UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

IGOR ASSAGRA RODRIGUES BARBOSA

Racionalidade jurídica e objetividade: a tese da resposta correta de Ronald Dworkin

Ribeirão Preto
2017

IGOR ASSAGRA RODRIGUES BARBOSA

Racionalidade jurídica e objetividade: a tese da resposta correta de Ronald Dworkin

Versão original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Nojiri.

Ribeirão Preto

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para quaisquer fins, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B238r

Barbosa, Igor Assagra Rodrigues
Racionalidade jurídica e objetividade: a tese da resposta correta de Ronald Dworkin / Igor Assagra Rodrigues Barbosa; orientador Sergio Nojiri. -- Ribeirão Preto, 2017.
139 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

1. RACIONALIDADE JURÍDICA. 2. OBJETIVIDADE. 3. RESPOSTA CORRETA. 4. INTERPRETAÇÃO. 5. RONALD DWORKIN. I. Nojiri, Sergio , orient. II. Título

Nome: BARBOSA, Igor Assagra Rodrigues.

Título: Racionalidade jurídica e objetividade: a tese da resposta correta de Ronald Dworkin.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Ao professor, orientador e amigo *Sergio Nojiri* pela calorosa recepção inicial, disponibilidade para discutir ideias e atenção oferecida durante os anos de mestrado.

À minha família, pelo apoio incondicional.

À *Camila*, por caminhar ao meu lado e estar pacientemente presente nos momentos difíceis.

Aos amigos *Felipe* (*Roça*) e *Rodrigo* (*Passos*), pela amizade e confiança.

Aos amigos de mestrado da FDRP, em especial os também orientados pelo Prof. Nojiri, *Beto*, *Gabi*, *Ana Letícia* e *Hamilton*, que sempre estiveram por perto em debates enriquecedores.

Aos professores do programa de mestrado da FDRP e da Unesp/Franca, por sempre compartilharem seu conhecimento.

Aos que frequentam o Grupo de Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN) da FDRP.

Aos alunos da turma IX da graduação da FDRP, por me receberem como monitor ao longo de um semestre.

Aos servidores da FDRP, em especial *Vania* e *Omar*, pela atenção, lembretes e profissional presteza.

A todos que de algum modo ajudaram a construir minha trajetória na pós-graduação e que minha memória falha em alcançar.

RESUMO

BARBOSA, Igor Assagra Rodrigues. **Racionalidade jurídica e objetividade**: a tese da resposta correta de Ronald Dworkin. 2017. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

Ao julgarem casos concretos, os juízes consultam e interpretam diversas fontes do direito com o intuito de determinar quais são os elementos jurídicos de decisão relevantes e como eles se aplicam a um determinado caso, apresentando os argumentos que fundamentam sua convicção e revelando uma respectiva racionalidade jurídica. No presente trabalho, pretendemos enfrentar o seguinte problema: pode o direito ser objetivo no sentido de que exista alguma racionalidade jurídica capaz de fornecer uma única resposta correta a um caso? Frente ao problema mais amplo da existência de respostas objetivamente corretas no direito, a pesquisa lança mão de um recorte autoral para estabelecer seu referencial. O interesse foi o de colaborar com o estudo do pensamento de Ronald Dworkin, o qual sustenta a tese de uma única resposta juridicamente correta. Para tanto, busca-se explorar os argumentos do autor a partir de um levantamento bibliográfico em materiais publicados em meios físicos e digitais. Após apontar alguns dos elementos da teoria positivista do direito de Hart que funcionaram como ponto de crítica inicial da perspectiva dworkiniana, divide-se a tese da resposta correta de Dworkin, que é objeto do trabalho, em duas etapas, tomando o texto *Objectivity and truth: you'd better believe it* (1996) como marco de divisão. A primeira dessas etapas nos mostra que a tese da resposta correta no âmbito do direito fundamenta-se na concepção do autor acerca deste ser uma prática essencialmente interpretativa, orientada a identificar os valores que melhor justificam a história institucional e moral de uma comunidade. Logo, a resposta correta do ponto de vista jurídico depende da resposta correta do ponto de vista moral. Na segunda etapa, investiga-se a defesa de Dworkin frente aos diferentes ceticismos externos em relação à objetividade da moral, bem como suas ideias a respeito da independência metafísica do valor e a favor de uma epistemologia moral integrada. Ao final dos capítulos de cada etapa, noções críticas são apresentadas com o intuito de auxiliar na reflexão do pensamento do autor.

Palavras-chave: Racionalidade jurídica; Objetividade; Resposta correta; Interpretação; Ronald Dworkin.

ABSTRACT

BARBOSA, Igor Assagra Rodrigues. **Legal rationality and objectivity**: Ronald Dworkin's right answer thesis. 2017. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

When judging concrete cases, judges consult and interpret several sources of law in order to determine what are the relevant legal elements of decision and how they apply to a certain case, presenting the arguments that support their conviction and revealing a respective legal rationality. In the present work, we intend to face the following issue: can the law be objective in the sense that there is a legal rationality capable of providing a single right answer to a particular case? Regarding the wider problem of the existence of objectively right answers in law, the research uses an authorial restriction in order to establish it's referential. The interest was to collaborate with the study of Ronald Dworkin's thought, which contains the one legal right answer thesis. To do so, we seek to explore the author's arguments from a bibliographical survey of published materials in print and digital media. After pointing out some of the elements of Hart's positivist theory of law that functioned as an initial point for the criticism of dworkinian's perspective, Dworkin's right answer thesis, that is its work's object, is divided in two phases, taking the text *Objectivity and truth: you'd better believe it* (1996) as a division mark. The first of these phases shows us that the right answer thesis in legal scope is based on the author's conception about law being an essentially interpretative practice, oriented to identify the values that best justify the institutional and moral community history. Therefore, the right answer from a legal point of view depends on the right answer from the moral point of view. In the second phase, it investigates Dworkin's defense of different external skepticisms about moral objectivity, as well as his ideas about the metaphysical independence of the value and in favor of an integrated moral epistemology. At the end of each phase chapters, critical notions are introduced with the purpose of exercising the reflection about the author's presented thoughts.

Keywords: Legal rationality; Objectivity; Right answer; Interpretation; Ronald Dworkin.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARP: A raposa e o porco-espinho: justiça e valor

DC: Hipótese da dependência causal

IC: Hipótese do impacto causal

JT: A justiça de toga

LDS: Levando os direitos a sério

OID: O império do direito

OT: Objectivity and truth: you'd better believe it

STF: Supremo Tribunal Federal

TVA: Tennessee Valley Authority vs. Hill

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

CAPÍTULO 1 – O POSITIVISMO HARTIANO 21

1.1 A METODOLOGIA DE HART 21

1.2 O CONCEITO DE DIREITO 29

1.2.1 A diferença entre hábitos sociais e regras sociais 30

1.2.2 A importância do ponto de vista interno 35

1.2.3 Estabelecendo regras primárias e secundárias 37

1.2.4 Textura aberta e discricionariedade 40

CAPÍTULO 2 – PRIMEIRA ETAPA DA RESPOSTA CORRETA 45

2.1 INAUGURANDO A TESE DA RESPOSTA CORRETA: A CRÍTICA AO POSITIVISMO EM LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO 45

2.1.1 Crítica ao modelo positivista de regras 47

2.1.2 Casos difíceis, controvérsias e resposta correta 53

2.2 SEGUNDO ATO: O IMPÉRIO DO DIREITO 60

2.2.1 Divergências teóricas e o aguilhão semântico 60

2.2.2 Interpretação e integridade 67

2.3 TRÊS CRÍTICAS PERTINENTES 73

2.3.1 Sobre o aguilhão semântico 74

2.3.2 Sobre a hipótese estética interpretativa 76

2.3.3 Sobre as dimensões de ajuste e justificação 80

2.3.4 Sobre as críticas 82

CAPÍTULO 3 – SEGUNDA ETAPA DA RESPOSTA CORRETA 85

3.1 RAZÕES PARA ACREDITAR NA OBJETIVIDADE 85

3.1.1 Os diferentes tipos de ceticismo 86

3.1.2 Contra o ceticismo externo: a independência metafísica do valor e uma epistemologia moral integrada 89

3.1.3 Responsabilidade moral e integridade 100

3.1.4 O ceticismo interno: indeterminação e incerteza 103

3.2 POSITIVISMO DESCRITIVO E OS DIFERENTES CONCEITOS DE DIREITO 106

3.3 TRÊS CRÍTICAS PERTINENTES II 113

3.3.1 Sobre a analogia entre conceitos interpretativos e espécies naturais 113

3.3.2 *Sobre o ceticismo externo de status* 116

3.3.3 *Sobre o ceticismo externo do erro* 119

3.3.4 *Sobre as críticas II* 122

CONCLUSÃO 126

REFERÊNCIAS 133

INTRODUÇÃO

Um dos termos que compõe o título da presente dissertação é “racionalidade jurídica”. Pode-se dizer que, no âmbito do direito, as regras, cânones, conceitos ou padrões hermenêuticos, organizados com o escopo de moldar um paradigma interpretativo, configuram um modelo de racionalidade jurídica, o qual buscará, dentre seus principais objetivos, formar um padrão para a fundamentação e legitimação das respostas jurídicas a casos concretos, por meio da aplicação de determinados elementos metodológico-argumentativos (RODRIGUEZ, 2013).

Nesse sentido, a racionalidade jurídica está relacionada à como os participantes do direito, em especial os juízes, estruturam seus argumentos sobre o que entendem ser o direito aplicável ao caso. Isso envolve questões sobre qual modelo interpretativo adotam, como elaboram o raciocínio para a resolução de casos concretos a partir do material jurídico e/ou não jurídico à sua disposição e a exposição de seu posicionamento ao público, pois, ulteriormente, a fundamentação da decisão judicial poderá ser utilizada para vincular novos julgamentos que tratem de temas semelhantes.

A atuação do juiz, portanto, constitui um dos núcleos da discussão acerca da racionalidade jurídica, afinal, o exame da decisão judicial permite constatar a presença de um ou diversos modelos de racionalidade que buscam solução para o caso concreto. Assim, parte da construção do Estado Democrático de Direito, do ponto de vista da legitimidade da atuação dos encarregados a solucionar controvérsias jurídicas, concretiza-se com a suposta racionalidade dos processos decisórios e os argumentos que caracterizam o posicionamento do julgador.

O outro termo que compõe o título da dissertação é “objetividade”. Nota-se que o cotidiano está repleto de afirmações que reivindicam tal qualidade: “o aborto é objetivamente errado, independentemente do que algumas pessoas possam pensar”, “as descobertas científicas são fatos objetivos”, “precisamos de critérios objetivos para analisar esse caso”, “os argumentos desse autor são bastante objetivos”. Todavia, existe uma série de discussões pertinentes à definição desse termo[1], por isso,

[1] Sobre a dificuldade de encontrar um lugar comum a respeito da “objetividade”, para Andrei Marmor (2000): “há pouca concordância quanto ao que significa e há um bocado de confusão quanto aos seus usos diferentes e conflitantes. Isto pode soar desconcertante e talvez seja: contudo, ao contrário de conceitos filosóficos como “realismo” e “cognitivismo”, que receberam ampla atenção filosófica nas

pensamos ser importante esclarecer um modo pelo qual a objetividade pode ser analisada no âmbito do direito.

Para tanto, parece ser útil partir da ideia de que as questões que envolvem a objetividade jurídica podem ser analisadas a partir da epistemologia e metafísica (LEITER, 2004).

Nessa perspectiva, uma demanda por objetividade do ponto de vista epistemológico envolve o requisito de que o processo de identificação do direito seja livre de vieses ou outros fatores que possam de alguma forma distorcê-lo. Isso asseguraria, por exemplo, que os participantes de uma comunidade jurídica conseguissem ter contato com o direito como ele realmente é. Logo, numa avaliação epistemologicamente objetiva, os processos cognitivos e os mecanismos a eles relacionados, que ajudam a moldar pensamentos sobre o mundo, tendem a produzir representações precisas das coisas como elas são, pois não seriam distorcidos por qualquer outro elemento (LEITER, 2004).

A demanda por objetividade epistemológica, ligada à capacidade de perceber as coisas como elas realmente são, envolve uma outra espécie de exigência, relacionada à ideia de objetividade metafísica, isto é, de que a verdade das coisas corresponde a "fatos" no mundo, que são o que são independentemente do que muitas pessoas pensam ou tenham razões para acreditar que sejam (MARMOR, 2000). Assim, afirma-se que o direito é metafisicamente objetivo quando um "fato" jurídico é identificado, de modo que, se "X" é juridicamente obrigado a fazer "A", então, sua obrigação decorre de tal fato.

Questões sobre a objetividade jurídica podem surgir em diferentes dimensões: (i) as pessoas esperam, por exemplo, que o conteúdo das leis seja objetivo no sentido de propiciar um tratamento igualitário a todos, sem perder de vista diferenças pessoais, (ii) quando demandam junto aos tribunais, confiam que os juízes farão julgamentos objetivos de modo que as percepções de determinado caso concreto não estejam sob a influência de vises ou outras distorções que possam resultar no favorecimento desmedido de uma das partes, (iii) ao fim do processo judicial, acreditam que as decisões proferidas pelos juízes são objetivas porque chegam "ao

últimas duas ou três décadas, os conceitos de objetividade foram razoavelmente negligenciados" (p. 267).

que é de direito", em outras palavras, à resposta real do direito, independentemente de outras pessoas pensarem o contrário (LEITER, 2007).

Se focamos nas dimensões (ii) e (iii), podemos questionar se o direito é epistemologicamente objetivo, isto é, se consegue oferecer mecanismos para descobrir respostas corretas livres de fatores de distorção que potencialmente atrapalhem a sua percepção, bem como não podemos deixar de indagar em que medida o direito é objetivo do ponto de vista metafísico, isto é, se é possível que existam respostas juridicamente corretas.

Na presente dissertação, lançamos mão de um recorte autoral para apresentar a compreensão de Ronald Dworkin a respeito das questões que envolvem a racionalidade jurídica e objetividade do direito, analisando sua tese da única resposta correta para casos jurídicos ao longo de algumas das obras que marcaram sua trajetória filosófica.

Vale salientar que a dissertação foi desenvolvida no Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP/RP na linha "Racionalidade jurídica e direitos fundamentais na construção do Estado Democrático de Direito", cujo enfoque está na problematização das relações entre o direito e as exigências contemporâneas de justiça, em um ambiente de diversidade em relação às perspectivas teóricas e metodológicas que constituem modelos de racionalidade.

Nesse sentido, o estudo da racionalidade e objetividade do direito, com recorte autoral em Ronald Dworkin, justifica o enquadramento do trabalho na referida linha de pesquisa uma vez que, para o autor, a resposta correta do ponto de vista jurídico é aquela que reflete valores presentes nas instituições e moralidade de uma comunidade. Logo, contribuir para a compreensão do pensamento desse autor, ulteriormente, significa colaborar com o entendimento de um modelo específico de racionalidade jurídica.

Ademais, Dworkin é um filósofo de significativa influência no estudo e produção acadêmica em teoria do direito no Brasil. Por conta de sua postura anti-positivista, o autor é um dos que integra a base teórica do movimento "pós-positivista" brasileiro, que tem como um de seus expoentes o "neoconstitucionalismo" defendido por Luís Roberto Barroso (2006), por exemplo.

Como seu principal objetivo é apresentar a tese da resposta correta dworkiniana, a dissertação possui natureza predominantemente exploratória e realizou um levantamento bibliográfico em materiais já publicados, em especial os relacionados ao autor elencado como referencial.

Mencionado levantamento foi efetuado a partir de consultas às bases de dados e obras da Biblioteca da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP) e da Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/Franca).

Além disso, por conta da disponibilidade dessas instituições (USP/RP e UNESP/Franca), o levantamento bibliográfico também foi realizado na base de dados virtuais de periódicos e demais publicações com as quais estabelecem convênios. Alguns dos canais que contribuíram com o estudo foram: Periódicos CAPES (www.periodicos.capes.gov.br/), Scientific Electronic Library Online – SciELO (http://www.scielo.org/php/index.php), CONPEDI (http://www.conpedi.org.br/), Social Science Research Network – SSRN (http://papers.ssrn.com), Jstor (http://www.jstor.org/), HeinOnline (home.heinonline.org), Cambridge Journals (journals.cambridge.org), Oxford Journals (www.oxfordjournals.org/) e Wiley Online Library (http://onlinelibrary.wiley.com/).

Quanto à estrutura, a dissertação foi dividida em três capítulos. No primeiro, buscou-se a compreensão do positivismo de H. L. A. Hart, em especial a teoria desenvolvida em *O conceito de direito* (2009). Vale lembrar que Hart foi o principal alvo de Dworkin em *Levando os direitos a sério* (2002), além de continuar no raio de visão crítica do autor em obras posteriores, em razão de ser considerado o teórico que ofereceu a melhor versão do positivismo até então. Nesse sentido, é à teoria hartiana que, a princípio, a tese da resposta correta está endereçada.

Num primeiro momento, abordou-se a proposta metodológica de Hart para o estudo do direito, a partir dos elementos que permitem dizer que sua teoria é geral e descritiva, bem como um exercício de análise linguística e de sociologia descritiva. Num segundo instante, apresentamos alguns pontos da sua teoria que constituem o alvo da tese da resposta correta dworkiniana, como a diferença entre hábitos e regras sociais, os pontos de vista relacionados ao direito, sua definição do direito como a união de regras primárias e secundárias, bem como a característica da textura aberta do direito relacionada com a discricionariedade dos aplicadores. Nos parece que tais

pontos ajudam a compreender algumas questões relevantes como: qual a importância de regras para entender o direito? Porque um ponto de vista interno auxiliaria numa compreensão mais adequada da prática jurídica? O que significa dizer que uma regra de direito objetivamente existe? Por que alguns casos não são juridicamente determinados e estão sujeitos à discricionariedade dos juízes?

Com o intuito de expor a tese da resposta correta de Dworkin nos capítulos restantes, realizamos uma divisão do nosso objeto em duas etapas relacionadas à bibliografia que melhor se adequava ao recorte proposto. Para tanto, elegemos o artigo *Objectivity and Truth: you'd better believe it* (1996) como ponto de divisão, pois parece que os trabalhos publicados antes desse marco, embora tenham elementos comuns com a outra etapa, estão direcionados a tratar a resposta correta a partir de um paradigma de racionalidade, de forma a destacar a característica eminentemente interpretativa do direito, que envolve o reconhecimento de valores moralmente relevantes para a prática jurídica, de modo que, em última instância, a resposta juridicamente correta depende de respostas também corretas do ponto de vista moral. Diante dessa exigência, a obra que elegemos como marco para iniciar a segunda etapa talvez represente uma imersão maior do pensamento dworkiniano em relação à objetividade moral, o que permaneceu em obras posteriores.

Assim, o segundo capítulo da dissertação lida com os argumentos de Dworkin pertinentes à resposta correta com foco nas obras *Levando os direitos a sério* (2002) e *O império do direito* (2014b). Alguns dos elementos destacados no capítulo são: seu entendimento acerca dos compromissos da teoria do direito, a crítica à teoria positivista e sua noção a respeito das regras e discricionariedade judicial, o sentido de divergências teóricas, a acusação do aguilhão semântico e a concepção do direito como uma prática interpretativa orientada pelo valor da integridade. Encerramos o capítulo com três críticas encontradas pela pesquisa e que parecem indicar um contraponto interessante e relevante para quem deseja defender a teoria dworkiniana.

Uma das principais considerações do capítulo dois sobre tese da resposta juridicamente correta de Dworkin refere-se à sua ligação necessária com respostas corretas no campo da moral. Sendo assim, o terceiro capítulo busca apresentar a segunda etapa da resposta correta a partir das ideias do autor a respeito da possibilidade da objetividade da moral, bem como os argumentos contra o que entende ser uma posição "arquimediana" para a teoria do direito. Nessa segunda

etapa, o foco bibliográfico do capítulo está nas obras *Objectivity and Truth: you'd better believe it* (1996), *A Justiça de Toga* (2010) e *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (2014a). Ao final, assim como no capítulo anterior, apresentamos três críticas que se mostraram pertinentes durante a pesquisa.

CAPÍTULO 1 – O POSITIVISMO HARTIANO

Este primeiro capítulo da dissertação apresenta a teoria positivista que servirá, inicialmente, como referencial a ser criticado por Dworkin, a partir do qual ele inicia a estrutura da sua teoria do direito, em especial, a tese da resposta correta para casos jurídicos. Por isso, busca-se apresentar alguns elementos da teoria hartiana que contribuam com o entendimento do objeto que foi alvo de nossa pesquisa.

1.1 A METODOLOGIA DE HART

Em *O conceito de direito* (2009), Hart está comprometido com uma abordagem metodológica pela qual acredita que poderá oferecer uma teoria (i) geral e descritiva do direito, bem como (ii) um exercício de análise linguística e sociologia descritiva (LANGLINAIS; LEITER, 2013). Neste tópico, procuramos explicar algumas das características desse comprometimento metodológico. Algo que será importante para ter uma noção mais clara da teoria de Hart e, sobretudo, da oposição apresentada por Dworkin.

Uma teoria geral do conceito de direito geralmente está preocupada em explicar suas propriedades, outros conceitos que envolvem a prática jurídica como um todo (não aquela de um sistema jurídico específico) e como eles possivelmente se relacionam entre si (HIMMA, 2015)[2].

Em seu *Pós-escrito*, ao discorrer sobre o que entende ser a natureza da teoria do direito, Hart afirma que sua teoria é:

> [...] geral no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política

[2] No seu artigo, *Conceptual jurisprudence: an introduction to conceptual analysis and methodology in legal theory*, Kenneth Himma busca explicar o que é uma análise conceitual e como tradicionalmente é feita. Ele aponta três diferentes entendimentos sobre o que podemos entender por “conceitos”: (1) os conceitos seriam estados mentais de representação de ideais ou coisas, (2) os conceitos seriam habilidades de um tipo especial para descriminar conceitos de coisas diferentes entre si e (3) os conceitos seriam significados ou “sentidos” das palavras. A influência da filosofia da linguagem no pensamento de Hart deixa transparecer o entendimento de que as palavras são usadas pelas pessoas para classificar as coisas e, assim, significam ou transmitem conceitos diferentes. Embora ele esteja interessado na linguagem ordinária, isso não significa que ele estaria simplesmente retratando o significado da palavra “direito”, sua perspectiva conceitual talvez esteja mais direcionada à capacidade das práticas compartilhadas do uso das palavras (entre elas “direito”) darem pistas relevantes para a análise do conteúdo do conceito.

> complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, "normativo"). Apesar das muitas variações em culturas diferentes e em tempos diversos, essa instituição assumiu sempre a mesma forma geral e teve a mesma estrutura, embora muitos mal-entendidos e mitos obscurecedores, que exigem elucidação, tenham se aglomerado à sua volta (HART, 2009, p. 309).

A qualidade "descritiva" está ligada à ideia de que sua teoria do direito explicaria as características gerais de sistemas jurídicos modernos sem que isso implique em qualquer tipo de avaliação valorativa (moral)[3] na defesa de razões que justifiquem o conteúdo desses sistemas ou do cumprimento de regras jurídicas por parte dos indivíduos: "minha posição é descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa, não busca justificar [...], ou recomendar as formas e estruturas que aparecem em minha descrição geral do direito" (HART, 2009, p. 309-310).

Poderíamos afirmar que a teoria hartinana se envolve num empreendimento que Julie Dickson (2001) chamou de "indiretamente avaliativo" (*indirectly evaluative*). As perguntas que permeiam esse tipo de trabalho são, por exemplo, "o que é o direito?" ou "quais propriedades específicas essa instituição social possui?".

Essas questões seriam diferentes de outras, como "quais condições são necessárias para que o direito seja obedecido ou justificado?" ou "quais valores um sistema jurídico deve satisfazer?". Uma teoria engajada nestas últimas perguntas faria parte de um empreendimento diverso, chamado de "diretamente avaliativo" (*directly evaluative*).[4]

Esses diferentes empreendimentos envolvem afirmações teóricas também diversas. "X é bom" seria um tipo de afirmação que um empreendimento diretamente avaliativo faria. No âmbito do direito, podem surgir afirmações como "obedecer a esta regra é algo positivo/bom" ou "o direito é moralmente justificado nesse caso".

Por outro lado, num sentido indiretamente avaliativo, uma teoria descritiva está preocupada em eleger e explicar propriedades importantes ou significativas do direito realizando, por exemplo, afirmações do tipo "X é importante". Dizer, por

---

[3] Utilizar a expressão "avaliação valorativa" talvez seja um pleonasmo, pois, no contexto da teoria do direito, "avaliar" pode ser considerado como atribuir valor ou merecimento a alguma coisa (DICKSON, 2001). Porém, o seu uso parece deixar mais clara a explicação dessa opção metodológica descritiva de Hart.

[4] Julie Dickson (2001) usa essa distinção em sua obra para, em princípio, contrapor as ideias de Joseph Raz às de Ronald Dworkin e John Finnis. Todavia, parece-nos que essa distinção pode ser valiosa para entendermos o ponto descritivo da teoria de Hart.

exemplo, que explicar a noção de regras é importante para compreender o conceito de direito parece indicar um tipo de avaliação. Porém, afirmações como essa, do tipo “X é importante”, não atribuiriam valor moral a “X”, se “X” é algo bom ou certo. O fato de Hart acreditar que sua teoria deve se deter em explicar o que é uma regra, porque essa é uma propriedade importante do direito, não significa que ele está engajado num julgamento a respeito do quanto essa regra é boa, certa ou se deveria ser obedecida. Se alguma avaliação é realizada, não é no sentido moral, valorativo ou substancial, mas meramente a respeito da seleção de uma propriedade enquanto característica relevante do direito e importante para compreendê-lo (DICKSON, 2001).

Com essa visão do ponto metodológico (i), passamos para o ponto (ii), encontrado no prefácio de *O conceito de direito*, segundo o qual a teoria hartiana seria um exercício de análise linguística e de sociologia descritiva.

Embora o autor não dê muitos detalhes a respeito do seu entendimento acerca do que consiste uma sociologia descritiva, podemos dizer que, no campo do direito, um estudo sociológico descritivo normalmente está preocupado em identificar e explicar o funcionamento de algumas características ou propriedades contingentes de sistemas jurídicos específicos. Um pesquisador que adote esse método poderia propor, por exemplo, uma análise de como algumas práticas jurídicas no Brasil poderiam estar servindo a algum propósito de manutenção de poder (HIMMA, 2015).

Todavia, o olhar de Hart não está direcionado nesse sentido mais usual (LANGLINAIS; LEITER, 2013), na verdade ele alia esse exercício sociológico descritivo com a análise linguística com o objetivo de fornecer uma noção geral e adequada do conceito de uma instituição social como o direito: “apesar de sua preocupação com a análise [da linguagem], o livro pode também ser encarado como um ensaio de sociologia descritiva, pois a ideia de que a investigação sobre significados das palavras lança luz apenas sobre estas é falsa” (HART, 2009, p. X).

Frederick Schauer é preciso ao identificar a ligação entre esses métodos:

> Como seus colegas filósofos contemporâneos, ele examinou o uso ordinário de perto para as distinções que incorporou e rigorosamente analisou e definiu os termos usados para marcar conceitos jurídicos. [...] a afirmação de Hart de estar fazendo sociologia descritiva pode ser um reconhecimento implícito de que explicar o conceito de direito é engajar em uma prática descritiva fundamentada ulteriormente na observação dos sistemas jurídicos atuais. Análise conceitual, como Hart certamente deve ter reconhecido, inevitavelmente repousa pelo

> menos em parte em observações empíricas [...] (SCHAUER, 2006, p. 859-861, tradução nossa).[5]

No âmbito da linguagem, Hart levanta indagações sobre o significado de algumas palavras ou expressões que são utilizadas em contextos jurídicos, como a diferença entre "ser obrigado" e "ter uma obrigação", sobre o que significa afirmar que certa regra é uma de direito e não mera previsão sobre a atuação judicial, como entender a afirmação de que uma sociedade aceita uma regra e em que medida isso se difere de afirmações sobre os hábitos dos indivíduos.

Elas dão uma pista do tipo de análise linguística que Hart lança mão em sua obra: aquela vinculada ao pensamento desenvolvido pela filosofia da linguagem ordinária de Oxford[6]. Embora alguns dos filósofos ordinários estivessem preocupados em traçar inferências a partir do uso comum sobre o emprego adequado de algumas palavras em contextos específicos, a análise linguística de Hart não está voltada exclusivamente para observações sobre o quão adequado pode ser o uso de determinadas expressões, como quando seria apropriado dizer que estamos sendo obrigados a algo ou dizer que temos uma obrigação.

Numa abordagem filosófica do direito, o ponto destacado por seu olhar é o de que pode ser interessante estar atento para alguns *insights* que possam decorrer de algumas distinções conceituais, por vezes implícitas, no uso das pessoas ao falar ou pensar sobre o direito (LANGLINAIS; LEITER, 2013). À primeira vista, por exemplo, as expressões "ser obrigado" e "ter uma obrigação" poderiam não ser tão diferentes para um pesquisador. Todavia, distinções conceituais filosoficamente relevantes podem ser retiradas do exame do uso convencional (ordinário ou comum) dessas expressões e como elas se relacionam a contextos sociais específicos:

---

[5] No original: "Like his philosophical colleagues of the time, he examined ordinary usage closely for the distinctions it embodied and rigorously analyzed and defined the terms used to mark legal concepts. […] Hart's claim to be doing descriptive sociology might be an implicit recognition that to explain the concept of law is to engage in a descriptive practice ultimately grounded in observation of actual legal systems. Conceptual analysis, as Hart surely must have recognizes, inevitably rests at least in part on empirical observation […]."

[6] Abordar detalhadamente as características da filosofia da linguagem ordinária de Oxford seria um caminho longo para esta dissertação. Um estudo interessante intitulado *Oxford and the "epidemic" of ordinary language philosophy*, de Lynd Forguson (2001), discorre sobre como ela surgiu e algumas das ideias compartilhadas pelos autores que a integravam. Dentre essas ideias, vale a pena mencionar a convicção de que a linguagem ordinária das pessoas é uma fonte filosófica importante. Nesse sentido, pensavam que a desatenção com o uso ordinário (ou comum) das palavras levou a confusões e erros na filosofia. Logo, uma análise focada nos detalhes do discurso ordinário poderia iluminar conceitos relacionados a diversos debates filosóficos.

> Muitas distinções importantes entre tipos de situações ou relações sociais que não são óbvias à primeira vista, podem ser elucidadas mediante um exame dos usos convencionais das expressões conexas e da maneira como estas dependem de um contexto social, que permanece ele próprio frequentemente implícito. Neste campo de estudo é especialmente verdadeira a afirmação de que podemos utilizar, como disse o prof. J. L. Austin, "uma consciência mais aguda das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos" (HART, 2009, p. X).

Essa passagem revela um aspecto importante da metodologia de Hart. Se nos atentarmos à sua convicção de que a análise linguística poderia funcionar como ferramenta interessante para a compreensão da natureza do direito e tomarmos a citação de J. L. Austin[7] a respeito de utilizar uma consciência mais aguda das palavras para refinar nossas percepções do direito, poderíamos levantar a seguinte dúvida sobre seu método: por que a natureza de um fenômeno social poderia estar ligada ao modo como as pessoas comumente falam ou usam palavras e expressões a ele relacionadas?

Para responder a essa pergunta partiremos da tese hartiana de que o direito é socialmente construído.[8] Por sua vez, o sentido dessa tese pode ser entendido recorrendo a algumas ideias de John Searle (1995)[9] a respeito do que chamou "construção social da realidade". Com efeito, parte do pensamento de Searle está inserido nas discussões sobre filosofia da linguagem e esperamos que sua perspectiva possa tornar mais clara a opção metodológica hartiana de utilizar a análise linguística (LANGLINAIS; LEITER, 2013).[10]

Afirmar que o direito é socialmente construído, no sentido do positivismo hartiano que queremos destacar, é dizer que "fatos legais", por exemplo, o limite de velocidade para transitar com um veículo na rodovia "X" é de 110 km/h, são "fatos

---

[7] John Langshaw Austin é um dos filósofos da linguagem ordinária. Embora tenham nomes parecidos, ele não se confunde com filósofo do direito John Austin, cuja teoria será alvo de críticas de Hart.

[8] Os detalhes dessa tese na sua teoria do direito talvez fiquem melhor colocados quando tratarmos da concepção de Hart acerca das regras, em oposição à noção de hábitos, e de como o direito é constituído por um conjunto de regras primárias e secundárias.

[9] Em especial as expostas nos capítulos 01 "Os blocos de construção da realidade social" (*The building blocks of social reality*) e 02 "Criando fatos institucionais" (*Creating institucional facts*).

[10] Ao tratar do tema da objetividade na obra de Hart e de alguns positivistas que o antecederam, Cláudio Fortunato Michelon Junior também lança mão de algumas ideias de John Searle para buscar compreender a mudança de paradigma que Hart teria introduzido na filosofia do direito. Vale ressaltar, mais especificamente, a introdução e o capítulo 05 de seu livro *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito* (2004), cuja leitura é bastante esclarecedora.

socialmente construídos" e não meros "fatos físicos".[11] Enquanto estes últimos estão relacionados a fatos naturais independentes de atitudes humanas, como o de haver neve no Monte Everest ou do hidrogênio ter um único elétron, os "fatos socialmente construídos" dependem de acordos a respeito das instituições humanas para existir (SEARLE, 1995).

Talvez isso fique mais claro utilizando o exemplo de Searle: o conceito de dinheiro (adaptado à cifra "Real"). Um pedaço de papel azul, com a figura de uma tartaruga em um dos lados não tem o valor de dois reais no mesmo sentido que o hidrogênio tem apenas um elétron. É preciso que o valor do dinheiro exista como um "fato socialmente construído". O hidrogênio terá um elétron independentemente das pessoas acharem que ele realmente o possua ou não, por outro lado, as pessoas que lidam com operações monetárias precisam compartilhar o entendimento de que a nota tenha o valor de dois reais:

> Como uma formulação inicial nós podemos dizer, por exemplo, que para o conceito de "dinheiro" se aplicar às coisas no meu bolso, essas coisas devem ser de um tipo tal que as pessoas pensem que é dinheiro. Se todo mundo parar de acreditar que é dinheiro, essas coisas deixam de funcionar como dinheiro, e eventualmente deixam de ser dinheiro. [...] Mas isso parece ter a consequência de que o conceito de dinheiro, a própria definição da palavra "dinheiro", é autorreferencial, pois para que uma espécie de coisa satisfaça a definição, para que se enquadre no conceito de dinheiro, deve acreditar-se que é, ou usada como, ou considerada como, etc., satisfazendo a definição [...] Se todo mundo sempre pensa que esse tipo de coisa é dinheiro, e eles usam isso como dinheiro e tratam como dinheiro, então é dinheiro. Se ninguém nunca pensa que esse tipo de coisa é dinheiro, então não é dinheiro (SEARLE, 1995, p. 32, tradução nossa).[12]

[11] A terminologia empregada por Searle é diferente. A opção por utilizar "fatos socialmente construídos" se dá em virtude dessa expressão poder ser usada no contexto da teoria do direito hartiana para se referir às práticas dos *officials* (autoridades que aplicam o direito) para reconhecer as regras válidas em um sistema jurídico.

[12] No original: "As a preliminary formulation we can say, for example, in order that the concept "money" apply to the stuff in my pocket, it has to be the sort of thing that people think is money. If everybody stops believing it is money, it ceases to function as money, and eventually ceases to be money. […] But that seems to have the consequence that the concept of money, the very definition of the word "money", is auto-referential, because in order that a type of thing should satisfy the definition, in order that it should fall under the concept of money, it must be believed to be, or used as, or regarded as, etc., satisfying the definition. […] If everybody always thinks that this sort of things is money, and they use it as money and treat it as money then it is money. If nobody ever thinks this sort of things is money, then it is not money."

A sociedade (ou uma parcela significativa dela) precisa coletivamente reconhecer a existência de um “fato socialmente construído” para que ele exista, sua constituição depende de uma espécie de acordo coletivo.

Voltando nossa atenção à teoria de Hart, em especial para seu entendimento sobre a regra de reconhecimento[13], uma determinada regra fará parte do direito se houver uma espécie de “acordo” entre aqueles responsáveis por sua aplicação (*officials*) no sentido de reconhecer sua validade jurídica. Assim, o limite de velocidade para transitar com um veículo na rodovia “X” é de 110 km/h em determinado sistema jurídico, se e somente se os *officials* desse sistema reconhecerem que essa regra atende a determinados critérios para ser considerada juridicamente válida.

Langlinais e Leiter (2013) lembram que, nesse paradigma, embora os fatos legais sejam socialmente construídos, é possível que um indivíduo se equivoque a respeito deles. Alguém poderia se enganar, por exemplo, a respeito de quais ministros integram o Supremo Tribunal Federal (STF)[14], pois determinar se alguma pessoa faz parte dessa Corte não é uma questão de opinião pessoal.

Os fatos sociais geralmente envolvem a imposição de algo além das características físicas ou naturais de uma pessoa, objeto ou evento. Eles estão ligados à atribuição de uma função e/ou status. Sendo assim, Cármen Lúcia é a ministra presidente do STF não em razão dos fatos físicos a respeito de sua pessoa, mas porque uma parcela relevante da sociedade brasileira atribui a ela essa função particular de integrar e presidir a Corte, com todos os poderes e responsabilidades que o cargo envolve. Situando esse exemplo na visão de Hart: Cármen Lúcia é ministra e presidente do STF porque os *officials* do sistema jurídico brasileiro reconhecem que ela satisfaz os critérios necessários para tanto, os quais são estabelecidos, ao menos em parte, por regras constitucionais de atribuição de poder e competência dos juízes.

Para Searle (1995), o que possibilita a atribuição de função ou status desse tipo é o reconhecimento coletivo do que chamou de “regras constitutivas” (*constitutive rules*) do tipo “X conta como Y no contexto C”:

> [...] a aplicação da regra constitutiva introduz as seguintes características: o termo Y deve designar um novo *status* que o objeto

[13] Os detalhes dessa regra serão melhor explorados decorrer do capítulo.
[14] Os autores utilizam o exemplo da Suprema Corte Americana (*U.S. Supreme Court*) e do juiz Antonin Gregory Scalia. Adaptamos o exemplo à realidade brasileira.

> ainda não tem apenas em virtude de satisfazer o termo X; e deve haver um acordo coletivo, ou pelo menos aceitação, tanto na imposição desse *status* sobre o objeto referenciado pelo termo X quanto sobre a função que acompanha esse *status*. Além disso, porque as características físicas especificadas pelo termo X são insuficientes por si mesmas para garantir o cumprimento da função designada especificada pelo termo Y, o novo *status* e suas funções devem ser o tipo de coisas que podem ser constituídas por um acordo ou aceitação coletivos (SEARLE, 1995, p. 44, tradução nossa).[15]

A ideia de regras constitutivas pode esclarecer alguns aspectos importantes da metodologia e da teoria de Hart (LANGLINAIS; LEITER, 2013). Ele acredita que uma regra é juridicamente válida, em determinado sistema jurídico, apenas se satisfaz os critérios especificados pela respectiva regra de reconhecimento. Entretanto, a regra de reconhecimento representa um fato social complexo constituído pela prática e aceitação das autoridades que aplicam o direito ao decidirem questões de validade jurídica.

Isso significa que, para Hart, a regra de reconhecimento tem certo conteúdo, por exemplo, “na sociedade W somente são válidas as normas promulgadas pelo Parlamento”, apenas em razão do seguinte fato: as autoridades que aplicam o direito dessa sociedade estão engajadas numa prática que trata a promulgação pelo Parlamento como critério de validade jurídica, de forma que aceitam para si a obrigação de fazer isso e criticam aqueles que atuam contrariamente.

Nesse sentido, Langlinais e Leiter (2013) pensam ser possível dizer que a regra de reconhecimento hartiana é, em certa medida, uma regra constitutiva, formada pela prática e aceitação das autoridades responsáveis pela aplicação do direito. Bem como, um sistema jurídico objetivamente existe por conta da atuação das autoridades desse sistema: suas práticas constituem o sistema jurídico. Em última instância, o direito seria socialmente construído, num sentido aproximado ao de Searle.

Os autores também destacam que Searle está comprometido com a afirmação de que a linguagem constitui essencialmente a realidade atrelada a fatos socialmente construídos. Essa afirmação, para o próprio Searle, teria duas versões:

---

[15] No original: “The term Y has to assign a new *status* that the object does not already have just in virtue of satisfying the X term; and there has to be collective agreement, or at least acceptance, both in the imposition of that *status* on the stuff referred to by the X term and about the function that goes with that *status*. Furthermore, because the physical features specified by the X term are insufficient by themselves to guarantee the fulfillment of the assigned function specified by the Y term, the new *status* and its attendant functions have to be the sort of things that can be constituted by collective agreement or acceptance.”

uma fraca e outra forte. Na sua versão fraca, para que fatos socialmente construídos existam, a sociedade deve ter uma forma primitiva de linguagem, pelo menos. Logo, a linguagem é logicamente anterior a tais fatos, podemos ter linguagem sem termos dinheiro, por exemplo, mas não o contrário. A versão forte da afirmação está ligada à noção de que os fatos socialmente construídos requerem elementos linguísticos intrínsecos à sua constituição. No capítulo 03 de *The construction of social reality* (1995), Searle buscará mostrar que ambas as versões de sua afirmação são verdadeiras e que, na realidade, a forte implica a fraca.

Se, no final de sua exposição, Searle está certo, isto é, a linguagem é parte essencial de fatos socialmente construídos, e sendo o direito uma instituição composta por esses fatos, então, a análise linguística parece ser um método importante, talvez indispensável, para a teoria do direito. Uma consciência aguda das palavras e expressões pode ser interessante para melhorar a percepção do direito porque a linguagem seria capaz de revelar os fatos que o constitui.

Talvez possamos resumir nossa exposição a respeito da afirmação metodológica hartiana (ii) do seguinte modo: se o direito é socialmente construído e a linguagem tem um papel fundamental nessa construção, então, quando lançamos mão da análise linguística para investigar como ordinária ou normalmente as pessoas falam e pensam sobre sistemas jurídicos, com o intuito de traçar distinções conceituais que se mostrem relevantes, estamos ao mesmo tempo interessados em apresentar uma descrição sociológica adequada das práticas do direito como instituição social.

1.2 O CONCEITO DE DIREITO

Após discorrer sobre alguns aspectos metodológicos relevantes da perspectiva de Hart e darmos algumas pistas a respeito do seu entendimento sobre como podemos dizer que o direito objetivamente existe, a partir deste tópico a exposição terá maior foco nas ideias apresentadas em *O conceito de direito* (2009).[16]

[16] Michelon Junior (2004) identifica dois momentos distintos no pensamento de Hart a respeito da objetividade de enunciados jurídicos: ”Em um de seus primeiros artigos publicados, Hart afirmou expressamente que enunciados como aquele proferido por um juiz sobre a validade de um contrato não são descrições (mesmo quando afirmam a existência de um contrato, já que nesse caso o verbo “ser” é utilizado em um sentido atemporal)” (p. 140). Entretanto, o positivista repensa tal posicionamento e “[...] a partir do final da década de 50 Hart admite que os enunciados jurídicos podem descrever algo [...].” (p. 142). Para a dissertação interessa a segunda fase de seu pensamento, presente em sua obra *O conceito de direito* (2009).

Recorremos a quatro pontos relevantes de sua teoria que se mostraram importantes para entender a objeção de Dworkin: (i) a diferença entre hábitos sociais e regras sociais, (ii) os pontos de vista que envolvem a compreensão do direito, (iii) a definição do direito como a união de regras primárias e secundárias e (iv) a textura aberta e a discricionariedade dos aplicadores do direito.

1.2.1 A diferença entre hábitos sociais e regras sociais

Um dos pontos de partida de Hart é uma percepção crítica da teoria imperativista de John Austin, a qual teria definido o direito em função de ordens soberanas e hábito de obediência, dominando parte significativa do pensamento jurídico até então.

A partir da observação da linguagem ordinária, Hart diferencia diversas situações em que as pessoas utilizam uma forma imperativa da fala e mesclam outras palavras para fazer pedidos, apelos ou avisos. Mas, o caso padrão de uso do imperativo que o interessa é aquele em que alguém ordena a outro que faça algo sob a ameaça de algum prejuízo se sua ordem não for obedecida, como no exemplo do assaltante armado que ordena a um indivíduo que lhe entregue o dinheiro, pois, caso contrário, disparará a arma em sua direção. É essa ordem seguida de ameaça prejudicial que diferencia esse caso de outras situações do uso imperativo da fala: o assaltante não pede simplesmente o dinheiro, ele ordena. Isso torna a ação de não entregar o dinheiro, por parte do indivíduo ameaçado, potencialmente indesejável e consequentemente prejudicial. Ao final, se o assaltante recebe o dinheiro, poderíamos ainda afirmar que ele exerceu uma espécie de coerção sobre a pessoa, já que ela estaria sujeita ao seu poder.

A partir desse exemplo do assaltante, a teoria imperativista definiria o direito como um conjunto de ordens coercitivas seguidas por ameaça de punição. Por esse ângulo, onde o direito existir, há uma pessoa ou um grupo que exerce o papel de soberano, com o poder ilimitado de proferir ordens de caráter geral acompanhadas de ameaças potencialmente prejudiciais e que habitualmente não obedece a mais nenhum outro indivíduo ou grupo, além disso, essas ordens são habitualmente obedecidas por seus subordinados, bem como há a convicção de que essas ameaças podem ser executadas em situações de desobediência.

Segundo Hart, tal modelo é simples e incompleto porque não reproduz algumas características fundamentais dos sistemas jurídicos modernos.[17] Nesse sentido, a ideia de hábitos de obediência seria incapaz de explicar a continuidade da autoridade legislativa ao longo do tempo.

Para elaborar com mais clareza a crítica a esse aspecto, Hart imagina uma população que vive no território onde reina um monarca absoluto, chamado Rex. Nessa situação, algumas das propriedades ressaltadas pela teoria imperativista estariam presentes: Rex tem controle sobre seu povo por meio de ordens gerais seguidas por ameaças de punição, as quais "exigem que eles façam várias coisas que não fariam de outro modo e que se abstenham de fazer aquilo que de outro modo fariam. [...] pode-se confiar em que o povo [habitualmente] lhe obedecerá" (HART, 2009, p. 69).

Devemos supor, então, que Rex morre e deixa seu filho como sucessor, Rex II, o qual inicia seu reinado dando ordens à população. Neste ponto, inicia-se a crítica à teoria imperativista no que concerne ao aspecto da insuficiência da ideia de hábitos de obediência em explicar a continuidade do direito.

Seria possível observar, do ponto de vista empírico (fático), que Rex foi habitualmente obedecido durante seu reinado, mas apenas esse fato não tornaria provável a continuidade da dinastia com Rex II. Uma vez que este assume o posto, não existiria qualquer hábito de obediência em relação às suas ordens que lhe concedesse o poder de continuar exercendo o papel de soberano. Se não tomarmos nada além do fato de existir hábitos de obediência, não conseguiríamos entender a primeira ordem de Rex II como emanada de um soberano e, portanto, como parte contínua do direito. Seria necessário aguardar que a população estivesse habituada a obedecer suas ordens para dizer que alguma delas integra o direito.

Essa deficiência explicativa sobre a continuidade do direito é resumida da seguinte forma:

> Em primeiro lugar, o mero hábito de obediência às ordens dadas por um legislador [ou quem faça as vezes do soberano] não pode outorgar ao novo legislador o *direito* de suceder o antigo e dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao antigo legislador não pode, por si só, tornar provável ou fundamentar nenhuma

[17] Com efeito, os problemas do modelo imperativista são apresentados por Hart em relação a cinco pontos distintos l: (i) conteúdo do direito, (ii) sua aplicação, (iii) sua origem e (iv) o esquema soberano e súdito e (v) hábitos de obediência. Nosso interesse será o de focar apenas neste último.

> presunção de que as ordens do novo legislador serão obedecidas (HART, 2009, p. 73, destaques do autor).

Seria difícil enxergar o vínculo que deveria existir entre a emissão de uma nova ordem dada por um sucessor, a execução da conduta por ela especificada e, consequentemente, sua obediência, somente em razão de existir um hábito. Para explicar a continuidade do direito em momentos de sucessão, teríamos que recorrer a uma prática social mais complexa do que as descritas por hábitos de obediência. Devemos nos utilizar do conceito de regras[18].

Como diferenciar um hábito de uma regra? Teria alguma diferença dizer, por exemplo, que um grupo de pessoas tem o hábito de ir ao cinema nas tardes de domingo e que nesse mesmo grupo existe uma regra estipulando que as pessoas descubram a cabeça quando entram num templo religioso?

Hart encontra um ponto semelhante entre hábitos e regras. Para ambos existirem seria necessário um componente empírico: uma espécie de convergência geral de comportamento, isto é, que ele seja repetido pela maior parte de um grupo em determinado contexto (ao entrar num templo religioso, as pessoas descobrem a cabeça, por exemplo). Isso ficaria implícito em frases como “em regra, as pessoas fazem isso”.

Não obstante, é possível apontar três diferenças entre essas duas práticas.

A primeira delas indica que a objetividade do hábito dependeria apenas de um componente empírico anterior. Para a existência de um hábito em determinado grupo, basta que este grupo tenha convergência de comportamento em alguma situação. No entanto, as regras dependeriam de mais um outro componente, porque, quando ela existe, se alguém tem ou tenta ter um comportamento desviante do estipulado, essa pessoa estará sujeita a autocrítica e às críticas do grupo que integra. Isso não aconteceria se um hábito deixasse de ser observado.

Em segundo lugar, onde regras existem, não apenas a crítica das pessoas perante um comportamento desviante é realizada, mas o fato desse desvio ter ocorrido seria em si uma boa razão para a crítica. Dessa forma, a existência da regra

[18] A tradução brasileira que utilizamos como referência traduz o termo *rules* como “normas”. Todavia, nos parece que o termo “regras” seria mais apropriado. Além disso, autores brasileiros que também são utilizados como referência na dissertação, como Noel Struchiner (2001; 2005), Claúdio Fortunato Michelon Junior (2004) e Ronaldo Porto Macedo Junior (2013) também utilizam o termo “regras”. Cabe ainda mencionar que, nesse momento, Hart não está preocupado propriamente em regras no sentido jurídico, mas em regras sociais. As jurídicas seriam uma espécie particular destas.

justifica a crítica em relação ao comportamento desviante. Nesse sentido, tanto o grupo, como a pessoa que teve tal comportamento, encaram essa crítica justificada pela existência da regra.

O terceiro elemento de distinção estaria implícito nos outros dois, mas parece ser importante destacá-lo. É o chamado de "aspecto interno" das regras.[19] O hábito teria somente um aspecto externo, não passaria da constatação de um fato "físico" acerca do comportamento geral da maior parte do grupo. Para que ele exista, ninguém precisa estar preocupado em segui-lo ou ensiná-lo aos outros membros, basta que a maioria continue tendo o mesmo comportamento. Todavia, para que uma regra exista, é necessário que as pessoas aceitem esse comportamento geral como um padrão obrigatório que deve ser observado por todo o grupo. Nessa perspectiva, a regra precisa ser "internalizada". Assim, ela funcionará como um guia para a ação e também como uma justificativa para as críticas àqueles que se comportam de forma contrária. Isso revela que o aspecto interno estaria ligado à aceitação da propriedade normativa da regra, a qual o hábito não possui.

Sobre o que significa a aceitação da regra, vale a pena apresentar a explicação de Cláudio Fortunato Michelon Junior:

> Em que pesem as dúvidas de alguns comentadores da obra de Hart, tomar uma "atitude crítica reflexiva" ou "aceitar" *é* ver um determinado comportamento como criticável e considerar esta espécie de crítica legítima (o termo crítica aqui é utilizado para designar tanto a censura quanto a aprovação de um comportamento). Em outras palavras, aceitar um padrão de conduta significa utilizar esse padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão. Para fazer essas críticas e justificações utilizamos um vocabulário específico que envolve termos como "dever", "direito", "certo" e "errado". É importante ressaltar que "aceitar não é um ato que vem antes da crítica, mas é o próprio ato de criticar e de justificar a crítica com base no padrão, ou seja, é *usar* o padrão (MICHELON JUNIOR, 2004, p. 149, destaques do autor).

Para elucidar melhor a semelhança e as diferenças entre hábitos e regras, digamos que um grupo tenha o hábito de ir ao cinema nas tardes de domingo. Isso

[19] Parece que o que Hart chama de "aspecto interno" das regras é diferente do que vai chamar de "ponto de vista interno" sobre as regras, embora o entendimento de ambos esteja relacionado. O "aspecto interno" está relacionado à propriedade das próprias regras funcionarem com um padrão justificado de conduta para quem as aceita. O "ponto de vista interno" (apresentado no decorrer do capítulo) diz respeito à atitude de uma pessoa perante a regra, que toma a perspectiva de aceitá-la como padrão justificado de conduta.

quer dizer que a maior parte das pessoas que o integram têm uma prática geral e convergente de ir ao cinema domingo de tarde. Se alguma pessoa deixa de ir ao cinema em um domingo qualquer, os indivíduos do grupo não direcionam a ela nenhuma crítica justificável em razão disso, nem ela encara que isso seria criticável. Ir ao cinema possui apenas um aspecto externo, não é um comportamento obrigatório, sua existência enquanto hábito depende apenas do fato do grupo continuar a ir ao cinema nas tardes de domingo.

Vamos supor que esse mesmo grupo também possua a regra segundo a qual as pessoas devem descobrir a cabeça ao entrar num templo religioso. Isso significaria que a maior parte dos integrantes do grupo têm uma prática ou comportamento geral e convergente de descobrir a cabeça ao entrar no templo (componente empírico compartilhado com os hábitos). Se alguma pessoa deixa de descobrir a cabeça, alguns indivíduos do grupo a criticariam em razão de não ter um comportamento aceitável conforme a regra, bem como a própria pessoa encararia sua atitude como algo desviante. Os críticos diriam “você deveria ter retirado seu chapéu ao entrar no templo”, por exemplo, e a pessoa em questão poderia pensar “eu deveria ter retirado meu chapéu”. Logo, o aspecto interno da regra ganha evidência em razão dela ser utilizada como um guia de comportamento obrigatório, cuja inobservância é, em si, uma boa razão para críticas.[20]

Em resumo, poderíamos dizer que uma regra objetivamente existe num grupo P, sempre que houver uma regularidade R no comportamento dos integrantes de P, de modo que: (i) a maior parte das pessoas em P se comportam como R, (ii) desvios de R são criticados, (iii) essa crítica é considerada justificada em razão da existência da regra e (iv) R é aceito como um padrão de comportamento pelas pessoas de P (GREEN, 1996). Portanto, a regra existe quando é utilizada como padrão de avaliação da ação humana.

[20] Para mais uma ilustração sobre o aspecto interno das regras, vale a pena consultar o exemplo de Hart a respeito dos jogadores de xadrez (2009, p. 75-76). Esse exemplo tornou-se interessante sobretudo a partir das ideias expostas por Andrei Marmor em *How law is like chess* (2006).

1.2.2 A importância do ponto de vista interno

Em grupos nos quais há regras que visam regular a conduta, um indivíduo pode se relacionar com elas de duas formas diferentes: (i) como mero observador, que não as aceita ou (ii) como alguém que as aceita e as utiliza como um guia de avaliação do seu próprio comportamento e da conduta alheia. No primeiro caso, o indivíduo teria um ponto de vista externo sobre as regras. No segundo, um ponto de vista interno.

Para discutir esses diferentes pontos de vista, utilizamos a ideia de outros dois que podem ser adotados: prático e teórico (SHAPIRO, 2006).

A pessoa que adota o ponto de vista prático está preocupada em como agir ou se comportar frente às regras que fazem parte de um grupo. Destarte, se adota o ponto de vista prático interno, ela aceita as regras do grupo e as utiliza nas suas avaliações sobre qual atitude ela própria deveria tomar ou quais atitudes as outras pessoas deveriam ter.

Porém, ela poderia adotar o ponto de vista prático externo e rejeitar as regras do grupo, tomando a atitude estratégica de apenas moldar sua conduta conforme as regras quando prever que poderá sofrer uma consequência que lhe pareça indesejada por conta da infração.

O ponto de vista teórico seria adotado por aquele que não precisa decidir como se comportar no grupo. Sua preocupação estaria voltada a descrever e explicar determinada prática, sem que essa atividade teórica esteja engajada em alguma solução a respeito de como agir. Nesse sentido, alguém poderia estar preocupado em abordar determinada prática observando apenas as regularidades de comportamento. Assim, suas descrições e explicações estariam atreladas ao registro de conduta regulares. Isso é o que Shapiro (2006) chama de ponto de vista externo extremo.

Contudo, a descrição de uma prática pode ir além dessa mera observação de regularidades. Pode levar em consideração que algumas condutas são regulares porque as pessoas envolvidas na prática as internalizaram como regras, ou seja, as aceitam como padrão avaliativo do ponto de vista prático interno. Shapiro chama esse ponto de vista de externo interno (ou hermenêutico). O teórico que adota essa perspectiva pretende apresentar uma análise não engajada das atitudes engajadas de um grupo. Descreve uma prática sem ignorar que as pessoas que fazem parte dela

podem ter condutas regulares e que parte da explicação disso está associada à internalização de regras.

Os diferentes pontos de vista são esquematizados do seguinte modo:

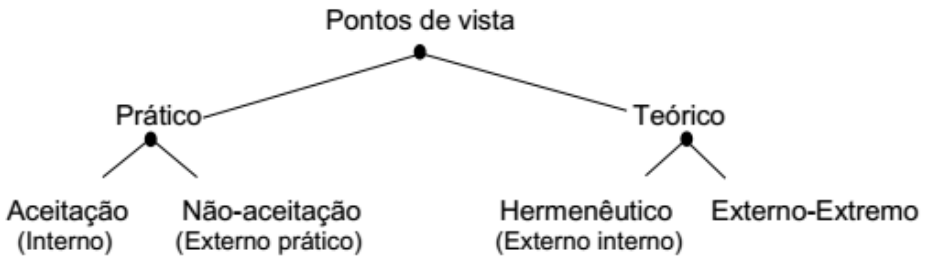

Figura 1 – Esquema de pontos de vista

(Fonte: SHAPIRO, 2006, p. 07, tradução e adaptação nossa)

A teoria imperativa do direito estaria aliada ao ponto de vista teórico externo extremo. Dessa forma, ela deixaria de levar em conta a forma como cada membro do grupo aceita as regras e às incorporam ao seu comportamento. Hart, todavia, apresenta uma teoria a partir do ponto de vista hermenêutico (externo interno) e consegue explicar essa propriedade interna.

Se pensarmos na regra pela qual carros param quando a luz de um semáforo fica vermelha, um teórico que adote o ponto de vista externo extremo se limitará a constatar o fato físico dos carros pararem quando a luz vermelha se acende, e retomarem seu trajeto quando essa luz se torna verde. Conclui, então, que é previsível ou há grande probabilidade que, ao dirigirem seus carros, os indivíduos se comportem assim em casos futuros em razão de haver alguma potencial punição caso assim não o façam.

Essa abordagem, entretanto, é incompleta porque omite uma importante dimensão normativa da prática que está sendo analisada: a visão dos indivíduos em relação à luz vermelha do semáforo não é apenas uma probabilidade de que as outras pessoas vão parar seus carros ou serão punidas se não pararem, “eles veem como um sinal para que eles próprios parem e, portanto, como uma razão para parar, conformando-se às normas [regras] que tornam a parada quando o farol está vermelho um padrão de comportamento e uma obrigação” (HART, 2009, p. 116).

Logo, as afirmações elaboradas por quem observa o direito do ponto de vista interno, chamadas de “enunciados internos”, é diferente das produzidas por quem o aborda do ponto de vista externo realizando “enunciados externos”. Por levar em conta a existência de regras sociais, os primeiros enunciados lançam mão de um vocabulário que não faria sentido se utilizados pelos segundos. Termos como “dever”, “direito”, competência” e “obrigatório” não conseguem integrar a linguagem de quem busca compreender uma prática apenas a partir de ocorrências fáticas habituais.

Quando comparamos a relação desses enunciados com a ideia de objetividade, percebe-se que as condições de verdade de enunciados internos são diferentes das exigidas em relação aos externos. As condições para se afirmar que um enunciado externo é verdadeiro estão ligadas a eventos físicos, como a regularidade de determinadas condutas, por exemplo. De outro modo, enunciados internos incluem como condições de verdade, além de eventos físicos, um elemento normativo, como as regras. Por isso, “sendo as condições de verdade dos enunciados interno e externo sempre diferentes, é forçoso admitir que cada tipo de enunciado descreve um tipo diferente de fato (se descrevessem os mesmos fatos, teriam as mesmas condições de verdade)” (MICHELON JUNIOR, 2004, p. 159).

O ponto de vista interno e os enunciados elaborados a partir dele são importantes para a concepção hartiana de objetividade porque afastam uma concepção estritamente fisicalista (empirista) acerca de conceitos que demandam uma concepção mais elaborada, cuja existência depende do compartilhamento de alguma “forma de vida”:

> Essa nova concepção de objetividade do mundo permitirá afirmar que o direito e seus conceitos são parte da realidade (e não uma ilusão, como afirmarão os realistas escandinavos) e que essa realidade não é redutível a *fatos brutos*. A realidade do direito depende de regras sociais e, dessa forma, depende de nós mesmos. Assim, ela não é passível de uma descrição “a partir de lugar nenhum”, isto é, externamente a nossa perspectiva humana manifesta em nossas *formas de vida* (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 133, destaques do autor).

1.2.3 Estabelecendo regras primárias e secundárias

Até o momento apresentamos o pensamento de Hart sobre as regras sociais, um sentido amplo do conceito. Todavia, sua proposta é a de que os sistemas jurídicos seriam compostos por regras primárias e secundárias.

Para pensar nos elementos do direito, Hart imagina uma sociedade, que chama de “primitiva”, desprovida de poder legislativo, tribunais ou autoridades.[21] Sua estrutura social estaria baseada em regras primárias, as quais se referem à conduta e preveem sanções em casos de desobediência, estabelecem obrigações ou proibições.

Uma sociedade desse tipo se sustentaria apenas com regras primárias se fosse pequena e compartilhasse laços de parentesco e solidariedade. Caso contrário, sua estrutura seria deficiente e precisaria de complementação. As deficiências que surgem numa sociedade que não é pequena e não compartilha tais laços são elencadas a partir dos seguintes pontos: (i) caráter estático, (ii) ineficiência e (iii) incerteza.

A solução para esses defeitos dependeria do acréscimo de um novo elemento. Seria necessário introduzir regras de um tipo diferente, chamadas de “regras secundárias”. Isso estaria relacionado à transição de um ponto pré-jurídico da sociedade imaginada para um ponto jurídico, pois cada regra secundária adicionada traria consigo propriedades do direito moderno.[22]

Enquanto regras primárias estão ligadas ao comportamento dos indivíduos, estabelecendo condutas obrigatórias ou proibidas, as secundárias possuem um conteúdo diverso, referem-se às próprias regras primárias, elas “especificam como as normas [regras] primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas” (HART, 2009, p. 122).

Três regras secundárias distintas são elencadas para solucionar cada um dos respectivos problemas da sociedade “pré-jurídica”, convertendo um regime exclusivo de regras primárias em um sistema jurídico: (i) regras de adjudicação, (ii) regras de modificação e (iii) regra de reconhecimento.

---

[21] Embora possa parecer que Hart realize uma espécie de antropologia de gabinete ao lançar mão desse exemplo, para Peter Hacker (1979) ele está propondo um verdadeiro exercício de análise conceitual que se mostrará útil para esclarecer os elementos essenciais dos sistemas jurídicos modernos.

[22] Essa passagem de Hart suscitou uma série de críticas. John Gardner (2013) aponta algumas delas, bem como indica, dentre outros pontos, a ausência de uma justificação mais robusta acerca da opção pelas regras secundárias para solucionar os defeitos encontrados na sociedade “pré-jurídica”. Neil MacCormick (2010) também tece críticas interessantes com relação ao exemplo de sociedade primitiva imaginada por Hart. Algumas delas são endereçadas à implausibilidade da suposição de que regras primárias estariam presentes na sociedade “pré-jurídica”, bem como à ideia da solução por regras secundárias.

Regras secundárias de adjudicação autorizam algum indivíduo/grupo a solucionar conflitos sobre quando uma regra primária foi violada, bem como os procedimentos que estejam relacionados com sua aplicação a um caso concreto. Um conjunto relevante de conceitos jurídicos são estabelecidos por essas regras como juiz, tribunais, jurisdição e julgamento.

As de modificação podem ter um nível variado de complexidade. Elas autorizam uma pessoa/grupo a criar ou excluir regras do sistema. Também se encarregam de possibilitar aos indivíduos que alterem suas posições jurídicas perante regras primárias. Assim, possibilitam a discussão e elaboração de contratos juridicamente válidos, por exemplo.

Finalmente, todo sistema jurídico necessariamente contém uma única regra de reconhecimento que estabelece o teste de validade para que algo possa fazer parte dele. Essa regra “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma [regra], serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma [regra] do grupo [...]” (HART, 2009, p. 122).

Os critérios que a compõem podem assumir formas diversas, a regra de reconhecimento pode se referir a um texto legislativo, a um costume ou declarações de pessoas. Isso não significa que essa regra é estipulada de forma explícita no ordenamento jurídico. Sua existência seria comprovada pelo modo como outras regras são identificadas pelos tribunais, autoridades, advogados ou demais indivíduos. Todavia, o uso que os tribunais fazem da regra de reconhecimento em sistemas jurídicos modernos tem um caráter especial, pois sua declaração sobre se uma regra é/foi corretamente identificada como jurídica é uma conclusão dotada de “autoridade imperativa”. Graças a outras regras secundárias, como a de adjudicação, eles terão o poder de decisão em definitivo a esse respeito.

Vale lembrar que uma das propriedades da regra de reconhecimento é ela ser secundária e também social. Na teoria hartiana, uma regra social existe quando identificamos sujeitos envolvidos numa prática de comportamento convergente e que aceitam a obrigação de estarem envolvidos nesse empreendimento.

Por isso, a regra de reconhecimento objetivamente existe e tem o conteúdo especificado em razão de fatos sociais. Ela é socialmente construída. Mais precisamente, é uma prática social complexa na qual alguns membros do grupo, em especial autoridades (*officials*) como os tribunais, tomam o ponto de vista interno de

aceitação e avaliam o valor de verdade de regras que potencialmente compõem o sistema. Além disso, o teste de validade que ela traz consigo é um padrão para toda a sociedade. Logo, aqueles que aceitam a regra de reconhecimento sabem que ela será o padrão oficial pelo qual o direito é determinado.

Outro ponto relacionado ao fato da regra de reconhecimento ser social é a sua capacidade de ser a regra última do sistema. Nesse sentido, sua existência não se dá em virtude de qualquer outra regra, mas é assegurada pelo uso e aceitação das autoridades que estão a ela ligadas. As outras regras não possuem esse caráter último porque existem em razão da regra de reconhecimento. Dessa forma, a regra de reconhecimento valida outras regras, mas não é validada por si mesma (SHAPIRO, 2009).

Afirmamos que um sistema jurídico existe, portanto, quando:

> Por um lado, as normas [regras] de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas [regras] de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas [regras] de modificação e de julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema. [...] A afirmação de que um sistema jurídico existe é, assim, uma declaração bifronte como Jano, que contempla tanto a obediência por parte dos cidadãos comuns quanto a aceitação das normas [regras] secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas [regras] como padrões críticos comuns para o comportamento oficial (HART, 2009, p. 150-151).

Embora a união de regras primárias e secundárias tenha um papel nuclear na teoria de Hart, explicando aspectos centrais do direito, essa tese por si só não resolve todos os problemas ou apresentam todas as características que envolvem esse fenômeno, ela tem um papel central, mas “à medida que nos afastarmos do centro teremos de conciliar [...] elementos de natureza diferente” (HART, 2009, p. 128).

1.2.4 Textura aberta e discricionariedade

As características que deram nome a esta seção talvez sejam alguns dos elementos que orbitam a tese central do direito como a união de regras primárias e secundárias e direcionam teoria de Hart a um âmbito mais próximo da racionalidade das decisões jurídicas. Elas são de significativa importância para este estudo, pois

constituem a base de uma série de críticas de Dworkin em *Levando os direitos a sério* (2002), culminando na sua primeira apresentação da tese da resposta correta.

A obrigatoriedade do direito, identificada já pela teoria imperativista e reafirmada por Hart, destacaria a importância das regras jurídicas como instrumento de controle social. Por esse ângulo, o modo como ocorre a transmissão desses padrões de comportamento para um grande número de indivíduos seria algo crucial, sem o qual o êxito do próprio direito estaria comprometido.

Pensando em padrões de comportamento social, Hart identifica duas principais estratégias relacionadas à sua transmissão: os exemplos e as fórmulas verbais, que no plano jurídico corresponderiam aos precedentes e à legislação positivada, respectivamente.

Para distinguir essas duas formas, Hart imagina o caso simples e não-jurídico da obrigação dos homens e meninos de tirarem o chapéu ao entrar na igreja.

Essa obrigação poderia ser transmitida pelo uso do exemplo de uma forma que se assemelha ao modo como encaramos os precedentes jurídicos, se imaginarmos um menino que toma as atitudes do pai como um exemplo a ser seguido e, em razão disso, ao vê-lo entrar na igreja e retirar seu chapéu, acredita que também deve retirar o próprio chapéu quando adentrar à igreja, por ser a conduta mais apropriada para aquela situação. Ademais, o pai acredita que segue os padrões tradicionais de comportamento (não estaria introduzindo algo inovador), presume que o filho aceita sua autoridade em relação ao modo adequado de agir e sabe que sua atitude será um exemplo para ele.

Contudo, esse uso apresentaria traços de imprecisão. Mesmo se o exemplo for acompanhado por alguma orientação verbal, como “Faça como eu faço”, um leque de possibilidades pode estar aberto para aquele que se orienta por ele. Dúvidas poderiam surgir sobre a forma realmente adequada de agir. Faria alguma diferença se o menino retirasse o seu chapéu com a mão esquerda ou direita? Se retira seu chapéu rápido ou devagar? Se dentro da igreja ele o recoloca na cabeça? Até que ponto a conduta do filho deve se assemelhar à do pai para que esteja correta? Quais dos atos que compõem a conduta do pai servem exatamente de orientação para seu filho?

Questões como essas levam algumas pessoas a pensar que a transmissão por fórmulas verbais (legislação positivada, no âmbito jurídico) traria mais clareza,

segurança e confiabilidade. O que deve ser entendido como orientação para o comportamento seria explicitado por palavras, com distinções e separações verbais, não estando desarranjado como num exemplo.

"Todos os homens devem retirar o chapéu ao entrar na igreja" seria uma fórmula verbal que contemplaria a transmissão da obrigação antes imaginada. O garoto, então, não precisaria mais perguntar o que o exemplo realmente requer ou de que forma sua conduta deve ser semelhante ao exemplo. Ele possui uma descrição verbal para identificar como e quando se comportar. Bastaria que reconhecesse uma situação fática que se encaixe nessa descrição e chegará à conclusão silogística simples de aplicação da regra à sua pessoa. Logo, os questionamentos existentes quanto aos elementos do exemplo estariam supostamente sanados, uma vez que as características essenciais da conduta desejada estão destacadas na previsão verbal.

Todavia, Hart explica que essa contraposição seria ingênua. Ainda que usemos fórmulas verbais para construir orientações de comportamento, podem surgir incertezas em circunstâncias específicas quanto à atitude prescrita.

Diante de uma regra que estabeleça "é proibida a entrada de veículos no parque", por exemplo, não teríamos dificuldade em reconhecer que um carro é um "veículo". Porém, bicicletas também poderiam ser assim consideradas? A aplicação da regra, além de depender de saber se determinado ambiente é ou não um parque, está relacionada à identificação dos objetos que podem ser classificados como "veículos".[23]

Pode-se dizer que existem casos claros, recorrentes em contextos semelhantes, nos quais existe um consenso acerca do significado de um termo paradigma (o carro é um veículo) e a aplicação da regra ocorre de forma nítida (é proibida a entrada de carros no parque). Nesses casos, existiria um núcleo de certeza acerca do significado dos termos que compõem a regra que possibilita ao direito guiar comportamentos.

[23] A abordagem que Hart faz sobre o significado dos termos neste ponto pode ser entendida como paradigmática e criteriológica (BIX, 1995). Busca-se definir um termo geral que se encaixe com o objetivo da regra a ser criada e invoca-se a imagem, exemplo ou situação particular que se enquadre no alvo. Nesse sentido, no exemplo da proibição de veículos no parque, começaríamos estipulando que o termo geral "veículos" seria aplicável de forma clara ao termo paradigma "carro" para, a partir de então, considerarmos uma lista de critérios que permitam avaliar a possibilidade de extensão, isto é, o quão similar o termo "bicicleta" pode ser a "veículo", por exemplo.

Todavia, situações obscuras podem surgir e levantar dúvidas sobre a aplicação da regra (as bicicletas podem entrar no parque?), casos em que o consenso acerca do significado de um termo usual (“carro”) é insuficiente, pois as ocorrências ordinárias são extrapoladas. O que antes tinha uma aplicação clara, passa a ter uma penumbra de dúvida.

Modelos racionais e interpretativos que orientem usos da linguagem podem ajudar a resolver situações como essas, mas não conseguiriam eliminar por completo as incertezas que resultam da variedade de contextos potencialmente inovadores.

Nessas situações de incerteza, podem existir razões a favor e contra o emprego de uma regra que nenhuma convenção ou concordância determina racional e objetivamente o uso ou a rejeição. Ademais, nenhuma dessas razões poderiam ser eliminadas como erradas ou afirmadas como indubitavelmente certas, pois “a qualquer momento pode surgir uma pergunta para a qual não haja *uma* resposta – mas apenas respostas” (HART, 2009, p. 196, destaques do autor).

A própria linguagem, portanto, submete o aplicador à realização de uma nova classificação, abre espaço para que exerça a discricionariedade ao escolher entre alternativas abertas e a possibilidade de criar uma nova prescrição normativa no sistema, sendo difícil assegurar que ela é certa ou errada do ponto de vista jurídico.

Um agente que se depare, de forma inédita, com a pessoa em uma bicicleta que deseja entrar no parque, terá que decidir pela primeira vez se irá permitir ou não sua passagem. A regra geral “é proibida a entrada de veículos no parque” não passaria de uma orientação incerta, deixando a solução em aberto. Não restaria outra alternativa ao agente senão examinar o quanto “bicicleta” se assemelha a “veículo” naquele contexto: “[...] a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma [regra], a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha” (HART, 2009, p. 165).

Não seria possível, portanto, afirmar que as fórmulas verbais caracterizam-se pela certeza ou objetividade na aplicação da regra à situação fática. Diferenças entre a utilização dos precedentes e da legislação positiva também não parecem ser relevantes nesse ponto. Nas duas formas de transmissão de comportamentos é necessário estipular se as novas situações fáticas são semelhantes o suficiente aos

casos paradigmas anteriores de aplicação da regra para serem tratadas da mesma forma (STRUCHINER, 2001).

O que Hart chama de “textura aberta”[24] é essa imprecisão decorrente de dúvidas acerca da aplicação de uma regra em casos obscuros:

> A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. [...] [Desse modo] os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis (HART, 2009, p. 175-176).

Nas situações de incerteza de aplicação da regra, como de fato a decisão é tomada? Como o aplicador exerce a discricionariedade? Quais os raciocínios ou critérios que leva ou deveria levar em consideração para solucionar um caso em que o direito apresenta sua textura aberta?

Hart não traz respostas detalhadas a essas questões. Em algumas passagens, ele faz referência à escolha oficial e bem informada ou a uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso, como na citação anterior.

Nos parece que isso decorre de sua postura metodológica. Ele não revela estar preocupado em apontar como os casos devem ser resolvidos ou prescrever como chegar à melhor solução para uma situação concreta.

Conforme tentamos esclarecer na primeira seção do capítulo, sua abordagem não está engajada numa teoria “diretamente avaliativa” (DICKSON, 2001). Na realidade, Hart parece utilizar a filosofia da linguagem como um instrumento de compreensão para apenas descrever e compreender as características do fenômeno jurídico, deixando de lado implicações prescritivas sobre a racionalidade da decisão (NOJIRI, 2012).

---

[24] Esse mesmo fenômeno é apresentado por Friedrich Waismann, um dos filósofos da linguagem de referência para Hart, quando aborda as afirmações relacionadas a objetos materiais, as quais não podem ser verificadas conclusivamente por conta da textura aberta dos termos. Sob influência de constatações da filosofia da linguagem como essas, Hart conclui que não seria possível saber todas as ocasiões em que determinada regra é verdadeira ou pode ser aplicada com total segurança, pois as palavras que a integra podem apresentar uma penumbra de sentido em casos não recorrentes, deixando, assim, incerta sua aplicação (STRUCHINER, 2001).

CAPÍTULO 2 – PRIMEIRA ETAPA DA RESPOSTA CORRETA

Com a exposição da teoria positivista do direito de Hart oferecida no capítulo anterior, neste segundo capítulo inicia-se a abordagem da teoria de Dworkin com a análise dos argumentos que fazem parte do que chamamos de primeira etapa da resposta correta, com foco nas obras *Levando os direitos a sério* (2002) e *O império do direito* (2014b).

2.1 INAUGURANDO A TESE DA RESPOSTA CORRETA: A CRÍTICA AO POSITIVISMO EM LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Já nos primeiros parágrafos de *Levando os direitos a sério* (2002) (LDS), Dworkin assume que sua coleção de ensaios definem e defendem uma teoria liberal[25] do direito. Ela é apresentada como uma crítica à teoria dominante até então, que insistiria na independência de duas partes.

A primeira dessas partes buscaria responder "o que é o direito?". Trata-se de uma teoria sobre quais as condições necessárias e suficientes para que uma proposição[26] jurídica seja verdadeira. O positivismo jurídico seria o modelo teórico que exercia maior influência nesse ponto. Em especial, é a proposta apresentada por Hart que será o alvo das críticas de Dworkin em LDS, pois ele teria reduzido as condições de verdade das proposições jurídicas a "fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso" (DWORKIN, 2002, p. VI).

[25] O pensamento de Dworkin a respeito do liberalismo consiste em um refinamento da noção de justiça, liberdade e igualdade, de modo a exigir que o Estado trate as pessoas com igual consideração e respeito (DALL'AGNOL, 2005). Em um de seus últimos trabalhos, Dworkin (2014a) também busca sustentar o liberalismo em continuidade com a ética, explorando a dependência da moral em relação ao significado de uma boa vida.

[26] Embora o termo "proposição" seja recorrentemente usado na filosofia com diferentes propósitos e sentidos, Matthew McGrath (2014) apresenta uma definição geral segundo a qual "proposições" são o conjunto de objetos de nossas crenças e outras atitudes proposicionais (como nossas dúvidas, por exemplo), bem como os objetos portadores do valor verdade/falsidade. Nos parece possível dizer que o uso desse termo por Dworkin está mais próximo ao segundo conjunto de objetos elencados por McGrath: às afirmações ou sentenças com valor de verdade/falsidade que podem ser feitas sobre e no direito e as condições para tanto.

“O que o direito deve ser?” é o foco da segunda parte da teoria dominante. O modo como as instituições jurídicas devem se comportar estaria dominado pela teoria utilitarista e, portanto, deveriam ter como objetivo o bem-estar da maioria.

Hart ofereceu uma teoria do direito geral e descritiva, que buscava identificar e explicar as características gerais dos sistemas jurídicos sem recorrer a avaliações diretas sobre o conteúdo desses sistemas, por isso é possível classificá-la como indiretamente avaliativa. Como um dos pressupostos teóricos de Dworkin, que diferenciam sua teoria da perspectiva positivista, está em seu entendimento sobre como uma teoria do direito deve ser, ele desafia a concepção hartiana ao afirmar a necessidade do teórico em engajar-se na argumentação moral e política para entender o direito de forma adequada (DICKSON, 2001).

Na visão dworkiniana, a teoria do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Em sua face normativa, ela deve tratar de questões a partir das perspectivas do legislador, do juiz e do cidadão. Dessa forma, terá que conter respectivamente: (i) uma teoria da legislação, sobre as circunstâncias em que um indivíduo ou um grupo seria legítimo e autorizado a elaborar leis e quais delas produzir, (ii) uma complexa teoria da decisão judicial (*adjudication*) que estabeleça padrões para os juízes decidirem controvérsias nos casos difíceis, bem como explique por que e quando suas decisões fazem uso desses padrões, e (iii) uma teoria da observância da lei (*compliance*) que discuta a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer à lei, identifique os objetivos da aplicação e punição jurídica, além das melhores formas de reação dos agentes públicos nas situações de infração.

No âmbito conceitual, a teoria do direito deve se preocupar em estabelecer se princípios morais que subjazem textos constitucionais e outros materiais jurídicos fazem parte do direito e se exercem um papel diferente das regras jurídicas. Para Dworkin, esse tipo de análise conceitual inevitavelmente dependerá de análises normativas a respeito das prerrogativas dos juízes para decidir com base em princípios. Nesse sentido, a teoria do direito deve apresentar interdependências entre esses dois campos de investigação (normativo e conceitual) e de outras áreas da filosofia, pois “a questão do significado das proposições do direito e de sua verdade ou falsidade tem ligações imediatas com questões muito difíceis e controvertidas da lógica filosófica” (DWORKIN, 2002, p. XI).

Embora Dworkin identifique que o positivismo jurídico tenha sofrido uma série de críticas por pressupor que o direito é o produto de práticas sociais ou decisões institucionais ou em razão de ser excessivamente racional e individualista, ele acredita que nenhuma delas teria explicitado sua falha em rejeitar a ideia de que as pessoas possuam direitos contra o Estado, preexistentes a qualquer decisão judicial.

Diante dessa constatação, o positivismo seria uma teoria do direito incompleta porque deixa de reconhecer os direitos como trunfos (*rights as trumps*) dos indivíduos perante o Estado, existentes independentemente do conjunto de regras explícitas de um sistema jurídico. Nesse sentido, os direitos de uma pessoa são levados a sério ao reconhecermos que ela não pode ser alcançada por uma ação estatal, estipulada simplesmente pelo bem da maioria, quando há razões para acreditar que o Estado possui um objetivo comum cuja justificativa não é suficiente para proibir ou obrigar tal pessoa a algo ou para lhe impor alguma perda ou dano.[27]

Nossa preocupação nos tópicos seguintes será a de abordar o pensamento desenvolvido por Dworkin em LDS, sobretudo, os elementos de sua teoria participantes da tese da resposta correta.

2.1.1 Crítica ao modelo positivista de regras

Ao iniciar o capítulo *O modelo de regras I* (2002)[28], Dworkin observa que direitos e obrigações seriam conceitos próximos e constituiriam a base do pensamento das pessoas sobre questões jurídicas. Todavia, acredita que nossa concepção sobre eles é frágil em virtude das dificuldades que temos em identificá-los nos casos concretos.

As partes em um processo judicial frequentemente discordam sobre uma proposição de direito e o fato correlato de alguém ter uma obrigação jurídica ou não. Se supormos que alguém chegue a um tribunal pleiteando algo relacionado ao seu direito de privacidade, sem invocar nenhuma lei ou jurisprudência para fundamentar seu posicionamento, mas somente o fato da maior parte das pessoas de sua

[27] Uma análise bastante esclarecedora da tese dos direitos como trunfos pode ser encontrada no manuscrito *When Trumps Clash: Dworkin and the Doctine of Proportionality* de Jacob Weinrib (2016).
[28] Esse capítulo corresponde ao artigo *The Model of Rules*, elaborado originalmente em 1967. Nesta dissertação, utilizamos a obra *Levando os direitos a sério* traduzida e publicada pela WMF Martins Fontes em 2002.

comunidade acreditarem que cada indivíduo tem uma prerrogativa moral de ter sua privacidade protegida, poderíamos questionar: qual a influência dessa alegação na decisão final dos juízes?

Dworkin acredita existir uma doença crônica no modo em que lidamos com esse problema. Mesmo nos casos claros de aplicação de uma lei, quando estamos certos de que alguém infringiu o direito, os indivíduos oferecem explicações insatisfatórias sobre o que realmente significa dizer que alguém tinha a obrigação de fazer ou deixar de agir de alguma forma, bem como porque tal desvio autoriza o Estado a aplicar uma punição.

Isso aconteceria porque as pessoas não identificam os princípios que fundamentam seus posicionamentos, nem sabem se os aplicam de maneira adequada ou consistente em relação aos conceitos de direito e obrigação jurídica que sustentam.

A teoria do direito, portanto, deve funcionar como um guia sobre como utilizar os princípios relevantes para a prática do direito, quais os compromissos que temos com eles, bem como as implicações de seu uso. Embora o positivismo fosse a teoria dominante até então, especialmente a versão proposta por Hart, ela seria insuficiente e insatisfatória em solucionar essa perplexidade.[29]

A crítica dworkiniana nesta etapa parece se organizar a partir de uma constatação da prática jurídica, sobre como aqueles que lidam com o direito pensam a seu respeito. O fato ressaltado pelo autor é: quando as pessoas debatem e/ou raciocinam sobre obrigações e direitos, elas usualmente lançam mão de padrões diferentes dos estabelecidos pelo sentido hartiano de regras. Esses novos paradigmas funcionariam como políticas e princípios.

Com efeito, Dworkin reconhece que algumas vezes lança mão do termo “princípios”, num sentido geral, para apontar todo o conjunto de padrões que são diferentes das regras. Entretanto, em outros momentos elabora uma distinção em relação ao termo “políticas”. Por “políticas”, ele se refere aos padrões que estabelecem metas a serem alcançadas pelo bem da maioria, melhorias relacionadas a aspectos econômicos, sociais ou políticos da comunidade. “Princípios” são padrões

[29] Dworkin não deixa de notar a relevância do positivismo jurídico hartiano. Esse será o seu principal alvo em LDS, sobretudo por conta de sua força e influência no pensamento jurídico: “Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H.L.A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart” (DWORKIN, 2002, p. 27).

cujo conteúdo está atrelado à noção de justiça, equidade ou outras dimensões da moral.

Ao estabelecer que o limite de velocidade de uma via deve ser reduzido, com o intuito de evitar acidentes veiculares pelo bem da maioria, lançamos mão da "política", mas quando deixamos de lado a promoção de uma situação social ou econômica e reconhecemos que nenhum homem deve se beneficiar dos seus próprios crimes, apelamos à ideia de justiça para designar um "princípio".

O positivismo seria um modelo teórico insuficiente "de e para um sistema de regras e sua noção central de um único teste fundamental para o direito [regra de reconhecimento] nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras" (DWORKIN, 2002, p. 36).

Para diferenciar as regras desses outros padrões (princípios em sentido geral), Dworkin utiliza como exemplos dois casos decididos por Cortes norte-americanas: "Riggs contra Palmer" ("caso Elmer") e "Henningsen contra Bloomfield Motors Inc & Chrysler" ("caso Henningsen").

No primeiro, Elmer assassina seu avô com o objetivo de herdar seus bens, já que ele estaria prestes a mudar seu testamento. Ao julgar esse caso, o tribunal competente reconheceu que não havia nenhuma regra que proibisse o neto de receber a herança de seu avô assassinado. Contudo, mesmo assim, os juízes decidiram pela impossibilidade do neto herdar, pois as leis seriam limitadas pelo seguinte princípio geral: um criminoso não pode se beneficiar diretamente dos seus próprios crimes.

Em "Henningsen contra Bloomfield Motors Inc & Chrysler", o trabalhador industrial Henningsen havia comprado um automóvel com um defeito de fábrica que impedia o funcionamento dos freios em determinadas velocidades. Em razão desse defeito, colidiu seu carro e teve graves lesões físicas. Ele resolve, então, buscar judicialmente uma indenização pelas despesas decorrentes do acidente perante a vendedora Bloomfield Motors Inc e a fabricante Chrysler. Todavia, não conseguiu apontar nenhuma lei que fosse capaz de fundamentar sua pretensão. Além disso, seu contrato de compra e venda limitava a responsabilidade das empresas apenas ao conserto de peças defeituosas, isentando-as de qualquer outra espécie de responsabilidade. Ao se deparar com esse caso, o tribunal de Nova Jérsei decidiu a favor de Henningsen e responsabilizou as empresas pelos danos referentes à colisão

do veículo. A argumentação dos juízes ressaltou que as companhias do setor automobilístico possuem responsabilidades especiais em relação aos seus consumidores, por conta do risco inerente aos seus produtos. Nesse sentido, seria dever dos tribunais analisar atenciosamente situações de liberdade contratual como essa, sobretudo, para averiguar se os interesses da parte economicamente mais frágil são tratados com equidade.

Dworkin acredita que esses casos revelam o fato dos juízes recorrerem a padrões diversos das regras para fundamentar suas decisões. Afirmações do tipo "um criminoso não pode se beneficiar dos seus próprios crimes" ou "a equidade deve servir como um parâmetro para analisar contratos de consumo" seriam diferentes das que estabelecem o limite de velocidade em uma rodovia, por exemplo. Elas revelariam princípios jurídicos, cuja diferença perante as regras é de ordem lógica.

Tanto as regras, quanto os princípios, auxiliam na decisão sobre direitos e obrigações jurídicas, mas a orientação de cada um seria diferente. As regras seriam aplicáveis seguindo uma lógica do "tudo-ou-nada" (*all-or-nothing*). Elas preveem condições fáticas seguidas de soluções que, uma vez constadas num caso concreto, automaticamente resolvem o caso, numa espécie de aplicação silogística.

Por analogia, as regras funcionariam de modo semelhante às encontradas num jogo.[30] No futebol, por exemplo, há uma regra estabelecendo a pontuação de uma equipe quando a bola cruza por completo a linha embaixo das traves, marcando um gol. Seria incoerente, por parte do árbitro, reconhecer que essa regra faz parte do futebol e, ainda assim, não confirmar o gol da equipe que chuta a bola por debaixo das traves. No direito, podemos ter uma regra que condicione a validade de um contrato à assinatura de ao menos duas testemunhas. Do mesmo modo, seria incoerente, por parte de um juiz, reconhecer que essa regra faz parte do direito e, ao mesmo tempo, declarar a invalidade de um contrato por insuficiência de testemunhas se duas delas o assinaram.

[30] Ronaldo Porto Macedo Junior (2013) realiza uma interessante abordagem dos pressupostos metodológicos que levaram Dworkin a substituir a analogia entre direito e jogos, em especial o de xadrez, referida pelos positivistas, para uma que se estabelece entre o direito e a prática da cortesia: "[...] o jogo de xadrez, apesar de ser uma prática social, usualmente, ao menos em seus casos focais (em seu *pivotal case*), não envolve controvérsias sobre conceitos interpretativos. [...] É por esse motivo que sua analogia [a de Dworkin] envolverá uma prática social interpretativa: a prática da cortesia. A analogia com o xadrez revela uma gramática distinta daquela utilizada no *jogo* da cortesia" (p. 200-202, grifos do autor).

Os princípios não seguem essa lógica. Eles não estabelecem condições fáticas que tornam sua aplicação automática e necessária. Na realidade, funcionariam sob uma lógica de peso/importância em determinado contexto, enunciando uma razão moral (ou de justiça) para conduzir determinado argumento em uma direção.

Se Palmer está prestes a receber uma herança em virtude de ter assassinado seu avô, os juízes não podem deixar de considerar aspectos morais indicativos de que o direito possui o princípio segundo o qual um indivíduo não pode se aproveitar dos próprios crimes. É possível, no entanto, que existam outros princípios no sistema jurídico que apontem decisões em sentidos contrários. A questão, então, passa a girar em torno do quanto cada um deles se ajusta ao caso e justifica uma determinada decisão, qual peso possuem para a solução.

Em Henningsen, os princípios da equidade e liberdade contratual se chocam, apontando, cada um, para uma decisão distinta. Quando situações como essa acontecem, não conseguimos prever de forma exata qual será o resultado do julgamento e certamente haverá controvérsia sobre o assunto. No caso em questão, o tribunal decidiu que o primeiro princípio possui uma força relativamente maior que o segundo, por conta de estar em jogo o direito à equidade de um consumidor economicamente mais frágil.

Contudo, isso não significa que a liberdade contratual não faça ou deixe de fazer parte do direito. Em contextos diversos, ela pode até mesmo prevalecer sobre o mesmo princípio que favoreceu Henningsen, porque terá um peso maior para a decisão dessa nova situação. O juiz, então, recorrerá às razões presentes no próprio princípio de liberdade contratual como justificativa moral mais relevante para a solução do novo caso.

Nesse ponto, fica evidente uma outra diferença dos princípios em relação às regras. Por não possuírem uma dimensão de peso e justiça, quando entram em conflito, uma delas não integra realmente o sistema jurídico. Se existem duas regras estabelecendo a velocidade máxima permitida em uma mesma rodovia, ao menos uma delas não é válida. A decisão sobre qual delas deve prevalecer recorre a considerações que estão além dessas próprias regras, empregando, por exemplo, uma outra regra, segundo a qual a previsão mais recente invalida a antiga ou a estabelecida por uma autoridade superior (BONORINO, 2002).

Se a argumentação dworkiniana estiver correta, princípios são padrões que diferem das regras, mas também constituem o direito.[31] Poderíamos, então, conservar a ideia de uma regra de reconhecimento para identificá-los nos sistemas jurídicos?

Para Dworkin, a regra de reconhecimento funciona como um teste de *pedigree*, ela identifica que algo faz parte do direito como o resultado da atividade de alguma fonte social competente, seja uma lei aprovada pelo poder legislativo ou precedentes estabelecidos por tribunais superiores.

Entretanto, esse teste de *pedigree* não funcionaria em relação aos princípios, pois eles não são descobertos meramente a partir de instâncias legislativas ou judiciais, mas da argumentação moral acerca da sua relevância para a prática do direito.[32]

Desse modo, seria difícil reduzir a identificação dos princípios a uma única regra, pois surgem quando são moralmente debatidos com outros padrões, como as regras testamentárias ou a liberdade contratual, por exemplo. Por não funcionarem pela lógica do "tudo-ou-nada", os princípios que possuem as melhores razões para justificar determinada decisão competem com outros não tão atraentes, cabendo aos aplicadores interpretá-los e os apresentarem em argumentos a favor da melhor solução.

---

[31] Em seu *Pós-Escrito*, Hart (2009) busca explicar que nunca teria negado a existência de princípios no direito ou que o direito seria composto apenas por regras, no sentido atribuído por Dworkin: "ao usar a palavra "norma" [regra], não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas [regras] do tipo "tudo ou nada" ou quase conclusivas. Não apenas chamei a atenção [...] para o que denominei (talvez de modo infeliz) "padrões jurídicos variáveis", que especificam fatores a serem considerados e ponderados em relação a outros, mas também tentei [...] explicar por que algumas áreas da conduta se prestam melhor à regulamentação, não através de padrões variáveis, como a "precaução devia", mas através de normas [regras] quase conclusivas, que proíbem ou exigem sempre os mesmos atos específicos, exceto em casos muito raros. Por isso temos normas [regras] contra o assassinato e o furto, e não simples princípios ditando o devido respeito pela vida humana e pela propriedade" (p. 339-340). Uma atraente problematização da distinção entre princípios e regras pode ser encontrada em *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista* de Sergio Nojiri (2012).

[32] Positivistas oferecem diferentes argumentos para rebater essa caracterização relacionada ao teste de *pedigree*. Os "inclusivos" (*inclusive legal positivists*) afirmam que o positivismo consegue dar conta da existência de princípios de dois modos distintos: (i) alguns princípios integram o direito pelas mesmas razões das regras, ou seja, porque podem sim ser incluídos em fontes sociais do direito, como legislações e precedentes e (ii) o parâmetro estabelecido pela regra de reconhecimento, para determinar quais normas são legalmente válidas, pode incluir critérios derivados de princípios morais, assim, uma norma não seria aceita como legalmente válida se possibilita que alguém se beneficie dos próprios crimes, por exemplo. Os positivistas exclusivos (*exclusive legal positivists*) sustentam que princípios podem fazer parte do direito apenas em virtude de (i), dessa forma, se um princípio não for incluído numa fonte social, ele será simplesmente um padrão extrajurídico ao qual os juízes recorrem para estipular um novo direito (SMITH, 2007).

Nesse sentido, eles não são invocados por serem dotados de autoridade ou validados por uma regra superior, mas em razão de referirem-se a valores morais relevantes da história institucional de uma comunidade. Ao usá-los, os juízes não se contentam em apenas apresentar bons argumentos ou interpretações razoáveis, mas em decidir expondo uma fundamentação correta segundo o direito. Isso revelaria uma dimensão argumentativa e interpretativa do direito associada ao funcionamento dos princípios que a regra de reconhecimento não conseguiria abarcar (BONORINO, 2002).

A crítica de Dworkin ao modelo de regras hartiano, em síntese, está direcionada à sua incapacidade de explicar como os princípios funcionam na prática do direito, pois, se observarmos casos como os de Elmer e Henningsen, veríamos que eles constituem padrões aos quais os juízes usualmente recorrem. Eles também funcionam em uma lógica de peso/importância e não são identificados a partir de um teste de *pedigree*. Não obstante, alguém poderia alegar que por estarem suscetíveis a uma espécie de "sopesamento", podem existir incertezas sobre qual interpretação dos princípios é a melhor ou juridicamente correta. Dworkin responderá a esse tipo de indagação a partir da crítica ao poder discricionário dos juízes, nosso objeto na próxima seção.

2.1.2 Casos difíceis, controvérsias e resposta correta

Uma vez identificados como padrões logicamente diferentes das regras jurídicas, Dworkin preocupa-se com o modo pelo qual os princípios são tratados como obrigatórios em casos difíceis, isto é, quando supostamente nenhuma regra os regulam[33]:

> (a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem

[33] Em LDS, um caso é difícil se nenhuma regra o regula de forma explícita. Todavia, os juízes decidem e devem decidir como se uma das partes tivesse um direito pré-existente ao caso de ganhar a causa, embora divirjam a respeito desse direito. Nas palavras do autor: "[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo em casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. [...]o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como cidadãos e homens de Estado divergem sobre os direitos políticos" (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

> obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. [...]
>
> (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do "direito"), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar (DWORKIN, 2002, p. 46-47).

Essas afirmações apresentam concepções bastante distintas acerca do papel dos princípios. A primeira delas os trata como parte do direito e, dessa forma, obrigatórios, de forma que os juízes erram caso não apliquem os pertinentes ao caso. Na segunda visão, os princípios não vinculariam as decisões judiciais, pois fariam parte de um domínio extrajurídico, para além dos padrões que compõem o direito.

A relevância de se posicionar acerca dessas concepções está no fato delas afetarem diretamente a resposta à questão de existirem direitos e obrigações jurídicas preexistentes aos casos que chegam aos tribunais. Ao olhar situações como as de Elmer e Henningsen, os que adotam a primeira visão identificariam que os juízes aplicaram os princípios jurídicos obrigatórios ao caso e, portanto, empregaram de forma correta o direito. Mas aqueles que adotam a segunda, afirmariam que as decisões, em ambos os casos, foram fruto do poder discricionário dos juízes[34], os quais determinaram o direito *a posteriori*, inaugurando um novo direito, não sendo possível falar se o julgamento foi correto ou errado do ponto de vista jurídico.

Para Dworkin, o positivismo defende a segunda visão. Num caso difícil (não regulado por uma regra clara), caberia ao juiz exercer seu poder discricionário, isso significa que ele não conseguiria encontrar nenhuma regra impondo alguma obrigação às partes ou ao seu próprio julgamento, devendo, destarte, criar uma nova regra e, consequentemente, uma nova obrigação futura, exercendo um poder legislativo intersticial desvinculado de qualquer padrão jurídico anterior. Nesse sentido, como o

[34] A análise do exercício da discricionariedade de Dworkin parece estar ligada ao sentido do uso ordinário desse termo: "o que significa dizer na vida cotidiana, que alguém tem "um poder discricionário"?" (2002, p. 50). Esse questionamento caberia apenas quando alguém é encarregado de tomar decisões com padrões estabelecidos por uma autoridade, todavia, o significado exato do poder discricionário é influenciado por elementos contextuais. Ele identifica, então, três sentidos no uso desse poder (dois fracos e um forte): no primeiro sentido fraco, por alguma razão, os padrões à disposição da autoridade não podem ser aplicados mecanicamente e, em razão disso, deixam margem de discricionariedade no julgamento. O segundo sentido fraco de discricionariedade é constatado quando uma autoridade toma a decisão de última instância, isto é, que não pode ser revista ou cancelada por nenhuma outra. Em seu sentido forte, a decisão do aplicador não está limitada por qualquer padrão de autoridade que vise direcionar seu julgamento. Dworkin acusa o positivismo se referir à discricionariedade dos juízes em seu sentido forte e contesta essa visão.

direito não regula o caso, não seria possível afirmar que sua decisão é juridicamente correta ou errada.

Dworkin pretende apresentar uma teoria que considera melhor que a positivista, pois, ainda que nenhuma regra regule um caso difícil, os juízes decidem e devem decidir como se uma das partes tivesse um direito pré-existente a seu favor, eles não criam e nem devem criar direitos retroativos.

Essa teoria possui como uma de suas bases a “tese dos direitos”, sustentada pela ideia de que só afirmamos que as pessoas possuem direitos quando, ao decidir casos que envolvem sua existência ou alcance, os juízes os usam para justificar suas decisões. Logo, dizer que um indivíduo possui um direito significa sustentar que ele terá uma única decisão jurídica correta a seu favor em casos difíceis, mesmo que exista controvérsia sobre isso (BONORINO, 2002).

Para ser possível encontrar uma decisão correta para todos os casos, é preciso que o material normativo do sistema jurídico se apresente de modo a possibilitar essa descoberta. São os princípios jurídicos que permitem aos juízes organizar seu raciocínio argumentativo da melhor forma para justificar essa resposta.[35] Identificados a partir da história institucional e moral da comunidade, o uso dos princípios afastaria a distinção de conteúdo entre direito e moral, pois “aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas” (DWORKIN, 2002, p. 136).

Desse modo, ao decidir um caso, os juízes possuem uma espécie de responsabilidade política. Os princípios invocados devem fazer parte de uma teoria geral que justifique uma visão coerente das práticas encontradas tanto na história institucional quanto moral da comunidade. O problema é que, em casos difíceis, aliar princípios a essa responsabilidade política numa teoria geral não é tarefa fácil. Dworkin imagina, então, um juiz com capacidades sobre-humanas chamado “Hércules”.

---

[35] A tese dos direitos exige que entendamos os princípios de forma restritiva, excluindo os padrões de política (aqueles que estabelecem metas gerais consideradas valiosas para a maior parte da comunidade). Nesse sentido, Dworkin considera que somente os princípios oferecem as justificativas mais aceitáveis para as respostas do direito, pois os juízes decidem e devem decidir de forma coerente, mostrando que sua fundamentação é compatível com decisões anteriores, não superadas, e com a história institucional e moral da comunidade naquela circunstância. Isso não aconteceria se utilizassem argumentos de política, uma vez que os juízes “teriam liberdade para dizer que uma determinada política pode ser adequadamente sustentada, [...] de sorte que nem as decisões anteriores, nem as hipotéticas decisões futuras precisem ser compreendidas como uma sustentação da mesma política” (DWORKIN, 2002, p. 139).

Esse juiz mitológico é capaz de formular uma teoria geral como parte integrante da decisão judicial, a qual não é meramente uma escolha dentre as possíveis quando não há mais regras. Sua teoria traduz uma concepção específica da história institucional e moral da comunidade em um conjunto de princípios relevantes para encontrar a resolução correta de casos difíceis.

Se imaginarmos um caso envolvendo o tema do aborto, Hércules e outros juízes certamente encontrariam princípios que oferecem boas razões tanto para a defesa dessa prática quanto para sua condenação. Esse seria um caso de potencial controvérsia. É a explicação positivista do fato dos juízes discordarem a respeito da solução jurídica nesses casos que seria o problema com a tese da discricionariedade.

Para Dworkin, o positivismo defende uma abordagem fundada no convencionalismo para indicar o direito em casos controversos. Ao transpor o exemplo da regra social que impõe aos homens a obrigação de retirar os chapéus ao entrar na igreja, para o âmbito do direito, Hart entenderia que o direito e sua consequente obrigação jurídica existe apenas como uma questão de fato. Um juiz aceita uma regra e reconhece a obrigação por ela estipulada quando ela é válida de acordo com uma regra de reconhecimento, a qual ofereceria critérios para que alguém possa afirmar que uma regra e/ou uma obrigação jurídica existe (BONORINO, 2002).

Logo, a existência de um direito e de uma obrigação em determinado sistema jurídico dependeria da regra de reconhecimento, a qual existe em virtude de uma convenção relacionada às práticas regulares dos aplicadores do direito em reconhecer regras jurídicas a partir de alguns critérios. Isto posto, se os juízes (i) regularmente reconhecem como válidas as regras aprovadas pelo Poder Legislativo, (ii) justificam esse posicionamento em virtude da existência de uma regra segundo a qual devem aplicar as previsões do Legislativo e (iii) possuem uma atitude crítico-reflexiva em relação aos casos em que essa regra não é observada, poderíamos afirmar que nesse sistema jurídico existe uma regra estipulando que os juízes devem seguir as leis aprovadas pelo Legislativo.

Entretanto, Dworkin ressalta que, na prática judicial, o juiz não se comporta de modo a meramente declarar o fato dos aplicadores do direito acreditarem ter o dever de seguir as leis do Legislativo. Os juízes querem dizer que “eles realmente possuem um tal dever e cita esse dever – e não as crenças dos outros – como justificativa para sua própria decisão” (DWORKIN, 2002, p. 81-82).

Se os juízes encaram o direito dessa forma, uma regra de reconhecimento convencional não conseguiria explicar todos os casos em que deveres judiciais são invocados para justificar decisões acerca da existência de uma obrigação. Dworkin oferece o exemplo de um vegetariano para esclarecer seu pensamento. Esse indivíduo diria que nenhuma pessoa possui o direito de matar animais e consumir sua carne, pois é sempre moralmente errado eliminar qualquer forma de vida. Ele também reconheceria que não existe nenhuma regra social que estabeleça tal proibição, na realidade, poucas pessoas reconheceriam tal dever de abstenção. O argumento dworkiniano pretende mostrar que a avaliação do vegetariano acerca da prática alimentar não depende de uma convenção sobre ela, nós conseguimos entender as razões que fundamentam sua censura mesmo que elas não estejam fundamentadas em uma convenção (MACEDO JUNIOR, 2013).

Nesse sentido, alguns juízes podem tomar para si o dever de aplicar as leis promulgadas por um Poder Legislativo, pois aceitariam princípios relevantes como razões para pensar desse modo, independentemente de outros juízes também os aceitarem. Fundada na convenção, a teoria positivista não conseguiria explicar que "mesmo quando as pessoas consideram uma prática social como uma parcela necessária das razões para se afirmar a existência de um dever, elas podem, ainda assim, divergir quanto à abrangência desse dever" (DWORKIN, 2002, p. 86).

Retornando ao exemplo da igreja de Hart, Dworkin imagina que, na sociedade onde há uma regra segundo a qual os homens devem tirar os chapéus ao entrar na igreja, exista uma controvérsia a respeito da aplicação dessa regra aos bebês do sexo masculino que usam gorros. As pessoas estariam igualmente divididas: cada metade acredita que tem as melhores razões para justificar sua posição sobre o assunto. Esse comportamento constituiria algum tipo de regra?

Só poderíamos dizer que a regra sobre o uso de chapéus por homens na igreja é incerta, quando os fatos sobre a própria prática das pessoas ou sobre como pensam a seu respeito forem desconhecidos. Contudo esse não é o caso, pois sabemos a respeito disso. Diante desse cenário, um positivista seria forçado a reconhecer que a regra sobre a retirada de chapéus em igrejas por homens não é incerta, mas, na realidade, a única regra existente, pois só ela seria constituída pelo comportamento regular da comunidade. Consequentemente, a suposta regra que diz respeito aos bebês não existe. Se transportamos esse raciocínio para o âmbito do

direito, quando há alguma espécie de controvérsia a respeito de uma obrigação, de modo que não há um comportamento regular dos aplicadores do direito reconhecendo-a como jurídica, na realidade, essa obrigação não existe e não se poderia falar em uma reposta correta do ponto de vista jurídico (MACEDO JUNIOR, 2013).

Contudo, Dworkin acredita que essa explicação é insatisfatória perante casos difíceis, como Elmer e Henningsen. Se aceitamos a tese positivista, não conseguimos entender que, mesmo diante de casos difíceis e controversos, nos quais aparentemente nenhuma regra (estabelecida pelo sentido de convenção) os regulam e há divergência sobre a solução correta, os juízes tomam para si o dever de reconhecer um direito pré-existente ao caso, pois tal dever de julgamento funda-se em razões para além das regras.

O argumento positivista lançaria mão de uma conexão equivocada entre uma prática social e os juízos normativos inseridos nela. Seus termos nos levariam a crer que uma prática social constitui uma regra automaticamente aceita pelos juízos normativos das pessoas. Por conseguinte, a prática e a regra que ela funda teriam o mesmo conteúdo. Todavia, Dworkin sustenta que a prática social não tem esse efeito, na realidade, ela ajuda a justificar uma regra expressa pelo juízo normativo, essa regra pode ou não ter o mesmo conteúdo da prática, bem como pode ficar aquém ou além dela:

> A existência da prática de tirar o chapéu na igreja justifica que se afirme a existência de uma regra normativa nesse sentido – não porque a prática constitua uma regra que o juízo normativo descreva e endosse, mas porque a prática cria formas de ofender e dá origem a expectativas do tipo que fornece boas razões para sustentar a existência de um dever de tirar o chapéu na igreja, ou sustentar a existência de uma regra normativa que afirme esse dever. [...] Além disso, se uma comunidade possui uma prática particular, como a prática de não usar chapéu na igreja, então será provável, mais do que surpreendente, que os seus membros sustentem diferentes regras normativas, cada uma delas supostamente justificada por essa prática. Eles discordarão quanto a se os bebês devem ou não usar gorro, pois divergirão se, uma vez considerados todos os aspectos, o fato da prática justifica a afirmação daquele dever. Alguns podem pensar que a prática justifica aquele dever, porque pensam que a prática como um todo institui uma forma de insulto ou desrespeito que pode ser cometida pelos pais de uma criança. Outros podem discordar, por diversas razões. É verdade que eles expressarão sua discordância, mesmo neste caso trivial, como uma discordância sobre as exigências da “regra” relativa ao uso de chapéu nas igrejas. Mas a referência não será à regra que é constituída pelo comportamento comum, isto é, uma

> regra social, mas à regra que é justificada pelo comportamento comum, isto é, uma regra normativa. Eles discordam precisamente sobre o que é *essa* regra (DWORKIN, 2002, p. 91 e 92, grifos do autor).

Hércules nos é apresentado como um juiz conhecedor da prática como elemento justificador das regras, extrapolando os limites de um acordo convencional. Em razão disso, ele está preocupado com a "intenção" subjacente às leis e ao próprio direito, bem como os princípios inscritos na prática jurídica. Ao se deparar com a legislação e os precedentes sobre um tema controverso como o aborto, ele tem o dever de organizar uma teoria superior dos princípios que embasam uma justificação coerente do direito relacionada aos precedentes e às disposições constitucionais e legislativas, cuja finalidade é descobrir se as mulheres possuem ou não o direito de abortar, e não inventá-lo (BONORINO, 2002).[36]

Alguém poderia pensar que, como o tema do aborto é controverso, Hércules ou qualquer outro juiz não poderia dar uma resposta correta à questão, apenas uma dentre muitas possíveis e tão válida quanto as outras. Todavia, Dworkin argumenta que, ao participarem do direito numa perspectiva interna[37], os juízes não enfrentam casos controversos dessa forma, eles não acham que sua decisão será apenas mais uma dentre as possíveis, pelo contrário, mesmo que não exista um teste convencional para saber quem está certo, acreditam que a solução que apresentam se distingue das outras por ser a melhor e mais plausível: "cada um pensa que sua resposta à questão que os divide é uma resposta superior: se não pensa assim, pensa o que então?" (DWORKIN, 2002, p. 433).

Embora Dworkin tenha recebido uma série de críticas à sua concepção acerca da tese dos direitos em casos difíceis e controversos que resultam em uma única

[36] Em *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* (2009), Dworkin apresenta sua resposta ao tema do aborto.

[37] Um dos pontos interessantes da abordagem de Dworkin a respeito da tese da resposta correta está na sua diferenciação entre enunciados que se colocam internos à prática do direito e os supostos enunciados externos a essa prática. Essa distinção ganha nitidez em obras posteriores (sobretudo em *Objectivity and truth you'd better believe it* (1996) e *Justice for Hedgehogs – A raposa e o porco espinho: justiça e valor* (2014a), quando o autor nega a possibilidade de sustentar argumentos externos (desde um ponto de vista "arquimediano") à prática do direito contra uma resposta correta.

resposta correta[38], em *O império do direito* (2014b) (OID)[39] ele retoma seus argumentos e reapresenta seu pensamento de modo a continuar desafiando o positivismo jurídico. Buscaremos apresentá-los nas próximas seções.

2.2 SEGUNDO ATO: O IMPÉRIO DO DIREITO

O império do direito (2014b) (OID) talvez seja a obra mais conhecida de Dworkin por parte dos estudantes e profissionais do direito. Com efeito, pode-se dizer que parece uma obra mais madura em relação à *Levando os direitos a sério* (2002) em razão de trabalhar com mais atenção alguns dos elementos anteriormente lançados pelo autor e que são importantes para compreender sua teoria.

No que se refere à resposta correta, a relevância da obra se dá em virtude de esclarecer em definitivo alguns pontos que acreditamos ser fundamentais para o entendimento da tese que é objeto da dissertação, os quais são abordados nos tópicos seguintes.

2.2.1 Divergências teóricas e o aguilhão semântico

O primeiro capítulo de OID (2014b) gerou uma extensa literatura crítica sobre seu conteúdo e não parece existir um acordo sobre qual foi de fato seu o objetivo. Kenneth Himma (2002) apresenta os argumentos de Dworkin como um desafio ao positivismo. Outros pensadores, como Joseph Raz (2001), os enxergam como um ataque a uma forma particular de explicação conceitual ou, na visão de Coleman (2001), como tendo múltiplos objetivos: uma crítica ao positivismo e a defesa de uma teoria do direito normativa (*normative jurisprudence*).

Porém, esses autores parecem reconhecer que esse capítulo apresenta um argumento chave contra uma visão “criterial” do direito: o argumento do aguilhão semântico.

---

[38] Scott Shapiro(2007) apresenta algumas críticas à argumentação dworkiniana feitas por positivistas exclusivos como Joseph Raz e por positivistas inclusivos como Jules Coleman, no sentido de afirmar que embora os aplicadores do direito aceitem uma mesma regra convencional, eles podem discordar sobre ela e isso não seria um problema para o positivismo. Vale lembrar que o próprio Hart (2009), em seu pós-escrito, preocupa-se em rebater algumas críticas de Dworkin.

[39] Essa obra foi originalmente publicada em 1986. Nesta dissertação, utilizamos a terceira edição brasileira traduzida e publicada pela Martins Fontes em 2014.

Shapiro (2007) apresenta uma distinção relevante entre o argumento do aguilhão semântico e o argumento das divergências teóricas, sendo este último que representaria uma verdadeira ameaça ao positivismo. Nesta seção, buscaremos apresentar esses dois argumentos do primeiro capítulo de OID, pois parecem representar elementos importantes para a compreensão dworkiniana acerca da resposta correta.

Uma das características do direito destacadas por Dworkin é seu aspecto argumentativo, pois, aqueles que participam dessa prática, de modo geral, lançam afirmações sobre o que é o direito e o que ele determina, defendendo-as a partir de razões favoráveis ao seu entendimento:

> Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações (DWORKIN, 2014b, p. 17, destaques do autor).

Não conseguiríamos entender o direito por completo sem compreender as proposições apresentadas nessa prática argumentativa. Logo, o trabalho dos teóricos (ou filósofos) do direito seria o de explicar como os participantes estão engajados na disputa pelas melhores razões em defesa de suas pretensões.

Em LDS, Dworkin já tinha apontado o positivismo como uma teoria implausível por não contemplar, de formar satisfatória, essa prática argumentativa. Ela supostamente carece de uma boa explicação das situações em que os participantes discordam sobre qual a melhor proposição que justifica uma resposta jurídica e, consequentemente, qual é o direto no caso.

Em OID, o autor retoma essa crítica a partir de duas distinções. A primeira delas é entre as “proposições de direito” (*propositions of law*) e “fundamentos de direito” (*grounds of law*). Uma proposição de direito é uma afirmação sobre o conteúdo do direito de um sistema jurídico específico, sobre o que é permitido, proibido ou obrigatório, que pode ser verdadeira ou falsa. “Os motoristas são proibidos de trafegarem pelas rodovias do Brasil em velocidades superiores a 150 km/h” parece

ser uma proposição verdadeira a respeito do direito brasileiro, enquanto que “os motoristas são proibidos de dirigirem no Brasil à noite”, é uma proposição falsa. São os “fundamentos de direito”, por sua vez, que conferem o valor de verdade ou falsidade a proposições como essas e, consequentemente, determinam o conteúdo do direito. Podemos falar, de forma geral, que as proposições sobre o direito brasileiro são verdadeiras se estão ligadas a um conteúdo legislativo aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo presidente. Nesse exemplo simplista, a atividade legislativa pode ser entendida como um fundamento do direito brasileiro, pois faz com que algumas proposições sejam verdadeiras e outras falsas.

Essa distinção leva Dworkin a apresentar uma outra, relacionada a como os participantes poderiam discordar sobre a verdade de uma proposição do direito. Em primeiro lugar, eles podem concordar sobre quais são os fundamentos de direito, mas discordar se eles são satisfeitos num caso. Nesse sentido, pode existir um desacordo entre juristas brasileiros a respeito da aprovação ou não pelo Congresso de determinado dispositivo ou sobre o veto do presidente em relação a algum ponto.[40] Isso é chamado por Dworkin de “divergência empírica” (*empirical disagreement*).

Esse tipo de divergência contrasta com as teóricas (*theoretical disagreements*), as quais envolvem disputas sobre os fundamentos de direito em si, isto é, sobre o que realmente faz uma proposição do direito verdadeira. Nesse sentido, dois juízes podem concordar sobre o fato de uma legislação ter sido aprovada pelo Poder Legislativo em relação a determinada matéria, mas discordar, numa seção do tribunal, sobre qual é o direito, porque eles divergem acerca do fato da aprovação dessa legislação ser o único fundamento de verdade juridicamente relevante num caso.[41]

Para Dworkin, a teoria positivista domina o entendimento teórico moderno sobre os fundamentos de direito e os enxerga como uma questão de simples fato

[40] O exemplo do autor talvez possa ser mais esclarecedor: “Advogados e juízes podem concordar, por exemplo, que a velocidade-limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto à existência de tal lei na legislação estadual vigente. Poderíamos dar a isso o nome de divergência empírica sobre o direito” (DWORKIN, 2014b, p. 07-08).

[41] O exemplo dado por Dworkin é o seguinte: “[Advogados e juízes] Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o direito” (DWORKIN, 2014b, p. 08).

(*plain fact view*). Ela sustenta que os fundamentos de direito de uma comunidade são estabelecidos por uma convenção entre seus aplicadores (*officials*). Se eles concordam que um fato “x” (a aprovação de um dispositivo pelo Poder Legislativo, por exemplo) constitui um fundamento para seu sistema jurídico, então, esse fato “x” é um fundamento de direito. Além disso, apenas fatos capazes de serem identificados e historicamente situados são os que estabelecem fundamentos de direito. Isso quer dizer que o direito teria seu fundamento de verdade em fatos relacionados ao que alguns atores jurídicos aprovaram ou decidiram em determinado momento, por exemplo:

> [Para os positivistas] O direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. Se alguma corporação desse tipo decidiu que os trabalhadores podem ser indenizados por danos ocasionados por colegas de trabalho, será isso, então o direito. Se a decisão for contrária, então este será o direito. Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais (DWORKIN, 2014b, p. 10).

Parece que o argumento das divergências teóricas de Dworkin é uma crítica à incapacidade da visão positivista do direito como simples questão de fato admitir a existência dessa espécie de divergência e explicá-la. O positivista afirmaria que a única espécie de divergência possível entre os praticantes do direito é a empírica, uma vez que há uma convenção sobre quais são os fundamentos de verdade do direito, seus desacordos estão ligados somente ao fato histórico das instituições legislativas ou judiciais terem efetivamente aprovado ou decidido algo. Por sua vez, o argumento do aguilhão semântico é apresentado após o das divergências teóricas para explicar porque os positivistas defendem que os fundamentos de direito são determinados por convenção, ou seja, pela regra de reconhecimento (SHAPIRO, 2007).

Para Dworkin, os positivistas são vítimas do aguilhão por insistirem numa semântica criterial, segundo a qual, as pessoas compartilham regras que estipulam critérios para o uso correto de uma palavra e esses critérios compartilhados firmam o significado dessa palavra. Assim, as regras compartilhadas para utilizar corretamente a palavra “direito” ligam o seu significado a simples questões de fato histórico, de forma que um advogado que rejeite esses critérios estaria utilizando “direito” de forma absurda (SMITH, 2010).

Isso também ocorreria em relação aos conceitos. Numa visão criterial, compartilhamos um conceito somente se fizermos o mesmo em relação aos critérios para sua correta aplicação. Uma semântica criterial afirmaria que os participantes de um sistema jurídico compartilham um mesmo conceito de direito somente se eles compartilharem os mesmos critérios para sua aplicação, isto é, os mesmos fundamentos de direito (SMITH, 2010). Logo, “podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas [...]” (DWORKIN, 2014b, p. 55), quando juízes divergem (teoricamente) sobre os fundamentos do direito, eles “apenas fingem, ou [...] divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns” (p. 56), devemos, consequentemente, tratar essas discussões como se estivessem relacionadas “à fidelidade ou reforma do direito, e não quanto ao direito. Aí está o aguilhão: estamos carcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência” (p. 56).

Para mostrar que divergências teóricas genuínas realmente existem no direito, embora Dworkin se refira novamente aos casos Elmer e Henningsen, é a introdução do caso *Tennessee Valley Authority vs. Hill* (também conhecido como caso *snail darter* ou TVA) que traz à luz esse tipo de divergência, pois os primeiros poderiam transmitir a ideia de que as discussões fossem apenas empíricas (MACEDO JUNIOR, 2013).

Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana deparou-se com a reivindicação de um grupo ambientalista em relação a uma barragem orçada em cerca de cem milhões de dólares e quase finalizada pela Tennessee Valley Authority. O argumento apresentado foi o de que essa construção prejudicaria o único habitat de um pequeno peixe chamado *snail darter* (que além de ter o comprimento de três polegadas, não suscitava qualquer relevância científica, estética ou econômica), violando a Lei de Espécies Ameaçadas de 1973 (*Endangered Species Act*). Para a empresa, contudo, essa lei não seria aplicável a um projeto regularmente autorizado e praticamente completo antes mesmo da legislação em questão ser aprovada.

A Corte decidiu pela suspensão da construção da barragem, mas não de forma unânime.

Escrevendo pela maioria, o juiz Burger ressaltou que o texto da lei aplicável ao caso era claro e, portanto, tinha o dever de determinar a suspensão da construção

da barragem em razão da ameaça trazida a uma espécie, mesmo que isso resulte em algo financeiramente absurdo, com o desperdício de um grande montante de dinheiro público. Ademais, os juízes só poderiam se recusar a aplicar o sentido claro de uma lei, caso fosse possível demonstrar que a intenção dos legisladores era diferente da exposta por esse sentido, mas isso não aconteceu em TVA.

A minoria discordou desse argumento pelo voto do juiz Powell. Foi defendido que, além da Lei de Espécies Ameaçadas não se aplicar a projetos iniciados antes de sua aprovação, a Corte não deveria aplicar textos legais claros se isso revelasse uma consequência absurda, a não ser que fosse possível constatar que tal resultado fosse a intenção do legislador. Desse modo, seria insensato interromper a construção de uma barragem de alto custo aos contribuintes e perto de ser finalizada, para prevenir a extinção de um peixe desimportante, sobretudo, porque não se pode afirmar que o legislador tinha alguma intenção parecida.

A divergência entre o juiz Burger e Powell é do tipo teórica, para Dworkin, porque ambos concordam que, do ponto de vista fático, (i) a Lei de Espécies Ameaçadas é juridicamente válida, (ii) impedir a construção da barragem resulta em um desperdício financeiro para assegurar a existência de uma espécie irrelevante e (iii) a intenção dos legisladores não envolvia considerações a respeito de casos como o TVA quando aprovaram a lei em questão.[42] Eles divergem, entretanto, em relação à relevância desses elementos fáticos para determinar o verdadeiro direito. Para Burger, o texto claro de uma lei juridicamente válida deve prevalecer mesmo diante de resultados absurdos, a não ser que se prove que o legislador não tinha a intenção de que essa consequência ocorresse. O argumento de Powell é inverso, o texto claro de uma lei válida não prevalece quando seu resultado é um absurdo, a não ser que se comprove que a intenção dos legisladores era a de produzir esse resultado (SHAPIRO, 2007).

Influenciados pelo aguilhão semântico, Dworkin acredita que os positivistas teriam desenvolvido duas estratégias para afastar a existência de divergências teóricas (SMITH, 2010).

[42] Uma crítica interessante sobre esse ponto é realizada por Brian Leiter (2009). Ele reconhece a existência de casos jurídicos envolvendo divergências teóricas, mas sustenta que o caso TVA é mal caracterizado por Dworkin. Seu argumento é de que seria mais plausível afirmar que Burger e Powell tinham um desacordo empírico a respeito de um mesmo critério de validade jurídica, pois ambos concedem que a intenção dos legisladores é determinante para a solução do caso. A disputa entre eles é sobre qual é essa intenção e não sobre o critério de validade em si.

A primeira busca destacar que, embora os juízes simulem estar discordando sobre o que é o direito, na realidade, eles estão discutindo sobre como ele deve ser. Em casos como TVA, o direito existente não dá resposta ao caso e os participantes que empregam a palavra “direito” de forma correta concordam que não havia qualquer direito a ser descoberto pela Corte. Em última instância, os juízes simulam um desacordo teórico “[...] porque o público acredita que o direito sempre existe e que os juízes devem sempre segui-lo. [Os juízes] conspiram sistematicamente para esconder a verdade das pessoas, para não desiludi-las nem provocar sua raiva ignorante” (DWORKIN, 2014b, p. 46).

Mais sofisticada, a segunda estratégia baseia-se em regras claras e situações nebulosas sobre quando falamos do direito. Os juízes compartilhariam a mesma regra determinante dos fundamentos do direito e, por conseguinte, na grande maioria dos casos, concordam a respeito da solução. Todavia, essa regra pode se mostrar incerta em determinadas situações. Logo, embora os juízes em TVA pensem discordar teoricamente, uma investigação mais precisa revelaria que, ambos utilizam uma versão um pouco diferente de uma mesma regra para tentar adequá-la ao caso. Nesse sentido, Burger estaria tentando estender o alcance da Lei de Espécies Ameaçadas em relação a projetos quase finalizados, enquanto que Powell negava essa extensão em razão de consequências financeiramente absurdas.

“Se todos os juristas concordam que não existe um direito claro em casos como esses que usamos a título de exemplo, por que, então, esse ponto de vista não se tornou parte de nossa cultura política popular?” (DWORKIN, 2014b, p. 46). Dworkin acredita não haver prova de que os juízes estipulam como o direito deve ser e simulam ou fingem divergir sobre seus fundamentos para evitar problemas relacionados à separação de poderes. As evidências são do contrário, eles discutem a melhor e única solução para o caso como se tivessem a responsabilidade de aplicar o direito como ele é e não sobre como agir na sua ausência. Além disso, os juízes no caso TVA não divergem simplesmente sobre o alcance de uma mesma regra num caso limítrofe, eles oferecem diferentes razões pelas quais a Lei de Espécies Ameaçadas impõe deveres e direitos que devem ser reconhecidos, discutem sobre aquilo que torna uma proposição jurídica sobre o direito em TVA verdadeira.

Dessa forma, precisaríamos de uma teoria que apresente uma explicação mais plausível sobre as divergências jurídicas e busque apontar a melhor resposta

para elas. Isso só é possível, segundo Dworkin, se encararmos a prática jurídica como interpretativa.

2.2.2 Interpretação e integridade

Um ponto de partida interessante para compreender o sentido de ter uma atitude interpretativa perante determinada prática é tomar o modelo não jurídico da cortesia.[43] O exemplo oferecido por Ronaldo Porto Macedo Junior nos parece excelente:

> Suponhamos que Francisco, um jovem rapaz, relate a seu amigo Roberto que na noite anterior convidou uma garota para jantar num restaurante e que, ao final, cada um pagou sua parte na conta. Roberto então dirigiu uma crítica a Francisco, afirmando que ele agiu com imensa *descortesia* com relação à garota, visto que se espera que os homens paguem a conta das mulheres quando as convidam para sair. Francisco discordou de Roberto e afirmou que não foi de modo algum *descortês*, visto que seus rendimentos não são superiores aos da garota e que não via motivo para um tratamento desigual simplesmente em razão de ser ela do gênero feminino. Chegou até mesmo a argumentar que em outras oportunidades pagou de bom grado a conta de um amigo porque este estava em situação econômica difícil. Contudo, afirmou que esta situação não se repetia em seu jantar com a garota.
> [...] Imaginemos que Roberto contra-argumentou apresentando uma concepção de "cortesia para com as mulheres" assim enunciada: "ser cortês com uma garota significa dar-lhe prioridade e oferecer-lhe presentes ou favores". Citou como exemplos paradigmáticos que confirmavam tal concepção a prática corriqueiramente observável de permitir que as mulheres saiam dos elevadores antes dos homens, abrir a porta do carro após estacioná-lo, não permitir que carreguem malas e pacotes pesados, oferecer-lhes flores ou chocolates antes de um encontro etc. Com tais exemplos, Roberto procurou mostrar como a sua concepção era adequada e bem-ajustada aos fatos sociais que tomou como referência. Sem negar tais paradigmas, Francisco replicou que a cortesia para com as mulheres envolveria a expressão de consideração e respeito a sua dignidade, conceito esse que implicava também o respeito ao valor igualdade. Ofereceu novos paradigmas que serviam de apoio a suas ideias. [...] Por fim, argumentou que sua concepção rival de "cortesia com relação às mulheres" seria superior à de Roberto, uma vez que mais abrangente

[43] Para o positivismo, o xadrez poderia funcionar como uma boa analogia no auxílio da compreensão do direito, sobretudo em relação a como uma regra pode funcionar para guiar o comportamento das pessoas integrantes dessas práticas. O problema em realizar essa analogia, para Dworkin, está no fato desse jogo não envolver divergências sobre interpretações da prática enxadrística, pois é basicamente constituído por regras convencionalmente aceitas pelos participantes. Em razão disso, uma outra prática deveria ser tomada como referência para a analogia do direito: a cortesia (MACEDO JUNIOR, 2013).

> e coerente. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 203-204, destaques do autor)

Embora Francisco e Roberto compartilhem alguns exemplos de cortesia, ambos discordam sobre o que realmente significa “ter um comportamento cortês” e, em última instância, sobre “o que é a cortesia”. Se o conceito de cortesia fosse criterial, poderia existir uma convenção estipulando que ser cortês com as mulheres significa sempre pagar as contas em restaurantes e, então, Roberto estaria certo. Todavia, os amigos se engajam numa divergência porque compreendem que a cortesia envolve uma atitude interpretativa no seguinte sentido: (i) reconhecem que a cortesia não apenas existe, mas que é uma prática possuidora de valor (ou valores), de forma a servir a algum propósito e (ii) o que essa prática exige não está fixado por convenções, mas depende do significado desse valor, logo, melhores entendimentos a respeito de sua finalidade estabelecem o que ela autoriza ou proíbe (MACEDO JUNIOR, 2013).

Diante disso, Roberto acredita que ser cortês envolve estabelecer uma relação de prioridade e oferecimento de bens materiais não recíprocos. Francisco pensa que o valor que melhor informa a prática da cortesia é a igualdade, entendida nesse caso como igual consideração e respeito pela dignidade das mulheres. Se tomamos o ponto de vista individual, cada um deles pensa apresentar a cortesia em sua melhor forma, associando-a a um valor (ou valores) e estabelecendo sentidos sobre o que ela exige em relação às mulheres de modo a realizar tal valor na maior medida. Desse modo, interpretar a cortesia é apresentá-la sob sua melhor luz.

Essa abordagem nos leva à proposta interpretativa da literatura, quando Dworkin formula sua “hipótese estética”: “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler [...] o texto revela-o como a melhor obra de arte” (DWORKIN, 2005, p. 222). Podem existir diferentes teorias de interpretação da obra “Sagarana” de Guimarães Rosa, os defensores de cada uma delas acreditam que seu pensamento apresenta a melhor explicação a respeito dos diferentes contos, alguns podem até mesmo elegê-la como a melhor peça da literatura brasileira e outros nem mesmo colocá-la entre as dez melhores. A divergência entre eles existe porque cada um pensa algo significativamente diferente sobre o que é a literatura e sobre o que faz de uma obra melhor do que a outra. Nesse sentido, interpretar “Sagarana” pressupõe um posicionamento anterior a respeito do que é a literatura e dos seus propósitos para que então, sob esse olhar, lançar um entendimento a respeito da obra.

Se a prática em questão for o direito, caso os juízes tenham que decidir se a construção quase completa de uma barragem deve ser suspensa para preservar o habitat de um pequeno peixe aparentemente irrelevante, sua resposta será uma interpretação sobre o que é o direito, sobre os valores e os propósitos que envolvem a prática jurídica naquele contexto, para então buscar a melhor solução acerca da exigência de suspensão da construção da barragem.

Seja em relação à cortesia, à literatura ou ao direito, uma pergunta importante permeia a análise dessas práticas: afinal, qual é a melhor interpretação? Para compreender o método interpretativo como um instrumento apropriado de análise das práticas sociais e do que elas exigem, teríamos que entendê-lo de modo construtivo, para tanto, Dworkin propõe a distinção da interpretação em três etapas: (i) pré-interpretativa, (ii) interpretativa e (iii) pós-interpretativa (DE LA TORRE, 2012).

Na primeira, o intérprete identifica as regras, padrões ou descrições de comportamentos consensualmente aceitas entre os participantes de uma prática. Embora nessa etapa exista um mínimo de interpretação, já que esses elementos não são rotulados, é necessário um significativo grau de consenso sobre quais são eles, para que a empreitada interpretativa tenha sucesso. No direito, os materiais jurídicos de um sistema (leis, decretos e outros atos normativos) são identificados nessa etapa.

Na etapa interpretativa propõe-se um valor (ou valores) para a prática capaz de dar conta do esquema de interesses, fins ou princípios que supostamente ela realiza ou atende. Tal atribuição deve passar por um teste dual: por um lado, a interpretação deve satisfazer uma dimensão de “ajuste” (*fit*), em relação a como a prática é identificada e conhecida, por outro lado, deve apresentar a prática em sua melhor luz a partir do valor que oferece a melhor justificação (*justification*) possível do objeto interpretado em conjunto com os elementos da primeira etapa. Nesse instante, o intérprete não empresta à prática um sentido de forma personalista, como se sua posição fosse algo meramente subjetivo, na realidade, busca o significado do que é a prática num determinado contexto social compartilhado.

É na etapa pós-interpretativa (ou reformuladora) que o intérprete vai aliar sua ideia a respeito do que a prática realmente requer em determinado caso de forma a melhor se adequar à justificação valorativa estabelecida na etapa anterior (interpretativa). Isso pode resultar num entendimento substancialmente diferente do

que os padrões identificados na fase pré-interpretativa pareciam indicar de forma absoluta, pois eles também são interpretados.

Contudo, se uma concepção é construída dessa forma, não significa que se está tentando mudar a prática, mas apresentando o que ela realmente é e o que requer dos seus participantes num determinado contexto. Destarte, o direito é aquilo que a melhor teoria interpretativa diz que ele é e as proposições de direito direcionadas a casos concretos são verdadeiras em virtude de estarem articuladas a essa teoria (POSTEMA, 1987). Regras convencionalmente aceitas são independentes do valor da prática interpretada e sensíveis à própria interpretação deste. Nesse sentido, a atitude interpretativa envolve o reconhecimento de que práticas convencionais historicamente presentes e aceitas numa comunidade podem se mostrar erradas diante de uma compreensão mais profunda dos valores que informam seu propósito (sua "intencionalidade"). Essa interpretação será correta não em virtude de uma convenção a respeito de sua solução, mas em razão da capacidade dela reunir os melhores argumentos a título de fundamentação (MACEDO JUNIOR, 2013).

A partir dessa estrutura das etapas interpretativas, Dworkin apresenta três possíveis teorias diferentes e rivais sobre a melhor interpretação do direito: "convencionalismo" (*conventionalism*), "pragmatismo" (*legal pragmatism*) e "direito como integridade" (*law as integrity*). Todas partem de uma mesma formulação pré-interpretativa, supostamente aceita pela maioria dos teóricos do direito: o escopo fundamental do direito é o de regular o poder político dos governos, tal poder só é legitimamente exercido quando autorizado pelos direitos e responsabilidades estabelecidos por decisões pretéritas. Logo, cada teoria do direito em questão busca oferecer a melhor interpretação dessa finalidade e de como as decisões históricas servem a esse propósito (DE LA TORRE, 2012).

O convencionalismo englobaria a tese positivista do direito como questão de fato. Vista sob a égide interpretativa, essa teoria afirma que a segurança jurídica é o valor fundante do propósito do direito. Nesse sentido, os participantes de uma comunidade compartilhariam o entendimento de que o poder político dos governos só pode ser usado contra um 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, 2014b, p. 141). Uma proposição jurídica só será verdadeira caso tenha como fundamento de verdade uma decisão política passada convencionalmente aceita entre os praticantes do direito. Via de regra, os juízes devem respeitar o que for estipulado pelas convenções, a não ser que apareçam casos para os quais não exista nenhuma. Então, já que não há convenção prévia, não haveria nenhuma resposta juridicamente correta, cabendo aos juízes lançar mão de sua discricionariedade para buscar uma justificativa não-jurídica para sua decisão e inaugurar um novo direito (DE LA TORRE, 2012).

Com uma concepção cética em relação à formulação pré-interpretativa apresentada, o pragmatismo nega que decisões políticas do passado são fundamentos de verdade suficientes para justificar a atuação do poder político dos governos. O olhar dos juízes deve estar voltado para o futuro, sobretudo, nas melhores consequências que suas decisões trarão para a comunidade como um todo, pois nenhuma disposição passada é valiosa por si mesma para funcionar como fundamento de verdade do direito. Aliado à visão do realismo jurídico segundo a qual o direito nada mais é do que uma previsão a respeito do comportamento judicial[44], para o pragmatismo, os direitos que as pessoas acreditam ter "são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes" (DWORKIN, 2014b, p. 195).

Embora o convencionalismo e o pragmatismo possam parecer atraentes, é o direito como integridade que figura como a melhor interpretação da prática jurídica para Dworkin. Sua proposta não é cética como a pragmática, reconhece o pressuposto pré-interpretativo de que direitos e responsabilidades são estabelecidos por decisões passadas e limitam a atuação política dos governos. Todavia, decisões anteriores devem ser interpretadas à luz do princípio (valor moral) que melhor as justifica. O ideal da integridade é que exercerá melhor esse papel justificador, pois pressupõe que o propósito do direito não é o de apenas oferecer segurança ou previsibilidade, mas de assegurar que o poder político seja exercido com igual

[44] Embora o objetivo de Dworkin não pareça ser o de descrever com detalhes o realismo jurídico, essa caracterização parece deixar de lado aspectos complexos e importantes dessa teoria, cujo entendimento talvez possa ser mais claro a partir de uma reconstrução contextualizada dos seus pensadores. Nesse sentido, o artigo *Interpretação históricas e teóricas do realismo jurídico* de Roberto Cestari e Sergio Nojiri (2015) apresenta uma interessante compreensão do realismo como (i) reação ao formalismo e (ii) influenciado pelo florescimento do pensamento pragmático na academia.

consideração e respeito[45] em relação a todos os membros da comunidade (DE LA TORRE, 2012).

Essa noção de integridade exige que os juízes encarem o direito como um único conjunto coerente de princípios necessários para justificar suas decisões. Para tanto, devem considerar os direitos e as obrigações de cada indivíduo como se fossem escritos por um único autor, o qual busca uma concepção coerente da igual consideração e respeito no âmbito jurídico. Dessa forma, os juízes adeptos dessa proposta consideram que "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade, e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (DWORKIN, 2014b, p.272).

Isso não significa que a melhor decisão, dada em determinado contexto, será cristalizada e valerá como um cânone insuperável, pois a integridade não esvazia a atitude interpretativa dos participantes, pelo contrário, exige sua continuidade, mesmo diante de respostas corretas, como um "romance em cadeia" (*chain novel*).

Voltando à analogia entre direito e literatura, Dworkin (2014b) sugere que os juízes devem se comportar como autores engajados em um romance, no qual cada um será responsável por um capítulo. Dessa forma, cada autor deve escrever um novo capítulo de forma coerente aos anteriores, apresentando um novo passo a partir da interpretação do que já foi escrito.

Além disso, todos se comprometem em escrever o mais unificado e melhor romance possível como resultado desse esforço conjunto. Isso significa que a cada novo capítulo, um dos autores decidirá o significado de continuar o mesmo romance, diferentemente do que inaugurar uma nova história. Por sua vez, a melhor continuação do romance será fruto da interpretação construtiva consistente com as dimensões de ajuste e justificação. Quanto à primeira dimensão, sua interpretação deverá ajustar-se aos capítulos já elaborados, de modo a "[...] fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem

[45] A concepção de igualdade a partir da igual consideração e respeito integra de modo fundamental a teoria da justiça liberal de Dworkin. Em *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (2014a), consideração e respeito são apresentados como dois princípios basilares da dignidade humana, o primeiro está relacionado à importância intrínseca de cada vida humana e o segundo à responsabilidade de cada indivíduo em ter uma vida valorosa. Nesse sentido, o poder coercitivo estatal só é legitimamente exercido quando tem igual consideração pelo destino das pessoas e respeito aos valores buscados por elas para ter uma boa vida (BAKER, 2010).

explicação algum aspecto estrutural do texto" (DWORKIN, 2014b, p. 277). Mesmo que o autor encontre várias possibilidades igualmente ajustáveis aos capítulos anteriores, na dimensão de justificação o intérprete identificará qual delas coloca o romance em sua melhor luz, revelando o propósito (valor) de fundamentação da obra como um todo, isso envolverá os "juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse" (p. 278).

Quando o romance em cadeia é transportado para a prática jurídica, o material jurídico constituído pelos textos legais e precedentes fazem o papel dos capítulos anteriores. Destarte, eles fazem parte de um romance cuja continuidade cabe à melhor interpretação do juiz, ajustada e justificante. Mesmo que o direito se apresente como algo por demais contraditório, sua interpretação deve supor uma resposta correta, pois é "possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável" (DWORKIN, 2014b, p. 319).

2.3 TRÊS CRÍTICAS PERTINENTES

Embora OID se mostre uma obra bastante consistente em relação à tese da resposta correta, Dworkin não escapou a críticas. Para encerrar essa primeira divisão do pensamento do autor, apresentaremos três críticas encontradas em nossa pesquisa bibliográfica que pensamos ser pertinentes, de modo que, caso alguém queira defender a proposta dworkiniana, talvez deva se preocupar em afastar esses contra-argumentos.

O primeiro deles está direcionado ao entendimento a respeito do aguilhão semântico, pois estaria fundado numa confusão da proposta positivista a respeito da aplicação linguística da palavra "direito" e dos fundamentos de verdade das proposições de direito em cada sistema jurídico (HIMMA, 2002). O segundo procura problematizar a hipótese estética interpretativa da resposta correta, em sua busca por apresentar o direito na melhor luz (MARMOR, 2005). A terceira crítica expõe algumas dificuldades em se pensar o método interpretativo da resposta juridicamente correta a partir das dimensões de ajuste e justificação (FINNIS, 1987).

2.3.1 Sobre o aguilhão semântico

Vimos que Dworkin acusa o positivismo de sofrer com a influência do aguilhão semântico e, em razão disso, admitir como direito apenas fatos historicamente identificáveis, adotando uma postura criterial para sustentar que uma proposição jurídica é verdadeira apenas se houver um consenso a respeito dos critérios compartilhados de aplicação do direito. Parte do que provavelmente incomoda os positivistas nesse ponto é que explicações criteriais de conceitos possuem, em parte, um caráter empírico e admitir que o positivismo está comprometido com isso, como Dworkin faz, pode ser problemático (HIMMA, 2002).

Pode-se dizer que uma explicação é criterial quando "(i) dispõe de uma regra que estabelece condições para o uso (correto) de um conceito e (ii) é uma explicação verdadeira em virtude do fato de que é uma afirmação correta das condições para o uso correto do conceito atualmente empregado por aqueles que o usam" (RAZ, 2001, p. 12, tradução nossa) [46].

Dessa forma, esse modelo explicativo tem duas dimensões: uma empírica e outra metafísica. A empírica está vinculada à alegação de que aqueles que usam um conceito compartilham os critérios para seu uso correto. A metafísica diz respeito à afirmação de que os critérios compartilhados são os corretos para o uso adequado do conceito. Logo, ao dizer que o conceito de direito tem uma explicação criterial segundo o positivismo, Dworkin necessariamente estaria afirmando que, para um positivista, do ponto de vista empírico, aqueles que usam a palavra-conceito "direito" compartilham os critérios para seu uso correto. Todavia, há duas razões pelas quais essa não é uma descrição satisfatória do positivismo (HIMMA, 2002).

Em primeiro lugar, os positivistas via de regra concordam com Hart sobre o positivismo jurídico ser um relato descritivo das características distintivas do direito em geral, compreendido como um fenômeno social complexo. Eles entendem que o propósito do positivismo é oferecer um relato conceitual do que distingue sistemas jurídicos de outros sistemas normativos. Portanto, a ideia dworkininana de que o positivismo busca, ainda que parcialmente, fornecer um relato empírico sobre como

[46] No original: "(i) states a rule setting out conditions for the (correct) use of a concept; and 2. is a true explanation by virtue of the fact that it is a correct statement of the conditions for the correct use of the concept actually used by those who use it".

as pessoas usam o conceito de direito, não possuiria conexão lógica com a tarefa conceitual de diferenciar o direito de outras espécies de sistemas.

Em segundo lugar, a implausibilidade da afirmação empírica sobre o conceito de direito não pode ser atribuída a qualquer teoria jurídica mais sofisticada. Com efeito, a disputa conceitual clássica existente entre o positivismo e o jusnaturalismo mostra que não há um único conjunto de critérios compartilhados por todos que lançam mão da palavra-conceito de direito. Um jusnaturalista afirma, por exemplo, que o direito possui constrangimentos morais necessários, mas um positivista nega isso, defende uma relação não necessária entre o direito e a moral.

Se o positivismo caracterizado por Dworkin for considerado verdadeiro, no sentido de que a explicação de um conceito é uma questão de consenso linguísitco sobre os critérios que esgotam suas condições de aplicação, então, nem o próprio positivismo, nem o naturalismo, ou qualquer outra teoria conceitual do direito, seriam explicações corretas do direito. Disputas conceituais como essa mostram, na realidade, que não há um rol único e exaustivo de critérios para a aplicação da palavra-conceito direito capaz de embasar um acordo geral (HIMMA, 2002).

Essas qualidades atribuídas por Dworkin podem soar estranhas a um positivista quando destacamos a seguinte passagem a respeito da insuficiência de sua teoria:

> Se dois advogados estão de fato seguindo regras *diferentes* ao empregar a palavra “direito”, usando critérios factuais diferentes para decidir quando uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa, então cada qual deve ter em mente algo diferente quando afirma o que é o direito (DWORKIN, 2014b, p. 53, destaques do autor).

Nesse ponto, Dworkin conjuga duas afirmações: (i) os fundamentos de direito são esgotados por um critério de validade jurídica compartilhado e (ii) um critério compartilhado de aplicação exaure as condições para a correta aplicação do conceito de direito. Ao que tudo indica, o autor pensa que essas duas afirmações são equivalentes, todavia, elas não são (COLEMAN, 2001). A afirmação, por exemplo, “se dois advogados seguem regras diferentes no uso da palavra “direito”, logo, cada um deve querer dizer algo diferente do outro ao falar o que é o direito” é plausível se o significado ou conceito de direito é constituído por um rol exaustivo de regras para o seu uso. Se o significado da palavra “direito” é esgotado por regras para o uso da

palavra, assim, duas pessoas com diferentes regras para o uso da palavra “direito” poderiam estar atribuindo diferentes significados a ela (HIMMA, 2002).

Entretanto, a afirmação “se dois advogados usam critérios factuais diferentes para decidir quando uma proposição de direito é verdadeira ou falsa, então, cada um deve querer dizer algo diferente do outro quando dizem o que é o direito” é falsa mesmo se os fundamentos de direito são esgotados por um critério de validade compartilhado, pois duas pessoas autorizadas para aplicar o direito e localizadas em dois países com regras de reconhecimento diferentes, ainda assim, podem querer dizer a mesma coisa com a palavra “direito”. Não seria difícil imaginar essas duas pessoas concordando que o positivismo oferece a melhor teoria conceitual do direito, embora sejam participantes de sistemas jurídicos diferentes e reconheçam diferentes conjuntos de critérios de validade para cada um (HIMMA, 2002).

Ademais, não seria um absurdo pensar que operadores de um mesmo sistema jurídico, que compartilhem o mesmo critério de validade (ou fundamento de direito), possam discordar sobre o conceito de direito. Eles podem concordar, por exemplo, que há algo no rol de critérios de validade jurídica constitutivos da regra de reconhecimento que invalide leis em desconformidade com a privacidade reprodutiva dos indivíduos (*reproductive privacy*), entretanto, ainda assim podem divergir sobre as razões para a inclusão disso como critério de validade. Um participante positivista poderia alegar que isso consta no rol de validade em virtude de uma convenção social, mas um jusnaturalista poderia argumentar que este critério existe por que seu conteúdo reflete certos padrões morais. Esses dois operadores podem, dessa forma, concordar sobre a verdade ou falsidade de cada proposição que se apresente como um critério de validade, logo, o acordo conceitual é independente do acordo a respeito das razões acerca dos critérios de validade (HIMMA, 2002).

2.3.2 Sobre a hipótese estética interpretativa

Passamos à segunda crítica. Dworkin acredita que a melhor interpretação é construtiva, seja no direito, na arte ou literatura. Ela se preocupa em atribuir um propósito (valor) a uma prática com o intuito revelá-la sob sua melhor luz. Isso significa que interpretar algo pressupõe que tenhamos um entendimento prévio sobre o objeto de interpretação, do seguinte modo: se vamos interpretar um texto, temos que saber

qual tipo de texto é esse, pois é necessário ter um entendimento a respeito dos valores inerentes a tal espécie textual para oferecer nossa interpretação (MARMOR, 2005).

Caso alguém deseje apresentar a interpretação de um poema na sua melhor luz, por exemplo, essa pessoa fundamentará sua visão com valores que, para ela, tornam sua proposta a melhor e merecedora de leitura. Nesse sentido, se nos deparamos com duas interpretações de um poema e uma delas afirma apresentá-lo em sua melhor luz, como um texto ainda melhor, não haveria sentido em preferirmos a outra, que o retrata numa pior luz. Entretanto, Marmor acredita que Dworkin não oferece justificativas plausíveis para que seja sempre necessária a busca por uma interpretação que revele seu objeto sob a melhor luz.

Com efeito, o modelo dworkiniano pressupõe que não faria sentido uma pessoa se empenhar em sua interpretação caso encare sua proposta como algo mediano, ou apenas mais uma dentre muitas, na verdade, ela deve acreditar que irá apresentar seu objeto em sua melhor luz, caso contrário nem mesmo teríamos motivos para nos atentar ao seu trabalho. Todavia, talvez essa pressuposição precise ser revista, uma vez que as interpretações podem buscar apresentar um objeto sob certas luzes, de forma a revelar elementos do seu significado que mereçam atenção por algum conjunto de razões. Essa crítica pode ser esclarecida a partir de dois pontos: (i) as motivações e os interesses a respeito das interpretações e (ii) as limitadas possibilidades em julgar alguma delas como a melhor (MARMOR, 2005).

Algumas interpretações de obras artísticas podem ter bons motivos para chamar nossa atenção e interesse, mesmo não estando engajadas na apresentação do seu objeto na melhor luz. Uma interpretação psicanalítica de *Hamlet* talvez seja interessante e mereça nossa atenção em razão de jogar luzes a aspectos sutis da obra antes despercebidos, de modo a enriquecer nossa compreensão da trama. Isso é possível mesmo que o intérprete deixe de lado a atitude de interpretar *Hamlet* da melhor forma possível ou de que ela seja necessariamente melhor do que outras visões mais tradicionais. O mesmo pode acontecer em relação a uma adaptação moderna da peça, ou até mesmo numa paródia do seu conteúdo. Portanto, a afirmação de que as únicas interpretações interessantes e merecedoras de nossa atenção são aquelas engajadas em mostrar seu objeto na melhor luz parece não valer para todos os casos.

O outro ponto da crítica de Marmor à hipótese estética da resposta correta baseia-se no fato de Dworkin associar a interpretação de um objeto em sua melhor luz à suposição de que é possível, em todos os casos, considerando todas as coisas (*all things considered*), julgar a respeito do que faz uma obra mais valiosa ou o melhor exemplo possível do gênero ao qual pertence. O problema é que muitas vezes não é possível efetuar um julgamento que leva em consideração todos os aspectos (*all things considered judgment*) relativos ao valor do objeto interpretado. Dessa forma, podemos dizer que algumas interpretações são melhores ou piores que outras, mas é difícil afirmar que alguma é "a melhor".

Isso revela que o argumento dworkiniano ignora a incomensurabilidade de valores: existem comparações avaliativas nas quais não é verdadeiro que a interpretação A seja melhor que B, nem que A é pior do que B ou que A esteja em paridade com B. As interpretações A e B podem ser compostas por dimensões avaliativas diversas e não possuir um denominador comum suficientemente capaz de fornecer uma métrica para um julgamento considerando tudo que existe, cujo intuito é o de estabelecer qual é a melhor. Se tomarmos o exemplo de um romance, pode haver uma série de elementos que podem ser considerados para avaliar sua qualidade. Uma determinada interpretação pode considerar elementos que o apresentam como mais valioso numa certa dimensão, enquanto que uma outra pode ignorar tais aspectos, mas ainda assim mostrá-lo como mais valioso em outra dimensão. Não há como saber, considerando tudo, qual delas é melhor: "pense em ser perguntado sobre qual é o melhor romance que você já leu; você provavelmente ficaria completamente confuso, incapaz de responder. É uma pergunta tola, você diria, e com razão"[47] (MARMOR, 2005, p. 33, tradução nossa).

Se voltarmos nossa atenção para o direito, Dworkin parece fazer dois tipos de distinções: (i) a explicação do direito enquanto prática social é essencialmente interpretativa e necessariamente atrelada a valores e (ii) a interpretação dessa prática com o uso de argumentos, em si mesma, é uma prática normativa de modo que o intérprete deve julgar os valores que ele próprio concorda serem juridicamente inerentes e justificantes, sua avaliação é semelhante à dos participantes de um caso judicial.

[47] No original: "Think of being asked which novel is the best that you have ever read; you would probably remain completely baffled, unable to answer. It is a silly question, you would say, and rightly so".

Marmor acredita que Dworkin está correto quanto à primeira afirmação, de fato, parece ser verdade que as teorias interpretativas estão ligadas à identificação de valores. Mas pensa que é implausível afirmar em seguida que, pelo fato do direito ser uma prática normativa, então sua interpretação será normativo-avaliativa, cujo objetivo é apresentá-lo sob sua melhor luz.

Essa segunda afirmação parece ignorar a diferença entre dois empreendimentos diferentes e independentes. Compreender os valores inerentes a uma prática do ponto de vista teórico, bem como o que demandam dos seus participantes, é diferente e não implica em realizar um julgamento avaliativo a respeito deles. Nesse sentido, uma pessoa pode, certamente, formar uma visão a respeito dos valores que os vegetarianos julgam ser inerentes e justificantes de sua prática, sem ter uma visão de concordância ou discordância a respeito deles ou passe a aderir ao que eles demandam.

A aparente confusão dworkiniana nesse ponto, para Marmor, talvez decorra de sua tese estética relacionada à resposta correta, no sentido de ser necessário interpretar o direito em sua melhor luz, o que é um problema. Mas, mesmo se aceitarmos essa tese, não parece ser plausível sustentar que uma teoria do direito deva, necessariamente, basear-se em julgamentos avaliativos da mesma espécie das quais se espera que juízes e outros participantes tenham.

O motivo disso é que, para os atores da prática jurídica, o direito visa criar razões para ação. Eles o encaram normativamente, como algo para guiar suas condutas, então, faz sentido falar que, do seu ponto de vista, a interpretação envolve o julgamento de valores, quando devem decidir qual entendimento é mais adequado moralmente. Todavia, o melhor ou mais adequado exemplo para um teórico do direito não necessariamente significa o moralmente melhor, o que pode depender dos propósitos que ele acredita serem inerentes a uma teoria sobre a natureza do direito. O moralmente melhor pode servir ao teórico se este pensa que o propósito de uma teoria é a de justificar o direito ou explicar porque as pessoas possuem razões para obedecer à lei, mas essa seria uma questão longe do centro de discussões da teoria analítica do direito, cujo esforço está direcionado ao estudo da natureza do direito, sobre o que ele é, não sobre a obrigação de obedecê-lo (MARMOR, 2005).

2.3.3 Sobre as dimensões de ajuste e justificação

A última crítica que gostaríamos de expor se assemelha à anterior ao também destacar a incomensurabilidade, mas a relaciona às duas dimensões que decorrem do modelo de interpretação construtivo: em determinados casos, uma interpretação pode parecer melhor quanto ao seu ajuste (*fit*) aos materiais já disponíveis, enquanto uma outra concorrente se mostra melhor na dimensão de justificação (*justification*), não sendo possível indicar qual é a melhor afinal (FINNIS, 1987).

A tese da resposta correta de Dworkin, além de incorporar sua teoria do direito como integridade, deve funcionar como um forte argumento de justiça contra a visão de que enquanto há inúmeras formas de fazer a coisa errada, também há várias situações nas quais as opções certas são razoáveis mas incompatíveis entre si, assim, deveríamos buscar uma boa resposta e descartar outras, mas não nos iludir com a melhor.

Finnis acredita ser verdade que escolhas erradas sobre a distribuição de bens sociais ou nas relações entre as pessoas levam a injustiças. Por isso, quando não fazemos escolhas erradas, chegamos à resposta correta do ponto de vista da resolução de um problema prático. Mas isso não implica na relação entre justiça e a busca por “a resposta correta”. As dimensões de ajuste e justificação da interpretação dworkiniana, na realidade, evidenciam que, num contexto realista, é um problema apostar numa única resposta correta diante de caso difícil, onde podemos identificar duas ou mais respostas que aparentemente não violam nenhuma regra vinculante das decisões judiciais ou de outro intérprete aplicador.

Com efeito, um caso é realmente difícil quando as respostas aparentemente certas são diferenciadas por critérios de avaliação como os propostos de ajuste e justificação. Para Finnis, Dworkin tentou solucionar o problema da incomensurabilidade desses critérios em LDS organizando-os de forma prioritária: as interpretações concorrentes devem se ajustar adequadamente à prática, dentre as que satisfazem esse teste, aquela que justifica a prática (apresentando-a em sua melhor luz) é a melhor, embora ela possa se ajustar menos do que uma outra concorrente. Todavia, essa era uma solução vazia, pois não estabelecia um critério claro para especificar quando o ajuste era adequado, por exemplo, para identificar o limiar para além do qual prevaleceria o critério da justificação. Assim, se supostamente

apostamos nesse método para responder à questão “quando o ajuste é adequado?” num caso, as respostas interpretativas candidatas também deveriam ser submetidas aos critérios de ajuste e justificação. Isso poderia resultar numa regressão infinita, um vício que enfraquece a plausibilidade da teoria.

Em OID, a aposta dworkiniana para afastar a incomensurabilidade está na metáfora do “equilíbrio” (*balance*) das virtudes políticas assimiladas por cada interpretação: “[...] mesmo quando uma interpretação sobrevive à exigência preliminar, qualquer inadequação [desajuste] irá voltar-se contra ela, [...] no equilíbrio das virtudes políticas” (DWORKIN, 2014b, p. 306).

O problema com essa solução, para Finnis, é que ainda continuamos sem uma métrica capaz de determinar com clareza os diferentes critérios de ajuste e justificação, pois ter um “equilíbrio” de virtudes pode simplesmente significar ter em mente, de forma consciente, todos os fatores relevantes e escolher (*choose*) uma resposta. Se voltarmos nossa atenção à fenomenologia da escolha, parece ser uma característica desse ato que, uma vez realizada a respeito de algo, os fatores que favorecem essa decisão nos parecem mais relevantes ou melhores, em relação aos que favorecem as opções rejeitadas, de forma que a alternativa escolhida aparenta ser superior ou “a melhor” aos nossos olhos.

Embora tenhamos essa sensação, a verdade é que não fomos guiados pelo método interpretativo da “resposta correta”, mas nossos próprios sentimentos e inclinações determinaram nossa escolha. Além disso, quando uma decisão jurídica é tomada por um colegiado de juízes num tribunal superior, o que faz de sua decisão uma resposta correta não são apenas os pensamentos e atitudes daqueles que a tomaram, mas o próprio sistema jurídico que os autorizou a decidir aquele caso determinado (FINNIS, 1987).

Na realidade, Finnis reconhece que o problema da incomensurabilidade é mais intenso do que retratado, pois não há apenas duas dimensões de ajuste e justificação, mas diversas igualmente difíceis de serem medidas. Todavia, podemos dizer, em resumo, que existem incontáveis maneiras de decidir incorretamente um caso difícil, mas a proposta bidimensional de Dworkin para determinar a resposta correta, dentre variadas aparentemente certas, não parece ser um argumento válido contra o senso comum de alguns juristas que pensam que em alguns casos fáceis existem respostas corretas, enquanto que em outros existe mais do que uma, e a

argumentação racional em si, seja ela jurídica ou moral, não nos oferece os recursos para identificar qual é a melhor. Se correta, a crítica de Finnis parece questionar um aspecto importante da tese da resposta correta, sua funcionalidade para a prática dos juízes.

2.3.4 Sobre as críticas

Nosso intuito com a apresentação das críticas nesse tópico do trabalho foi o de problematizar alguns pontos da teoria de Dworkin referentes ao que chamamos de primeira etapa da tese da resposta correta. Com efeito, vale dizer que as obras analisadas neste capítulo foram importantes de tal forma que repercutiram significativamente no ambiente da teoria do direito, incentivando um frutífero debate de ideias que incitam a produção de textos e seminários até os dias de hoje.

O primeiro contraponto apresentado visou debater a acusação dworkiniana do aguilhão semântico apontada ao positivismo. Esse foi um ponto da teoria de Dworkin que suscitou inúmeros contra-argumentos interessantes que poderiam ser objeto de uma nova dissertação.[48] Acreditamos ser pertinente a crítica elaborada por Himma (2002) em virtude dela revelar um potencial equívoco a respeito da regra de reconhecimento por parte do entendimento de Dworkin. Determinar qual é o significado do termo “direito” pelo seu uso linguístico parece ser algo distinto de conceitualmente estabelecer quais são os fundamentos de direito (ou validade) de um sistema jurídico qualquer com base numa regra de reconhecimento.

Nessa perspectiva, a regra de reconhecimento de dois sistemas jurídicos diferentes pode revelar que os aplicadores do direito utilizam critérios diferentes para decidir quando uma regra é válida, logo, afirmações distintas podem ser feitas a respeito da validade de uma regra em cada sistema. Contudo, isso não necessariamente significa que, do ponto de vista conceitual, se está afirmando que o direito é uma prática diferente em cada comunidade. Isso nos permite concluir que Dworkin elabora uma vinculação questionável entre a suposta posição sustentada pelo positivismo a respeito da aplicação linguística do termo “direito” e os critérios que

[48] Discussões interessantes a respeito do aguilhão semântico também podem ser encontradas em: *Hebert Hart and the semantic sting*, de Timothy Endicott (2001), *Theoretical Disagreement and the Semantic Sting*, de Dale Smith(2010) e *Dworkin's fallacy, or what the philosophy of language can't teach us about the law* de Michael S. Green (2003).

determinam o valor de validade de cada proposição jurídica, aspecto que parece problematizar seu argumento a respeito do aguilhão semântico.

Vimos que Dworkin acredita que a resposta juridicamente correta se baseia num modelo interpretativo da prática jurídica. A segunda crítica exposta visa levantar algumas indagações a respeito do que significa interpretar a partir da hipótese estética dworkiniana. Para Dworkin, a interpretação que vale a pena deve se esforçar em apresentar o direito em sua melhor luz, pois não haveria sentido em aceitarmos como satisfatória qualquer tentativa que encare esse empreendimento de outra forma.

Porém, os argumentos apresentados por Marmor (2005) nos indicam que, mesmo que uma interpretação não vise expor seu objeto em sua melhor luz, ainda assim podemos ter razões para pensar que ela é interessante e que nos ajuda a enriquecer nossa compreensão acerca do objeto sobre o qual se debruça. Ademais, para ser possível dizer que uma interpretação é definitivamente "a melhor" seria necessário que nosso julgamento levasse em consideração a totalidade de aspectos que envolvem o objeto interpretado, porém, muitas vezes uma nova proposta interpretativa pode revelar faces do objeto que antes ninguém tinha dado conta. Por isso, talvez seja melhor ficarmos com uma posição mais modesta, sustentando que algumas interpretações podem ser melhores do que outras, mas não que uma é "a melhor".

Os aspectos apontados por Marmor também mostram que a hipótese estética acaba tratando dois empreendimentos distintos da mesma forma: o projeto teórico-conceitual e os julgamentos interpretativos. Dessa forma, é possível concluir que, quando um indivíduo deseja fazer afirmações sobre os valores que uma prática como o direito privilegia, embora ele possa optar por tomar o ponto de vista das pessoas que participam da prática para entender o que ela demanda, não necessariamente fará afirmações avaliativas engajadas. Em virtude disso, ao afirmar que determinado valor é o que melhor informa determinada prática, do ponto de vista teórico-conceitual, não necessariamente se está defendendo tal valor como o moralmente melhor. São os atores da prática jurídica que, em casos concretos, vão fazer julgamentos avaliativos sobre quais são os valores que pensam ser mais adequados para funcionarem como fundamento de suas ações.

Dois elementos importantes da teoria de Dworkin são questionados na última crítica retratada. Finnis (1987) nos leva a concluir que as dimensões de ajuste (*fit*) e

justificação (*justification*) são potencialmente incomensuráveis e as tentativas de Dworkin em afastar essa acusação recorre a argumentos que não conseguem definir com clareza o sentido que tais dimensões podem ter na prática, ponto que acaba enfraquecendo sua plausibilidade enquanto parte de um modelo de racionalidade jurídica.

Além disso, é interessante notar que Finnis recorre à fenomenologia da escolha para corroborar seu argumento a respeito da implausibilidade prática das dimensões de ajuste e justificação. Essa perspectiva nos parece pertinente em virtude de revelar quais são os processos mentais que, embora não percebamos, envolvem a tomada de uma decisão. Com efeito, algumas obras nacionais visam tratar desse ponto com o apoio da psicologia e neurociência, destacando, por exemplo, alguns dos vieses que podem influenciar a escolha por determinado argumento ou posição. Nesse sentido, vale a pena citar a coletânea de artigos *Direito, psicologia e neurociência*, organizada por Sergio Nojiri (2016), bem como os livros *Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental* organizado por Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares (2014) e *Teoria da argumentação jurídica* de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner (2016), em especial, o capítulo 07 “Descoberta e justificação”.

CAPÍTULO 3 – SEGUNDA ETAPA DA RESPOSTA CORRETA

No capítulo anterior procuramos mostrar que a teoria de Dworkin mantém a existência de uma única resposta correta para casos jurídicos, mesmo diante dos considerados difíceis, quando aparentemente nenhuma regra explícita o regula e identificamos divergências teóricas entre os aplicadores do direito, em especial os juízes[49]. Estes últimos, ao se depararem com tal situação, encaram e devem encarar o direito de modo interpretativo. A resposta correta é construída a partir de um método que envolve o reconhecimento de valores inerentes à prática jurídica, orientados a um propósito (a "intencionalidade" do direito). Nesse sentido, os juízes devem engajar-se numa avaliação moral acerca do valor que melhor fundamenta o direito, apresentando-o em sua melhor luz, de forma a melhor se ajustar e justificar tal prática.

A perspectiva dworkiniana coloca as avaliações morais em papel fundamental na decisão do juiz, de modo que uma resposta juridicamente correta só existe se for possível encontrar, de modo objetivo, uma resposta moralmente correta. O terceiro capítulo da dissertação se inicia abordando os argumentos de Dworkin a respeito da viabilidade de uma resposta correta no domínio moral. Num segundo momento, apresenta-se a visão dworkiniana a respeito da relação entre a teoria positivista supostamente arquimediana e diferentes tipos de conceitos, encerrando com a apresentação de algumas críticas com as quais a pesquisa se deparou.

3.1 RAZÕES PARA ACREDITAR NA OBJETIVIDADE

Os primeiros argumentos de Dworkin acerca da objetividade da moral foram apresentados em forma de crítica a Lorde Devlin no artigo *Lord Devlin and the Enforcement of Morals* (1966). Este pensava que o direito autorizava o Estado a usar o sistema penal para fazer com que questões morais fossem impostas à comunidade.

Tais questões poderiam ser determinadas a partir dos sentimentos profundos de intolerância e indignação do corpo de jurados do júri (composto por "homens-médios") em determinados casos. Embora Dworkin reconheça uma premissa

[49] Sabemos que a definição de casos difíceis (*hard cases*), sobretudo sobre o que realmente os faz difíceis gerou controvérsias (SHAPIRO, 2007; LEITER, 2009; COLEMAN, 1982), todavia, a definição utilizada nos parece ser plausível diante dos argumentos dworkinianos apresentados no capítulo anterior.

igualitária implícita no argumento de Devlin ao sustentar a determinação moral a partir da visão do homem comum, sua crítica afirma que o campo da moralidade é mais complexo do que a identificação dos sentimentos de um corpo de jurados em determinados casos. Por conseguinte, tais sentimentos, por si só, não constituiriam uma métrica plausível nessa dimensão, eles precisariam passar pelo filtro da razão, o qual separa meras emoções de uma genuína posição moral, que só pode ser sustentada produzindo-se razões (GUEST, 2013).

Esse texto inicial de Dworkin apresenta a importância da razão para sua perspectiva acerca da objetividade do ponto de vista moral. No capítulo anterior, a objetividade do direito e da moral aparece ao lado de outras teses, como a dos direitos, da interpretação e da não discricionariedade dos juízes, por exemplo. Nos parece, todavia, que a objetividade da moral passa a ocupar o centro das discussões a partir de *Objectivity and Truth: you'd better believe it* (OT) (1996) e é retomada em *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (ARP) (2014a)[50]. Por isso, a partir de OT, classificamos o pensamento de Dworkin acerca da resposta correta numa segunda fase e nos tópicos seguintes procuramos expor os detalhes de tal posicionamento.

3.1.1 Os diferentes tipos de ceticismo

Em OT e ARP, Dworkin se aproxima do debate travado no campo da metaética[51] com o intuito de questionar visões céticas a respeito dos valores serem objetivos, as quais ameaçariam sua tese da única resposta correta[52]:

> Existe alguma verdade objetiva? Ou devemos finalmente aceitar que, no fundo, no fim das contas, filosoficamente falando, não há verdade "real" ou "objetiva" ou "absoluta" ou "fundacional" ou "de fato" ou "resposta correta" sobre qualquer coisa, que mesmo nossas convicções mais confiantes sobre o que aconteceu no passado ou sobre o que é feito o universo ou sobre quem somos ou sobre o que é

[50] Essa obra foi originalmente publicada em 2011 (*Justice for Hedgehogs*). Nesta dissertação, utilizamos a primeira edição brasileira traduzida e publicada pela WMF Martins Fontes em 2014.

[51] A metaética está comprometida com o entendimento dos pressupostos e dos compromissos do pensamento e prática moral. Trabalha com problematizações acerca do significado de nossos posicionamentos morais, sua justificação, bem como sobre a verdade deles, a partir de questões como: existem "fatos morais"? Nossas posições morais são culturalmente relativas? A moral tem mais a ver com sentimentos ou com a verdade fática? Como padrões morais fornecem razões para o comportamento das pessoas? (SAYRE-MCCORD, 2014).

[52] Em OID, Dworkin já tinha apresentado os dois tipos de ceticismos que desafiam sua teoria: externo e interno. Contudo, nos parece que em OT e ARP seus argumentos estão mais claros e melhor desenvolvidos, desse modo, optamos por apresentá-los a partir desses textos posteriores.

> belo ou sobre quem é perverso são apenas nossas convicções, apenas convenções, apenas ideologia, apenas distintivos de poder, apenas regras dos jogos de linguagem que escolhemos jogar, apenas o produto de nossa disposição irreprimível de nos enganar que descobrimos lá fora em algum mundo externo, objetivo, intemporal, independente da mente, o que nós realmente inventamos por nós mesmos, fora dos instintos, imaginação e cultura? (DWORKIN, 1996, p. 87, tradução nossa).[53]

Num primeiro momento, o autor se preocupa com dois tipos de ceticismos: (i) externo e (ii) interno. O ceticismo externo se alia a um modelo teórico "arquimediano" (*archimedean*)[54] ao pretender questionar a objetividade da moral a partir de um ponto de vista avaliativo distante (externo). Dessa forma, seu argumento de que não é possível afirmar a existência de uma verdade moral não dependeria de qualquer premissa normativa (DWORKIN, 1996).

De outro modo, o ceticismo interno não pretende se sustentar fora do contexto avaliativo. De forma mais limitada ou ampla, nega-se a verdade de alguma afirmação moral a partir da verdade de um grupo normativo distinto de justificativas. Dworkin utiliza como exemplo de ceticismo interno limitado as pessoas céticas em relação à moralidade sexual convencional. Elas dizem que não é verdade que atos sexuais são inerentemente bons ou ruins, certos ou errados, porque, na realidade, apenas o sofrimento é inerentemente ruim. Muitos atos condenados pela moralidade sexual convencional, como os homossexuais, por si mesmos, não promovem ou previnem o sofrimento a nenhum dos participantes, consequentemente, essa moralidade deve ser rejeitada. Um ceticismo interno mais amplo pode estar direcionado à moralidade como um todo. Partindo da premissa de que Deus é o único fundamento plausível para exigências morais, um cético interno amplo pode argumentar que Deus não existe, portanto, não é possível falar em exigências morais verdadeiras.

---

[53] No original: "Is there any objective truth? Or must we finally accept that at bottom, in the end, philosophically speaking, there is no "real" or "objective" or "absolute" or "foundational" or "fact of the matter" or "right answer" truth about anything, that even our most confident convictions about what happened in the past or what the universe is made of or who we are or what is beautiful or who is wicked are just our convictions, just conventions, just ideology, just badges of power, just the rules of the language games we choose to play, just the product of our irrepressible disposition to deceive ourselves that we have discovered out there in some external, objective, timeless, mind-independent world what we have actually invented ourselves, out of instinct, imagination and culture?" (DWORKIN, 1996, p. 87).

[54] Esse termo foi utilizado por Dworkin como uma metáfora ao princípio de alavancas de Arquimedes de Siracusa, o qual teria dito: "Dê-me um ponto de apoio e moverei o mundo". Posições arquimedianas funcionariam como uma alavanca situada fora das práticas humanas a partir da qual seria possível avaliá-las com base em premissas independentes (RIPSTEIN, 2007).

Essas espécies de ceticismo se diferenciam em alguns aspectos. O interno se baseia em julgamentos morais positivos e tem implicações diretas para a ação. Com efeito, quando avaliamos algo, lançamos mão de predicados morais como “moralmente bom”, “justo” ou “moralmente proibido”. Num julgamento moral positivo, atribuímos um predicado moral a uma pessoa, evento ou ato (“matar é moralmente errado”) e, num negativo, negamos tal atribuição. O ceticismo externo é austero (*austere*), no sentido de não se basear em qualquer julgamento moral positivo, e neutro (*neutral*), por não tomar partido em controvérsias morais substantivas, “seu ceticismo está direcionado, eles dizem, não para convicções morais substantivas mas sim para opiniões de segunda ordem sobre essas convicções” (DWORKIN, 1996, p. 92, tradução nossa)[55].

Dessa forma, um cético externo pode concordar com alguém sobre o genocídio ou a escravidão serem moralmente erradas, por exemplo. Todavia, ele negará que essas práticas são realmente erradas ou que a correção ou incorreção delas está “aí fora” (*out there*) na realidade para ser demonstrada. Insistiria que a qualidade “errada” atribuída a um ato ou prática é uma questão subjetiva, que projetamos uma característica moral na realidade de eventos que não são, em si mesmos, certos ou errados independentemente dos nossos sentimentos a respeito deles.

Em ARP, Dworkin introduz duas linhas de diferentes ceticismos externos: (i) do erro e (ii) de *status*. O primeiro afirma que nossos juízos morais são falsos e estaria comprometido com o que o autor chama de “desafio filosófico”: uma proposição moral só é verdadeira se existir alguma coisa no mundo que a faça verdadeira, um estado de coisas que constituam sua verdade, já que não há nada no mundo que faça com que sejam verdadeiras nesse sentido, logo, é um erro dizer que a moral é objetivamente verdadeira (SHAFER-LANDAU, 2010). Na visão dworkiniana, essa espécie de ceticismo defendida sobretudo por John Mackie (1977)[56] faz com que a verdade moral dependa da existência de entidades morais semelhantes a “mórons”: “partículas especiais cuja configuração poderia tornar verdadeiras as alegações de

[55] No original: “Their skepticism is directed, they say, not to substantive moral convictions but rather to second-order opinions about such conviction”.
[56] Mackie é considerado um cético moral e o responsável por cunhar o termo “teoria do erro” (*error theory*) (JOYCE, 2016).

que não se deve torturar bebês ou de que as invasões militares desnecessárias que visam somente à mudança de regime são imorais" (DWOKIN, 2014a, p. 48).

Por sua vez, o ceticismo de *status* utiliza-se da distinção entre afirmações de primeira ordem (*first-order claims*) e de segunda ordem (*second-order claims*). Nossos julgamentos morais mais comuns são afirmações de primeira ordem, as de segunda ordem são afirmações sobre tais julgamentos. Um cético de *status* acredita que as pessoas fazem afirmações de segunda ordem a respeito dos juízos morais serem verdadeiros ou falsos como se estivessem descrevendo algo que está no mundo. Seria um equívoco atribuir tal *status* descritivo a um julgamento moral, pois quando expressamos nossa opinião moral não estamos descrevendo nada que possa ser verdadeiro, mas expressando um sentimento ou um estado mental, por exemplo. Nesse sentido, "os céticos de *status*, [...], ao contrário dos céticos do erro, não dizem que a moral é uma atividade sem base real; dizem que é uma atividade mal compreendida" (DWORKIN, 2014a, p. 49).

Quanto ao ceticismo interno, este não ofereceria uma ameaça verdadeira à tese da resposta correta porque, em última instância, baseia-se em um julgamento moral. Destarte, um cético interno que negue a objetividade de qualquer pressuposto moral estaria condenando sua própria teoria.

3.1.2 Contra o ceticismo externo: a independência metafísica do valor e uma epistemologia moral integrada

O principal objetivo de Dworkin é o de mostrar a confusão da posição arquimediana em relação ao domínio da moral, uma vez que "qualquer argumento de sucesso – na verdade, qualquer inteligível – de que proposições avaliativas não são nem verdadeiras ou falsas deve ser interno ao domínio avaliativo ao invés de arquimediano sobre ele" (DWORKIN, 1996, p. 89, tradução nossa)[57]. Posicionamentos supostamente austeros ou neutros sobre o que a moralidade exige das pessoas ou sobre o que é moralmente verdadeiro, na realidade, inescapavelmente incluiriam premissas avaliativas sobre o que é a moral. Além disso, julgamentos arquimedianos sobre a moral são também razões para agir. Em resumo,

[57] No original: "Any successful – really, any intelligible – argument that evaluative propositions are neither true nor false must be internal to the evaluative domain rather than Archimedean about it".

saber a respeito do que faz um julgamento moral verdadeiro é em si mesmo uma questão moral.

Para analisar a neutralidade e austeridade arquimediana, suponha que um debate moral se instale a respeito do aborto numa situação em que um feto é diagnosticado como portador do “zika vírus”, podendo nascer com malformações neurológicas.[58] Imagine que tenhamos quatro posicionamentos a respeito do tema. Um dos lados pensa que o aborto é proibido por algumas razões morais, um outro pensa que é obrigatório por outras. Uma terceira visão acredita que é permitido, mas não é obrigatório ou proibido. Numa escala de posições, o primeiro está em um dos lados extremos, o segundo no outro e o terceiro no meio dos dois anteriores, mas não é neutro ao debate que estão travando. Alguém que se alie a esta terceira visão acredita que ambas as anteriores estão erradas e isso possuiria implicação direta para a ação que deve ser tomada no caso, portanto, sua justificativa a respeito da permissão do ato deve partir de fundamentos morais. Em quarto lugar, assumindo uma suposta posição arquimediana, está quem pensa que as outras três visões estão erradas, pois julgamentos morais não são nem verdadeiros nem falsos. Para Dworkin, essa visão também não é neutra ou austera, ela parte de fundamentos morais para afirmar que é um equívoco defender ou refutar o aborto, apresentando implicações para o modo de agir no caso concreto assim como a terceira.

Quando uma pessoa diz “o aborto é errado”, para um cético externo de *status*, ela realiza uma afirmação de primeira ordem. Essa mesma pessoa poderia continuar, dizendo que sua primeira proposição é realmente verdadeira, que ela descreve uma verdade moral universal ou um relato das coisas que estão no mundo. O cético de *status* dirá, de um ponto de vista arquimediano, que sua compreensão a respeito da moral é equivocada, pois juízos morais não possuem tal *status* descritivo, e, dessa forma, não são algo capaz de ser objetivamente falso ou verdadeiro. Afirmações de primeira ordem apenas projetariam emoções num mundo no qual a moral não existe. Todavia, para que essa posição se sustente, Dworkin desafia o cético a mostrar como juízos de segunda ordem poderiam ter um *status* diferente e independente de uma posição moral e a pertinência da negação de objetividade aos de primeira.

Dworkin não vê argumentos satisfatórios que demonstrem diferenças significativas entre dizer “o aborto é errado” e “o aborto é real, objetiva, universal e

[58] Exemplo ligeiramente modificado em relação ao oferecido por Dworkin (1996).

absolutamente errado". A segunda proposição não passaria de uma reafirmação, esclarecimento ou qualificação da primeira, pois, nesse caso, "real" e "objetivamente" podem significar que o aborto é errado independentemente do que as outras pessoas pensam sobre o tema, "universal" e "absolutamente" podem significar que o aborto é sempre errado em qualquer lugar do mundo. Se um cético externo pensa que a afirmação "o aborto é universalmente errado" não é nem falsa nem verdadeira, ele inevitavelmente está tomando partido no debate, fazendo um julgamento moral interno sobre o aborto, ele está pressupondo, por exemplo, que em algumas sociedades ou em determinadas situações o aborto é correto. Dworkin pensa não fazer sentido alguém dizer que o aborto é errado e depois afirmar que o que acabou de dizer não é verdadeiro ou falso (GUEST, 2013).

Diante desse argumento, um cético de *status* poderia se defender alegando que afirmações de segunda ordem não são meras reafirmações das de primeira, elas existiriam num nível de discurso filosófico diferente. Dworkin toma Richard Rorty[59] como alguém que segue essa linha. Para explicar seu argumento, o cético pode lançar mão de uma analogia com o modo pelo qual muitas vezes falamos sobre personagens de ficção. No nível de discurso da obra de ficção *Macbeth* de W. Shakespeare, uma pessoa pode declarar que Lady Macbeth se casou ao menos uma vez antes de se casar com Macbeth e afirmar, sem se contradizer, que aquela personagem nunca existiu, que foi uma invenção do autor, pois essa segunda fala está num nível de discurso diferente, o da realidade. Transportando esse exemplo para o campo que nos importa, um cético de *status* sustenta que "[...] jogamos um jogo da moral em que é adequado declarar, por exemplo, que a tortura é sempre objetivamente má; e jogamos também um jogo diferente, o jogo da realidade, em que podemos dizer que o erro não é coisa que exista" (DWORKIN, 2014a, p. 91).

Esse argumento é ainda aplicado a proposições mais gerais por Rorty. Assim como jogamos um jogo de linguagem moral diferente da sua objetividade, usualmente participamos de um jogo de linguagem geológico independente de montanhas realmente existirem, "nesse jogo, as montanhas existem, existiram antes que houvesse seres humanos, existirão depois que os seres humanos tiverem

[59] O livro *Philosophy and the Mirror of Nature* (1979) é considerado como a obra central de Rorty, onde expõe os principais elementos de sua filosofia pragmática (RAMBERG, 2009). Entretanto, o argumento de Dworkin está direcionado ao texto *Does academic freedom have philosophical presuppositions?* (1996).

desaparecido e teriam existido mesmo que os seres humanos jamais tivessem surgido" (DWORKIN, 2014a, p. 92). Se alguém não concorda com isso, não saberia jogar o jogo da geologia. Num jogo filosófico arquimediano diverso, poderíamos questionar se a "Realidade como É em Si Mesma contém ou não contém montanhas" (DWORKIN, 2014a, p. 92). Pragmatistas como Rorty responderiam negativamente a essa questão: as montanhas só existem no jogo da geologia.

Entretanto, a distinção empregada por Rorty deixaria de levar em consideração que, diferentemente da ficção, não conseguimos mostrar como um jogo de linguagem ou nível de discurso variado poderia nos ajudar a dizer que um julgamento moral é verdadeiro sem que nos engajemos no próprio jogo moral. Mesmo adotando a representação da segunda afirmação em letras maiúsculas, Dworkin não pensa existir qualquer contraste de sentido em relação à primeira. Se a frase "as montanhas fazem parte da Realidade como É em Si Mesma" fosse formulada por qualquer pessoa, seu sentido seria o mesmo da afirmação "as montanhas existem". A aposta em jogos de linguagem alternativos não conseguiria mostrar convincentemente de que modo as afirmações formuladas em cada um deles são diferentes das elaboradas em primeiro plano.

Voltando a atenção ao ceticismo externo do erro, o mais forte argumento parece ser o de que a verdade ou objetividade de uma proposição moral é uma tese falsa porque não há nada no mundo que demonstre ou comprove sua veracidade. Com efeito, além desse argumento, Dworkin identifica outros dois defendidos por John Mackie, tratados como menos atraentes: (i) da diversidade ou relatividade (*diversity* ou *relativity*), no qual proposições morais são falsas porque as pessoas são de culturas diferentes e divergem sobre questões morais relevantes, e (ii) da "estranheza" (*queerness*), segundo o qual para a objetividade da moral fazer sentido, juízos morais verdadeiros deveriam trazer, apenas por eles mesmos, a estranha consequência de motivar cabalmente a pessoa que os sustenta a agir como demandam.

O argumento da diversidade tomaria o fato das pessoas discordarem entre si como prova de que uma afirmação moral não pode ser verdadeira. Na visão dworkiniana, todavia, não podemos tomar o fato de uma maioria acreditar que algo é moralmente errado como prova de que tal posicionamento é correto ou verdadeiro. Se não faz sentido raciocinar dessa forma, porque então acreditar que o fato das pessoas discordarem provaria que uma afirmação não pode ser verdadeira? A diversidade

seria apenas um fato antropológico que não exclui a decisão moral sobre o que é verdadeiro e, para tanto, as pessoas buscam justificativas, as melhores razões para defender o posicionamento certo.

Pelo argumento da “estranheza”, “se é verdade que você não deve sonegar imposto de renda, o fato de você aceitar essa verdade teria como consequência atraí-lo infalivelmente, como um ímã, para declarar com precisão sua renda e suas deduções” (DWORKIN, 2014a, p. 72). Essa consequência é estranha porque se olharmos para outros domínios, a verdade de um fato não traz consigo e por si só uma força motivadora: “mesmo aceitando que um copo diante de mim está cheio de veneno, em certas circunstâncias pode acontecer de eu não relutar em tomá-lo (p. 72). Essa perspectiva entenderia equivocadamente a ligação entre a moral e a motivação no raciocínio das pessoas. Tal equívoco estaria em pressupor que apenas juízos morais tomados como verdadeiros são os que motivam a agir conforme seus preceitos. Dworkin pensa que as pessoas motivadas a agirem conforme seus juízos morais acham que tal ligação não vale apenas para os verdadeiros, mas também para os falsos, desse modo, se alguém pensa que determinado ato é errado, vai se sentir obrigado por uma série de razões a não fazê-lo. Isso significaria que “o que leva em si a força motivadora não é a verdade, mas a convicção” (DWORKIN, 2014a, p. 74).

Afinal, o que faz com que tenhamos nossas opiniões sobre o que é moralmente certo ou errado? Com essa espécie de pergunta, Dworkin pretende enfrentar o principal argumento dos céticos do erro em relação à objetividade moral: não há nada no mundo que nos revele a verdade de proposições morais, por isso, todas são falsas.

Se olharmos para o domínio da ciência, poderíamos pensar sensatamente que nossas opiniões sobre o que o mundo é, ou as coisas que o integra, são o reflexo da realidade. Isso significa que a realidade é a causa de nossas posições científicas sobre o mundo. Quando químicos se propõem a estudar uma suposta peça de ouro, por exemplo, suas conclusões são formuladas a partir de um processo causal no qual a realidade dos elementos e ligações químicas que compõe esse metal é de fundamental importância. Nesse sentido, é o fato do ouro objetivamente possuir algumas propriedades que revela determinados resultados em experimentos químicos. Ademais, tais resultados autorizam os químicos a crer que uma peça metálica é ou não verdadeiramente ouro.

Podemos pensar que, no domínio moral, nossos juízos são causalmente verdadeiros desse mesmo modo? A verdade a respeito do aborto deve ser encarada como um “fato moral” capaz de influenciar decisivamente a forma correta de se posicionar nesse tema? É o fato do aborto possuir alguma partícula especial, um determinado “móron”, por exemplo, que resolve o problema da verdade de nossas proposições morais?

Esses questionamentos nos auxiliam a compreender as duas hipóteses levantadas por Dworkin para analisar o argumento do ceticismo do erro. A primeira delas é a hipótese do impacto causal (IC), segundo a qual os fatos morais causam nas pessoas a elaboração dos juízos morais respectivos a cada um deles. A segunda é a hipótese da dependência causal (DC), relacionada com a anterior, pois “a menos que a hipótese do impacto causal seja verdadeira, ninguém pode ter uma razão sólida para pensar que qualquer um de seus juízos seja uma representação precisa da verdade moral” (DWORKIN, 2014a, p. 105).

Nesse cenário, a pergunta sobre o porquê pensamos que o aborto é certo ou errado é ambígua. Num sentido, ela pode questionar acerca das razões que temos para defender nossa posição, assim, ela exige como resposta um argumento moral. Por outro lado, pode significar um questionamento sobre as causas que nos levaram a sustentar nossas posições, exigindo uma explicação causal como resposta. Alguém poderia dizer que determinados traços genéticos, combinados com outros de desenvolvimento e de experiências pessoais, explicariam o fato de alguns indivíduos sustentarem que o aborto é errado e outros o contrário. Entretanto, uma explicação desse tipo deixa de responder o primeiro sentido da indagação. Segundo Dworkin, alguns filósofos chamados de “realistas morais”[60] defendem que certas pessoas possuem uma sensibilidade acurada para a verdade moral, de forma a lhes permitir perceber a realidade do fato moral e, consequentemente, a veracidade de uma

[60] Embora as discussões filosóficas acerca do realismo de diversos pensadores sejam extensas, pode-se dizer que o realista moral aposta na veracidade das proposições morais, cujo objetivo é o de relatar fatos, e são verdadeiras se conseguem corretamente percebê-los. Nesse sentido, a afirmação de que “X” possui a obrigação moral de cumprir suas promessas e a afirmação de que “Y” é um cachorro preto são ambas tentativas semelhantes de constatações fáticas e são classificadas como “verdade” se a realidade é como alegam (SAYRE-MCCOR, 2017).

proposição desse domínio. Isso por si só constituiria a razão/justificativa pela qual essas pessoas, em especial, estariam certas.[61]

Tratando de um caso de ações afirmativas:

> Se os realistas forem capazes de construir nessa mesma linha uma explicação bem-sucedida de por que você crê que a ação afirmativa é injusta – se conseguirem demonstrar que você crê nisso por que a ação afirmativa de fato é errada –, estarão nesse mesmo ato justificando sua convicção e explicando a existência dela (DWORKIN, 2014a, p. 107).

Um dos pontos fracos dessa visão decorreria da insuficiência científica para encontrar pistas sobre como essa interação causal funcionaria: "ignoramos, parece-me, a maior parte do que há para saber sobre o que o universo contém e como nosso cérebro trabalha" (DWORKIN, 2014a, p. 109), ademais, não conseguimos sequer imaginar como um resultado científico experimental poderia validar a verdade da IC.

A verdade de uma proposição causal normalmente é verificada a partir de um questionamento contrafactual, por exemplo, se um indivíduo afirma ter poderes telepáticos e que determinada pessoa tossiu porque ele assim o quis, a verdade a respeito disso pode ser verificada questionando se, mantida todas as outras variáveis, tal pessoa teria tossido mesmo que o indivíduo em foco não o tivesse desejado. Contudo, no domínio moral, a IC não pode ser verificada dessa forma, pois, se alguém pensa que uma ação afirmativa é injusta, por exemplo, não faz sentido imaginar um cenário alternativo, mantendo-se as demais variáveis, no qual a ação afirmativa é justa. Por não conseguirmos demonstrar que uma pessoa pensaria de modo diverso sobre a ação afirmativa se a verdade moral fosse outra, a afirmação de que alguém percebe a realidade de fatos morais não passaria de uma reafirmação de seu juízo inicial, não uma explicação sobre o seu surgimento.

Além desse problema com a capacidade explicativa da IC, Dworkin acredita que ela é inócua, pois mesmo supondo que exista uma "força" causal em relação aos nossos juízos, ainda assim ela não os justifica como verdadeiros ou falsos:

> Formulamos a hipótese de que a força peculiar causa a convicção moral e verificamos essa hipótese desenvolvendo uma vestimenta protetora que isola as pessoas dessa força. Constatamos que muitas pessoas assim protegidas formulam e expressam crenças morais

[61] Dworkin sustenta uma distinção entre "explicação" e "justificação" no domínio valorativo, o primeiro termo é utilizado para estabelecer proposições que relacionam fatos, mas o segundo é, em si, um empreendimento moral, lança mão de proposições avaliativas sobre os valores.

> diferentes daquelas das pessoas não protegidas; mas, quando tiram a vestimenta, mudam de ideia e adotam a opinião geral. Concluímos que a força peculiar causa, sim, a formação de crenças morais nas pessoas. Entretanto, não há nada nessa história que indique, mesmo de modo incipiente, que a força causa nas pessoas a formação de crenças morais *verdadeiras*. Nada indica que a força é, de algum modo, equivalente à verdade moral ou um sinal dela. [...] Como demonstrar que as crenças causadas pela força são verdadeiras? Somente envergando a vestimenta protetora e pensando nós mesmos sobre as questões morais (DWORKIN, 2014a, p. 112-113, destaques do autor).

O ponto que Dworkin pretende deixar claro é que explicações causais sobre o universo ou conclusões acerca do que realmente constitui o mundo como ele é são irrelevantes para a verdade moral. A IC enquanto hipótese não se engana sobre o que existe, ela é uma confusão acerca de quais argumentos são válidos para provar a verdade de um juízo moral, uma vez que apenas nos inserindo na prática moral e lançando mão de argumentos morais é que podemos alcançar a verdade de posicionamentos nesse domínio.

Temos razões para acreditar que a escravidão é errada e que os escravocratas estavam errados em defendê-la e praticá-la, poderíamos utilizar essas razões num debate moral sobre o tema, entretanto, elas não contribuem para uma explicação causal do erro ou acerto de alguém. Com isso, Dworkin está afirmando a tese de que o valor é independente da metafísica, isso significa que a verdade dos juízos morais não se dá em virtude de refletiram algo que está no mundo, mas em razão dos melhores argumentos que se possa apresentar em favor deles, pois este é um empreendimento interpretativo, no qual a objetividade não envolve reivindicações causais a partir do mundo físico externo: “a moral se sustenta, ou não, com base em suas próprias credenciais” (DWORKIN, 2014a, p. 120).

No capítulo anterior, tivemos a oportunidade de ver que, na visão dworkiniana, a interpretação da prática jurídica envolve uma atitude própria de busca pela verdadeira proposição de direito (a resposta juridicamente correta). Já que a moral é um domínio interpretativo, ela também envolve essa atitude. Assim, quando propomos determinada interpretação de um valor, nossas afirmações constituem argumentos a respeito do que consideramos ser o seu propósito, o que ele proporciona e o que deve proporcionar. Em última instância, a interpretação moral alcança a verdade de um valor “quando melhor realiza, para esse objeto, os objetivos adequadamente

atribuídos à prática interpretativa adequadamente identificada como pertinente" (DWORKIN, 2014a, p, 199).

Pela hipótese da dependência causal (DC) só podemos sustentar a veracidade de proposições morais se conseguirmos demonstrar que foram causadas pela verdade de fatos morais. Dworkin também rejeita essa hipótese em razão dela refutar a si própria. Se entendida como uma afirmação epistemológica geral sobre o conhecimento, a DC insiste que um juízo sobre algo não é objetivamente verdadeiro a menos que se demonstre que tal juízo tenha sido causado pelo objeto a que se refere. O problema é que esse pensamento incorre num paradoxo[62], pois caso seja verdadeiro, não teríamos motivo algum para considerá-lo, por si mesmo, como verdade.

Pense na seguinte afirmação "apenas o posicionamento moral que pode ser demonstrado ou comprovado como verdadeiro é capaz de ser verdadeiro ou falso". Conseguiríamos demonstrar a verdade de tal afirmação? Dworkin parece sustentar que pensamentos desse tipo são paradoxais porque partem de uma proposição não demonstrável sobre o que faz algo verdadeiro para, em seguida, dizer que somente proposições que conseguimos demonstrar como verdadeiras é que podem assim ser classificadas (GUEST, 2013).

Com a implicação epistemológica da DC, o ceticismo externo do erro se basearia na possibilidade de um ponto de vista arquimediano (fora da moralidade) pelo qual poderíamos testar a veracidade das proposições morais, tomando emprestado o modelo empírico de confirmação do domínio científico e alçando-o numa posição hierarquicamente superior, "que tenta estabelecer padrões *a priori* para crenças confiáveis, ignorando as diferenças de conteúdo entre diferentes domínios de crença, e não levando em conta a gama de crenças que já consideramos confiáveis" (DWORKIN, 1996, p. 118-119).

No âmbito científico, a DC seria uma hipótese plausível, pois fatos sobre o mundo constituem o entendimento de verdade dos cientistas. Nessa perspectiva, algo só é verdadeiramente um dado sobre algum fato quando sua existência se dá em

[62] O termo "paradoxo" é usualmente utilizado para indicar contradições e limites de um raciocínio. Na filosofia, podemos indicar três tipos distintos: (i) quando um argumento racional contradiz a experiência, (ii) quando uma análise racional conduz a uma contradição e (iii) quando a experiência contradiz argumentos racionais (BAGGINI; FOSL, 2008). Neste ponto, Dworkin parece fazer o uso do tipo (ii) de paradoxo, pois observa que uma análise mais detida da hipótese da dependência causal pode revelar uma contradição dessa linha de pensamento.

razão de tal fato existir. Olhando para a prática jurídica, notamos que o termo “fato” é recorrentemente utilizado em argumentos para estabelecer distinções sobre “questões de fato”, relacionadas a evidências e provas do que aconteceu, e “questões de direito”, ligadas aos argumentos de advogados e juízes para a aplicação de dispositivos legais ou precedentes (GUEST, 2016).

Embora consigamos identificar o uso desse termo na prática jurídica, o emprego do modelo epistemológico científico nos domínios avaliativos, como o direito e a moral, não faz sentido, na visão de Dworkin. As proposições formuladas nesses âmbitos interpretativos não dependem de relações causais com elementos físicos para serem verdadeiras, mas dos melhores argumentos a favor de uma posição, logo, o emprego de verificações fáticas (empíricas) de veracidade nesses campos não seria apropriado.

Para Dworkin, uma das noções que não podemos abrir mão no domínio moral é o chamado “princípio de Hume”, segundo o qual “nenhuma descoberta empírica sobre a realidade do mundo, ou seja, sobre como o mundo *é* [...], pode fundamentar qualquer conclusão sobre como ele *deve* ser, a menos que se acrescente uma nova premissa ou pressuposto sobre como ele deve ser” (DWORKIN, 2014a, p. 28, destaques do autor).

Os céticos tomariam esse princípio para defender que os modelos de conhecimento que temos acesso não nos permitem concluir acerca da verdade dos juízos morais. Todavia, Dworkin apresenta um entendimento diferente a seu respeito para afirmar a autonomia da moral em relação a outros domínios do conhecimento, dotada de seus próprios critérios de investigação e justificação da verdade.

Com efeito, fatos e valores se relacionam num sentido próprio. Juízos sobre esculturas ou pinturas seriam exemplos de que muitas vezes é difícil definir o valor de algo sem nos referirmos a fatos empíricos sobre o que realmente aconteceu ou existe. A verdade de proposições empíricas é parte do processo de formulações de juízos de valor, avaliar uma obra de arte seria uma tarefa complicada se ela não existisse ou não pudéssemos ter algum contato com ela (visual, auditivo e etc.). Contudo, o valor da pintura que estamos avaliando não se confunde com suas propriedades físicas, nesse sentido, nenhum fato é suficientemente capaz de, por si só, estabelecer um valor. Todo argumento que apoie ou refute uma proposição avaliativa sobre a pintura, tem de incluir ou pressupor premissas avaliativas (GUEST, 2016).

Quando pensamos a respeito do que faz algo verdadeiro, notamos que a verdade é apenas a relação entre proposições e o que faz delas verdadeiras em determinada esfera do conhecimento, por isso, pareceria equivocado pressupor um único padrão epistemológico de verdade hierarquicamente superior aplicável a qualquer domínio (GUEST, 2016). Logo, a epistemologia de um determinado campo do conhecimento não pode se colocar num ponto arquimediano superior, ela deve ser suficientemente interna para conseguir justificá-lo, olhada do ponto de vista interno das pessoas que possuem convicções e queiram testá-las, modificá-las ou até mesmo abandoná-las.

Se queremos estabelecer uma epistemologia moral adequada ao seu domínio, um modo de conhecer proposições morais verdadeiras, temos de oferecer uma epistemologia integrada, sendo ela mesma uma teoria moral substantiva. Dworkin sabe sobre as acusações de seu pensamento ser circular, em razão de associar sua concepção epistemológica da moral à própria moral, mas não encara isso como um problema, pois acredita não existir um modo pelo qual nós podemos verificar a verdade de nossos juízos morais sem nos referirmos a outros do mesmo domínio, não é possível demonstrar externamente, como na ciência, a veracidade de nossos argumentos a favor de um posicionamento, nos restaria a esperança de convencer aqueles que discordam:

> Somos sempre culpados de uma espécie de circularidade. Não tenho como verificar a precisão de minhas convicções morais exceto usando outras convicções morais. Minhas razões para pensar que sonegar impostos é errado serão boas se os argumentos em que eu me basear forem bons. Essa imagem da dificuldade é simplista demais: temos a esperança de que o círculo das nossas opiniões tenha um raio um pouco maior que isso. Mas, se estou diante de um indivíduo cujas opiniões morais diferem radicalmente das minhas, não posso ter a esperança de encontrar em meu conjunto de razões e argumentos algo que ele possa aceitar sem ser, a seus próprios olhos irracional. Não posso lhe *demonstrar* que minhas opiniões são verdadeiras, e as dele, falsas. Mas posso ter a esperança de convencê-lo – e a mim mesmo – de algo que, muitas vezes, é mais importante: de que, ao desenvolver minhas opiniões e agir com base nelas, eu agi com responsabilidade (DWORKIN, 2014a, p. 151, destaques do autor).

Essa passagem parece revelar um ponto crucial de toda argumentação de Dworkin a favor de uma epistemologia moral integrada e de importância fundamental para sua tese da resposta correta: a presença de uma responsabilidade moral aliada a nossos juízos.

3.1.3 Responsabilidade moral e integridade

A partir do pressuposto de que não há nada objetivo no mundo que faz com que nossos juízos morais sejam verdadeiros, a posição cética excluiria a responsabilidade moral que envolve a elaboração e a defesa de nossas convicções morais ou jurídicas, tratando-as como mera questão de opinião. O problema é que se alguém acredita que seu posicionamento a respeito do aborto é apenas sua opinião, isso não liberaria tal pessoa da arena da verdade. Muitas pessoas "tinham a opinião" de que a terra era plana, mas tal concepção se mostrou falsa após algumas pesquisas. Se olharmos para o contexto prático, as pessoas estão a todo tempo "emitindo opiniões" verdadeiras ou falsas a respeito de algo, na realidade, a própria frase "em minha opinião", inaugurando ou terminando alguma fala, parece ser utilizada por pessoas que reconhecem que seu o posicionamento pode estar equivocado (GUEST, 2013).

Na visão dworkiniana, a chave para entender nossa responsabilidade moral é a noção de integridade (unidade) dos valores, aliada a uma epistemologia interpretativa:

> [...] a interpretação entrelaça e une os valores entre si. Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente (DWORKIN, 2014a, p. 152-153).

Para exercer a responsabilidade nesse modelo, precisamos lançar mão de princípios, os quais irão justificar nossos posicionamentos sobre um tema. A resistência de tal posicionamento dependerá da nossa capacidade de encontrar coerência de valores e convicções autênticas, com o intuito de transformá-las num "filtro maximamente denso e eficaz" contra posicionamentos contrários: "temos de encontrar convicções fortes o suficiente para desempenhar o papel de filtros quando somos pressionados por motivações concorrentes [...]" (DWORKIN, 2014a, p. 163). A atividade interpretativa é um trabalho contínuo pela coerência e unidade de valores e juízos verdadeiros, expandindo e tornando nosso "filtro" mais robusto.

Dworkin reconhece que a atividade interpretativa das pessoas pode não levá-las à verdade, mas, de todo modo, elas a buscam apresentando as melhores razões para seu posicionamento. Sua visão é a de que juízos morais precisam de razões para

serem verdadeiros. Isso é diferente no campo científico. Nele, os cientistas estão preocupados em esclarecer “como” as coisas funcionam e não “por que” funcionam de determinado modo. Por exemplo, quando um químico explica para alguém o processo de combustão em um carro, como o combustível reage com uma faísca e oxigênio, apresentando uma série de fórmulas que representam as coisas como são, não faria muito sentido alguém perguntar “por que” as reações químicas são do jeito que são, se o fizesse, a provável resposta do químico seria a seguinte: “as reações de combustão são como são e ponto final”.

Entretanto, é difícil imaginar um professor de filosofia moral dizendo algo como “na aula de hoje vamos investigar como o aborto é errado e ponto final”. Alguns alunos certamente imaginariam que o professor estava de mau-humor nesse dia. Esse cenário gera um estranhamento porque valores não são como são e ponto final, precisamos perguntar “por que” a moral exige ou não a prática abortiva, quais as razões que uma pessoa pode ter para defender o aborto como certo ou errado.

Outro ponto de diferença pode ser apontado diante do reconhecimento do caráter argumentativo da moralidade. No domínio da ciência buscamos provas ou indícios de verdade das proposições, mas no domínio moral buscamos argumentos que tornem verdadeiros nossos juízos. O que fornece o fundamento de verdade para a afirmação sobre a existência de água em Marte, por exemplo, é a água de fato existir no planeta. Algumas imagens de satélites podem fornecer evidências de que isso é verdade, mas tais evidências não tornam a afirmação verdadeira, elas se referem a um fato totalmente independente que poderia ser provado por outros meios.

No campo moral, porém, são os argumentos que tornam nossas afirmações verdadeiras. Suponha que alguém pense que o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco, resultando numa enxurrada de lama que inundou o distrito de Bento Rodrigues, em Mariana, no Estado de Minas Gerais, em 2015, seja moralmente condenável. Como um dos argumentos a favor dessa posição, a pessoa acusa a mineradora de negligência por deixar de cumprir com os procedimentos de segurança devidos ao longo do tempo e por deixar de alertar com eficiência os moradores do local. Se ela estiver correta, o argumento da negligência da mineradora não é uma evidência de um “fato moral”, passível de comprovação por outras

maneiras, ele é parte do que torna o rompimento da barragem moralmente condenável.[63]

Um outro exemplo nesse sentido é a prática jurídica. Por ser um domínio avaliativo e interpretativo, as afirmações feitas no direito também dependem dos argumentos para serem verdadeiras:

> Quando o promotor mostra impressões digitais ao júri, ele produz *provas* de que o acusado esteve no local do crime. Quando cita um precedente para demonstrar que o direito não reconhece determinada defesa, ele apresenta um argumento em favor dessa conclusão. O precedente não é prova de um fato jurídico ulterior e independente. Se o argumento do promotor for sólido, o precedente por ele citado ajuda a tornar verdadeira a sua alegação (DWORKIN, 2014a, p. 175-176, destaques do autor).

Do modo como o pensamento dworkiniano aceita o princípio epistemológico de Hume, as afirmações sobre a moral e o direito que estão nos exemplos acima só serão verdadeiras se outros argumentos sobre o entendimento correto da responsabilidade das mineradoras e do uso dos precedentes corroborarem os juízos iniciais. Por sua vez, tais argumentos também não serão independentemente verdadeiros, dependerão de novos argumentos que os respaldem. Esse processo de justificação resultará numa ramificação incontável de juízos que mutuamente se apoiam e indiquem a verdade sobre o que está em questão (GUEST, 2016).

Por maior que seja o fôlego argumentativo de uma pessoa, o processo de justificação dos seus juízos morais terminará em algum momento, então, "[...] no fim, tudo o que a pessoa pode dizer é que "vê" a veracidade da sua proposição" (DWORKIN, 2014a, p. 176). O limite da justificação se coloca se e quando os argumentos encontram-se entre si.

Retomando a metáfora do "filtro de convicções", Dworkin procura mostrar que, na interpretação de valores, uma grande rede sistêmica de princípios interdependentes e interconectados será o resultado do esforço dos indivíduos em organizarem suas convicções morais num filtro denso e eficaz. Ela será de tal forma

---

[63] Utilizamos tal exemplo em virtude da proximidade com a realidade brasileiro, mas vale a pena notar que o exemplo utilizado por Dworkin para esclarecer o mesmo ponto é outro: "Suponhamos que, na nossa opinião, a invasão do Iraque pelos Estados Unidos tenha sido imoral. Como parte do nosso argumento, mencionamos que o governo Bush foi culpado de negligência por confiar em informações falsas. Se estivermos corretos, a negligência do governo não é prova ou indício de um fato moral ulterior e independente que poderia ser provado de outra maneira. É parte daquilo que torna a guerra imoral" (DWORKIN, 2014a, p. 175).

consistente e unitária que, para defender qualquer parte de um ataque, poderíamos invocar as outras conexas, mostrando como justificam-se entre si. Nesse esquema, “a veracidade de qualquer juízo moral verdadeiro consiste na veracidade de um número indefinido de outros juízos morais. Do mesmo modo, a veracidade daquele juízo constitui em parte a veracidade de qualquer um desses outros” (DWORKIN, 2014a, p. 177).

Assim, num processo interpretativo responsável, as razões de um indivíduo para condenar como objetivamente imoral o rompimento da barragem da mineradora Samarco podem envolver princípios sobre a negligência, a função social das empresas, a responsabilidade de seus gestores e mais uma infinidade de outros princípios interconectados que buscam justificar-se entre si de modo unitário, formando uma rede de convicções coerentes. Pode ser que razões contrárias possam de algum modo atacar fortemente essas convicções. Nesse caso, o melhor que tal indivíduo pode fazer é se esforçar para compreender a plausibilidade desse ataque e pensar se ele o faz acreditar em algo diferente, caso contrário:

> Se você não consegue deixar de acreditar em algo com todo o seu coração, o melhor é acreditar – não, é claro, porque o fato de a crença existir seja sinal de que ela é verdadeira, mas porque você não pode considerar nenhum argumento como uma refutação decisiva de uma crença que tal argumento é incapaz de erradicar. A convicção é o princípio e o fim. O esforço pela integridade está no meio (DWORKIN, 2014a, p. 130).

3.1.4 O ceticismo interno: indeterminação e incerteza

Apesar do ceticismo interno não levantar a série de problemas do externo, Dworkin apresenta algumas elucidações a seu respeito que são importantes para sua tese da resposta correta.[64]

[64] Necessário apontar, ainda que brevemente, o fato de Dworkin rejeitar certos tipos de ceticismo interno no domínio valorativo. Ele o faz identificando como padrão ético a responsabilidade das pessoas de viver bem, conectada com uma concepção da dignidade humana, formulada a partir de dois princípios: “O primeiro é um princípio de respeito por si mesmo. Cada pessoa deve levar a sério sua própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem-sucedida, e não uma oportunidade perdida. O segundo é um princípio de autenticidade. Cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida; tem a responsabilidade pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os quais ele mesmo concorde” (DWORKIN, 2014a, p. 311).

Existe um tipo de ceticismo interno que precisamos diferenciar do externo. Alguns céticos externos, de um ponto de vista arquimediano, afirmam que juízos morais não podem, em nenhum caso, ser verdadeiros ou falsos. De outro modo, uma pessoa adotando o ponto de vista interno da moral poderia pensar que alguns posicionamentos morais são verdadeiros e outros são falsos, mas que o problema do aborto não possui uma resposta correta, porque é indeterminado. Nesse sentido, a resposta que ela pensa ser certa e verdadeira ao caso é a de que ele é indeterminado.

A indeterminação é identificada como a tese do "juízo-padrão" nos campos avaliativos, da moral ou do direito. Nas diversas situações em que as pessoas esforçam-se, mas não encontram um argumento convincente capaz de encerrar suas dúvidas em favor de um dos lados de um tema, então, simplesmente em virtude disso, concluem que não há uma resposta correta para a questão.

Alguém pode ter dúvidas acerca do aborto ser certo ou errado. Por vezes, argumentos sólidos em prol da prática envolvendo a liberdade de escolha das mulheres em relação ao seu próprio corpo podem parecer muito sólidos e definitivos, em contrapartida, as razões que envolvem a preservação da vida do feto também podem parecer atraentes. Pela tese do "juízo-padrão", essa pessoa deveria concluir que o aborto não tem uma resposta correta, é indeterminado.

Para Dworkin, esse modo de pensar é muito comum no âmbito do direito, "os professores constroem elaborados argumentos pró e contra determinada alegação jurídica; depois, para o fascínio dos alunos embasbacados, declaram que a questão em disputa não tem resposta correta" (DWORKIN, 2014a, p. 137).

Todavia, o problema com a tese do "juízo-padrão" é que ela chama de indeterminado, um posicionamento que, na verdade, é de incerteza. Esta última é uma afirmação teórica menos ambiciosa que a primeira. Se, mesmo depois de analisar os diversos posicionamentos acerca do aborto, um indivíduo ainda não conseguir se alinhar a um dos lados, o máximo que poderá dizer é que não tem certeza a respeito de quem tem razão no debate ou que não conseguiu sedimentar seu pensamento. Em casos como esse, a falta de persuasão é a razão pela qual o juízo de incerteza se instaura.

Diferentemente, juízos de indeterminação não decorrem da ausência de convencimento. Se "não existir uma resposta correta" é a resposta verdadeira para

determinado caso, então essa alegação deve se basear numa defesa substantiva tão consistente quanto as outras sobre o “certo ou errado”.

Saindo do domínio da moral e do direito, podemos pensar no seguinte exemplo: a jogadora de futebol Marta foi melhor e maior atleta do que a jogadora de basquete Hortência?[65] Suponha que um indivíduo defenda não haver como afirmar que uma jogadora foi melhor que a outra, que não é possível determinar qual delas foi a maior atleta.

Ele precisaria justificar sua defesa com argumentos a favor desse juízo de indeterminação. Poderia dizer, por exemplo, que a realização e o sucesso no esporte dependem das respostas aos seus diversos desafios. Marta e Hortência foram, historicamente, as melhores jogadoras brasileiras de cada modalidade porque apresentaram as melhores performances diante de tais desafios: demonstraram capacidades técnica, física e psicológica ímpares, exerceram funções importantes nos clubes em que atuaram, participaram de forma decisiva em torneios internacionais com as seleções, bem como tiveram papéis importantes na divulgação de esportes cuja atenção midiática está predominantemente voltada para a prática masculina. Entretanto, ele seguiria afirmando, não faz sentido traçar uma comparação entre ambas porque cada uma é o maior destaque de sua respectiva modalidade. Embora consiga avaliar cada uma em sua respectiva atividade, não é possível hierarquizar as atletas que estão no mais alto nível, mas em modalidades distintas, como o futebol e o basquete.

Nosso comentarista esportivo não possui incerteza perante argumentos que dizem que Marta foi melhor que Hortência ou *vice-versa*, ele acredita que esse debate é indeterminado, dentre outros motivos, em razão dessas atletas serem do mais alto nível em modalidades diferentes.

No campo jurídico, afirmações de indeterminação também estão presentes. Dworkin acusa um tipo de positivismo “grosseiro” de se alinhar a uma espécie de ceticismo interno ao apoiar a visão de que casos difíceis não possuem respostas corretas. Para o autor, isso acontece porque essa visão referenda uma teoria

[65] Embora lancemos mão de um exemplo diferente, vale a pena consultar o de Dworkin envolvendo Picasso e Beethoven: “se me perguntasse, [...], se Picasso era mais genial que Beethoven [...]. Eu negaria tanto que um foi maior que o outro quanto que ambos tiveram exatamente o mesmo mérito. Diria que Picasso e Beethoven foram ambos grandes artistas e que não se pode traçar uma comparação exata entre eles” (DWORKIN, 2014a, p. 139).

específica sobre o que é o direito, segundo a qual apenas padrões jurídicos historicamente estipulados por alguma autoridade, seja ela judicial ou legislativa, determinam a solução em casos concretos. Assim, quando surgem situações inéditas, não abarcadas por nenhum desses padrões anteriores, nenhuma das partes pode dizer que está juridicamente certa ou errada.[66]

Nesse sentido, afirmações de indeterminação sobre o direito não podem seguir a tese do "juízo-padrão", ou seja, não podem ser formuladas se estamos incertos sobre qual das partes apresenta a melhor justificação do direito aplicável ao caso, elas devem estar aliadas a uma teoria jurídica específica a respeito dessa prática. Entretanto, alguns juristas continuariam confundindo indeterminação com incerteza: "afirmam ser evidente por si que as questões jurídicas controversas não têm resposta correta [eles] não se aliam nem ao positivismo jurídico nem a outra teoria que ofereça argumentos jurídicos positivos em prol da indeterminação" (DWORKIN, 2014a, p. 143).

3.2 POSITIVISMO DESCRITIVO E OS DIFERENTES CONCEITOS DE DIREITO

Embora os parágrafos anteriores mostrem que Dworkin identifica um projeto cético interno numa espécie de concepção positivista chamada de "grosseira", em *A Justiça de Toga* (2010) (JT)[67], o autor volta sua análise ao debate jurídico e se preocupa em examinar uma face arquimediana do positivismo hartiano[68] que supostamente ameaça sua teoria. Acreditamos ser importante trazer essa discussão, pois ela traz alguns argumentos importantes para a tese da resposta correta.

Para o autor, Hart buscou esclarecer que seu projeto teórico é diferente do dworkiniano porque não está preocupado em afirmar qual é o direito em casos específicos, mas descrevê-lo de modo moralmente desengajado. Essa pretensão exigiria que o filósofo do direito se posicionasse fora do debate jurídico que os advogados e os tribunais vivenciam, para lançar mão de termos gerais e de métodos

[66] Vimos as objeções de Dworkin a esse entendimento com mais detalhes no capítulo anterior.
[67] Essa obra foi originalmente publicada em 2006 (*Justice in Robes*). Nesta dissertação, utilizamos a primeira edição brasileira traduzida e publicada pela WMF Martins Fontes em 2010.
[68] Nossa referência principal é o capítulo 6 de JT "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política"; Nele, Dworkin está preocupado em rebater as críticas do *Pós-escrito* de Hart, texto que se encontra na edição brasileira da obra *O conceito de direito* (2009).

de exploração da prática jurídica diversos dos que os juristas utilizam em seu dia a dia.

O positivismo hartiano compartilharia um ponto crucial com os céticos externos de *status*, diferenciando dois níveis de discurso a respeito do direito. No primeiro deles, juristas inseridos na prática do direito utilizam proposições jurídicas de "primeira-ordem" ao debaterem questões sobre qual é o direito aplicável. No segundo, filósofos do direito realizam análises teóricas de "segunda-ordem" sobre a prática jurídica, para evidenciar como o direito é, sem se comprometer com como ele deveria ser.

De um ponto de vista arquimediano, seria diferente, por um lado, afirmar "X tem um direito" e, de outro, explicar o que é preciso para que uma afirmação sobre a prática do direito seja verdadeira, por exemplo, "X tem um direito se legisladores aprovaram um texto legal nesse sentido". A primeira afirmação é valorativa e engajada, enquanto que a segunda é conceitualmente descritiva sobre as condições de verdade da prática jurídica (PATTERSON, 2006).

Com o intuito de expor as supostas deficiências do arquimedianismo positivista, Dworkin imagina o caso da Sra. Sorenson.

> [Ela] sofria de artrite reumatoide e, durante muitos anos, tomou um medicamento genérico – Inventum – para aliviar seu sofrimento. Ao longo desse período, o Inventum foi fabricado e comercializado com diferentes nomes comerciais por onze laboratórios farmacêuticos diferentes. Na verdade, o medicamento apresentava efeitos colaterais graves e não divulgados, dos quais os fabricantes deveriam ter tido conhecimento, e a sra. Sorenson passou a ter problemas cardiácos pertinentes. Ela não conseguiu provar quais comprimidos de qual fabricante havia tomado, nem quando, e é evidente que também não conseguiu provar quais comprimidos de que fabricante tinham, de fato, causado seu problema. Ela processou de uma só vez todos os laboratórios que haviam fabricado o Inventum, e seus advogados argumentaram que todos eram responsáveis perante ela de acordo com sua participação no mercado do medicamento durante os anos de tratamento da Sra. Sorenson. Os laboratórios farmacêuticos contestaram que a petição da demandante era totalmente inédita e contradizia a antiga premissa da responsabilidade civil de que ninguém é responsável por danos que não se consiga provar que tenha causado. Para eles, uma vez que a sra. Sorenson não tinha como comprovar que nenhum demandado em particular a havia prejudicado, ou mesmo fabricado o Inventum por ela tomado, não era possível exigir que ela fosse indenizada por nenhum deles (DWORKIN, 2010, p. 203-204).

Na visão dworkiniana, a solução correta para o caso exigiria dos juízes um esforço para identificar os princípios de valor que melhor justificam o direito acerca da responsabilidade dos laboratórios farmacêuticos. Nesse sentido, o argumento jurídico é uma espécie de argumento moral. Eles poderiam argumentar que o princípio de que ninguém pode ser responsabilizado por danos cuja causa não possa ser provada está tão enraizada na prática jurídica que o pedido da Sra. Sorenson deveria ser negado, de outro modo, poderiam acreditar que a melhor justificação do direito estaria no princípio de que aqueles que lucram com um produto devem arcar com suas consequências danosas.

Hart enfrentaria o caso da Sra. Sorenson de outra maneira. Para Dworkin, o positivista negaria a característica moral da argumentação jurídica com sua “tese das fontes”, segundo a qual o direito só pode ser identificado, sem se recorrer à moral, por referência às suas fontes sociais, como a legislação e os precedentes, por exemplo, embora algumas dessas fontes possa incorporar critérios morais para determiná-lo. Como nenhum ato do Poder Legislativo ou alguma decisão judicial pretérita esclarece o direito aplicável em favor da Sra. Sorenson ou inclui critérios morais, pela teoria hartiana, seu pedido seria negado.

As diferentes respostas a esse caso revelariam, na visão dworkiniana, que o projeto de Hart não é diferente do seu. Mesmo que alguns questionamentos possam ser levantados acerca de qual deve ser o propósito de uma teoria do direito, se ela deve se limitar a ser descritiva ou deve adentrar ao debate normativo, “ambos acreditamos que entenderemos melhor a prática e os fenômenos jurídicos se nos propusermos a estudar – não o direito em alguma de suas manifestações específicas [...], mas o próprio conceito de direito” (DWORKIN, 2006, p. 206).

Colocando o conceito de direito no centro de debates, nos parece que a preocupação de Dworkin está em mostrar os equívocos de uma abordagem conceitual descritiva arquimediana (neutra ou externa) em relação às controvérsias da prática jurídica, por conta de não levar em consideração os diferentes sentidos que a descrição pode ter diante de tipos conceituais diferentes (PRIEL, 2008).

A primeira associação de sentido descritivo e exame conceitual destacada é a que se dá entre análise semântica e conceitos criteriais. Esse projeto estaria focado em descrever o uso linguístico do “direito” e os critérios compartilhados entre as pessoas para empregá-lo corretamente. Nesse sentido, uma pessoa compreende o

significado verdadeiro do direito se ela aceita e compartilha tais critérios de identificação com os outros participantes da prática jurídica.

Entendimentos como esse fazem sentido em determinadas situações, por exemplo, quando alguém aponta para uma mesa e diz “isso é um sofá”. O erro dessa pessoa não seria apenas um uso ruim do português, mas um engano a respeito do que é uma “mesa”, pois o que fixa o conteúdo do conceito desse objeto são critérios diferentes dos utilizados para identificar um “sofá”. Em última instância, o significado do que é uma “mesa” é fixado pela crença de uma comunidade a respeito do que é uma “mesa”. Um indivíduo pode estar errado ao identificar esse objeto, mas não a comunidade como um todo (PRIEL, 2008).

No capítulo anterior, vimos que, em OID, Dworkin acusa Hart de estar comprometido com um empreendimento criterial do direito. Em JT, mesmo sabendo das críticas dirigidas a essa caracterização do projeto hartiano, elas não o convenceram a mudar de entendimento:

> A tese das fontes é uma afirmação semântica que pretende fazer aflorar critérios linguísticos que os juristas de toda parte, ou pelo menos a maioria deles, realmente adotam quando fazem e julgam alegações de direito? [...] A mim, contudo, parece plausível que ele [Hart] pretendeu fazer uma afirmação filosófica mais ambiciosa, elucidando critérios de aplicação que juristas e congêneres poderiam identificar, depois que ele os tivesse apontado, como as regras que eles de fato seguem quando se pronunciam sobre o que o direito exige ou permite. Em meu livro *O império do direito*, proponho que seja esta a maneira de entender o que ele quis dizer; [...] Em seu Pós-escrito, Hart nega veementemente que tenha tido a intenção de dizer qualquer coisa desse tipo; diz que não entendi quase nada de seu projeto. O ataque me atingiu mas não me dobrou: ainda acho que minha apreciação das intenções de Hart em *O conceito de direito* continua sendo a melhor dentre as disponíveis (DWORKIN, 2010, p. 234-235, destaques do autor).

O autor procura esclarecer que um dos equívocos do positivismo jurídico é o de acreditar que o conceito de direito é meramente criterial e que um projeto de análise semântica seria capaz de descrever toda a complexidade da prática jurídica de um ponto de vista desengajado, sem influenciar julgamentos como o do caso da Sra. Sorenson. Vale ressaltar, mais uma vez que, para Dworkin, o conceito de direito é de outra natureza, é interpretativo e, por isso, envolve a atribuição de valor à prática a que se refere.

Diferentemente do exemplo do conceito de “mesa”, o direito não é estabelecido por uma convenção acerca de critérios de uso, seu conteúdo está sempre em discussão e aberto às justificações que o mostrem em sua “melhor luz”. Isso significa que a resposta correta sobre o que é o direito não é necessariamente determinada pelo uso que as pessoas fazem desse conceito (PRIEL, 2008).

O suposto desengajamento da teoria positivista, na verdade, tomaria partido nas discussões práticas do dia a dia jurídico porque favorece aqueles que pensam que o critério correto para dizer qual é o direito das partes em uma demanda é o das fontes de direito, como textos legais e precedentes, privilegiando valores como a eficiência, previsibilidade e segurança jurídica. Entretanto, vimos que o valor que melhor realiza o propósito do direito, para Dworkin, não é nenhum desses, mas sim a integridade, aliada a uma concepção de igual consideração e respeito.

Uma outra espécie de conceito que poderia levar a um sentido específico para o projeto descritivo do direito é a natural. Nesse caso, a descrição almeja descobrir alguma “essência” do direito, de modo semelhante à investigação científica em relação à natureza biológica de animais, por exemplo, revelando algum “fato” sobre seu objeto de estudo.

Os zoólogos podem identificar uma estrutura que diferencia um animal de qualquer outro e sana qualquer dúvida acerca do que faz algo ser realmente de uma determinada espécie: o DNA. Porém, pessoas que não conhecem a composição do DNA de um tigre, utilizam o termo “tigre” quando veem um animal cujas características correspondem aos critérios de uso linguístico recorrente: grande porte, pelos, manchas, garras, prezas e etc. Todavia, diante de uma sala repleta de animais semelhantes, ainda que as pessoas reconheçam em todos a qualidade de serem tigres, os zoólogos poderiam dizer que muitas delas estão erradas, porque alguns dos animais possuiriam a estrutura de DNA diversa dos verdadeiros tigres. Dessa forma, o significado correto da palavra “tigre” não se dá em função do uso desse termo pelas pessoas, mas do que ela se refere: seu DNA.

No domínio da ciência natural, testes de verificação próprios são admitidos para averiguar a correção de proposições descritivas acerca do que objetivamente são seus objetos, diferentemente do que ocorre com conceitos criteriais: “a ciência pode afirmar que descobriu uma verdadeira essência [das espécies naturais], na

forma de sua organização molecular ou biológica, que não faria sentido algum no caso [de conceitos criteirais]" (DWORKIN, 2010, p.17).

Poderíamos pensar que um projeto descritivo do conceito de direito é igual aos moldes da investigação de conceitos naturais? Dworkin acredita que isso não faz sentido, porque o direito não está atrelado a nenhum "fato" físico ou biológico, como um DNA, capaz de ser verificado por algum teste da ciência natural.

Imagine, como o autor recomenda, que um grupo de estudiosos elabore uma longa lista dos diferentes tipos de sistemas jurídicos ao longo dos séculos que comportariam exemplos do que conhecemos como casamento, com o intuito de descobrir sua "essência". Em todos os casos descritos por tal lista, ocorre uma cerimônia de união entre pessoas de sexos opostos, mas não há notícia alguma sobre a união entre pessoas do mesmo sexo. Os estudiosos poderiam se deparar com a inédita questão de saber se homossexuais podem se unir em matrimônio e formalizarem uma cerimônia de casamento com todas as suas consequências jurídicas. Dworkin acredita que é um absurdo imaginar que essa questão pode ser respondida examinando somente a lista descritiva dos fatos acerca do casamento ao longo dos tempos, por mais longa que fosse, pois, as indagações jurídicas sobre o casamento homossexual não envolvem uma simples análise fática pretérita, nos moldes de conceitos naturais, mas o reconhecimento de um outro tipo de conceito: o interpretativo.

Na seção anterior deste capítulo, apresentamos com mais detalhes a crítica de Dworkin àqueles que pensam que conceitos interpretativos como a moral e o direito seriam causados por fatos externos ou cuja verdade seja capaz de verificação por métodos próprios do domínio científico. Vale recordar que a verdade de conceitos interpretativos, na visão dworkiniana, envolve a identificação de uma intencionalidade valorativa e a exposição de uma justificação coerente e unitária de valores que sustentam uns aos outros constituindo uma grande rede sistêmica.

Em JT, para explicar como um argumento de valor pode, ao mesmo tempo, ser normativo e descritivo, Dworkin afirma algumas semelhanças entre conceitos naturais e interpretativos. A primeira delas estaria no fato de ambos serem reais. A existência e a natureza das espécies naturais e dos valores não dependem da crença de nenhuma pessoa a seu respeito para existirem. Além disso, em segundo lugar,

ambos possuem uma estrutura profunda que revela suas características, independentemente de termos consciência delas ou não.

Parece ser possível dizer que uma substância natural como a água existe em nosso planeta independentemente de alguém pensar o contrário, bem como falar que ela é determinada em virtude de possuir uma estrutura profunda molecular, capaz de diferenciá-la de outros elementos, independentemente de alguém conscientemente conhecer a estrutura H_2O.

Como conceito interpretativo, o direito seria semelhante à água porque é real no sentido de existir independentemente da crença dos indivíduos a seu respeito. Dworkin parece querer esclarecer que a resposta correta no caso da Sra. Sorenson, por exemplo, existe independentemente das pessoas concordarem a seu respeito ou pensarem de forma contrária, assim como a melhor descrição da natureza do direito não depende de outras pessoas convencerem-se de que ela realmente o seja.

Isso nos leva à afirmação sobre a estrutura profunda dos conceitos interpretativos. Teria o direito alguma estrutura molecular como a água que ainda não foi descoberta? A afirmação dworkiniana não parece estar ligada à ideia de uma correspondência física que determine o que o direito é, mas uma estrutura normativa, pois, se a Sra. Sorenson tem o direito de ser indenizada, a justificação a seu favor deve estar ligada a alguma propriedade valorativa estrutural e mais geral do direito.

Nesse sentido, assim como um cientista pode buscar a estrutura molecular essencial da água, um filósofo do direito pode pretender revelar a essência da natureza do seu objeto ao apresentar seu valor mais intrínseco. Tal estrutura normativa do direito é que determina seu verdadeiro sentido e sua descoberta fundamenta a resposta correta das nossas afirmações jurídicas. O que justificaria a designação desses trabalhos como conceituais é a intenção de cada um deles em descobrir uma essência.

Interessante notar que Dworkin acredita que a diferença entre o empreendimento científico que busca descobrir a fórmula da água e o que busca averiguar sua temperatura de congelamento, ou, entre o que busca a estrutura normativa profunda direito e o que se propõe a decidir a respeito do caso da Sra. Sorenson, é apenas de grau. Por isso, afastando qualquer tipo de arquimedianismo, “não podemos alegar, de maneira sensata, que a análise filosófica de um valor é

conceitual, neutra e desengajada. Mas podemos alegar sensatamente que ela é normativa, engajada e conceitual" (DWORKIN, 2010, p. 220).

3.3 TRÊS CRÍTICAS PERTINENTES II

Assim como em relação aos argumentos do capítulo anterior, nossa pesquisa se deparou com algumas críticas ao que chamamos de segunda fase do pensamento de Dworkin, iniciada com o artigo OT. Acreditamos ser importante apresentar três das que nos pareceram pertinentes a ponto de merecerem ser debatidas por quem desejar defender o pensamento dworkiniano.

A primeira dessas críticas tem como alvo o último argumento da seção anterior: a analogia de conceitos interpretativos com os de espécies naturais, em virtude de ambos possuírem uma estrutura profunda. A crítica se organiza a partir de três pontos: (i) problematiza a relação da estrutura profunda dos conceitos naturais com o significado de termos como "água", (ii) levanta dúvidas sobre a viabilidade de recursos metodológicos que nos possibilitem investigar de forma definitiva a essência do direito ou da moral, (iii) examina uma possível mudança no pensamento de Dworkin que pode prejudicar sua noção do melhor ajuste (*fit*) como parte integrante do processo em busca da resposta correta (PATTERSON, 2006). As duas críticas restantes estão relacionadas aos argumentos de Dworkin contra o ceticismo externo de *status* e do erro.

3.3.1 Sobre a analogia entre conceitos interpretativos e espécies naturais

Para problematizar a relação de significado entre estruturas profundas e os termos naturais, a primeira crítica recorre ao exemplo imaginário da "Terra gêmea" (*Twin Earth*) de Hilary Putnam (1975). Suponha que, num planeta Terra gêmeo ao nosso, todas as coisas são idênticas, exceto a substância que lá é chamada de "água". Ela possui as mesmas propriedades e desempenha os mesmos papeis da água que conhecemos, a única diferença é que a água da Terra gêmea possui uma composição de XYZ e não H_2O. Logo, se estruturas profundas determinam o sentido de conceitos naturais, quando descobrimos a XYZ, teremos que concluir que essa substância não é água, pois água é H_2O.

Porém, não seria melhor dizer que XYZ é apenas um outro tipo de água? No nosso planeta, o óxido de deutério é uma substância que se difere de H_2O por possuir deutério em sua fórmula (D_2O), átomos de hidrogênio mais “pesados”. Todavia, na linguagem comum, nos referimos a essa substância como “água pesada” ou “água deuterada”. Além disso, quando pedimos um copo de água e nos é servido o líquido que sai dos encanamentos da cozinha, uma análise química detalhada mostrará que essa substância não é apenas H_2O, ela possui uma série de elementos diferentes em sua composição (PATTERSON, 2006).

O ponto é que conceitos distinguidos pela ciência muitas vezes são aplicados nesse domínio diferentemente do modo como nos referimos a eles na linguagem cotidiana e *vice-versa*. “Árvore” (*tree*), por exemplo, é um termo amplamente utilizado pelas pessoas mas que não encontra lugar na classificação taxonômica. Por isso, ao ignorar a diferença entre o discurso científico e o ordinário, Dworkin possivelmente teria um problema em seu argumento ao afirmar que o sentido correto dos termos naturais como “tigre” ou “água” é determinado em função de suas estruturas profundas.

Se aceitarmos como verdade a existência de estruturas profundas em conceitos como o direito e a moral, na segunda parte de sua crítica, Patterson (2006) indica haver pouca esperança de conseguirmos identificar tais estruturas de algum modo comparável ao da ciência natural, pois esta possui uma gama de métodos consensualmente aceita para resolver suas divergências, o que não acontece no domínio do valor.

Quando dois cientistas discordam sobre a verdade de uma proposição acerca da natureza de um objeto, possuem à sua disposição uma série de métodos consensualmente aceitos como capazes de declarar quem está definitivamente correto. Mas quando dois filósofos da moral divergem acerca do quanto determinada prática é justa ou moralmente condenável, não parece existir método consensualmente aceito para resolver essa divergência.

Na visão de Dworkin, assim como conceitos naturais possuem uma estrutura profunda que revela sua verdade, os de valor também a tem, mas ela não é física, e sim normativa. Mas, como essa estrutura normativa pode ser descoberta? A resposta dworkiniana é a de sugerir ao filósofo que se engaje num projeto interpretativo e

construa uma rede coerente de convicções que mutuamente se justificam e apresente seu objeto em sua melhor luz.

Todavia, a ideia de que a verdade do valor está em sua estrutura e que o método interpretativo é o qualificado a descobri-lo não parece ser aceita sem problemas no campo da metaética, onde disputas complexas são travadas sobre a questão do que significa dizer que uma proposição de valor é “verdadeira” ou a respeito da possibilidade de conhecermos tal verdade. Em última instância, Dworkin parece entrar num debate que ele mesmo nega importância.

Uma das características que procuramos destacar no que chamamos de primeira fase do pensamento de Dworkin é o elemento construtivista da sua ideia de interpretação, na qual os juízes estão comprometidos com uma única resposta correta para os casos jurídicos, articulando os princípios que melhor justifiquem sua decisão a partir da história institucional da comunidade. Nesse sentido, a atividade judicial se assemelharia a uma espécie de “romance em cadeia”.

Na segunda fase de seu pensamento, Dworkin afirma que a objetividade do valor, incluindo o direito, independe de fatos externos e que sua existência não depende da crença das pessoas a seu respeito. Logo, assim como um cientista deve tentar descobrir a essência das espécies naturais, o filósofo do direito ou o juiz deveria buscar sua estrutura normativa profunda. Entretanto, isso parece ir de encontro ao método construtivista elaborado na primeira fase do seu pensamento, pois o químico não “constrói” o “melhor” DNA do tigre, ele simplesmente o descobre. Se determinar o que o direito é envolve uma descoberta, o juiz não iria apresentar o que pensa ser a melhor interpretação construtiva da prática jurídica, ele revelaria uma essência que existe e estava à espera de ser conhecida (PATTERSON, 2006).

Esse contraponto parece trazer algumas implicações para a dimensão de ajuste (*fit*) de uma das etapas da interpretação. Quando pensamos na analogia com o “romance em cadeia”, a decisão do juiz deve se ajustar ao que foi anteriormente estabelecido pelos seus colegas, assim como um romancista que, ao escrever um novo capítulo de um livro em conjunto com outros escritores, deve manter uma linha de sentido com a história já contada. Para Patterson, a analogia entre o direito e as espécies naturais levaria ao abandono do requisito de ajuste da interpretação, pois, se a obrigação do juiz ou do teórico é descobrir a verdadeira estrutura do direito, porque sua decisão ou teoria deveria estar alinhada com o passado da prática

jurídica? “Quando biólogos marinhos descobrem que baleias são mamíferos e não peixes, não exigimos que sua descoberta “ajuste-se” à prática passada” (PATTERSON, 2006, p. 556, tradução nossa)[69].

3.3.2 Sobre o ceticismo externo de status

Um dos principais argumentos de Dworkin contra o ceticismo externo de *status* é o de negar a possibilidade de afirmações de segunda ordem sobre a verdade de proposições morais, pois elas pretendem se colocar fora do debate moral, num ponto supostamente neutro para discutir tal questão. Na realidade, qualquer afirmação sobre a verdade de um julgamento desse tipo seria, em si mesma, interna ao debate moral. É impossível dizer que um juízo moral é verdadeiro ou falso sem se engajar num debate moral, assim, o projeto da metaética não pode ser diferenciado de um engajamento ético.

Embora esse argumento pareça atraente, Russ Shafer-Landau (2010) pensa que ele não teria a força necessária para afastar a plausibilidade de afirmações de segunda ordem no domínio moral ou rejeitar a importância da metaética. Para esclarecer esse ponto, são elaboradas algumas distinções importantes entre diferentes níveis de profundidade de perguntas acerca da verdade da moral.

Se alguém questiona o que faz com que a tortura seja moralmente condenável, num primeiro nível de profundidade, essa pergunta quer saber quais características do ato de torturar faz com que ele seja errado, por exemplo, o fato de ser física e psicologicamente doloroso, cruel e gerar informações pouco confiáveis.

Num segundo nível, mais profundo, seria possível questionar se há alguma teoria moral que apresente as razões pelas quais tais características fazem com que a tortura seja moralmente condenável. Então, alguém poderia invocar uma teoria utilitarista, liberal ou comunitarista para apresentar uma resposta. Nesses dois primeiros níveis, o debate lança mão de afirmações moralmente comprometidas.

Todavia, no terceiro nível de profundidade, poderíamos passar a perguntar o seguinte: alguns atos podem ser considerados aceitáveis ou condenáveis só porque alguma teoria moral endossa uma dessas posições? Uma teoria moral está certa em

[69] No original: “When marine biologists discover that whales are mammals and not fish, we do not require them to make their discovery “fit” past practice”.

virtude de refletir algum ideal? Ela é correta porque se organiza numa rede interdependente e coerente de crenças? Ou porque sua verdade pode ser demonstrada por fatos ou propriedades que estão no mundo? Ela é verdadeira porque suas implicações decorrem de uma análise racional? Porque revela uma espécie de engajamento prático dos que aceitam moldar suas condutas diante de alguns preceitos?

Esse nível de profundidade expõe questões discutidas a longo tempo pela metaética sobre o *status* de afirmações morais e das teorias que integram esse domínio. Shafer-Landau (2010) entende que as respostas exigidas por essas perguntas são tomadas de uma perspectiva diferente das oferecidas nos níveis anteriores, pois não demandam nenhuma afirmação de primeira ordem, ou seja, nenhum comprometimento com alguma posição moral.

A estratégia predominante de Dworkin em seus trabalhos é a de examinar a verdade de proposições morais específicas, como “o aborto é errado”. Com efeito, quando alguém deseja expressar sua simpatia por um posicionamento moral e oferecer as razões pelas quais pensa que determinado ato ou prática é verdadeiramente condenável, não há como deixar de realizar afirmações substantivas de primeira ordem, engajar-se moralmente. Todavia, se alguém quer levantar um questionamento metaético sobre toda a classe de afirmações morais, os argumentos dworkinianos não parecem deixar claro porque isso não seria possível ou porque essa questão exigiria respostas de primeira ordem.

Uma série de questões de segunda ordem trabalhadas pela metaética são indicadas por Shafer-Landau, as quais estão direcionadas às proposições morais como um todo, que aparentemente não exigem respostas moralmente comprometidas, nem são dúvidas de primeira ordem disfarçadas:

> (A) Posições morais são eternamente verdadeiras?
>
> (B) Julgamentos morais são intrinsecamente e necessariamente motivações?
>
> (C) Exigências morais implicam razões categóricas para ação?
>
> (D) Qual é a natureza de uma propriedade moral?
>
> (E) Qual é o status modal da relação de superveniência que se obtém entre características morais e não morais?

> (F) Porque pensar que o fato de uma crença emergir de um equilíbrio epistemológico é alguma evidência de sua verdade?
>
> (G) Leis da física são verdadeiras generalizações da natureza e do funcionamento de objetos e forças físicas. Leis morais não são assim. O que, então, torna todas as verdadeiras leis morais verdadeiras? (SHAFER-LANDAU, 2010, p. 482, tradução nossa).[70]

Na visão de Arthur Maia Ferreira Neto, Dworkin se equivoca a respeito dos propósitos da metaética e parece ser incoerente ao negar sua relevância filosófica:

> [...] é tão evidente a falha na compreensão de Dworkin acerca do que, efetivamente, representa o propósito da metaética que, no mesmo capítulo em que ele rechaça a legitimidade dessa disciplina prática como um todo, avança ele teses tipicamente metaéticas como, por exemplo, a de que seria evidente a existência de verdades morais [...] (FERREIRA NETO, 2015, p. 277)

Nessa perspectiva, apesar de Dworkin negar o debate metaético, boa parte de seu pensamento está direcionado a defender uma concepção específica de pressupostos tipicamente metaéticos, por exemplo, quando discute a rejeição da metafísica no domínio da moral ou defende uma epistemologia integrada a uma concepção de responsabilidade. Logo, "de nada adianta a Dworkin pretender desqualificar a metaética como disciplina relevante para a resolução dos problemas práticos, se ele mesmo dedica inúmeras páginas do seu último livro a esse mesmo debate (FERREIRA NETO, 2015, p. 278).

Na visão dworkiniana, o princípio de Hume também seria uma evidência contra qualquer projeto que pretenda ter um *status* arquimediano, pois não podemos realizar afirmações conclusivas de "dever ser" a partir de premissas de "ser" (*ought from is*). Por isso, nenhuma afirmação moral que se situa no campo normativo do "dever ser" poderia ser rejeitada apenas por proposições descritivas e factuais a respeito de como as coisas metafisicamente são. Diante do princípio de Hume, o ceticismo de *status* seria falso ou incoerente, pois só é possível negar a verdade de um juízo moral partindo de pressupostos também morais.

---

[70] No original: "(A) Are moral standards eternally true? (B) Are value judgments intrinsically and necessarily motivating? (C) Do moral requirements entail categorical reasons for action? (D) What is the nature of a moral property? (E) What is the modal status of the supervenience relation that obtains between moral and nonmoral features? (F) Why think that a belief's having emerged from equilibrium epistemology is any evidence of its truth? (G) Physical laws are true generalizations of the nature and workings of physical objects and forces. Moral laws are not like this. What, then, makes all true moral laws true? (SHAFER-LANDAU, 2010, p. 482).

Um possível problema com o argumento de Dworkin é que ele assume a verdade do princípio de Hume como algo evidente, ao invés de oferecer um argumento a favor dele. Com efeito, embora muitas pessoas possam acreditar que tal princípio seja verdadeiro, sua ampla aceitação não é garantia de plausibilidade, logo, para funcionar como um contra-argumento direcionado aos céticos externos, Dworkin talvez precisasse se dedicar um pouco mais para esclarecer porque devemos aceitá-lo como verdadeiro (SHAFER-LANDAU, 2010).

Além disso, uma investigação sobre o que o princípio de Hume assume poderia revelar que ele poderia não ser um ponto de apoio interessante a favor da posição dworkiniana. Com efeito, esse princípio está ligado à ideia de dedução. Por esse ângulo, sua reivindicação é a de que não é possível deduzir uma afirmação de "dever ser" de uma premissa sobre "ser". Dworkin não parece estar preocupado com conclusões dedutivas, o que ele pretende mostrar é que, pelo princípio de Hume, nenhuma conclusão pode ser tirada a respeito do *status* dos juízos morais a partir de informações factuais. Todavia, Hume não nega que isso é possível, "[...] estamos perfeitamente em nosso direito de tirar conclusões morais de premissas inteiramente fáticas – desde que consideremos nosso raciocínio como criando um equilíbrio de probabilidades, ao invés de garantir a verdade da conclusão" (SHAFER-LANDAU, 2010, p. 485)[71].

3.3.3 Sobre o ceticismo externo do erro

O último contraponto que gostaríamos de apresentar para encerrar este capítulo foca na percepção dworkiniana do ceticismo externo do erro. Para Dworkin, essa espécie de ceticismo lança um "desafio filosófico", de um ponto de vista supostamente distante do debate moral, no qual uma proposição moral é verdadeira apenas se algo no mundo que cause sua verdade. Desse modo, deveriam existir partículas "mórons" que revelassem quais julgamentos são verdadeiros, já que elas não existem, então, todas as proposições morais são falsas. Tal perspectiva assumiria

[71] No original: "[…] we are perfectly within our rights to draw moral conclusions from wholly factual premises – so long as we regard our reasoning as creating a balance of probabilities, rather than as guaranteeing the truth of the conclusion."

uma posição arquimediana e o debate acerca da moral só poderia ocorrer a partir de pressupostos morais.

Todavia, a preocupação dos céticos do erro aparentemente não exige partículas “mórons”, nem envolve considerações substantivas a respeito das proposições morais serem objetivamente falsas. Do modo como Michael Smith (2010) entende esse tipo de ceticismo, o objetivo é esclarecer uma incoerência não tão óbvia em nossas proposições morais, pois, quando afirmamos a verdade de um juízo moral, necessariamente estamos também afirmando uma série de qualidades que não podem ser conjuntamente verdadeiras com tal juízo. Sendo incoerente sustentar a verdade de todo o conjunto, os céticos optam por desistir da verdade no domínio moral.

Essa perspectiva seria uma forma interessante de entender uma das alegações fundamentais do ceticismo do erro, seu o “argumento da estranheza” (*argument from queernss*):

> Mackie diz que nós concebemos a bondade moral como uma característica objetivamente prescritiva das coisas, e – em pelo menos um modo justo e direto de entender o argumento – na medida em que concebemos uma propriedade como sendo objetiva, nós a concebemos como algo que não pode ser prescritivo, e na medida em que concebemos uma propriedade como sendo prescritiva nós a concebemos como algo que não pode ser objetivo (SMITH, 2010, p. 513, tradução nossa).[72]

A conclusão que se tira do “argumento da estranheza” é a de que, portanto, nada tem a propriedade de ser moralmente bom, pois seria conceitualmente incoerente dizer que algum ato a possui.

Para esclarecer esse ponto, Smith recorre ao argumento sobre a inexistência de Deus sob o fundamento de que a ideia de um criador de todas as coisas totalmente bondoso, poderoso e onisciente não faz sentido. Para ser todo poderoso, Deus teria que ter habilidades criativas maximizadas de tal forma que ele seria capaz de criar uma pedra que ele próprio não conseguiria levantar. Além disso, ele também teria que ter o poder máximo de levantamento de peso, de forma que ele fosse capaz de levantar qualquer coisa, incluindo toda pedra que existe. Nesse sentido, a ideia de

[72] No original: “Mackie says that we conceive of moral goodness as an objectively prescriptive feature of things, and – on at least one fairly straightforward way of understanding the argument – in so far as we conceive of a property being objective, we conceive of it being such that it could not be prescriptive, and in so far as we conceive of a property as being prescriptive we conceive of it as being such that it could not be objective.”

Deus é incoerente porque demanda, de um ponto de vista conceitual, que ele crie uma pedra tão pesada a ponto de ele mesmo não conseguir levantá-la, ao mesmo tempo em que ele tem o poder máximo de levantamento. Disso segue que não existe tal propriedade como “todo poderoso” e, então, tal ser não existe.

Se esse modo de apresentar o ceticismo do erro estiver correto, então, a acusação de Dworkin de que ele não passaria de posições morais disfarçadas pode ter um ponto frágil. A afirmação de que a qualidade moralmente boa tem uma característica de aspecto objetivamente prescritivo não é um juízo moral, ela decorre de uma análise conceitual. Ademais, seria difícil identificar algum pressuposto moral na ideia de que existe uma incoerência em apostar que uma proposição possa ser, ao mesmo tempo, objetiva e prescritiva. Tal pressuposto também estaria ausente na conclusão de que se algum ato pode ser moralmente bom, ele teria uma propriedade cuja verdade é o resultado de uma incoerência conceitual (SMITH, 2010).

Outro elemento a respeito do ceticismo do erro que podemos destacar é que, para Dworkin, os céticos do erro também estariam alinhados a uma hipótese falsa, chamada de dependência causal (DC), segundo a qual as pessoas não possuiriam qualquer fundamento para sustentar a objetividade de seus juízos morais se a verdade moral não for a causa de tais juízos.

Podemos organizar esse ponto da seguinte forma: (i) o ceticismo do erro é verdadeiro apenas se a DC é verdadeira, (ii) a DC é falsa, logo, (iii) o ceticismo do erro também é falso. Um problema em potencial para o argumento é que, mesmo estando convencidos por Dworkin de que a DC é falsa, a conclusão decorrente disso não pode ser a exposta em (iii), pois um dos fundamentos centrais da teoria cética do erro de Mackie, calcado na noção de superveniência, não depende da verdade da DC (SHAFER-LANDAU, 2010).

O argumento da superveniência traz uma outra face da “estranheza” de qualidades morais objetivas:

> Outro modo de revelar essa estranheza é perguntar, sobre qualquer coisa que supostamente possui alguma qualidade moral objetiva, como isso está ligado com suas propriedades naturais. Qual é a conexão entre o fato natural de que uma ação é um caso de crueldade deliberada – por exemplo, causar dor só por diversão – e o fato moral de que ela é errada? Não pode ser uma vinculação, uma necessidade lógica ou semântica. Ainda assim, não é que simplesmente essas duas características ocorrem juntas. O errado deve de algum modo ser ‘consequencial’ ou ‘superveniente’; é errado porque é um caso de

> crueldade deliberada. Mas o que *no mundo* é significado por esse 'porque'? E como sabemos a relação que isso significa, se isso é algo mais do que ações sendo socialmente condenadas, e condenadas por nós também, talvez através das nossas atitudes absorvidas de nosso ambiente social? Não é nem mesmo suficiente postular uma aptidão que 'vê' o errado: algo deve ser postulado que possa ver de uma só vez as características naturais que constituem crueldade, e o errado, e misterioso vínculo consequente entre os dois (MACKIE, 1977, p. 41, destaques do autor, tradução nossa).[73]

Desse modo, se não há explicação plausível sobre como propriedades morais dependem de propriedades não morais, então, verdades morais não conseguiriam se sustentar. Além da dificuldade de estabelecer a relação entre propriedades morais e elementos naturais, saber como uma ação é moralmente boa ou ruim em virtude desse elemento levanta ainda um desafio epistemológico vinculado à capacidade de conhecer tal conexão, seja ela causal ou de outra espécie.

Após considerar diversas possibilidades de assimilação entre características morais e não morais e sobre como poderíamos chegar a ter conhecimento disso, Mackie (1977) acredita que qualquer argumento a favor da objetividade da moral não é convincente, por isso, sua conclusão é a de que seria melhor abandonarmos qualquer pretensão de objetividade de qualidades morais como "certo" ou "errado", considerando nossos juízos nesse campo apenas como expressões subjetivas projetadas num mundo que não contém em si mesmo qualquer característica moral.

3.3.4 Sobre as críticas II

Os argumentos referentes à segunda etapa da tese da resposta correta também tiveram importância significativa capaz de reverberar no ambiente filosófico e impulsionar uma série de discussões pertinentes. Nos tópicos anteriores,

---

[73] No original: "Another way of bringing out this queerness is to ask, about anything that is supposed to have some objective moral quality, how this is linked with its natural features. What is the connection between the natural fact that an action is a piece of deliberate cruelty – say, causing pain just for fun – and the moral fact that it is wrong? It cannot be an entailment, a logical or semantic necessity. Yet it is not merely that the two features occur together. The wrongness must somehow be 'consequential' or 'supervenient'; it is wrong because it is a piece of deliberate cruelty. But just what *in the world* is signified by this 'because'? And how do we know the relation that it signifies, if this is something more than such actions being socially condemned, and condemned by us too, perhaps through our having absorbed attitudes from our social environment? It is not even sufficient to postulate a faculty which 'sees' the wrongness: something must be postulated which can see at once the natural features that constitute the cruelty, and the wrongness, and the mysterious consequential link between the two."

apresentamos três críticas que nossa pesquisa foi capaz de encontrar e que parecem auxiliar na reflexão acerca do pensamento de Dworkin.

Os contrapontos apresentados por Dennis Patterson (2006) permitem concluir que a analogia entre conceitos naturais e conceitos interpretativos à qual Dworkin recorre não escapa de alguns questionamentos. Parece existir uma diferença relevante entre o discurso científico e o discurso ordinário a respeito dos conceitos de espécie naturais de forma que, o conceito de “água” no domínio da química, por exemplo, não parece se aplicar da mesma forma ao discurso comum. Assim, pode ser um problema dizer que o sentido correto de conceitos naturais como “água” é determinado por conta de possuírem uma estrutura profunda.

Mesmo assumindo a suposta existência de estruturas profundas no direito e na moral, outro ponto levantado pela primeira crítica indaga acerca dos métodos que possibilitem encontrar tais estruturas. Com relação ao domínio natural, quando cientistas desejam sanar as dúvidas relacionadas à estrutura profunda dos seus objetos, na maior parte das vezes, eles dispõem de métodos que revelam tal característica em experimentos, concordando sem grandes problemas com os instrumentos utilizados em sua investigação. Todavia, o mesmo não acontece no campo da moral, pois, se estruturas profundas de conceitos morais existem, os métodos que nos auxiliem a encontrá-las parecem estar em constante discussão no campo da metaética. Em virtude disso, pode não ser tão simples afirmar que o trabalho pela busca do conhecimento da verdade por parte de um cientista natural é semelhante ao do filósofo moral.

O último ponto levantado por Patterson visa apontar uma potencial incoerência entre a dimensão de “ajuste” (*fit*), um dos aspectos centrais do modelo interpretativo de Dworkin, e a analogia entre conceitos naturais e interpretativos. Quando um cientista descobre o DNA ou a estrutura química de uma substância, ele não parece se preocupar em “ajustar” seu achado com os anteriores, os quais potencialmente se enganaram acerca do que determinado objeto realmente é. Nessa perspectiva, se conceitos interpretativos são semelhantes aos naturais, talvez não faça sentido exigir que os juízes ajustem sua decisão a uma prática que até então se embasou em uma essência do direito totalmente falsa. Nesse cenário, eles deveriam partir para a investigação da natureza do direito que pensam ser verdadeira, ao invés

de se importar com o que foi posto. O problema é que esse modo de proceder parece ser contraditório em relação à exposição dworkiniana da dimensão de “ajuste” (*fit*).

Dworkin visa defender sua tese a respeito da objetividade da moral do que chamou de ceticismo de *status* e ceticismo do erro. O primeiro estaria baseado em uma posição arquimediana, apostando na diferença entre afirmações de primeiro e de segundo grau. Todavia, para Dworkin, tal diferença é ilusória e projetos como o da metaética seriam falsos, porque não poderiam ser colocados num plano exterior ao da própria argumentação moral. A respeito dessas acusações, os questionamentos apresentados na segunda crítica indicam que ainda parece fazer sentido realizar afirmações de segunda ordem.

Embora Dworkin tenha se esforçado para rejeitar a relevância da metaética, este parece ser um campo do conhecimento bem sedimentado no âmbito filosófico. Uma das evidências disso é a quantidade significativa de obras que tratam do assunto, facilmente encontradas em uma busca “simples” na internet com o termo “metaética” (ou “metaethics”). Dentre tais obras, destacamos o periódico *Oxford Studies in Methaethics* organizado por Russ Shafer-Landau, um dos autores que nos serviu de referência.

A terceira crítica exposta visa debater quais são as teses com as quais o ceticismo do erro está comprometido. Essa é uma corrente teórica que se coloca no âmbito da metaética e tem como um de seus principais expoentes o filósofo John Mackie, cuja teoria é a que importa a Dworkin. Na visão deste último, esse ceticismo exigiria a existência de partículas especiais chamadas de “mórons” para que fosse possível afirmar a verdade de um juízo moral, ademais, estaria comprometido com a hipótese de dependência causal (DC), segundo a qual, se a verdade revelada pelos “mórons” não for a causa de tais juízos, não temos motivo para acreditar que estes podem ser verdadeiros.

Todavia, refletindo sobre os argumentos de Michael Smith e Shafer-Landau, percebe-se que tais noções não parecem retratar de forma satisfatória o ceticismo do erro. Por se colocar no campo metaético, um dos principais argumentos desse ceticismo é uma análise conceitual das proposições sobre a moral, visando esclarecer que é conceitualmente incoerente afirmar a verdade de juízos morais, porque isso exigiria sustentar, ao mesmo tempo, as qualidades contraditórias de prescrição e

objetividade. Dessa forma, tal argumento não necessitaria da existência de “mórons” para se sustentar.

Ademais, o ceticismo do erro aparentemente não se submete à DC. Esta é uma hipótese explicativa a respeito da ligação entre “mórons” e nossos juízos morais, estabelecendo uma relação de causa entre eles. Entretanto, os céticos do erro questionam qualquer tipo de explicação que relacione propriedades não morais e morais com pretensão de verdade, logo, não se vincula à constatação única de implicação causal como apontada pela hipótese da DC. Por isso, mesmo admitindo a falsidade da DC, por si só, isso parece não conseguir derrubar o ceticismo do erro.

Dworkin talvez precisasse enfrentar argumentos diversos dos que descreveu para conseguir afastar definitivamente a ameaça do ceticismo do erro perante sua tese da resposta correta no domínio da moral.

CONCLUSÃO

A tese da resposta correta de Dworkin envolve argumentos complexos relacionados tanto à teoria do direito quanto à teoria moral. Na presente dissertação, a proposta foi a de apresentá-la em duas etapas distintas, juntamente com os elementos do positivismo hartiano que parecem auxiliar na sua compreensão, bem como expor contrapontos críticos acerca de alguns de seus pressupostos e ideias.

Para o desfecho do trabalho, acreditamos ser útil retomar os dois termos envolvidos no título da dissertação, “racionalidade” e “objetividade”, com o intuito de traçar conclusões e considerações finais a respeito do que foi desenvolvido.

No primeiro capítulo, buscou-se apresentar alguns elementos da teoria positivista de Hart que funcionaram como ponto de partida crítico para a tese da resposta correta de Dworkin. Metodologicamente, Hart se preocupa em abordar o direito de forma indiretamente avaliativa com uma teoria descritiva e geral que se estrutura a partir de fundamentos da análise linguística combinada com uma sociologia descritiva da prática jurídica. A relevância dessa perspectiva fica evidente quando entendemos que, para o autor, a linguagem tem um papel fundamental na construção social do direito.

Essa última constatação nos remete ao conceito de regras, apresentado como um contraponto ao entendimento acerca de hábitos. Com isso, Hart se contrapõe à visão de direito calcada em apenas fatos “físicos” recorrentes sobre o comportamento das pessoas para incluir uma dimensão normativa dependente da aceitação crítico-reflexiva de regras pelos participantes da prática jurídica.

Definida como o elemento último de um sistema jurídico, a regra de reconhecimento é a responsável pela validade jurídica das demais regras e tem seu conteúdo estabelecido pela prática das autoridades aplicadoras do direito (*officials*). Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, para que uma regra faça parte do direito, deve existir uma espécie de acordo entre as autoridades competentes a respeito dos critérios de validade. Por se assemelhar às regras constitutivas de John Searle, o conteúdo da regra de reconhecimento depende da prática e aceitação das autoridades acerca de quais são os critérios relevantes de validade. Em última instância, o direito é construído pelo uso social das regras.

Tomando em consideração o aspecto da objetividade, essas noções nos auxiliam a concluir que, do ponto de vista metafísico e epistemológico, Hart não acredita que a existência do direito dependa apenas de fatos “físicos” cuja recorrência é observável de um ponto de vista externo da prática jurídica. Para uma percepção completa do fenômeno, deveríamos levar em conta também a dimensão normativa, perceptível na medida em que tomamos o ponto de vista interno para compreender como os participantes aceitam as regras do sistema jurídico.

Em relação ao aspecto da racionalidade das decisões judiciais e a capacidade do direito oferecer respostas corretas, dois outros elementos da teoria hartiana foram importantes no desenvolvimento da dissertação: a textura aberta da linguagem e a discricionariedade.

Pelo uso da linguagem em contextos recorrentes, o direito apresentaria casos claros, nos quais é possível aferir um consenso acerca do significado da previsão de uma regra, o que torna nítida sua aplicação ao caso concreto. Entretanto, em virtude do fenômeno da textura aberta, ocorrências ordinárias podem ser extrapoladas por fatos antes não encarados pelos operadores do direito. Assim, uma regra que antes possuía um âmbito de aplicação claro fica cercada por uma “penumbra de dúvida”.

Nessas situações, Hart não oferece uma prescrição sobre quais modelos racionais os juízes deveriam se pautar para chegar a uma solução. Sua pretensão é apenas a de afirmar que o direito apresenta casos como esses, nos quais o juiz invariavelmente terá que exercer sua discricionariedade e realizar uma escolha com o intuito de eliminar a incerteza de contextos inovadores, não sendo possível afirmar que há uma única resposta juridicamente correta.

Logo, é possível concluir que Hart toma uma posição intermediária a respeito de respostas corretas existirem no direito. Por um lado, acredita que, em casos claros, é possível dizer que existe uma solução nítida, mediante a qual podemos afirmar que há uma resposta correta e se o juiz não utiliza a regra no sentido claro construído pelo seu uso social, ele está errado. Por outro lado, nos casos que demandam o exercício da discricionariedade, não é possível dizer que o juiz acerta ou erra em sua decisão do ponto de vista jurídico, pois ele está contribuindo para uma nova edificação de sentido num contexto inédito.

No capítulo seguinte, o foco da dissertação voltou-se para a primeira etapa da tese da resposta correta de Dworkin. Nos parece que o ponto inicial dessa etapa é a

crítica em relação à noção de regras hartiana de *Levando os direitos a sério* (2002). Partindo da observação de casos concretos como Elmer e Henningsen, Dworkin acredita que a teoria do direito precisa lidar com algo além de regras, pois os juízes lançariam mão de um padrão jurídico diferente em suas decisões ao decidir casos considerados difíceis.

Atrelados a uma dimensão de justificação valorativa, os princípios são indicados como o elemento que faltava para uma compreensão adequada do direito, funcionando como fundamento de uma tese importante para a resposta correta, a "tese dos direitos". Desse modo, quando encaramos os princípios como parte integrante e obrigatória da prática jurídica, percebemos que eles justificam deveres e obrigações existentes de forma precedente a qualquer decisão judicial. Conclui-se que, mesmo diante de casos difíceis, seria um engano dizer que os juízes estariam autorizados a utilizar a discricionariedade. Na realidade, os aplicadores do direito possuiriam uma espécie de responsabilidade política que os obriga a identificar uma única decisão jurídica correta preexistente em favor de uma das partes, a qual deve se alinhar com os princípios identificados a partir da história institucional e moral de uma comunidade.

Hércules é apresentado como um juiz ideal capaz de dar conta de tal responsabilidade e de identificar os valores inerentes ao próprio direito, organizando uma teoria coerente baseada nos princípios pertinentes para justificar a melhor e única resposta correta para cada caso concreto.

Em *O império do direito* (2014b), assim como boa parte de toda a teoria de Dworkin, a tese da resposta correta é edificada a partir da identificação de divergências do tipo teóricas na prática dos tribunais em casos como TVA. Neles, os juízes se envolvem em disputas argumentativas sobre os fundamentos que fazem com que uma proposição de direito possa ser considerada verdadeira.

Diante disso, o positivismo é acusado de considerar como fundamento do direito apenas fatos historicamente antecedentes estabelecidos por uma espécie de convenção entre os aplicadores. Em um caso difícil, se não fosse possível identificar qualquer fato passado determinante, os juízes não discordariam sobre qual é o direito que regula o caso, mas sobre como ele deve ser. Essa visão estaria deturpada pelo que o autor chama de "aguilhão semântico", uma perspectiva criterial sobre os fundamentos de verdade do direito.

Dworkin então se preocupa em apresentar uma teoria do direito que acredita explicar de forma mais plausível as divergências teóricas e elimine as influências do aguilhão semântico. Nesse projeto, a tese da resposta correta é retomada como parte integrante de uma concepção do direito como atividade interpretativa, uma vez que as proposições de direito possuem como condição de verdade o valor que melhor informa o propósito da prática jurídica. Para tanto, as dimensões de "ajuste" (*fit*) e "justificação" (*justification*) são destacadas como componentes importantes da construção de argumentos direcionados a encontrar respostas corretas.

Embora diferentes propostas interpretativas do direito possam ser articuladas, como o convencionalismo e o pragmatismo, é o valor da integridade que, para Dworkin, exercerá o melhor papel justificador do direito, pois assegura que o poder político do Estado se exerça com igual consideração e respeito em relação aos indivíduos de uma comunidade.

Portanto, a respeito de sua primeira etapa, parece ser possível concluir que, numa perspectiva da racionalidade jurídica das decisões e da objetividade, a resposta correta para casos difíceis é aquela na qual os juízes tomam o valor de integridade como verdadeiro propósito do direito. Tomando uma posição mais radical, se comparada com a de Hart, Dworkin afirma a existência de uma única resposta juridicamente correta não no sentido de estar vinculada a uma metafísica de fatos "físicos", mas em virtude de ser o resultado de um processo interpretativo construtivo baseado em princípios que apresentem o direito em sua melhor luz, dependendo, todavia, da objetividade dos valores no campo da moral. Por conta do grande esforço demandado em tal processo, pode-se entender a figura de Hércules como um ideal epistemológico capaz de dar conta de apresentar a melhor compreensão do que o direito realmente é.

No terceiro capítulo, os textos utilizados como foco central, *Objectivity and truth you'd better believe it* (1996), *A Justiça de Toga* (2010) e *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (2014a), mostram que, se na primeira etapa Dworkin está preocupado em desbancar a discricionariedade positivista por uma teoria do direito que julga ser melhor, na segunda, seus argumentos assumem um caráter defensivo, especialmente perante os céticos externos (do erro e de *status*) em relação à objetividade da moral, condição para a existência de respostas corretas no âmbito jurídico.

Embora sua posição seja defensiva, o autor acaba estabelecendo duas teses secundárias importantes. A primeira delas é a independência metafísica do valor, segundo a qual, a verdade de juízos morais não envolve reivindicações causais “arquimedianas” a partir de fatos “físicos” de um mundo externo, não reflete algo que está no mundo, ela deve ser afirmada a partir do exercício da razão, em virtude dos melhores argumentos que se possa apresentar a favor ou contra determinada posição. Nesse sentido, afirmar “o aborto é errado” é o mesmo que afirmar “o aborto é objetivamente ou realmente errado”, pois as palavras “objetivamente” e “realmente” não carregam consigo qualquer conteúdo metafísico adicional. Tal entendimento acaba aproximando Dworkin de uma corrente conhecida como deflacionária minimalista ou quietista da verdade (LANG, 2010).

A segunda tese busca estabelecer uma epistemologia integrada à própria moral. Apesar de Dworkin propor um sentido no qual conceitos interpretativos e de espécies naturais possam ser semelhantes, ele nega os métodos de verificação típicos do domínio científico/natural como decisivamente relevantes para o conhecimento da verdade moral. Por ter como objetivo a explicação de como as coisas são ou vieram a ser do jeito que são, a ciência se preocupa com relações causais entre elementos naturais e proposições descritivo-explicativas. Todavia, no campo moral, interessa saber as razões que fundamentam determinado juízo, por isso, seu foco está na dimensão de justificação das afirmações.

Com efeito, Dworkin defende que são nossos argumentos que tornam um juízo moral verdadeiro ou falso. Ele não vê como verificar com mais precisão a verdade de uma convicção a não ser lançando mão de novos argumentos morais convincentes o bastante para fundamentá-la, o que pode demandar um grande esquema com variados ramos de justificação interdependentes. Mais uma vez, é ressaltada a relevância da responsabilidade das pessoas, agora de caráter moral, perante suas afirmações, a qual só é plenamente exercida quando suas interpretações conseguem satisfazer o valor da integridade.

Em última instância, se uma pessoa acredita com veemência que possui as melhores razões ao seu lado, que seu juízo moral faz parte de um sistema de concepções morais íntegro e coerente o bastante de forma que nenhum contra-ataque lhe pareça revelar a falsidade de seu pensamento, mesmo que outras pessoas pensem o contrário, sua posição é verdadeira.

As críticas ao final dos capítulos de cada etapa mostram que a teoria de Dworkin é de tamanha relevância que foi e ainda é fonte de diversos debates a respeito de suas ideias. Embora tais críticas não possuam o condão de rechaçar por completo a tese da única resposta correta, já que um esforço maior do que o pretendido por esta dissertação seria necessário para tanto, elas nos convencem acerca dos seguintes aspectos:

(i) O argumento do aguilhão semântico não acerta de forma decisiva o positivismo jurídico, em razão de se fundar numa caracterização questionável acerca do entendimento conceitual sobre a validade do direito dessa corrente teórica;

(ii) Não parece ficar claro porque a interpretação que resulte na resposta juridicamente correta deve se fundar numa única e melhor luz do direito;

(iii) As dimensões de ajuste (*fit*) e justificação (*justification*) são articuladas em torno de um método propositivo de racionalidade jurídica, nesse sentido, sua plausibilidade prática é questionável por possuírem um elevado grau de incomensurabilidade;

(iv) Dworkin lança mão de uma estratégia potencialmente incoerente com parte de sua teoria ao afirmar a semelhança entre conceitos interpretativos, como direito e moral, e conceitos de espécies naturais, por conta de ambos possuírem uma estrutura profunda, em especial, porque tal concepção aparentemente vai de encontro a um dos aspectos centrais de sua concepção interpretativa, a dimensão de ajuste (*fit*). Além disso, tal analogia parece ignorar a diferença entre o discurso ordinário e o científico, bem como aspectos relevantes dos métodos de investigação das ciências naturais e da filosofia moral;

(v) O projeto da metaética calcado em afirmações de primeira e de segunda ordem parece conservar sua relevância perante os argumentos dworkinianos. Com efeito, o próprio autor contribui para o debate desse campo em alguns momentos de sua argumentação;

(vi) A caracterização de Dworkin acerca do ceticismo do erro possivelmente não corresponde aos reais propósitos dessa corrente teórica, por isso, a estratégia defensiva do autor em relação à essa espécie de ceticismo com relação à resposta moralmente correta tenta se preservar de acusações supostamente ilusórias.

A tese da resposta correta de Dworkin é uma de suas grandes contribuições para os debates filosóficos contemporâneos, integrando concepções a respeito do

direito e da moral numa teoria complexa e unitária. Seu pensamento e o debate que o acompanha são referências de significativa relevância para compreender as práticas nas quais as pessoas estão envolvidas. Embora esta dissertação tenha abordado apenas alguns dos argumentos que envolvem o legado deixado pelo autor, espera-se que o trabalho tenha ajudado seus leitores na reflexão das ideias de um dos mais importantes filósofos que marcaram a teoria do direito.

REFERÊNCIAS

BAGGINI, Julian; FOLS, Peter S. *As ferramentas dos filósofos*: um compêndio sobre conceitos e métodos filosóficos. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2008.

BAKER, C. E. In Hedgehog Solidarity. In: *Boston University Law Review*, v. 90, 2010, p. 759–817. Disponível em: http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/baker_000.pdf. Acesso em: 01 mai. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-48. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26638/nova_interpretacao_constitucional_1ed.pdf. Acesso em: 14 abr. 2016.

BONORINO, Pablo R. *Objetividad y verdad en el derecho*: variaciones sobre un tema de Dworkin. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

BIX, Brian. *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

CESTARI, Roberto T.; NOJIRI, Sergio. Interpretação históricas e teóricas do realismo jurídico. In: *XXIV Encontro Nacional do CONPEDI*, Anais, Florianópolis, 2015. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/k4yol24r/d3rSJOQt4c69Nqnx.pdf. Acesso em 28 abr. 2017.

COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, n. 01, Jan. 1982, p. 139-164. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/724159. Acesso em: 19 mai. 2016.

_____. *The practice of principle*: in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. In: *Kriterion*, Belo Horizonte , v. 46, n. 111, p. 55-69, Jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2005000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: on 03 abr. 2016.

DE LA TORRE, Mariano C. M. Estudo preliminar In: *Dworkin y sus críticos*: el debate sobre el imperio de la ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 11-115.

DICKSON, Julie. *Evaluation and legal theory*. Portland: Hart Publishing, 2001.

DWORKIN, Ronald M. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014a.

_____. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Lord Devlin and the Enforcement of Morals. In: *Faculty Scholarship Series*, paper 3611, 1966. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. In: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, n. 02, 1996, p. 87-139. Disponível em: http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28199621%2925%3A2%3C87%3AOATYBB%3E2.0.CO%3B2-X. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENDICOTT, Timothy A. O. Hebert Hart and the semantic sting. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript*: essays on the postscript to the concept of law. New York: Oxford University Press, 2001, p. 39-58.

FERREIRA NETO, Arthur M. *Metaética e a fundamentação do direito*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

FINNIS, John M. On reason and authority in Law's Empire. In: *Law and Philosophy*, n. 06, 1987, p. 357-380. Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1711&context=law_faculty_scholarship. Acesso em: 15 mai. 2016.

FORGUSON, Lynd. Oxford and the "epidemic" of ordinary language philosophy. In: *The monist*, vol. 84, n. 03, The epidemiology of ideas, Jul. 2001, p. 325-345. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/27903734. Acesso em: 18 jan. 2017.

GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Why law might emerge: Hart's problematic fable. In: *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 61, 2013. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2269613. Acesso em: 14 mai. 2016.

GREEN, Leslie. The Concept of Law Revisited. In: *Michigan Law Review*, vol. 94, n. 6, 1996, p. 1687-1757. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/1289966. Acesso em: 05 mai. 2016.

GREEN, Michael S. Dworkin's fallacy, or what the philosophy of language can't teach us about the law. In: *Virginia Law Review*, vol. 89, p. 1897-1952, 2003. Disponível em: http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1471&context=facpubs. Acesso em: 09 mai. 2016.

GUEST, Stephen. Dworkin's 'one right answer' thesis. In: *Problema – Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho*, n. 10, 2016, p. 03-21. Disponível em: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8193/10130. Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. *Ronald Dworkin*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

HACKER, Peter M. S. Hart's philosophy of law. In: HACKER, Peter M. S.; RAZ, Joseph (Eds.). *Law, morality and society*: essays in honour of H.L.A. Hart. Oxford: Claredon Press, 1979.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HIMMA, Kenneth E. Ambiguously stung: Dworkin's semantic sting reconfigured. In: *Legal Theory*, vol. 08, 2002, p. 145-183. Disponível em: https://doi.org/10.1017/S1352325202082010. Acesso em: 14 mai. 2016.

_____. Conceptual jurisprudence: an introduction to conceptual analysis and methodology in legal theory. In: *Revus*: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, vol. 26, 2015. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2932921. Acesso em: 10 mai. 2016.

JOYCE, Richard. Moral Anti-Realism. In: ZALTA, Edward N (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edição de Inverno, 2016. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/moral-anti-realism/. Acesso em: 04 abr. 2017.

LANG, Gerald. How far can you go with quietism? In: *Problema – Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho*, n. 04, 2010, p. 3-37. Disponível em: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8087. Acesso em: 15 mar. 2017.

LANGLINAIS, Alex; LEITER, Brian. The methodology of legal philosophy. In: *Social Science Research Network*, Set. 2013. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2167498. Acesso em: 12 abr. 2016.

LEITER, Brian. Explaining theoretical disagreement. In: *University of Chicago Law Review*, n. 76, 2009, p. 1215-1250. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1235&context=journal_articles. Acesso em: 23 mai. 2016.

_____. Introduction. In: LEITER, Brian (Ed.). *Objectivity in law and morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 01-11.

_____. Law and objectivity. In: COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott J.; HIMMA, Kenneth E. (Ed.). *The oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 969-989.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACKIE, John. *Ethics*: inventing right and wrong. Londres: Pelican Books, 1977.

MARMOR, Andrei. How law is like chess. In: *Legal Theory*, n. 12, 2006, p. 347-371. Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325206070121. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. *Interpretation and legal theory*. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2005.

_____. Três conceitos de objetividade. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação*: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martis Fontes, 2000, p. 267-302.

MCGRATH, Matthew. Propositions. In: ZALTA, Edward N (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edição de Primavera, 2014. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/propositions/. Acesso em: 04 abr. 2017.

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

NOJIRI, Sergio (org.). *Direito, psicologia e neurociência*. Ribeirão Preto: IELD, 2016.

_____. *Neoconstitucionalismo versus democracia*: um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012.

PATTERSON, Dennis. Dworkin on the semantics of legal and political concepts. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n. 03, 2006, p. 545-557. Disponível em: http://ojls.oxfordjournals.org/. Acesso em: 12 abr. 2016.

POSTEMA, Gerald J. “Protestant” interpretation and social practices. In: *Law and Philosophy*, vol. 06, n. 03, Dez. 1987, p. 283-319. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3504600. Acesso em: 26 abr. 2016.

PRIEL, Dan. Forty Years on. In: *All Papers*, paper 255. Disponível em: htp://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/255. Aceso em: 02 jun. 2016.

RAMBERG, Bjørn. Richard Rorty. In: ZALTA, Edward N (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edição de Primavera, 2009. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/rorty/. Acesso em: 17 mar. 2017.

RAZ, Joseph. Two views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In: COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart’s Postscript*: essays on the Postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 01-38.

RIPSTEIN, Arthur. Introduction: Anti-Archimedeanism. In: RIPSTEIN, Arthur (Ed.). *Ronald Dworkin*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, p. 1-21.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RORTY, Richard. Does Academic Freedom Have Philosophical Presuppositions? In: MENAND, Louis. *The future of academic freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

_____. *Philosophy and the Mirror of Nature*. Princeton: Princeton University Press, 1979. Disponível em: http://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/rorty/rorty_PMN_full.pdf. Acesso em: 19 mar. 2017.

SAYRE-MACCORD, Geoff. Metaethics. In: ZALTA, Edward N (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edição de Verão, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/metaethics/>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Moral realism. In: ZALTA, Edward N (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edição de Primavera, 2017. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/moral-realism/. Acesso em: 09 abr. 2017.

SCHAUER, Frederick. (Re)Taking Hart. In: *The Harvard Law Review Association*, vol. 119, n. 03, Jan. 2006, p. 852-883. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/4093593. Acesso em: 24 jan. 2017.

SEARLE, John. *The construction of social reality*. Nova York: The Free Press, 1995.

SHAFER-LANDAU, Russ. The possibility of metaethics. In: *Boston Law Review*, vol. 90, n. 2, abr. 2010, p. 479-496. Disponível em: http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/shafer-landau.pdf. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. X – A defence of categorical reasons. In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. CIX, parte 2, 2009, p. 189-206. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9264.2009.00264.x/abstract. Acesso em: 17 mar. 2017.

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

_____. What is the internal point of view? In: *Social Science Research Network*, Out. 2006. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=937337. Acesso em: 12 mai. 2016.

_____. What is the rule of recognition (and does it exist?). In: ADLER, Matthew D; HIMMA, Kenneth E. *The rule of recognition and the U.S. constitution*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 235-268.

SHECAIRA, Fábio P; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: PUC-Rio e Contraponto, 2016.

SMITH, Dale. Dworkin’s theory of law. In: *Philosophy Compass*. vol. 2, p. 267–275, 2007. Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2007.00058.x/full. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Theoretical Disagreement and the Semantic Sting. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n. 4, 2010, p. 635-661. Disponível em: https://doi.org/10.1093/ojls/gqq019. Acesso em: 22 abr. 2016.

SMITH, Michael. Dworkin on external skepticism. In: *Boston Law Review*, vol. 90, n. 2, abr. 2010, p. 509-520. Disponível em: https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/smith.pdf. Acesso em: 10 jun. 2016.

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (org.). *Novas fronteiras da teoria do direito*: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras*: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Rio de Janeiro, 2005,

191p. Tese de Doutorado – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

_____. *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro, 2001, 102p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

PUTNAM, Hilary, The meaning of 'meaning'. In: GUNDERSON, Keith (Ed.). *Language, mind and knowledge.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1975, p. 131-193. Disponível em: http://mcps.umn.edu/assets/pdf/7.3_Putnam.pdf. Acesso em: 17 abr. 2016.

WEINRIB, Jacob. When trumps clash: Dworkin and the doctine of proportionality. In: *Social Science Research Network*, Ago. 2016. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2832405. Acesso em: 29 out. 2016.