEZ, 1997, p.20-24).

Quando Hart associa a problemática do direito ao conceito de regra, no ponto de vista da problemática da decisão judicial ou da aplicação da norma jurídica pelo juiz, Hart preceitua uma textura aberta do direito. Hart defende que assim como a linguagem cotidiana, o direito é dotado de

certa indeterminação que, apesar de manter sua identidade devido à regra de reconhecimento, abre margem para o Juiz aplicar o Direito de forma discricionária (HART, 2007, p.149).

A partir daqui, este trabalho iniciará sua exposição realizando, no primeiro capítulo, um cenário do debate entre Dworkin e Hart por meio de uma sucinta apresentação das suas principais obras, pelo menos na perspectiva deste trabalho, e sua importância no cenário nacional e internacional. A teoria dos princípios, na perspectiva do Neoconstitucionalismo, será um exemplo de importância do debate destes autores para a dogmática brasileira.

No segundo capítulo, será exposta a teoria de Herbert Hart, explicitando a sua teoria das regras sociais, a teoria da regra de reconhecimento e a sua concepção de poder discricionário. Será demonstrado, que em decorrência do pano de fundo teórica de Hart, este defenderá uma textura aberta do direito e um poder criativo do juiz para suprir a indeterminação jurídica.

Depois, no terceiro capítulo, tendo como pano de fundo a interpretação de Shapiro a respeito de Dworkin, que existem quatro críticas ao positivismo os quais se podem identificar na teoria deste, dividido em duas periodizações do desenvolvimento de sua obra. A primeira crítica ao positivismo, tendo como marco o seu artigo *O modelo de regras I*, escrito em 1967; e as três demais críticas, iniciada a segunda no seu artigo *O modelo de regras II*, e a terceira e a quarta no seu *Império do Direito* em 1986 (SHAPIRO, 2007, p.01-04).

Na primeira crítica, o fio condutor é o conceito de princípio como standard jurídico encontrada nas práticas e decisões judiciais do direito norte americano e inglês, e a teoria positivista, como um modelo de regras, incapaz de identificar tais standards. Já as demais críticas afirmam que o positivismo jurídico é incapaz de explicitar de maneira adequada as

controvérsias judiciais, seja por não compreender de forma adequada a relação entre moralidade e direito ou por não possuir uma teoria da interpretação que identifique o direito com seus propósitos políticos. Como consequência, o positivismo é incapaz de explicar o modo como se dão as controvérsias judiciais, os quais são eminentemente divergências teóricas sobre o direito, e não meramente linguísticas, conceituais ou convencionais.

Na primeira crítica, Dworkin defenderá uma deficiência da teoria de Hart de compreender de maneira inadequada o direito como dotado somente de regras. A teoria de Hart, na perspectiva de Dworkin, não admite a incorporação de outros standards jurídicos, como os princípios. Como consequência, Hart defenderá uma teoria do poder discricionário que se torna insustentável. Isso porque, compreende mal a forma como é realizada as decisões judiciais pelo juiz, os quais se utilizam de princípios e de intuições de moralidade política para fundamentar suas decisões e também pelo fato de gerar problemas de legitimidade como a impossibilidade de controlar a decisão do juiz (RODRIGUEZ, 1997, p.35-37).

Segundo, a defesa pela teoria de Hart de uma concepção convencional das regras jurídicas, a qual não é sensível para o fato de que o direito é constituído por consensos de convicção, os quais fundamentam as razões das regras jurídicas (RODRIGUEZ, 1997, p.36-37).

Terceiro, a teoria de Hart como uma teoria positivista é uma teoria semântica do direito que nega as divergências teóricas do direito e resume as divergências jurídicas a questões empíricas relacionadas a interpretações verbais ou analíticas dos precedentes ou das leis (HART, 2007, p.306-309).

Por último, Dworkin afirma que a teoria positivista possui uma concepção inadequada das controvérsias judiciais pelo fato de negar as divergências teóricas. Tal negação ocorre tendo em vista o pano de fundo convencionalista do positivismo, o qual concebe o Direito como dotado de consensos de convenção e não possui uma teoria da interpretação mais

sofisticada capaz de encontrar um propósito político nas práticas jurídicas e sua incapacidade de lidar com a tensão entre flexibilidade e previsibilidade do Convencionalismo (DWORKIN, 2007; HART, 2007, p.309-312).

Dworkin irá defender uma teoria da Integridade no Direito como uma tentativa de resposta as críticas apresentadas. Contra a concepção de regras, irá defender um modelo teórico pautado em princípios e intuições de moralidade política, juntamente crítico ao conceito de poder discricionário, afirmando que os princípios jurídicos podem suprir as lacunas do direito; contra a concepção de direito como dotado de consensos de convenção, Dworkin defenderá que sua tradição jurídica é constituída por consensos de convicção, realizando uma diferenciação entre postura de observador e de participante e defendendo que o direito só pode ser explicado se o teórico do direito levar em conta a natureza eminentemente normativa das práticas jurídicas, o qual remete razões de moralidade política, não somente convenções linguísticas; contra o modelo convencionalista, uma teoria que defenda um consenso de convicção baseada na ideia de integridade, o qual defende que em decorrência do respeito ao princípio de que as pessoas devem ser tratadas como pertencentes a uma comunidade de princípios, o Direito deve sempre se reconstruir da melhor maneira possível, permitindo que o Direito possua divergências teóricas. (DWORKIN, 2007; DWORKIN, 2011).

Tais críticas irão se manifestar na teoria do juiz Hércules e do romance em cadeia, os quais expressam, respectivamente, a ideia de um juiz com capacidades sobre humanas e tempo ilimitado que terá a incumbência de reconstruir o Direito segundo o seu melhor propósito, e tal reconstrução ocorrerá numa tradição jurídica em forma de capítulos literários, no qual o Juiz partirá do pressuposto hipotético de que está inserido num romance inacabado escrito por juizes do passado, e que o juiz do presente deve continuar tal romance da melhor maneira possível (DWORKIN, 2007).

Depois será explanada a réplica de Hart em relação às críticas de Dworkin. Hart defenderá que, apesar de correta algumas críticas do autor norte americano, seu positivismo descritivo ainda é útil para uma teoria do direito, ideia esta que o própria Dworkin reconhece e compatível com standards morais.

Como consequência, defenderá um conceito de poder discricionário compatível com princípios jurídicos e que a teoria do direito não deve se posicionar em relação a alguma moral objetiva que servirá como parâmetro regulativo para o juiz, mas deve deixar em aberto qual a moralidade que o juiz vai adotar no caso concreto.

Por fim, será explanada a tréplica de Dworkin. Este denominará a teoria de Hart como uma teoria “arquimediana”, no sentido de se auto-compreender como uma teoria positivista que pode explicitar os conceitos de moralidade ou legalidade localizados no nível das práticas dos membros de uma comunidade jurídica; enquanto o teórico do direito num segundo nível poderá assumir uma postura neutra e descritiva em relação a essas práticas.

Dworkin irá insistir que é necessária uma teoria adequada que leve em conta as divergências teóricas do direito e questionará tal perspectiva arquimediana demonstrando que existem vários sentidos para uma postura “descritiva”. Não é possível o teórico assumir uma postura neutra em relação ao seu objeto de estudo, haja vista que o teórico reconstrói as intuições de moralidade cotidianas dos membros da comunidade jurídica e tal tarefa só é possível se aquele compreender e se posicionar em relação a tais posições.

É de extrema importância abordar a questão do positivismo jurídico de Hebert Hart e o seu debate com Ronald Dworkin. Haja vista que, esse debate, de certa maneira, tem influenciado a discussão na Dogmática Jurídica Brasileira da natureza e aplicação das regras e princípios jurídicos. O

Neoconstitucionalismo¹, por exemplo, o qual vem defendendo a identificação e utilização de princípios jurídicos constitucionais nos diferentes ramos do Direito Brasileiro têm como pano de fundo a recepção e interpretação dessa discussão. Logo, uma discussão dos autores mencionados, repercute na maneira como se compreende as questões da Dogmática Jurídica.²

O próprio estudo da Filosofia do Direito e da Linguagem, no fio condutor da teoria das regras de Herbert Hart e da Integridade de Dworkin se justifica pela elaboração e questionamento dos fundamentos do próprio direito contemporâneo. Tais estudos permitem uma relação do direito com uma teoria da linguagem, da política e da moral, os quais permitem que as práticas jurídicas sejam compreendidas não como um fenômeno da natureza; mas como um fenômeno humano, os quais pressupõem um sentido linguístico encontrados numa tradição moral e política determinada. Dessa maneira, uma discussão desses autores, permite uma abordagem interdisciplinar do direito que vai além da dogmática em sentido estrito.³

E numa conjuntura política de um Brasil pós Constituição de 1988, e já inserido no século XXI, depois de duas ditaduras durante o século XX, apontam a experiência da democracia e a valorização dos direitos humanos como um fenômeno recente. Teóricos como Dworkin colocam a Democracia, Integridade e Igualdade como dimensões centrais de sua teoria, no sentido de que somente pode existir direito e decisões judiciais

¹ A concepção de Neoconstitucionalismo aqui adotada será a do jurista Luís Roberto Barroso, exposta no seu artigo *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*. Em seu artigo este jurista expõe que o Neoconstitucionalismo consiste num conjunto de amplas transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional tendo um marco histórico, um marco teórico e filosófico. No marco teórico é importante enfatizar, para os fins deste trabalho, a problemática da interpretação da norma constitucional e do conflito entre regras e princípios ou de direitos fundamentais como novas questões abordadas pelos constitucionalistas (BARROSO, 2015, p.12).

² Pode-se citar aqui, como vem sendo debatido a questão sobre Regras e Princípios no Brasil, o livro da *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila (ÁVILA, 2009, 30); o artigo de Álvaro Ricardo *Regras e Princípios por uma distinção normoteórica* (CRUZ, 2015, p.37); e o artigo *Princípios e Regras: mitos e equívocos de uma distinção* de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2015, p.01).

³ Pode-se citar *Direito e Democracia* de Jurgen Habermas (HABERMAS, 1997, p.291-295); a *Teoria da Argumentação Jurídica* de Robert Alexy (ALEXY, 2005, p.313-314), *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral* de Klaus Gunther (GUNTHER, 2004, p.404-414).

legítimas em regimes democráticos. Aqui a ideia de direitos humanos ganha ênfase, haja vista que é justamente o reconhecimento e a consolidação de condições mínimas de integridade ou igualdade que irão garantir o exercício da cidadania e de um direito mais democrático. Logo, um estudo sobre tais autores é uma elaboração sobre o sentido e aplicação de uma teoria da democracia e dos direitos Humanos.⁴

A pesquisa se fará, primeiramente, pela etapa do recolhimento da bibliografia básica juspositivista de Herbert Hart, Ronald Dworkin e seus comentadores. Tal recolhimento realizando um enfoque no debate travado entre os dois autores.

Sob o ponto de vista do procedimento metodológico, será realizada uma leitura analítica dos principais conceitos dos autores e das periodizações de suas mudanças de fase e de opinião. Dessa maneira, irá se utilizar um método indutivo, no sentido, de que serão realizadas leituras de textos específicos e retirado um apanhado geral das principais críticas de Dworkin a respeito de Hart.

A partir desta leitura, este projeto tem como objetivo compreender de maneira adequada o que está em jogo neste debate, o que na hipótese deste trabalho, será demonstrar as insuficiências teóricas do positivismo de Hart na perspectiva de Dworkin, e quais foram o balanço realizado pelos dois, na sua réplica e tréplica, a respeito dessas críticas.

Logo, a pesquisa será feita com base na revisão bibliográfica sobre a obra de Hart e de Dworkin de forma qualitativa, para se chegar a uma conclusão crítica, de que houve uma mudança na crítica de Dworkin em relação ao positivismo, que num primeiro momento está baseado num modelo de regras e, posteriormente, num modelo interpretativo Conventionalista e da Integridade.

⁴ Sobre a relação entre direito e democracia em Ronald Dworkin, pode se citar o artigo *Casos Difíceis* encontrado no Livro *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, 2011, p.132-135) e no livro *Império do Direito* (Dworkin, 2007, p. 231-233).

Cenário do debate

O filósofo Herbert Hart nasceu em 1907 no Reino Unido, filho de pais judeus e faleceu em 19 de dezembro de 1992. Estudou por um breve período no Cheltenham College e na Bradford Grammar School. Depois seguiu para o New College de Oxford, onde teve excelente desempenho nos Estudos Clássicos e em História e Filosofia Antiga. Em 1932, foi aprovado na Ordem dos advogados, e nos oito anos seguintes trabalhou como advogado na *Chancery* britânica, estabelecendo uma prática de sucesso como assistente em questões como acordos familiares, sucessões e relacionados a impostos (MACCORMICK, 2010, p.05-06).

Em 1952 Hart foi eleito para a cátedra de Teoria Geral do Direito em Oxford. MacCormick explica que Hart era um homem tanto do direito quanto da filosofia. Entretanto, sua teoria foi construída mais numa perspectiva filosófica, haja vista que defendia uma abordagem mais centrada na definição legal dos conceitos jurídicos e que não tinha uma preocupação mais imediata com a prática jurídica, no sentido de tentar justificá-la ou avaliá-la. Nos Estados Unidos, foi acusado pelo professor Edgar Bodenheimer de reduzir a Teoria Geral do Direito à repetição do discurso dos advogados e desviar a atenção jurídica das investigações sociológicas, que seriam mais importantes (MACCORMICK, 2010, p.08).

Em 1961, Hart publica a sua obra central *O Conceito de Direito*. Nesta obra, trabalho importante para esta dissertação, Hart explicita uma teorias das regras sociais que são utilizadas como standards ou parâmetros sociais de comportamento. Com esses standards desenvolvidas de maneira complexas e estruturados por meio de regras públicas, pode-se compreender

alguns aspectos das práticas jurídicas e seus contextos (MACCORMICK, 2010, p.09).

MacCormick explicita que o *Conceito de Direito* figura entre as grandes obras da Teoria Geral do Direito do século XX. Apesar de a obra possuir certa pretensão de universalidade e Hart não destinar particularmente as instituições britânicas é interessante realizar uma compreensão da sua obra conforme o contexto de um advogado inglês do século XX (MACCORMICK, 2010, p.09).

Na época de Hart existia no contexto britânico uma separação muito clara entre “Direito” e “Política”. Pela tradição parlamentar britânica, as questões de direitos fundamentais e de justiça caíam primeira e permanentemente na esfera política. Cabia à nação política ou os cidadãos estabelecerem e assegurar os direitos das pessoas e determinar a estrutura da justiça social (MACCORMICK, 2010, p.09).

Dessa maneira, não cabia aos juízes e advogados proferir sentenças de sabedoria superior contra as decisões políticas. Eles se preocupavam em investigar o que era a lei, seus critérios de aplicação e interpretação, mas não questionavam questões de teoria política com muita profundidade (MACCORMICK, 2010, p.09).

A dimensão constitucional, com seu pano de fundo de direitos fundamentais ou normas fundamentais que constituíam um pano de fundo de todo o edifício jurídico ainda não possuía um desenvolvimento profundo (MACCORMICK, 2010, p.09-10).

Ronald Dworkin é norte americano. Ele nasceu em 1931, em Worcester, Massachussets. Ele estudou na Harvard College antes de estudar direito na Universidade de Oxford. Posteriormente foi para Escola de Direito de Harvard para estudar direito novamente e depois se tornou assistente do juiz Learned Hand entre 1957-1958 (GUEST, 2013, p.12)

Em 1962 se tornou professor da Universidade de Yale, sendo titular da Cátedra de teoria do Direito de Wesley N. Hohfeld em 1968. Em 1969 Dworkin foi indicado para a cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford (GUEST, 2013, p.13).

Stephen Guest explicita que na Jurisprudência britânica predominava um renovado interesse, em decorrência principalmente do positivismo de Hart, da relação entre filosofia e direito, ao contrário de antigamente, em que estas duas esferas eram bastante separadas (GUEST, 2013, p.13).

Já nos Estados Unidos predominava uma abordagem centrada nos mecanismos dos argumentos legais das cortes. Parte desse movimento se dava em decorrência do predomínio de uma tradição das escolas jurídicas centradas numa abordagem “realista” que se opunha a uma abordagem “formalista” da doutrina. Por outro lado, a tradição norte-americana deu um forte poder constitucional para a Suprema Corte de declarar nula a legislação. Como consequência o interesse pelos casos judiciais ou “casos difíceis” era grande nos Estados Unidos (GUEST, 2013, p.14).

Numa perspectiva história, os anos 60 foram um período de grande transformação social. Os movimentos de lutas pelos direitos civis e a guerra do Vietnã foram dois motivos para fazerem as pessoas daquela época repensarem a relação das suas condutas com a do governo. Tal período teve como culminação a obra *Teoria da Justiça* de John Rawls, em 1971, que possibilitou uma teorização sobre política e o direito (GUEST, 2013, p.14).

Este trabalho irá apresentar uma exposição sobre um conceito central para estes dois autores explanados que corresponde ao conceito de poder discricionário. Para a compreensão de tal conceito é necessário uma avaliação e investigação a respeito de debate entre Hart e Dworkin que durou por volta de, no mínimo, 30 (trinta) anos e deu uma grande contribuição para a filosofia do direito.

Como o debate é muito amplo, devido à quantidade de temas debatidos, segue um cenário que tem como fio condutor os textos mais importantes utilizados nesta dissertação.

De Herbert Hart os textos mais importantes que se podem citar são o seu livro o *Conceito de Direito* publicado em 1961 e o seu Pós-Escrito publicado pós-morte em 1994¹.

Basicamente é no livro o *Conceito de Direito* que Hart desenvolve um positivismo renovado, tendo como pano de fundo as contribuições da filosofia da linguagem analítica de John Austin e Ludwig Wittgenstein e da sociologia anglo saxã de Peter Winch e da sociologia continental de Max Weber (MACCORMICK, 2010, p.47-48)².

Hart desenvolverá uma teoria das regras sociais e uma tese do poder discricionário que possibilitarão uma série de debates a respeito da relação da linguagem e do direito; e que posteriormente serão criticadas por Ronald Dworkin na perspectiva da relação entre moralidade e direito.

De Ronald Dworkin os textos mais importantes são *O modelo de Regras I*, publicado em 1967, e em 1977, publicado o livro *Levando os Direitos a Sério*, pode-se encontrar o Modelo de Regras II e os *Casos Difíceis*. Aqui neste livro, já se pode encontrar o prenúncio das principais críticas ao positivismo e o desenvolvimento da própria teoria de Dworkin.

Respectivamente, o positivismo de Hart será criticado por não reconhecer standards jurídicos constituídos como princípios, mas somente como regras; e o fato da sua teoria positivista não tratar de maneira adequada da relação entre convicções de moralidade e as convicções normativas, ou seja, resumir as convicções jurídicas a convenções

¹ Este trabalho, referente à obra de Hart, se utilizará da edição portuguesa realizada pela Fundação Calouste Gulbekian publicada em 2007 e não da publicação original de *The Concept of Law* publicado em 1961. Mais detalhes nas referências bibliográficas (HART, 2007).

² Tais aspectos da Teoria de Hart serão mais bem explicitados no capítulo 2 desta dissertação.

jurídicas. Nos *Casos Difíceis* já existirão um prenúncio a teoria da Integridade desenvolvida posteriormente.³

Em 1985 foi publicado o livro *Uma questão de Princípio*. Construído como uma coletânea de artigos, os mais importantes para os fins deste trabalho são *Não existe nenhuma resposta certa em casos controversos?*² e *De que maneira o Direito se assemelha a literatura*.

Em tais artigos, respectivamente, Dworkin defenderá uma teoria da única resposta correta, indo de encontro à tese positivista do poder discricionário de preceituar a impossibilidade de uma única resposta correta no direito devido à indeterminação do mesmo. E noutro artigo realiza um prenúncio da sua teoria da interpretação e do romance em cadeia, os dois aspectos contidos na sua teoria da Integridade que será desenvolvida mais tarde.

Em 1986 Dworkin publica sua obra de maturidade *O império do Direito*. Nesta obra, Dworkin desenvolve uma crítica sofisticada a teoria do poder discricionário de Hart, questionando de maneira radical os fundamentos da teoria das regras sociais de Hart.

Tal questionamento é formulado por meio de uma teoria da interpretação, dos paradigmas jurídicos e da Integridade, que associando aspectos de uma tradição hermenêutica como uma tradição normativa do direito defenderá uma concepção de direito alternativa ao positivismo.

Em 1994, Hart no seu pós-escrito realiza uma defesa do seu projeto teórico positivista e critica muitas das interpretações de Dworkin de sua própria obra. Afirma que sua teoria pode assumir uma postura descritiva, e simultaneamente, formular uma teoria positivista que preveja standards morais. Em relação a teoria do poder discricionário defenderá sua teoria,

³ As críticas de Dworkin ao positivismo, bem como alguns aspectos da sua teoria, serão mais bem explanadas no decorrer da dissertação.

e afirmará que é incrédulo a teoria de Dworkin de critérios morais objetivos como regulando o julgamento do juiz.

Em 2006, no livro *Justiça de Toga (Justice in Robes)* pode-se encontrar uma tréplica de Dworkin em relação aos argumentos de Hart. Ele irá criticar principalmente a tentativa de Hart de preservar sua teoria como descritiva e denominará tal teoria como “arquimediana”. Dworkin afirmará que é impossível assumir uma postura descritiva nos moldes assumidos por Hart, haja vista a impossibilidade do teórico do direito de não participar das controvérsias teóricas que constituem as práticas jurídicas.

No cenário nacional, pode-se citar o Neoconstitucionalismo e o Direito Constitucional como searas do Direito Brasileiro, no qual a teoria de Dworkin e sua crítica ao poder discricionário foram recepcionadas.

O Neoconstitucionalismo consiste num conjunto de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional tendo como pano de fundo um marco histórico, um marco teórico e filosófico. Grosso modo, no marco histórico uma reformulação da importância do Direito Constitucional; no marco filosófico críticas ao positivismo e ascensão do pós-positivismo; e no teórico o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2015, p.12).

Luiz Roberto Barroso coloca como marco histórico do Neoconstitucionalismo o novo constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil o marco histórico foi a Constituição de 1988 (BARROSO, 2015, p.03).

A reconstitucionalização da Europa redefiniu o papel da Constituição e do Direito Constitucional nas instituições contemporâneas. Por exemplo, a lei constitucional de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, a criação de um Tribunal Constitucional Federal na Alemanha, instalado em 1951,

possibilitou uma fecunda produção teórica e jurisprudencial no âmbito dos países de tradição romano-germânica (BARROSO, 2015, p.03-04).

No Brasil a Constituição de 1988 significou um período no Brasil de saída da Ditadura Militar e a possibilidade da população repensar o significado das suas instituições e de seus direitos (BARROSO, 2015, p.04).

No ponto de vista filosófico, a positivismo “falhou” como perspectiva teórica, pois não foi capaz de prever e lidar com os regimes nazifascistas que surgiram na Europa. Dessa maneira, surgiu uma perspectiva teórica denominada de pós positivismo com o intuito de retomar a dimensão da legitimidade do Direito (BARROSO, 2015, p.04-05)⁴.

No marco teórico, aspecto mais importante para os fins deste cenário, é a importância para a Dogmática Constitucional Brasileira de uma série de problemáticas da Teoria dos Princípios recepcionadas das teorias de Hart e de Dworkin.

Pelo fato da Constituição ser dotada de normatividade, em outras palavras, suas normas devem ser aplicadas pelo Judiciário, criou-se uma série de elaborações teóricas a respeito de qual o papel do juiz e quais as técnicas interpretativas que poderiam ser formulados para ajudar o judiciário a aplicar as normas constitucionais (BARROSO, 2015, p.10-13).

A concepção de princípios e regras entra nesta circunstância. A teoria dos princípios tem como pano de fundo uma crítica, na perspectiva do Neoconstitucionalismo, a uma teoria positivista no direito brasileiro que não leva a sério a normatividade da Constituição e a sua necessidade de interpretação (BARROSO, 2015, p.12-13).

⁴ É importante afirmar que a exposição destes conceitos de “falência de positivismo” ou “superação daquele pelo pós-positivismo” é somente a explanação da concepção de positivismo do Neoconstitucionalismo de Luís Alberto Barroso. Este trabalho não tem como intuito se posicionar em relação a esta questão, mas somente explicar as principais críticas de Dworkin por meio do seu debate travado com Herbert Hart e que estas teorias influenciaram as questões da Dogmática Constitucional Brasileira.

Por outro lado, Bonavides defende ideias próximas. Ele defende que a problemática dos princípios está relacionada com a normatividade da Carta Magna, no sentido de reconhecer os princípios como standards jurídicos presentes na Constituição e que possuem função própria (BONAVIDES, 2004, p.258).

Os princípios podem ser classificados conforme determinadas fases: uma jusnaturalista, outra positivista e por ultima pós-positivista. A fase jusnaturalista se caracteriza por uma classificação de princípios abstrata e nula em que o seu sentido se confundia com postulados de justiça. Dessa maneira, os princípios possuíam uma aplicação subsidiária, como por exemplo, no caso de preencher lacunas jurídicas (BONAVIDES, 2004, p.259-262).

Na fase positivista os princípios são incorporados como aspectos das próprias leis e da constituição. O que caracterizam eles é a sua generalidade no sentido de que são normais mais gerais e hierarquicamente superiores que tem como função fornecer algum tipo de sistema coerente. O que diferencia os princípios na fase positivista da fase jusnaturalista é que neste os princípios são retirados de algum postulado da justiça; enquanto daquele são retirados da própria lei (BONAVIDES, 2004, p.264).

Já na fase pós-positivista Bonavides explicita que o jusnaturalismo e o positivismo sofreram um duro golpe. E coloca a teoria de Dworkin como uma teoria que realiza uma diferenciação entre princípios e regras e ambos são dotados de normatividade (BONAVIDES, 2004, p.265-266).

E aqui Bonavides coloca uma série de problemáticas a respeito da teoria dos Princípios como a função na argumentação jurídica das regras e princípios e os conflitos entre as normas no caso concreto, que perduram até hoje (BONAVIDES, 2004, p.281-283).

No cenário internacional, as teorias de Dworkin e Hart, como serão demonstradas por esta dissertação em mais detalhes, trouxeram

contribuições significativas para repensar o conceito de direito com a linguagem, a moral e a política.

Em Hart houve uma reformulação do direito para se pensá-lo como regras jurídicas associadas às práticas sociais e linguísticas. Como consequência, foi criado todo um arsenal teórico para um positivismo mais sofisticado que enfrente as críticas do realismo jurídico e as deficiências do formalismo jurídico.

Em Dworkin, houve um renovado interesse pela problemática da decisão judicial e da relação do Direito com a política e com a interpretação. Permitiu novas estratégias teóricas para se pensar questões de fundamentação do direito e das instituições políticas, apresentando soluções para os déficits do positivismo e do realismo jurídico.

A teoria do direito de Herbert Hart

Como já afirmado anteriormente, o intuito deste trabalho é traçar algumas linhas teóricas de crítica ao positivismo jurídico, realizadas por Ronald Dworkin. Tais linhas se concentrarão em três pontos da teoria de Herbert Hart, que posteriormente serão questionados por Ronald Dworkin. Tais pontos são: (1) a natureza das regras sociais e sua compatibilidade com princípios jurídicos, o qual resultará numa problemática sobre o conceito de poder discricionário e suas implicações teóricas; (2) uma problemática sobre a teoria da regra social fundamentada em convenções que ignora a dimensão dos consensos de convicções de moralidade do Direito, nos termos de Dworkin (3) a possibilidade de problematizar o positivismo como uma teoria incapaz de prever divergências teóricas sobre o Direito, seja por ser uma teoria semântica do Direito ou modelo interpretativo convencionalista.

Logo, neste capítulo, será explanado um sucinto resumo da Teoria de Hart abordando o primeiro dos pontos, a questão dos princípios e do poder discricionário, haja vista Dworkin realizar uma crítica direta a teoria de Hart.

Em relação aos três pontos restantes, a crítica aos consensos de convenção, as teorias semânticas e ao convencionalismo jurídico, já corresponde a críticas que vão além da teoria de Hart, e são necessárias considerações introdutórias da própria teoria de Dworkin, já mais desenvolvida, para entender a reinterpretação da teoria de Hart.

Tal abordagem sobre a teoria de Hart será realizada por meio da explanação de dois subcapítulos. No primeiro subcapítulo será feito

referência ao pano de fundo teórico da filosofia da linguagem e da sociologia na teoria de Hart, o contexto o qual se situa a obra de Hart, alguns conceitos chaves para entender a natureza das regras sociais como os conceitos de aspecto interno e externo das regras e as regras secundárias e primárias, e por fim, uma sinalização de como tais referências teóricas e contextuais irão desembocar numa teoria da decisão judicial que defende um poder discricionário em decorrência da textura aberta do direito.

No segundo subcapítulo será explicitada teoria do poder discricionário de Hart e a sua concepção de textura aberta. Será explanado que tais conceitos respondem a questões de uma problemática de Hart de enfrentar os desafios do formalismo jurídico e do realismo jurídico. Por fim, será afirmado que é a partir destes conceitos que Dworkin irá criticar o positivismo de Hart.

2.1 A teoria das regras sociais

De acordo com MacCormick a grande contribuição da teoria de Hart foi combinar na sua teoria do direito, de linha juspositivista, uma abordagem analítica dos conceitos jurídicos que busque ferramentas teóricas retiradas da filosofia da linguagem e da sociologia. Desta maneira, a teoria de Hart consiste numa combinação sofisticada entre uma teoria jusfilosófica revisitada com novos elementos da filosofia da linguagem e da sociologia (MACCORMICK, 2010, p.47-48).

Conforme César Rodriguez o positivismo anglo saxão de Hart se caracteriza por se posicionar perante as teorias jurídicas de autores como John Austin e Jeremy Bentham, elaborados nos finais do século XVIII. O positivismo, de acordo com Bentham e Hart, é estruturado em dois pilares: por uma parte, a defesa de uma separação entre o que o Direito “é” e o que ele “deveria ser” ou entre uma teoria jurídica analítica ou descritiva e uma teoria jurídica crítica ou avaliativa. Por outra parte, que os fundamentos

de um sistema jurídico não devem ser buscados em nenhuma teoria moral ou justificativa, mas somente numa teoria moralmente neutra (RODRIGUEZ, 1997; p.22-23).

Já Maccormick afirma que o pano de fundo teórico de Hart é marcado pela influência da filosofia de John Austin e Ludwig Wittgenstein, com sua problemática analítica da linguagem e análise dos conceitos, e pela teoria de Peter Winch e de Max Weber, os quais no campo das ciências sociais, realizaram uma aproximação da problemática do entendimento interpretativo (*verstehen*¹) na abordagem das regras sociais e uma descrição comportamental externa, no sentido moralmente neutro, das ações sociais e das instituições sociais (MACCORMICK, 2010, p.48).

Com esse instrumental teórico, tanto da filosofia da linguagem quanto da sociologia, Hart pode enfatizar o caráter “significativo” da conduta humana, no sentido, de que só é possível compreender uma conduta social ou jurídica se partir do pressuposto de que tal conduta é dotada de um sentido compartilhado socialmente. Desta maneira, o conceito de regra social ganha preponderância.

Assim, o conceito de regra social, para os fins deste trabalho que é identificar as problemáticas a respeito do poder discricionário em Hart e Dworkin, ganhará no mínimo dois sentidos.

Por um lado, o conceito de regra, como já explanado, está associado ao empreendimento teórico de Hart de investigar o direito numa combinação da tradição positivista com a filosofia da linguagem e da sociologia. O que será mais importante nesta perspectiva do conceito de “regra” é que a grande novidade de Hart para a tradição jusfilosófica anglo-saxã é introduzir a problemática do sentido ou da perspectiva interna para

¹ O termo alemão *verstehen*, que é traduzido para o português como o conceito de “compreensão”, é utilizado neste trabalho com o intuito de evidenciar, a respeito do pano de fundo teórico de Hart, que a perspectiva interna e o conceito de regra de sua teoria remetem a uma discussão das Ciências Sociais associados a teóricos como Dilthey que investigam a problemática do compreender ligada a uma teoria da ação social (HABERMAS, 2012, p.207).

compreender o direito. Como consequência, o conceito de “regra” se confunde com a própria teoria de Hart, no sentido de que sua abordagem descritiva do direito pressupõe que as práticas jurídicas são estruturadas por um sentido interno (HART, 2007).

Por outro lado, o conceito de regra está associado a um conceito de “standard jurídico” e mais próximo da problemática do poder discricionário e do debate da teoria dos princípios. De acordo com a teoria de Ronald Dworkin a “regra” consiste numa espécie de norma jurídica, encontrada em alguns casos jurídicos do direito inglês e norte-americano, que possui determinadas características como: (1) são aplicadas na base do “tudo ou nada”; (2) dependem de uma mensuração e reconhecimento por uma regra de reconhecimento e (3) só admite direitos que sejam extraídos de regras explícitas (DWORKIN, 2011)².

Nesse viés, os princípios são standards jurídicos diferentes das regras. Eles possuem as características: (1) de possuírem uma dimensão de peso, ao invés de uma dimensão de “tudo ou nada”; (2) de não dependerem de uma mensuração ou um teste de pedigree para o seu reconhecimento; (3) e de admitirem que direitos sejam extraídos das intuições básicas de uma moralidade política compartilhada por uma comunidade jurídica (DWORKIN, 2011).

São nessas questões, a respeito do conceito de princípios e regras, abordados por Dworkin e Hart que se abre o problema do poder discricionário. Este será conceituado em Hart como um poder criativo do juiz de, no caso concreto, suprir as lacunas do ordenamento jurídico decorrentes da indeterminação das regras jurídicas ou o sua textura aberta. Já em Dworkin tal conceito de poder discricionário possuirá várias conceituações conforme a perspectiva crítica que ele se situar.

² Os conceitos de princípios, regras e poder discricionários, na Teoria de Ronald Dworkin, serão aprofundados no decorrer do trabalho, principalmente a partir do capítulo 3.

Assim este tópico realizará algumas considerações sobre o conceito de regra social se atendo a sua relação com a questão do sentido, o que remeterá logo à frente, aos conceitos de aspecto interno e externo das regras e, posteriormente, será explanada a diferença entre regras primárias e secundárias. Dessa maneira, será abordada a questão da regra, neste primeiro momento, não como um standard jurídico, mas como o próprio corpo da teoria de Hart.

De maneira indireta este conceito de regra é importante por um duplo motivo: primeiro que ela é o pano de fundo para o conceito de poder discricionário que será explicado no próximo subcapítulo; segundo que Dworkin, na fase mais madura de sua teoria, realizará uma crítica à teoria de Hart que será dirigida aos próprios fundamentos da teoria de Hart³.

A teoria de Hart tem como intuito fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. Geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídico concreto, mas procura explicar e clarificar o direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras normativas (HART, 2007, p.300).

Descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não têm propósitos de justificação; não pretendem justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas do Direito (HART, 2007, p.301).

Nesse viés, a principal preocupação de Herbert Hart é a respeito de uma teoria da regra social. São realizadas perguntas como: O que são regras? Como diferem as regras de meros hábitos ou regularidades de comportamento? Há tipos radicalmente diferentes de regras jurídicas? Além de outros possíveis questionamentos (HART, 2007, p.301).

Pelo fato do positivismo de Hart ser uma teoria neutra em relação à dimensão de justificação do Direito, o qual remete a problemática da

³ Tais críticas de Dworkin serão explanadas a partir do capítulo 3.

legitimidade, pode-se perceber que no nível de uma formulação da teoria da regra social, Hart dissocia problemáticas morais de problemáticas jurídicas. Como será demonstrada no decorrer deste subcapítulo, a teoria das regras sociais se atende somente à problemática do sentido das regras sociais e jurídicas, não se preocupando com o aspecto justificatório e moral do direito, os quais resultarão na opinião de Dworkin, no pano de fundo da teoria do poder discricionário (DWORKIN, 2011).

Somado a isso, será exposto neste trabalho como a concepção de regra social de Hart se relaciona com a sua teoria da aplicação da lei que aloja uma defesa de um poder discricionário em decorrência da textura aberta do direito. Tal avaliação e relação demonstram que Dworkin utiliza, no mínimo, duas problemáticas sobre a questão do poder discricionário. Uma a respeito da não previsão, pelo positivismo de Hart, de princípios como standards jurídicos válidos, em decorrência de sua teoria como um modelo de regras; e, outra, sobre a incapacidade da teoria de Hart de compreender adequadamente as controvérsias judiciais nos casos jurídicos, os quais exigem uma teoria da interpretação que seja sensível aos consensos de convicção de moralidade que fundamentam o direito.

Hart afirma que existem duas perspectivas os quais se pode abordar o direito. Uma perspectiva assume um ponto de vista externo de como se manifestam as práticas jurídicas, no sentido de explicitar tais fenômenos numa perspectiva de observador. Não importará necessariamente que o teórico do direito compreenda o sentido das práticas realizadas pelos agentes, mas ele pode se contentar em apreender as regularidades observáveis do comportamento, como por exemplo, o fato de que as pessoas podem escolher seguir uma regra por medo de uma sanção (HART, 2007, p.100; RODRIGUEZ, 1997, p.30-32).⁴

⁴ Maccormick é crítico em relação a esse binômio. Este intérprete de Hart desenvolve uma reinterpretação analítica desses conceitos diferenciando no mínimo quatro conceitos. No caso da perspectiva interna, ele destrincha os

A perspectiva externa para Hart é relevante, haja vista que explicita o fato do Direito de ser uma instituição o qual necessita da sanção. Pelo fato do direito utilizar mecanismos de coerção, a perspectiva do observador pode se tornar útil para explicitar como determinados agentes podem guiar sua conduta tendo em vista uma previsível punição em caso de violação de uma regra. (HART, 2007, p.100)

Já a perspectiva interna, para Hart, consiste no seu argumento mais forte para retomar uma série de problemáticas da Filosofia do Direito quanto à natureza do que é o Direito. Hart defende que o direito não pode ser compreendido somente assumindo uma perspectiva externa do seu funcionamento, mas é necessário também partir do pressuposto de que os membros de uma comunidade jurídica compreendem suas próprias condutas como dotadas de sentido, ou seja, como dotadas de razões. (HART, 2007, p.100)

Para defender tal argumento, Hart defende que o direito é constituído por um conjunto de regras os quais permitem que um membro da comunidade jurídica compreenda um conceito de obrigação jurídica.

Hart critica a tradição jurídica das ordens coercitivas, o qual preceitua que uma determinada obrigação jurídica ocorre pelo fato de um soberano impor uma determinada obrigação e, em decorrência dos membros de uma comunidade jurídica obedecer de forma habitual tal mandamento, pode-se apreender o sentido do que seja uma obrigação jurídica. (HART, 2007, p.92)

Tal teoria padece do fato de não realizar uma diferenciação adequada entre “ser obrigado de fazer algo” e que “tinha uma obrigação de fazer”. Quando se realiza uma conduta social, por exemplo, entregar um dinheiro no caso de um assalto, a pessoa que está entregando o dinheiro pode

conceitos de aceitação forte e aceitação fraca. E no caso da perspectiva externa, ele realiza uma diferença entre “ponto de vista externo extremo” e “ponto de vista externo não extremo” (MACCORMICK, 2010, p.54-57).

realizar tal conduta por uma série de motivos sociais e psicológicos (como o medo de morrer ou se machucar). Nesse caso, pode se dizer que está pessoa “foi obrigada de fazer algo”, mas não “que tinha uma obrigação de fazer”. (HART, 2007, p.92-93)

Hart explica que para ter uma compreensão adequada do que seja uma obrigação jurídica é necessário primeiro considerá-la como uma regra social com determinadas características. E para conceitua-la desta maneira Hart estabelece três critérios.

Primeiro uma regra significa que sua prática não consiste num mero hábito ou um padrão repetitivo. É necessário também que a regra que constitua a prática possibilite o desvio da própria prática. Ou seja, a regra possui uma normatividade para conduta intrínseca (HART, 2007, p.95).

Segundo que é necessário que subjaza a esta regra social certa presença social, no sentido de que elas exercem uma séria influência na conduta do agir dos indivíduos, haja vista tratarem da manutenção da vida social (HART, 2007, p.97).

Terceiro tais regras possibilitam uma espécie de vínculo objetivo entre os seus destinatários. O que significa que a regra independe, apesar de estar relacionada, com a vontade individual deles. Como consequência é previsível que o interesse dos indivíduos e as regras sociais objetivas sempre entrem em tensão (HART, 2007, p.97).

Com tais critérios, Hart pode diferenciar uma regra que possibilite uma obrigação jurídica de uma regra de etiqueta ou do falar que preceitue determinados deveres sociais. Hart acredita que “uma obrigação” somente pode ser considerada como tal, quando são dotadas das características mencionadas. (HART, 2007, p.96)

O que será importante para Hart, no quadro de seu debate com uma tradição jurídica que se pergunta pela natureza do Direito, é que uma regra jurídica seja dotada de significado num mundo social. A conduta dos

indivíduos somente pode ser compreendida se partir do pressuposto de que sua prática é dotada de um aspecto interno, e não se resume a aspectos observáveis, os quais podem ser apreendidos num ponto de vista externo (HART, 2007, p.99-100; MACCORMICK, 2010, p. 47-48).

Entretanto, ainda resta o problema de caracterizar como as regras jurídicas possibilitam uma concepção de obrigação jurídica nos sistemas jurídicos modernos.

Hart explicita esse problema afirmando que nesses sistemas jurídicos podem ser encontradas duas formas de regras: as primárias e as secundárias. As regras primárias impõem deveres positivos (ações) ou negativos (omissões) aos indivíduos. Já as regras secundárias outorgam potestade aos particulares ou as autoridades públicas para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das regras de tipo primário. (HART, 2007, p.104; RODRIGUEZ, 1997, p.25-26)

Hart afirma que diferentemente das sociedades primitivas, os quais só possuem as regras primárias, os sistemas jurídicos modernos precisam lidar com três questões que dizem respeito à relação do direito com a dinâmica social: o caráter incerto, estático e ineficaz das regras jurídicas.

A questão do caráter incerto trata do problema do direito manter sua própria identidade. Numa sociedade ocorrem situações complexas que podem se aplicar diferentes regras primárias, logo tal situação se torna um problema para o direito manter sua identidade e se diferenciar de outras regras sociais. (HART, 2007, p.102)

O caráter estático se refere ao problema do direito se reproduzir e modificar no tempo. A sociedade está sempre em mudança e o direito precisa de mecanismos para se adaptar as novas situações, se utilizando de formas para modificar as regras primárias conforme as necessidades sociais. (HART, 2007, p.102-103)

E o caráter ineficaz trata do problema dos conflitos. Numa sociedade sempre existirão conflitos intermináveis os quais exigem uma autoridade que possa resolver e estabilizar estes fenômenos. Dessa maneira é necessário que o direito crie mecanismos para definir quem são as autoridades que irão resolver estas questões. (HART, 2007, p.103)

Como forma de resolução desta questão Hart irá desenvolver três espécies diferentes de regras secundárias. Para o problema da incerteza será explicitada a regra de reconhecimento. Para o problema do caráter estático será explicada a regra de alteração. E, por fim, para o problema do caráter ineficaz será explicitada a regra de julgamento.

A regra de reconhecimento se constitui como um conjunto de regras dos sistemas jurídicos modernos de poderem criar padrões de reconhecimento de autoridade que fazem com que em casos de conflitos regras pode se identificar qual é a válida. (HART, 2007, p. 105)

As regras de alteração atribuem a um indivíduo ou conjunto de indivíduos o poder de criar novas regras primárias. Aqui se aplica os atos legislativos que atribuem o Direito a capacidade modificar suas leis e se adaptarem a dinâmica social (HART, 2007, p.105-106).

Por fim, as regras de julgamento, predominantes num processo judicial, os quais permitem que numa determinado conflito judicial se possa determinar qual norma será aplicada, qual indivíduo será punido e a forma como o processo pode ser conduzido. (HART, 2007, p.106-107)

Dessa maneira Hart afirma que o aspecto interno se manifesta tanto na perspectiva das regras primárias quanto das regras secundárias. No caso das regras primárias, o aspecto interno consegue demonstrar o sentido dos conceitos de “dever” e “obrigação”, permitindo que exista um padrão crítico para avaliar as condutas sociais e como justificativa de conformidade, pressão social e castigo.

E no caso das regras secundárias, como já fora demonstrado, os fenômenos como a ineficácia e caráter estático do direito os quais correspondem, respectivamente, ao problema da jurisdição e da legislação devem ser concebidos como dotados de regras de julgamento e de alteração, que pressupõem a perspectiva interna para a sua compreensão (HART, 2007, p.108).

Assim, fora demonstrado alguns aspectos da teoria da Regra Social e sua classificação e divisão das Regras Primárias e Secundárias com o intuito de responder a tradição do positivismo jurídico que fundamenta o conceito de obrigação jurídica em ordens coercitivas, no qual um soberano impõe uma determinada obrigação e os membros de uma comunidade jurídica obedecem tal imposição de forma habitual.

Hart irá retomar a problemática do significado da ação social humana, com um pano de fundo positivista geral e descritivo, no sentido de que não está preocupado com nenhum sistema jurídico concreto e não possui uma preocupação de justificação do Direito.

Como consequência, Hart irá realizar uma dissociação entre direito e moral, no nível da teoria das regras sociais, o qual corresponderá, logo à frente, a uma crítica de Dworkin ao pano de fundo convencional da teoria Hart que ignora os consensos de convicção (HART, 2007, p.300-302) ⁵.

Tais questões já citadas e, posteriormente desenvolvidas, servem como um introito para avaliar como tal pano de fundo teórico impacta na teoria do papel judicial positivista. É o que será explanado no subcapítulo seguinte.

2.2 A teoria do papel judicial de Hart

Neste subcapítulo, será abordada a parte fundamental da discussão de Hart e Dworkin. Tal discussão se refere à problemática do poder

⁵ O próprio Hart reconhece tal crítica (HART, 2007, p.317-318).

discricionário sobre uma perspectiva dos princípios jurídicos num modelo de regras e de uma teoria do Direito que de maneira adequada explicita como ocorrem às controvérsias judiciais na decisão judicial.

Explicitado a teoria das regras sociais e a divisão entre regras primárias e secundárias, os conceitos de regra de conhecimento, de textura aberta e poder discricionário ganharão importância fundamental neste trabalho, pois conforme a teoria de Dworkin, tal conceitos elucidam a maneira como Hart pensa a decisão judicial.

É importante lembrar que a teoria das regras sociais é uma teoria neutra em relação à problemática da justificação do Direito. Em outras palavras, a teoria de Hart não está preocupada em buscar em alguma dimensão de moralidade da maneira como o Direito “deveria ser”.

Como consequência, o objetivo mais geral deste subcapítulo é procurar explicitar como uma teoria neutra das regras sociais desenvolve uma teoria sobre o papel judicial, o qual defende uma indeterminação da linguagem cotidiana e jurídica e a defesa de um poder discricionário do juiz.

E o objetivo mais específico deste subcapítulo, será explicitar que a teoria do papel judicial de Hart, consiste: (1) numa teoria que tem como contexto um posicionamento perante o Formalismo Jurídico e o Realismo Jurídico; (2) numa teoria que tem como pano de fundo uma concepção de regra social e linguagem o qual parte do pressuposto de uma indeterminação social das normas inerente às interações humana; tal indeterminação faz o Direito possuir uma textura aberta; (3) que tal textura aberta resulta num impacto no Direito com a adoção de “técnicas” para lidar com a indeterminação do Direito em regular as condutas sociais e na Teoria dos Precedentes e das Leis; (5) por fim, o Poder Discricionário como uma característica das Jurisdições Modernas o qual será criticada por Dworkin.

De acordo com MacCormick qualquer teoria positivista que trabalhe com o conceito de “regras” precisa se posicionar em relação à tradição jurídica do Formalismo Jurídico. Tal tradição consiste numa abordagem jurídica, que teve seu apogeu nas décadas intermediárias do século XIX. Tal abordagem teve diferentes manifestações na França, na Inglaterra, na Alemanha e nos Estados Unidos. Mas o que caracterizou tais teorias foi certa concepção “formal” do Direito, no sentido de que o Direito e as normas deveriam ser estudados sem nenhum contato com a realidade social, ou seja, cientificamente, e que o juiz possuía somente a incumbência de aplicar a lei, sem precisar interpretá-la (MACCORMICK, 2010, p.165).

Em contraposição a este formalismo surgiu o “Realismo Jurídico”, o qual desenvolveu uma teoria de “ceticismo sobre regras”. Tais teorias enfatizam a necessidade de atenção às decisões reais e juridicamente prescritivas dos tribunais. Tais teorias são incrédulas à capacidade das regras jurídicas de oferecerem parâmetros de previsão das decisões judiciais, haja vista que, o Direito é aquilo que os tribunais ou os juízes dizem que é (MACCORMICK, 2010, p. 166).

Dessa maneira, de acordo com Neil MacCormick, o intuito de Hart é desenvolver uma teoria sobre as regras e o papel judicial que defenda que o Direito não é somente um conjunto de hábitos ou condutas realizadas pelos juízes ao decidirem, mas existe um sentido ou regra pública compartilhada pelo sistema jurídico que dota de “juridicidade” ou normatividade tais decisões. Por outro lado, apesar de defender o caráter formal das regras jurídicas, manifestados no precedente e nas leis, Hart defende certa indeterminação das regras jurídicas que abrem a possibilidade de um poder discricionário a ser realizado pelo juiz (MACCORMICK, 2010, p.166).

Para explicitar melhor tais respostas ao formalismo jurídico e ao realismo jurídico é necessário explicar em mais detalhes como se desenvolve a teoria do papel judicial de Hart.

Hart, coerente com a sua teoria das regras que vincula as práticas jurídicas à linguagem cotidiana e às regras sociais, começa afirmando que em qualquer sociedade são os padrões e regras gerais que permitem a função de controle social. É por meio dessa generalidade inerente a esses padrões que é possível criar normas abstratas que se refiram não a pessoas, atos e circunstâncias de forma isolada, mas ao contrário, se refiram a categorias de pessoas, atos e circunstâncias de maneira geral, de tal forma que um grande número de indivíduos possa ser ordenado (HART, 2007, p.137).

O que Hart está defendendo é que nas próprias práticas sociais, nos quais se manifestam as regras é necessário um caráter abstrato na sua constituição que permitirá que diferentes pessoas e circunstâncias possam ser organizadas e normatizadas.

Hart afirma que a legislação e os precedentes são exemplos de instituições nos quais o caráter abstrato das normas se manifesta. E os próprios processos de aprendizagem social, como um pai ensinando um filho uma regra social são práticas em que se expressam esse caráter abstrato (HART, 2007, p.137).

Do caráter abstrato das normas sociais, Hart associa ao caráter indefinido da linguagem. A indeterminação da linguagem possui tanto a possibilidade de integrar socialmente uma comunidade como de gerar incerteza quanto a sua aplicação (HART, 2007, p. 138-139).

É esse último aspecto que vai interessar a este trabalho. A tradição teórica de Hart, associado a uma problemática da filosofia da linguagem, como já explanado, vem desenvolvendo progressivamente a consciência do caráter indeterminadas da linguagem e das normas sociais. Como consequência, para a teoria do direito a tradição “silogística” do formalismo jurídico que pensa numa aplicação da norma jurídica somente como uma “subsunção” da norma ao caso concreto não consegue lidar com a

complexidade e variedade de situações que ocorrem no dia-dia (HART, 2007, p.139-140).

Isso porque a linguagem humana assim como o direito, o qual é constituído linguisticamente, é dotado de uma textura aberta. A textura aberta no direito significa áreas de conduta indeterminadas os quais devem ser preenchidas pelos funcionários e pelos tribunais. (HART, 2007, p.148; RODRIGUEZ, 1997, p.33)

A tradição jurídica, devido ao caráter ambivalente e paradoxal da linguagem e das regras sociais, que por um lado são indeterminadas na sua aplicação cotidiana, por outro são definidas a tal ponto que permitem a integração social, oscila entre uma postura com as leis e as normas de destacar a necessidade de indeterminação da mesma ou a necessidade de determinação e previsibilidade. (HART, 2007, p.143)

Desta maneira a tradição jurídica de Hart tem criado algumas técnicas para lidar com essa oscilação. A primeira técnica consiste no fato de que o Poder Legislativo às vezes precisa criar padrões muito gerais para regular socialmente as práticas cotidiana. Entretanto, como são padrões muito gerais é necessário delegar a um corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas as suas necessidades especiais (HART, 2007, p.143-144).

A segunda técnica consiste na “diligência devida”(due care). Hart afirma que tal exigência consiste num instituto do Direito Civil Inglês no qual serve como critério para se aferir a culpa e o dano. A pessoa, num caso concreto, não toma os devidos cuidados e acaba causando o dano a outrem. O que vai importar para Hart é que tal instituto serve como um exemplo de técnica do Direito o qual exige que as pessoas nas relações sociais tenham cuidado uns com os outros, o que equivale à exigência de que as pessoas interpretam as normas sociais (os quais são

indeterminadas) no caso concreto e remetam para os tribunais tais situações e interpretações para que estes possam transformar em precedentes (HART, 2007, p.145-146).⁶

Hart afirma que no âmbito direito inglês, o qual predomina a teoria dos precedentes, se manifesta também a textura aberta. E isso de três maneiras. Primeiro não há um método único de determinar a regra relativamente à qual um dado precedente dotada de autoridade funciona como autoridade. Segundo, não há nenhuma formulação dotada de autoridade ou unicamente correta de qualquer regra que deva extrair-se dos casos (HART, 2007, p.147-148).

E em terceiro, seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter é compatível com o exercício dos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de atividade criadora ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida num precedente e da admissão de alguma exceção a ela que não foi antes considerada ou, se for considerada, foi deixada em aberto. Este processo de distinção do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formuladas a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior (HART, 2007, p.148).

Em decorrência da textura aberta do Direito, conforme as duas técnicas anteriormente citadas e as três características de criação pelos

⁶ A problemática da diligência devida possui uma correspondência próxima, no Direito Brasileiro, com as problemáticas da Responsabilidade Civil, os quais envolvem também os conceitos de culpa e dano, encontrado no artigo 927 do *Código Civil*.

tribunais na Teoria dos Precedentes é que Hart vai concluir que no âmbito do Processo Judicial nos tribunais existe um Poder Discricionário (HART, 2007, p.149).

Tal Poder Discricionário se manifesta capacidade dos Tribunais e dos Juízes de exercer uma função criadora de regras semelhantes ao que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Hart afirma que num sistema em que o *stare decisis*⁷ é firmemente reconhecido esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. (HART, 2007, p.149)

César Rodríguez explicita que para Hart, quando existe mais de uma possibilidade de solução para um caso concreto, o juiz tem discricionariedade para escolher entre elas. Este poder é semelhante ao das autoridades administrativas quando regulamentam uma lei que estabelece somente normas gerais (RODRIGUEZ, 1997, p.71).

Tais normas gerais não sugerem ao juiz um resultado determinado, porque não existe uma única regra ou standard jurídico relevante para o caso porque a regra existente é vaga; portanto, o juiz não descobre a solução no direito vigente, senão que a cria. O juiz define somente depois do caso concreto, e não de maneira pré-determinada pela lei ou os precedentes, os direitos e deveres que têm as partes invocadas no litígio (RODRIGUEZ, 1997, p.71).

Dessa maneira, por um lado, a teoria das regras sociais, com sua teoria do aspecto interno das regras, permitirá que seja desenvolvida no âmbito da decisão judicial uma relação do sentido compreensivo com as práticas jurídicas, o que significa não conceber as regras jurídicas nem

⁷ A regra do *stare decisis* consiste num instituto tanto do Direito Inglês quanto do Norte Americano no qual preceitua que uma Corte deve seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares. Deste modo, os casos decididos anteriormente formam um conjunto de precedentes que vinculam as cortes em decisões subsequentes (FINE, 2011, p.76; DAVID, 2002, p.489).

como regras abstratas desprovidas da realidade como prega o Formalismo Jurídico ou que se resumam a um conjunto de previsões daquilo que os juízes realizam como prega o Realismo Jurídico.

Mas por outro, a Teoria de Hart terá como consequência os conceitos de textura aberta e poder discricionário, os quais, na perspectiva de Ronald Dworkin, serão criticados devido a uma série de fatores, dentre eles o resumo da teoria do Direito a um modelo de regras, que ignora os princípios jurídicos, e uma teoria jusfilosófica inadequada para lidar com as controvérsias judiciais.

Tais críticas serão iniciadas no próximo capítulo.

As críticas de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico

O intuito desse capítulo é apresentar a Teoria de Dworkin por meio de suas críticas ao Positivismo de Herbert Hart.

De acordo com Scott J. Shapiro existe duas fases da crítica de Dworkin ao Positivismo. A primeira realizada em 1967, tendo como marco o seu artigo *O modelo regras I* o qual difere da crítica que ele realizou em 1986, iniciada no seu artigo *O modelo de regras II* e culminando no seu livro *Império do Direito* (SHAPIRO, 2007, p.04)¹².

O que significa que a crítica realizada ao Poder Discrecionário na abordagem sobre o Modelo de Regras difere da realizada na abordagem dos Consensos de Convenção, das Teorias Semânticas e Convencionalistas³ (SHAPIRO, 2007, p.04).

Para Shapiro a principal problemática que atravessa o debate Hart e Dworkin é a relação entre moralidade e legalidade. A argumentação de Dworkin é defender que o direito não é determinado somente por fatos sociais, mas por fatos morais, o que resulta que o direito positivo é determinado, minimamente, pela moral (SHAPIRO, 2007, p.05).

Já o positivismo de Hart se opõe ao modo dessa vinculação e irá afirmar que a relação entre moral e direito é somente aparente, e que o pano

¹ Baseado no seu artigo “*The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed*”.

² Já César Rodriguez expõe que a segunda fase da crítica de Dworkin, a da teoria da Integridade, foi levada a cabo em duas etapas: a primeira, representada em uma série de artigos escritos entre 1978 e 1985 e recompilados no livro *Uma questão de Princípio*. Aqui foram estabelecidas as linhas centrais que depois seriam expostas sistematicamente na outra etapa. Esta segunda fase, é representada pelo livro *Império do Direito* (RODRIGUEZ, 1997, p.40-41).

³ É importante considerar que Shapiro utiliza somente as Teorias Semânticas como exemplo de uma crítica ao Positivismo Jurídico de não explicitar de maneira adequada as controvérsias teóricas. Entretanto, este trabalho estende a argumentação de Shapiro para afirmar que o Convencionalismo também compreende mal as divergências teóricas do Direito (SHAPIRO, 2007, p.04).

de fundo do Direito ainda é determinado pelo direito positivo e por regras sociais (SHAPIRO, 2007, p.05).

Shapiro defende que a crítica ao Positivismo de Hart, por meio da elaboração do modelo de regras e do conceito de princípios jurídicos, irá mudar a partir do texto *Modelo de Regras II* e, completamente desenvolvido em o Império do Direito.

No *Modelo de Regras I*, Dworkin irá centrar sua crítica ao positivismo jurídico de Hart por meio de reinterpretação da teoria dele afirmando que ela consiste num modelo de regras que é incapaz de identificar princípios jurídicos no direito norte americano e inglês. Como consequência, tal teoria admite um poder discricionário que não se justifica moralmente, além de dificultar o controle da argumentação do juiz (SHAPIRO, 2007, 6-14).

Já os argumentos em 1986 são que o positivismo jurídico é deficitário não pelo fato de não conceber os princípios jurídicos como standards pertencentes ao direito norte americano e inglês, mas em decorrência da teoria de Hart ser uma teoria inadequada para lidar com as divergências teóricas que os participantes de uma comunidade jurídica possuem a respeito da interpretação jurídica. A hipótese de Dworkin será que somente uma teoria moral, com seu pano de fundo de um consenso de convicção, poderá dar condições para a elucidação de tais discussões (SHAPIRO, 2007, p.26-27).

Tendo como pano de fundo essa periodização de Shapiro, e partindo do pressuposto que uma discussão sobre o papel judicial do Juiz pode servir como fio condutor para avaliar a relação entre legalidade e moralidade no Direito, este trabalho irá dividir este capítulo em quatro subcapítulos justamente com o intuito de detalhar as duas periodizações acima.

Irá defender que na primeira periodização predominou a primeira crítica ao positivismo jurídico, expressa numa crítica ao modelo de regras e ao conceito de poder discricionário, por meio de uma teoria dos Princípios.

Já na segunda periodização se manifestam a segunda, a terceira e a quarta crítica, os quais correspondem respectivamente, a uma crítica: ao pano de fundo convencional das regras sociais, por meio do contraste entre consenso de convicção e consenso de convenção; através de uma reinterpretação do positivismo como uma teoria Semântica, afirmando que o positivismo possui um agulhão semântico; e quarto, reinterpretando o positivismo como um paradigma Convencionalista, o qual concebe as divergências teóricas como divergências a respeito da interpretação explícita de convenções jurídicas.

Tais argumentos serão detalhados no decorrer dos subcapítulos.

3.1 A crítica ao modelo de regras

Este primeiro subcapítulo tratará de uma primeira crítica que Dworkin realiza contra o positivismo de Hart ligado ao seu conceito de poder discricionário. Tal crítica se realizará através da defesa de Dworkin de que o positivismo defende um modelo de regras o qual não concebe outros standards jurídicos como os princípios jurídicos.

Este subcapítulo exporá as três críticas de Dworkin ao que ele considera as três teses centrais do positivismo e, ao final do subcapítulo, será demonstrada as suas insuficiências. Além disso, será exposto o conceito de princípios e de políticas, em contraposição ao conceito de regras, justamente com o intuito de demonstrar como o modelo regras é incapaz de prever aqueles outros standards.

Depois será realizada uma associação entre o conceito de princípio e o conceito de poder discricionário, demonstrando que um modelo de regras que não prevê princípios jurídicos, sempre considerará a aplicação de standards morais ao direito como extralegais e referentes ao discernimento pessoal. Aqui também serão expostos os dois sentidos de poder discricionário fraco e um sentido de poder discricionário forte, e como

Dworkin afirma que o positivismo defende este último. Como consequência, será criticado o sentido do poder discricionário forte e, ao mesmo tempo, rebatida as três teses centrais do positivismo, o qual corresponde ao pano de fundo daquele conceito.

Este trabalho irá concluir que as questões levantadas neste subcapítulo giram em torno do conceito de princípio e, a partir do próximo subcapítulo, a discussão teórica de Dworkin criticará não somente um modelo de regras, mas os fundamentos convencionais da teoria das regras sociais.

Dworkin afirma que o positivismo possui algumas poucas proposições centrais. Primeiro, ele defende um teste para avaliar a validade de uma norma jurídica. Segundo, o direito é estruturado por meio de standards de regras, os quais preceituam que em caso de lacuna é cabível o exercício de um Poder Discricionário. Terceiro, a tese da obrigação jurídica. Cada uma dessas proposições é definida nos parágrafos seguintes (DWORKIN, 2011, p. 27-28).

O Teste de pedigree, defendido pelo positivismo, consiste num conjunto de regras determinadas pela comunidade o qual oferece critérios para dizer quem será punido ou coagido pelo poder público. Tais regras oferecem um critério de teste que não tem nada a ver com seu conteúdo, mas somente com o seu pedigree ou com a forma como foi formulada. Tais testes podem servir como medida para determinar qual regra é válida ou não, ou qual regra é jurídica e não somente do costume ou moral (DWORKIN, 2011, p.27-28).

O direito como um modelo de regras, consiste numa teoria positivista que preceitua o direito como somente dotado de standards jurídicos em formato de regras. Ou seja, na hipótese de um caso não estar previsto por esses standards, o juiz poderá utilizar o seu “discernimento pessoal” ou um poder discricionário para encontrar por meio de argumentos

extralegais a possibilidade de resolver um conflito jurídico (DWORKIN, 2011, p.28).

A tese da obrigação jurídica afirma que os direitos só podem ser emanados pelos critérios institucionais extraídos daquele conjunto de regras que dizem o que é o direito. Caso o juiz utilize o poder discricionário para resolver tal questão, ele não está reconhecendo um direito pré-existente, mas criando um direito novo (DWORKIN, 2011, p.28).

Dworkin identifica estas três proposições no positivismo de Herbert Hart. Ele afirma que Hart defende uma textura aberta do direito, haja vista o direito, constituído de regras jurídicas, possuir limites imprecisos sobre a sua aplicabilidade e que, em decorrência disso, os juízes possuem poder discricionário para decidir esses por meio de nova legislação (DWORKIN, 2011, p.35).

Dworkin afirma que o positivismo possui um déficit teórico, com seu modelo de um direito constituído somente de regras, haja vista que existem outros tipos de standards jurídicos, como os argumentos de princípios e de políticas não concebidos por esse modelo (DWORKIN, 2011, p.36).

Dworkin denomina “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomina “princípios” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2011, p.36).

Dworkin não está preocupado com uma definição “ontológica” destes standards. Ele afirma que dependendo da situação, tais critérios podem

mesmo se confundir. O que importará para ele é realizar uma contraposição ao modelo de regras (DWORKIN, 2011, p.36).

Dworkin cita dois casos do direito norte americano, *Riggs contra Palmer e Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.* ⁴, para demonstrar que os princípios, como standards jurídicos, não são preceitos normativos que preceituam em termos exatos o que se deve fazer no caso concreto. Ele afirma que existem três diferenças entre os princípios e as regras. A primeira de natureza lógica, a segunda da sua dimensão de peso na argumentação e a terceira da forma que se aplicam e chocam no caso concreto (DWORKIN, 2011, p.37-38).

As regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada. Caso a regra esteja formulada e tenha seguido os critérios formulados pela regra de reconhecimento ela é válida e pode ser aplicável ao caso concreto, caso ele seja inválida não pode ser aplicável (DWORKIN, 2011, p.39).

Já os princípios estabelecem alguma razão de moralidade política para uma decisão judicial. Seu intuito não é fornecer um critério específico para prever um fato, mas oferecer dimensão moral para se argumentar no caso concreto (DWORKIN, 2011, p.41).

Além dessa diferença Dworkin estabelece outra. Os princípios jurídicos possuem uma dimensão de “peso” que as regras não possuem. Os princípios por serem standards indeterminados os quais se relacionam com uma dimensão de moralidade política oferece uma razão para a argumentação do caso concreto o qual não pode ser mensurada. Já a regra é “funcionalmente” importante, pelo fato de ela ser determinada pelo sistema jurídico, de modo funcional, por exemplo, por meio de algum objetivo de regular o comportamento. Dessa maneira, a medida da

⁴ 115 N.Y.506,22N.E.188 (1889).

importância da regra é medida pelo sistema jurídico e não por uma argumentação concreta (DWORKIN, 2011, p.43).

Outra diferença é que a regra quando entre em conflito com outra regra, somente uma delas é considerada válida. Dessa maneira, uma delas deve ser afastada ou revogada. Já os princípios, por possuírem uma dimensão de peso ou razão, ao entrarem em conflito não possuem essa dimensão de revogação ou validade (DWORKIN, 2011, p.42-43).

Depois dessa diferença entre princípio e regra, Dworkin realiza uma digressão a respeito do poder discricionário. O intuito agora é demonstrar como o conceito de princípio pode ajudar a elucidar e criticar este conceito de discricionariiedade trazido pelo positivismo de Hart.

Como já explicado, o conceito de regra exige um teste de pedigree. Logo, Dworkin afirma que em relação aos princípios jurídicos teoricamente é possível tomar duas posições. A primeira é considerar os princípios jurídicos da mesma maneira que se tratam as regras jurídicas e afirmar que eles fazem parte do direito por possuírem obrigatoriedade jurídica pautada na lei ou nos precedentes (DWORKIN, 2011, p.46-47).

Outra postura é afirmar que os princípios são standards extra legais os quais podem ser utilizados caso uma regra jurídica não tenha previsto uma resolução para o caso concreto (DWORKIN, 2011, p.47).

Dessa maneira, caso se adote segunda tese dos princípios jurídicos, se adotará a teoria do poder discricionário. E aqui, Dworkin se refere ao positivismo jurídico. Para ele, o positivismo jurídico possui uma concepção de direito baseado num modelo de regras, o qual conceberá os princípios jurídicos, caso utilizado pelo juiz, como padrões extralegais (DWORKIN, 2011, p.50).

Dworkin afirma que o conceito de poder discricionário só faz sentido quando é exigido de alguém que está encarregado de tomar decisões de

acordo com padrões estabelecidos por determinada autoridade (DWORKIN, 2011, p.50).

Dworkin realiza uma diferenciação entre dois sentidos para o poder discricionário em sentido fraco e um para o sentido forte.

O primeiro sentido para o sentido fraco se explicita como aquele caso em que a autoridade não deve aplicar mecanicamente uma norma, mas deve utilizar a sua capacidade de julgar. O segundo caso consiste naquele caso em que uma autoridade, como um funcionário público, possui o poder de realizar uma decisão e não existe outra esfera de autoridade para revisar seu julgamento (DWORKIN, 2011, p.51).

Já o poder discricionário no sentido forte consiste naquele caso em que não existe nenhum parâmetro objetivo de controle para a decisão de alguma autoridade ou para definir os limites de sua aplicação (DWORKIN, 2011, p.52-53)

O poder discricionário fraco (nos dois sentidos), para Dworkin, são empregados pelo positivismo, entretanto, é um lugar comum no Direito, no sentido de que não é incompatível com sua teoria do Direito de que os juízes devam usar sua capacidade de julgar quando existe uma regra jurídica prevendo a resolução do caso concreto. O que interessará a ele e a este trabalho é a associação da teoria positivista de Hart ao sentido forte do poder discricionário, no sentido de que quando não existe uma regra jurídica prevendo o caso concreto, o juiz deve usar de padrões “extralegais”, no caso, deve criar Direito (DWORKIN, 2011, p.54-55).

Assim ele levanta três hipóteses de como os positivistas iriam rebater a teoria dos princípios como padrões jurídicos e considerar seu uso como algo discricionário. Aqui já se verifica um prenúncio de como os princípios jurídicos vão de encontro ao modelo de regras e realiza uma crítica às três teses centrais indicados no início do capítulo.

O primeiro argumento afirma que os princípios jurídicos não poderiam ser vinculantes ou obrigatórios como as regras, pelo fato de não passar por um teste de pedigree. O segundo argumento afirma que os princípios, pelo fato de serem indeterminados, não possuem capacidade de previsão afetando assim a segurança jurídica do Direito. E o terceiro argumento afirma que não são jurídicos, haja vista serem controversos (DWORKIN, 2011, p. 56-58).

Em relação ao primeiro argumento Dworkin afirma que os princípios são vinculatórios e obrigatórios, haja vista que são encontrados na tradição das decisões jurídicas e servem como uma razão para as decisões; em relação ao segundo argumento Dworkin afirma que os princípios não possuem a função de “prescrever” um resultado, mas oferecer uma razão para uma decisão jurídica. A função do princípio é mais fraca que prescrição, mas mesmo assim oferece um parâmetro mínimo de decisão. Dworkin conclui que os princípios “ditam” um resultado (DWORKIN, 2011, p.56-58).

Em relação ao terceiro argumento Dworkin explicita que os princípios jurídicos não podem ser avaliados ou testados por uma regra de reconhecimento. E tal impossibilidade não é um motivo para negar a juridicidade do Princípio, mas sim a própria regra de reconhecimento e o modelo de regras do Positivismo (DWORKIN, 2011, p.58-59).

Dworkin realiza uma crítica mais forte aos positivistas afirmando que, se alguns princípios não forem reconhecidos como obrigatórios pelos juízes no seu conjunto, como necessários para chegarem a suas decisões, nenhuma regra ou muito poucas regras poderão então ser consideradas como obrigatórias para eles (DWORKIN, 2011, p.59).

Dworkin afirma que os princípios jurídicos explicitam porque existem mudanças das regras do Direito e de como tais mudanças continuam obrigatórias para os juízes. Se estes tivessem o poder discricionário de

modificar tais regras ao seu bel prazer, tais modificações não seriam vinculatórias para eles mesmos. Dessa maneira devem existir alguns princípios mais importantes que os outros que sirvam como parâmetros objetivos para a avaliação dessas mudanças (DWORKIN, 2011, p.58-60).

Além disso, Dworkin explica também que existem alguns princípios fundamentais no direito norte americano, como a Supremacia do Poder Legislativo os quais consistem num conjunto de princípios que exigem dos tribunais uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo; ou a doutrina do Precedente, o qual consiste em outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência derivadas da consistência dos precedentes que se configuram como padrões jurídicos objetivos, os quais os juízes não podem dispor ou escolher (DWORKIN, 2011, p.60-61).

Deste modo, Dworkin sugere certa vinculação implícita das regras a políticas e princípios implícitos encontrados na tradição jurídica norte-americana. Como consequência, não se pode negar sua obrigatoriedade (DWORKIN, 2011, p.61-62).

Dworkin, então, retoma explicitamente as três teses principais os quais ele associa ao positivismo jurídico de Hart: (1) a regra de reconhecimento como um teste de pedigree, (2) o Direito como um modelo de regras que, em caso de lacunas, permite que o juiz utilize um poder discricionário para resolver os casos concretos, (3) e a tese da obrigação jurídica. E demonstra que os princípios jurídicos são incompatíveis com estas teses.

A maioria das regras do direito é válida porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas pelo Poder Legislativo em forma da lei, outro pelos juízes em forma de precedentes. Entretanto, Dworkin afirma que o teste de pedigree não funciona para identificar princípios (DWORKIN, 2011, p.64).

Isso porque, a origem desses princípios enquanto princípios não se encontram na decisão particular de um Poder Legislativo ou de um

tribunal, mas compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. O que Dworkin está afirmando é que os princípios jurídicos não se resumem ou podem ser mensurados por um teste institucional, mas possuem uma relação profunda com uma moralidade compartilhada por uma comunidade jurídica (DWORKIN, 2011, p.64-65).

Além disso, a dimensão dos princípios envolvem um conjunto de padrões que estão em constante transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Para Dworkin, uma regra suprema seria incapaz de expressar ou mensurar tais conjuntos de princípios (DWORKIN, 2011, p.65).

Somado a isso, Dworkin afirma que a teoria dos princípios realiza uma relação profunda entre aceitação e validade, ao contrário da regra de reconhecimento que separa. Quando se estabelece uma argumentação principiológica, tal argumentação não funciona de um modo que sejam citadas regras que serão aplicadas no “tudo ou nada”. Os princípios possuem uma dimensão de peso o qual exige razões. Razões estas que se expressam teoricamente no conjunto de interpretações teóricas de uma comunidade jurídica, como a teorias dos precedentes, da legislação ou os princípios da teoria democrática. Desse modo, uma argumentação em concreto exige uma vinculação com uma problemática teórica e moral o qual conduz a uma relação da regra com a moral o que representa uma vinculação entre aceitação e validade (DWORKIN, 2011, p.66).

Contra a tese do poder discricionário e o modelo de regras, Dworkin preceitua que a própria teoria dos Princípios e as razões teóricas que eles exigem numa argumentação concreta, tal como eles são encontradas nas

decisões norte americanas, demonstram que são standards presentes no Direito e negam que o juiz tenha algum poder discricionário (DWORKIN, 2011, p.70-72).

Por fim, em relação à tese da obrigação jurídica, Dworkin afirma que os direitos não são somente emanados das regras. Nos casos difíceis, caso não haja nenhuma regra aplicável ao caso concreto o juiz pode se utilizar de princípios para tentar resolver o caso e tal uso não se constitui como uma criação legislativa, mas um uso legítimo do poder judicial (DWORKIN, 2011, p.70-72).

Retomando os argumentos principais, Dworkin defende que os princípios jurídicos forçam estas três teses a serem revistas. Isso, por três motivos.

Primeiro porque os princípios não podem ser identificados por um teste de pedigree, pois não são validados por uma regra de reconhecimento; segundo, pois vão de encontro à tese do poder discricionário, visto que este só é compatível como um modelo de regras que admite lacunas jurídicas e princípios extralegais, já que Dworkin considera os princípios como standards jurídicos; e finalmente, vai de encontro a tese da obrigação legal, pois os direitos não são emanados somente das regras jurídicas, mas dos princípios também (RODRIGUEZ, 1997, p.36-37).

O que será importante enfatizar aqui é a centralidade do conceito de princípios jurídicos para balizar a crítica de Dworkin.

Nos próximos capítulos, será exposto que a crítica ao positivismo de Dworkin ganha outros contornos, não mais ligados à crítica ao modelo de regras, por meio da confrontação entre princípios e regras, mas pela crítica ao pano de fundo das regras sociais e a confrontação de modelos teóricos. A contraposição entre moralidade convencional e concorrente, que será explanado no próximo subcapítulo, será um prenúncio desses novos contornos.

3.2 A moralidade concorrente como um modelo crítico à moralidade convencional

Neste segundo subcapítulo será exposto o importante conceito de moralidade concorrente em contraposição à moralidade convencional. Aqui será explanado que enquanto a moralidade convencional preceitua que um dever jurídico somente pode existir se houver uma regra social prevendo tal dever, o que por sua vez tal regra está fundamentada numa convenção jurídica; a moralidade concorrente preceitua que o dever jurídico está fundamentado numa convicção de moralidade, o qual não está necessariamente ligado a uma regra social. Nestes argumentos, já se encontram um prenúncio da teoria da Integridade de Dworkin que realiza uma associação entre um ideal de igualdade (consenso de convicção) com uma teoria normativa dos deveres jurídicos.

Dworkin irá concluir que a moralidade convencional defendida pelo positivismo: (1) é incapaz de explicitar de maneira adequada o que significa um dever jurídico; (2) é incapaz de realizar uma explanação adequada das controvérsias judiciais, pois resume a questão das controvérsias a questões conceituais e verbais.

O que será importante enfatizar neste subcapítulo é que a crítica de Dworkin agora não será focada no conceito de princípio jurídico, mas no questionamento dos fundamentos da teoria das regras sociais, por meio da contraposição entre consenso de convenção e consenso de convicção.

No artigo Modelo de Regras II Dworkin realizará uma crítica mais específica à teoria de Hart. Tal crítica se dirigirá aos próprios fundamentos da teoria da regra social, o qual como já explicitado está relacionado aos fundamentos do conceito dever e obrigação. Dworkin afirma que tal questão não pode ser tratada somente como uma questão analítica ou de um teste de reconhecimento, mas remete a uma problemática de filosofia moral e política (DWORKIN, 2011, p.78-79; RODRIGUEZ, 1997, p.37).

Dworkin explicita que a teoria de Hart sofre de um déficit teórico de ser incapaz de compreender que para possuir uma abordagem teórica adequada do fenômeno jurídico, não se pode assumir a postura do sociólogo observador que somente descreverá o direito, mas é necessário assumir uma postura de jurista ou de filósofo e avaliar as práticas jurídicas. Tal distinção remete a uma diferença entre regra social e regra normativa (DWORKIN, 2011, p.81).

Pode-se dizer que a afirmação do sociólogo a respeito de uma regra social é verdadeira, se um estado de coisas factual ocorre, isto é, se a comunidade comporta-se do modo que as regras sociais sirvam de parâmetro para uma conduta e não seja um mero hábito. Entretanto, uma regra normativa é verdadeira, somente se um determinado estado de coisas normativo existe, isto é, apenas se indivíduos possuem de fato, o dever que se supõe que eles tenham. Ou seja, uma regra normativa não serve para oferecer critérios sociais de conduta que diferenciem de uma mera repetição habitual, mas serve para oferecer critérios que estabeleçam se um agir é certo ou errado, se existe um dever ou não (DWORKIN, 2011, p.81).

Dworkin realiza uma interpretação da teoria da regra social de Hart que comporta duas possibilidades de interpretação. Uma versão fraca ou tra versão forte. Para Dworkin Hart não deixa muito clara qual versão adota, mas tudo leva a indicar que é a versão forte (DWORKIN, 2011, p.83).

Na versão forte, toda vez que alguém afirma a existência de um dever, ele deve ser entendido como pressupondo a existência de uma regra social e a aceitação da prática social que tal regra descreve. Ou seja, se alguém afirma que os homens têm o dever de mentir, tal dever só será verdadeiro, se existir uma regra social que endosse tal afirmação, senão não existe. A versão fraca afirma que a existência de um dever não depende necessariamente de uma regra social convencionada (DWORKIN, 2011, p.83).

Dworkin com o intuito de criticar a versão forte da teoria que relaciona dever com a existência de uma regra social realiza uma importante distinção e objeção. Tal objeção vai de encontro à afirmação de Hart de que não podem existir direitos e deveres de qualquer tipo, a não ser em virtude de uma prática social uniforme que reconheça tais direitos e deveres. Tal crítica remete a uma distinção importante entre moralidade convencional e moralidade concorrente (DWORKIN, 2011, p.85).

Uma comunidade possui uma moralidade concorrente quando seus membros estão de acordos quanto à existência da mesma regra normativa, entretanto não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra. Já a moralidade convencional se manifesta quando tais membros levam em conta o fato desse acordo como essencial para a razão da existência dessa regra (DWORKIN, 2011, p.85).

Para Dworkin a teoria de Hart se funda sobre uma moralidade convencional. E tal fundação gera três consequências: (1) ela é incapaz de explicitar de maneira adequada o que significa um dever jurídico; (2) ela é incapaz de realizar uma explanação adequada das controvérsias judiciais e (3) ela resume a questão das controvérsias a questões conceituais e verbais.

Ela é incapaz de explicitar um dever jurídico, visto que, nem sempre seguir um dever jurídico pressupõe a existência de uma regra social. Como serão explicitadas logo a seguir, as pessoas quando invocam um dever, se baseiam em princípios de moralidade política os quais fundamentam convicções pessoais que não precisam, necessariamente, ser compartilhadas convencionalmente. (DWORKIN, 2011, p.85-89).

Além disso, Dworkin acredita que a moralidade convencional é insuficiente para lidar com as divergências jurídicas. Por exemplo, uma comunidade convencionou que as pessoas não podem entrar de chapéu numa igreja. Entretanto, desta comunidade, dois grupos discordam a

respeito da aplicação dessa regra a bebês. Um grupo defende que os bebês devem usar o gorro; outro defende que eles não devem usar. Em tal caso, Dworkin afirma que se considerarem tais regras de conduta como “convenções”, será inviável ter uma concepção adequada de como ocorre esta “controvérsia”. Para Dworkin se considerar cada norma moral como uma convenção, poderia ser afirmar que não existe nem mesmo uma controvérsia moral, visto que seriam duas convenções diferentes, demonstrando assim que a controvérsia não seria sobre a “mesma regra social” (DWORKIN, 2011, p.87).

Dworkin também preceitua que a teoria de Hart concebe as divergências jurídicas como questões verbais. Isso acontece haja vista que as questões conceituais são estabelecidas pela regra de reconhecimento que, por sua vez, é formulada por meio de uma regra social constituída num ordenamento jurídico. Entretanto, Dworkin irá criticar que as controvérsias jurídicas não são questões verbais ou conceituais, mas tratam de questões de moralidade política, ou seja, questões normativas de fundamentação da norma (DWORKIN, 2011, p.89-91).

O grande erro da regra de reconhecimento de Hart é a defesa de que a prática social constitui uma regra que o juízo normativo aceita. Ou seja, a formulação da regra de reconhecimento vai até a constituição linguística da regra, entretanto, não leva em conta a dimensão da justificação da regra normativa. Dworkin defende que a prática social não constitui somente uma regra normativa, mas ajuda a justificar tal regra, expressa num juízo normativo (DWORKIN, 2011, p.89-91).

O direito como Integridade, substituiria a regra de reconhecimento, pela ideia de que um princípio é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma justificação das regras explícitas, tanto substantiva como institucionais, da jurisdição em questão (DWORKIN, 2011, p.105).

Dworkin, ao contrário de Hart que possui uma preocupação descritiva, desenvolve uma teoria justificativa do Direito. Para ele, uma teoria do direito não supõe que princípios e políticas expliquem as regras estabelecidas relacionando seu sentido convencional ou linguístico às razões que justifiquem uma norma jurídica. Para ele, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, constituam os princípios deste ordenamento jurídico e sirvam como justificação do Direito (DWORKIN, 2011, p.106).

Explanada a teoria da moralidade concorrente é necessário agora realizar um salto teórico e se referir a uma série de desenvolvimentos teóricos que Dworkin realizou. No próximo subcapítulo, será explicada a crítica das divergências teóricas do Direito, no modelo das teorias Semânticas do Direito, o qual no pensamento de Dworkin é o modelo interpretativo adotado pelo Positivismo.

3.3 A críticas às teorias semânticas do direito

Neste terceiro subcapítulo será explanado e iniciado um modelo de crítica diferente de Dworkin. Este trabalho explicará que Dworkin, diferente dos seus primeiros escritos os quais a sua preocupação era mais centrada na confrontação entre princípios e regras, desenvolve nesta fase de seu pensamento, um modelo teórico mais sofisticado, com uma teoria da Interpretação e de paradigmas Jurídicos.

Nessa fase, Dworkin irá desenvolver uma crítica ao positivismo afirmando que possui uma visão equivocada das controvérsias judiciais, haja vista negar a existência de divergências teóricas sobre o Direito e resumir tais divergências a questões empíricas. Dworkin denominará este déficit das teorias positivistas como o seu aguilhão semântico.

Dessa maneira o intuito deste terceiro subcapítulo é: (1) explicitar os conceitos de divergências empíricas e teóricas sobre o Direito; (2) o

conceito de teoria Semântica do direito e o seu aguilhão semântico; (3) por fim, será explanada que a defesa de divergências teóricas é a base conceitual para os seus modelos interpretativos, principalmente, neste primeiro momento, do Convencionalismo.

Dworkin afirma que uma proposição jurídica é um conjunto de alegações que podem ser realizados sobre determinada situação no qual a lei proíbe, permite ou autoriza. Por outro lado, as proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas e são parasitárias de outros tipos de proposição que são denominadas “fundamentos do direito”. Tais fundamentos podem se referir ao fato de legisladores confeccionarem uma lei e esta servir de fundamento para um caso jurídico (DWORKIN, 2007, p.06-07).

Dessa maneira pode haver duas espécies de divergências sobre a verdade de uma proposição jurídica. Pode haver uma divergência empírica sobre o direito. Ou eles podem divergir teoricamente sobre o direito

A divergência empírica parte do pressuposto de que quando os operadores do Direito discordam sobre uma questão jurídica, tal discordância se refere a uma questão histórica ou sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado. Os defensores das divergências empíricas afirmam que qualquer divergência teórica é ilusória e que, existe uma separação entre uma questão normativa (a natureza da lei) e uma questão sobre o que ela deveria ser (controvérsia moral sobre o Direito) (DWORKIN, 2007, p.07; DWORKIN, 2007, p.38).

As teorias Semânticas do Direito são um exemplo daquilo que Dworkin considera como uma divergência empírica do Direito. As teorias semânticas são teorias que consideram as controvérsias jurídicas como questões de “significado”. Tais teorias defendem que uma controvérsia jurídica diz respeito aos critérios jurídicos utilizados para definir o que é o direito ou um determinado conceito jurídico. Ou seja, os filósofos ou os operadores do direito estão sempre de acordo quanto ao que significa o Direito, entretanto,

quando divergem, tal divergência diz respeito aos critérios sobre os quais se define o Direito, e não que uma concepção de Direito possa ser de forma intrínseca controversa (DWORKIN, 2007, p.40-41).

Dessa maneira, Dworkin considera que as teorias Semânticas, as quais possuem uma concepção da divergência teórica do Direito como uma divergência empírica, elucidam as teorias positivistas do direito. Para Dworkin, as teorias positivistas padecem daquilo que ele irá denominar de agulhão semântico, o que significa que possuem uma concepção equivocada do que seja a controvérsia jurídica, haja vista negarem que o direito possua uma controvérsia teórica. Se as pessoas divergirem sobre o direito somente poderá ocorrer tal debate se as pessoas tiverem o mesmo critério conceitual para a divergência e se os operadores do direito tiverem critérios diferentes sobre o Direito não possibilitará uma divergência genuína (DWORKIN, 2007, p.46; DWORKIN, 2007, p.54-55).

Entretanto, Dworkin irá defender que tal concepção de divergência é equivocada, haja vista que é possível os operadores do Direito divergirem de tal modo que mesmo os critérios daquilo que definem o Direito podem ser questionados, sem que tais questionamentos descaracterizem a controvérsia como uma divergência genuína. Dworkin afirmará as divergências que ocorrem na prática jurídica não expressam uma divergência empírica sobre os critérios linguísticos ou conceituais do Direito, mas uma controvérsia teórica sobre o Direito. Ou seja, o intuito de Dworkin é elaborar uma teoria que trate dos fundamentos adequados do Direito e tal teoria explicitará de que maneira ocorrem as controvérsias jurídicas que inclua a ideia de que a discussão dos critérios conceituais sobre o que é o Direito seja uma divergência intrínseca as práticas judiciais (DWORKIN, 2007, p.15; DWORKIN, 2007, p.55).

Assim, por meio da defesa da existência de divergências teóricas, Dworkin iniciará outra crítica ao Positivismo, por meio da formulação de

um modelo interpretativo convencionalista. Tal modelo defenderá que o Direito é constituído por convenções jurídicas elaboradas pelas decisões políticas do passado, de uma comunidade jurídica. Tal modelo convencional tem como pano de fundo uma teoria interpretativa que busca apresentar a melhor justificativa moral e política para a coerção do Estado. Tais ideias serão explanadas no próximo subcapítulo.

3.4 A crítica ao modelo interpretativo convencionalista

Neste quarto subcapítulo, será exposto o modelo interpretativo do Convencionalismo. Como já explicitado no subcapítulo anterior, a preocupação de Dworkin é realizar uma crítica ao positivismo que não se resume a divergências empíricas ou conceituais, mas se refira a divergências teóricas os quais estão relacionadas aos próprios fundamentos de moralidade política do Direito; relacionadas a não separação entre aspectos normativos e conceituais.

Para que tal intuito de Dworkin seja possível ele desenvolve uma teoria da interpretação combinada com a busca de finalidades políticas com o intuito de encontrar qual a justificação adequada para o exercício do poder do Estado que servirá como pano de fundo para uma teoria dos paradigmas jurídicos.

Dworkin defende que podem ser encontradas nas práticas jurídicas norte-americanas estruturas jurídicas pré-conceituais, os quais possibilitam que um determinado número de opiniões e discussões jurídicas, destas mesmas práticas, possa chegar a um consenso.

O intuito de Dworkin será reconstruir tais consensos de fundo, com sua teoria da interpretação, e elaborar paradigmas ou modelos teóricos e interpretativos abstratos que respondam a principal questão moral do direito que é: como é possível restringir e justificar o poder do governo.

Como consequência, o modelo interpretativo Convencionalista é um dos modelos teóricos desenvolvidos e elaborados por Dworkin para tentar responder a tal pergunta; e, ao mesmo tempo, se configura como uma original crítica ao positivismo jurídico não mais baseado numa teoria dos princípios, mas focado nos seus fundamentos teóricos. Dworkin defenderá, por meio da teoria do Convencionalismo, que a teoria positivista não se adequa as práticas jurídicas norte americanas e não consegue conciliar a tensão entre previsibilidade e flexibilidade jurídica.

Mas antes de explicitar o Convencionalismo é necessário iniciar a exposição diferenciando-o das teorias semânticas.

Dworkin explica que o Convencionalismo não se confunde com as teorias Semânticas. As teorias Semânticas se mantem no nível do vocabulário jurídico, no sentido de que o direito pode ser deduzido do próprio conceito de direito. Já a teoria Convencionalista é uma teoria interpretativa, no sentido, de que não se resume a uma teoria linguística, mas possui a pretensão de oferecer a melhor interpretação das práticas jurídicas, ou seja, possui uma teoria da interpretação de fundo (da interpretação construtiva, com suas fases) e pretender explicar qual o sentido da justificação da coerção do Estado. Somado a isso, não negam as divergências teóricas dos advogados, somente acham que os advogados possuem uma autocompreensão errada das suas divergências, conforme será explicado mais a frente (DWORKIN, 2007, p.144).

Dessa maneira, com o intuito de explicitar em mais detalhes o conceito de Convencionalismo Jurídico e a crítica ao positivismo, embutida neste modelo interpretativo, este subcapítulo será estruturado em 5 (cinco) etapas, no qual será explanado.

Primeiro, de maneira sucinta, a teoria da interpretação de Dworkin e como esta teoria possibilita divergências teóricas no direito.

Dworkin demonstrará que o direito como prática interpretativa já é inerentemente controverso. Dworkin, partindo desse pressuposto, desenvolverá o conceito de interpretação construtiva e realizará uma vinculação de uma teoria da interpretação com um propósito político. Com tal vinculação, entre teoria da interpretação e propósito político, Dworkin afirmará que o Direito consiste numa série de práticas interpretativas e argumentativas fundamentadas num ideal de justificar a coerção do Estado e que o convencionalismo é o paradigma jurídico que reinterpreta o positivismo para atender tal propósito político de justificação do poder.

O Convencionalismo é um modelo interpretativo que buscará no ideal de previsibilidade e equidade processual na feitura e aplicação da lei as premissas morais para fundamentar a justificação da coerção do Estado. Ele acredita que o juiz deve buscar somente nas extensões explícitas dos precedentes e das leis e na igual participação da decisão do juiz, as razões para o exercício do poder do Estado. Dessa maneira, proporá uma forma de coerência, na sua teoria da aplicação dos precedentes e da lei nos casos concretos, que interprete a tradição jurídica como convenções e técnicas convencionalizadas pelos juízes do passado, no qual em caso de lacunas jurídicas, o juiz é autorizado a utilizar um poder discricionário para reelaborar o direito tendo em vista uma visão de futuro ou prospectiva.

Na segunda etapa, serão aprofundados alguns conceitos do paradigma Convencionalista. Será explanado o conceito de convenção jurídica e sua relação com o poder discricionário.

O poder discricionário, diferentemente da crítica de Dworkin em relação ao modelo de regras com base nos standards de princípios jurídicos, é criticado agora tendo como pano de fundo as duas afirmações pós interpretativas de que o juiz deve extrair os direitos das extensões explícitas das convenções jurídicas do passado e, no caso de lacuna, deve elaborar convenções novas.

Dessa maneira, será explanado o ideal de expectativas asseguradas como o fato de que as convenções jurídicas permitem uma previsibilidade para que os cidadãos e os membros da comunidade jurídica possam ter segurança jurídica.

Na terceira etapa será questionada se o ideal de expectativas asseguradas, com seu ideal de previsibilidade, se adequa as práticas jurídica norte-americanas. Será explanada a diferença entre extensão explícita e extensão implícita de uma convenção jurídica e que tal classificação conceitual permitirá uma diferenciação entre convencionalismo estrito e moderado. Dworkin defenderá que pelo fato do Convencionalismo moderado defender uma interpretação implícita das convenções jurídicas, não consegue cumprir o ideal das expectativas asseguradas, haja vista que a indeterminação interpretativa dessas extensões implícitas não poderá garantir a previsibilidade das decisões. Dessa maneira, irá concluir que, nesse primeiro momento, a única interpretação plausível do Convencionalismo é o estrito.

Na quarta etapa será questionada se o Convencionalismo estrito assegura o ideal de previsibilidade que o seu conceito pós-interpretativo exige.

Tal crítica, na argumentação de Dworkin, terá dois enfoques.

Num primeiro momento a sua crítica questionará se o Convencionalismo consegue se adequar ao modo como ocorrem as práticas jurídicas norte-americanas e noutro momento ele questionará se o Convencionalismo consegue por meio de uma investigação dos casos jurídicos norte-americanos, justificar o ideal de expectativas asseguradas.

Por fim, na quinta etapa, as críticas de Dworkin questionarão se o Convencionalismo cumpre o ideal de expectativas asseguradas. Serão expostos: a relação do Convencionalismo com a problemática da surpresa jurídica ou previsibilidade, no ponto de vista de qual seria o modelo

interpretativo adequado para informar como os juízes devem lidar com as convenções jurídicas expressa nas leis e decididas pelo povo; e como os juízes devem interpretar tais convenções. Os dois preceitos têm que ser aprovados pelos cidadãos de uma comunidade jurídica.

Para desenvolver tais questionamentos Dworkin estabelecerá uma diferença entre Convencionalismo unilateral ou bilateral. Afirmará que o Convencionalismo unilateral não consegue justificar o ideal de expectativas asseguradas. Já o Convencionalismo bilateral tratará a questão da surpresa por meio da tensão entre previsibilidade e flexibilidade. Dworkin defenderá que devido ao pano de fundo convencional do Convencionalismo bilateral ele é incapaz de lidar com tal tensão e preceitua a necessidade do consenso de convicção para lidar com a tensão entre estas duas dimensões.

Por fim, será concluído que o Convencionalismo é um modelo interpretativo que realiza duas críticas principais a teoria positivista: primeiro que não consegue se adequar as práticas jurídicas norte americanas, haja vista os participantes de uma comunidade de direito dão mais atenção para as extensões implícitas que o Convencionalismo pode admitir; segundo, que o Convencionalismo lida de forma deficitária com o seu propósito político que é lidar com a tensão sempre presente entre previsibilidade e flexibilidade jurídica.

Dworkin afirma que o direito é um conceito interpretativo. Isso significa que o Direito não pode ser separado das práticas interpretativas cotidianas encontradas numa tradição jurídica. Assim como as práticas cotidianas são controversas, como algo inerente a linguagem, no direito também ocorre o mesmo fenômeno. Quando os juízes divergem sobre qualquer modalidade teórica, suas divergências são interpretativas. Ou

seja, o que possibilita a própria divergência teórica do direito é o fato dele ser um conceito interpretativo (DWORKIN, 2007, p.109)⁵.

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam nas suas próprias convicções sobre o “sentido” --- o propósito, objetivo ou princípio justificativo --- da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. Entretanto, apesar do direito ser controverso, uma série de fatores favorece a convergência de opiniões (DWORKIN, 2007, p.110).

Neste momento, entra a vinculação entre paradigmas jurídicos e o direito como práticas interpretativas. Apesar do Direito ser inerentemente controverso, a comunidade jurídica e sua tradição cria mecanismos de estabilização dessas controvérsias.

Dworkin explicita que toda comunidade tem seus paradigmas do direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância. Tais paradigmas se remetem a um conjunto de teorias e preceitos jurídicos, como a teoria dos precedentes ou o Princípio da Supremacia da Legislação que não pode ser contestado sem ferir as próprias bases de uma comunidade jurídica (DWORKIN, 2007, p.110).

Tais formulações interpretativas são elaboradas por Dworkin, haja vista, como já demonstrado no subcapítulo anterior, são insuficientes as teorias semânticas, os quais se concentram apenas nas discussões conceituais e verbais das discussões jurídicas, para elaborar uma teoria adequada das divergências teóricas no Direito.

Dworkin afirma que é necessário elaborar teorias gerais do direito que sejam abstratas para que se possa alcançar a finalidade de interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte específica

⁵ No capítulo 4, quando for tratado o conceito de Integridade de Dworkin, será desenvolvida uma interpretação de Dworkin que o associa a tradição hermenêutica. Desta maneira, conceitos como de interpretação Construtiva, Obrigações Associativas e Romance em Cadeia podem ser analisadas por esse viés.

desta última. E aqui, na explanação sobre a teoria de Dworkin, se inicia o prenúncio de um conceito importante para se entender o conceito de Convencionalismo, o de interpretação Construtiva (DWORKIN, 2007, p.112).

A interpretação Construtiva exige que os juízes interpretem a jurisdição na sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio do estado de coisas atual dessa jurisdição e a melhor justificativa dessa prática. Antes de explicar, em mais detalhes, qual a relação da interpretação construtiva com o Convencionalismo e a crítica ao positivismo, é necessário realizar um breve digressão sobre a teoria da interpretação de Ronald Dworkin.

Dworkin defende que existem três abordagens interpretativas, as quais podem ser encontradas nas práticas sociais cotidianas: a científica, a conversacional e a construtiva. A interpretação conversacional remete a uma abordagem teórica que busca pela intenção daquilo que as pessoas dizem. Quando alguém realiza uma comunicação, sempre pode pressupor uma intenção de um sujeito ou pessoa que está realizando a comunicação. A interpretação conversacional busca investigar a relação deste sujeito, enquanto dotado de intenção os seus enunciados ou expressões linguísticas (DWORKIN, 2007, p.61).

A interpretação científica remete a uma abordagem que busca pelos fatos. Parte do pressuposto de que os fatos são dotados de sentido, haja vista os dados “falarem com o cientista” e este pode interpretar essa “fala” ou sentido. (DWORKIN, 2007, p.61-62)

A interpretação construtiva remete a uma abordagem “artística” ao pretender interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem ou os fatos criados pelas pessoas, como nas outras duas interpretações (DWORKIN, 2007, p. 61).

Na interpretação construtiva se impõem um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor possível da forma ou gênero os quais se imaginam que pertençam. Isso não significa que o intérprete possa fazer

dessa prática social qualquer coisa que ele gostaria que fosse; pois a história ou a forma da prática social exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis deste último. Ou seja, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto (DWORKIN, 2007, p.64).

Para elucidar a interpretação construtiva Dworkin afirma que existem três etapas interpretativas: a pré-interpretativa, a interpretativa e a pós interpretativa (DWORKIN, 2007, p.81).

A pré-interpretativa consiste numa etapa em que existe um alto grau de consenso. Tal consenso expressa os padrões e as regras os quais permitem que seja fornecido o conteúdo experimental da prática. Consiste numa fase interpretativa em que o intérprete assume hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática, a fim de definir os dados brutos de sua interpretação (DWORKIN, 2007, p.81-83).

A interpretativa é a etapa em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. Nesta etapa não é necessária que a justificativa se ajuste a todos os aspectos da prática estabelecida. Deve existir uma margem de ajuste e não ajuste, entretanto, de tal maneira que o intérprete realiza uma interpretação sobre esta prática e não invente uma nova prática (DWORKIN, 2007, p.81-82).

E a pós-interpretativa é uma etapa que o intérprete não irá somente realizar uma interpretação e sua justificativa, mas também tentará identificar numa prática social qual seria a melhor reformulação dessa prática para se ajustar ao propósito contido na justificativa (DWORKIN, 2007, p.82).

Dworkin aplica tais aspectos teóricos à teoria do direito. Ele afirma que um filósofo do direito começa seu trabalho identificando estruturas pré-interpretativas quase consensuais e com paradigmas experimentais que dão sustentação a seu argumento (DWORKIN, 2007, p.115).

Nesse empreendimento, conforme o conceito de interpretação construtiva, o teórico do Direito deve buscar uma descrição abstrata do escopo, os quais correspondem à fase interpretativa e pós-interpretativa do direito, que a maioria dos teóricos reconhece, de modo que seus argumentos se situem no mesmo patamar em que eles se assentam (DWORKIN, 2007, p.115).

Dworkin acredita que o escopo mais abstrato que se pode atribuir ao direito é a função de guiar ou restringir o poder do governo. Cada concepção de direito possui o papel de responder e aprimorar a interpretação inicial e consensual que realiza três perguntas: primeiro, justifica-se o suposto elo entre o direito e coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que “decorrem” de decisões políticas anteriores? Segundo, se tal sentido existe, qual é ele? E terceiro qual é a noção de coerência com as decisões anteriores é a mais apropriada? (DWORKIN, 2007, p.117-118).

Dessa maneira Dworkin elabora três concepções abstratas de Direito que tentam responder a esta perguntas, são elas: o Convencionalismo, o Pragmatismo e a Integridade. O que interessará para este trabalho será o Convencionalismo e a Integridade, e para este subcapítulo, mais especificamente, será o Convencionalismo. Mais a frente será explanada a concepção de Integridade⁶.

Pode-se adiantar, conforme serão expostas durante este subcapítulo, as respostas que o Convencionalismo oferece para tais indagações.

O Convencionalismo dá uma resposta afirmativa à primeira pergunta estabelecida na descrição conceitual da teoria de Dworkin. Aceita a ideia do direito e dos direitos jurídicos. Ou seja, que se justifica a relação do direito e da coerção (DWORKIN, 2007, p.118-119).

⁶ No subcapítulo 04.

Sustenta, em resposta à segunda pergunta, que o sentido da vinculação ao direito, nossa razão para exigir que a força seja usada somente de maneira coerente com decisões políticas anteriores, está esgotada pela previsibilidade e pela equidade processual proporcionada por essa restrição, embora, os convencionalistas se mostrem divididos quanto à relação exata entre o direito e essas virtudes. Em outras palavras, o convencionalismo resume o sentido político da relação entre o direito e a coerção a uma concepção de igualdade formal que possibilita uma igualdade de participação na aplicação de lei e previsibilidade para os destinatários da lei (DWORKIN, 2007, p.118-119).

Em resposta à terceira pergunta, propõe uma exposição nitidamente restrita da forma de coerência que se deve exigir a propósito das decisões anteriores: um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelo conjunto dos profissionais do direito. Segundo o convencionalismo, a moral política não exige respeito pelo passado, de tal modo que, quando a força da convenção se esgota, os juízes devem encontrar, para tomar suas decisões, um fundamento resultante de uma visão prospectiva (DWORKIN, 2007, p.118-119).

Tais respostas serão explicitadas no decorrer deste tópico.

Explicitado estas diferenças, pode-se iniciar a exposição sobre o paradigma convencionalista.

O paradigma Convencionalista preceitua que as divergências teóricas sobre o direito dizem respeito a uma questão de fato. O que significa que a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 2007, p.141).

O Convencionalismo explica de que modo o conteúdo das decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável. O direito dependerá de convenções sociais distintas denominadas de convenções jurídicas; de convenções sobre quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis, e como (DWORKIN, 2007, p.142).

Por exemplo, nos Estados Unidos é determinado por convenção que o direito é constituído pelas leis promulgadas pelo Congresso, conforme prescrito pela Constituição; o Convencionalismo irá preceituar que as práticas jurídicas devem ser compreendidas conforme estas convenções e nenhum standard jurídico além delas (DWORKIN, 2007, p.142).

Além disso, o Convencionalismo vai de encontro à opinião popular do leigo, para quem existe um direito a ser aplicado. Os direitos emanados das convenções jurídicas nunca são completos, pois constantemente surgem novos problemas conforme as mudanças sociais. Dessa maneira nenhuma parte possui um direito a obter ganho de causa em virtude de decisões coletivas precedentes, pois os únicos direitos dessa natureza são aqueles tutelados por convenção (DWORKIN, 2007, p.142-143).

Como consequência, nos casos difíceis o juiz poderá exercer um poder discricionário. O juiz poderá encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito (convenções jurídicas), além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida (DWORKIN, 2007, p.143).

O Convencionalismo faz duas afirmações pós-interpretativas e diretivas, ou seja, a respeito dos propósitos políticos que devem ser atribuídos para que eles sejam interpretados na sua melhor luz. A primeira é que os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias. Já a segunda é que não existe direito ou nenhum direito decorrente das decisões tomadas do passado a não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio técnicas, elas

próprias convencionadas. Quando existe uma lacuna legal, os juízes poderão utilizar seu poder discricionário para criar novos direitos e estes servirão como novas convenções legais que irão suprir os casos anteriores (DWORKIN, 2007, p.144-145).

Pode-se fazer a importante consideração que a conceituação de poder discricionário na teoria Convencionalista já não é simplesmente de um “modelo de regras” os quais não concebem standards de princípios jurídicos, mas de um modelo interpretativo que preceitua que convenções jurídicas é a melhor concepção de precedentes e leis que justificam a coerção do Estado. Ou seja, o poder discricionário tem como pano de fundo as duas afirmações pós interpretativas que: os juízes devem respeitas as convenções jurídicas e, no caso lacunas destas convenções, o juiz pode utilizar standards extralegais.

Para o Convencionalismo as decisões políticas do passado justificam a coerção porque, permitem que fatos simples e acessíveis a todos justifiquem a possibilidade de coerção, e não a pretensões de moralidade política, que juízes diferentes poderiam fazer de modo diverso. Esse é o ideal de expectativas asseguradas (DWORKIN, 2007, p.145).

Dworkin retoma as duas afirmações pós-interpretativas sobre o Convencionalismo. Primeiro que uma vez tomada uma decisão clara por um organismo autorizado por convenção, e que o conteúdo de tal decisão foi estabelecido em conformidade com as convenções sobre a melhor maneira de compreender tais decisões, os juízes devem respeitas esta decisão, mesmo discordando moralmente com ela. Segundo que os juízes não podem recorrer às decisões políticas do passado em caso de lacuna jurídica, haja vista que somente têm poder vinculador as convenções. Nesse caso, ele deve utilizar um poder discricionário de criar uma nova convenção assumindo que não existe nenhum precedente para o caso concreto (DWORKIN, 2007, p.145-146).

A questão é saber se o ideal das expectativas asseguradas consegue explicitar como se dão as práticas jurídicas do direito norte americano; se tal tradição jurídica pode ser explicitada por meio da teoria das convenções jurídicas (DWORKIN, 2007, p.148).

Dworkin afirma que quando se verifica casos do direito norte americano⁷ percebe-se que as questões envolvidas estão muito além de convenções jurídicas (DWORKIN, 2007, p.150).

Para desenvolver tal ideia Dworkin estabelece uma diferença conceitual. Ele define “extensão” de uma convenção abstrata, como a cortesia, a legislação ou o precedente, como o conjunto de opiniões ou decisões que os participantes da convenção estão comprometidos a aceitar. Desse conceito ele afirma que podem existir extensões “explícitas” e “implícitas”. (DWORKIN, 2007, p.152).

A extensão explícita é o conjunto de proposições que (quase) todos que se admite fazerem parte da convenção aceitam como parte da sua extensão. A extensão implícita é o conjunto de proposições que decorrem da melhor ou mais bem fundada interpretação da convenção, façam ou não parte da extensão explícita (DWORKIN, 2007, p.152).

Dworkin distingue dois tipos de convencionalismo: convencionalismo estrito e convencionalismo moderado. Este afirma que o direito de uma comunidade inclui tudo que estiver dentro da extensão implícita dessas convenções. Já aquele restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente (DWORKIN, 2007, p.152).

O Convencionalismo estrito seria uma concepção muito restritiva de direito, afirma Dworkin, haja vista que as extensões explícitas das convenções a respeito dos precedentes e a legislação dizem muito pouco a como

⁷ *Riggs vs Palmer*, 115, Nova York, 506, 22 N.E. 188 (1889).

resolver os litígios reais. Para Dworkin, as práticas argumentativas e interpretativas do Direito são mais complexas (DWORKIN, 2007, p.153).

O Convencionalismo moderado procura ser uma alternativa a estes déficits. Tal teoria preceitua que os juízes podem decidir segundo sua própria interpretação das exigências concretas da legislação e do precedente. Tais juízes estarão de acordo sobre as proposições abstratas de que as leis criam direito e que os precedentes exerçam alguma influencia sobre as decisões posteriores. O que eles divergirão é a respeito das extensões implícitas dessas supostas convenções jurídicas (DWORKIN, 2007, p.154).

O Convencionalismo estrito defende que sempre que existir uma lacuna, o juiz pode exercer o poder discricionário utilizando argumentos extralegais para tal intuito. Já o convencionalismo moderado irá negar a própria “lacuna”, afirmando que as convenções possuem extensões implícitas abstratas o suficiente para prever as divergências jurídicas (DWORKIN, 2007, p.155).

Dworkin adianta que o Convencionalismo moderado, diferente do convencionalismo estrito, já possui algumas nuances e progressos que o aproximam do direito como Integridade. Este tipo de Convencionalismo moderado admite uma aproximação do direito com a política, o qual permite que nada impeça um juiz convencionalista moderado de utilizar suas próprias convicções sobre as melhores técnicas para ler uma lei, por exemplo, o qual determinará qual é a melhor interpretação da convenção abstrata e, portanto, quais são as exigências do direito (DWORKIN, 2007, p.157).

Desse modo o Convencionalismo moderado vai de encontro ao ideal de expectativas asseguradas, segundo a qual as decisões do passado só serão tomadas por base para justificar a força coletiva quando sua autoridade e seus termos forem inquestionáveis sobre a perspectiva das convenções amplamente aceitas. Haja vista, que não resume o direito às decisões políticas do passado convencioneadas por uma comunidade

jurídica, mas admite interpretações das extensões implícitas destas convenções (DWORKIN, 2007, p.157).

Portanto, se o Convencionalismo deve oferecer uma concepção distinta e vigorosa do direito, dever ser o Convencionalismo estrito e não moderado.

Dworkin conclui que o Convencionalismo estrito acaba tendo um lado positivo e um lado negativo. O que, no final das contas, é a retomada da teoria da convenção jurídica e do poder discricionário.

O lado positivo é que nas práticas jurídicas dos casos fáceis, o convencionalismo não terá problema de preceituar que os juízes irão resolver os casos conforme a extensão explícita das convenções jurídicas. Entretanto, no lado negativo, os juízes quando resolverem os casos difíceis, o qual não possui uma convenção explícita, não irão procurar direitos estabelecidos por atos políticos anteriores, irão atuar somente com suas convicções, ou seja, realizará um poder discricionário. (DWORKIN, 2007, p.158).

Desta maneira, com a defesa de um poder discricionário pelo Convencionalismo em sentido estrito, Dworkin irá perguntar ou tentar por a prova se o ideal político das expectativas fica assegurado quando o Convencionalismo preceitua que os juízes possuem um poder discricionário nos casos difíceis. Somado a isso, se o aspecto positivo do convencionalismo, de garantir a segurança jurídica nos casos fáceis, é correto e correspondem as práticas das decisões judiciais (DWORKIN, 2007, p.158-159).

Dworkin inicia, então, as suas críticas ao convencionalismo estrito, na perspectiva do ideal de expectativas asseguradas ou no ponto de vista da previsibilidade das decisões.

Ele realizará duas críticas centrais ao Convencionalismo estrito. Num primeiro momento a sua crítica questionará se o Convencionalismo consegue se adequar ao modo como ocorrem as práticas jurídicas norte-americanas e noutro momento ele questionará se o Convencionalismo

consegue por meio de uma investigação dos casos jurídicos norte-americanos, justificar o ideal de expectativas asseguradas.

Este trabalho começará pela questão da adequação.

Dworkin começa realizando duas afirmações, uma no ponto de vista das controvérsias jurídicas que ocorre no presente; e outra no ponto de vista das controvérsias que ocorrem na história de uma tradição jurídica. Primeiro afirmará que o Convencionalismo não consegue se adequar as práticas jurídicas norte americanas, haja vista que, os juízes interpretam além das convenções explícitas nos casos concretos, algo que o Convencionalismo nega. Além disso, quando os juízes possuem uma concepção convencionalista das práticas jurídicas, podem utilizar uma coerência de estratégia em forma de poder discricionário, no sentido de que o juiz utilizará o sentido de coerência, que na sua convicção, realizará uma leitura dos precedentes e das leis que trará os melhores benefícios políticos, sociais e políticos para o direito sem levar em conta o sentido de moralidade político contido nesta tradição jurídica.

Segundo que o Convencionalismo não percebe que somente é possível ter uma concepção adequada das controvérsias judiciais, no ponto de vista de seu desenvolvimento histórico, se partir do pressuposto que o direito é constituído por um consenso de convicção e não um consenso de convenção.

O Convencionalismo fracassa na sua tentativa de explicitar as práticas jurídicas, haja vista que os juízes dedicam mais atenção às fontes convencionais do direito que este paradigma pode admitir. Isso porque, caso os juízes somente se interessassem por aquilo que está contido nas extensões explícitas de tais fontes, os juízes imediatamente perderiam o interesse pelo direito, pela exigência de uma decisão com coerência aos precedentes do passado, na maioria dos casos. Algo que Dworkin não concorda (DWORKIN, 2007, p.159).

O juiz convencionalista negará questões teóricas de moralidade política. Quando o juiz interpretar um caso concreto e perceber que a convenção explícita (como uma lei ou precedente) é controvertida entre os juízes, o juiz não irá considerar tal controvérsia como uma divergência sobre a melhor leitura do direito, mas acreditará que sua incumbência é criar o direito conforme o seu juízo (DWORKIN, 2007, p.160).

Quando o juiz convencionalista não encontrar fontes jurídicas convencionais para interpretar o caso concreto, ele pode utilizar da coerência de estratégia. Tal coerência consiste numa forma argumentativa em que o juiz tem o cuidado de que as novas regras ou convenções que estabeleçam se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, ou que venham a ser estabelecidos pelo futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor, em vez de tomar a direção contrária e piorar as coisas. A coerência de estratégia somente irá preceituar que o juiz investigue o passado não para encontrar princípios de moralidade política, mas para confirmar o direito que ele quer criar (DWORKIN, 2007, p.162-163).

Dworkin criticará a dimensão convencional do Convencionalismo. Dworkin irá contestar a defesa das práticas jurídicas como fundamentadas em convenções jurídicas, e dirá que existe uma diferença entre convenção e consenso. A convenção se trata de um conjunto de normas os quais podem ser exemplificadas por um jogo de xadrez, no sentido, de que suas discussões e controvérsias não envolvem moralidade ou convicção. Já o consenso se trata de um conjunto de normas os quais as pessoas que divergem estão convictas, em decorrência de razões de moralidade, que um determinado fato normativo está correto (DWORKIN, 2007, p.165).

Dworkin afirma que somente se partir do pressuposto de que o direito é dotado de razões substanciais e as fontes jurídicas convencionais serem dotadas de criticidade moral, como as leis e a teoria dos

precedentes, serão possíveis explicitar processos de mudança no direito. Haja vista que, somente a dimensão de moralidade ou de razões substanciais poderia fundamentar um possível aprendizado ou desenvolvimento do direito. (DWORKIN, 2007, p.166).

A concepção de direito como uma convenção jurídica não consegue explicitar como o direito modifica seus ideários e precedentes. Fica pendente uma explicitação teórica da mudança da cultura jurídica expressa na doutrina e nos precedentes, os quais não podem ser explicitados somente como substituições convencionais, mas correspondem interpretações de princípios que justificam o Direito (DWORKIN, 2007, p.166-167).

Dessa maneira, as controvérsias jurídicas tanto no ponto de vista do presente quanto de seu desenvolvimento histórico só podem ser adequadamente explicitadas se partir do pressuposto de que o Direito é dotado de um consenso de convicção e que existem direitos para além das convenções explícitas. O Convencionalismo, portanto, não consegue explicar adequadamente as práticas jurídicas norte-americanas.

A pergunta que resta é se o ideal de expectativas asseguradas é capaz de justificar as práticas jurídicas.

O primeiro intuito de Dworkin é problematizar o ideal de expectativa assegurada como um ideal claramente democrático, haja vista que tal ideal propõe que a coerção só seja usada quando autorizada por procedimentos aceitos pelo povo. E tal problematização, por meio de dois questionamentos: (1) o povo deve ter a última palavra, através de instituições democraticamente eleitas, sobre o modo como os juízes julgam os casos? (2) que teoria sobre como os juízes deveriam julgar os casos seria escolhida ou aprovada pelo povo? (DWORKIN, 2007, p.171).

O Convencionalismo afirmará que é a melhor teoria para responder tais questionamentos porque a equidade requer que o povo seja informado quando seus planos possam ser interrompidos pela intervenção do poder

do Estado, privando-o de liberdade, propriedade ou oportunidade. Intervenções desse tipo só se justificam quando as ocasiões de intervenção tiverem disso anunciadas com antecedência, de tal modo que todos os que ouçam possam saber e entender. Assim é preciso estabelecer e seguir estritamente as convenções sobre o modo como tais instruções serão dadas e determinar seu conteúdo para que não venha a tornar-se objeto de debate. O Convencionalismo, desta maneira, com a preocupação de criar convenções com conteúdos estritos que minimizem as controvérsias jurídicas abre a questão de como tal modelo interpretativo lida com a questão da surpresa no Direito. (DWORKIN, 2007, p.171).

Dworkin afirmará que o Convencionalismo é um modelo interpretativo que considera a diminuição da surpresa jurídica como um fator importante. Ele realiza uma diferenciação entre convencionalismo unilateral e convencionalismo bilateral.

O Convencionalismo unilateral ou unilateralismo determina que o pleiteante deva ganhar se tiver o direito estabelecido na extensão explícita de alguma convenção jurídica e se ocorrer o contrário, quem deve ganhar é o réu. Dessa maneira, insiste que o status quo seja preservado no tribunal, a menos que alguma regra dentro da extensão explícita de uma convenção jurídica exija o contrário. Tal ideia, conforme Dworkin pode ser encontrada no Direito Penal, o qual o pleiteante (geralmente o acusador) possui o ônus de provar a culpa do réu, haja vista este sempre ter a presunção de inocência (DWORKIN, 2007, p. 173-174).

Dworkin afirma que o unilateralismo traria vários problemas à prática jurídica do direito norte americano, caso este adotasse tal modelo. Haveria menores números de processos judiciais, pois um pleiteante só moveria um processo se tivesse claro direito de ganhar. As pessoas estariam menos dispostas a convencer o juiz a estender as convenções jurídicas, em outras palavras, a discutir novas teses das leis e precedentes,

visto que uma estrutura jurídica unilateral seria muito conservadora. Dessa maneira, o unilateralismo não é uma interpretação aceitável das práticas jurídicas.

Já o Convencionalismo bilateral ou o bilateralismo não estipula que o réu tem direito a ganhar um processo sempre que (e apenas porque) o pleiteante não o tem: insiste em que ambas as partes podem não ter o direito de ganhar.

A grande questão é como o Convencionalismo bilateral irá tratar a questão da surpresa. Dworkin acredita que o Convencionalismo sempre encontrará uma tensão entre previsibilidade e flexibilidade nas decisões. Isso porque, se por um lado a convenção jurídica permite que as pessoas possuam previsibilidade nas suas condutas, no sentido de que podem planejar suas vidas; por outro lado, são importantes também, por motivos econômicos e sociais, que as pessoas possuam confiança para agir, sem regulamentação legal, conforme suas próprias convicções. Nesse caso, em caso de litígios, confiarão que o Direito e os juízes poderão resolver seus casos, segundo uma perspectiva prospectiva ou de mudança para o futuro (DWORKIN, 2007, p.176-178).

Para que tal problema seja enfrentado ele retoma os conceitos de convenção e convicção (DWORKIN, 2007, p.176-178).

Como já explicado, a convenção jurídica parte do pressuposto que um consenso normativo ocorre baseado em alguma regra social. Quando uma regra social se institucionaliza socialmente, ela serve como um parâmetro para a conduta social. Já uma convicção jurídica ou um consenso de convicção consiste numa forma de consenso normativo em que as pessoas concordam a respeito de algo em decorrência de uma razão substancial ou de moralidade política, o qual independe da regra social ou convenção jurídica (DWORKIN, 2007, p. 177-178).

Como consequência, o Convencionalismo só poderia lidar com a questão da flexibilidade e da previsibilidade do Direito se lidasse como questões teóricas controvertidas do Direito. O convencionalismo teria que encontrar o equilíbrio entre os casos resolvidos pelo Direito e os casos que exigem a criação judicial. Tal intuito só seria alcançado num modelo interpretativo que fosse aberto a questões de moralidade política mais ampla (DWORKIN, 2007, p. 178-179).

A defesa do Convencionalismo, deste modo, apresenta duas partes: a primeira é que um julgamento sábio consiste em encontrar exato equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade; a segunda é que o exato equilíbrio é assegurado pelos juízes, sempre respeitando as decisões explícitas tomadas no passado por instituições políticas (DWORKIN, 2007, p.179-180).

Concluindo, para Dworkin conforme a argumentação apresentada, o Convencionalismo possui dois males: ele se ajusta mal as práticas do direito norte americano, pois reduz as controvérsias jurídicas a questões de convenção e admite o poder discricionário; e não realiza um equilíbrio necessário entre flexibilidade e previsibilidade dando prioridade, em demasia, para a última.

Como consequência, somente uma teoria que admita um consenso de convicção de fundo será capaz de lidar com esta tensão entre flexibilidade e previsibilidade no Direito e explicitar de maneira adequada as controvérsias jurídicas. A teoria da Integridade, além de outros objetivos, será o modelo interpretativo ideal para lidar com estas questões.

A teoria da integridade

Explicitada as principais críticas de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico de Hart nos capítulos anteriores, o intuito deste capítulo será expor a teoria da Integridade na política e no Direito. No primeiro capítulo será explicitado como Dworkin expõem o seu ideal de Integridade reconstruídos das práticas de moralidade cotidiana. Desde aqui, pode-se vislumbrar duas estratégias teóricas na sua abordagem: uma teoria da legitimidade e um pano de fundo hermenêutico.

No próximo subcapítulo será demonstrado que a Integridade aplicada a Jurisdição pretende ser um modelo alternativo ao positivismo jurídico. As duas estratégias teórica serão manifestadas na teoria da decisão judicial por meio da teoria da única resposta correta e de uma teoria do romance em cadeia.

4.1 A integridade na política

A teoria da Integridade é marcada por duas estratégias teóricas: a primeira relacionada a uma retomada da problemática da legitimidade do direito, inserida e associada a uma tradição que remonta a Rawls e Kant, no qual desenvolveram um arcabouço teórico para fundamentar as instituições políticas e a moral de maneira racional. Dworkin compreenderá a legitimidade do direito como uma expressão de uma teoria da legitimidade política e o conceito de igualdade terá um papel fundamental.

A segunda relacionada a uma tradição hermenêutica que enfatiza a interpretação e a linguagem como questões centrais. Nesta tradição a crítica ao positivismo e as estratégias conceituais que tentam fundamentar a

ciência, a razão ou as instituições políticas de maneira não contextual e não histórica serão severamente criticadas; e qualquer teoria que tente realizar algum empreendimento teórico ou científico relacionado à objetividade, legitimidade ou verdade terá que passar pela problemática da interpretação ou da linguagem.

Pode-se dizer que conceitos como Interpretação Construtiva¹, Obrigações Associativas e Romance em Cadeia, os quais serão explicitados mais a frente, são marcados por essas duas tradições teóricas.

Todos estes argumentos sem perder de vista a problematização de Dworkin ao poder discricionário de Hart o qual possui uma concepção inadequada das controvérsias jurídicas e incapaz de realizar uma compatibilização adequada da tensão entre previsibilidade e flexibilidade na decisão judicial.

Logo este capítulo será estruturado em 4 (quatro) partes com o intuito de explicitar alguns aspectos da teoria da Integridade na política associada a sua teoria da interpretação.

Primeiro, será explicitado o pano de fundo da teoria da Integridade. O intuito é afirmar que o conceito de integridade é marcado por duas estratégias teóricas de fundo: uma teoria da legitimidade política e uma abordagem hermenêutica.

Segundo, a teoria da Integridade será conceituada como um princípio da tradição jurídica norte-americana, ao lado dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal que Dworkin identifica e reconstrói seu sentido com o intuito de demonstrar que ela elucida alguns questionamentos morais que os demais princípios são incapazes de responder. Problemas estes como a conciliação e personificação da comunidade

¹ A interpretação construtiva foi explicita no subcapítulo 3.4 referente ao Convencionalismo.

jurídica como um agente moral e político dotado de certas responsabilidades com seus cidadãos.

Terceiro, será demonstrado que Dworkin realizará tal intuito de elucidar a Integridade, afirmando que ela é um ideal político elaborado do conceito mais profundo de obrigações associativas e comunitárias. Tais obrigações, reconstruídos das práticas interpretativas que constituem os laços de família e amizade, expressam um sentido de fraternidade e igualdade que servirá como pano de fundo para se pensar a Integridade no Judiciário.

Por fim, será realizado um prenúncio para a teoria da Integridade no Direito.

A teoria de Dworkin é marcada por duas estratégias e aspectos teóricos.²

Em Hart existe um pano de fundo teórico que realiza uma combinação de uma teoria positivista que separa aspectos descritivos de justificativos e uma teoria filosófica e sociológica das práticas linguísticas que adota uma metodologia de análise dos conceitos e uma abordagem que retoma a dimensão compreensiva das ações sociais.

Já em Dworkin existe um cruzamento de uma abordagem que retoma a problemática da legitimidade do direito, em oposição ao positivismo, no sentido de associar uma abordagem jurídica que não separe aspectos descritivos de normativos e uma abordagem hermenêutica que mantém a dimensão compreensiva das ações sociais. Entretanto, radicaliza esta última dimensão colocando a “interpretação” e a “divergência” como aspectos centrais para quem quer compreender o direito.

² O pano de fundo desta interpretação de Ronald Dworkin como marcada por essas duas estratégias teóricas, os quais serão apresentados logo à frente, tem como pressuposto a interpretação de Jurgen Habermas e de Jon Mahoney a respeito da teoria de Dworkin. Para estes autores existe uma tensão entre uma abordagem da legitimidade jurídica mais próxima das estratégias cognitivas e deontológicas da moral e da política e uma teoria da interpretação mais próxima de uma tradição hermenêutica (HABERMAS, 1997, p.252-253; MAHONEY, 2004, p.187-188).

Conforme John Mahoney, Dworkin se insere numa tradição da filosofia moral e política que se posiciona em relação ao contratualismo de Rawls e ao ponto de vista moral (*moral point of view*) de Kant. Tal tradição possui uma preocupação com a fundamentação racional da moral e das instituições políticas, no sentido, de que os cidadãos de determinada comunidade possuem potenciais de chegar a um consenso por meio de uma discussão racional a cerca da legitimidade das suas instituições políticas (MAHONEY, 2004, p.187; HABERMAS, 1997, p.252).

Dworkin desenvolverá uma teoria do direito que extraia de uma problemática mais geral da legitimidade das instituições políticas ou de qual é a melhor justificação para a coerção do Estado, a possibilidade de se posicionar em relação ao positivismo jurídico com sua metodologia descritiva. Afirmando que os mesmos fundamentos de uma comunidade política são os melhores fundamentos para compreender as práticas jurídicas, ele irá afirmar que o sentido de igualdade inerente às práticas sociais que constituem uma comunidade é o sentido que justifica o direito.

De acordo com Lilian Furquim, Dworkin que está inserido numa tradição liberal³, no horizonte das problemáticas de John Rawls de enfrentar o problema da legitimidade política numa sociedade marcada pelo pluralismo cultural, desenvolverá uma teoria que não separe a moralidade da ética, no sentido de que não se pode pensar a questão da legitimidade sem levar em conta os diferentes modos de vida das pessoas e os contextos culturais os quais estão inseridos. Tal é o pano de fundo da Integridade que será mais bem explicitada mais a frente (FURQUIM, 2010, p.14).

³ Conforme Álvaro de Vitta, uma teoria liberal na esteira de John Rawls tem como intuito desenvolver uma teoria da legitimidade das instituições políticas que possam compatibilizar princípios de justiça consensuais com o fato do moderno pluralismo de modos de vida (VITTA, 2000, 181-182).

Aqui o princípio de igual consideração e respeito⁴ ganha preponderância. Haja vista que Dworkin utilizará uma concepção abstrata de igualdade, reconstruída dos pressupostos e práticas sociais e contextuais constituintes das comunidades políticas para tentar formular tal teoria da legitimidade que concilie ética e moralidade. Para ele as comunidades políticas possuem um dever de imparcialidade de considerar todos os seus membros com igual consideração (FURQUIM, 2010, p.55).

Habermas explicita que esta ideia de igualdade estabelece uma relação entre os fundamentos morais para uma ordem política se justificar e os fundamentos jurídicos para a Jurisdição agir com imparcialidade, estabelecendo uma relação entre a legitimidade da decisão judicial e este princípio fundamental (HABERMAS, 1997, p.252-253).

Por outro lado, Costas Douzinas insere a problemática teórica de Dworkin numa problemática mais geral da Filosofia. A pretensão de Dworkin é realizar uma teoria que consiga integrar teoria e prática e realizar uma compreensão adequada do direito e da moralidade (DOUZINAS;MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.122).⁵

⁴ O princípio de igual consideração e respeito é um conceito fundamental de Dworkin marcado por uma tensão, no ponto de vista de uma teoria da Jurisdição, entre uma teoria da legitimidade do direito com fundamentos deontológicos e universais e uma teoria mais próxima da hermenêutica que reconstrói as intuições de moralidade conforme as práticas sociais e contextuais os quais estão inseridas. Aqui concordamos com Habermas, Jon Mahoney e Costas Douzinas a respeito desta tensão. Habermas interpreta Dworkin como contendo elementos hermenêuticos e deontológicos inseridos na sua teoria da interpretação construtiva. E o critica menos pela sua centralidade numa teoria da interpretação e mais pela sua fundamentação jusnaturalista da igualdade. Jon Mahoney não chega a afirmar que a estratégia deontológica de Dworkin têm aspectos jusnaturalistas. Entretanto, afirma que considerar a igualdade como uma prática contextual e ao mesmo tempo como possibilitando uma única resposta correta é problemático. Enquanto Habermas afirma que Dworkin utilizou uma estratégia errada para a sua fundamentação deontológica, substituindo-a por sua teoria discursiva e Jon Mahoney afirma que Dworkin não lidou de maneira adequada com esta tensão; Douzinas afirma que Dworkin assumiu algumas posições incompatíveis com a teoria da hermenêutica como a sua teoria do juiz Hércules e sua teoria da única resposta correta. Não é o intuito deste trabalho oferecer uma resposta para tal tensão, somente apresentá-la (HABERMAS, 1997, p.252-253; MAHONEY, 2004, p.187-188; DOUZINAS;MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.122).

⁵ A proximidade da hermenêutica de Dworkin com a tradição hermenêutica é assunto controverso. André Coelho (2015, p.01) argumenta que não existe uma relação de Dworkin com Gadamer, nem no sentido de Dworkin utilizar diretamente das ideias de Gadamer na sua teoria, apesar de citá-lo, ou no sentido de Dworkin pertencer à tradição continental. É mais interessante ler Dworkin, afirma André, na perspectiva de que suas ideias são mais bem compreendidas quando cotejadas com essa tradição, ou seja, que existe uma afinidade epistêmica. Por outro lado, Douzinas e Habermas, este citando Paul Rabinow e William Sullivan, afirmam que as ideias de Gadamer podem ser compreendidas como uma série de pressupostos teóricos absorvidos pelas Ciências Humanas os quais mudaram a sua autocompreensão paradigmática na abordagem e compreensão do mundo social. Os preceitos positivistas de

A abordagem hermenêutica vem de uma tradição centrada na interpretação dos textos, como a teologia e a jurisprudência, o qual a partir de Hans Georg Gadamer foi inserido na tradição filosófica com o intuito de retomar uma problemática ontológica que realizou severas críticas ao domínio da metodologia científica. Ela irá defender que existem pressupostos e aspectos centrados na linguagem e na história que precedem qualquer metodologia científica e, conseqüentemente, acabam criticando a metodologia positivista que acredita numa compreensão das relações sociais de uma maneira neutra e descritiva (DOUZINAS;MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.125-126).

Em decorrência da centralidade na linguagem e da crítica ao método científico, a abordagem hermenêutica será importante por realizar dois desenvolvimentos: primeiro uma crítica ao positivismo e a sua crença na racionalidade científica; segundo, uma reformulação dos problemas filosóficos, como o da verdade e o da objetividade que devem passar pela problemática da linguagem (DOUZINAS;MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.124).

A mais importante constatação da abordagem hermenêutica é que a verdade ou as abordagens científicas não podem ser formuladas de maneira abstrata, fora do tempo ou do contexto. As práticas científicas só podem ser compreendidas quando imersas num contexto linguístico e histórico (DOUZINAS;MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.126).

Dessa maneira, o conceito de Integridade é marcado por estas duas estratégias teóricas renunciadas. O conceito de igualdade que será

unificar as ciências humanas com o método das ciências naturais, estudar as práticas sociais como dados objetivos ou numa postura descritiva e a tentativa de desenvolver leis gerais para explicar os fenômenos sociais sofreram severas críticas sendo substituídas pela valorização das abordagens compreensivas e centradas na linguagem que deem ênfase para a problemática do sentido, da interpretação e do contexto. Dessa maneira, esta dissertação partirá do pressuposto não de que a teoria de Dworkin foi diretamente influenciada pela teoria de Gadamer, mas que as problemáticas de Dworkin podem ser mais bem compreendidas quando cotejadas sobre esse pano de fundo hermenêutico (DOUZINAS; MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.123; HABERMAS, 2003, p.38; RABINOW; SULLIVAN, 1979)

reconstruído das práticas sociais que constituem uma comunidade política possui fins e dimensões que só podem ser compreendidos a luz de contextos e práticas sociais; mas ao mesmo, tempo possui uma pretensão de legitimidade da política que aspira um consenso racional que se pretende além destes contextos.

Para Dworkin a política comum compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos: os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Dworkin denomina tais virtudes os princípios de Equidade, Justiça e Devido processo legal adjetivo, respectivamente (DWORKIN, 2007, p.199-200).

A Equidade consiste na questão de construir procedimentos políticos que permitam igual acesso ao poder. Dworkin explicita que devem se desenvolver métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado — que distribuem o poder de maneira adequada. A Justiça se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com Equidade. A Justiça determina que os legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. O Devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se alguém desrespeitou às leis estabelecidas no nível do poder político. Tal virtude preceitua e justifica que os Tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação (DWORKIN, 2007, p. 200-201).

A Integridade é o ideal que Dworkin acrescenta a esse rol de virtudes. A Integridade consiste numa exigência de que o Estado ou a

comunidade, considerados como agentes morais ajam segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (DWORKIN, 2007, p. 202).

A Integridade se manifesta de duas maneiras: a Integridade no legislativo e Integridade no judiciário. Este pede aos responsáveis pelo julgamento judicial para que quando decidam o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. Já aquele sentido de Integridade, pede que aqueles que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios de Equidade, Justiça e Devido processo legal (DWORKIN, 2007, p.203).

A Integridade política pressupõe uma personificação profunda do Estado e da comunidade. Pressupõem que a uma comunidade pode se engajar nos princípios de Equidade, Justiça e Devido processo legal, de uma maneira semelhante que as pessoas podem se engajar também (DWORKIN, 2007, p.204).

E aqui, antes de aprofundar a respeito do conceito de Integridade política, é importante explicitar tal conceito de personificação.

A personificação consiste numa prática linguística, social e normativa realizado intuitivamente pelos membros de uma comunidade política de atribuir responsabilidade, influência e realidade a alguma entidade como uma empresa, uma classe, uma nação ou um Estado. Com tal prática, Dworkin demonstra que muitas das intuições de moralidade política, como as questões de responsabilidade civil, podem ser elucidadas atribuindo deveres não somente aos indivíduos, mas a entidades sociais impessoais. O conceito de personificação será central para a teoria da Integridade, haja vista que ela é uma prática linguística que será constantemente reconstruída pelo teórico do direito e pelo juiz caso queira compreender a responsabilidade de coerência que a jurisdição possui com

seus jurisdicionados para além da responsabilidade e concepção individual de cada juiz (DWORKIN, 2007, p.204-212)⁶.

Dworkin inicia a sua argumentação a respeito da Integridade política, identificando algumas problemáticas da filosofia política que são comuns as intuições morais dos membros da comunidade política norte americana e inglesa, os quais, na opinião dele, não são resolvidos pelos princípios de Equidade, Justiça e Devido Processo Legal (DWORKIN, 2007, p.216).

Problemáticas estas ligadas ao problema da conciliação. As práticas de conciliação consistem em formas de negociação e acordos que são realizadas de maneira arbitrária, tais como realizando a vontade política de maiorias numéricas no legislativo sem a preocupação com uma proporcionalidade de poder e participação dos destinatários dessas decisões (DWORKIN, 2007, p.216).

Dworkin irá procurar no princípio de integridade um ideal político para considerar uma comunidade política como dotada de uma responsabilidade especial com seus cidadãos de evitar tais conciliações. A prática conciliatória, quando realizados pelo Estado, age sem observar princípios, ainda que nenhuma autoridade que tenha votado pela conciliação tenha feito alguma coisa que, a julgar seus atos individuais pelos padrões correntes da moral pessoal, não deveria ser feito. (DWORKIN, 2007, p.223).

Dworkin estabelece que uma sociedade política que aceita a Integridade como virtude política, se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade; especial, no sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva. Seguindo

⁶ Como exemplo dessa ideia no direito brasileiro, a personificação é utilizada pelo habermasiano Lúcio Antônio Chamon Junior, no seu livro *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade* para fundamentar sua teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Sua tese será de que o pano de fundo teórico que subjaz a responsabilidade penal centrada nos conceitos de dolo e culpa são inadequados para lidar com questões de responsabilidade coletiva e objetiva como as exigidas pelo Direito Ambiental. Dessa maneira, ele irá propor que o Direito possui mecanismos de personificação argumentativa como a pessoa jurídica, o espólio ou o nascituro que podem ser construídos na lide com fundamentos principiológicos de outros tipos de responsabilidade para além da individual (CHAMON JUNIOR, 2007, p.149-151).

a linha de Kant e Rousseau é recuperada a ideia de autolegislação ou autogoverno, no sentido, que um conjunto de cidadãos é responsável pela feitura das leis, enquanto um agente moral personificado numa comunidade política (DWORKIN, 2007, p.229-230).

A Integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois exige que tratem as relações entre os próprios cidadãos como estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódico, por essas normas. Se as pessoas entenderem a legislação formal apenas como uma questão de soluções negociadas para problemas específicos, sem nenhum compromisso subjacente com nenhuma concepção pública mais fundamental de justiça, elas estabeleceriam uma nítida distinção entre dois tipos de embate com seus concidadãos: os que pertencem à esfera de alguma decisão política do passado e os que lhe são extrínsecos (DWORKIN, 2007, p.230).

A Integridade, se opondo a tal ideia, insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A Integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos; pede que casos de conflito de vizinhança, por exemplo, sejam resolvidos e interpretados segundo princípios que fundamentam a dimensão privada e pública dos cidadãos (DWORKIN, 2007, p.230).

Ou seja, a Integridade permite uma dimensão holística de sentido⁷, que estabelece um nível de coerência abstrato em que os fundamentos das condutas privadas dos cidadãos devem ser coerentes com os fundamentos

⁷ É interessante enfatizar este sentido holístico da Integridade, no nível da política, haja vista que no próximo capítulo da Integridade no Direito será demonstrado e melhor conceituado que tal sentido também está presente na teoria da decisão judicial de Dworkin, e que tal exigência de coerência se fundamenta não somente por uma exigência de igual tratamento no Direito, mas também por pressupostos hermenêuticos da sua teoria.

das condutas públicas dos mesmos. O ideal de Integridade, neste caso, permite tal compatibilidade.

Para que fique mais claro esse conceito de Integridade e sua associação com a problemática da legitimidade como a possibilidade do direito justificar a coerção do Estado é necessário explicitar o importante conceito de obrigação associativa ou comunitária. Tal explicitação terá como intuito expor o conceito de comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p.237).

As obrigações comunitárias se referem a responsabilidades especiais que a prática social atribui ao fato de se pertencer a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades da família, amigos ou vizinhos. Os membros de um grupo devem adotar certas atitudes com a relação a suas responsabilidades mútuas caso se pretenda que tais responsabilidades sejam vistas como verdadeiras obrigações fraternais (DWORKIN, 2007, p.242).

Primeiro, devem considerar as obrigações do grupo como especiais, dotadas de um caráter definitivo e distintivo no âmbito do grupo e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele (DWORKIN, 2007, p.242).

Segundo, devem admitir que essas responsabilidades são pessoais: que vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo (DWORKIN, 2007, p.242).

Terceiro, os membros podem ver essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem estar de outros membros do grupo; devem tratar as obrigações específicas que surgem apenas em circunstâncias especiais, como a obrigação de ajudar um amigo com problemas financeiros, como decorrência e expressão de uma responsabilidade mais geral, que se manifesta de diferentes maneiras através da associação (DWORKIN, 2007, p.242).

E quarto, os membros do grupo devem pressupor que as práticas do grupo mostram não apenas interesse, mas igual interesse por todos os membros. Nesse sentido, as associações fraternais são conceitualmente igualitárias. Podem ser estruturadas, e inclusive hierárquicas, da mesma maneira que se verifica em uma família, mas a estrutura e a hierarquia devem refletir o pressuposto do grupo de que seus papéis e suas regras digam respeito ao interesse de todos, e que a vida uma pessoa não é mais importante que a de nenhuma outra (DWORKIN, 2007, p.243).

Assim Dworkin, utilizando estas quatro características, realiza uma diferença entre comunidade “básica”, uma comunidade que satisfaz as condições genéticas ou históricas identificadas pelas práticas sociais como capazes de construir uma comunidade fraternal; de uma “verdadeira” comunidade, comunidade está que possui as quatro características explicitadas. As responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse (DWORKIN, 2007, p.243).

É importante enfatizar que tais laços afetivos não são ligações psicológicas. O interesse por igualdade é uma propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades, ou seja, são hipóteses de obrigações normativas e interpretativas que são atribuídas aos indivíduos que pertencem a uma comunidade. Então, por exemplo, se considerarmos a família como uma “verdadeira comunidade” uma discussão até onde vão as responsabilidades e deveres com os filhos pressupõe uma discussão teórica sobre o conceito de família e sua relação com a política e com os vizinhos (DWORKIN, 2007, p.244-247).

Dessa forma, Dworkin conceitua uma comunidade de princípios. Esta comunidade insiste que as pessoas são de uma comunidade política

genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político (DWORKIN, 2007, p.254).

Num debate público as pessoas numa comunidade discutem sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal (DWORKIN, 2007, p.254).

Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados e declarados (DWORKIN, 2007, p.255).

Cada indivíduo aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo que as pessoas estejam em desacordo sobre esse ideal, como um dos componentes da comunidade política (DWORKIN, 2007, p.255).

Dworkin defende que a Integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas distintas no campo de explicitar alguns aspectos de como se legitimam as nossas comunidade políticas e, particularmente, quando aplicada ao Judiciário, explicita de maneira adequada o modo como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais (DWORKIN, 2007, p.260-261).

Por meio desse ideal é possível recuperar a questão da legitimidade do direito e de como ele pode justificar a coerção do Estado.

Dessa maneira, o Direito como Integridade servirá para demonstrar que as práticas jurídicas não podem ser concebidas somente como um

conjunto de regras, mas é necessário também relevar aspectos de moralidade política que articulem a construção do Direito com práticas de moralidade inerentes de uma comunidade política (DWORKIN, 2007, p.202-203).

Tal ideal aplicada a questão do papel do juiz na decisão judicial, preceituará que o juiz partirá do pressuposto de que os direitos e deveres legais foram criados por sua comunidade jurídica (a comunidade personificada) expressando uma concepção coerente de Justiça e Equidade (DWORKIN, 2007, p.272).

O direito como Integridade pede que os juízes concebam as práticas jurídicas estruturadas por um conjunto de princípios sobre a Justiça, a Equidade e o Devido processo legal adjetivo e pede-lhes que sejam aplicadas normas jurídicas aos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo essas mesmas normas. Quando o juiz assume essa função ele representa um ideal de uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p.291).

Dessa ideia construtiva e de integridade se expressa a ideia do Romance em Cadeia e do juiz Hércules o qual será explicitada no próximo capítulo.

4.1 a integridade no direito

Uma vez explicitado a teoria da Integridade na política, neste subcapítulo será realizado uma explanação a respeito da teoria da Integridade no direito o qual será o ponto ápice da teoria de Dworkin e desse trabalho. Nesta parte da teoria de Dworkin pode-se identificar uma teoria que reúna em seu bojo uma crítica ao modelo de regras, uma crítica ao modelo teórico Convencionalista e as teorias Semânticas.

Como já apresentado na teoria da Integridade na política, a teoria da decisão judicial de Dworkin também será marcado por duas estratégias

teóricas mencionadas: uma marcada por aspectos que enfatizem a dimensão da interpretação e outra que enfatize a problemática da legitimidade.

A teoria da possibilidade de uma única resposta correta, do Romance em Cadeia e do juiz Hércules será apresentada como aspectos da teoria da Integridade no Direito que apresentam estas duas dimensões.

Dessa maneira este capítulo será estruturado em 5 (cinco) partes:

Primeiro, será explanado a teoria da possibilidade de uma única resposta correta. Tal teoria servirá como uma crítica ao positivismo que aposta na indeterminação do direito e incredulidade numa teoria moral que ofereça critérios para o juiz decidir corretamente uma questão.

Segundo, serão explanadas algumas características da hermenêutica, conforme a orientação de Douzinas e André Coelho, que podem ser atribuídos ao pano de fundo da teoria da Integridade no Direito de Dworkin.

Terceiro, com a Integridade, Dworkin poderá recuperar o problema da legitimidade do Direito lembrando que o mesmo se constitui como uma prática argumentativa, no sentido de que não pode ser concebido somente como um conjunto de práticas orientadas por regras convencionais, mas práticas que reconstroem intuições de moralidade política.

Quarto, que tal ideal aplicado ao Judiciário exigirá que o juiz conceba os litígios judiciais como processos de reconstrução e aprendizado de comunidades jurídicas que sempre estão reinterpretação a sua tradição jurídica e os princípios que os fundamentam.

Quinto, que para elucidar tal ideal Dworkin desenvolverá a sua teoria do Romance em Cadeia, com suas etapas de adequação e justificação; e a teoria do juiz Hércules com suas capacidades sobre humanas de decisão.

E, por fim, será feito um sucinto apanhado de como a teoria da Integridade pode ser compatibilizada com as críticas ao poder discricionário de Hart expostas durante todo o trabalho.

Como já explanado a teoria de Dworkin utiliza combinações de aspectos que busquem a legitimidade das práticas judiciais e aspectos que enfatizem a sua dimensão interpretativa. Uma das questões que comprovam a problemática da legitimidade é a defesa de uma teoria da única resposta correta.

Tal teoria se posicionará em relação à teoria positivista que é incrédula em relação a possibilidade de uma única resposta correta. Como já afirmado, a teoria positivista de Hart defende um poder discricionário que é oriundo de um pano de fundo de indeterminação conceitual do direito. A teoria de Dworkin irá criticar tal defesa positivista.

Ele começa demonstrando e explanando uma possível teoria para este tipo de empreendimento de uma única resposta correta. Tal teoria afirma, por exemplo, de que no caso de um contrato de promessa, uma pessoa que não cumpre a promessa deve ser responsabilizada e caso cumpra não terá nenhuma punição (DWORKIN, 2001, p.175-176).

Em tal situação os juristas pressupõem que se o contrato de promessa é válido os juízes têm o dever, pelo menos *prima facie*, de decidir pleitos num certo sentido, mas se não é válido, os juízes devem, *prima facie*, decidir os mesmos pleitos no sentido oposto (DWORKIN, 2001, p.175-176).

Em oposição a esta simples situação, ele formula duas teses da impossibilidade de uma única resposta correta para contestar tal teoria. A primeira tese afirma que é impossível uma única resposta porque, por exemplo, uma vez válido o contrato de promessa, não decorre necessariamente que a promessa deva ser cumprida ou não cumprida. Pode acontecer, por exemplo, de um contrato ser feito num ordenamento jurídico em que a lei preceitua que os contratos realizados por menores de 16 anos são inválidos e a partir dos 21 anos são válidos, surja uma situação indeterminada em que uma pessoa de 21 anos realize um contrato de promessa com uma pessoa entre 16 e 21 anos e o ordenamento jurídico deixe ao critério do juiz preceituar se a

promessa é válida ou não. Ou por exemplo, num crime a lei prevê uma pena de 3 a 5 anos, o promotor pede a sentença máxima e defesa a pena mínima. Estes casos seriam exemplos de impossibilidade de uma única resposta correta (DWORKIN, 2001, p.177-180).

Na segunda tese se afirma que é impossível uma resposta correta devido à indeterminação das proposições jurídicas. Ou seja, não é em decorrência do fato de haver uma terceira possibilidade indeterminada, como na primeira tese, mas pelo fato de que a maneira como é tratada a regulação jurídica (se a promessa é válida e alguém descumprir deve ser atribuído uma responsabilidade, se, ao contrário, cumprir o acordo e não houver dano está conforme a lei) é indeterminada por natureza. Por exemplo, caso alguém pergunte se Tom é de meia idade ou não, tal pergunta não teria uma única resposta correta, haja vista que dependeria da definição interpretativa do que é meia idade (DWORKIN, 2001, p.178-179).

Dworkin critica a primeira tese afirmando que as práticas jurídicas geralmente endossam uma concepção de direito que considera tratar um “contrato válido” como a negação de um “contrato não válido”, ou seja, de que tal binômio é utilizado para descrever as situações regulares do direito; dessa maneira considera implausível estender o exemplo da primeira tese para todos os casos do direito (DWORKIN, 2001, p.181).

A argumentação jurídica cria situações em que a relação entre as premissas fáticas e o dever judicial interage de tal maneira que os eventos fáticos servem como fundamentos para que, num caso concreto, um dever judicial seja considerado um ato lícito ou ilícito. Por exemplo, num jogo de tênis é criado um binômio “bola fora” ou “bola dentro da quadra”. Tal binômio é utilizado como uma margem conceitual para inserir determinados eventos fáticos como fundamentos para afirmar que uma situação é legal ou não. Dworkin afirma que os defensores da primeira tese não compreendem que a argumentação jurídica é determinada dessa

maneira e que, o fato de uma “bola dentro” possuir uma margem de indeterminação conceitual não resulta necessariamente um poder discricionário ou a impossibilidade de uma resposta correta (DWORKIN, 2001, p.184-185).

Dworkin critica a segunda tese haja vista que parte do pressuposto de que abstração das palavras e conceitos da futura da lei realizados pelo legislador irão impedir o bom funcionamento e aplicação da lei pelo Judiciário. Entretanto, o jurista e a jurisdição possuem mecanismos para lidar com essa indeterminação, como demonstra toda a sua teoria, que vão de encontro à afirmação da segunda da tese da impossibilidade de uma única resposta correta (DWORKIN, 2001, p.188-189).

Dworkin realizará a importante afirmação de que existem fatos morais. Como Hart explicita no seu Pós-Escrito, a teoria de Dworkin cria critérios objetivos para o raciocínio jurídico fundamentados em teorias morais controversas. E os próprios critérios objetivos, por sua vez, também são baseados nas próprias convicções do juiz e dos participantes das comunidades jurídicas (HART, 2007, p.315).

Tal teoria dos fatos morais está associada, como explicita Jon Mahoney, ao realismo moral de Dworkin. O realismo moral se caracteriza como uma problemática de Dworkin de se posicionar em relação ao fato das proposições morais serem capazes de verdade ou não, no sentido de que existem critérios morais objetivos para determinar se uma afirmação moral está correta ou não. A fundamentação da Integridade de Dworkin associada a um exercício literário demonstrará que sua fundamentação moral não está associada a nenhuma estratégia metafísica e que são possíveis respostas de moralidade corretas (MAHONEY, 2004, p.198)

Ele associa tal estratégia conceitual ao exercício literário ou coerência narrativa, embutida na sua teoria do Romance em Cadeia, que será explanada mais a frente. Para ele o raciocínio jurídico pode se assemelhar a

literatura, no sentido de que, pode encontrar um nível de coerência abstrato entre as proposições jurídicas e as práticas jurídicas que se justifica afirmar que elas formam fatos morais independentes das divergências teóricas dos participantes (DWORKIN, 2001, p.206-207; DWORKIN, p.210-211).

Ou seja, Dworkin associa a sua concepção de direito a uma teoria da possibilidade de uma única resposta correta. E coerente com todo o seu trabalho associa tal possibilidade a uma questão teórica de uma teoria moral adequada para explicitar as divergências teóricas dos casos judiciais (DWORKIN, 2001, p.213-215).

Jon Mahoney explicita, seguindo esse raciocínio, que uma das formas que Dworkin utiliza para preservar a objetividade das práticas interpretativas é demonstrar que elas são corretas ou erradas. Dessa maneira, uma prática interpretativa deve não somente se ajustar as práticas contextuais os quais elas estão inseridas como também apresentar a melhor justificativa moral para tais práticas. Dessa maneira é possível apresentar tais práticas como um desenvolvimento moral (MAHONEY, 2004, p.193).

Por outro lado, Douzinas realiza uma leitura da teoria da decisão judicial de Dworkin inserida numa problemática mais ampla da Filosofia e da hermenêutica. A teoria do poder discricionário é interpretada como uma má recepção da teoria positivista de problemáticas clássicas da interpretação e da teoria do conhecimento a respeito de quem tem prioridade: regras objetivas do direito ou o poder subjetivo do juiz ou, em outras palavras, a respeito de uma tensão entre criação judicial ou declaração judicial (DOUZINAS;MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.133).

André Coelho atribui três características hermenêuticas que podem ser cotejadas com a teoria de Dworkin e oferecem uma melhor leitura de suas problemáticas a respeito da Integridade no Direito: o primado da interpretação, o holismo de sentido e a potencialização da reflexão teórica do direito.

O primado da interpretação é manifesto na própria teoria da interpretação de Dworkin⁸ de atribuir as práticas jurídicas numa teoria mais geral da interpretação das práticas sociais. O intérprete não assume uma posição descritiva e neutra em relação ao seu objeto de estudo, mas interage com ele formulando hipóteses explicativas que se adequem as práticas realizadas e as justifique segundo sua convicção (COELHO, 2015, p.36).

O holismo de sentido significa duas coisas: que o sentido do todo é irreduzível ao sentido das partes; e o sentido das partes é dependente da interação com o sentido do todo. Ou seja, Dworkin irá propor uma teoria da decisão judicial que não se preocupe somente em explicar determinados ramos jurídicos do common law, por exemplo, a respeito dos acidentes de automóveis, mas de fixar padrões mais amplos que justifiquem as distinções entre diferentes tipos de acidentes de automóveis, casos indenizáveis ou não indenizáveis, como a teoria do cuidado responsável aplicada nos acidentes de automóveis etc (COELHO, 2015, p.36).

E a potencialização da reflexão teórica do direito consiste que o Direito com sua reinterpretação associada a um pano de fundo teórico da filosofia política e moral, tal como preceituada por Dworkin, assumi um ponto de vista de reflexão mais profundo que a adotada pelo positivismo. Com sua teoria da coerência abrangendo vários pontos das práticas judiciais e exigindo uma relação holística entre elas, cada ponto questionado de um caso judicial consiste num questionamento a respeito de um problema mais amplo de filosofia política. Por exemplo, como já vem sendo demonstrado por este trabalho, uma discussão sobre a interpretação de um caso de responsabilidade civil, não se resume somente a interpretação dos precedentes e das leis aplicados ao caso concreto, mais uma interpretação sobre os fundamentos da teoria da culpa e do dolo, uma teoria que

⁸ A teoria da Interpretação de Dworkin foi explanada no subcapítulo 3.3 referente ao Convencionalismo.

diferencie responsabilidade subjetiva da objetiva e uma teoria que compatibilize os direitos individuais e os direitos públicos.

De acordo com Douzinas, a teoria da Integridade no Direito será uma tentativa de resolver e associar tais problemáticas. Dworkin defenderá uma concepção de juiz capaz de formular uma única resposta correta, no qual tal decisão será fundamentada numa interpretação do direito que relacione aspectos que explicitem como as práticas judiciais vêm sendo realizadas, mas ao mesmo tempo, tente justificá-las (DOUZINAS; MCVEIGH; WARRINGTON, 1992, p.133).

E a partir daqui pode-se explicitar dois aspectos centrais da teoria de Dworkin. A teoria do Romance em Cadeia e do juiz Hércules.

Uma teoria do Direito deve ser ao mesmo tempo conceitual e normativa. A parte normativa deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei. A teoria da legislação vai se preocupar com as justificativas que permite que alguns cidadãos possam fazer as leis e os demais obedeçam-las; a da decisão judicial deve estabelecer uma teoria das controvérsias judiciais e os padrões utilizados e oferecer uma justificativa para quando os juízes podem autorizar a coerção; e uma teoria da observância da lei que discuta quando os cidadãos devem obedecer a lei (DWORKIN, 2011, p.IX).

Já a parte conceitual deve tratar das condições de verdade e da análise do sentido das proposições jurídicas (DWORKIN, 2011, p.VIII-IX).

Dworkin realiza uma crítica às teorias positivistas que resumem a sua abordagem somente aos aspectos conceituais, que na sua perspectiva, se resume a compreender o direito como fundamentados por convenções jurídicas. Para Dworkin é necessário retomar a dimensão de participante das práticas jurídicas, no sentido de que, é necessário conceber o direito como dotados de convicções normativas a respeito de qual é o melhor sentido para as práticas jurídicas.

Dessa maneira, Dworkin é capaz de retomar a problemática da legitimidade do direito formulando uma teoria que combine aspectos conceituais e normativos na teoria da decisão judicial.

Como consequência, como explicita Habermas, Dworkin defenderá uma concepção de Direito concebido como um conjunto de práticas jurídicas e argumentativas no qual seus participantes estão sempre tentando reconstruir o mesmo na sua melhor luz, tendo em vista a construção de um direito íntegro que trata seus cidadãos com igualdade (DWORKIN, 2007, 254-255; HABERMAS, 1997, p.267).

Isso porque Dworkin defenderá que um ideal de igualdade possibilitará e exigirá que os juízes concebam o Direito como um Romance em Cadeia no qual em cada etapa histórica da existência do Direito, cada juiz terá a obrigação de reconstruir o Direito, como se estes fossem capítulos literários, em que cada romancista (juízes) o interpretam segundos determinadas finalidades (DWORKIN, 2007, p.275-277).

Tal Romance em Cadeia é elaborado em duas dimensões: uma dimensão de adequação e outra de justificação. Na dimensão de adequação o juiz terá a preocupação de elaborar hipóteses interpretativas que se adequem ao conjunto de práticas jurídicas em vigor. Ele não deve deixar nada de fora, de maneira arbitrária, e deve dar um poder explicativo que seja abstrato e amplo para poder dar uma visão coerente e geral das práticas jurídicas (DWORKIN, 2007, p.277-278).

A dimensão de justificação se refere a qual das interpretações possíveis se ajuste melhor a prática em vigor. A preocupação aqui não é simplesmente uma adequação, mas um julgamento de qual interpretação se ajusta à obra em desenvolvimento, depois de considerado todos os aspectos da questão (DWORKIN, 2007,p.278).

No Direito exige-se que o juiz elabore uma interpretação do caso concreto que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique.

A dimensão da adequação exige que o juiz encontre um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para se tornar aceitável. Qualquer teoria que negasse a supremacia legislativa no direito norte americano, por exemplo, seria excluída nessa fase (DWORKIN, 2007,p.305-306).

Nos casos difíceis, em que diferentes interpretações estão em questão, os juízes devem utilizar a dimensão de justificação para escolher qual a interpretação aceitável, perguntando-se qual delas apresenta, em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade. Nesse caso, suas próprias convicções morais e políticas estão engajadas (DWORKIN, 2007, p.306).

É importante afirmar aqui, que de acordo com César Rodriguez, a teoria do Romance em Cadeia responde a questão tratada pelo modelo Convencionalista a respeito da tensão entre flexibilidade e previsibilidade da decisão judicial. Para Dworkin, o juiz compatibiliza tal tensão por meio de um equilíbrio entre criação e aplicação da norma, haja vista que, no romance em cadeia o juiz está, concomitantemente, criando e aplicando a norma (RODRIGUEZ, 1997, p.81).

Para Habermas, tal Romance em Cadeia somente é possível se uma comunidade de parceiros de direito possuírem o ideal político de reconhecer uns aos outros como livres e iguais. Tal ideal político institucionaliza ou defende a institucionalização de um princípio de que os órgãos da Jurisdição devem cumprir a norma básica da igual consideração e o igual respeito por cada um (HABERMAS, 1997, p.267).

Como desenvolvimento deste ideário, Dworkin formula um juiz, denominado de Hércules, com capacidades sobre humanas, dotadas de tempo livre a seu dispor, para elaborar uma decisão. Ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação do Direito; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido

cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos (HABERMAS, 1997, p.263; DWORKIN, 2007, p.294).

Exposto, de maneira sucinta, alguns aspectos da teoria da Integridade de Dworkin são importantes agora realizar um apanhado geral de como tal teoria se manifesta nas críticas ao positivismo de Hart e ao seu conceito de poder discricionário.

Dworkin, como já explicitado anteriormente, realiza uma crítica ao positivismo jurídico. Críticas estas, conforme a construção deste trabalho, direcionadas ao poder discricionário, enquanto um conceito inerente a um modelo de regras incapaz de prever standards jurídicos em forma de princípios; uma teoria positivista do direito que não leva em conta a dimensão de consenso de convicção ou de moralidade política do Direito e resume as práticas jurídicas a consensos de convicção; uma teoria positivista que resume o direito a divergências empíricas sobre o direito, no caso, a questões verbais e conceituais a respeito dos conceitos do direito; e, uma teoria Conventionalista que concebe o direito como convenções jurídicas e não identifica corretamente como se dão as controvérsias judiciais do direito norte americano, resumindo-as a controvérsias a respeito das extensões explícitas das convenções; e não consegue teoricamente conciliar a tensão entre flexibilidade e previsibilidade na decisão judicial.

Este trabalho afirma que a teoria da Integridade consiste numa tentativa de Dworkin de oferecer uma resposta às questões apresentadas. Tendo como fio condutor a ideia de consenso de convicção, pode-se demonstrar tal hipótese teórica.

Dworkin realiza uma crítica aos fundamentos da teoria da regra social, por meio de seu conceito de consenso de convicção. Tal ideia não concorda com o fundamento convencional das regras jurídicas, haja vista que o direito não é constituído somente de práticas linguísticas e sociais

reiteradas ou repetitivas, mas é constituído também de práticas sociais controvertidas ou interpretativas e argumentativas, no sentido que as práticas jurídicas envolvem uma dimensão de discussão que somente ideias de moralidade política podem elucidar (DWORKIN, 2007; DWORKIN, 2011).

Como consequência disso, os princípios como standards jurídicos, na opinião de Dworkin, só podem ser bem compreendidos se houver esta discussão moral como pano de fundo. Haja vista a dimensão de peso dos princípios, regras convencionais não podem mensurar sua dimensão (DWORKIN, 2011) ⁹.

A partir da elaboração da teoria Semântica e Convencionalista do direito, como já foi explicitado neste trabalho, Dworkin já desenvolveu uma teoria mais robusta contra o positivismo, focando agora suas críticas à capacidade do positivismo de elucidar divergências teóricas no Direito.

Dworkin defenderá que, pelo fato do positivismo não possuir uma teoria moral como pano de fundo, o positivismo resume as divergências do Direito a questões linguísticas e verbais (DWORKIN, 2007).

E em relação ao Convencionalismo, pelo fato de também não possuir uma teoria moral na sua base teórica, o Convencionalismo é incapaz de explicitar como ocorrem as divergências teóricas no Direito, que não se dão somente a respeito da interpretação das convenções explícitas do Direito; tampouco é capaz de lidar com a tensão entre flexibilidade e previsibilidade na decisão judicial (DWORKIN, 2007).

Para Dworkin somente o Direito como Integridade é capaz de lidar com as questões levantadas.

⁹ Em relação à compatibilidade da teoria dos princípios com a regra de reconhecimento será explanado no capítulo referente à réplica de Hart algumas considerações a respeito das críticas de Dworkin. Mas neste subcapítulo, o que é importante enfatizar é a necessidade de um consenso de convicção ou de moralidade política na Teoria do Direito e a necessidade da moral para uma compreensão adequada das divergências teóricas. Tudo isso como o pano de fundo das críticas de Dworkin ao Poder Discricionário.

Isso porque a teoria da Integridade é uma teoria que tem como pano de fundo um consenso de convicção, haja vista sua teoria ser reconstruída das práticas de igualdade e fraternidade encontradas nas obrigações associativas (DWORKIN, 2007).

Somado a isso, é uma teoria que não preceitua uma regra convencional para determinar princípios, mas a própria tradição dos precedentes e das leis permitem que sejam extraídos razões de moralidade política que podem guiar as decisões do juiz (DWORKIN, 2007).

E, por fim, a teoria da Integridade é o único modelo que permite que sejam explicitados como as práticas jurídicas do direito norte americano e do direito inglês ocorrem, haja vista que, identificam as controvérsias judiciais como questões de moralidade política, e não como questões linguísticas ou convencionais; e realizam uma conciliação adequada da tensão que ocorre entre flexibilidade e previsibilidade na criação judicial (DWORKIN, 2007; RODRIGUEZ, 1997, p.81).

No próximo capítulo serão explanadas algumas respostas de Hart às objeções de Dworkin.

A resposta de Hart as críticas de Dworkin

Em 1994 fora publicado um Pós-Escrito de Hart com inúmeras respostas as críticas de Ronald Dworkin. Tal pós-escrito teve como objetivo realizar uma defesa da teoria Positivista em relação à teoria de Dworkin (HART, 2007, p.300).

O intuito deste tópico é demonstrar como Hart se posicionou em relação às críticas do autor norte americano e avaliar os questionamentos que Hart discordou e que concordou, tendo como fio condutor o conceito de poder discricionário.

Hart elaborará uma defesa da teoria positivista realizando uma crítica aos fundamentos da teoria de Dworkin. Ele irá afirmar que a importância da moral para o direito é menor que o autor do direito como Integridade defende; e que a sua teoria não é somente uma teoria baseada em regras fáticas ou convenções linguísticas, mas uma teoria capaz de incorporar standards de moralidade.

Ele realizará uma réplica as críticas de Dworkin afirmando a importância de uma teoria com fins descritivos, mesmo adotando standards de moralidade, e que o próprio Dworkin adota tal perspectiva descritiva na sua teoria, manifesta no seu conceito de “direito pré-interpretativo” e de paradigmas jurídicos.

Como consequência, concordará com uma teoria dos princípios crítica em relação ao modelo de regras, obviamente com várias ressalvas, entretanto ainda manterá o seu conceito de poder discricionário.

Em relação a este ultimo conceito, Hart se mostrará cético em relação a uma teoria moral objetiva capaz de oferecer parâmetros teóricos para o

poder discricionário. Hart afirmará que apesar da pouca atenção dada à parte do raciocínio jurídico, mantém uma teoria que defende que o juiz tem poderes de criação jurídica no caso concreto e que uma teoria do direito deve deixar em aberto qual a moral que o juiz nesse caso. Em decorrência disso, defende que sua teoria, na prática, não é diferente da teoria de Dworkin em relação ao raciocínio jurídico, no sentido de que nas duas teorias o juiz deve argumentar conforme a melhor teoria moral que ele acredita.

Desta maneira, este subcapítulo, com o intuito de detalhar a explanação de Hart, será desenvolvido em nove partes.

Na primeira parte, será demonstrado como Hart critica os fundamentos do autor norte americano, defendendo a importância de uma teoria descritiva do direito e mitigando a necessidade da postura de participante para compreender de maneira adequada o direito. Hart irá defender que o positivismo pode assumir uma postura de participante, no sentido de compreender as práticas morais, sem abandonar a perspectiva descritiva, haja vista que o participante não precisa justificar o sentido moral das práticas jurídicas.

Na segunda parte, Hart irá defender que a sua teoria positivista é mais sofisticada e complexa do que as teorias Semânticas do direito. A compreensão do direito envolve uma elaboração de uma teoria das regras sociais o qual extrai o direito de um conjunto de práticas sociais encontradas numa comunidade jurídica. O conceito de direito para Hart não é extraído do “significado” de direito ou das condições de verdade de uma proposição jurídica, mas é uma teoria que elabora sobre a própria possibilidade de tais condições. Além disso, Hart defende que sua teoria positivista não é meramente factual e permite a incorporação de standards morais.

Na terceira parte, Hart afirma que o positivismo não é uma teoria Conventionalista. Isso por dois motivos: o primeiro que Hart não reconhece a

teoria interpretativa de Dworkin que associa uma teoria da interpretação à justificação da coerção do Estado, haja vista que, para o autor positivista, tal teoria de Dworkin enfatiza somente o aspecto das regras primárias do Direito; o segundo é que Hart não reconhece o positivismo como uma teoria meramente factual incompatível com standards morais. Para Hart o seu positivismo pode prever princípios jurídicos.

Na quarta parte, será explicado que Hart aprofunda os argumentos a respeito da relação entre direito e moral, por meio da argumentação a respeito das críticas de Dworkin ao positivismo moderado. Ele irá defender que a regra de reconhecimento é capaz de lidar com a questão da incerteza do direito, sem precisar de uma moral objetiva para realizar tal intuito e que, a respeito do papel judicial do juiz e do uso de standards morais é melhor adotar uma teoria que deixe esta questão em aberto, não sendo papel da teoria do Direito dizer qual teoria moral é mais adequada.

Na quinta parte, será explicitado que Hart irá concordar com algumas críticas de Dworkin a respeito da relação entre direito e moral. Afirmará que a sua teoria não é adequada para explicitar a moralidade quer individual ou social nos termos de Dworkin; e que sua teoria não concebeu a importante diferença ente moralidade convencional e de convicção.

Entretanto, apesar de concordar com algumas críticas, Hart irá assumir uma posição de defesa do seu projeto teórico.

Defenderá que é importante a relação entre moral e direito, porém a regra de reconhecimento é capaz, com sua dimensão convencional, de explicar alguns aspectos das regras sociais e jurídicas, como o fato de normas jurídicas serem reconhecidas por sua dimensão de validade, e não sua adequação moral.

Além disso, no âmbito das regras sociais, estas não podem ser explicadas, em seu aspecto controvertido, como se sempre fizessem referência a uma controvérsia moral, o que significa que as pessoas aceitam uma

regra se concordam moralmente com ela. Para Hart as pessoas podem adotar uma regra social por outros motivos como a tradição.

Por fim, Hart retoma a questão da compatibilidade da regra de reconhecimento com controvérsias morais e afirma que não é o intuito da teoria positivista dele fornecer critérios detalhados que permitam a resolução de tais controvérsias, mas pretende determinar condições gerais nos modernos sistemas jurídicos que explicitem como um determinado ordenamento jurídico pode se manter e constituir. Tais condições gerais podem incorporar standards morais.

Na sexta parte, será explanado que Hart admite que tratara pouco a respeito da questão do papel judicial do Juiz e que não levou em conta, de maneira adequada, a dimensão dos princípios. Dessa maneira, ele elabora sua própria concepção de princípio, com sua dimensão de grau e sua dimensão de moralidade.

Dentro desta classificação, Hart se posiciona e critica a teoria de Dworkin a respeito da maneira como se dão os conflitos entre regras e entre princípios. Hart irá defender que a teoria dos conflitos entre princípios e regras, os quais respectivamente se dão numa dimensão de peso e no “tudo ou nada”, deve ser mitigada; para Hart pode existir conflitos entre as próprias regras ou entre regras e princípios nos quais uma das regras não será invalida.

Na sétima parte, será explanado que Hart irá discorrer a respeito da compatibilidade entre princípios e a regra de reconhecimento o qual exige um teste de pedigree para o seu reconhecimento; e que a regra de reconhecimento não se resume a um teste de pedigree. Hart defenderá que a regra de reconhecimento é plenamente compatível com uma teoria dos princípios, haja vista admitir standards morais e que sua teoria da regra de reconhecimento possui uma correspondência com a concepção de direito pré-interpretativo de Dworkin.

Dessa maneira além da regra de reconhecimento possuir um teste de pedigree, ela também defende um pano de fundo consensual, em forma de consenso de convenção, que mantém aspectos descritivos no Direito.

Na oitava parte, será explicitado que Hart retomará argumentos a respeito da relação entre direito e moral. Hart dirá que na relação entre direito e moral, ao contrário de Dworkin, pode haver dispositivos moralmente iníquos em formas de standards de regras ou princípios. Como consequência, a teoria Positivista, o qual preceitua uma independência da validade do direito da moral tem razão.

Por fim, na nona parte, será explanado que Hart discorrerá a respeito da tese do poder discricionário e se posicionará a respeito de algumas críticas de Dworkin. Defenderá que é válida a teoria de Dworkin a respeito do raciocínio judicial e que sua teoria deu pouca atenção para tal aspecto da teoria do Direito. Entretanto, ainda defenderá uma teoria do poder discricionário, e que no final das contas, na prática, o juiz terá poder criação judicial no caso concreto e terá que argumentar conforme a melhor concepção moral que ele acredita, semelhantes às conclusões de Dworkin.

Deste modo, segue uma explanação mais detalhada desses argumentos de Hart.

A teoria de Hart tem como intuito fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. Geral, haja vista de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, porém tenta explicitar e clarificar o direito como instituição social e política complexa, constituído por regras (nesse sentido, normativa) (HART, 2007, p.300).

Descritivo, na medida em que tenta assumir uma posição neutra em relação a moral e não têm propósitos de justificação; não pretendem justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas do direito (HART, 2007, p.301).

Nesse viés, a principal preocupação de Herbert Hart é a respeito de uma teoria da regra social. Uma teoria que realize questionamentos a respeito da natureza das regras sociais, de como diferem hábitos de regularidades de comportamento ou quais os tipos de regras encontrados nos sistemas jurídicos concretos (HART, 2007, p.301).

Dessa maneira, Hart irá contrapor sua teoria a de Dworkin afirmando que sua teoria não possui uma proposta avaliativa ou interpretativa, mas somente descritiva. Como consequência, ele se posicionará em relação às críticas de Dworkin à regra de reconhecimento, a sua capacidade de prever princípios jurídicos e ao conceito de poder discricionário.

Dworkin, em seu projeto teórico, realiza uma abordagem “interpretativa”, diferentemente de Hart. Isso significa uma abordagem, em parte, avaliadora, uma vez que possui a missão de identificar os princípios que simultaneamente se “ajustam” melhor ao direito estabelecido e às práticas jurídicas de um sistema jurídico, ou se mostram em coerência com eles e também fornecem a melhor justificação moral para os mesmos, mostrando o direito na sua melhor iluminação (HART, 2007, p.302).

Em Dworkin existe uma combinação entre uma abordagem justificativa, expresso no seu conceito de “sentido interpretativo” das práticas jurídicas; e uma abordagem descritiva expresso no seu conceito de “sentido pré-interpretativo”. Aqui é importante a explicitação de tal interpretação de Hart a respeito da teoria de Dworkin, haja vista que, no intuito de manter a utilidade da sua teoria da regra de reconhecimento e de sua teoria Positivista, ele irá afirmar que o sentido pré-interpretativo é um conceito próximo da regra de reconhecimento.

Direito no “sentido interpretativo” consiste justamente na abordagem de Dworkin de realizar um cotejo entre as práticas jurídicas e os princípios que as justificam. O direito será avaliado e justificado segundo esses parâmetros principiológicos. Já o sentido “pré-interpretativo” são os

dados anteriores a uma interpretação crítica, uma vez que estão estabelecidos como uma questão de consenso geral dos juristas dos sistemas jurídicos concretos (HART, 2007, p.302).

Hart não irá confrontar diretamente a teoria de Dworkin a respeito da sua teoria da interpretação e sua associação aos princípios Jurídicos. Ele irá criticar as considerações de Dworkin sobre o positivismo, no sentido, de conceber a teoria positivista como uma teoria da interpretação (HART, 2007, p.303).

Dworkin, conforme explicita Hart, realizou severas críticas a uma teoria geral e descritiva. Dworkin afirma que a distinção simples entre descrição e avaliação enfraqueceu a teoria jurídica e tais críticas se manifestam no questionamento aos conceitos de perspectiva interna e externa. Para Dworkin, não tem como realizar uma desvinculação desses conceitos, haja vista que uma teoria do direito somente pode realizar uma abordagem adequada das práticas judiciais se adotar a postura de participante e não somente a de um observador externo (HART, 2007, p.303).

Entretanto, o autor positivista irá se defender dizendo que a sua teoria descritiva do direito é plenamente compatível com a postura de participante. Adotar a postura de participante é exigir que o teórico do direito leve em conta o sentido interno das condutas dos partícipes de uma comunidade jurídica, entretanto, não significa necessariamente que os teóricos devem adotar um ponto de vista crítico moral em relação a tais práticas ou aceitá-las (HART, 2007, p.303-304).

Dworkin, em resposta a crítica de Hart de que as teorias gerais do direito não podem ser somente interpretativas e avaliativas, muda de opinião em relação à postura negativa a respeito das teorias gerais do direito

descritivas, afirmando que é possível uma teoria geral descritiva referente a problemática do sentido¹ (HART, 2007, p.304-305).

Entretanto, Dworkin realiza outra crítica dizendo que mesmo nos casos de interpretação de sentido, a respeito da diferenciação entre proposições do direito reconhecidas por uma regra social de comandos puros de um soberano ou de standards morais; envolvem questões interpretativas e avaliativas (DWORKIN,1987 ;HART, 2007, 304-305).

Mesmo as questões de sentido, responde Hart, possuem uma referência a uma teoria da interpretação e avaliação do Direito e não conduz necessariamente a impossibilidade de uma teoria descritiva, visto que, o teorizador registraria as divergências teóricas e avaliadoras das práticas jurídicas como questões de fato, no qual o teórico registraria como ocorrem as controvérsias, mas não realizaria nenhuma avaliação pessoal a respeito delas (HART, 2007, p.305-306).

Aqui é importante registrar, para fins do problema deste trabalho, que como consequência da manutenção e defesa de uma teoria descritiva do direito, Hart irá defender que a tarefa da teoria do direito não é se posicionar em relação a qual teoria moral objetiva o juiz deve adotar, mas deve deixá-lo escolher qual teoria moral segundo seus critérios subjetivos. Tal afirmação será explanada logo à frente.

Seguindo o fio condutor da relação entre direito e moral e sua crítica aos fundamentos da teoria de Dworkin Hart começará a criticar a associação das teorias Semânticas com o positivismo.

Hart afirma que o mais fundamental erro que Dworkin encontra na sua obra é a afirmação de que o positivismo defende que a verdade das proposições jurídicas, tais como as que descrevem direitos e deveres jurídicos, depende apenas de questões de mera factualidade histórica,

¹ Encontrado no artigo em inglês *Legal Theory and the Problem of Sense* (DWORKIN, 1987, p.19-20).

incluindo fatos relativos a crenças individuais e atitudes sociais (HART, 2007, p.306).

Dessa maneira, o positivismo possuiria uma compreensão inadequada das controvérsias jurídicas. Pelo motivo de considerarem os fundamentos do direito, como fatos históricos fixados linguisticamente a teoria positivista é incapaz de conceber uma divergência teórica sobre os fundamentos do direito, somente concebendo tais divergências como linguísticas e não como questões de moralidade (HART, 2007, p.306-307).

Dworkin afirma que se os positivistas defendessem uma concepção de regra que incorporasse as divergências teóricas, tal concepção de regra seria descaracterizada, haja vista que pessoas não divergiriam sobre a mesma concepção de direito, mas sobre concepção de direito diferentes; tal descaracterização ou vício do conceito de regra social é denominado de aguilhão semântico (HART, 2007, p.307).

Discordando da interpretação de Dworkin, Hart afirma que ele retira a sua teoria da regra de reconhecimento do significado de “direito” ou que se houver uma concepção de regra controvertida haverá discussões diferentes sobre o Direito (HART, 2007, p. 307-308).

Dworkin confunde o significado de um conceito com os critérios para a sua aplicação. Hart contra argumenta que tinha previsto que os conceitos, apesar de ter critérios fixados pela regra de reconhecimento para o seu significado, variam na aplicação o seu sentido; ou seja, eles podem ser controvertidos num caso concreto (HART, 2007, p.308).

Hart argumenta que a sua teoria da regra do reconhecimento é mais complexa que uma teoria semântica. Enquanto esta parte do pressuposto de que alguns critérios linguísticos ou de condições de verdade servirão como os fundamentos para os positivistas definirem o que é o direito, a teoria de Hart preceitua uma teoria da regra social em que o direito é definido não de

um “conceito semântico de direito”, mas de um conjunto de práticas sociais realizados num sistema jurídico (HART, 2007, p.308-309).

Dworkin confunde o significado de “direito” com o significado de “proposições de direito”. Para Hart, as proposições de direito são definidas por um conjunto de regras que determinam seu significado ou sua verdade; neste caso pode-se afirmar que são critérios linguísticos. Entretanto, o significado de “direito” já é determinado por aquilo que determinado sistema exige, no caso da teoria de Hart, um conjunto de regras sociais os quais conferem poderes a alguém de produzir normas de conduta (HART, 2007, p.308-309).

Também Hart nega a teoria do “positivismo factual” que Dworkin lhe atribui. Tal teoria afirma que as questões controvertidas do direito são questões somente de factos históricos, dos precedentes ou das leis, ou da forma como foram elaboradas as normas. Hart afirma que sua teoria prevê que alguns sistemas jurídicos, como nos Estados Unidos, incorporem princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais (HART, 2007, p.309).

Dessa maneira, Hart nega que o positivismo seja meramente factual ou uma teoria semântica do Direito. E como consequência, para fins do problema deste trabalho, Hart admite uma associação entre direito e moral se manifestando na sua teoria do poder discricionário afirmando que o juiz pode utilizar não somente regras, mas também princípios no caso concreto; e que tal ideia é compatível com a defesa de um poder criativo do juiz na lide.

Negada a associação do positivismo com uma teoria Semântica, Hart argumenta em relação à associação do positivismo como uma teoria Conventionalista.

A segunda versão de Dworkin do positivismo é denominada de conventionalismo. Neste caso o positivista é um teorizador preocupado em

oferecer a melhor interpretação das práticas jurídicas, apresentando os critérios de direito como consistentes em meros fatos à disposição de todos, de forma que todos serão destinatários de uma advertência leal, antes do uso de coerção. Assim, será assegurado, pela teoria convencionalista, o ideal de expectativas protegidas, no sentido, de que os cidadãos poderão prever quando sua conduta é passível de punição ou não. (HART, 2007, p.310).

O convencionalismo não pode ser uma teoria adequada para explicar a teoria positivista de Hart. Isso por dois motivos: (1) primeiro que a teoria de Hart não é uma teoria meramente factual, uma vez que a teoria da regra social também admite valores; (2) em segundo lugar, enquanto a teoria do direito afirma que o cerne da Teoria do Direito é justificar a coerção do Estado, Hart afirma que esse nunca foi o seu objetivo (HART, 2007, p.310).

Além disso, essa prioridade dada à coerção jurídica, na perspectiva de Hart, não se justifica, haja vista que a coerção jurídica (aspecto das regras primárias do Direito) é somente uma dimensão do Direito, mas não a única (HART, 2007, p.311).

Hart critica a ideia da justificação da coerção do Estado como o cerne do direito ou da regra de reconhecimento. Para ele a regra de reconhecimento (direito) possui uma função que está para além da coerção, mas que pode se configurar na ajuda da planificação da sociedade como as regras para testamentos e contratos (HART, 2007, p.311-312).

Desta maneira, Hart irá negar o pano de fundo interpretativo e pós-interpretativo da teoria de Dworkin. Como consequência, para a perspectiva de um poder discricionário, é que a teoria moral aplicada pelo juiz será elaborada de maneira subjetiva sem nenhuma referência de moralidade objetiva.

Depois das críticas ao positivismo como Convencionalismo, Hart faz algumas considerações a respeito da relação entre moral e direito, seguindo o fio condutor das críticas de Dworkin ao positivismo moderado e

como se manifesta na teoria do poder discricionário. Positivismo este que o próprio Hart se classifica (HART, 2007, p.312).

O positivismo moderado consiste numa espécie de positivismo, elaborado por outros teorizadores, os quais realizam uma série de adaptações da teoria de Hart para recepcionar as críticas de Dworkin a respeito da incompatibilidade entre a regra de reconhecimento e os princípios jurídicos. Hart, desta maneira, resolve também responder as críticas de Dworkin a esse tipo de positivismo, haja vista que caso essas críticas fossem corretas, se aplicariam também a sua teoria (HART, 2007, p.312).

Dworkin realiza uma crítica ao positivismo de Hart de ser incapaz de lidar de maneira adequada com a incerteza da regra de reconhecimento a partir do momento em que recebe princípios morais. Hart afirma que Dworkin exagera nesse argumento, haja vista que sua própria teoria já concebeu o problema da incerteza no direito, e nem sempre a certeza da regra de reconhecimento será o mais importante. A exigência de adaptação do sistema jurídico a contingência social é algo positivo. O problema que Hart coloca é o grau de incerteza que um regime jurídico pode tolerar (HART, 2007, p. 313-314).

Tal questão da incapacidade de um Direito Positivista lidar com a incerteza se refletem diretamente no problema da discricionariedade judicial, na argumentação de Hart. Tal problemática está relacionada ao conceito de “textura aberta”.

Tal conceito preceitua que assim como a linguagem, o direito possui certa indeterminação de sentido o qual resulta que no caso concreto o juiz pode ter dúvidas ou não encontrar uma regra aplicável para resolver a lide relevando o aspecto incerto do ordenamento jurídico (HART, 2007, p.314).

Dessa maneira, aprofundando a questão da compatibilidade da regra de reconhecimento com controvérsias morais de um ponto de vista do

poder discricionário, Hart realiza algumas considerações a respeito da teoria de Dworkin e seu direito como Integridade.

Dworkin defende que existem fatos morais objetivos e controvertidos. O fato de uma proposição jurídica for controvertido não impede de que alguns argumentos sejam melhores do que outros, no sentido de que tais argumentos se ajustam melhor aos princípios encontrados na história institucional do direito que melhor os justificam (HART, 2007, p.314-315).

Tais fatos morais (moral objetiva) são parâmetros encontrados na história institucional que servirão para constranger o juiz na aplicação judicial. A teoria positivista falha por não assumir um compromisso com tais teorias morais, por mais que elas sejam controvertidas (HART, 2007, p.315-316).

Hart defende que uma teoria moral objetiva (e controvertida) como a de Dworkin, não possui tantas finalidades práticas como Dworkin preceitua. Haja vista que, independente da teoria filosófica, o juiz sempre utilizará a melhor teoria moral segundo seu juízo. Como conclusão, Hart adianta algumas considerações a respeito do conceito de poder discricionário.

Pelo fato das teorias morais serem controvertidas, é melhor manter uma teoria do direito descritivo e colocar a relação do juiz com uma teoria moral em aberto, no sentido de que não será a função da teoria responder que se há ou não poder discricionário quando o juiz interpreta moralmente ou qual a relação entre os critérios de validade jurídica (regra de reconhecimento) e a moral (HART, 2007, p.316).

Depois disso, Hart volta aos fundamentos da teoria de Dworkin, e argumenta a respeito da moralidade convencional e consensual.

A respeito da natureza das regras sociais Hart mantém sua diferenciação entre plano interno e externo da regra. O plano interno está relacionado com o conceito de aceitação. O plano externo com a postura de observador da conduta (HART, 2007, p. 317).

Hart irá expor as críticas de Dworkin e, é interessante, que Hart irá concordar com a maioria delas.

Primeiro, a teoria de Hart não realiza uma diferenciação adequada entre consenso de convenção e consenso de convicção. As regras são práticas 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; já as práticas convergentes, tal como a moral partilhada de um grupo, são constituídas não por convenção, mas pelo fato de os membros do grupo ter as mesmas razões, embora independentes, para se comportarem de modos específicos e, efetivamente, se comportam com base em tais razões (HART, 2007, p.317-318).

Segundo, a concepção de regra social de Hart, como Dworkin afirmou corretamente, é aplicável somente às regras que são convencionais. Isso restringe a teoria de Hart, e este reconhece que sua teoria não é adequada para explicar a moral, quer individual ou social (HART, 2007, p.318).

Entretanto, Hart afirma que a teoria é adequada para as regras sociais convencionais que incluem, além dos costumes sociais comuns (que podem ser, ou não, reconhecidos como dispendo de eficácia jurídica), certas regras jurídicas importantes que abrangem a regra de reconhecimento, regra esta que é efetivamente uma forma de regra judicial costumeira, que somente existe se for aceite e executada nos atos dos tribunais de identificação do direito e de aplicação deste. Já as regras jurídicas legisladas, embora sejam identificáveis como válidas pelos critérios da regra de reconhecimento, podem existir como regras jurídicas desde o momento da sua emissão, antes de verificada qualquer ocasião para a sua prática, e a teoria da prática não lhes é aplicável (HART, 2007, p.318).

Tal ideia de Hart serve como uma crítica e discordância a afirmação de Dworkin de que a própria teoria da regra social convencional é incapaz de conceber de maneira adequada a natureza normativa de tais

convenções. Dworkin utiliza o conceito de “certo estado de coisas normativo” (HART, 2007, p.318).

Hart faz considerações sobre este conceito. Hart interpreta tal conceito de Ronald Dworkin como a existência de boas razões morais ou de justificação para fazer o que a regra exige, por isso sustenta que, enquanto que a mera prática regular das pessoas que vão à igreja de tirarem o chapéu no templo não pode constituir a 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 tirem os chapéus na igreja (HART, 2007, p.319).

Hart irá criticar Dworkin afirmando que tal concepção de regra normativa é muito forte, no sentido de exigir um determinado estado de coisas normativo ou moral no mundo, quando as pessoas podem obedecer a uma norma por outros motivos além do moral, como respeito à tradição, aceitação social ou achar a sociedade sabe o que é melhor para o indivíduo (HART, 2007, p.319).

E por fim, relacionando a argumentação a respeito da moralidade consensual e convencional e da questão do poder discricionário, mais uma vez Hart argumenta sobre a questão da incerteza e incapacidade da regra de reconhecimento para lidar com as controvérsias jurídicas.

Hart irá discordar de Dworkin e afirmar que a regra de reconhecimento não possui uma função de fornecer um critério completo para determinar qual é a norma jurídica válida, como se fosse possível prever o resultado jurídico apelando somente para os critérios da regra. Mas sua função é determinar as condições gerais que as decisões jurídicas devem satisfazer nos modernos sistemas jurídicos. A regra fornecerá critérios de pedigree ou de validade que não se referirão ao conteúdo do direito, mas ao modo e a forma porque são criados e adotados pela lei. Entretanto, a regra de reconhecimento poderá adotar valores e normas morais, e nesse

caso, as práticas regulares dos juízes podem servir como critério para resolver controvérsias judiciais a respeito destas questões valorativas (HART, 2007, p.320).

Como consequência Hart defende a compatibilidade entre o poder discricionário e os standards de moralidade. E aprofunda, na sua argumentação, o papel dos princípios na sua Teoria do Direito.

Hart avalia a crítica de Dworkin a respeito da compatibilidade do conceito de princípios com sua teoria positivista. Dworkin afirma que se a teoria do reconhecimento adotasse princípios, tal fato seria incompatível com a defesa de um poder discricionário e uma concepção de regra jurídica retirada da prática reiterada de uma conduta (HART, 2007, p.321).

Hart admite que sua teoria abordara pouco a questão do julgamento e não realizou uma avaliação adequada do papel dos princípios jurídicos.

Dessa maneira, ele realiza uma conceituação de princípio. Para ele, este conceito se caracteriza por dois aspectos: (1) primeiro uma questão de grau, os princípios relativos às regras são extensos, gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como número diferente de regras, pode ser considerado como um único princípio; (2) segundo, os princípios são dotados de certa dimensão valorativa ou de moralidade, para além do valor linguístico ou lógico, que contribuem não somente para o fundamento conceitual das regras, mas também para a sua justificação moral (HART, 2007, p.322).

Para além destes dois aspectos, há um terceiro aspecto no qual Hart pensa ser uma questão de grau, enquanto Dworkin defende ser algo crucial. Tal questão remete a distinção entre regras como uma dimensão de aplicação “tudo ou nada”, enquanto os princípios possuem uma “dimensão de peso”. Assim, se duas regras entrarem em conflito, somente uma delas poderá ser aplicável ao caso concreto, e a outra deverá ser considerada inválida; já os princípios se entrarem em conflito, apesar de somente um

Princípio ser aplicável na situação concreta, o outro não será considerado inválido, apenas de menor peso (HART, 2007, p.322-323).

Já Hart não aceita esse contraste ou classificação. Para Hart é possível que duas regras sejam aplicáveis no mesmo caso, e uma delas tenha preferência, e nem por isso a regra não aplicada deve ser invalidada. Ou no caso que um princípio entre em contraste como uma regra, o mesmo raciocínio é válido (HART, 2007, p.323-325).

Hart nestes casos vai recomendar que tal classificação a respeito dos princípios e regras seja considerada somente como de grau, no sentido de que os princípios são mais extensos que as regras (HART, 2007, p.325).

Hart reconhece a importância dos princípios e da discussão de Dworkin a respeito do raciocínio jurídico e afirma, que apesar de não ter dado ênfase neles, seu trabalho chegou a conceber essa problemática. Ele cita conceitos como “padrões jurídicos variáveis”, que especificam fatores que devem ser levados em conta e ponderados com outros, no caso concreto, como exemplos de discussão. E afirma que previu que regras são preferíveis, para regulação de conduta, não com conceitos indeterminados como de “diligencia devida”, mas com regras quase conclusivas que proíbem ou exigem as mesmas ações específicas em quase todas as situações tais como as regras penais contra o homicídio e o furto (HART, 2007, p.325).

Seguindo a linha sobre a argumentação a respeito dos princípios, Hart discorre sobre a compatibilidade da sua teoria da regra de reconhecimento com princípios jurídicos.

Hart expõe que Dworkin defende que os princípios jurídicos não podem ser identificados por uma regra de reconhecimento. Eles só podem ser identificados através de uma interpretação construtiva, como membros de um conjunto único de princípios que não só se ajusta melhor a toda a história institucional do direito estabelecido de um sistema jurídico, como também melhor a justifica (HART, 2007, p.326).

Dworkin realiza duas afirmações: primeiro, que os princípios não podem ser identificados por um teste de pedigree; segundo, que a regra de reconhecimento só serve para o teste de pedigree. Hart realizará uma crítica a estas duas afirmações (HART, 2007, p. 327).

Hart defende que as práticas judiciais e as referências a documentos jurídicos demonstra que os princípios jurídicos exigem um teste de pedigree. Isso porque, a definição dos princípios jurídicos por mais que haja uma referência à história institucional, irredutível a uma regra de reconhecimento, é necessária uma teoria sobre as fontes do direito e a hierarquias de tais fontes jurídicas, e tal teoria já justifica uma regra de reconhecimento. Hart associa este argumento ao conceito de “direito pré-interpretativo” (HART, 2007, p.329).

A principal diferença entre o conceito de “direito pré-interpretativo” e a regra de reconhecimento consiste que Hart atribui o acordo geral existente entre os juízes quanto aos critérios de identificação das fontes de direito à sua aceitação partilhada das regras que atribuem tais critérios, enquanto que Dworkin não fala de regras, mas de paradigmas, consensos e de pré-compreensões que os membros da mesma comunidade interpretativa partilham (HART, 2007, p.329).

Assim Hart defende que a regra de reconhecimento corresponde ao direito pré-interpretativo, haja vista que Dworkin admite um consenso fático (convencional) de fundo, o qual os membros de uma comunidade jurídica devem adotar para poderem interpretar o Direito de maneira crítica (HART, 2007, p.329-330).

Entretanto, Hart admite diferenças entre a teoria dele e de Dworkin. Visto que, enquanto Hart preceitua regras convencionais e o problema de aplicação como um teste para a regra de reconhecimento, Dworkin admite uma fase interpretativa como um exercício literário de atribuir o melhor

propósito e o problema da aplicação como um teste moral (HART, 2007, p.330-331).

Hart retoma a problemática entre direito e moral.

Hart defenderá a respeito da relação entre direito e moral que, embora haja conexões contingentes diferentes entre os dois, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade regras ou princípios jurídicos com disposições moralmente iníquas. Ou seja, pode haver direitos e deveres que não possuem qualquer justificação moral (HART, 2007, p.331).

E tal ideia é oposta à teoria de Dworkin. Para este, em decorrência da sua teoria interpretativa, deve haver sempre fundamentos morais indiciários (*prima facie*) para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos. Desse modo, Dworkin defende que os direitos jurídicos devem ser entendidos como uma espécie de direito moral (HART, 2007, p.331).

Hart explica que de acordo com sua teoria a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito (HART, 2007, p.332).

Já na teoria interpretativa de Dworkin, todas as proposições de direito, envolvem necessariamente um juízo moral, haja vista que, segundo sua teoria interpretativa holística, as proposições do direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrerem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido, identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe conferem a melhor justificação moral (HART, 2007, p.332).

Hart afirma que o grande problema da teoria de Dworkin, até a introdução da distinção entre “direito pré-interpretativo” e direito

“interpretativo” é que poderiam existir princípios moralmente iníquos justificando uma norma jurídica. Nesse caso, seria errado afirmar que tal norma jurídica não seria “jurídica” somente pelo fato de ser imoral. A teoria de Dworkin não se distinguiria de uma teoria positivista (HART, 2007, p.332-333).

A moral pode apresentar constrangimentos ao direito, Hart não discorda disso, entretanto, tal ideia não é incompatível com a defesa teórico do positivismo jurídico de que existem algumas normas jurídicas que são irredutíveis a moral (HART, 2007, p.333).

Hart lembra os argumentos de Dworkin, a respeito do regime nazista, que não é preciso considerá-lo como não sendo um sistema jurídico, haja vista que imoral. A linguagem é flexível o bastante para considerá-lo direito num sentido “pré-interpretativo”. Com esses argumentos e outras Hart acredita que sua teoria descritiva é compatível com alguns empreendimentos de Dworkin (HART, 2007, p.333-334).

Por fim, Hart explicita a crítica de Dworkin a sua teoria do poder discricionário. Hart defende que o direito possui lacunas e que, nesse caso, o juiz poderá criar direito e exercer seu poder discricionário. Dworkin irá criticar essa concepção (HART, 2007, p.335).

Dworkin defende que é incompleto não o direito, mas imagem positivista que se tem dele, haja vista que o Direito não é constituído de somente princípios explícitos, mas implícitos também. E tais princípios implícitos servirão como parâmetro para a decisão (HART, 2007, p.335).

Hart defende que o seu conceito de poder discricionário possui algumas características: (1) primeiro que tal poder é diferente daquele exercido pelo poder legislativo, haja vista que o juiz possui constrangimentos diferentes do legislador e, pelo fato de estar vinculado ao caso concreto, não pode realizar modificações e reformas de larga escala na norma; (2) em decorrência da ideia anterior, tal poder é intersticial, no sentido de que

possuem alguns constrangimentos mínimos no seu poder de criação; (3) mesmo assim, terá poder de criação, visto a incapacidade do direito prever todas as decisões judiciais, ou seja, visto o direito possui lacunas; (4) por fim, no caso das lacunas, o juiz poderá apelar para razões, de forma responsável, conforme seus valores, que não estão previstos pelo direito ou por aquilo que outros juízes fizeram (HART, 2007, p.336).

Contra essa concepção de poder discricionário, Dworkin realiza três críticas: (1) a primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos casos difíceis; (2) a segunda é a de que esta concepção é antidemocrática e injusta; (3) e a terceira, de que o poder discricionário é uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito depois do caso concreto, o qual é considerado injusto (HART, 2007, p.336-339).

Em relação à primeira crítica Hart afirma que existem sim lacunas no direito e que, nesses casos, é inevitável o uso do poder discricionário. Em relação à segunda, os juízes, às vezes, possuem poderes de regulamentar leis, devido a uma justificativa funcional, no sentido de que se torna inviável, por exemplo, remeter de novo a lei com lacuna ao legislativo, para este preencher este déficit; e a respeito da terceira crítica, só seria antidemocrática se houvesse uma previsão de um Direito, como no caso de lacuna não há direito previsto, logo o poder criador do juiz é legítimo (HART, 2007, p.336-339).

Dessa maneira, fora discutida a principal réplica de Hart à teoria de Dworkin e como se manifesta a teoria do poder discricionário na argumentação de Hart. No próximo capítulo, será explanada a tréplica de Dworkin.

A tréplica de Ronald Dworkin

O intuito deste capítulo é explicitar a tréplica de Dworkin em relação ao Pós-escrito de Hart. Dworkin não irá se manifestar a respeito de todas as colocações de Hart. Entretanto, pode-se dizer que a contestação principal em relação à réplica de Hart é a respeito de uma teoria positivista que seja capaz de explicitar standards morais, mas que ainda insiste na possibilidade de uma teoria neutra e descritiva do Direito. Dessa maneira, Dworkin questionará o conceito de “descritivo” e, associando a teoria de Hart a um pano de fundo das problemáticas de filosofia política, afirmará que a teoria de Hart é uma teoria arquimediana do direito.

Dworkin será coerente com o restante da sua teoria e defenderá a necessidade de uma concepção de direito como constituído por divergências teóricas e, em decorrência disso, o teórico do direito não pode assumir uma posição arquimediana em relação às práticas jurídicas, mas que deve tomar posição no debate.

Dessa maneira, tal capítulo será estruturado em 6 (seis) partes.

Primeiro será pronunciada a crítica de Dworkin ao positivismo por meio de sua afirmação de que a teoria de Hart é uma teoria arquimediana. Neste momento será explanada a diferença entre o discurso de primeira ordem, a respeito das controvérsias cotidianas dos membros da comunidade jurídica e de segunda ordem a respeito da descrição teórica destas controvérsias realizados pelo teórico.

Segundo, Dworkin realizará uma defesa geral de que as divergências do direito são divergências teóricas os quais resultam num impacto metodológico para o teórico do direito. Dessa maneira, Dworkin defenderá a

impossibilidade de uma abordagem descritiva e neutra demonstrando que existem diferentes perspectivas teóricas para estes conceitos.

Terceiro, seguindo esse viés, Dworkin denominará três possíveis interpretações de uma abordagem descritiva: uma abordagem semântica, uma essencialista e uma de generalização estatística. Depois serão apresentadas suas correspondentes críticas.

Quarto será apresentado que a teoria de Dworkin assume uma teoria que combina elementos descritivos e justificativos. Aqui será explicado como Dworkin realiza algumas analogias com as teorias do tipo natural que permitem que as teorias morais possuam certa objetividade.

Quinto será explanado que sua teoria concebe uma teoria do valor que leve em conta os modos de vida das pessoas.

Sexto, partindo desse ultimo pressuposto, realizará algumas críticas mais específicas à teoria de Hart. Retomando a classificação da teoria de Hart como essencialista, semântica ou de generalização empírica; e depois formulando perspectivas gerais de legalidade ou de direito classificadas como modelo de exatidão, eficiência e integridade, Dworkin demonstrará a impossibilidade de uma postura descritiva e neutra das teorias positivistas e a pleora de perspectivas teóricas que podem ser atribuídas para as questões jurídicas.

Por fim, Dworkin tirará duas conclusões a respeito das consequências dos juízes adotarem a teoria positivista de Hart: os juízes terão menos motivos para interpretar o direito de maneira holística e criticando o seu pano de fundo principiológico; e serão mais conservadores, no sentido de que haverá menos mudança da cultura jurídica.

Dworkin inicia sua tréplica contestando as duas bases do positivismo de Hart. Ele irá criticar uma teoria positivista que se pretende neutra em relação ao seu objeto de estudo, no sentido de que o teórico do direito não compartilha um posicionamento normativo ou moral em relação ao

fenômeno jurídico; e descritivo, no sentido de que o teórico não possui a preocupação em justificar o direito, somente descrevê-lo (DWORKIN, 2006, p.141).

Ele afirma que o pano de fundo de qualquer interpretação teórica do direito são as convicções éticas e morais compartilhadas pelo teórico e pelo seu objeto de estudo. Além disso, não existe diferença entre as convicções daquele que tentam compreender o fenômeno jurídico como um estudioso ou jurista daquele que participa de tal fenômeno como um cidadão ou juiz (DWORKIN, 2006, p.140-141).

Hart será classificado, então, como sendo um filósofo arquimediano. Os arquimedianos são filósofos contemporâneos que realizam afirmações meta-éticas com o intuito de formular teóricas filosóficas sobre a ética e a moral, mas não partem do pressuposto de que são participantes destas mesmas práticas. Dessa forma, eles realizam uma diferença entre uma primeira ordem do discurso, o qual representa a dimensão dos não filósofos, dos integrantes da prática cotidiana; de uma segunda ordem do discurso, no qual os filósofos se posicionam, classificam e interpretam as práticas cotidianas de maneira neutra (DWORKIN, 2006, p.141).

Hart e Dworkin discordam a respeito de quão longe é a relação entre direito e moral. Hart acredita que as argumentações morais somente podem entrar na argumentação jurídica quando as regras de reconhecimento reconhecerem a incorporação de standards morais nas fontes judiciais. Já Dworkin parte do pressuposto de que de que o direito e moral estão profundamente relacionados, independente do reconhecimento expresso das fontes judiciais (DWORKIN, 2006, p.144-145).

Em decorrência disso, Dworkin associará Hart a uma tradição da filosofia política associado a teóricos como John Stuart Mill e Isaiah Berlin que admitem que se possa tratar de conceitos de liberdade, democracia e igualdade, como conceitos que podem ser compreendidos de maneira

neutra e descritiva. Dworkin questionará estes tais conceitos por meio de duas afirmações: primeiro que as questões a respeito destes conceitos são questões teóricas de filosofia política e jurídica constituintes de uma determinada comunidade política e jurídica e não somente questões que podem ser descritas de forma neutra; segundo, que um teórico da política e do direito que assume uma posição descritiva em relação ao seu objeto é passível de ambiguidades teóricas (DWORKIN, 2006, p.146-147).

Dworkin retoma a sua concepção das controvérsias judiciais e políticas como divergências teóricas. Para ele, uma controvérsia sobre o papel do judiciário no controle de constitucionalidade das leis não é simplesmente uma questão que um teórico do direito possa lidar de maneira neutra e descritiva. É necessário que o teórico do direito se insira num debate a respeito de qual o papel o direito e da legislação numa teoria da democracia, em outras palavras, um debate dessa natureza diz respeito a divergências teóricas de como se pode dar um arranjo das instituições democráticas. (DWORKIN, 2006, p.148-149).

Isso porque conceitos como liberdade e democracia são práticas interpretativas a respeito de como se compreende as questões morais. Dessa maneira, somente é possível um teórico explicar tais conceitos com um pano de fundo da própria concepção que o teórico adota a respeito destes conceitos que sempre serão controvertidos (DWORKIN, 2006, p.150).

Reforçando tal ideia, Dworkin questiona o próprio conceito de abordagem “descritiva”. Ele explana no mínimo três diferentes abordagens descritivas de conceitos políticos e jurídicos. A primeira consistiria numa abordagem semântica. A segunda essencialista. E a terceira numa generalização estatística.

Na abordagem semântica, semelhante às teorias semânticas do *Império do Direito*,¹ os conceitos jurídicos podem ser descritos como questões verbais ou linguísticas que, em caso de controvérsia, se refeririam a questões sobre o uso correto de tais conceitos. Então, por exemplo, se eu tenho um livro e extraio uma página desse livro e resolvo conceituar tal página como “um livro”, tal uso está equivocado, haja vista que vai de encontro às convenções linguísticas de como se deve utilizar tal conceito, ao invés de utilizar o conceito de “página” ou simplesmente “papel” (DWORKIN, 2006, p.151).

Na abordagem essencialista, as controvérsias jurídicas são descritas como questões factuais. São utilizados critérios de pesquisas científicas, como exame de DNA, por exemplo, para investigar a natureza dos animais, como modelo para descrever os conceitos jurídicos (DWORKIN, 2006, p.152).

Na abordagem estatística, é realizada uma análise histórica dos arranjos institucionais de uma determinada sociedade, como a constituição de sua família, das instituições políticas e sociais para servir como critério justificativo para, por exemplo, afirmar que um casamento homossexual é imoral. Tais estratégias teóricas, afirma Dworkin, são descritivas e utilizadas como analogia para explicitar as controvérsias jurídicas (DWORKIN, 2006, p.153).

Dworkin será crítico em relação a estes três tipos de abordagem num duplo sentido: primeiro que isso já demonstra que o conceito de “descritivo” não é neutro, como afirma Hart, mas pressupõe um pano de fundo teórico e epistemológico que elucide estes diferentes tipos de abordagem (DWORKIN, 2006, p.153).

Segundo, como já foi explanado por toda a teoria de Dworkin, este possui elementos da hermenêutica filosófica que são críticos em relação a

¹ As teorias Semânticas foram explanadas no subcapítulo 3.2 desta dissertação.

qualquer forma de positivismo nas ciências humanas e sociais que tentem estudar as instituições humanas desprovidas de sentido e de linguagem. Como consequência, a teoria de Dworkin possui um pano de fundo questionador em relação a qualquer abordagem que tente explicitar as práticas sociais que resumam a realidade a aspectos factuais, comportamentais ou empíricos.

Além disso, a sua teoria retoma as estratégias deontológicas da filosofia moral de fundamentar racionalmente a moral e o direito. Logo, resumir as abordagens jurídicas aos aspectos semânticos ou estatísticos de uma historiografia das instituições sociais é perder de vista a dimensão argumentativa do direito, no sentido, de que o direito se constitui como um conjunto de práticas interpretativas, sociais e argumentativas que oferecem a melhor justificativa para a coerção do Estado.

Entretanto, Dworkin reserva um sentido de “descritivo” para a sua teoria, no sentido, de que existe um aspecto “conceitual” que pode ser assim classificado. Usando como paralelo as teorias de tipos naturais (*natural kinds*), Dworkin afirma que sua teoria possui algumas características que lhe conferem uma certa objetividade. Na teoria política de Dworkin os valores possuem três características: são reais, no sentido de que existem independentemente de alguma invenção, crença ou decisão; possuem uma estrutura profunda que explica sua concreta manifestação; e não são propriedades físicas, mas normativas (DWORKIN, 2006, p.154-155).

Dessa maneira, Dworkin defende que são reais, no sentido de que são objetivas e podem ser argumentativamente corretas; possuem uma estrutura manifestas nas instituições que a dotam de caráter de justiça ou não; e normativas, haja vista que manifestam alguma dimensão de moralidade como a respeito da natureza da liberdade e igualdade (DWORKIN, 2006, p.154-155).

Dworkin acredita que existem duas maneiras de conceber os valores: uma partindo do pressuposto que os valores são independentes da nossa compreensão de viver bem; outra em que os valores estão relacionados com nossa concepção de vida boa (DWORKIN, 2006, p.156).

Tal percepção de valores como “imparciais”, no sentido de destacados da nossa compreensão de bem viver, podem ser encontrados nas abordagens científicas ou religiosas, em que são formuladas proposições teóricas a respeito de fatos do mundo ou de Deus que ganham seu significado independente da maneira como as pessoas compreendem suas vidas, ou seja, elas ganham um significado objetivo independente se as pessoas concordam ou não com elas. Para Dworkin as teorias positivistas ou arquimedianas possuem esse pano de fundo (DWORKIN, 2006, p.156-159).

Entretanto, questões como a justiça e democracia não podem ser compreendidas desta maneira. Para ele é necessário uma perspectiva de valores associadas com as concepções de bem viver das pessoas. Isso permitiria não uma hierarquia de valores, mas uma concepção de valores holística e integrada em que a concepção das pessoas seria revisada e integrada segundo uma concepção mais ampla de valor (DWORKIN, 2006, p.160-161).

Uma filosofia política entenderia melhor os valores políticos se trabalhasse eles numa larga estrutura. Se construir uma concepção que reconstrua de maneira abstrata as concepções de democracia, justiça e liberdade como uma estrutura que leve em conta a moralidade e o modo de vida das pessoas (DWORKIN, 2006, p.161).

Dessa maneira, retornando a teoria positivista, a primeira questão que Dworkin problematiza é o fato de Hart afirmar que sua regra de reconhecimento pode incorporar standards morais, entretanto, a sua teoria permanecer descritiva e neutra, ou seja, assumir uma postura arquimediana (DWORKIN, 2006, p.164).

Dworkin explica que é impossível, tal como defende a teoria de Hart, diferenciar os dois tipos de afirmação, o de primeira ordem que se refere as controvérsias jurídicas dos membros da comunidade jurídica e o de segunda ordem que se refere a posição teórica do jurista ou filósofo do direito. Por exemplo, num caso judicial, uma das partes pode invocar um direito apelando para standards de moralidade que não possuem previsão explícita em nenhum precedente ou lei; já a outra parte pode simplesmente negar tal direito justamente pelo fato de não haver fonte judicial prevendo explicitamente tais preceitos jurídicos. Como consequência, Dworkin afirma que dependendo da situação concreta, num caso judicial, a teoria de Hart pode se tornar uma teoria controvertida, se tornando impossível uma postura arquimediana (DWORKIN, 2006, p.164-165).

Além disso, o conceito de descrição é controvertido. Hart explica que sua teoria é normativa em oposição a uma concepção moral ou avaliativa do direito. Porém, Dworkin acredita que tal conceituação de descrição é insuficiente, haja vista que existem muitos modos de definir uma postura descritiva além daquelas que não sejam necessariamente avaliativas (DWORKIN, 2006, p.165).

Dworkin retoma os três modos de classificar a teoria das fontes de Hart: a primeira de maneira semântica, a segunda de maneira essencialista e a terceira por meio de uma generalização empírica.

O próprio Dworkin reconhece, e como foi apresentado neste trabalho, que a teoria de Hart não possui uma teoria essencialista ou de generalização empírica, haja vista que sua teoria não parte do pressuposto de que o direito possui alguma essência ou DNA que possa se apreendido empiricamente; nem que os positivistas e seus seguidores tenham efetuado alguma pesquisa empírica de caráter histórico e social para deduzir o conceito de direito (DWORKIN, 2006, p.166-167).

A teoria semântica preceitua que as proposições jurídicas são definidas por regras linguísticas e verbais que os membros da comunidade jurídica utilizam. Como consequência, afirmam que as divergências judiciais não são teóricas mais linguísticas. Dworkin reconhece que Hart no seu Pós-Escrito nega essa interpretação pela afirmação de que sua teoria pretende oferecer estruturas ou aspectos gerais dos sistemas jurídicos modernos e não uma dedução do direito algum conceito semântico. Somado a isso Hart afirma que sua regra de reconhecimento pode prever standards morais (DWORKIN, 2006, p.166).

Entretanto é nesta perspectiva, do positivismo como uma teoria semântica, que Dworkin realiza tal crítica. Dworkin cita uma questão constitucional dos Estados Unidos. Lá existe uma discussão a respeito se a pena de morte é constitucional ou não. Este argumento depende de uma interpretação sobre a Oitava Emenda da constituição norte americana que proíbe punições cruéis e não usuais. Dessa maneira, se for adotada a teoria de Hart tal proibição vai depender daquilo que os legisladores que fizeram a emenda pensam que seja cruel. Se adotar a teoria de Dworkin irá interpretar tal preceito que como um preceito moral que proíbe a pena de morte (DWORKIN, 2006, p.167-168).

Além disso, Dworkin afirma que nos Estados Unidos não há consenso sobre o fato da Constituição Americana adotar ou não preceitos morais. Logo, uma regra de reconhecimento não consegue lidar com divergências teóricas profundas a respeito da melhor leitura da constituição, haja vista seu pano de fundo convencional (DWORKIN, 2006, p.168).

Para Dworkin existem na tradição filosófica três maneiras de justificar o poder do Estado por meio de uma concepção ideal de direito: um ideal de exatidão (*accuracy*), de eficiência e de integridade.

Tal ideal de exatidão (*accuracy*) preceitua que o exercício do poder político deve ser utilizado de tal maneira que os standards instituídos

juridicamente e politicamente sejam respeitados em preferência ao julgamento individual de alguma autoridade oficial. Isso quer dizer que existe certa preferência por aquilo que os legisladores realizaram no passado, ao invés daquilo que é julgado e reformulado no caso concreto. Dworkin afirma que como pano de fundo deste ideal, existe certa concepção conservadora de que o passado é melhor que o presente e que os oficiais que governam uma sociedade ou as próprias pessoas não são virtuosos. Logo, a tradição jurídica que exerce certo constrangimento nas decisões do presente cumpre o ideal de exatidão (DWORKIN, 2006, p.172-173).

Outra forma de conceber o ideal de exatidão também pode ser pensada como uma concepção jurídica que associe as virtudes políticas das autoridades oficiais com a feitura da lei. Tal ideal, nesta perspectiva, remonta as teorias do direito natural medieval que defendiam que a lei tinha um valor, pois estavam em concordância com a vontade de Deus, que a vontade deste estava expressa nas leis morais da natureza, e que as divinas inspirações dos padres e governantes eram guias para as leis. Como consequência desenvolve-se uma concepção jurídica que se preocupa que os casos judiciais sempre se encaixem com aquilo determinado pelas fontes jurídicas (DWORKIN, 2006, p.173).

Em relação ao ideal de eficiência, Dworkin utilizará Bentham, um dos fundados do positivismo britânico, para afirmar que tal ideal determina que o conceito de legalidade deva se fundamentar no que é bom para a maioria, em detalhados esquemas políticos nos quais complexas consequências devem ser cuidadosamente consideradas em avanço, nos quais podem ser formulados em detalhe, preferivelmente em elaborados códigos estatutários e executados por este último. Em outras palavras, a eficiência determinada que a lei deva ajudar o governo na coordenação da sociedade (DWORKIN, 2006, p.174).

Tal perspectiva afirma que a relação da moral com o direito não é boa, haja vista que ideais de moralidade são controvertidos e isso atrapalharia que a lei cumprisse o seu papel (DWORKIN, 2006, p.174).

A integridade como ideal política considera que a legalidade ou a justificação para a coerção do estado repousam sobre princípios políticos constituintes de uma comunidade política. O ideal de igualdade aqui ganha preponderância, no sentido de que Dworkin defende que a lei deve ser aplicada de maneira igual, mas não de maneira formal e sim substancial.

Dworkin expressa tal ideia que a lei não está acima dos homens, mas deve estar antes dela, no sentido de que a ideia de igualdade deve preceder a ideia de legalidade, e deve ser sensível as diferenças que os seus cidadãos possuem (DWORKIN, 2006, p.177).

Dworkin enfatiza que a concepção arquimediana do positivismo é equivocada, haja vista que por trás da postura neutra e descritiva do teórico positivista existe uma série de possibilidades teóricas que podem ser reconstruídas e reinterpretadas segundo a melhor justificativa da coerção do estado. Dworkin afirma que uma concepção de direito deve partir das convicções que as próprias pessoas possuem a respeito do ordenamento jurídico, independente se elas estão corretas ou não, e numa atitude de reinterpretação dessas convicções confrontada com as hipóteses do teórico do direito se configura o método de Dworkin. Partindo dessa postura, Dworkin crítica a neutralidade positivista (DWORKIN, 2006, p.179).

Se os juízes, para Dworkin, adotarem as posturas positivistas de Hart de interpretar a lei segundo o seu significado semântico ou convencional, terão menos motivos para interpretar a lei de forma mais progressista e menos tendência para interpretar de maneira coerente o significado holístico do direito (DWORKIN, 2006, p.180).

O que quer dizer é que os juízes caso utilizem o poder discricionário terão menos motivos para reinterpretar os fundamentos principiológicos

do direito, compartilhados por todos os cidadãos que não se resumem ao que está nos textos da lei, e terão menos mecanismos para inovar a cultura jurídica por meio de novas teses sobre direitos. Esta última só é possível se houver uma prática jurídica mais sensível as divergências teóricas (DWORKIN, 2006, p.180).

Considerações finais

Este trabalho teve como intuito apresentar as críticas de Dworkin ao conceito de Poder Discricionário de Herbert Hart. Tal problemática, como foi demonstrado ao longo da dissertação, envolve um profundo substrato de discussões a respeito da relação do direito com a moral, com a linguagem e com a política. Com a moral, relacionado a questões da separação e interação com o direito; com a linguagem devido a problemática do sentido interno e argumentativo das práticas jurídicas e sua dimensão controversa; e com a política devido a retomada da problemática da legitimidade e a relação do direito com a coerção do Estado.

No primeiro capítulo foi apresentado um cenário geral a respeito da biografia dos dois autores e sua importância para o cenário nacional. Hart oriundo de um contexto britânico e Dworkin de um contexto norte americano trouxeram importantes contribuições para a filosofia do direito.

Enquanto Hart renovou o positivismo jurídico, num período em que no Reino Unido havia uma cultura política de separação das questões de política, direcionadas para o Parlamento, e as questões de direito, direcionadas para o Judiciário, afetando, portanto, a concepção de direito de Hart de separação entre ser e dever ser; Dworkin começou uma crítica ao positivismo jurídico num contexto dos anos 60 em que a Guerra do Vietnã e as lutas dos movimentos civis norte americanos estavam ocorrendo. Como consequência, a sensibilidade política para a questão da relação entre os cidadãos e suas instituições políticas era alta, afetando sua concepção de direito de não separação entre ser e dever ser.

No cenário nacional, a teoria dos Princípios aplicada pelo Neoconstitucionalismo é um exemplo do impacto que as discussões de Hart e

Dworkin tiveram no Brasil. O Neoconstitucionalismo se caracteriza como um conjunto de transformações que mudaram a percepção a cerca do Estado e do Direito Constitucional no mundo, tendo um marco histórico, filosófico e teórico.

No marco histórico a fim da segunda guerra mundial e um novo papel para a Constituição, no marco filosófico a “falência” do positivismo e surgimento do pós-positivismo e no marco teórico a defesa da normatividade da Constituição e uma renovada preocupação com a interpretação das normas.

Dessa maneira, a teoria dos princípios e das regras surge como pano de fundo, de uma recepção de Dworkin, para que o Direito Constitucional pense, no caso concreto, qual o papel do juiz, como ocorre o conflito entre normas e quais são os tipos de normas, com suas características, que se podem encontrar no ordenamento jurídico.

No segundo capítulo foram demonstrados alguns aspectos da Teoria de Hart. Este desenvolve uma teoria das regras sociais, tendo como pano de fundo algumas contribuições da Filosofia da Linguagem e da Sociologia Anglo Saxã e Continental, para revitalizar o positivismo anglo saxão, da tradição de Bentham e Austin, e formular uma concepção de direito que não pode ser compreendido somente nos seus aspectos externos, mas também é necessário retomar a sua dimensão interna.

Hart realiza uma crítica às teorias positivistas que explicitam do direito como um conjunto de hábitos. A teoria das ordens coercitivas concebem as práticas jurídicas como uma obediência regular as ordens de um soberano por medo da sanção. Hart irá defender uma abordagem diferente do direito, criticando esta perspectiva de direito como hábitos repetitivos. Ao contrário, defenderá uma concepção de ordenamento jurídico como constituído por regras sociais, nos quais os membros de uma

comunidade jurídica realizam suas práticas orientadas por regras públicas do direito socialmente compartilhadas.

Dessa teoria das regras, Hart realiza uma diferenciação entre regras secundárias e regras primárias. As regras secundárias são regras reflexivas que dotam os ordenamentos jurídicos da capacidade de criar regras próprias e manter sua própria identidade. Já as regras primárias são regras que impõem deveres ou omissões as condutas dos indivíduos passíveis de coerção.

Dentre as regras secundárias, a regra de reconhecimento terá importância fundamental. Esta regra preceitua que as regras jurídicas precisam possuir critérios públicos de reconhecimento para determinar qual a norma jurídica deve ser aplicada no caso concreto. Hart afirmará que este tipo de regra foi desenvolvido pelos sistemas jurídicos modernos para responder a um problema funcional da indeterminação jurídica quanto à validade da regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto.

Em decorrência desse pano de fundo teórico, Hart desenvolverá uma teoria do poder discricionário o qual preceitua que em decorrência da textura aberta da linguagem jurídica, no Direito, os juízes sempre serão dotados de um poder criativo, semelhante ao poder regulamentar de alguns órgãos administrativos, de preencher a lacuna de sentido das normas jurídicas.

A partir daqui se abre o problema desta dissertação. Ronald Dworkin desenvolverá um imenso arcabouço teórico, tendo como uma das questões centrais a teoria do poder discricionário, a fim de criticar este conceito de poder criativo de Hart.

No terceiro capítulo é explicitado que Dworkin, ao longo de sua obra, criticará de diferentes perspectivas esta teoria. Numa primeira fase, inicia sua crítica ao conceito de poder discricionário conceituando a teoria positivista como um modelo de regras.

No subcapítulo primeiro, Dworkin defenderá uma concepção de positivismo como uma teoria incapaz de compreender de maneira adequada as controvérsias judiciais do direito norte americano e inglês. Isso porque, ele é insensível a standards jurídicos em formas de princípios, os quais exigem uma forma de argumentação em forma de moralidade política.

Dworkin realizará uma diferenciação entre standards em formas de regras e standards em formas de princípios. As regras são aplicadas em forma de tudo ou nada e possuem uma dimensão de validade que pode ser mensurada por uma regra de reconhecimento; já os princípios possuem uma dimensão de peso na argumentação e não podem ser mensurados por nenhuma regra institucional, haja vista está relacionada a questões controvertidas de filosofia política e moral.

Como consequência, Dworkin defenderá que o conceito de poder discricionário é um conceito que representa uma não compreensão adequada de Hart das divergências judiciais do direito. Tais divergências ocorrem relacionadas a princípios jurídicos que fundamentam as decisões judiciais e permitem um melhor controle da argumentação do juiz.

Depois foi explanado que a teoria de Dworkin, a partir do texto *Modelo de Regras II*, explicitado no subcapítulo segundo, começa a realizar um tipo de crítica a Hart ligeiramente diferente. A sua crítica se dirige aos próprios fundamentos da teoria positivista. Sua ênfase não é numa teoria que não prevê princípios jurídicos, mas a uma modelo positivista que concebe o direito como dotado de consensos de convenção.

Os consensos de convenção são tipos de consensos que explicitam o direito como constituídos por regras convencionais semelhantes às regras de xadrez, ou seja, regras que não precisam, pressupõem ou exigem alguma dimensão controvertida de moralidade política. Tais convenções são extraídas de práticas regulares de condutas sociais, no qual essas práticas servem como um importante critério para explicar a própria convenção.

Dworkin irá criticar tal percepção de direito afirmando que o mesmo não é constituído por consensos de convenção, mas de convicção. Estes tipos de consenso concebem o direito como constituído por razões morais e normativas, independente de uma regra de reconhecimento explícita, o qual os membros de uma comunidade jurídica sempre estão interpretando o direito segundo suas convicções pessoais.

A partir do desenvolvimento da sua obra mais madura, o *Império do Direito*, Dworkin radicalizará a sua crítica aos fundamentos da teoria de Hart, renunciando a pretensão de oferecer um modelo teórico alternativo ao positivismo.

No subcapítulo terceiro é explicitado como Dworkin concebe a teoria positivista como uma teoria Semântica do Direito. As teorias positivistas não possuem uma concepção adequada das controvérsias judiciais, haja vista, consideram tais controvérsias como questões empíricas e não teóricas. As teorias Semânticas são um exemplo daquela, visto que pensam as controvérsias judiciais como referentes a questões linguísticas e verbais.

Dworkin irá contestar tal tipo de teoria, uma vez que as controvérsias judiciais tratam a respeito de divergências teóricas do direito, relacionadas a questões de moralidade política.

No subcapítulo quarto, é explicitado que Dworkin segue esse viés e critica as teorias positivistas sob o pano de fundo de uma teoria da interpretação para afirmar que a teoria de Hart é uma teoria Convencionalista do direito.

Dworkin acredita que a interpretação é uma questão central para se compreender o direito. Nas práticas sociais pode se encontrar formas de interpretação construtiva no qual, determinadas instituições sociais como as práticas de cortesia, se reproduzem de determinada maneira em que seus membros sempre a interpretam e a modificam segundo suas convicções de como essas práticas se realizam da melhor maneira possível.

Tal insight é transposto para o direito. O direito é constituído como uma prática de interpretação construtiva no qual os membros da comunidade jurídica estão sempre reinterprestando tal prática da melhor maneira segundo suas convicções. Para desenvolver tal ideia, Dworkin realiza uma separação analítica entre direito pré-interpretativo, interpretativo e pós interpretativo, com o intuito básico de se defender que se pode encontrar no direito dimensões consensuais nos quais os participantes estão sempre compreendendo, justificando e modificando tais âmbitos quando realizam suas práticas jurídicas.

Dessa maneira, ele formula uma ideia geral de paradigma jurídico, uma concepção abstrata e consensual que explicita aspectos gerais do direito, os quais possuem a incumbência de demonstrar os arranjos teóricos que melhor justifiquem a coerção do Estado.

É com esse pano de fundo que ele irá conceber a teoria positivista e o seu conceito de poder discricionário. A teoria convencionalista afirma que o positivismo concebe o direito como um conjunto de convenções jurídicas e que os juízes, num caso concreto, caso não encontrem convenções explícitas que regulem o caso, deve se utilizar de um poder discricionário para suprir tal lacuna.

Como consequência, Dworkin irá defender que o Convencionalismo compreende mal as práticas jurídicas norte americanas e inglesas, haja vista que, uma vez concebido o direito como constituído por convenções e possuindo lacunas, no qual o juiz deve se utilizar de um poder discricionário, ele terá poucos motivos para interpretar as convenções implícitas das fontes judiciais.

Além disso, irá assumir uma posição muito conservadora em relação a outra problemática do direito, o da tensão entre previsibilidade flexibilidade da decisão judicial. Dworkin afirmará que é uma questão de moralidade política do direito se os juízes devem ser mais conservadores

em relação a interpretação das fontes judiciais ou se devem ser inovadores em relação a sua interpretação. Dworkin defenderá que o Convencionismo não consegue equilibrar tal questão, devido a um pano de fundo teórico que dá muita ênfase para a dimensão da previsibilidade judicial.

No quarto capítulo é apresentada a teoria da Integridade de Dworkin como o ponto ápice da sua abordagem e com a pretensão de oferecer um modelo alternativo ao positivismo jurídico.

No subcapítulo primeiro é explanada a teoria da Integridade na Política, com seu pano de fundo, marcado por duas estratégias teóricas: uma ligada a uma problemática da legitimidade e outra ligada a uma problemática hermenêutica.

Dworkin, seguindo a tradição de Kant e Rawls, desenvolve uma teoria com pretensão de recuperar uma problemática da legitimidade do direito, associado a uma problemática mais ampla da legitimidade das instituições políticas e da moralidade. Dworkin colocará a problemática da igualdade como questão fundamental da sua teoria expressa na concepção de Integridade.

A Integridade consiste num princípio de moralidade política, retirado das práticas norte-americanas e inglesas, os quais preceituam que as autoridades políticas podem ser tratadas como seres personificados, com responsabilidades jurídicas e morais para com seus cidadãos, de trata-los com igual consideração e respeito.

O principal fundamento para sentido de Integridade é retirado da concepção de obrigações associativas, concepção esta que demonstra como algumas características de uma comunidade política: pessoais, especiais, de responsabilidade geral e igualitárias, os quais servem como insights para se pensar a legitimidade das instituições políticas.

Por outro lado, tal concepção de Integridade não pode ser separada do pano de fundo hermenêutico da sua teoria. A hermenêutica vinda de

uma tradição de crítica ao positivismo, no sentido de questionar qualquer tentativa teórica que ignore a dimensão linguística e histórica no qual estão inseridos o conhecimento e as práticas sociais; e por outro lado, criticam tentativas científicas ou filosóficas de conceber as práticas sociais como explicitadas somente nos seus aspectos descritivos, em leis gerais abstratas ou não inseridas num contexto histórico e interpretativo; irão afirmar que qualquer dimensão do conhecimento humano deve ser compreendida como imerso numa concepção de linguagem.

A Integridade deve ser concebida como uma teoria que combina estas duas estratégias teóricas, haja vista que não concebe a problemática da legitimidade sem associar a problemática das práticas interpretativas os quais estão inseridas.

No segundo subcapítulo foi explicitado a Integridade no Direito. Seguindo o fio condutor das duas estratégias teóricas associadas à legitimidade do direito e da hermenêutica, a teoria da decisão judicial de Dworkin desenvolve a pretensão de uma única resposta correta combinada com uma teoria do romance em cadeia.

A teoria da única resposta correta é uma teoria que pretende se posicionar em relação a teoria do poder discricionário de Hart o qual aposta na indeterminação do direito, para afirmar que o direito ainda possui a possibilidade de oferecer uma resposta correta para um caso judicial.

Para isso, Dworkin desenvolverá uma concepção literária do direito afirmando que é possível encontrar um nível de coerência abstrato das práticas jurídicas, nos quais elas podem se constituir como fatos morais independentes das divergências teóricas dos membros dos participantes.

Tal estratégia teórica está associada ao realismo moral de Dworkin, em que ele acredita que é possível retomar critérios objetivos de moralidade política, que independem da concepção subjetiva de cada um de seus membros, mas sem cair em concepções metafísicas de moralidade.

Por outro lado, o pano de fundo hermenêutico da teoria de Dworkin avalia que o positivismo não soube recepcionar problemas clássicos da filosofia, sobre quem tem prioridade no conhecimento, o sujeito ou o objeto do conhecimento, e no caso do direito, se o juiz possui um poder criativo ou declaratório de aplicar a norma.

Além dessa problemática, a hermenêutica se caracteriza por três características: um primado da interpretação, o holismo de sentido e potencialização da reflexão teórica.

O primado da interpretação coloca a problemática da linguagem como central para compreender qualquer questão humana. Na teoria de Dworkin, a interpretação terá um papel fundamental para se compreender a sua teoria da decisão judicial.

O holismo de sentido preceitua uma ligação conceitual da parte com o todo e este sendo irreduzível ao primeiro. Na teoria de Dworkin se manifestará uma concepção abstrata de coerência das práticas jurídicas, no qual um caso judicial problematizada afetará toda a tradição jurídica.

E a potencialização da reflexão teórica consiste que a hermenêutica oferece instrumental teórico para se pensar os fundamentos mais profundos de qualquer teoria. Na teoria de Dworkin seus aspectos hermenêuticos permitem um nível de questionamento do direito e dos casos judiciais que vão mais longe que o positivismo, pois associa tais problemáticas a questões teóricas de moralidade política.

Todas essas características, da única resposta correta com a dimensão hermenêutica estão presentes na teoria do Romance em Cadeia. Tal teoria irá preceituar uma teoria da decisão judicial realizada em capítulos, no qual os juízes terão a missão de reconstruir tais capítulos segundo suas convicções de moralidade.

A teoria do Romance em Cadeia é dotada de duas dimensões: uma de adequação e outra de justificação. Na dimensão da adequação são criadas

hipóteses interpretativas que explicitem os principais aspectos das práticas jurídicas em vigor. Já na dimensão da justificação o juiz terá que realizar uma avaliação de qual a melhor teoria que justifique a obra em desenvolvimento.

Para tal tarefa será elaborada a teoria de um juiz Hércules. Este juiz dotado de capacidades sobre humanas e tempo ilimitado é a autoridade incumbida de realizar a teoria da Integridade em forma de Romance em Cadeia. Tal teoria da decisão judicial de Dworkin, de certa maneira, reúne as críticas ao positivismo, explicitadas ao longo desta dissertação.

Como já explicitado, Dworkin acredita que o Direito é dotado de consensos de convicção, no sentido de que os cidadãos possuem razões de moralidade política para compreender e justificar o direito, e não somente concebe o ordenamento jurídico como um conjunto de convenções verbais e linguísticas. Dessa maneira, a Integridade mantém tal ideia, haja vista colocar a igualdade como principal motivo para fundamentar a legitimidade do direito.

Tendo este pano de fundo de convicção, os princípios jurídicos só podem ser compreendidos segundo essa perspectiva, haja vista que a regra de reconhecimento é incapaz de oferecer uma mensuração ou classificação de suas propriedades. Os princípios possuem uma dimensão de peso na argumentação e precisam de intuições teóricas de moralidade controversas para serem compreendidos.

Em relação às teorias Semânticas e Convencionalistas, a teoria da Integridade será um modelo alternativo a qualquer concepção teórica que conceba o direito como um conjunto de divergências sobre o vocabulário linguístico; ou um conjunto de controvérsias sobre convenções jurídicas que, no caso de lacuna, permitem ao juiz utilizar um poder discricionário arbitrário e subjetivo.

Além disso, o Convencionalismo é incapaz de lidar com a tensão entre a exigência de flexibilidade e previsibilidade da decisão judicial, tensão esta que é mais bem lidada na teoria da Integridade com sua teoria do Romance em Cadeia.

No capítulo quarto, foi apresentada a réplica de Hart, manifesta no seu Pós-Escrito. Hart, dentre muitas afirmações, defenderá que sua teoria descritiva e neutra, ainda permanece atual e, apesar de concordar com algumas críticas de Dworkin, questiona muitas das interpretações que Dworkin realizou a respeito de sua teoria positivista.

Defenderá que sua teoria é capaz de incorporar standards de moralidade, ou seja, é compatível com a teoria dos princípios jurídicos e criticará Dworkin por resumir a sua teoria somente aos aspectos justificatórios. Hart afirma que Dworkin também se utilizar de aspectos descritivos na sua teoria, como o seu conceito de direito “pré-interpretativo” e que esse seria compatível com sua regra de reconhecimento.

Hart, apesar de reconhecer a pouca atenção dada para a questão da decisão judicial, manterá sua teoria do conceito de poder discricionário que preceitua um poder criativo do juiz e que este utilize sua moralidade subjetiva para julgar o caso concreto. Hart será incrédulo a qualquer teoria de moralidade objetiva que ofereça parâmetros para o controle da argumentação do juiz. No final das contas, Hart dirá que sua teoria não difere da de Dworkin, haja vista o juiz nos dois casos ter que julgar um caso segundo a teoria moral que acredite ser a melhor.

Na tréplica realizada por Dworkin, exposta no seu livro *Justiça de Toga (Justice in Robes)*, Dworkin não irá se manifestar em relação a todos os argumentos da réplica de Hart, entretanto, questionará principalmente a defesa de Hart da utilidade de uma teoria descritiva e neutra do direito.

Dworkin denominará a teoria de Hart de “arquimediana”, haja vista esta teoria positivista acreditar que o teórico do direito pode explicitar

como se dão as controvérsias judiciais sem que aquele tome posição em relação às divergências teóricas. Dworkin, ao longo da sua tréplica, questionará os muitos sentidos do conceito descrição, como uma teoria semântica, uma teoria essencialista ou de generalização estatística, para demonstrar que é impossível construir uma explanação teórica sem pressupostos teóricos parciais.

Dworkin irá concluir que caso os juízes adotem a postura positivista de Hart, terão menos motivos para interpretar de maneira coerente a dimensão holística do direito, ou seja, terão menos motivos para ir além do significado expresso nas fontes judiciais e questionar os próprios fundamentos teóricos e principiológicos do direito. Como consequência, haverá pouco incentivo da cultura jurídica devido a pouca criação de novas teses.

Desta maneira, não é o intuito desta dissertação afirmar “quem tem razão”, Dworkin ou Hart, se o positivismo foi superado pela teoria da Integridade de Dworkin ou se ainda é válida ou não uma postura descritiva do direito como defende o positivismo.

Entretanto, é interessante demonstrar a riqueza e a sofisticação do debate entre estes dois autores e como tal pano de fundo de discussão aponta para a necessidade do Direito Constitucional e sua Teoria dos Princípios de uma recepção mais precisa destes autores. Tal discussão apresentada nessa dissertação levantam problemas como: a utilização do conceito de regra como standard ou como uma teoria dos sistemas jurídicos modernos; a utilização do conceito de princípio como standard ou uma teoria de moralidade política; o positivismo e sua regra de reconhecimento como negando sua relação com a moral ou admitindo standards principiológicos etc. Tais questões são exemplos de possíveis investigações futuras a respeito da relação entre este debate e a dogmática brasileira.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do Discurso Racional como teoria de Justificação Jurídica. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.9.ed.São Paulo: Malheiros Editora, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em: 06. Setembro. 2015 às 11h25.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL, **Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, André. **Dworkin e Gadamer: Qual conexão?** Disponível em: https://www.academia.edu/6695724/Dworkin_e_Gadamer_-_Qual_Conex%C3%A3o Acesso em: 01. Outubro. 2015 às 10:00.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria Geral do Direito Moderno**: Por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,2007
- DOUZINAS, Costas; MCVEIGH, Shaun; WARRINGTON, Ronnie. **Is Hermes Hercules' Twin? Hermeneutics and Legal Theory**. In: HUNT, Alan (Org.). **Reading Dworkin Critically**. New York: Oxford, Berg, 1992.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica E(M) Debate**: o Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/8746/6063>> Acesso em: 06. setembro.2015.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Legal Theory and the Problem of Sense**, in *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, ed. Ruth Gavison (Oxford: Clarendon Press, 1987).

_____. **O império do Direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Justice in Robes**. The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FINE, Tomi M. **Introdução ao Sistema Jurídico Norte-Americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin**. 2010, 233 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia Política) – Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo.

GUEST, S. **Ronald Dworkin Jurists: Profiles in Legal Theory**. Edinburg University Press, 1997.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da Ação e Racionalização Social**. Volume I. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2007.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAHONEY, J. **Interpretation and Rights**: a critique of Dworkin. Law and Philosophy, Vol.23, No.2, pp.187-222, 2004.

RABINOW, P.& SULLIVAN, W. M. **Interpretive Social Science**: a Reader. Berkeley: University of California. (eds.).1979

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**. de H. Hart y Ronald Dworkin. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” Debate: A short guide for the perplexed**, working paper n.77, march 2007, The Social Research Network Eletronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=968657>.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e Regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção.2003. Disponível em:< http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-principios_e_regras.pdf > Acesso em: 06. Setembro. 2015.

DE VITA, ÁLVARO. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org