André Luiz Marcondes Pontes

CONCEPÇÕES DE DIREITO E JUSTIÇA
A TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN E O LIBERALISMO POLÍTICO DE
JOHN RAWLS

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco
São Paulo
2011

ANDRÉ LUIZ MARCONDES PONTES

CONCEPÇÕES DE DIREITO E JUSTIÇA
A TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN E O LIBERALISMO POLÍTICO DE
JOHN RAWLS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Orientador Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco
São Paulo
2011

Nome: PONTES, André Luiz Marcondes.

Título: Concepções de Direito e Justiça - A teoria do direito de Ronald Dworkin e o liberalismo político de John Rawls.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

À minha mãe querida, Maria Isabel Marcondes.

AGRADECIMENTOS

Essa dissertação constitui meu primeiro passo na carreira acadêmica, sendo inevitável, nesse momento, lembrar de todos aqueles que participaram, incentivaram-me ou que contribuíram de alguma forma para que eu ficasse firme nesse caminho. São tantas pessoas a quem agradecer, que é difícil até começar.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Jr., que não apenas depositou sua confiança em mim, aceitando-me como seu orientando, mas que sempre colocou o curso da minha pesquisa no caminho correto. Espero ter correspondido à altura.

Aos professores Álvaro de Vita e José Eduardo Faria, pelas contribuições na banca de qualificação. Ao primeiro também por ter me apresentando a justiça de Rawls em suas aulas no curso de Teorias Contemporâneas da Justiça. Agradeço profundamente por isso.

Aos meus queridos amigos, que me apoiaram na difícil fase que precede a conclusão de uma dissertação de mestrado e que se prolonga durante a sua redação. Meu profundo agradecimento ao Ulisses e à Nádia, ao Chaves e à toda a turma do espeto, à querida Ritinha, ao Marcelão, Luigi, Pajé, Sandra, Vó Benedita, ao povo da São Francisco, que são tantos que é melhor nem nomear.

Ao Hugo e à Regianne. Parceiros de todas as horas, inclusive naquelas que tem alguns minutos a menos.

Ao Douglas, pelas conversas de sempre, pelo apoio de sempre, e também por ter lido a versão preliminar desse trabalho.

Ao Marcelo e ao Guilherme Akira, pelas sugestões, comentários, puxões de orelha e rabiscos na versão final. Pena o tempo correr tão depressa...

Aos professores Alaôr Caffé Alves e Zu, por terem me acompanhado nos meus primeiros passos na teoria geral do direito.

À minha querida irmã Renata, que está sempre, sempre, sempre, ao meu lado. Obrigado por se preocupar! Ao João que sempre me estimulou com suas ideias e discussões.

Ao meu pai, Luiz Pontes Júnior, cuja confiança em mim faz-me crer que posso chegar em qualquer lugar. Meu muito obrigado também à Rita, ao Zé e aos meus queridos sobrinhos.

À minha mãe, Maria Isabel Marcondes. Para ela, não tenho o que agradecer, exceto tudo.

RESUMO

Este trabalho discute a teoria do direito de Ronald Dworkin, desde sua gênese até seus desenvolvimentos mais recentes, com o objetivo específico de aferir a influência que esta sofreu da filosofia política de John Rawls e de sua concepção de justiça. Essa influência foi especialmente sentida na metodologia inicialmente concebida por Dworkin para responder às tradicionais questões de teoria geral do direito, já que estas teriam sido mal resolvidas pelos positivistas. O que se verifica é que tal método se baseia na idéia de equilíbrio reflexivo de Rawls. Essa intensa convergência que inicialmente se verifica é progressivamente afastada na medida em que Dworkin caminha rumo a um liberalismo abrangente, defendendo uma continuidade entre a moralidade política e a ética, e Rawls reinterpreta sua teoria para defender uma limitação desta ao domínio do político.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; John Rawls; equilíbrio reflexivo; liberalismo; interpretativismo.

ABSTRACT

This paper will discuss Ronald Dworkin's legal theory since its genesis till its most recent studies, aiming specifically assess how this theory was influenced by John Rawl's political philosophy and his conception of justice. This influence was specially noticed in the methodology first conceived by Dworkin to respond to the traditional issues of jurisprudence, since these ones had been unresolved by the legal positivism. What can be verified is that such method is based on Rawl's idea of reflective equilibrium. This strong convergence, that is initially observed, is gradually deviated insofar as Dworkin moves towards to a comprehensive liberalism, defending continuity between morality and ethics, and Rawls reinterprets his theory to defend a limitation of it to the domain of the political.

Key Words: Ronald Dworkin; John Rawls; reflective equilibrium; liberalism; interpretivism.

SUMÁRIO

1	<i>Introdução</i>	11
2	<i>O debate Hart-Dworkin – uma divergência metodológica</i>	18
2.1	O positivismo jurídico de Hart – o direito como uma regra social de reconhecimento	21
2.2	O ataque de Dworkin ao modelo de direito hartiano	28
2.2.1	A distinção entre regras e princípios	29
2.2.2	A crítica à tese do direito como regra social	34
2.2.3	A teoria dos casos difíceis de Dworkin – Um argumento contra a tese do poder discricionário	38
2.3	O “verdadeiro” debate Hart-Dworkin.....	43
2.3.1	A divergência teórica no direito	46
2.3.2	O método de Levando os direitos a sério.....	55
3	<i>A justiça como equidade de Rawls e a crítica de Dworkin em Levando Os Direitos A Sério</i>	63
3.1	Três formas de justificação em Rawls	71
3.1.1	O método do equilíbrio reflexivo	73
3.1.2	O argumento da posição original.....	82
3.1.3	A justificação formal ou intuitiva – o argumento da arbitrariedade moral.....	96
3.2	Rawls e <i>Levando os direitos a sério</i>	103
3.2.1	O método do equilíbrio reflexivo e a teoria do direito de Dworkin de <i>Levando os direitos a sério</i>	104
3.2.2	A crítica de Dworkin a Rawls em <i>Levando Os Direitos A Sério</i>	109
4	<i>Uma teoria da interpretação – A segunda fase do pensamento de Dworkin</i>	116
4.1	Retomando o debate Hart-Dworkin – A crítica ao direito como fato bruto e ao método descritivo	118
4.2	O direito como um conceito interpretativo.....	122
4.3	O direito como um romance em cadeia	129
4.4	Etapas da interpretação e o método do equilíbrio reflexivo.....	134
4.5	O valor de um valor – o liberalismo abrangente de Dworkin	139
4.5.1	O direito como expressão do valor da integridade e a idéia de comunidade	144
4.5.2	O ideal de comunidade e a concepção de legitimidade de Dworkin.....	148
5	<i>O Liberalismo Político de Rawls e a Tolerância liberal</i>	152
5.1	A questão da estabilidade – da idéia de consenso sobreposto à de razão pública..	153

5.2	A justificação dos princípios de justiça e o ideal de imparcialidade liberal	162
5.3	O princípio da legitimidade liberal de Rawls e a idéia de razão pública	167
6	<i>O direito e os liberalismos de Dworkin e de Rawls</i>	175
7	<i>Conclusão</i>	186
	<i>Bibliografia</i>	189

1 INTRODUÇÃO

Segundo Ronald Dworkin, “cada um de nós tem seu próprio Immanuel Kant, e, de agora em diante, cada um de nós lutará pela bênção de John Rawls”.¹ Ele faz essa afirmação não só como uma forma de aclamar este autor, mas como uma confissão, assumindo expressamente uma dívida intelectual para com Rawls. Ocorre que Rawls é um filósofo político e, por conseguinte, sua contribuição à teoria do direito, ainda que marcante, foi realizada de forma indireta, por meio de sua filosofia política.² Dworkin não se furtou em adentrar diretamente nessa temática.³ No entanto, diferentemente de Rawls, ele dedicou a maior parte de sua vida acadêmica ao estudo de questões centrais da teoria geral do direito. Por oportuno, mencione-se que o excerto de Dworkin acima transcrito, está inserido numa discussão sobre Rawls e o Direito, mais precisamente em uma discussão sobre Rawls como filósofo do direito e jurista.⁴ Ou seja, a confissão que Dworkin deseja expressar é que as idéias de Rawls impactaram diretamente em sua teoria do direito, e não apenas em sua filosofia política.

Diante disso, o objetivo desta dissertação é verificar como a teoria do direito de Dworkin foi influenciada pela filosofia política de John Rawls. A hipótese a ser trabalhada é que tal influência foi especialmente sentida na metodologia inicialmente concebida por Dworkin para responder às tradicionais questões da teoria geral do direito, já que estas teriam sido mal resolvidas pelos positivistas. O que se verifica é que tal método pode ser interpretado como uma aplicação ao direito do método de equilíbrio reflexivo de John Rawls. A partir dessa idéia, nota-se que as idéias deste último influenciaram Dworkin desde início de seus trabalhos a partir da crítica ao positivismo jurídico, prosseguindo até o

---

¹ DWORKIN, Ronald. *Rawls and the law*, Fordham Law Review, vol. 72, 2003-2004, pp. 1387-1398, em tradução livre. No original: “each of us has his or her own Immanuel Kant, and from now on we will struggle, each of us, for the benediction of John Rawls.”

² Segundo Will Kymlicka, “um objetivo central da filosofia política [...] é avaliar teorias rivais de justiça para avaliar a força e a coerência de seus argumentos a favor da correção de suas visões”. Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*, trad. Luís Carlos Borges, rev. Marylene Pinto Michael, São Paulo, Martins Fontes, p. 10.

³ Seu trabalho *A Virtude Soberana* se trata de obra dedicada justamente a avaliar teorias rivais de justiça, apresentando também sua própria concepção de justiça sob um forte viés liberal igualitário, diferindo da justiça como equidade rawlsiana, mas tendo com esta diversos pontos de similitude. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*, Harvard University Press., Massachusetts, 2000 [trad. bras., *A Virtude Soberana: A teoria e prática da igualdade*, trad. Jussara Simões, rev. Cícero Araújo e Luiz Moreira, São Paulo, Martins Fontes, 2005].

⁴ Isto é, como Rawls teria lidado com as questões tradicionais de filosofia e teoria geral do direito, como a questão da natureza do direito, do poder discricionário judicial em casos difíceis, da relação entre direito e moral etc. Cf. DWORKIN, *Rawls and the law*, p. 1.387.

desenvolvimento de sua teoria interpretativista, sendo marcante nas duas grandes fases de seu pensamento.

De fato, ao longo da obra de Dworkin, é possível identificar duas grandes fases em seu pensamento: uma primeira, marcada pela obra *Levando os direitos a sério* e uma segunda, marcada pela obra *O império do direito*.⁵ Essa distinção em duas fases também se verifica no trabalho de Rawls: uma primeira fase, marcada pela obra *Uma Teoria da Justiça*,⁶ e uma segunda, marcada pela obra *O Liberalismo Político*.⁷ Nem sempre foi possível estudar as duas fases do pensamento desses dois autores de forma paralela, mesmo porque, muitas das idéias apresentadas desde o início de seus trabalhos somente podem ser adequadamente compreendidas fazendo-se referência aos seus trabalhos posteriores. Além disso, ambos apresentam mais continuidade do que ruptura em suas obras, o que muitas vezes torna desnecessário ou inoportuno tratá-los de forma cindida.

Deixando de lado essas dificuldades, nota-se que há uma intensa convergência entre a primeira fase do pensamento de Dworkin com a primeira fase do pensamento de Rawls. Essa convergência consiste, principalmente, na forma como cada autor compreende a natureza e a estrutura do método do equilíbrio reflexivo. Para ambos, esse método exigiria que fosse alcançado um equilíbrio entre as intuições e juízos ponderados de justiça (ou paradigmas de direito) com uma teoria que fosse ao mesmo tempo reflexo desses juízos e intuições, mas que também fosse sua melhor justificação.⁸

---

⁵ Essa distinção está longe de ser estanque, e envolve uma grande medida de arbitrariedade, já que não houve um momento de ruptura em sua teoria, com a introdução, por exemplo, de novos paradigmas teóricos ou acentuadas reviravoltas teóricas. Pelo contrário, seu trabalho parece seguir uma linha mais ou menos contínua de desenvolvimento. Distinguir, então, duas fases em seu pensamento configura-se mais como um recurso didático para identificar um primeiro momento de germinação de suas idéias e um segundo momento, no qual estas já se encontram mais ou menos solidificadas.

⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Harvard University Press., Massachusetts, 1971 [trad. bras., *Uma Teoria da Justiça*, trad. Jussara Simões, rev. Álvaro de Vita, São Paulo, Martins Fontes, 1997].

⁷ Em Rawls, essa delimitação de dois momentos distintos em sua teoria é mais facilitada, uma vez que ele empreende, em *O liberalismo político*, uma série de revisões em algumas das idéias apresentadas em *Uma Teoria da Justiça*. No entanto, não há uma drástica ruptura. Porém, as revisões por ele empreendidas são suficientes para permitir uma distinção mais nítida de uma segunda fase em sua teoria. As reformulações aqui mencionadas serão trabalhadas no capítulo 5, mas aqui já é possível explicitá-la, a partir do próprio Rawls diz ter feito em *O liberalismo político*: “na verdade, pode parecer que o objetivo e o teor dessas conferências indicam uma grande mudança em relação aos de Teoria. Certamente, como já ressaltai, existem diferenças importantes. [...] Elas decorrem, em outras palavras, do fato de a descrição de estabilidade, na Parte III de Teoria, não ser coerente com a visão em sua totalidade. A eliminação dessa incoerência, creio, responde pelas diferenças entre aquela obra e a presente. De resto, as conferências aqui apresentadas acatam substancialmente a mesma estrutura e teor de Teoria.” Cf. Rawls, John. *O Liberalismo Político*, 2ª ed., trad. Dinah de Abreu Azevedo, rev. Álvaro de Vita, São Paulo, Ática, 2000, p. 23.

⁸ Essa interpretação do equilíbrio reflexivo é dworkiniana. O aprofundamento desse método será feito na seção 3.1.1.

No entanto, com a passagem para a segunda fase no pensamento de cada um deles, verifica-se, de forma acentuada, um movimento de distanciamento intelectual entre ambos. Dworkin, já a partir de *Uma questão de princípio*⁹, passa a defender que a interpretação dos conceitos políticos importantes, como o direito e a justiça, não pode prescindir de uma referência à ética, isto é, ao que as pessoas, em última instância, julgam ser valioso na vida humana. É justamente esse o ponto de vista atacado por Rawls em *O liberalismo político*. Nesse sentido, ele defende que, dado o fato do pluralismo, ou seja, dado que em uma sociedade democrática os indivíduos professam concepções distintas do que tem valor numa vida, a concepção de justiça deve ser justificada de forma neutra em relação às doutrinas abrangentes do bem.¹⁰ Essa exigência de imparcialidade, faz com que o liberalismo de Rawls seja limitado pelo domínio do político¹¹, enquanto que Dworkin defende um liberalismo abrangente.

Em linhas gerais, a divergência teórica entre esses dois autores passa a gravitar, então, em torno da questão de se a interpretação dos valores políticos deve ou não levar em consideração a moral abrangente, rumo à ética e à concepção de bem do indivíduo ou de sua comunidade, como defende Dworkin, ou se a interpretação deve lidar com os valores de forma limitada ao âmbito do político, como defende Rawls.

Essa divergência substantiva, no entanto, pode ser encarada também sob o prisma metodológico. Após, então, o primeiro momento de convergência, a presente dissertação reconstituirá o desenvolvimento teórico desses dois autores na segunda fase do pensamento de ambos, explicitando a divergência acima mencionada sob o ponto de vista do método do equilíbrio reflexivo.¹² Aqui já se deixa explicitado, é o que se defenderá, que o método do

⁹ *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

¹⁰ Segundo Rawls, uma doutrina é abrangente “quando inclui concepções sobre o que é valioso na vida humana e o ideal de caráter pessoal, assim como ideais de amizade, de relações familiares e associativas, e muito mais ainda que deve informar nossa conduta, no limite de nossa vida como um todo.” Rawls, *O liberalismo político*, p. 13.

¹¹ Isto é, a justiça é política, pois seu objeto é a estrutura básica da sociedade. Além disso ela é auto-sustentada (freestanding), ou seja, não se justifica a partir de uma concepção abrangente do bem, mantendo uma posição de imparcialidade em relação às doutrinas abrangentes do bem de uma sociedade plural.

¹² É o próprio Dworkin quem verifica como essa divergência substantiva pode ser encarada a partir do ponto de vista metodológico, explicitando como ele entende o equilíbrio reflexivo de forma distinta de Rawls: “minha recomendação é semelhante ao método de equilíbrio reflexivo de Rawls, que pretende alinhar nossas intuições e teorias sobre a justiça. Todavia, a diferença com a metodologia de Rawls é mais surpreendente do que as semelhanças, pois o equilíbrio que, acredito, a filosofia deve procurar, não fica restrito, como no caso dele, aos fundamentos constitucionais da política, mas abrange o que ele chama de teoria ‘abrangente’, que inclui tanto a moral pessoal quanto a ética. Se a filosofia política não for abrangente em suas ambições, deixará de resgatar a percepção crucial de que os valores políticos são integrados, e não autônomos.” DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, p. 228-9.

equilíbrio reflexivo, com suas respectivas revisões, continua sendo na segunda fase do pensamento de ambos, de crucial importância em suas respectivas teorias.

Muito se falou de método nos parágrafos anteriores. Trata-se, contudo, de conceito carregado de ambigüidade, possuindo alguns sentidos que talvez sejam dissonantes do que aqui se diz. Dessa forma, para que fique claro esse aspecto do trabalho, é necessário antecipar a estrutura do argumento que se seguirá nessa dissertação, de modo a tentar esclarecer não apenas essa ambigüidade, mas também do que afinal se trata este trabalho.

No capítulo segundo, como se verá, a introdução ao pensamento de Dworkin não pode ser apropriadamente realizada sem que suas idéias sejam confrontadas com o positivismo jurídico de Hart. A primeira grande obra de Dworkin, *Levando os direitos a sério* é, então, dedicada a desconstruir o positivismo jurídico de Hart e, ao fazê-lo, desenvolver uma teoria do direito assentada no pressuposto de que os indivíduos possuem direitos contra o Estado, cuja existência precede sua criação pela legislação expressa.¹³

A crítica de Dworkin a Hart foi por este respondida,¹⁴ e por aquele replicada.¹⁵ Segundo Scott Shapiro, o debate “Hart-Dworkin” tornou-se objeto de obsessão dos juristas anglo-americanos, alguns defendendo Hart, outros defendendo Dworkin contra os defensores de Hart.¹⁶ Diversos temas foram aprofundados por diversos desses autores e o esforço de Shapiro foi direcionado para tentar identificar o núcleo desse debate.¹⁷ Segundo Shapiro, o debate gravitaria em torno da relação entre legalidade e moralidade, o que aqui não se nega como sendo de fato este, em última instância, o tema de disputa entre esses dois autores. No entanto, na visão de Dworkin, a divergência metodológica seria a outra face da divergência substantiva. Dessa forma, a réplica de Dworkin desenvolve justamente

---

¹³ DWORKIN, *Introdução de Levando os Direitos a Sério*, p. XIII. Esse livro é, no entanto, uma coletânea de artigos escritos em separado. No entanto, ao reuni-los, nota-se claramente um encadeamento lógico entre seus textos, de modo a defender uma teoria não apenas geral, mas em uma boa medida, também completa. Uma teoria geral, na visão de Dworkin, possui uma parte normativa e uma parte conceitual. Em suas palavras, “sua parte normativa deve examinar uma variedade de temas, indicados na relação que segue. Ela deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei. Essas três teorias tratam das questões normativa dos direitos, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum.” *Introdução de Levando os direitos a sério*, p. VIII. O positivismo jurídico, em sua visão, seria a parte conceitual de uma teoria geral que teria o utilitarismo como sua parte normativa.

¹⁴ Hart, Pós-Escrito, constante em seu *O conceito de direito*, 5ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 24, nº 1, 2004, pp. 1-37.

¹⁶ SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*, working paper no. 77, march 2007, disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657>.

¹⁷ Idem, p. 5.

a questão metodológica, criticando o método descritivo de Hart e propondo um método mais apropriado para lidar com os problemas jurídicos.¹⁸

Segundo Hart, sua análise constitui um ensaio de sociologia descritiva. Sua teoria seria apenas e tão somente uma descrição apropriada de uma prática social, a prática jurídica. Para Hart, seria possível descrever sem incorrer em avaliação, ainda que o objeto da descrição seja ele mesmo uma avaliação. Assim, na definição do direito, compete ao teórico observar externamente a prática jurídica, descrevendo-a objetivamente.¹⁹ Ao fazê-lo, o teórico não deve justificar essa prática ou criticá-la à luz de critérios morais independentes. A crítica de Dworkin atinge diretamente a metodologia descritiva de Hart. Para Dworkin, não é possível analisar o direito sem avaliá-lo moralmente. Essa articulação entre descrição e justificação da prática jurídica é intrínseca na teoria do direito. Sendo assim, o teórico, em sua empreitada de definição do direito, não consegue descrever a prática jurídica sem justificá-la moralmente. Hart, por sua vez, sustenta que o teórico do direito pode-se colocar em uma posição privilegiada, acima e de fora da prática jurídica, possibilitando uma descrição neutra e desengajada.²⁰

Dworkin defende que o teórico do direito deve atentar para os fatos que integram a prática jurídica, mas não pode prescindir da argumentação que os juristas utilizam nessa prática.²¹ É do correto equacionamento entre a dimensão empírica do direito, as normas e precedentes, dentre outros, com a dimensão de justificação moral, ou seja, das razões fundamentadas em princípios utilizadas pelos juristas, é que Dworkin irá encontrar a sua chave para a teoria do direito. Uma das contribuições mais relevantes de Dworkin para a teoria geral do direito é o desenvolvimento de um método que articula, de forma apropriada, essas duas dimensões da prática jurídica.

É dessa forma que se deve entender em que sentido metodológico se deu a influência das idéias de Rawls no método de Dworkin. No capítulo terceiro deste trabalho, argumentar-se-á que esse método encontra inspiração direta na idéia de equilíbrio reflexivo rawlsiano. Também se defenderá que desnudar essa influência possibilita um ganho

---

¹⁸ De fato, a questão metodológica é utilizada por Dworkin como ponto de partida para responder ao Pós-Escrito de Hart. Cf. Dworkin, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, p. 199-203.

¹⁹ Cf. Hart, *Pós-Escrito*, p. 306.

²⁰ Cf. Hart, *Pós-Escrito*, pp. 300-6.

²¹ Mesmo porque, é o que sustenta Dworkin, o que constitui um fato da prática jurídica já depende de uma determinada concepção de direito justificada moralmente. Ver seção 4.4.

relevante de compreensão da teoria do direito de Dworkin, e de como se dá a interação entre a dimensão empírica e moral do direito.²²

A sugestão de que seu método, de alguma forma, deriva do método do equilíbrio reflexivo de Rawls, é fornecida pelo próprio Dworkin. Segundo ele, Rawls, em sua análise em torno do conceito de justiça, não presumiu que todos que utilizam o conceito de justiça compartilham o mesmo entendimento acerca do que torna uma instituição justa ou injusta, pois os indivíduos possuem concepções de justiça diferentes.²³ Há, no entanto, uma certa concordância em torno de algumas questões paradigmáticas sobre justiça – a escravidão é injusta, a morte de crianças inocentes é injusta etc. Nas palavras de Dworkin,

Rawls recomendou, portanto, que os filósofos da justiça se engajassem no projeto interpretativo que chamou de ‘busca do equilíbrio reflexivo’. Tentamos criar princípios que tinham um certo alcance geral e harmonizar esses princípios gerais com os julgamentos concretos sobre o que é justo e injusto com os quais começamos, mudando nossas concepções tanto sobre os princípios quanto sobre os julgamentos concretos, ou sobre ambos, na medida em que se torne necessário chegar a um ajuste interpretativo.²⁴

Dworkin reformula esse exercício, transportando-o para o direito. Nesse caso, parte-se de algumas instâncias paradigmáticas do direito, ou seja, coisas com as quais todos, ou pelo menos a maior, concordariam que integram o direito de uma dada comunidade – por exemplo, todos, ou quase todos, concordariam que o Código Civil integra o direito brasileiro, possuindo validade. A seguir, desenvolve-se o outro pólo do equilíbrio, por meio da criação de uma concepção adequada de legalidade, “isto é, uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade.”²⁵

Argumentar-se-á que esse método está por trás da concepção de direito desenvolvida por Dworkin em *Levando os direitos a sério*, inclusive em sua teoria dos

---

²² As denominações corretas, no vocabulário dworkiniano, para essas duas dimensões são ajuste e justificação. Aqui utilizou-se um vocabulário menos preciso, mas de compreensão mais direta e intuitiva, condizente com os objetivos desta introdução.

²³ Sobre a distinção entre conceitos e concepções ver seção 2.3.1.

²⁴ DWORKIN, *Rawls and the law*, p. 1.391.

²⁵ DWORKIN, *Rawls and the law*, p. 1.392.

casos difíceis e na criação do método do juiz Hércules.²⁶ Em *O império do direito*, o método interpretativo ali concebido, reflete em grande medida a idéia de equilíbrio reflexivo rawlsiano. Porém, a convergência que se verificava entre as primeiras fases dos pensamentos de Dworkin e Rawls é atenuada com a passagem para a segunda fase de ambos. A avaliação dessa divergência será realizada nos capítulos quatro e cinco, que tratarão, respectivamente, de Dworkin e de Rawls.

O debate que será realizado nesses dois capítulos levará esse trabalho para longe do direito e para perto da filosofia política. Isso foi inevitável, na medida em que constitui um aspecto marcante da teoria do direito de Dworkin que haja essa interdependência entre o direito e a moral. Mas Dworkin vai além, e defende uma continuidade entre a moralidade política e ética. Como já salientado nessa introdução, para a interpretação dos conceitos políticos importantes, como o direito e a justiça, Rawls defende uma limitação ao domínio do político. Para ele, a dimensão de justificação não pode se sustentar a partir de uma doutrina abrangente do bem, dado o fato do pluralismo e a exigência liberal de imparcialidade. Esses pontos de vista antagônicos refletem no direito. O capítulo sexto ilustrará esse debate, explorando alguns possíveis modos pelos quais o direito pode absorver essa divergência.

Muito se falará, aqui, sobre Rawls. Mas talvez já tenha ficado claro que essa dissertação objetiva aprofundar a compreensão da teoria do direito de Dworkin. O objetivo central deste trabalho é justamente esse, expandir a compreensão da teoria do direito de um autor que tem sido cada vez mais relevante no debate jurídico brasileiro, mirando, em última instância, questões práticas relevantes. Encontrar as raízes de algumas das idéias de Dworkin não apenas joga luzes sobre alguns aspectos mais controversos de sua teoria, como também contribui para uma maior compreensão da natureza mesma do direito, de sua relação com a moral e de como lidar com ela. O impacto que o direito sofre a partir da adoção de concepções de justiça distintas é um sinal de como essa difícil relação precisa ser continuamente estudada. A questão de como fazer isso coloca em foco o problema metodológico.

---

²⁶ Dworkin, *Casos Difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*.

2 O DEBATE HART-DWORKIN – UMA DIVERGÊNCIA METODOLÓGICA

Foi diversas vezes mencionado na Introdução deste trabalho que se objetiva aqui aferir a influência de Rawls na teoria do direito desenvolvida por Dworkin. O presente capítulo, no entanto, trata de um outro debate, o debate Hart-Dworkin. Um dos motivos para se iniciar o desenvolvimento deste trabalho não pela exposição pura e simples da teoria do direito de Dworkin, mas sim pelo contraste desta com a de outro teórico, é que o ponto de partida utilizado por Dworkin, desde os seus primeiros escritos, é justamente a crítica ao positivismo jurídico de Hart. A teoria do direito de Dworkin é concebida para ser uma alternativa melhor ao positivismo jurídico. Seu esforço teórico inicial é dirigido no sentido de desconstruir as teses positivistas e, a partir disso, introduzir suas próprias idéias. Os dois artigos seminais de Dworkin que integram a sua primeira grande obra, *O Modelo de Regras I e II*, constituem-se, então, em poderosa crítica à teoria hartiana. O texto *Casos Difíceis* complementa as idéias desses outros dois, apresentando uma teoria voltada para a resolução dos casos difíceis que colocasse em xeque a tese do poder discricionário forte, uma das teses centrais do positivismo.

O fato de que Dworkin tenha desenvolvido sua teoria a partir do contraste com a teoria de Hart talvez seja razão suficiente para aqui percorrer o mesmo caminho, ou seja, apresentar a teoria de Dworkin também por meio do contraste de suas idéias com as teses positivistas. Há, no entanto, uma razão adicional e mais relevante para os fins deste trabalho. Como se verá ao longo de todo este capítulo, o debate Hart-Dworkin envolve uma grande variedade de temas, uma vez que as teorias de ambos os autores são gerais, no sentido de que tentam fornecer subsídios para a resolução de quase todos, senão todos, os problemas teóricos relacionados à prática jurídica. Apesar dessa grande variedade temática, à medida que se vai dissecando esse debate, nota-se que é possível identificar um núcleo em torno do qual as demais questões gravitariam. Aliás, estas seriam mais ou menos resultantes dessa divergência fundamental. Argumentar-se-á, então, que esse centro de divergência corresponde justamente ao ponto de vista metodológico adotado por cada autor, os quais podem ser assim resumidos. Na visão de Hart, seu empreendimento é puramente descritivo. Essa descrição, conforme ele argumenta, seria neutra e desengajada. Isto é, o teórico, ao estudar o direito, deve-se colocar em uma posição de fora e acima da prática jurídica, descrevendo-a como um sociológico descreve qualquer outra prática

social. Dworkin rejeitará essa idéia argumentando que não é possível teorizar sobre direito (interpretá-lo, descrevê-lo etc) dessa forma neutra. A compreensão do direito, para ele, envolveria uma dimensão de justificação ou avaliação moral, da qual não se pode prescindir. Ele sustentará que não é possível cindir a descrição da avaliação moral da prática jurídica. Ao aprofundar a crítica ao método descritivo de Hart, Dworkin abre as portas para o método interpretativista que é apresentado de forma mais ou menos completa e acabada em *O Império do Direito*. Como se notará ao longo deste trabalho, Dworkin rejeita a descrição neutra e a partir do seu esforço em compreender como se dá a relação entre a descrição da prática jurídica e sua justificação é que ele desenvolve seu método interpretativo.

O debate Hart-Dworkin se transfigura, então, em um debate metodológico.²⁷ Dessa forma, esse capítulo irá tentar esclarecer em que sentido Hart se envolve em uma empreitada descritiva e em que termos se dá a crítica de Dworkin. Apesar do foco ser metodológico, não se poderá chegar a ele sem se apreciar diretamente os aspectos mais substantivos de suas teorias, como, por exemplo, o modo com que cada autor entende a resolução dos casos difíceis. É na defesa de seus pontos de vista substantivos que a divergência metodológica exsurge mais claramente.²⁸

Dessa forma, ao lidar com o debate Hart-Dworkin mirando, em última instância, a divergência metodológica existente entre eles, não se perderá de vista os objetivos deste trabalho. Como o foco aqui é justamente a avaliação do método interpretativo de Dworkin à luz da influência exercida pelo método do equilíbrio reflexivo rawlsiano, a reconstituição do debate Hart-Dworkin tendo como fio condutor a crítica ao método descritivo hartiano será pertinente para o correto esclarecimento do ponto de vista de Dworkin.

Duas ressalvas devem aqui ser feitas. O debate Hart-Dworkin tem início com os artigos constante em *Levando os Direitos a Sério*, mas não cessou aí. Dworkin seguiu desenvolvendo sua teoria tendo sempre em Hart um dos seus principais interlocutores. De *Levando os Direitos a Sério* até seus mais recentes trabalhos, Dworkin diversas vezes entendeu ser necessário reforçar ou modificar a crítica ao positivismo, optando quase sempre pela crítica deste em sua versão hartiana. Hart, por sua vez, em apenas algumas

---

²⁷ Esse argumento envolve alguma controvérsia, já que parece divergir, por exemplo, da conclusão de um dos principais comentadores desse debate. Ver SHAPIRO, Scott J., *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=968657>. No momento oportuno, essa controvérsia será esclarecida, e essa assertiva, de que a divergência metodológica encontra-se no núcleo do debate Hart-Dworkin, será não só defendida como também contrastada com a conclusão de Shapiro.

ocasiões respondeu as críticas de Dworkin. Aliás, o texto em que Hart se propôs a responder as críticas de Dworkin de forma completa e estruturada não pôde ser finalizado, vindo ele a falecer antes de tê-lo concluído. Trata-se do *Pós-Escrito* constante na segunda edição de *O Conceito de Direito*. Não é possível afirmar, com certeza, se Hart ainda empreenderia muitas alterações nesse texto ou se ele julgava estar satisfeito com a sua forma final. Ainda assim, Dworkin respondeu o contra-ataque de Hart em um artigo no qual ele analisa, por completo, esse Pós-Escrito. Esse texto, intitulado *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, foi originalmente publicado em 2004.²⁹ Trata-se, portanto, de um dos mais recentes trabalhos de Dworkin, que já expressa as idéias mais maduras e esclarecidas desse autor. Por oportuno, mencione-se que o *Modelo de Regras I* foi originalmente publicado em 1967. Ou seja, a réplica de Dworkin é de quase quarenta anos depois de seu ataque inicial, sendo que a defesa de Hart sequer foi por este finalizada, tendo esse falecido em 1994, e tornada pública postumamente.

Trata-se, portanto, de um debate que tomou praticamente a vida toda de dois autores. Não é possível, então, acompanhar todos os movimentos dessa batalha. Tampouco se pretende apontar um vencedor, como alguns fizeram.³⁰ Diante disso, foi sentida aqui a necessidade de ser feito um recorte e selecionar as idéias mais importantes tendo em vista os propósitos deste trabalho. Por esta razão, algumas questões importantes são negligenciadas, como a divergência em torno da objetividade, a tese da resposta correta, uma análise mais minuciosa da regra de reconhecimento etc. A idéia aqui é reconstituir o debate até que seja alcançado o ponto em que os autores divergem em torno da metodologia subjacente às suas teorias, com a defesa do ponto de vista descritivo e desengajado por parte de Hart e a subsequente discordância de Dworkin.

Além dessa dificuldade, há uma segunda ressalva a ser feita. Como explicitado na Introdução e como ficará mais claro no momento oportuno,³¹ há duas fases no pensamento de Dworkin. Essas fases, contudo, não são estanques. De fato, há mais continuidade do que rupturas ao longo de seus trabalhos, ainda que muitas das idéias iniciais de Dworkin tenham sido modificadas, desenvolvidas e, algumas vezes, completamente abandonadas. Nem sempre ficará claro, então, se determinada idéia ou argumento apresentado ao longo

²⁸ Será uma tônica desta dissertação trabalhar com as questões metodológica de forma indissociada de questões substantivas. Uma discussão dessa relação é realizada na seção 3.1.3.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 24, n° 1, 2004, pp. 1-37.

³⁰ Leiter, Brian. Beyond the Hart-Dworkin Debate: The methodology problem in jurisprudence, U of Texas Law, Public Law Research, Paper n. 34, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781.

deste capítulo integra a primeira ou a segunda fase de seu pensamento. Essa cisão ganha relevância apenas quando é estabelecido um paralelo de sua teoria com a teoria de Rawls. Por essa razão, quando o debate Rawls-Dworkin for desenvolvido, será necessário dar um passo atrás em relação ao desenvolvimento das idéias de Dworkin apresentados nesse capítulo. Sendo assim, no presente capítulo, o debate Hart-Dworkin será desenvolvido extrapolando-se a primeira fase do pensamento deste último. Caso contrário, como ficará claro ao longo desse capítulo, não se poderá alcançar a verdadeira divergência teórica entre esses dois autores.

2.1 O positivismo jurídico de Hart – o direito como uma regra social de reconhecimento

Segundo Hart, haveria três questões recorrentes no debate jusfilosófico, em torno das quais as diversas teorias e tentativas de definições de direito girariam. São elas: “como difere o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?”³² Para ele, a resposta a tais questionamentos geraria uma perplexidade para os juristas tamanha, que o direito passou a ser encarado de forma até mesmo anti-intuitiva.

Hart então coloca essas questões como um problema de definição do conceito de direito.³³ Dworkin, em razão disso, afirma que ele estaria no mesmo barco que Hart, pois ambos acreditam “que entenderemos melhor a prática e os fenômenos jurídicos se nos propusermos a estudar – não o direito em alguma de suas manifestações específicas, como a responsabilidade civil do fabricante de produtos na Escócia, mas o próprio conceito de direito”.³⁴ A idéia por trás disso é que a definição de uma palavra pode fornecer um mapa que demonstra claramente as relações sentidas entre o respectivo objeto e as outras coisas. A definição possibilita que a um só e ao mesmo tempo se torne explícito o princípio latente que guia o uso de uma palavra e pode manifestar relações entre os tipos de fenômenos a que se aplica tal palavra e outros fenômenos.³⁵ Discorrendo sobre a impossibilidade de ser

---

³¹ Ver capítulo 4.

³² HART, *O conceito de direito*, p. 18.

³³ Ver a crítica de Dworkin às teorias semânticas nas seções 2.3.1 e 4.1.

³⁴ DWORKIN, *O Pós-Escrito de Hart e a questão da filosofia política*, reimpresso em *A justiça de toga*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev. Fernando Santos e Alonso Reis Freire, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 206.

³⁵ HART, *O conceito de direito*, p. 19.

dada uma definição concisa para o direito e as diversas tentativas de fazê-lo, Hart indica um melhor caminho para lidar com essas persistentes e problemáticas questões.

Há, claro, muitos outros tipos de definição, [...] mas parece nítido, quando recordamos a natureza das três questões principais que identificamos como subjacentes à questão recorrente ‘o que é o direito?’ que nada de suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição, lhe podia dar resposta satisfatória. As questões subjacentes são demasiado diferentes umas das outras e demasiado fundamentais para serem capazes deste tipo de resolução. A história das tentativas para dar definições concisas mostrou isso. Contudo, o instinto que frequentemente reconduziu estas três questões conjuntamente a uma única pergunta ou pedido de definição não foi mal orientado; porque, como mostraremos no decurso deste livro, é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que forma uma parte comum da resposta a todas as três questões.³⁶

O trecho final desse excerto é esclarecedor. Hart buscar isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que pudesse funcionar como um critério identificador da prática jurídica. Por meio dele, por exemplo, o direito poderia ser devidamente distinguido da moral e das meras ordens mediante ameaças, assim como se poderia distinguir as regras jurídicas das demais regras sociais etc, dando uma resposta àquelas três questões persistentes que tanto têm incomodado os juristas. Como se verá adiante, para Hart, esse conjunto central de elementos é resumido na idéia de direito como união entre dois tipos de regras, as primeiras e as secundárias.

Ele assevera, no entanto, que definir o direito como uma união de regras primárias e secundárias não deve ser entendido como uma explicação semântica do conteúdo da palavra “direito”, mas sim como uma descrição de uma prática social, a prática jurídica. A definição em torno do conceito de direito que Hart e Dworkin objetivam não se resume a uma divergência semântica, como se as questões que intrigam os teóricos do direito pudessem ser resolvidas por meio da adequada identificação dos critérios compartilhados pelas pessoas no uso da palavra “direito”. Em outras palavras, a definição de um conceito não se limita a captar a carga semântica de uma palavra, como se a o problema de

---

³⁶ HART, *O conceito de direito*, p. 21.

definição do direito se resumisse a uma mera questão lingüística. A definição é fruto de um esforço teórico tenta descrever uma prática social, isto é, a prática jurídica.³⁷

Como então explicar o direito sem recair em uma mera identificação dos critérios compartilhados que guiam o uso dessa palavra? A idéia de Hart é que isso pode ser feito se colocando de fora e acima do direito, como um observador objetivo e externo, buscando encontrar uma descrição apropriada da prática jurídica que resolvesse essas questões persistentes. É, então, por meio da observação precisa da prática jurídica que se pode definir corretamente o direito, fazendo com que este possa ser distinguido das meras ordens baseadas em ameaças e da moral.

Ao se colocar nessa posição objetiva, externa e desengajada, Hart passa a observar os padrões de comportamento na sociedade, verificando que alguns destes se caracterizariam como meros hábitos, enquanto que outros se configurariam como regras. De fato, tanto as regras como os hábitos são gerais, isto é, são condutas repetidas pela maioria dos integrantes de um determinado grupo social. Regras e hábitos coincidem, portanto, nesse seu aspecto externo, ou seja, ambos podem ser verificados por um observador externo, detectando-os como padrões de conduta social. No entanto, as regras possuem três importantes diferenças dos hábitos.

Em primeiro lugar, um hábito se configura como uma mera convergência comportamental de fato. O exemplo fornecido por Dworkin é ilustrativo.³⁸ Pode-se afirmar, por exemplo, que os paulistanos possuem o hábito de ir aos cinemas pelo menos uma vez por mês. Trata-se de uma mera convergência comportamental e os desvios não são suscetíveis à crítica, pelo menos não da mesma forma que um desvio de uma regra produz. Um paulistano que deixa de ir ao cinema pode ser criticado por estar negligenciando sua educação e cultura, mas não seria criticado por desobediência. Em segundo lugar, agir contrariamente a um hábito em geral não produz consequências da mesma forma que agir contrariamente a uma regra. Desviar-se do padrão de comportamento estatuído por uma regra não só se produz tal crítica, mas, como afirma Hart, “o desvio ao padrão é geralmente aceito como uma boa razão para a fazer”.³⁹ Isto é, a

---

³⁷ Essa ressalva pode parecer um pouco deslocada aqui. Mas ela é a base de uma importante defesa de Hart contra uma séria acusação de Dworkin. Segundo este, Hart seria um teórico semântico, pois a teoria do direito se resumiria à uma identificação dos critérios lingüísticos pelos quais as pessoas identificam o direito. Ver seções 2.3.1 e 4.1 deste trabalho.

³⁸ O exemplo que segue é adaptado de Dworkin.

³⁹ HART, *O conceito de direito*, p. 65.

crítica é encarada como justificada ou legítima, ainda que haja uma minoria no grupo que persiste na infração da regra ou que recuse a aceitá-la como tal.⁴⁰

Essas duas diferenças são, na verdade, as faces de uma terceira e mais fundamental diferença – somente as regras possuem um *aspecto interno de aceitação*. O hábito, como uma mera convergência de comportamento, não exige dos membros de um determinado grupo social uma ação consciente em agir em conformidade com o padrão. Não é necessário sequer que eles saibam que um dado comportamento constitui um padrão de conduta social para que seja constituído o hábito. Com as regras acontece o inverso. Ou seja, “para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Uma regra tem um aspecto interno, para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar”.⁴¹

Esse aspecto interno não pode ser confundido como uma simples questão de sentimento. O ponto levantado por Hart é que não há contradição em se dizer que as pessoas aceitam certas regras, ainda que não se sintam, em termos psicológicos, compelidos a observarem a conduta estatuída pela regra. Hart assevera que, “o que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas, o que tudo se expressa caracteristicamente na terminologia normativa do ‘ter o dever de’, ‘ter de’ e ‘dever’, ‘bem’ e ‘mal’”.⁴² Quando há uma regra social, o aspecto interno se torna latente, na medida em que as pessoas envolvidas naquela prática social tomam aquele padrão como um guia de conduta, como uma boa razão para conduzir-se de tal modo ou infligir mal a alguém quando este se desvia da conduta padrão. Saliente-se que um observador sensível pode conseguir captar este aspecto interno, mas caso ele fique confinado no aspecto externo ele não captará nada além de padrões. Ainda assim, não se faz necessário que o observador tome o ponto de vista interno da prática para detectar esse aspecto interno – este pode ser detectado em razão de suas conseqüências externamente observáveis.

---

⁴⁰ HART, *O conceito de direito*, p. 65.

⁴¹ HART, *O conceito de direito*, p. 65.

⁴² HART, *O conceito de direito*, p. 66.

Seguindo no argumento de Hart, se ele, em um primeiro momento, observa os padrões de comportamento de um dado grupo social para distinguir, dentre eles, os hábitos das regras sociais, o passo seguinte é distinguir, no gênero das regras aquelas que seriam especificamente jurídicas. Nesse sentido, ele então detecta uma característica marcante das regras jurídicas, de que “onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória”.⁴³ Ou seja, haveria determinado tipos de regras sociais que seriam dotadas de uma característica peculiar, que é uma certa e específica obrigatoriedade em sua observância. Assim, pode-se distinguir regras que definem obrigações das demais regras sociais, como no caso das regras de etiqueta, em que há uma regra social sem contudo existir o correlato de uma obrigação, pelo menos não no sentido especial que a seguir se especifica. Hart detecta três idéias em torno de uma obrigação social. Em primeiro lugar, há uma pressão social séria subjacente a este tipo específico de regras. Em segundo lugar, essas regras são consideradas importantes, pois se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado. Em terceiro lugar, a pessoa pode estar obrigada a fazer algo contrário ao que ela mesma deseja fazer.⁴⁴

As regras que estatuem obrigações são denominadas por Hart de regras primárias, sendo perfeitamente possível existir uma sociedade regida apenas por estes tipos de regras.⁴⁵ No entanto, o que marca a passagem de uma sociedade primitiva, regida apenas por regras primárias, para uma sociedade jurídica é o advento de regras secundárias. É na combinação de regras primárias e regras secundárias que se encontra a “chave para a ciência do direito”.⁴⁶ Ressalte-se que as regras secundárias são regras sociais da mesma forma que as regras primárias o são. Elas possuem, portanto, tanto um aspecto interno quanto um aspecto externo de observância. No entanto, as regras secundárias caracterizam-se por serem relativas às regras primárias. Enquanto que as regras primárias se dirigem à conduta dos indivíduos, às regras secundárias dirigem-se às próprias regras primárias. Nas palavras de Hart, as regras secundárias “especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e

---

⁴³ HART, *O conceito de direito*, p. 92.

⁴⁴ HART, *O conceito de direito*, p. 97.

⁴⁵ Ou seja, nem sempre que se encontre uma regra primária se estará diante de uma regra jurídica. É possível existir obrigações determinadas por regras sociais primárias que não necessariamente se configurem como regras jurídicas. O aspecto decisivo para a juridicidade de uma regra é sua referência a uma regra secundária de reconhecimento, como adiante asseverado.

⁴⁶ HART, *O conceito de direito*, p. 91.

alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável.”⁴⁷

Hart identifica três tipos principais de regras secundárias: a regra de reconhecimento, a regra de alteração e a regra de julgamento, sendo a primeira delas a mais importante e conhecida de todas na caracterização da teoria do direito hartiana. A noção dos dois últimos tipos de regras secundárias é mais ou menos intuitiva. Já a noção de regra de reconhecimento requer alguma elucidação, encontrando nas palavras de Hart a sua melhor explicação:

Esta [a regra de reconhecimento] especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência de uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que exerce. [...] o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como um modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação.⁴⁸

A validade jurídica de uma regra, portanto, dá-se segundo sua referência à regra de reconhecimento. Dizer que uma dada regra primária é válida é dizer que ela passou nos testes indicados por uma regra secundária de reconhecimento. Naturalmente, que somente em algumas exceções a regra de reconhecimento é formulada expressamente. Em geral, a existência de uma regra de reconhecimento, assim como o seu conteúdo, é captado pelo modo com que ela se manifesta, ou seja, no modo pelo qual os participantes do jogo jurídico identificam as regras primárias. Lembrando que a regra de reconhecimento é também uma regra social, ou seja, é um padrão ou um guia de ação dos indivíduos dotadas de um aspecto interno de aceitação. Levando-se em conta essas características das regras secundárias, faz-se possível identificar uma regra de reconhecimento em razão de sua manifestação concreta na identificação dos indivíduos, especialmente dos funcionários, oficiais e juízes, das regras primárias. Ademais, podemos passar gradativamente de uma regra de reconhecimento a outra regra de reconhecimento, até encontrarmos um critério

---

⁴⁷ HART, *O conceito de direito*, p. 104.

⁴⁸ HART, *O conceito de direito*, p. 104.

último de validade da ordem jurídica.⁴⁹ Ela se faz sentida como um padrão de julgamento para os indivíduos, sendo dotada de um aspecto interno de aceitação de grande relevância. A regra de reconhecimento, como declara Hart, possui uma existência real, e a pessoa que faz uma inferência de validade de uma regra primária a aceita como pertinente ao sistema e seu emprego real no funcionamento do ordenamento jurídico. A existência da regra de reconhecimento é, portanto, uma questão de fato.⁵⁰

Na realidade, Hart cuida de asseverar que a regra de reconhecimento última como uma questão de fato ou de direito depende do ponto de vista que se adota. Do ponto de vista do funcionamento do sistema jurídico, considerando as afirmações de validade das normas, a norma de reconhecimento última é direito. Isto, no entanto, não invalida a assertiva de que a regra última de reconhecimento é um fato, por se tratar de uma prática efetiva do sistema, isto é, de uma regra social. Ele conclui afirmando que, para a existência de um ordenamento jurídico, a regra de reconhecimento deve ser objeto de uma aceitação mais ou menos geral e oficial. Como se nota, há um aspecto de publicidade institucional na visão hartiana.

Um último aspecto da teoria de Hart deve ser elucidado. Hart possui uma teoria dos casos difíceis, assentada na idéia de que uma diversidade de regras jurídicas possuem uma textura aberta. Vale dizer, o direito é, em uma boa medida, indeterminado. Nem todos os casos podem ser previstos pelo material jurídico disponível, tampouco as regras positivadas podem ser formuladas de tal modo a serem aplicadas de forma inquestionável. Segundo Hart, este é um aspecto de nossa própria condição, do fato de sermos homens e não deuses, e não conseguimos prever todas as possibilidades e hipóteses de controvérsias judiciais. Para ser mais exato, segundo Hart,

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.⁵¹

---

⁴⁹ Este raciocínio é semelhante ao empreendido por Kelsen em sua estrutura escalonada e piramidal da ordem jurídica, encontrando seu ápice na norma fundamental, que é uma norma hipotética e pressuposta. No entanto, a regra última de reconhecimento, na teoria de Hart, não é pressuposta. Trata-se de uma regra social, e portanto, um fato externamente observável.

⁵⁰ HART, *O conceito de direito*, pp. 120-1.

⁵¹ HART, *O conceito de direito*, p. 148.

Como se nota, a textura aberta do direito decorre em parte da incapacidade humana em prever todas as condutas e regulá-las de modo preciso e inequívoco, e também em parte da habilidade humana em deixar espaço para que os casos difíceis possam ser avaliados em suas peculiaridades, sendo mais bem resolvidos pelos juízes e demais funcionários públicos à luz das circunstâncias concretas. Sendo assim, o juiz diante de um caso difícil, ou seja, de um caso no qual o direito disponível não aponta uma decisão específica, no qual não há uma regra anterior inequívoca que possa solucioná-lo, possui o poder discricionário para resolvê-lo. Nesse sentido, os tribunais funcionam como órgãos legislativos delegados, semelhante ao exercício de poderes delegados na elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Trata-se, evidentemente, de uma função criadora, chegando Hart a negar a tese de que os tribunais possuem, mesmo nesses casos difíceis, a tarefa de interpretar a lei, procurar a intenção do legislador e aplicar o direito existente.⁵²

2.2 O ataque de Dworkin ao modelo de direito hartiano

A teoria do direito de Hart se assenta na idéia de que os direitos e obrigações são correlatos de regras jurídicas. A validade destas, por sua vez, encontra seu fundamento em uma regra de reconhecimento que, por seu turno, constitui-se em uma regra social. Como tal, trata-se, portanto, de um padrão geral de comportamento dotado de um aspecto interno de aceitação. Para Dworkin, essa seria a mais poderosa tese positivista, a de que se existem direitos e deveres é porque há uma prática social uniforme que reconhece tais direitos e deveres.⁵³

O primeiro movimento de crítica de Dworkin é direcionado, então, a atacar essa tese. No entanto, o ponto de partida da crítica, sendo este o tema de *O Modelo de Regras I*, gravita em torno da distinção entre regras e princípios, e de como a teoria do direito de Hart é incapaz de lidar com esses últimos. Ocorre que essa primeira abordagem crítica a partir da distinção entre regras e princípios não foi suficiente, tanto aos olhos dos defensores de Hart como aos olhos do próprio Dworkin, para desconstruir o positivismo jurídico.⁵⁴ De fato, a divergência entre Hart e Dworkin está longe de se circunscrever à distinção entre regras e princípios e à pertinência somente das primeiras no direito. A

⁵² HART, *O conceito de direito*, p. 149.

⁵³ Dworkin, *O modelo de regras II*, pp. 73-6.

⁵⁴ Como admitido pelo próprio Dworkin. Ver *O modelo de regras II*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 74.

existência dos princípios não é negada pelos positivistas.⁵⁵ O que fazer com eles ou o seu impacto na prática jurídica é uma questão de outra ordem.

Essa seção 2.2, então, reconstituirá o argumento que parte da crítica de Dworkin de *O Modelo de Regras I* e segue para o *Modelo de Regras II*. Na seção 2.2.1, será apresentada a distinção de Dworkin entre regras e princípios e de como esta foi utilizada para criticar o modelo de direito positivista. Essa exposição será necessária para se compreender de forma mais precisa a crítica de Dworkin ao modelo de direito como regra social, levado a cabo na seção 2.2.2. A seção 2.2.3 fechará o argumento de Dworkin, com a exposição de sua teoria dos casos difíceis.

Ainda que a crítica de Dworkin seja dotada de poderosos argumentos, verificar-se-á que ela não foi concludente, sendo vulnerável a diversas defesas positivistas. Por essa razão é que Dworkin aprofundou o argumento, num movimento em direção às raízes da divergência entre esses dois autores. A seção 2.3 que encerra este capítulo será dedicada, então, a elucidar o “verdadeiro” debate Hart-Dworkin, apresentando a divergência genuína e decisiva entre ambos.

2.2.1 A distinção entre regras e princípios

Dworkin inicia sua exposição se questionando no que consiste uma obrigação jurídica. Esta seria, para ele, uma questão embaraçosa, pois, apesar de conviermos cotidianamente com elas, há uma dificuldade inescapável em defini-las. Dworkin sustenta, então, que a definição de obrigação jurídica do positivismo, principalmente na versão de Hart, não consegue lidar com diversos aspectos marcantes da prática jurídica. Para dizer o porquê disso, Dworkin apresenta uma leitura bastante própria e peculiar do positivismo jurídico, identificando neste três teses chaves.

Em primeiro lugar, o positivismo possui uma distinção mais ou menos nítida entre as regras jurídicas e as demais regras sociais, especialmente as regras morais, sendo que o caráter distintivo da juridicidade de uma regra se relaciona com a sua forma (*pedigree*) e não com o seu conteúdo.⁵⁶ Em segundo lugar, para o positivista, se o caso não está coberto por uma regra jurídica válida, sua resolução será levada a cabo por meio da incidência do

---

⁵⁵ HART, *Pós-Escrito de O conceito de direito*, pp. 321-6.

⁵⁶ Essa é a interpretação de Dworkin da teoria de Hart. Talvez este não concordaria com essa afirmação. De fato, uma de suas defesas caminha justamente nesse sentido, de que uma regra de reconhecimento pode se valer de critérios substantivos na aferição de validade das regras jurídicas.

poder discricionário da autoridade em questão, que criará uma regra nova e a aplicará retroativamente. Em terceiro lugar, o positivista sustenta que, quando alguém tem uma obrigação jurídica há, por conseguinte, uma respectiva regra jurídica válida a estatuí-la. Caso não haja tal regra, não há uma obrigação jurídica propriamente dita.⁵⁷

Em Hart, essas três teses seriam decorrentes de sua tese mais geral, a de que se há uma obrigação jurídica é porque há uma prática social e uniforme a estatuí-la mediante uma regra. Vale dizer, haveria uma regra social, que fundamentaria a validade das regras que criam obrigações. A partir dessa regra social de reconhecimento, todas as demais regras poderiam ser identificadas como jurídicas, constituindo um critério de distinção dos demais tipos de regras, especialmente daquelas que estatuem obrigações morais. Nos casos difíceis, por sua vez, no qual não há regras jurídicas a regê-los, os juízes teriam poder discricionário para resolvê-los, criando direito novo e aplicando-o retroativamente. Ocorre que Dworkin, ao observar a prática jurídica, identifica obrigações que não se acomodariam muito bem nesse modelo, pois seria difícil identificar uma regra social a estatuir alguns tipos de obrigações.⁵⁸ Especialmente em casos difíceis, os juristas comumente fariam uso de padrões que operam como princípios, políticas e outros tipos de padrões relacionados a alguma dimensão da moralidade, para identificar os direitos e obrigações dos indivíduos. Nesses casos, os direitos não seriam correlatos de regras primárias, mas sim decorrentes de um apropriado entendimento principiológico daquele caso. Antes de explicar como isso se dá, faz-se necessário aprofundar um pouco na distinção de Dworkin entre regras e princípios.⁵⁹

Para identificar os princípios, Dworkin parte de alguns exemplos nos quais uma regra jurídica válida não podia ser identificada a regê-los, e os tribunais foram levados a tomar uma decisão completamente nova em termos de precedentes, invocando para tanto alguma máxima do tipo “nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete”.

⁵⁷ DWORKIN, *O modelo de regras I*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 27-9. Esse terceiro ponto também é objeto de alguma controvérsia, diante da conhecida tese positivista de que toda regra jurídica passa pelo seu reconhecimento judicial, independente dela estar alicerçada ou não em uma regra primária.

⁵⁸ No momento, a distinção entre princípios e políticas ainda não é útil, mas é de grande importância para Dworkin e para muito do que será dito adiante. Por isso, vale a pena deixá-la aqui consignada. Uma política, nessa distinção, constitui um “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).” Já o princípio, é “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Cf. DWORKIN, *O modelo de regras I*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 36.

⁵⁹ DWORKIN, *O modelo de regras I*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 35-46.

Acontece que esse tipo de padrão, utilizado pelos tribunais na resolução desses casos difíceis, possuiria uma natureza lógica distinta das regras.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Ela é válida ou inválida. Assim, se um sujeito avança o sinal vermelho, ele estará infringindo uma regra de trânsito, não importa em que circunstâncias ele se encontra. Suas duas únicas estratégias de defesa, nesta hipótese, é argumentar que ou a regra é inválida ou que o sinal se encontrava com a luz verde quando ele avançou. Enfim, ou se nega a validade do direito em jogo ou se nega, como sendo inverídica, a versão dos fatos.⁶⁰ Como se nota, a regra é aplicada pelo método de subsunção. O fato se ajusta ou não na hipótese normativa, e caso a resposta seja afirmativa, segue-se o conseqüente previsto na norma. Por isso, Kelsen resume a estrutura da norma a uma proposição lógica do *tipo se é A, deve ser B, sendo B uma sanção*. Passando à hipótese do sinal vermelho para a estrutura lógica kelseniana, a coisa ficaria mais ou menos assim: se o sujeito avançou o sinal vermelho, deve ele pagar uma multa.⁶¹

Acontece que, argumenta Dworkin, o direito não funciona desta forma simplificada. Mesmo nesta simples hipótese, é possível se pensar em alguma estratégia que consiga alcançar o respeito de muitos juristas, sem negar a validade da regra ou sem negar o fato de que o sujeito havia ultrapassado o sinal vermelho. Em uma cidade com altos índices de violência, sendo de conhecimento geral o fato de que a grande maioria dos assaltos acontece no período noturno, aquele mesmo sujeito que havia ultrapassado o sinal vermelho poderia levar todos esses fatos à avaliação judicial, e reivindicar que a ele não fosse imputada a multa, pois o sinal vermelho teria sido avançado em razão do receio de se ficar parado no cruzamento, na calada da noite.

Este tipo de argumentação, segundo Dworkin, é baseado em um tipo de padrão cuja estrutura lógica é diferente de uma regra. A argumentação que o sujeito deste exemplo desenvolve, sugere que, por uma questão de justiça, levando-se em conta um princípio de legítima defesa, a multa não deve ser aplicada. O sujeito, buscando afastar a incidência daquela regra no seu caso, tendo em vista as circunstâncias peculiares em que tudo se deu, invoca alguma dimensão da moralidade, no sentido de que é mais valioso proteger a sua vida do que respeitar as regras de trânsito. O princípio invocado pelo sujeito não foi aplicado da mesma forma como foi a regra. O princípio pesou sobre o caso, conduzindo a

---

⁶⁰ Isto é, somente pode existir, portanto, divergência empírica. Ver seção 2.3.1.

⁶¹ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, cap. IV, seção I.

decisão judicial em um certo sentido. Outro ponto importante é que, ainda que haja inúmeros contra-exemplos tendentes a contrariar o princípio invocado, isso não retira dele sua força jurídica. Ou seja, ainda que no exemplo em questão a multa fosse aplicada à mercê da argumentação tecida, ninguém ousaria dizer que o princípio de legítima defesa teria sido revogado. É precisamente nisto que diferem os princípios das regras, pois aqueles possuem uma dimensão de peso e importância. Quando são deixados de lado, não é que foram excluídos do sistema, mas sim que não pesaram no caso de forma tão intensa. O mesmo não ocorre com uma regra, na qual ela ou não foi aplicada por conta de alguma exceção expressamente prevista, ou porque foi revogada, ou porque o caso não se subsumia perfeitamente a ela.

Essa dimensão de peso ou importância faz com que, em um mesmo caso, uma dada constelação de princípio possa se intercruciar, e a resolução do caso deverá levar em conta a força relativa de um e outro princípio. A diferença de natureza lógica entre regras e princípios, neste ponto, evidencia-se com mais força, já que quando duas regras entram em conflito, uma delas deve ser considerada como inválida e ser revogada.

Dworkin então coloca a questão de como um princípio deve ser encarado, se alguns princípios podem ser identificados como obrigatórios, tal como as regras jurídicas válidas, ou negar que princípios assim o sejam. O ponto é, princípios são vinculantes, assim como as regras?

Como já repisado, os positivistas possuem uma concepção de poder judicial que é discricionária. Vale dizer, quando o juiz se encontra diante de um caso difícil, no qual não há uma regra jurídica identificável como válida a regê-lo, o juiz não se encontra vinculado por nenhum padrão. Ele apenas faz uso do seu poder discricionário. Seguindo a linha do raciocínio positivista, se é assim, isto é, se os juízes possuem de fato poder discricionário nos casos difíceis, é porque os princípios por eles invocados em uma determinada decisão não os vinculam. Dworkin, no entanto, sustenta que nesses casos, os juízes sentem-se vinculados aos princípios. Eles não adotam os princípios como regra. Adotar algo como regra assemelha-se a um hábito, sendo diferente da posição de se estar vinculado a uma regra. Dworkin defende que os juízes identificam os princípios como integrantes da prática, encarando-os como vinculantes.

Três caminhos foram adotados por Dworkin para defender que os princípios vinculam a prática judicial, sendo que primeiro deles se relaciona com a questão de revogação das leis. Ele nota que, em alguns casos, os juízes têm permissão para mudar uma

regra de direito em vigor, possuindo os princípios um papel central nessa história. Quando o juiz revoga uma regra, ele deve considerar que algum princípio será com isso fortalecido. No entanto, não deve ser qualquer princípio que pode ser invocado para se revogar uma regra, caso contrário, nenhuma delas estaria a salvo. É preciso que os princípios sejam adequadamente avaliados e harmonicamente conjugados, levando-se em conta critérios objetivos. Às vezes, os juízes optam por não revogar a regra, por entender que alguns princípios específicos, como o princípio da supremacia dos atos do Poder Legislativo ou da força dos precedentes, pesam com mais força no caso do que o princípio que seria fortalecido com a revogação da regra. De qualquer modo, os juízes estão sempre articulando esses princípios e contra-princípios, de modo a solucionar os problemas colocados diante deles.⁶²

O segundo caminho adotado por Dworkin é verificar se a regra de reconhecimento pode funcionar também para princípios, salvando assim a tese positivista. Ele sustenta, no entanto, que isso não pode ser feito. Em primeiro lugar, os princípios são erodidos (e não anulados ou revogados) e sua força vem de uma compreensão do que é apropriado, sendo “desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”. Em segundo lugar, os princípios necessitam de um certo apoio institucional e tal apoio é impossível de ser fundido em uma única regra de reconhecimento; em terceiro lugar, “a aguda distinção entre aceitação e validade não se sustenta.” A aceitação do princípio é sua própria “validade”, de uma certa forma.⁶³ Em terceiro lugar, a tese de Hart em defesa da regra de reconhecimento aplicada a costumes com força jurídica não se sustentaria, o que seria um reforço, por analogia, à tese de que a regra de reconhecimento não pode funcionar adequadamente para os princípios. Hart diz que a regra de reconhecimento pode dizer que será válido o costume que for obrigatório. Ora, isso é dizer que a regra de reconhecimento diz que é obrigatório o que é obrigatório. Sendo assim, como assevera Dworkin,

Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela

⁶² DWORKIN, *O modelo de regras I*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 60.

⁶³ Para Hart, uma regra jurídica primária, em uma sociedade jurídica, não precisa possuir o caráter interno comum às regras sociais, já que sua normatividade decorre de sua relação com a regra de reconhecimento. Esta, por sua vez, é, de fato, a única que necessita se conformar ao conceito de regra social. O que Dworkin afirma é que o princípio é válido justamente por ser aceito.

comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema.⁶⁴

O terceiro caminho adotado por Dworkin parte da crítica à tese de que se existem direitos e deveres é porque há uma prática social uniforme que reconhece tais direitos e deveres. Dworkin objetiva demonstrar, então, que podem existir direitos, ainda que esses não possam ser reconhecidos como decorrentes de regras sociais, ou seja, de uma prática social uniforme, mas sim em razão de sua força moral. Como já mencionado, essa tese, em *O Modelo de Regras II*, é afirmada por Dworkin como sendo a mais poderosa do positivismo, por isso ele desenvolve sua crítica de forma mais atenciosa. Essa crítica será tratada então na seção subsequente.

2.2.2 A crítica à tese do direito como regra social

Os princípios e o modo como os juízes os utilizam na resolução dos casos difíceis colocam uma problema para a tese positivista. Como explicar a massa de casos difíceis que são rotineiramente resolvidos pela aplicação dos princípios, no qual se afirma estar seguindo o direito e não se criando direito novo? Dworkin supõe, então, que o direito não pode ser válido apenas em razão da verificação de critérios formais, derivados de uma regra social de reconhecimento, mas sim em razão da força moral subjacente ao direito, cuja incidência se daria por meio da aplicação dos princípios, fazendo com que os juízes reconhecessem os direitos e obrigações das partes mesmo nos casos difíceis. Os positivistas, no entanto, insistiram na estratégia de defesa de que a regra de reconhecimento também poderia se aplicar aos princípios.⁶⁵ Sendo assim, fez-se necessário que Dworkin desenvolvesse suas idéias, para atacar um ponto mais profundo de sua divergência com Hart do que a mera possibilidade da regra de reconhecimento se aplicar ou não aos princípios.

A tese da regra de reconhecimento é concebida por Hart como um desenvolvimento da tese da regra social. Ela sustenta que se há direitos e deveres é porque há uma regra social à estatuí-los. A regra de reconhecimento seria uma regra social última, que daria sustentação para todos os direitos e deveres. Dworkin irá argumentar, no entanto, que

---

⁶⁴ DWORKIN, *O modelo de regras I*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 64-9.

alguns direitos não decorrem de uma regra social. A existência ou não de uma regra social a estatuí-los seria irrelevante para sua existência, pois o fundamento de validade de alguns direitos, deveres e obrigações restaria em outro aspecto da prática jurídica, que é justamente a moralidade subjacente ao direito. Dessa forma, fez-se necessário que Dworkin atacasse diretamente essa tese da regra social, segundo a qual somente existiriam direitos, deveres e obrigações que fossem resultantes de uma prática social uniforme que os reconhecessem. É esse argumento que a seguir será desenvolvido.

Segundo Dworkin, poder-se-ia identificar duas versões da tese das regras sociais. Uma primeira versão forte, na qual toda vez que alguém afirmasse a existência de um dever, dever-se-ia entender como se pressupondo também a existência de uma regra social que o descreve; e uma segunda tese fraca, na qual somente às vezes ocorre o caso em que, quando alguém afirma a existência de um dever, deve-se entender como pressuposto a existência de uma regra social que o estipula.

A tese forte, no entanto, não é plausível. Isso porque, há casos em que as pessoas invocam deveres, sem, no entanto, pressupor uma regra subjacente. Dworkin fornece um exemplo para demonstrar esse ponto. Um vegetariano poderia afirmar a existência de uma regra que proibisse que se matassem animais, ainda que para a alimentação humana. Certamente que uma regra como essa não se caracteriza como uma regra social. De fato, poucas pessoas são vegetarianas, e aquelas que não o são certamente rejeitariam a assertiva de que existe uma regra a proibi-los a ingestão de carne. Segundo a tese da regra social de Hart, esta se caracteriza quando há um padrão de conduta qualificado por um aspecto interno. No caso do vegetariano, é evidente que não se pode afirmar que na sociedade há qualquer coisa semelhante a esse aspecto interno de aceitação. O vegetariano, por sua vez, defende a existência de tal regra não sob o fundamento de que há uma prática social uniforme nesse sentido, mas sim por meio de uma argumentação principiológica, no sentido de alicerçar a sua regra no dever geral de não se fazer mal aos animais. A existência do dever invocado pelo vegetariano não pressupõe, de modo algum, uma regra social.

Como explicar, então, a conduta do vegetariano? Uma possível defesa da tese da regra social é afirmar que o vegetariano, na verdade, não está invocando regra alguma. O vegetariano estaria dizendo não que existe tal regra, mas sim que deveria existir uma regra de que não se deve matar os animais. Dworkin nota, no entanto, que isso desqualifica a

---

⁶⁵ SHAPIRO, *The "Hart-Dworkin" debate*, pp. 18-26.

alegação do vegetariano. Este não está dizendo que deve ser criada uma regra nesse sentido, mas sim que ninguém possui o direito de matar os animais em circunstância alguma. Sua alegação é de que existe uma regra, e não que deve ser feito um rearranjo social para que essa regra venha a ser criada. Ou seja, a versão forte da tese da regra social não consegue explicar o caso do vegetariano, devendo sê-la enfraquecida pelo menos ao ponto de que somente algumas vezes ocorre o caso de existir uma regra quando alguém invoca um dever.

No entanto, mesmo essa versão enfraquecida da tese da regra social, na qual somente às vezes ocorre o caso de a invocação de um dever pressupor a existência de uma regra social, não é plausível de ser sustentada. Para Dworkin, a versão fraca é incapaz de reconhecer a distinção entre dois tipos de moralidade social: a moralidade concorrente e a moralidade convencional. Na moralidade concorrente, o acordo social não é uma razão essencial para afirmar a existência de uma determinada regra. Na moralidade convencional, por sua vez, o fato do acordo é essencial na afirmação de uma determinada regra.

A versão fraca da tese da regra social não é capaz de lidar com a moralidade concorrente, já que neste caso as pessoas invocam deveres sem que se pressuponha um acordo subjacente. Vale dizer, a existência ou não de uma regra social é irrelevante para a invocação de um dever. O que é determinante são as razões normativas para a existência do dever. Dworkin assevera que até mesmo a moralidade convencional se torna problemática na versão fraca da teoria da regra social, pois as pessoas podem divergir quanto à abrangência do dever estatuído pela prática social uniforme, isto é, pela convenção. Nesses casos difíceis, como não há acordo quanto a essa abrangência, o dever não poder pode ser invocado à luz de uma regra social subjacente, uma vez que falta exatamente tal regra. Isto é, se a convenção é vacilante quanto à abrangência do dever, na verdade não há convenção alguma. Dworkin conclui então que a tese da regra social deve ser enfraquecida até o ponto em que ela se torna demasiado implausível e inaplicável ao dever judicial, isto é, nos casos em que, quando um dever é controverso, ele não é um dever.

A teoria da regra social desempenha um papel importantíssimo na teoria de Hart, na medida em que a regra última de reconhecimento se caracteriza como uma regra social. As regras primárias podem até se caracterizar como regras sociais. No entanto, a partir do momento em que ocorre a passagem de uma sociedade pré-jurídica para uma sociedade

jurídica, nem todas as regras necessitam se conformar a uma regra social, dado que sua validade decorre da regra de reconhecimento. Ainda assim, a regra última de reconhecimento é uma regra social, e, por conseguinte, todo o direito se fundamentaria em uma regra social.

Ocorre que a tese da regra de reconhecimento como uma regra social não se sustenta, precisamente pelo fato de que a existência de muitos direitos, deveres e obrigação dependem de uma argumentação ulterior, de natureza moral, que não cabe no reconhecimento meramente formal proposto pela tese de Hart. Esse é o ponto fundamental da crítica de Dworkin dirigida à Hart. Hart insiste que o direito se apresenta como uma questão de verificação empírica em torno de regras. Ou seja, em última instância, para aferirmos a correção de uma afirmação em torno da existência de um direito, dever ou obrigação jurídica é preciso apenas que se verifiquem os critérios factuais de reconhecimento. A argumentação de Dworkin tenta demonstrar que a verificação de critérios meramente empíricos de reconhecimento da existência de deveres não é suficiente, sendo necessário depreender o aspecto normativo na caracterização do direito, calcado nos fundamentos morais que o dão sustentação.

Dworkin toma o cuidado ainda de chamar a atenção para a importância do fato social na caracterização de uma regra. A existência de uma regra social pode vir a se apresentar como relevante em algum momento da justificação da existência de um dever. No entanto, ele rejeita a tese de que a compreensão da prática jurídica se limite ao exame de seu aspecto como fato bruto, como no caso do vegetariano, no qual a regra invocada somente poderia ser entendida como tal caso seja captado o aspecto normativo no qual ela se fundamenta. Nas palavras de Dworkin, “tal como originalmente apresentada, ela [a teoria de regra social] capturava, ainda que de maneira equivocada, um fato importante, isto é, que a prática social desempenha um papel fundamental na justificação de pelo menos algumas de nossas alegações normativas acerca da responsabilidade ou do dever individual.”⁶⁶ Captar os fatos de uma prática consistente é, com razão, um aspecto importante da compreensão do fenômeno jurídico, mas não é condição suficiente para a construção de uma teoria do direito adequada.

Um ponto ainda permanece em aberto. Se Dworkin não conseguir apresentar uma teoria dos casos difíceis que demonstrasse, com plausibilidade, como são afirmados os direitos das pessoas que não seja pela referência a uma regra social, deixar-se-ia uma fenda

grave em sua teoria, derrubando por terra sua crítica. Dworkin, então, prossegue seu argumento, voltando seus esforços para apresentar uma teoria da resolução dos casos difíceis não assentada na tese positivista de poder discricionário. É este o tema da próxima seção.

2.2.3 A teoria dos casos difíceis de Dworkin – Um argumento contra a tese do poder discricionário

Na visão positivista de Hart, quando o juiz se depara com um caso concreto, ele deve buscar no ordenamento jurídico vigente uma regra para solucioná-lo. Em meio a uma gama enorme de regras jurídicas, todas válidas em razão de sua relação com uma regra de reconhecimento, o juiz deve identificar a norma regente daquele caso específico. Caso ela não seja encontrada, ele possuirá poder discricionário para criar direito novo e aplicá-lo retroativamente. Dworkin rejeita a tese da regra de reconhecimento, mas ainda assim insiste em que, até mesmo nos casos difíceis, o direito aponta para uma solução que não pode ser qualificada como um mero exercício do poder discricionário judicial. Ainda que não haja um processo mecânico cuja aplicação indique precisamente quais os direitos das partes, Dworkin dirá que, ainda assim, os direitos das partes podem ser reconhecidos, mesmo considerando que juristas igualmente capazes e treinados diverjam em relação a quais direitos as partes efetivamente possuem.

Se não existe, então, um teste que indique qual é o direito em questão, como determiná-lo, afinal? A resposta de Dworkin é complexa, e passa pela difícil maneira de se combinar a percepção de uma prática jurídica efetiva com uma argumentação de caráter moral e normativa.

Dworkin inicia sua exposição a partir do conceito de objetivo político. Segundo ele, um objetivo político é uma justificação política genérica. “Uma teoria política considera um determinado estado de coisas como um objetivo político se, para essa teoria, ele conta a favor de uma decisão política que tem a probabilidade de promover ou proteger tal estado de coisas, e contra uma decisão que irá retardar sua ocorrência ou colocá-la em perigo.” Grosso modo, um objetivo político é um fundamento político genérico que funciona como justificativa genérica para uma decisão política qualquer. Os direitos políticos e as metas políticas são espécies do gênero objetivo político, sendo que a diferença entre ambas é a

---

⁶⁶ Dworkin, *O modelo de regras II*, em *Levando os Direitos a Sério*.

sua individuação. Uma meta é um objetivo político não individuado, ou seja, “um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados”, enquanto que um direito é um objetivo político individuado. Os direitos jurídicos são direitos políticos entendidos nesse sentido.

É preciso, ainda, apresentar mais uma distinção, entre direitos preferenciais e institucionais. Os direitos preferenciais são direitos políticos abstratos, e fornecem a justificação para decisões políticas tomadas em abstratos. Os grandes direitos políticos, como a liberdade e a igualdade, são exemplos de direitos preferenciais. Os direitos institucionais, por sua vez, são aqueles direitos que oferecem uma justificativa para uma decisão específica tomada por uma instituição determinada. Essa distinção implica outra, aquela que pode ser traçada entre direitos abstratos e direitos concretos. Dworkin estipula que “um direito abstrato é um objetivo político geral, pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos”. Os direitos concretos, por sua vez, “são objetivos políticos definidos com precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas.”⁶⁷

A tarefa do juiz, perante um caso difícil, é a de definir os direitos políticos e jurídico concretos das partes. Levando-se em conta todo o resto, os objetivos políticos individuados e não individuados, os direitos preferenciais e os direitos abstratos, deve-se localizar os direitos jurídicos como direitos institucionais e concretos. Nota-se que um direito jurídico, além de concreto, é institucional e não preferencial. Além disso, é um direito jurídico, e não um direito institucional qualquer. Vale dizer, é um direito que se define na e pela prática jurídica, e não de outra instituição qualquer.

Como então partir de uma concepção política qualquer, dada uma gama diversificada de objetivos políticos, levando-se todo o resto em conta, e definir o direito concreto e institucional-jurídico de alguém? Os direitos jurídicos das partes são como conceitos contestados, ou seja, conceitos que admitem concepções diferentes.⁶⁸ Quando há um caso difícil, que envolva, por exemplo, o direito à liberdade, este se torna um conceito contestado, cuja concepção precisará ser definida a partir de uma teoria adequadamente construída. Dworkin chama a atenção, no entanto, para o fato de que o direito é uma

---

⁶⁷ DWORKIN, *Casos Difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, pp. 141-7.

⁶⁸ Ver distinção entre conceitos e concepções na seção 2.3.1.

instituição que possui seus próprios princípios norteadores, sendo por isso autônoma, porém em caráter apenas parcial, já que ela precisa ser complementada pela moralidade política a ela subjacente.

Assim, a ponte entre os casos difíceis e a regra segundo a qual os casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante é estabelecida pela argumentação jurídica, que deve levar em conta a) conceitos contestados, b) intenção ou propósito da lei e c) princípios inscritos nas regras positivadas. Dworkin ressalva, no entanto, que “os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos.”⁶⁹ Ou seja, o que importa é levar em consideração os princípios da instituição direito e os princípios gerais da moralidade política, combinando ambos para a construção dos direitos concretos e jurídicos das partes.

Para explicar como isso se dá, Dworkin se vale da figura de Hércules, um juiz filósofo por ele imaginado, dotado de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas. Ele precisa ter todos esses atributos, pois deverá ser capaz de construir uma teoria política completa, que dê conta de lidar com todos os aspectos teóricos e práticos do direito, harmonizando-a com os demais aspectos da prática jurídica, como os princípios insculpidos em uma gama complexa e diversificada de precedentes judiciais, além de ter de lidar com todo o restante do material jurídico disponível, como as leis, tratados, decretos, regulamentos, costumes judiciais arraigados etc.

Examinar como Hércules fará isso passo a passo ajuda a compreender a teoria do direito de Dworkin. Diante de um caso difícil, Hércules toma como ponto de partida o antigo e conhecido problema político, que é o da observância das leis. Rejeitando uma visão meramente formal, calcada, por exemplo, em uma regra de reconhecimento sobre a validade das leis, Hércules irá se perguntar por qual razão é direito o que a Constituição diz o que é direito? Segundo Dworkin, pela boca de Hércules, “a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, e devem também

---

⁶⁹ DWORKIN, *Casos Difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 165.

assumir seus encargos, pelo menos até que um novo sistema entre em vigor, que por meio de uma emenda distinta, quer através de uma revolução geral.”⁷⁰

Aqui já é possível fazer uma pausa para comparar a teoria do direito de Dworkin e Hart. Segundo este último, a força vinculante das leis decorre apenas e tão somente de sua relação com uma regra de reconhecimento última. Esta, por sua vez, é uma regra social, ou seja, é um padrão de comportamento dos indivíduos qualificados por um aspecto interno de aceitação. Ou seja, diante da pergunta do porque obedecemos ao direito, Hart nos responde que, em última instância, é porque há uma regra social a assim dispor. A visão de Dworkin é completamente diferente. Diante desta mesma pergunta, Dworkin, por meio da boca de Hércules, responde que nós obedecemos ao direito por ele ser um componente essencial de um arcabouço institucional que é justo e equânime. Esse arcabouço institucional depende, para alcançar observância, de uma série de princípios e regras que determinam um funcionamento justo das instituições.

Sendo assim, o segundo passo da atividade de Hércules é justamente o de precisar os princípios que perfazem esse sistema político, organizando-os de forma coerente. Em resumo, Hércules “deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, [...]. Hércules deve desenvolver essa teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema e testá-los, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele dever elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza.”⁷¹

A partir disso, Hércules estará apto a lidar com as leis e os precedentes, ainda que estes sejam indeterminados ou ambíguos em seus conteúdos. A legislação deve ser encarada a partir da teoria política construída por Hércules, como um complemento coerente desta. Do mesmo modo ele deverá agir com os precedentes. Não deve, no entanto, encará-los como possuindo regras neles insculpidas, mas sim como algo que gerará uma força gravitacional no caso novo, impulsionando a decisão em um determinado sentido. Em resumo, ao decidir um caso não previsto em lei, Hércules deve considerar os precedentes que gravitam em torno desse novo caso. No entanto, essa força gravitacional não se estabelece pela determinada redação do precedente, assemelhando a uma analogia

---

⁷⁰ DWORKIN, *Casos Difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 166.

⁷¹ DWORKIN, *Casos difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 168.

legal. O que se deve ter em vista é a constelação de princípios que impulsionam a decisão do caso difícil em determinada direção, por razões de equidade. Esses princípios não são o que decorrem do precedente, mas sim aqueles que foram utilizados para justificar o próprio precedente. O que Dworkin faz aqui é uma teoria para a “descoberta” dos princípios que se articulam na decisão do caso difícil.

Hércules deve, então, avaliar todos os precedentes e construir uma teia de princípios inconsútil, que não esteja assentada de forma coerente apenas com a massa de precedentes judicial, mas também com a teoria política anteriormente por ele construída. No entanto, uma questão ainda pende de definição: como Hércules deverá lidar com as leis e precedentes incoerentes entre si, ou com os precedentes injustos? Isso porque, nas palavras de Dworkin, “se a história de seu tribunal não for muito complexa, ele descobrirá, na prática, que a exigência de consistência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a idéia de que, ao aplicar essas exigências, pode desconsiderar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada.”⁷² Em alguns momentos, diante de um princípio que não se encaixa, Hércules deverá simplesmente ignorá-lo, pois o princípio pode ter erodido ou ele pode ter sido considerado injusto levando-se todo o resto em conta. Em outros momentos, Hércules irá identificar que o erro está de alguma forma enraizado em sua instituição, negando apenas a sua força gravitacional em novos casos, mas mantendo a sua autoridade específica.

Colocando tudo o que foi dito na presente seção de maneira mais clara e esquemática. Nos casos difíceis, isto é, naqueles no qual não há uma regra jurídica válida que o solucione de forma imediata, o juiz tem o dever de encontrar o direito das partes. Isso deverá ser feito mediante a utilização de princípios. Estes, por sua vez, correspondem a alguma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Ocorre que o juiz não utiliza de quaisquer princípios, mas sim daqueles que são extraídos das instituições jurídicas, mediante a construção de uma teoria política que as justifique de forma consistente. É por essa razão que Dworkin se utiliza da figura de Hércules, já que sua tarefa é hercúlea, uma vez que “ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.”⁷³ Levando às últimas

---

⁷² DWORKIN, *Casos difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 186.

⁷³ DWORKIN, *Casos difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 182.

consequências o dever de Hércules, é possível afirmar que o direito como um todo deve estar justificado por uma teoria política e moral que o dê consistência.

Logo, Dworkin coloca o jurista diante de uma problemática de segunda instância, que é a de identificar a teoria moral com a qual o direito possa estar alicerçado de forma adequada e coerente. Segundo ele, essa teoria, grosso modo, consistira no seguinte: “nosso sistema constitucional [o sistema constitucional dos Estados Unidos da América] baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.”⁷⁴ A partir do desenvolvimento dessa teoria política, Dworkin chega à sua máxima de que todos os indivíduos merecem ser tratados com igual consideração e respeito.

2.3 O “verdadeiro” debate Hart-Dworkin

É hora de retrazar a rota que foi percorrida até aqui, retomando os termos do debate Hart-Dworkin, começando pelo que foi dito sobre o primeiro. Sua teoria do direito foi apresentada como um modelo de direito alicerçado na idéia de regras sociais. Estas, por sua vez, se configuram como comportamentos sociais convergentes dotados de um caráter interno de aceitação. As obrigações em geral seriam o correlato, então, de regras sociais primárias. As obrigações jurídicas, por sua vez, seriam o correlato de regras primárias que seriam válidas em função de uma regra secundária de reconhecimento, sendo necessário apenas que esta última se caracterize como uma regra social.

Dworkin rejeita esse modelo por entender que na prática jurídica cotidianamente se verificam direitos, deveres e obrigações cuja existência ou validade não podem ser deduzidas a partir de um critério meramente empírico ou social, isto é, de um padrão de comportamento dotado de um caráter interno de aceitação (regra social). A razão para isso, ele sustenta, é que os direitos e deveres são resultado de uma compreensão apropriada e indissociável da moralidade política que subjaz o direito e de exigências diversas que

---

⁷⁴ DWORKIN, *Casos constitucionais*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 231.

levam em conta, em alguma medida, as convenções sociais e outras características empíricas da prática jurídica. Esse resumo do debate Hart-Dworkin é semelhante ao fornecido por Shapiro.

A estratégia básica de Dworkin no curso do debate foi a de argumentar que, de uma forma ou de outra, a legalidade é, em última instância, determinada não por apenas fatos sociais, mas também por fatos morais. Em outras palavras, a existência e o conteúdo do direito positivo é, em última análise, governada pela existência e conteúdo da moralidade do direito. [...] Como se poderia esperar, a resposta de Hart e de seus seguidores tem sido a de sustentar que essa dependência da legalidade na moralidade é meramente aparente ou, de fato, não mina as fundações sociais do direito e dos sistemas jurídicos.⁷⁵

O que se nota desse primeiro momento do debate, no entanto, é que os argumentos apresentados ora em favor de Dworkin ora em favor de Hart não são concludentes, e na verdade parece que não se chega a lugar algum. Pegue-se, por exemplo, a divergência em torno da possibilidade ou não da regra de reconhecimento ser reformulada para abarcar também os princípios. Hart defende que isso é possível e Dworkin insiste em rejeitar tal possibilidade. A discussão fica circular. Fato é que alguns positivistas obtiveram mais ou menos êxito em demonstrar que essas primeiras críticas de Dworkin não são suficientes para fazer ruir os fundamentos sociais positivismo hartiano. Alegaram que, se feitos alguns ajustes teóricos, a tese positivista de que o fundamento do direito se assentava, em última instância, em fatos sociais não precisaria ser abandonada, ainda que fosse dado à moral um papel de destaque maior do que antes era a esta reservada.⁷⁶ Alguns chegaram, inclusive, a defender que se há um vencedor nesse debate, os louros deveriam ir para Hart.⁷⁷ Shapiro concorda parcialmente com essa posição. Diz ele que se se considerar apenas essa primeira crítica de Dworkin, isto é, aquela derivada dos artigos constantes em *Levando os direitos a sério*, Hart certamente seria o vencedor. Mas o debate não se encerra em *Levando os direitos a sério* e, diante do desenvolvimento das idéias de Dworkin e de seus novos

---

⁷⁵ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, p. 5: “Dworkin’s basic strategy throughout the course of the debate has been to argue that, in one form or another, legality is ultimately determined not by social facts alone, but by moral facts as well. In other words, the existence and content of positive law is, in the final analysis, governed by the existence and content of the moral law. [...] As one might expect, the response by Hart and his followers has been to argue that this dependence of legality on morality is either merely apparent or does not, in fact, undermine the social foundations of law and legal systems.”

⁷⁶ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, pp. 18-26.

⁷⁷ Leiter, *Beyond the Hart-Dworkin Debate: The methodology problem in jurisprudence*.

ataques ao positivismo, Shapiro afirma que “somente o futuro poderá dizer quem tem direito a se dizer o vencedor desse debate”.⁷⁸

A verdade é que essas questões, como a divergência em torno da regra de reconhecimento, são pontuais, frutos de uma divergência mais fundamental. Essa seção buscará esclarecer no que consiste, então, essa divergência mais fundamental. Para Shapiro, ela consistia na divergência em torno da relação entre direito e moral. Aqui não se negará essa tese, mas se sustentará que ela é a outra face de uma divergência metodológica. Esta consistiria no seguinte e já foi apresentada: Hart argumenta que o teórico do direito deve apenas descrever o direito, de forma objetiva e desengajada, sem avaliá-lo moralmente, enquanto que Dworkin argumenta que não é possível cindir a avaliação da descrição da prática jurídica, por esta se configurar como uma prática interpretativa.

Essa questão metodológica já estava no pano de fundo das críticas dirigidas por Dworkin em seu *Modelo de regras I e II*. No entanto, não foi colocada por ele com tanta clareza e por essa razão sua crítica era vulnerável a uma série de defesas positivistas. Ele sentiu a necessidade, então, de prosseguir com a crítica e aprofundar o debate, fazendo com que seus argumentos atingissem o positivismo em um nível muito mais fundamental. A crítica exposta em *O império do direito* é muito mais séria em relação àquelas empreendidas em *O Modelo de Regras I e II*. Na opinião de Shapiro, o estado atual das idéias positivistas fazem com que estas sejam especialmente vulneráveis às críticas de *O Império do Direito*.⁷⁹

Foge do escopo desse trabalho apresentar toda a contra-argumentação positivista em defesa da primeira crítica de Dworkin e que resultou na réplica deste. Para os objetivos desse trabalho, limitar-se-á a apresentá-las de forma estrutural as duas estratégias de defesa, e confiar na opinião de alguns comentadores de que essas respostas acabam por deixar hígida a teoria positivista, fazendo com que Dworkin repense o seu ataque.

A primeira delas consiste na adoção de um posto de vista do positivismo jurídico exclusivo. Nesta, parte-se do pressuposto firme de que há sim um teste fundamental baseado apenas em pedigree, e que esse teste pode dar conter critérios formais (pedigree) para os princípios. Ainda na estratégia de defesa do ponto de vista do positivismo

---

⁷⁸ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, p. 54.

⁷⁹ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, p. 19.

exclusivo, a idéia é que juízes, nos casos difíceis, estão juridicamente obrigados a aplicar padrões extrajurídicos.⁸⁰

A defesa mais poderosa, no entanto, é encontrada nas idéias do positivismo inclusivo ou moderado. O pressuposto é de que o positivismo não representa obstáculo para a idéia de que podem existir testes morais de legalidade, deixando hígida, portanto, a tese da regra social. A idéia é que a regra de reconhecimento pode adotar critérios morais de reconhecimento. A tese da regra social, no entanto, permaneceria hígida contanto que o critério moral de legalidade esteja alicerçado em um fato social.⁸¹

Ainda que Dworkin ofereça respostas que são, em boa medida, satisfatórias para lidar com essas defesas, ele opta, ao final, em adotar estratégia diferente. Na realidade, seus argumentos menos inovadores são desenvolvimentos do que já foi dito nas seções anteriores com base em *Modelo de Regras I e II*. Por isso que acima se fez menção de que essa discussão não se chega a lugar é algum, pois não é nela que se encontra a verdadeira divergência entre os autores. É isso o que Dworkin faz, ele dá um passo adiante, ou melhor, para baixo, tentando dissecar as raízes de tal divergência, atacando o positivismo em seus fundamentos. Assim, em *O Império do Direito*, ele muda sobremaneira o foco da crítica, aprofundando ainda mais o debate. De início, o que aparentava ser, em *O Modelo de Regras I e II*, apenas uma divergência em torno da distinção entre regras e princípios, passa a ser encarada como uma divergência mais fundamental, em torno da própria natureza do direito e da metodologia apropriada para defini-lo.

2.3.1 A divergência teórica no direito

O ponto de partida do argumento de Dworkin consiste na distinção entre proposições jurídicas e fundamentos de direito. Segundo Dworkin, proposições jurídicas são “todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza.”⁸² É uma proposição jurídica, por exemplo, afirmar que nas rodovias do Estado de São Paulo não se pode transitar em velocidade superior à 120 quilômetros por hora.

As pessoas podem apresentar um primeiro tipo de divergência em relação às proposições jurídicas. As pessoas podem concordar com os critérios pelos quais uma

⁸⁰ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, seção 3.A., The exclusive legal positivism.

⁸¹ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, seção 3.A., Inclusive legal positivism.

⁸² DWORKIN, *O império do direito*, p. 6.

determinada proposição jurídica é verdadeira, mas discordar se esses critérios foram observados no caso. No exemplo, poder-se-ia questionar se há, de fato, uma lei que limita a velocidade nas rodovias estaduais paulistas em 120 quilômetros por hora. As pessoas poderiam não discordar que tal limite somente poderia ser estabelecido por uma lei estadual, mas poderiam divergir se de fato há uma lei estadual a impor tal limite. Essa divergência é caracterizada por Dworkin como empírica, pois se limita a verificar fatos, como por exemplo, se é fato que foi promulgada uma lei que limita a velocidade a 120 quilômetros por hora nas rodovias estaduais paulistas. Há, no entanto, uma divergência de segunda ordem. As pessoas poderiam divergir justamente em relação aos critérios que tornam uma determinada proposição jurídica verdadeira, isto é, “sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica.”⁸³ Prosseguindo no exemplo, haveria divergência teórica se as pessoas se questionassem se uma lei é condição suficiente para proibir o trânsito de veículos em velocidade superior a 120 quilômetros por hora nas rodovias paulistas.

Para Dworkin, a verdadeira e problemática divergência entre os juristas seria a divergência teórica, não existindo qualquer mistério na resolução das divergências empíricas. Em sua visão, os positivistas entenderiam que não há divergência teórica, mas sim que todas as divergências em torno do direito seriam empíricas. Ou seja, os juristas compartilhariam dos mesmos critérios para a identificação do direito e por essa razão não haveria qualquer tipo de divergência teórica. Esse critério, que na teoria de Hart encontra-se calcado na idéia de regra de reconhecimento, não seria colocado em questão, pois seria um fato social bruto. Como esse critério seria simplesmente um fato observável, toda a divergência no direito seria resultado da dificuldade em identificá-lo corretamente ou de dificuldades práticas na aplicação desse critério. Por essa razão, Dworkin passou a chamar essas teorias de semânticas. Nesse sentido, a teoria de Hart seria semântica, pois este “afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de

---

⁸³ DWORKIN, *O império do direito*, p. 8.

regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.”⁸⁴ Ele denomina essa teoria de semântica pois, conforme ela, o direito dependeria de uma convenção social em torno dele mesmo, da mesma forma que ocorre com a carga semântica das palavras, cujo conteúdo é definido também pela convenção social.

Essa crítica é descartada por Hart com extrema rapidez, no entanto. Para ele, Dworkin aqui confunde a distinção entre conceitos e concepções. Para explicitar essa distinção, pegue-se a discussão de Hart em torno da justiça e da moral, no capítulo VIII de seu *O Conceito de Direito*. Naquele momento, ele tenta distinguir a idéia da justiça, identificando sua especificidade em relação à moral. A justiça estaria, em sua visão, relacionada com uma certa forma de igualdade no tratamento entre os indivíduos. Daí que a justiça é comumente definida pela máxima “tratar da mesma maneira os casos semelhantes”. Ele continua sua explicação afirmando que esta máxima não quer dizer muita coisa. Ela necessita ser complementada para ser aplicada – por exemplo, é preciso definir o mecanismo pelo qual se caracteriza o igual tratamento ou o modo pelo qual se identificam os aspectos de semelhança que são relevantes. Hart identifica, então, duas partes na estrutura da idéia de justiça: um aspecto uniforme e constante, correspondente ao conceito de justiça; e um aspecto mutável ou variável, correspondente à concepção de justiça, usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes.⁸⁵

Esta distinção, no corpo de seu livro, é novamente invocada no *Pós-Escrito*, com o propósito especial de constituir sua defesa a esse ataque de Dworkin, de que Hart seria um teórico semântico.

Embora no primeiro capítulo de *Law’s Empire* eu seja classificado juntamente com Austin, como um teorizador semântico e seja, assim, visto como fazendo derivar uma teoria de direito positivista e meramente factual do significado da palavra “direito” e como

---

⁸⁴ DWORKIN, *O império do direito*, p. 42.

⁸⁵ HART, *O conceito de direito*, p. 174. Rawls trabalha expressamente com a distinção entre conceitos e concepções, confessando ter sido ela tomada emprestada de Hart. Cf. Rawls, *O Liberalismo Político*, p. 57: “Grosso modo, o conceito é o significado de um termo, enquanto uma concepção particular compreende também os princípios necessários para sua aplicação. Exemplo: o conceito de justiça, aplicado a uma instituição, significa, digamos, que a instituição não faz distinções arbitrárias entre as pessoas ao lhes atribuir direitos e deveres básicos, e que suas regras estabelecem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações conflitantes. Já uma concepção inclui, além disso, os princípios e critérios para decidir quais distinções são arbitrárias e quando o equilíbrio entre reivindicações conflitantes é apropriado. As pessoas podem concordar a respeito do significado do conceito de justiça e, apesar disso, ter divergências, uma vez que defendem

padecendo do ferrão semântico, de fato, nada no meu livro ou em qualquer outro texto que eu tenha escrito pode servir de apoio a tal versão da minha teoria. Por isso, a minha tese de que os sistemas jurídicos internos desenvolvidos contêm uma regra de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação das leis que os tribunais têm de aplicar pode ser errônea, mas em nenhum lugar a baseio na idéia errada de que faz parte do significado da palavra “direito”, que tenha de haver uma tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou ainda na idéia mais errada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fossem fixados de forma não controvertida, “direito” significar coisas diferentes para pessoas diferentes. Na verdade, este último argumento que me é imputado confunde o significado de um conceito com os critérios para a sua aplicação [...].⁸⁶

Dworkin não alega que Hart tenha feito o que Dworkin disse que ele fez, ou seja, ter construído uma teoria semântica. Dworkin faz o que Shapiro denominou de interpretação caridosa, no seguinte sentido. Se as pessoas compartilham dos critérios sociais de reconhecimento do direito que Hart alega ter, a divergência somente pode existir em torno da verificação empírica de estarem presentes tais critérios factuais ou não, assim como ocorre com questões semânticas. No entanto, o que Dworkin sustenta, é que as pessoas divergem justamente em relação aos fundamentos ou aos critérios que tornam uma determinada proposição jurídica verdadeira. Ainda que Hart não seja, de fato, um teórico semântico, ele ignora a possibilidade de existir controvérsia teórica em direito.

Para demonstrar a existência de divergência teórica no direito, Dworkin menciona diversos casos difíceis representativos dessa situação. Como aqui não se faz necessário reforçar a persuasão do argumento, alcançada pela demonstração de que essa divergência teórica ocorre reiteradamente no direito, sendo necessário apenas apresentá-lo em sua estrutura, apenas um dos casos mencionados por Dworkin será aqui explicitado. Este será o caso Elmer.

Nele, o tribunal foi levado a decidir se Elmer, que havia assassinado o seu avô, poderia, ainda assim, receber a herança, uma vez que ele havia sido citado no testamento para recebê-la. Dworkin menciona que, na época em que esse caso foi decidido, a lei de sucessões de Nova Iorque não afirmava, de forma explícita, que uma pessoa citada em um testamento não poderia herdar caso ela houvesse assassinado o testador. Ademais, o

---

princípios e critérios diferentes para resolver essas questões. Desenvolver um conceito de justiça até transformá-lo numa concepção é elaborar os princípios e critérios que são necessários.”

testamento não padecia de qualquer tipo de nulidade e, se não fosse pelo fato de que o Elmer havia sido o assassino do testador, nenhuma controvérsia existiria em torno do caso, e os termos do testamento seriam cumpridos.

Houve dois votos condutores nesse caso, o do juiz Gray, concedendo a herança e o do juiz Earl, negando-a. O voto do juiz Gray defendia uma interpretação literal da legislação. Como não havia previsão expressa de que o assassino do testador não poderia legar, o testamento deveria ser cumprido e Elmer, então, receberia sua herança. O voto do juiz Earl usou uma teoria muito diferente. Segundo ele, ‘é um conhecido cânone da interpretação que algo que esteja na intenção dos legisladores seja parte dessa lei, tal como se estivesse contida na própria letra; e que uma coisa que esteja contida na letra da lei somente faça parte da lei, se estiver presente na intenção de seus criadores’.⁸⁶ Seguindo, então, esse entendimento, alicerçado em uma teoria interpretativa que buscasse a intenção legislativa de fundo das leis, ele decidiu desfavoravelmente a Elmer, negando sua herança, como se na lei existisse uma condição implícita, prevista pelos legisladores, de que o assassino do testador não poderia herdar nada deste.

Esse caso ilustra como a divergência teórica é marcante no direito. Tanto o juiz Gray quanto o juiz Earl, concordavam que, no caso, eles deveriam seguir o direito. Ambos estavam se esforçando não para criar direito novo, mas para seguir o direito existente, e aplicar ao caso Elmer o verdadeiro direito. No entanto, esses juízes discordavam exatamente no que consistia seguir o verdadeiro direito. De fato, se formos analisar esse caso, verifica-se que ele, a princípio, não era um caso difícil. Havia uma lei a regê-lo, na qual se dizia que a vontade do avô de Elmer expressada em um testamento válido deveria ser respeitada, não prevendo nenhum tipo de exceção que pudesse ser invocada para negar a herança ao seu assassino. No entanto, a herança a este ainda assim foi negada.

O que teria acontecido então? Parece algum tipo de fingimento judicial. Ou seja, o juiz Earl não seguiu o direito, apesar de seu discurso ser exatamente o oposto, de que para seguir o verdadeiro direito era necessário negar a herança a Elmer.⁸⁸ Mas esse argumento

---

⁸⁶ HART, *Pós-Escrito*, p. 307.

⁸⁷ DWORKIN, *O império do direito*, p. 23.

⁸⁸ O argumento do fingimento é explícito de Hart, *Pós-Escrito*, p. 337: “Há, claro, uma longa tradição européia e uma doutrina da divisão de poderes que dramatizam a distinção entre Legislador e o Juiz e insistem em que o juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero porta-voz do direito, que ele não cria ou molda. Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juízes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial. Juízes da estatura de Oliver Wendell Holmes e de Cardozo, nos Estados Unidos, ou de Lorde Macmillan, de Lorde Radcliffe ou de Lorde Reid, na Inglaterra, e

não é nada convincente, pois os juízes que decidiram desfavoravelmente a Elmer de fato estavam seguindo o direito, e não tentando aperfeiçoá-lo, como se poderia argumentar. Para o juiz Earl, o direito vigente da época, e não uma versão melhorada deste, exigia que se negasse a herança a Elmer. Não se tratava de um caso limítrofe ou nebuloso, pois se sabia exatamente o que a legislação expressa determinava. Tampouco se tratava de um caso em que o direito deveria ser aperfeiçoado. Do ponto de vista do juiz Earl, o direito deveria ser seguido e a decisão de se negar a herança curvava-se ao direito. A questão é que os juízes divergiam exatamente no que consistia seguir o direito. Para Earl, a proposição jurídica “o assassino do testador citado por este para receber a herança tem direito, a despeito do assassinato, a recebê-la” é falsa, pois a verdade das proposições jurídicas depende não só do que consta expressamente na legislação, mas também das intenções legislativas, ainda que não explicitadas em lugar algum. O juiz Gray discordava dessa tese, defendendo que a verdade das proposições jurídicas dependia apenas do que a letra da lei expressava. Eles possuíam uma divergência teórica em relação ao direito.

Os diferentes advogados e juízes que debateram os casos que citamos como exemplos não pensavam estar defendendo direitos marginais ou *lato sensu*. Suas divergências sobre a legislação e o precedente eram fundamentais; seus argumentos mostravam que eles divergiam não só quanto à questão de se Elmer deveria ou não receber sua herança, mas também sobre a razão pela qual qualquer ato legislativo, inclusive as leis de trânsito e as taxas de tributação, impõe os direitos e deveres que todos reconhecem; [...] Eles divergiram sobre aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente na superfície, mas em sua essência também.⁸⁹

A existência de divergência teórica é embaraçosa para os positivistas. Hart insiste na negação da divergência teórica. Provavelmente, Hart explicaria esse caso no seguinte sentido. A legislação não tinha previsto que os assassinos dos testadores não poderiam herdar em razão da falta de engenhosidade humana. Não havia divergência teórica. Os juízes divergiram em relação à possibilidade ou não de usar o seu poder discricionário, já que este era um caso totalmente novo e não previsto na legislação. Assim, esse caso, dotado de características totalmente novas, poderia ser decidido pelos juízes pela

---

um conjunto de outros juristas, não só acadêmicos como práticos, têm insistido em que há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, em que o juiz tem uma tarefa inevitável, embora intersticial, de criação de direito, e que, tanto quanto diz respeito ao direito, muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro.”

incidência de seu poder discricionário, ainda que a argumentação judicial aparentasse ser outra coisa. O discurso utilizado pelo juiz Earl, no qual se aparentava que o direito não era inovado, mas apenas seguido, tratava-se, realmente de um fingimento.

Shapiro tentou desenvolver uma estratégia de defesa do positivismo, apresentando o que seria a estrutura de uma versão que admitisse a possibilidade de divergência teórica no direito.⁹⁰ Ocorre que Shapiro aqui avança em relação à Hart. Para este não há divergência teórica. Esta não pode existir, pois os critérios de veracidade das proposições jurídicas são fatos sociais, e contra fatos não há argumentos. E nesse ponto a divergência com Dworkin é insanável. Para este, o direito encontra, em última instância, seu fundamento na moral, ainda que se possa argumentar que o propósito moral do direito seja respeitar uma convenção social.⁹¹

Para Hart, o direito encontra seu fundamento em um fato social dado e por isso deve o teórico do direito apenas descrevê-lo. A prática jurídica consiste em um fato social, ainda que ela envolva algum critério moral. Observar a prática jurídica e verificar quais tipos de avaliação moral as pessoas aceitam como pertencentes ao direito é a tarefa do teórico. Como diz Hart, “uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação”.⁹² O argumento hartiano correto é, há uma convenção, isto é, há um fato bruto que estipula qual argumentação moral integra o direito. Hart permanece, ainda, em sua posição de observador imparcial, ainda que a descrição do resultado de sua observação seja uma prática jurídica argumentativa.

É contra a natureza desse método que Dworkin se insurge. Ele defende que essa descrição de fora e acima não pode ser levada a cabo. É impossível descrever sem avaliar, pois o direito é uma prática interpretativa, e como tal, a própria interpretação é objeto de uma interpretação de segunda ordem. Na prática jurídica, interpreta-se o ato de interpretar, e por isso é comum que haja a divergência teórica no direito. Com a divergência teórica é possível, então? Ela é possível porque o direito é um conceito interpretativo, e não um dado empírico bruto. A força dessa alegação será vista na seção 4.2. Ali, dar-se continuidade ao debate Hart-Dworkin, prosseguindo com o desenvolvimento da metodologia interpretativa de Dworkin.

---

⁸⁹ DWORKIN, *O império do direito*, p. 52.

⁹⁰ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, pp. 41-4.

⁹¹ DWORKIN, *O império do direito*, cap. IV – Convencionalismo.

⁹² HART, *Pós-Escrito*, p. 306.

No entanto, o que foi dito até aqui é suficiente para se chegar às raízes do debate Hart-Dworkin. Para Hart, o direito encontra seu fundamento último em um dado bruto, um fato social, que deve ser descrito com precisão pelo teórico do direito, sem realizar, contudo, sua avaliação moral. Para Dworkin, o direito é uma prática interpretativa, encontrando seu fundamento no desenvolvimento peculiar dessa prática, que envolve uma percepção de seus aspectos empíricos, até mesmo convencionais, mas que é indissociada de sua justificação moral. Por ser uma prática interpretativa, o direito deve ser estudado a partir do método interpretativo, constituído por uma complexa e apropriada combinação entre crítica ou avaliação do direito e sua descrição. Levando-se isso em conta, Shapiro identifica o verdadeiro debate Hart-Dworkin.

O “verdadeiro” debate entre Hart e Dworkin diz respeito, portanto, ao choque de dois modelos muito diferentes de direito. Deve o direito ser entendido como consistente em padrões socialmente designados como impositivos? Ou ele é constituído pelos padrões moralmente designados como impositivos? São os determinantes finais do direito os fatos sociais isoladamente ou também fatos morais? O desafio de Dworkin é pretender demonstrar que temos de escolher o último modelo. Como veremos, a resposta positivista foi argumentar que Dworkin não demonstrou tal coisa.⁹³

Não se pretende discordar, aqui, de Shapiro. Com efeito, a argumentação tecida na presente seção indica que, de fato, o que está em jogo no debate são esses dois modelos distintos de direito. Mas também ficou claro que o debate metodológico é a outra face desse debate substantivo. Ou seja, dada a prática jurídica, o correto é interpretá-la ao modo dworkiano ou descrevê-la ao modo hartiano? A resposta poderia ser encontrada na seguinte alternativa: se o direito é um fato bruto, seria mais apropriado descrevê-lo; se o direito é um conceito interpretativo, o teórico não conseguirá descrê-lo ao modo hartiano, mas sim interpretá-lo ao modo dworkiano. Ocorre que as proposições “o direito é um fato bruto” e “o direito é um conceito interpretativo” não são dadas de antemão. Se fossem verdades reveladas e indiscutíveis, a questão metodológica estaria, por conseqüência, resolvida. É por essa razão que essa equação pode ser invertida, colocando-se no primeiro plano o

---

⁹³ SHAPIRO, *The “Hart-Dworkin” debate*, p. 19: “The “real” debate between Hart and Dworkin, therefore, concerns the clash of two very different models of law. Should law be understood to consist in those standards socially designated as authoritative? Or is it constituted by those standards morally designated as authoritative? Are the ultimate determinants of law social facts alone or moral facts as well? Dworkin’s challenge purports to demonstrate that we must choose the latter. As we will see, the positivist response has been to argue that Dworkin has shown no such thing.”

método. Vale dizer, afirmar que o direito é um conceito interpretativo é uma proposição que deriva do desenvolvimento do método interpretativo, assim como afirmar que o direito é um fato bruto deriva do desenvolvimento do método descritivo. A natureza do direito e o método apropriado de sua abordagem são questões intrinsecamente relacionadas, não se podendo afirmar qual é precedente.

Um argumento relevante no sentido de que a questão metodológica não é inteiramente dependente da questão substantiva pode ser derivado de idéia de jurisprudência revista de Dworkin. Nela, Dworkin reinterpreta algumas teorias tradicionais do direito, como o positivismo jurídico e o pragmatismo, a partir de uma perspectiva interpretativista. A versão revisitada do positivismo jurídico coloca, em primeiro plano, o respeito à convenção social. Ao fazer isso, Dworkin objetiva demonstrar, dentre outras coisas, que a alegação de que o fundamento do direito é um fato social constitui em uma valoração do direito. Ou seja, afirmar que o fundamento do direito é um fato social é uma alegação moral em torno da prática jurídica. É dizer que o direito é mais bem praticado quando ele é exercido em conformidade com as convenções sociais. Ao fazer isso, cai por terra a alegação de Hart de que sua descrição é desengajada.

Esse ponto demonstra que há uma interação intensa e intrínseca entre o ponto de vista substantivo e metodológico, mas não uma total dependência deste em relação àquele. Essa idéia que aqui é esboçada será detalhada no capítulo 3.1.3. No momento, opta-se por cessar essa discussão, para não perder de vista os objetivos deste trabalho. O que foi dito até a presente seção é suficiente para sustentar o ponto de vista de que o debate Hart-Dworkin acaba por culminar em uma divergência metodológica, ainda que não esteja fundamentado, com o vigor necessário, que essa divergência não é inteiramente derivada da questão substantiva. A imagem de que essas duas questões são dois lados de uma mesma moeda é apropriada para a continuidade do desenvolvimento desse trabalho e, na verdade, constitui um dos fios condutores de toda essa dissertação.

O objetivo desse primeiro capítulo foi apresentar a teoria do direito de Dworkin, utilizando, para tanto, o contraponto que este empreendeu com a teoria de Hart. Seguiu-se desse modo em razão de dois objetivos. O primeiro é de que somente assim alguns aspectos mais marcantes das idéias de Dworkin poderiam ser captados, já que o desenvolvimento de sua teoria se dá justamente por meio da crítica ao positivismo jurídico. O segundo deles é demonstrar como esse debate atinge seu ápice justamente na questão metodológica, incrementando o sentido geral desse trabalho. Como se buscava dissertar sobre a metodologia de Dworkin à luz da influência de Rawls, lidar com a questão

metodológica torna-se ainda mais importante, já que ela é a raiz de um debate que vem se tornando a obsessão dos juristas nas últimas quatro décadas, pelos menos para os juristas da tradição anglo-saxã.⁹⁴

No entanto, como dito, é hora de abandonar momentaneamente esse debate, sob pena de se afastar em demasia do propósito principal deste trabalho, que é a teoria do direito e a metodologia de Dworkin, e a influência decisiva de Rawls nestas. Assim, opta-se aqui por dar um passo atrás, deixar de lado essas controvérsias, voltando as atenções para o trabalho de Rawls, e retomando o debate Hart-Dworkin no capítulo quarto.

Antes, no entanto, é preciso esclarecer um ponto. Até o momento, esse capítulo deixou de lado a preocupação de separar o que tudo o que foi dito na primeira ou na segunda fase do pensamento de Dworkin. Além disso, no presente capítulo, ficou esclarecido apenas que Hart sustenta uma metodologia descritiva, neutra e desengajada, enquanto que Dworkin sustenta um método que alia descrição e avaliação. Esse método dworkiano foi esboçado de maneira bastante breve e esquemática, sendo necessário algum refinamento, ainda limitado à primeira fase de seu pensamento. Sendo assim, é preciso dar dois passos atrás e, antes de ingressar na apresentação das idéias de Rawls, focar o método de *Levando os direitos a Sério*. Esse retorno é necessário, pois o método subjacente às idéias de *Levando Os Direitos A Sério* não pode ser equiparado ao interpretativismo que já se encontra bem delineado em *O Império do Direito*. O que se notará, especialmente depois que a teoria de Rawls e seu o método do equilíbrio reflexivo forem apresentados de forma refinada, é que em *O Modelo de Regras I e II*, assim como nos *Casos Difíceis e Casos Constitucionais*, o método dworkiano se aproximava do equilíbrio reflexivo, sem que Dworkin confirmasse tal fato expressamente.

2.3.2 O método de Levando os direitos a sério

É difícil identificar corretamente a metodologia que é utilizada por Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério*, isolando-a do desenvolvimento teórico por ele realizado ao longo de suas demais obras. Ainda assim, como se pode notar do que foi dito nas seções anteriores, Dworkin se posiciona frontalmente contra o método descritivo de Hart. Se Dworkin não é descritivo, o que ele é então? Em *Levando Os Direitos A Sério*, no texto *Casos Constitucionais*, ele menciona o modelo construtivista, mas o cerne desse artigo não

---

⁹⁴ SHAPIRO, The “Hart-Dworkin” debate, p. 2: “for the past four decades, Anglo-American legal philosophy has been preoccupied – some might say obsessed – with something called the “Hart-Dworkin” debate.”

se volta para uma definição do construtivismo. Este é mais bem definido quando Dworkin, no capítulo seguinte, analisa a obra de Rawls e verifica dois modelos do método por este concebido em sua filosofia política: o modelo de equilíbrio reflexivo natural e construtivo. Mas ele não faz isso relacionando à sua teoria do direito ou ao método de Hércules.

Há, no entanto, um problema em equiparar a metodologia que é concebida por Dworkin para lidar com os problemas jurídicos com aquela derivada do método do equilíbrio reflexivo de Rawls. A questão é que este último foi concebido para lidar com problemas de filosofia política, do conceito de justiça e da moral e, apesar de Dworkin afirmar que o direito é espécie do gênero moral, sendo este último o objeto da filosofia política, não se pode afirmar, imediatamente, ou seja, sem antes que seja feita uma análise mais refinada dos argumentos envolvidos, que o construtivismo de Rawls está relacionado diretamente com o construtivismo de Dworkin.

De fato, isto será feito nesse trabalho. Argumentar-se-á, em uma segunda abordagem, que o método de *Levando os direitos a sério* é um desenvolvimento, para o direito, do método do equilíbrio reflexivo de Rawls.⁹⁵ Antes, no entanto, é preciso apresentar com bastante refinamento a idéia de equilíbrio reflexivo e sua interpretação relacionada ao construtivismo, em oposição ao modelo natural. Somente após esse aprofundamento nas idéias de Rawls é que a convergência com Dworkin poderá ser apropriadamente verificada. Dessa forma, ao invés de deixar a questão metodológica de Dworkin em suspensão até que seja desenvolvido todo o argumento a partir da filosofia política de Rawls, na presente seção se tentará identificar, do debate que Dworkin trava diretamente com Hart, o que de metodológico há por trás da teoria do direito desenvolvida a partir da crítica ao método descritivo hartiano.

Dessa forma, quando esse trabalho for se voltar para as idéias de Rawls, o desenvolvimento das estratégias justificadoras da concepção de justiça rawlsiana já poderá ser realizado em concomitância com a identificação da convergência com algumas das idéias expressadas por Dworkin. O que se irá fazer na presente seção, é, portanto, uma antecipação do argumento que somente pode ser defendido em alicerces seguros após o aprofundamento da teoria de Rawls.

Da exposição do positivismo jurídico de Hart, nota-se que o objetivo deste é identificar a especificidade das regras jurídicas. Podemos resumir sua teoria como uma

---

⁹⁵ Ver seção 3.2.1.

tentativa de responder à seguinte pergunta: como podemos distinguir as regras jurídicas dos demais padrões sociais? Hart pensa que isso pode ser feito, mas que é preciso um esforço do filósofo do direito que é distinto do esforço realizado pelos operadores do direito. Segundo seu ponto de vista, estes, em muitas ocasiões da prática jurídica, são levados a defender melhorias do direito, afastando-se do que exigiria o verdadeiro direito. O filósofo, por outro lado, está empenhado na tarefa de identificar o verdadeiro direito, e não avaliá-lo moralmente. De fato, esta pode até ser uma tarefa do filósofo, no entanto, somente a partir de uma identificação preciso do direito é que se pode criticá-lo adequadamente. O ponto que Hart insiste é, o filósofo do direito deve, antes de tudo, identificar a especificidade da prática jurídica, descrevendo-a com a precisão que um sociológico descreveria uma prática social qualquer. Como ele mesmo afirma no prefácio de sua obra, sua análise não se trata de uma crítica do direito ou de uma crítica à política legislativa. Por isso sua preocupação em captar corretamente os fatos sociais, em tentar analisá-los como o direito se apresenta. Daí sua afirmação talvez excessivamente forte de que seu livro pode ser encarado como um ensaio de sociologia descritiva.⁹⁶

Para descrever o direito corretamente, o teórico deve-se colocar, então, em uma posição objetiva, de fora e acima da prática jurídica. Ele deve observar de forma imparcial a prática jurídica e tentar identificar os critérios que tornam jurídicas determinadas regras. Acompanhar o desenvolvimento do argumento de Hart deixa esse ponto mais claro. Ele parte do conceito de regra social, distinguindo-a de um mero hábito. Ele se coloca na posição de um observador externo que tenta identificar as regras de uma sociedade, e para isso analisa o desenrolar do jogo social. Para captar as regras, ele verifica então que se faz necessário se voltar ao aspecto interno de aceitação pelas pessoas como guias para conduta. De forma aparentemente paradoxal, este aspecto interno pode ser captado até mesmo por um observador externo. O observador externo capta o aspecto interno das regras por meio de suas manifestações práticas.⁹⁷

Esse ponto fica mais claro quando Hart desenvolve a teoria da regra de reconhecimento às suas últimas conseqüências. A regra última de reconhecimento de Hart não é positivada, mas tampouco é hipotética.⁹⁸ Trata-se de uma regra social, e por isso tem uma existência que não é meramente lógica, mas sim real e efetiva. A regra de

---

⁹⁶ Hart rejeita o logicismo kelseniano, mas também rejeita posições que equiparam o direito a moral. O fundamento de validade do direito não é um pressuposto lógico, como afirma Kelsen, tampouco ele deriva de fundamentos morais. O fundamento do direito é um fato social, e é a partir disso que ele constrói sua teoria.

⁹⁷ HART, *O Conceito de Direito*, p. 304.

reconhecimento é um fato social, e como tal, deve o teórico do direito apenas descrever tal fato, tal como faria um sociólogo. O teórico não deve criticar esse fato à luz de critérios morais que seriam, em última instância, exteriores ao direito. Hart alicerça a validade de todo o ordenamento jurídico em um padrão de conduta dos indivíduos caracterizado por uma aceitação interna. Este fato bruto é que Hart tenta captar e descrever. Sua idéia é, se o teórico conseguir descrever com precisão esse fato, a chave para a ciência do direito será encontrada, livrando os juristas das questões persistentes que os assolam há séculos.

Dworkin rejeita completamente o método descritivo de Hart. Logo no primeiro capítulo do *Levando os Direitos a Sério*, em meio a uma discussão sobre as estratégias de defesa penal dos mentalmente incapazes, e como elas se relacionam diretamente com questões principiológicas que envolvem o estatuto moral deste tipo de argumentação, ele consigna o seguinte:

Não tenho espaço aqui para desenvolver essas questões com profundidade (algumas das quais são discutidas por Hart) e as menciono somente para mostra que a abordagem da teoria do direito que enfatiza os princípios não pode contentar-se apenas em mostrar as ligações entre a prática jurídica e a prática social, mas deve continuar a examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido.⁹⁹

A abordagem da teoria do direito a partir dos princípios, é o que Dworkin nota nesse primeiro diálogo com as idéias de Hart, faz com que o jurista caminhe, inevitavelmente, para a crítica da prática jurídica. A teoria do direito, como afirmado no excerto acima, deve examinar e criticar a prática social. Ao desenvolver essa idéia, ele verifica que, na prática jurídica, os direitos, deveres e obrigações das partes são identificados não em razão de sua relação a um fato social, mas sim, em grande medida, de sua justificação moral. Para Dworkin, grosso modo, há uma obrigação não apenas quando há uma regra social a estatuí-la, mas, e especialmente, quando há fortes razões morais que lhe dá sustentação.

No entanto, Dworkin, em sua crítica à tese da regra social, justamente para tentar desconstruir os alicerces desta, dá uma ênfase excessiva na justificação moral do direito. O desenvolvimento de seu argumento, no entanto, tal como realizado nesse capítulo, não

---

⁹⁸ Como ocorre com Kelsen.

⁹⁹ DWORKIN, *Teoria do direito*, em *Levando os Direitos a Sério*, pp. 19-20.

deixou de fazer referência a um aspecto essencial de sua teoria. De fato, ainda que seja dada tal ênfase ao fundamento moral do direito, ele não deixa de lado seu aspecto empírico. Dworkin identifica a relevância na prática jurídica dos fatos social. Ele insiste, no entanto, que ela não é suficiente para uma identificação adequada do direito. Dworkin reitera esse esforço de forma mais ou menos clara ao se referir ao trabalho de Hércules na definição dos direitos jurídicos concretos em casos difíceis:

A tese dos direitos tem dois aspectos. Seu aspecto descritivo explica a estrutura atual da instituição da decisão judicial, enquanto que o aspecto normativo oferece uma justificação política para essa estrutura.¹⁰⁰

O ponto é, Dworkin parte de uma crítica bem fundamentada a Hart, sustentando que a colocação deste como um observador externo da prática jurídica é insuficiente para captar a complexidade do fenômeno jurídico. Caso Dworkin mantivesse uma postura semelhante à de Hart, ou seja, externa e desengajada, ele não poderia dar conta de explicar corretamente o papel dos princípios na prática jurídica. Quando Dworkin se volta para os princípios, o que ele nota é que estes são representativos do fundamento moral ou normativo para o direito.

No entanto, ele tenta não rejeitar a percepção do direito como uma prática social também empírica, e não apenas normativa. Hart sustentou que o direito seria uma prática social puramente empírica. Dworkin acrescenta a essa equação os aspectos normativos, aliando essas duas dimensões. Seu esforço é direcionado, então, para qualificar corretamente esta prática, verificando que ela não pode prescindir da avaliação relacionada à moralidade política e de uma percepção de seus aspectos também empíricos, como, por exemplo, a detecção de alguns fatos brutos marcantes na prática jurídica.

Mas o fundamento moral do direito é decisivo, fazendo com que o direito não possa ser apenas descrito. Constitui uma parte essencial da prática jurídica que o direito, ao mesmo tempo em que ele seja identificado, ele também seja justificado. Não se pode cindir uma coisa da outra. Não é possível descrever apenas os fatos brutos que fundamentam o direito, pois o direito não se fundamenta apenas nesses fatos brutos. É inescapável que o direito seja identificado também por meio de sua justificação moral. Logo, é preciso de

---

¹⁰⁰ DWORKIN, *Casos difíceis*, em *Levando os Direitos a Sério*, p. 192.

outro método, que não a mera descrição externa, objetiva e desengajada, para uma verdadeira teoria do direito.

Levando Os Direitos A Sério pode ser explicado, então, como um esforço de Dworkin em fornecer essa nova metodologia. Uma metodologia que dê conta de lidar com os dois aspectos imprescindíveis na identificação do direito: o fundamento empírico e o fundamento moral. Para elucidar como se dá a relação entre essas duas dimensões, é preciso retomar como os direitos são identificados no método de Hércules. Como visto, este inicia a resolução de um caso difícil por meio da definição de uma teoria política que dê conta de justificar o dever de observância das leis. O sistema constitucional é visto como um componente do sistema político no qual ele se assenta, sendo que a observância do ordenamento jurídico que a Constituição estatui decorre de razões de equidade. Seguindo no trabalho de Hércules, este se deparará como uma história institucional, leis, precedentes e todo o restante do corpo jurídico, que está, de alguma forma, conectada à Constituição e à teoria política que a ela subjaz. A tarefa do juiz se torna hercúlea na medida em que ele deve extrair dessa história constitucional os princípios nela inscritos, formando uma teia inconsútil. Certamente que no desenrolar desta tarefa, Hércules irá se deparar com princípios, regras, precedentes, que se tornem impossíveis de serem coerentemente inseridos na trama por ele tecida. Sua teoria, no entanto, dará conta de rejeitar alguns princípios, ou circunscrever sua autoridade ao caso específico no qual ele se encontra.

Nessa tarefa, Hércules deve lidar com princípios extraídos da filosofia política e com princípios extraídos da história institucional jurídica da prática jurídica na qual ele se insere, formando sua teia inconsútil a partir disso tudo. O que Hércules acaba por construir, é um corpo mais ou menos gigante, porém coeso, que não é meramente um espelho da prática jurídica efetiva de uma determinada comunidade, nem tampouco fruto de um exercício dedutivo de uma filosofia política normativa. É da complexa combinação entre esses dois aspectos, que Hércules irá formular o arcabouço jurídico que será utilizado na resolução dos casos difíceis.

O ponto de partida de Hércules reside, portanto, na coleta de alguns dados. Ele inicialmente parte do material jurídico disponível (constituição, leis, precedentes etc). A partir disso, ele depreende os princípios morais subjacentes a todo esse material. Ele deve construir, então, uma teoria política que fundamenta esse direito, ordenando esses princípios de forma coerente, em uma teia inconsútil. Além disso, os princípios de filosofia

política devem estar harmonizados com os princípios decorrentes da história institucional da comunidade. Sendo assim, entre avanços e recuos, Hércules encontrará um ponto de equilíbrio no qual sua teoria possa ser coerentemente sustentada tanto por princípios políticos últimos, como por princípios da prática jurídica na qual ele se insere.

É possível, então, nesse momento, identificar dois aspectos da metodologia com o qual Dworkin busca lidar. Em um primeiro momento, a teoria do direito por ele concebida é entendida como o espelho mais preciso de uma prática jurídica efetiva. Em um segundo momento, sua teoria busca alcançar coerência em relação à prática jurídica, justificando-a normativamente. No primeiro momento, a teoria é concebida para se ajustar à prática jurídica, sendo fiel espelho desta. Esse retrato não é fiel, no entanto, no sentido de ser uma descrição exata, pois a segunda dimensão de justificação da prática deforma a imagem em um certo sentido. A teoria do direito que é construída não é apenas espelho da prática, mas também sua melhor justificação. Ao mesmo tempo em que ela se ajusta à prática, ela a justifica. Adequação ou ajuste e justificação ou coerência é o binômio com o qual Dworkin trabalha.

Trata-se, portanto, não apenas de uma mera descrição. No complexo trabalho de Hércules, a descrição envolve a coleta do material jurídico e de outros aspectos efetivos da prática jurídica. Mas não é só isso que ele faz. Para identificar o direito das partes, ele deve justificar também esse material em bases morais. Essas duas dimensões do método de Hércules são incindíveis. Aliás, distinguir essas duas fases é mais um recurso didático do que um processo estanque, no qual se passa de uma fase a outra, em uma sequência lógica de atos. À medida que Hércules vai identificando a prática jurídica, ele vai a justificando. Não é possível separar as duas dimensões, pois estas também não se separam na prática do direito.

A diferença com Hart se torna, nesse sentido, evidente. Obviamente que Hart também busca construir uma teoria em si coerente. Mas não é essa coerência que Dworkin pensa. A coerência por ele buscada é aquela que deve existir entre a fundamentação moral do direito e os princípios que exurgem de uma dada história institucional. Essa coerência não é, de modo algum, buscada por Hart, na medida em que os princípios morais não exercem um papel relevante em sua teoria do direito. Hart limita-se a apresentar uma teoria do direito que funcione como a melhor descrição da prática jurídica. A teoria de Dworkin também busca este caráter descritivo, no entanto, para ele, é imprescindível que esta

descrição passe por um crivo normativo, sendo inerente à prática jurídica seu aspecto eminentemente moral.

Essa explicação ainda é insatisfatória, mas, no momento, ganha relevo o esforço teórico de Dworkin de levar adiante o projeto hartiano, de encontrar uma teoria que seja descritiva, mas se afastando de Hart, na medida em que a teoria objetivada por Dworkin é também crítica. Certamente que alguma confusão ainda reside na compreensão da metodologia de Dworkin, não estando claro em que medida a teoria deve se encaixar em uma prática jurídica estabelecida ou a que preço ela deve buscar alcançar coerência ou justificação normativa. Sendo assim, a discussão metodológica sobre Dworkin prosseguirá no próximo capítulo, momento em que ela poderá ser mais bem compreendida, já que as idéias de Rawls, tão influentes para ele, já terão sido esboçadas. Argumentar-se-á, então, que essas duas dimensões de ajuste e justificação são componentes do método do equilíbrio reflexivo de Rawls. É a partir da idéia de equilíbrio reflexivo que se pode compreender de forma mais precisa o modo pelo qual Dworkin entende que a descrição e a avaliação estão intrinsecamente relacionadas na prática e na teoria do direito. O modelo construtivo ou interpretativo de equilíbrio reflexivo esclarecerá em que sentido a teoria do direito de Dworkin não é apenas descritiva, mas também normativa, e como essas duas dimensões estão intrinsecamente conectadas.

3 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS E A CRÍTICA DE DWORKIN EM LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Esse capítulo, a princípio, seria um complemento do capítulo precedente, e se limitaria a esclarecer, com profundidade e o refinamento necessário, o método do equilíbrio reflexivo de John Rawls. No entanto, foi sentida aqui a necessidade de ir além, e apresentar outros métodos de justificação da concepção de justiça rawlsiana. E isso foi feito por três razões.

Em primeiro lugar, isso foi necessário porque há muita divergência em torno do papel do método do equilíbrio reflexivo na teoria de Rawls. Alguns argumentam que ele é decisivo na justificação da concepção da justiça como equidade, outros argumentam que ele seria, em grande medida, dispensável. Aqui se defenderá o primeiro ponto de vista.

Em segundo lugar, apresentar de forma crua o equilíbrio reflexivo tiraria dele todo o seu vigor como método. De fato, ele é, a princípio, uma idéia simples de ser apresentada. No entanto, toda a sua força como um método apropriado para a filosofia política somente pode ser apreendido quando relacionado com as outras formas de justificação dos princípios de justiça de Rawls.

Em terceiro lugar, foi preciso apresentar em alguns detalhes a teoria da justiça de Rawls para se compreender a segunda fase de seu pensamento, o que será determinante para confrontá-la com a segunda fase do pensamento de Dworkin, e também para que outros aspectos de influência das idéias de Rawls pudesse ser detectada no pensamento de Dworkin. Aliás, é a capacidade da teoria de Rawls de apresentar soluções satisfatórias e persuasivas em problemas envolvendo a justiça que sua teoria passou a ser tão influente no pensamento filosófico no século XX. O método do equilíbrio reflexivo não teria sido influente em Dworkin se ele não fosse um componente fundamental dos argumentos de Rawls em questões substantivas. Mais uma vez a relação entre questões substantivas e metodológicas torna-se relevante.

Este capítulo, então, será dedicado a apresentar, com a profundidade e o refinamento necessário, o método do equilíbrio reflexivo, assim com as outras formas de justificação da concepção de justiça de Rawls. Nessa tarefa, a teoria da justiça de Rawls também será apresentada, ainda que de maneira resumida. Não se perderá de vista, contudo, os objetivos deste trabalho. Por isso, a segunda parte deste capítulo será dedicada

a empreender uma retomada da teoria do direito de Dworkin, confrontando-a já com as idéias de Rawls. Esse confronto é realizado a partir da primeira fase do pensamento de cada autor. Isto é, tendo como foco as obras *Levando os direitos a sério*, de Dworkin, e *Uma Teoria da Justiça*, de Rawls. Argumentar-se-á que há, nessa primeira fase, uma intensa consonância entre as idéias de ambos autores, sendo que a crítica por aquele dirigida a este deve ser entendida menos como uma divergência genuína, e mais como um esforço de se interpretar corretamente suas idéias. Antes de tudo, é preciso ao menos situar intelectualmente as idéias de Rawls e sua teoria da justiça. Isso será feito imediatamente.

John Rawls dedicou a sua obra à filosofia política, mais especificamente em um campo desta conhecido como teoria política normativa. Após um longo período de ceticismo reinante na teoria política, Rawls é apontado como um dos principais articuladores da retomada do debate em torno dos valores políticos propriamente ditos.¹⁰¹ Para os céticos, somente possuíam validade teórica aquelas afirmações que exprimiam um conteúdo lógico ou um conteúdo empírico. As afirmações que envolvem julgamentos de valor, por sua vez, ficariam, para estes, relegadas a um segundo plano intelectual, tratadas como preferências íntimas, equivalentes a uma simples questão de gosto, como a opção pelo doce ao salgado. São diversas as razões para a retomada da perspectiva normativa no campo da teoria política, mas aqui não será possível desenvolvê-las. Cumpre mencionar apenas que a retomada, por Rawls, das questões atinentes à justiça, evidentemente, envolve a rejeição de tal ceticismo.¹⁰² De fato, este autor afirma precisamente que uma determinada configuração do justo pode ser considerada como melhor que as outras. Ele, então, irá definir e defender a sua própria concepção de justiça aplicada para as instituições políticas.

Um primeiro passo nesse empreendimento é situar os termos do debate. Se se pretende definir e defender uma determinada concepção de justiça, é preciso tomar como ponto de partida o que se deve entender por justiça. A distinção entre conceitos e concepções aqui também é marcante. Em uma primeira abordagem conceitual, a justiça é entendida como o modo pelo qual a sociedade distribui direitos e deveres, sendo seu papel ordenar exigências conflitantes nessa distribuição. Duas suposições são importantes aqui: a primeira é a de que a sociedade é vista como um empreendimento cooperativo. Ou seja, presume-se que cooperando em sociedade, todos irão se beneficiar mutuamente,

¹⁰¹ VITA, Álvaro de. *Apresentação da Edição Brasileira em John RAWLS, Uma Teoria da Justiça*, tradução de Jussara Simões, revisão técnica de Álvaro de Vita, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008, pp. XI-XVII.

¹⁰² VITA, Álvaro de. *Apresentação da Edição Brasileira em John RAWLS, Uma Teoria da Justiça*, tradução de Jussara Simões, revisão técnica de Álvaro de Vita, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008, pp. XI-XVII.

alcançando posições mais vantajosas em relação às aquelas que poderiam ser alcançadas por cada pessoa isoladamente, única e exclusivamente com seus próprios esforços. Esta identidade de interesses é contrastada, no entanto, por um conflito de interesses de igual intensidade, uma vez que cada um prefere uma parcela maior a uma menor desses benefícios.¹⁰³

Desenvolvendo essas duas idéias, de cooperação e conflito de interesses, Rawls identifica as circunstâncias da justiça, as condições normais de vida que subjazem a cooperação humana, sem as quais talvez a idéia de justiça não faria sentido. Nesse sentido, a sociedade deve ser regida por uma concepção de justiça sempre que duas condições se verificarem, quais seja, i) a escassez moderada de recursos e ii) o conflito de interesses. A idéia é que, se não houvesse escassez de recursos, não seria sentida a necessidade de se equacionar corretamente a distribuição desses recursos, afinal haveria tantos desses quanto fosse necessário. Caso também não houvesse conflito de interesses entre os membros cooperantes, a justiça assim entendida também não se faria necessária já que sempre haveria acordo em relação a como se realizar a distribuição. Essa hipótese é mais heurística do que empírica, na medida em que é difícil se verificar na história da humanidade a ausência do conceito de justiça.

Essa última condição, do conflito de interesses, está relacionada com a idéia de pluralismo de concepções abrangentes do bem.¹⁰⁴ A idéia é que em uma sociedade democrática, várias doutrinas morais, religiosas e filosóficas são professadas pelos seus indivíduos, sendo que muitas delas são incompatíveis entre si. Rawls presume que é uma condição natural das sociedades democráticas que haja tal pluralismo, sendo inevitável, por isso, que a concepção política lide com tal circunstância de forma apropriada.

Ainda sobre a definição do conceito de justiça a ser desenvolvido por Rawls, vale destacar que este tem em mente a justiça política, e não qualquer outra que possa ser pensada.¹⁰⁵ Segundo ele, a justiça é política no sentido de que seu objeto é a justiça social. Em outras palavras, a justiça política se aplica para a estrutura básica da sociedade, entendendo esta o modo pelo qual “as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da

---

¹⁰³ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 5.

¹⁰⁴ Ver capítulo 1, nota 22, de Álvaro de Vita, *A justiça igualitária, para uma definição de concepção abrangente do bem*.

¹⁰⁵ A justiça na conduta individual das pessoas, por exemplo.

cooperação social”. Segundo Rawls, “a estrutura básica é o principal objeto da justiça porque suas consequências são profundas e estão presentes desde o início”.¹⁰⁶

Estabelecido esse entendimento sobre o conceito de justiça, o debate se desloca, então, para a definição da melhor concepção de justiça. Essa é a tarefa ao qual Rawls se propõe a concretizar em *Uma teoria da justiça*. Isto é, quais e como definir e defender os princípios de justiça para reger as instituições básicas de uma sociedade marcada pela cooperação e pelo conflito de interesses? Ou, em outras palavras, como afirma Vita, “uma forma de interpretar o que Rawls se propôs a fazer em *Uma teoria da justiça* é a seguinte: a idéia central era a de articular de uma forma sistemática, em uma teoria, as razões pelas quais nós, se nos concebemos como cidadãos de uma sociedade democrática, deveríamos considerar mais razoável uma determinada configuração dos valores políticos ou, o que nesse caso vem a ser a mesma coisa, uma concepção específica de justiça política e social.”¹⁰⁷ A pergunta seguinte decorre naturalmente: mais razoável do que? O grande adversário de Rawls é o utilitarismo, sendo um dos objetivos explícitos de *Uma teoria da justiça* definir uma concepção de justiça que pudesses servir de alternativa a essa tradicional, e talvez até então dominante, vertente do pensamento político.

Há uma longa e forte tradição de pensadores utilitaristas, cite-se, apenas para exemplificar, Bentham, Sidgwick, Hume e Mill. Grosso modo, a idéia principal do utilitarismo é de que “a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem.”¹⁰⁸ Há diversas formas de entender o utilitarismo, e para os fins do presente trabalho não se faz necessário se alongar nessa explicação. Basta ter em mente que, para o utilitarista, a sociedade deve maximizar a satisfação, seja ela a soma ponderada absoluta das expectativas dos homens representativos envolvidos (princípio de utilidade clássico ou utilidade total) ou a média per capita de satisfação (princípio de utilidade média). Segundo o princípio de utilidade, “melhor é o ato que produz a maior felicidade para o maior número de pessoas; e pior é aquele que, de igual maneira, ocasiona a infelicidade”.¹⁰⁹

¹⁰⁶ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 8.

¹⁰⁷ Vita, Apresentação, XIX.

¹⁰⁸ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 27.

¹⁰⁹ HUTCHESON, *An Inquiry Concerning Moral Good and Evil* (1725), citado por Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, p. 27, n. 9. O utilitarista buscava igualar as pessoas em seu bem-estar, sendo necessário, portanto, alguma definição de como se medir o bem-estar das pessoas, se por meio de sua felicidade, satisfação dos desejos etc.

Além do utilitarismo, ele também se posiciona contra outras duas concepções de justiça, o intuicionismo e o perfeccionismo. O intuicionismo é entendido por Rawls como “a doutrina segundo a qual existe um conjunto irreduzível de princípios fundamentais que devemos pesar e comparar, perguntando-nos qual equilíbrio, no nosso juízo ponderado, é o mais justo”.¹¹⁰ Nesse sentido, para um intuicionista, os valores morais configuram-se como “afirmações verdadeiras a respeito de uma ordem independente de valores morais”. Essa ordem de valores morais independe da razão humana, sendo um objeto dado, disponível ao conhecimento humano. Sendo assim, o indivíduo é visto como um agente de conhecimento, capaz de realizar proposições verdadeiras acerca dos valores, descrevendo a ordem moral com precisão ou não.¹¹¹ Logo,

As teorias intuicionistas têm, então, duas características: primeiro, consistem em uma pluralidade de princípios fundamentais que podem entrar em conflito e oferecer diretrizes contrárias em certos casos; segundo, não contam com nenhum método explícito, nenhuma regra de prioridade, para comparar esses princípios entre si: temos de chegar ao equilíbrio por meio da intuição, por meio do que nos parece aproximar-se mais do que é justo.¹¹²

Rawls afirma, então, que para combater as teorias intuicionistas, faz-se necessário apresentar uma forma segundo a qual os valores podem ser apropriadamente ordenados e sopesados, segundo critérios éticos. Sua concepção de justiça será, portanto, uma alternativa melhor ao intuicionismo, na medida em que ela definirá critérios de ordenação dos princípios políticos, articulando as intuições de justiça em uma teoria moral que os dê coerência.¹¹³

A terceira concepção de justiça com a qual Rawls travará debate é o perfeccionismo. Segundo esta visão, a justiça consiste em ordenar a sociedade de tal modo que ela maximize uma determinada concepção de bem, isto é, alguma doutrina acerca do que torna uma vida valiosa. Em geral, este bem é visto como algo que conduza à elevação

---

¹¹⁰ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 41.

¹¹¹ RAWLS, em *O Liberalismo Político*, esmiúça quatro características do intuicionismo racional. Ver conferência III, § 1.

¹¹² RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 41.

¹¹³ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, trad. Luís Carlos Borges, rev. Marylene Pinto Michael, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 64: “O intuicionismo é uma alternativa insatisfatória ao utilitarismo, pois, embora realmente tenhamos intuições anti-utilitárias em questões específicas, também queremos uma teoria alternativa que confira sentido a estas intuições. Queremos uma teoria que mostre por que estes exemplos específicos suscitam nossa reprovação. O ‘intuicionismo’, poré,

do homem, como a arte, a ciência, a cultura ou a própria política. O problema desta concepção de justiça, segundo Rawls, é que ela estipula uma concepção de bem que deve servir como guia para reger as instituições básicas da sociedade, o que contraria a premissa liberal de pluralismo de valores. Segundo esta, a sociedade não deve privilegiar uma concepção de bem, mas sim permitir o livre desenvolvimento, por cada indivíduo, de sua própria concepção do que torna uma vida valiosa de ser vivida.

As críticas a cada uma dessas posições serão devidamente refinadas no momento oportuno. O que interessa, nesse primeiro momento, é notar que do mesmo modo com que foi travado o debate entre Hart e Dworkin, no qual a concepção de direito estava em jogo, o debate agora é entre concepções de justiça alternativas. É em meio a esse debate que Rawls se encontra.

No entanto, como assevera Kymlicka, “é geralmente aceito que o recente renascimento da filosofia política normativa começou com a publicação de *A Theory of Justice*, de John Rawls, em 1971 [...]. Sua teoria domina os debates contemporâneos, não porque todos a aceitem, mas porque visões alternativas são apresentadas como respostas a ela.”¹¹⁴ Ou seja, Rawls não apenas participa desse debate, mas sim se coloca, de alguma forma, no centro dele. Como então situar num debate, uma teoria que se encontra em seu centro, sendo o divisor de águas na filosofia política? Entre feministas, comunitaristas, utilitaristas, Rawls também recebeu o seu próprio rótulo. Sua teoria é definida como sendo liberal-igualitária. Há uma descrição tradicional da paisagem política que situa o liberalismo como o meio termo entre defensores de valores opostos e inconciliáveis, a liberdade e a igualdade. Kymlicka assim descreve essa descrição tradicional da paisagem política.

Nosso retrato tradicional da paisagem política vê os princípios políticos caindo em algum ponto em uma única linha, que se estende da esquerda à direita. Segundo esse retrato tradicional, as pessoas à esquerda acreditam em igualdade e, portanto, endossam alguma forma de socialismo, ao passo que aquelas à direita acreditam em liberdade e, portanto, endossam alguma forma de capitalismo de mercado livre. No meio estão os liberais, que

---

nunca vai além dessas intuições iniciais, ou mais fundo que esse estágio, para mostrar como eles estão relacionadas ou para oferecer princípios que lhes dêem base e estrutura.”

¹¹⁴ KYMLICKA, *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, p. 11.

acreditam em uma mistura aguada de igualdade e liberdade e, portanto, endossa, alguma forma de capitalismo de bem-estar social.¹¹⁵

Esse retrato tradicional, no entanto, é cada vez mais inadequado. Não só porque ele não consegue colocar nesse espectro algumas posições políticas mais recentes, como o feminismo, mas, principalmente, porque ele deixa subentendido que as diversas concepções de justiça possuiriam valores diferentes. O socialismo teria como valor a igualdade, enquanto que os defensores do capitalismo valorizariam mais a liberdade. Dworkin e Kymlicka argumentaram, no entanto, que essa compreensão das teorias políticas é inadequada. Na visão deles, estas não teriam valores fundamentais diferentes, mas expressariam todas elas um mesmo valor fundamental, que é a igualdade. Todas elas seriam teorias igualitárias em algum sentido. Uma teoria que tivesse como ponto de partida que alguns homens são intrinsecamente superiores a outros homens não alcançaria a menor plausibilidade nesse debate. As teorias políticas contemporâneas, como o libertarismo, o comunitarismo e até mesmo o utilitarismo, seriam interpretações distintas dessa idéia abstrata de igualdade. Como resume Kymlicka,

Nem toda teoria política já inventada é igualitária nesse sentido amplo. Mas, se uma teoria afirmasse que algumas pessoas não têm direito a igual consideração do governo, se afirmasse que certos tipos de pessoa simplesmente não têm tanta importância quanto outros, então, a maior das pessoas no mundo moderno rejeitaria esta teoria imediatamente. A sugestão de Dworkin é a de que a idéia de que cada pessoa tem importância igual está na essência de todas as teorias políticas plausíveis.¹¹⁶

Grosso modo, para o utilitarismo, o governo respeitaria a igualdade quando tomasse suas decisões objetivando aumentar a soma ou a média de satisfação. Para o libertarismo, esse ideal é respeitado quando o governo não interfere na vida de seus cidadãos. E o liberalismo-igualitário de Rawls? Como esclarece Vita, “liberalismo-igualitário identifica, aqui, a posição normativa de que uma sociedade justa é comprometida com a garantia de direitos básicos iguais e uma parcela equitativa dos recursos sociais escassos – renda, riqueza e oportunidades educacionais e ocupacionais – a todos os seus cidadãos”.¹¹⁷ No

¹¹⁵ KYMLICKA, *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, p. 2.

¹¹⁶ KYMLICKA, *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, p. 6.

¹¹⁷ VITA, Álvaro. *O Liberalismo Igualitário: Sociedade democrática e justiça internacional*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 161.

liberalismo-igualitário, haveria uma divisão de responsabilidades entre a sociedade e seus cidadãos. Aquela asseguraria uma estrutura institucional que distribuisse bens e oportunidades a todos sem discriminações e os cidadãos decidiriam o que fazer de suas vidas com tais recursos. Essa visão geral da concepção de justiça rawlsiana, talvez seja mais bem elucidada por meio da formulação de seus princípios de justiça social para reger a estrutura básica da sociedade, sendo válido transcrevê-los:

a. Cada pessoa deve ter um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades básicos iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar garantido para todos; e, nesse sistema, as liberdades políticas iguais, e somente essas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido;

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: em primeiro lugar, elas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo, elas devem redundar no maior benefício possível para os membros menos favorecidos da sociedade.¹¹⁸

Esses dois princípios de justiça expressa, na realidade, três idéias: um primeiro princípio de liberdade, um segundo princípio de igualdade de oportunidades, e um terceiro princípio de igualdade na distribuição dos recursos, consistente no princípio de diferença. É importante salientar que os dois princípios estão em ordem lexical, isto é, o primeiro princípio possui prioridade em relação à primeira parte do segundo princípio, e esta, por sua vez, possui prioridade em relação ao princípio de diferença. Em razão disso, uma maior liberdade para um determinado grupo não é admitida mesmo que isso acarrete uma maior igualdade equitativa de oportunidades; e uma menor igualdade de oportunidades não é admitida mesmo que isso seja em benefício dos membros menos favorecidos da sociedade.

---

¹¹⁸ Essa formulação foi extraída de *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1983, pp. 5-6. Ela está transcrita no texto em tradução livre, efetuada por Álvaro de Vita, e distribuída em *paper* aos seus alunos no curso Teorias Contemporâneas da Justiça, ministrada na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Ela é adotada aqui em razão da precisão em sua tradução. Para fins de comparação, segue a versão apresentada em *O Liberalismo Político* 2ª ed., trad. Dinah de Abreu Azevedo, rev. Álvaro de Vita, São Paulo, Ática, 2000, pp. 47-8: “a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.”

A ordem lexical na formulação dos princípios de justiça de Rawls caracterizam sua concepção de justiça como uma forma de liberalismo, justamente por ser uma característica marcante deste uma certa prioridade da liberdade. No entanto, trata-se de uma forma de liberalismo igualitário, tendo em vista não apenas que ele se fundamenta em um princípio abstrato de igualdade, que serve de alicerce inclusive para a prioridade da liberdade, mas também que busca levar às últimas consequências a idéia de igualdade na distribuição dos recursos escassos da sociedade. Os princípios de justiça não explicam, no entanto, por qual razão sua teoria é conhecida como justiça como equidade. Aliás, menos importante que a formulação dos dois princípios é a respectiva forma de justificá-los. Justificação é, grosso modo, o argumento que define e defende uma determinada concepção de justiça ou uma determinada configuração de princípios de justiça. É por meio dela que se pode compreender, com o refinamento necessário, no que consiste a concepção de justiça liberal-igualitária de Rawls e é a partir dela que deriva todo o vigor da filosofia política rawlsiana. A justificação dos princípios de justiça será, então, o tema da próxima seção.

3.1 Três formas de justificação em Rawls

Scanlon identifica três idéias, em Rawls, em torno da justificação dos princípios de justiça.¹¹⁹ Seriam elas: o método do equilíbrio reflexivo, a derivação dos princípios na posição original e a idéia de razão pública. Essa terceira e última é encontrada em Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, mas ganha destaque apenas em *O Liberalismo Político*. Por essa razão, a idéia de razão pública será aqui detalhada apenas no capítulo quinto. Scanlon nota uma aparente tensão entre essas três formas de justificação, mas identifica um modo pela qual ela pode ser superada. Aqui se seguirá parcialmente o argumento de Scanlon, uma vez que ele ignora, pelo menos em seu *Rawls On Justification*, uma quarta forma de justificação, denominada de argumentação formal ou intuitiva, que segundo Vita e Barry seria a forma mais vigorosa de se argumentar a favor dos princípios de justiça.¹²⁰

Dessa forma, a seção 3.1.1 será dedicada ao método do equilíbrio reflexivo. Em linhas gerais, este método parte das intuições e juízos ponderados de justiça das pessoas, articulando-os em uma concepção de justiça que seja, ao mesmo tempo, reflexo e

---

¹¹⁹ SCANLON, *Rawls on justification*, em *The Cambridge Companion to Rawls*, ed. Samuel Freeman, Cambridge University Press, 2003.

fundamentação dessas intuições e juízos. O equilíbrio reflexivo estabelece um movimento de vai-e-vem entre a teoria e as intuições de justiça, cada qual impactando o outro, até que se atinja uma situação de equilíbrio. A seção 3.1.2 será dedicada ao argumento da posição original. Esta, por sua vez, é identificada com as tradicionais deliberações das teorias contratualistas, nas quais os princípios de justiça são acordados por partes situadas simetricamente uma em relação às outras, deliberando em uma situação hipotética e a-histórica, por detrás de um véu de ignorância, que impossibilita às partes o conhecimento acerca de sua posição social, talentos etc. Por fim, a seção 3.1.3, será dedicada a essa quarta forma de justificação, supostamente mais relevante, consistente na fundamentação intuitiva. Nela, os princípios de justiça são concebidos a partir de uma argumentação informal, derivando-os de um princípio abstrato de igualdade entre os homens. A idéia de razão pública, como já mencionado, será tratada apenas no capítulo quinto.

O fio condutor dessa exposição será o mesmo que sugerido por Scanlon, de que a aparente tensão entre essas formas de justificação pode ser superada. Para antecipar o argumento, essa tensão consiste no fato de que o equilíbrio reflexivo aparenta ser intuitivo e baseado num método indutivo, já que a concepção de justiça seria decorrente da articulação das intuições de justiça das pessoas. O argumento a partir da posição original, por sua vez, é concebido por Rawls para ser totalmente dedutivo, pois os princípios de justiça seriam meramente deduzidos a partir da estrutura da posição original. A fundamentação intuitiva ou informal, por sua vez, parece relegar a um segundo plano as duas outras formas de justificação, chegando Barry a sustentar praticamente a dispensabilidade do equilíbrio reflexivo e do argumento da posição original.

No entanto, é possível superar essa tensão, pois essas três formas de justificação estariam relacionadas. Argumentar-se-á que não há tensão em razão do papel fundamental do equilíbrio reflexivo nas demais formas de justificação. A posição original, por exemplo, não seria totalmente dedutiva, como Rawls parece supor, pois ela seria estruturada a partir das intuições e juízos ponderados de justiça em equilíbrio reflexivo. O equilíbrio reflexivo, por sua vez, não seria totalmente indutivo, mas sim uma apropriada compreensão das intuições de justiça e de uma teoria formulada coerentemente e reflexiva àquelas. As próximas três seções esclarecerão essa suposta tensão e a interpretação que pretende solucioná-la.

---

¹²⁰ Álvaro de Vita, *Justiça igualitária e seus críticos*, ed. Unesp, 2000, capítulo 5; Brian Barry, *Theories of Justice*, University of California Press, Los Angeles, cap. VII.

3.1.1 O método do equilíbrio reflexivo

De início, Scanlon se pergunta se o equilíbrio reflexivo consiste, de fato, em uma forma de justificação. Mas, primeiro, é preciso esclarecer o que se entende por justificação, uma vez que Scanlon identifica duas formas distintas de se entendê-la. Por um lado, dizer que um princípio se justifica é dizer que ele é suportado por razões boas e suficientes. Por outro lado, pode-se entender apenas que uma pessoa encontra alguma justificação em sustentar um determinado ponto de vista. Nesse último sentido, uma pessoa pode encontrar razões para defender um princípio ainda que este efetivamente não se justifique em razão, por exemplo, de outros fatores não considerados e que minam a força de sua sustentação. O argumento da posição original é uma justificação no primeiro sentido, como se verá. Mas a primeira vista, não está claro de que forma o equilíbrio reflexivo deve ser entendido. A seguir, então, será defendido o ponto de vista de que o equilíbrio reflexivo é uma forma de justificação, e isso depende de como se entende sua natureza, se se trata de uma forma de descrição ou de uma interpretação deliberativa. Note-se que a primeira forma de justificação está associada à interpretação deliberativa e a segunda forma de justificação a uma mera descrição. Para esclarecer esse ponto, é necessário refinar a própria idéia de equilíbrio reflexivo.

Para elucidar a idéia de equilíbrio reflexivo, Rawls afirma que há três pontos de vista sobre a teoria da justiça. O das partes na posição original, o dos cidadãos em uma sociedade bem ordenada e, por fim, o nosso – o seu e o meu, que estamos formulando a idéia de justiça como equidade e examinando-a enquanto concepção política de justiça. Sobre o terceiro ponto de vista, Rawls afirma:

O terceiro ponto de vista – o seu e o meu – é aquele a partir do qual a justiça como equidade, bem como qualquer outra concepção política, deve ser avaliada. Aqui o teste é o equilíbrio reflexivo: trata-se de saber em que medida a visão como um todo articula nossas mais firmes convicções refletidas de justiça política, em todos os níveis de generalidade, depois do devido exame e depois de feitos todos os ajustes e revisões que pareçam necessários. Uma concepção de justiça que satisfaça esse critério é, tanto quanto podemos avaliar agora, a mais razoável para nós.¹²¹

---

¹²¹ RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 71.

O objetivo de Rawls, portanto, é alcançar uma concepção de justiça que seja a mais razoável, com isso querendo dizer aquela que esteja alinhada, em equilíbrio reflexivo, com nosso senso e nossos juízos ponderados de justiça.¹²² O ponto de partida do método do equilíbrio reflexivo são nossas (nós, o terceiro ponto de vista) intuições e juízos de justiça, como, por exemplo, que o racismo é injusto. A partir daí, constrói-se uma teoria que articule de forma coerente e que funcione como uma justificativa desses juízos ponderados de justiça. Ocorre que, ao se estabelecer uma configuração adequada de nosso senso e nossos juízos de justiça, podemos nos encontrar na situação de que algumas de nossas intuições não se coadunem perfeitamente com a teoria, sendo necessário reformular a própria teoria ou rever, ou simplesmente abandonar, alguns de nossos juízos iniciais. Sendo assim, afirma Rawls, que “do ponto de vista da teoria moral, a melhor análise do senso de justiça de alguém não é aquela que se encaixe em seus juízos antes que examine qualquer concepção de justiça, mas, pelo contrário, aquela compatível com seus juízos em equilíbrio reflexivo”.¹²³

O método do equilíbrio reflexivo segue, então, da seguinte maneira. Parte-se de nosso senso de justiça e de nossos juízos ponderados, os quais são trabalhados de modo relativamente fraco. A partir disso, constrói-se uma concepção de justiça, com um conjunto de princípios, que se apresente como uma configuração razoável e coerente dessas intuições. Nesse momento, podem surgir algumas discrepâncias. Ou a teoria pode lidar com as intuições e condições amplamente aceitas de forma fraca, recomendando inclusive o abandono de alguns juízos, iluminando nosso senso de justiça, ou a concepção de justiça pode ser revista. Com esses avanços e retrocessos, o objetivo é encontrar uma dada formulação que combine com o nosso senso de justiça já devidamente ajustado. Trata-se de um equilíbrio, “porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem”.¹²⁴ Ao argumentar sobre a posição original como uma articulação de juízos ponderados de justiça em equilíbrio reflexivo, Rawls assim descreve esse método:

¹²² Aqui será utilizada indistintamente a nomenclatura juízos de justiça e intuições de justiça como sinônimos, sempre para se referir a alguma convicção nossa (terceiro ponto de vista) em torno de justiça, como, por exemplo, a de que a escravidão é injusta.

¹²³ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 58.

¹²⁴ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 25.

Na procura da descrição mais adequada dessa situação [posição original] trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferências fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da situação inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos a reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados.¹²⁵

Aqui já se verifica o caminho da superação da tensão entre o método do equilíbrio reflexivo e o argumento a partir da posição original. Como se nota, a descrição da posição original é realizada a partir de intuições de justiça em equilíbrio reflexivo. Mas, por ora, é preciso deixar de lado esse argumento, pois ainda se faz necessário aprofundar um pouco mais no método do equilíbrio reflexivo. O excerto acima foi transcrito porque nele se depreende claramente três estágios pelos quais o método do equilíbrio reflexivo procede. Em primeiro lugar, identificam-se juízos ou intuições de justiça. Em segundo lugar, formulam-se princípios que sustentam essas intuições. Vale dizer, formula-se uma teoria que harmonize esses princípios, colocando nossas intuições iniciais, por meio de uma articulação de princípios, de forma coerente. Segue-se, então, para o terceiro estágio, no qual a teoria é confrontada com os juízos iniciais de justiça. Nesse estágio, deve-se abrir mão de determinados juízos ou, na impossibilidade de fazê-lo, diante da força destes, revisar a teoria, até encontrar uma situação de equilíbrio. A concepção de justiça resultante é, portanto, um ponto de equilíbrio entre as intuições de justiça e a coerência na articulação dos princípios delas resultante. Algumas questões acerca do equilíbrio reflexivo devem, ainda, ser esclarecidas.

Em primeiro lugar, há a questão de como se deve entender esses juízos (intuições) iniciais de justiça. Segundo Scanlon, a idéia aqui é considerar os julgamentos e convicções

---

¹²⁵ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 25.

em casos particulares, atuais e não hipotéticas, sem excluir, contudo, julgamentos de todos os níveis de generalidade.

Let me turn now to some more specific questions about this process. The first is how the relevant class of “considered judgments” is to be understood. In his 1951 article, “Outline of a Decision Procedure for Ethics,” Rawls says that these must be judgments about how conflicts of interests are to be resolved in actual (not hypothetical) cases.² In *A Theory of Justice* he takes a broader view: what the principles we seek are to account for are certain judgments “with their supporting reasons” (*TJ*, p. 46/41 rev.). The view he takes in his 1974 Presidential Address, “The Independence of Moral Theory,” is broader still: we are to seek principles that “match people’s considered judgments and general convictions in reflective equilibrium,” and he emphasizes that these considered judgments need not be about particular cases but include judgments of all levels of generality (*CP*, p. 289). I will take this last and broadest characterization as the definitive one (and return later to the question of what difference this makes).¹²⁶

Uma segunda questão é em relação à própria natureza do método, se ele é descritivo ou o que Scanlon chamou de “interpretação deliberativa”. Por descritivo, deve-se entender, à semelhança do método de Hart, de que o teórico, por meio do equilíbrio reflexivo, busca apenas identificar a concepção de justiça sustentada por uma determinada pessoa ou grupo, sem defendê-la ou justificá-la. O objetivo é apenas e tão somente apresentar um quadro fiel da paisagem moral de um indivíduo grupo. Em contraste a isso, a interpretação deliberativa busca não apenas esclarecer qual a concepção de justiça de um indivíduo ou grupo, mas fundamentá-la, dando as razões de sua sustentação. Cada um desses dois entendimentos antagônicos sobre o equilíbrio reflexivo conduz a resultados diversos. Na interpretação deliberativa, o foco é a justificação dos princípios. Na interpretação descritiva, a racionalidade a ela subjacente é encontrar os princípios que mais bem representem a sensibilidade moral da pessoa que está sendo descrita. Como se nota, a forma descritiva de se entender o método do equilíbrio reflexivo não é uma forma de justificação de princípios de justiça, mas sim uma forma de retratar a moral de uma pessoa ou grupo. Por outro lado, entendendo-se que o equilíbrio reflexivo possui uma natureza interpretativa-deliberativa, ele, por conseguinte, funciona como uma forma de justificação. Por meio dele não apenas se descreveria a concepção de justiça de um indivíduo ou grupo,

---

¹²⁶ SCANLON, Rawls on justification, p. 141.

mas representaria uma defesa consistente da concepção de justiça preferida. Qual é, então, a forma correta de se entender a natureza do equilíbrio reflexivo?

A resolução dessa questão requer um adequado entendimento de algumas características do equilíbrio reflexivo. Em primeiro lugar, destacam-se as características dos juízos que devem ser selecionados no primeiro estágio do equilíbrio reflexivo. Segundo Rawls, “de todos os nossos juízos de justiça política, selecionamos aqueles que denominamos de juízos ou convicções refletidos”.¹²⁷ Ou seja, são aqueles juízos realizados em determinadas condições específicas, e não quaisquer juízos. Scanlon identifica três grupos dessas condições. O primeiro deles se relaciona às circunstâncias nas quais a pessoa se encontra para fornecer tais juízos. Ou seja, os juízos são ponderados quando a pessoa está ciente dos fatos relevantes sobre o assunto em questão; quando ela está capacitada para se concentrar nessa questão, isto é, quando ela está livre de ameaça externa, por exemplo; e, por fim, quando ela não irá ganhar ou perder em razão da resposta dada. O segundo grupo de características concerne à forma pelo qual o julgamento é sustentando. Isto é, ele precisa ser um julgamento confiante, e não hesitante; e ele precisa ser estável no decurso do tempo. Em último lugar, os juízos precisam ser intuitivos, em relação aos princípios éticos. Isto é, são juízos que derivam do que a pessoa pensa sobre uma questão, ao invés de juízos que derivam de uma teoria anterior.¹²⁸

Essas exigências na seleção dos juízos dos quais se parte para estabelecer o equilíbrio, demonstra que a natureza deste não consiste em uma mera descrição do senso moral de uma pessoa. Pegue-se, de início, o primeiro grupo de condições. Caso fosse uma mera descrição, não se exigiria que os juízos fossem livres de coerção. Afinal, uma descrição fiel de algo leva em conta todas as suas condições empíricas, inclusive as pressões que a sensibilidade moral de um indivíduo ou grupo estariam sujeitas. A exigência de que o juízo seja sincero, não hesitante, permanente e livre de coerção externa, é uma exigência voltada para a busca da correção do juízo, e não de um juízo empírico qualquer. Uma descrição empírica levaria em conta todos os fatores que distorcem o juízo da pessoa, pois seu objetivo é justamente esse, criar um quadro que seja uma correspondência fiel da concepção de justiça de uma pessoa ou grupo. Tais exigências buscam remover quaisquer fatores distorcivos desses juízos, de modo a não macular o ponto de partida da busca que objetiva, em última instância, encontrar a correta e mais

---

¹²⁷ RAWLS, *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*, trad. Claudia Berliner, rev. Álvaro de Vita, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 41.

defensável concepção de justiça. Ou seja, objetiva-se uma concepção de justiça verdadeira, não distorcida por fatores diversos, como o medo, o auto-interesse, o ódio, o cansaço, e por assim em diante. Essas características fazem com que o equilíbrio reflexivo se alinhe à versão interpretativa, pois elas objetivam limitar o julgamento em vista de um juízo correto, e não meramente descritivo. Isto é, não se pode chegar a um julgamento correto se a pessoa possui juízos vacilantes ou decorrentes de coerção.

Além disso, não se parte de juízos derivados de concepções de justiça já estabelecidas, pois são justamente essas que estão em jogo. Por isso é que se exige que se parta de considerações acerca de questões relacionadas à justiça, e não de como as pessoas aplicam determinada concepção de justiça. Esta é o resultado do método, e não seu ponto de partida. Ao se exigir que se leve em conta apenas os juízos, e não a aplicação de princípios, retira-se a distorção de que uma concepção equivocada de justiça possa provocar nos juízos. Mais uma vez, nega-se a natureza descritiva do equilíbrio reflexivo, pois uma descrição fiel levaria em conta, na apresentação de seu quadro, toda e qualquer distorção realizada.

Está claro, portanto, porque razão o equilíbrio reflexivo deve ser entendido como interpretativo, e não como meramente descritivo. Entendendo-o dessa forma, ele pode funcionar como uma justificação no primeiro sentido, isto é, como razões que justificam o princípio e não apenas que o princípio está justificado. Ou seja, na medida em que a concepção de justiça não é resultado de uma mera descrição do que um indivíduo ou grupo entende por justiça, mas sim como uma correta concepção desta, como uma interpretação do que verdadeiramente a justiça é, o equilíbrio reflexivo possibilitará que seja desenvolvida a justificação dessa concepção. Proceder por meio do método do equilíbrio reflexivo é dar razões para a sustentação da concepção preferida de justiça, e não empreender apenas uma mera descrição das razões pelas quais uma determinada concepção, não necessariamente a verdadeira, correta ou preferida, se sustenta.

O ponto de vista interpretativo é fortalecido pela distinção realizada por Rawls entre dois tipos de equilíbrio reflexivo: o equilíbrio amplo e restrito.¹²⁹ É preciso elucidar esses dois modelos do método. Como anteriormente explicitado, no primeiro estágio do método, ao selecionar os juízos, verifica-se que eles não só podem diferir dos das outras pessoas, como também ser incoerentes entre si. Sendo assim, a questão que se coloca é:

---

¹²⁸ SCANLON, *Rawls on Justification*, pp. 142-5.

¹²⁹ DANIELS, Norman. *Reflective Equilibrium*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2003, seção 3.

“como podemos tornar nossos juízos refletidos de justiça política mais coerentes tanto dentro de nós mesmos como com os dos outros sem impor a nós mesmos uma autoridade política externa?”¹³⁰

A pessoa, então, forma um equilíbrio reflexivo restrito quando ela alinha apenas as suas próprias intuições em uma concepção de justiça. Segundo Rawls, “o equilíbrio é restrito porque, embora as convicções gerais, os princípios fundamentais e os juízos específicos estejam alinhados, procurávamos a concepção de justiça que exigisse menos revisões para ganhar consistência, e nem concepções distintas de justiça nem a força dos vários argumentos que sustentam essas concepções foram levadas em conta pela pessoa em questão.”¹³¹

Por outro lado, quando na elaboração do equilíbrio, a pessoa considerou cuidadosamente outras concepções de justiça e a força dos vários argumentos que as sustentam, o equilíbrio é amplo, e não restrito. Nota-se, então, como o equilíbrio restrito não pode funcionar como um método de justificação. Isso porque, ele alinha apenas os juízos ponderados de justiça de uma pessoa, em um equilíbrio que não leva em conta argumentos de concepções rivais de justiça e a força deles na concepção preferida. Assemelha-se, portanto, ao equilíbrio reflexivo como mera forma de descrição. Por outro lado, no equilíbrio reflexivo amplo, quando os juízos são confrontados com juízos rivais e quando a concepção de justiça é colocada diante do peso dos argumentos de concepções alternativas de justiça, a concepção de justiça não é apenas descrita, mas também justificada.

O equilíbrio reflexivo amplo não é descritivo, uma vez que ele não busca apresentar um quadro da concepção de justiça de uma pessoa, pois levam em consideração argumentos que escapam da concepção de justiça desta. Assim, ao levar em consideração argumentos de concepções rivais de justiça, pesar os argumentos da concepção de justiça preferida em relação a esta, é encontrado uma concepção de justiça que não apenas descreve o entendimento da pessoa ou do grupo, mas sim uma concepção de justiça que seja defensável. Ela reflete o entendimento correto de justiça, e não apenas a descrição mais precisa da concepção de justiça do grupo.

Há, por fim, mais um forte argumento contrário à natureza descritiva do método do equilíbrio, que leva em consideração algumas características de seu terceiro estágio. Para

---

¹³⁰ RAWLS, *Justiça como Equidade*, p. 42.

relembrar, nesse terceiro estágio, o método exige que a concepção de justiça seja confrontada com os juízos iniciais, em avanços e recuos, até que se atinja o equilíbrio reflexivo. Scanlon então se pergunta, como se deve proceder se a natureza do método fosse descritiva? Nesse caso, não há muito o que ser feito, mas apenas observar o modo como a pessoa ou grupo cuja moral foi descrita age a partir de então. Como se trata de uma mera descrição, não se pode abandonar os juízos iniciais de justiça. Na verdade, não há equilíbrio algum. Se a pessoa age em desconformidade com a concepção de justiça, isso não a afetará de modo algum. Trata-se de uma questão quantitativa. Se há conflito entre os juízos ponderados de justiça e a concepção destes resultantes, o que deve ser feito é resultado de uma avaliação puramente estatística. Ou seja, a concepção de justiça deve estar alinhada com os juízos mais constantes.

Ocorre que isso não representa, de forma alguma, o que Rawls tem em mente com o método, do contrário ele não seria reflexivo. A concepção de justiça determina os juízos da mesma forma que os juízos determinam a concepção, em uma relação de vai-e-vem. Justamente por se tratar de um método interpretativo deliberativo, alguns juízos que não se conformam à concepção de justiça devem simplesmente ser abandonados. Há uma interação constante entre os candidatos a princípios de justiça e os juízos iniciais.

But this is clearly not what Rawls has in mind. He describes the process as involving much more interaction between considered judgments and candidate principles. The fact that a given judgment does not fit with principles that account for most of our other judgments can lead us to change our mind about that judgment itself, and we also may be led to change our mind when we see that the only principles that *do* account for a given judgment are ones that are seen in other ways to be clearly mistaken. Thus, Rawls writes, “Moral philosophy is Socratic: we may want to change our present considered judgments once their regulative principles are brought to light. And we may want to do this even though these principles are a perfect fit. A knowledge of these principles may suggest further reflections that lead us to revise our judgments.”¹³²

Para encerrar essa exposição do equilíbrio reflexivo, é válido trazer à luz uma objeção ao método colocada pelo ceticismo. Imagine-se, por exemplo, que alguém pretenda colocar em equilíbrio reflexivo seus juízos sobre a astrologia. Isso não suavizaria,

---

¹³¹ RAWLS, *Justiça como Equidade*, p. 43.

¹³² SCANLON, *Rawls on Justification*, p. 148

de modo algum, as dúvidas que a astrologia provoca sobre o status de seu conhecimento, por exemplo, de que o fato de alguém ter nascido sob um determinado signo do zodíaco provocará de fato determinadas características correspondentes em sua personalidade. A veracidade dessa afirmação não é, de modo algum, sustentada pela teoria astrológica derivada do método do equilíbrio reflexivo. Segundo a objeção cética, o método do equilíbrio reflexivo aplicada à moral padeceria de mal semelhante. A idéia é que não há nada que reforce a correção de uma determinada concepção de justiça se ela parte de pressupostos que não são verificáveis, como no caso da astrologia. Ocorre que a moralidade somente estaria em situação semelhante se ela tivesse compromissos externos, como no caso da astrologia. Isto é, somente se a razoabilidade dos julgamentos morais dependesse de fatores que extrapolam a própria moralidade como, por exemplo, a física, a psicologia, a metafísica, a teoria da escolha racional etc. Conforme Scanlon aponta, Rawls defende que a moralidade não depende ou não se alicerça em pressuposições que extrapolam a própria moral, como no caso da astrologia.

Rawls holds that morality, or at least justice, has no controversial empirical or metaphysical presuppositions. Considered judgments about morality and justice need not, in order to have the importance claimed for them, be the results of our causal interaction with independently existing moral properties or entities. According to Rawls, the presuppositions that need to be redeemed to defend morality are practical rather than theoretical. The kind of objectivity that is appropriate to morality does not require that it should be about independently existing entities but rather that it should be a way of reasoning about what to do that is distinct from any given individual's point of view and yields determinate answers in at least many cases. In addition, since a set of arbitrary requirements might have this kind of objectivity, it is crucial to morality that it also be a method of reasoning about what to do that all reasonable individuals have good reason to regard as authoritative and normally overriding.¹³³

O método do equilíbrio reflexivo é, portanto, objetivo. Não é possível, contudo, alongar o debate em torno de sua objetividade, já que ele foge em demasia do escopo deste trabalho. O importante é consignar que, para Rawls, é possível definir uma determinada concepção de justiça como sendo mais justificada do que outra. Levando-se em conta o método do equilíbrio reflexivo, a concepção de justiça mais justificada seria aquela que

---

¹³³ SCANLON, *Rawls on Justification*, p. 146.

espelhasse nossos juízos ponderados de justiça em equilíbrio reflexivo. É nesse sentido, portanto, que o equilíbrio reflexivo é uma forma de justificação.

3.1.2 O argumento da posição original

A segunda forma de justificação da concepção de justiça rawlsiana, e talvez a mais conhecida delas, é o argumento da posição original. Grosso modo, esse argumento consiste na idéia de que a concepção de justiça mais razoável seria aquela escolhida por indivíduos motivados única e exclusivamente por seu interesse próprio, situados de forma simétrica e livres de qualquer tipo de coerção, deliberando por detrás de um véu de ignorância, que os impedisse o acesso ao conhecimento de sua própria classe e posição social, talentos naturais, capacidade produtiva e concepção de bem. A idéia inicial de Rawls é que a posição original funcione como um argumento puramente dedutivo. Ou seja, estabelecida a estrutura do argumento por meio de uma apropriada caracterização da posição original, os princípios de justiça daí resultante seriam, por consequência lógica, os mais justificáveis. A justiça como equidade seria, no entendimento de Rawls, então, um caso de justiça procedimental pura.¹³⁴

Como mencionado anteriormente, esse argumento parece se encontrar em tensão com a idéia de equilíbrio reflexivo. Sendo a posição original concebida para ser um argumento dedutivo, aparentemente tudo o que foi dito na seção anterior acerca de se partir de intuições e juízos ponderados de justiça e, a partir disso, encontrar uma concepção de justiça que ordene esses juízos de forma coerente, em equilíbrio reflexivo, parece ter perdido completamente o sentido. Se a forma de justificação dos princípios de justiça de Rawls é por meio de sua dedução a partir de um procedimento de deliberação contrafactual, que parece não dar lugar algum às intuições e juízos ponderados de justiça, qual, afinal, é o lugar do equilíbrio reflexivo na teoria?

---

¹³⁴ A idéia de justiça procedimental pura é mais bem compreendida quando comparada com os outros dois casos de justiça procedimental: perfeita e imperfeita. A justiça procedimental perfeita se verifica quando estão presentes duas características: a) quando há um critério independente para uma divisão justa, isto é, um critério definido em separado e antes de o processo acontecer e b) é possível criar um resultado desejado. Neste caso, temos o exemplo da divisão do bolo, no qual quem reparte é o último a escolher o seu pedaço. A justiça procedimental imperfeita, por sua vez, verifica-se que, mesmo que o procedimento seja observado, não há garantia de que o resultado seja o correto. Ou seja, “embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele.” O exemplo marcante desse caso é o processo criminal. Na justiça procedimental pura falta justamente esse critério de aferição da justiça do resultado, sendo justo qualquer resultado derivado da observância do procedimento.

O objetivo desta seção é, então, apresentar uma forma de se interpretar a posição original de modo a se superar essa tensão, demonstrando que ela não pode prescindir da idéia de equilíbrio reflexivo. Argumentar-se-á que é a partir do equilíbrio reflexivo que o argumento da posição original se ilumina como uma forma verdadeira de justificação dos princípios de justiça, e que somente assim se pode compreender corretamente o que Rawls pretendia com a idéia da posição original. Em linhas gerais, a posição original é apenas um artifício concebido para ordenar as intuições e juízos ponderados de justiça, tornando mais clara suas implicações e relações recíprocas, possibilitando que seja alcançada uma concepção de justiça em equilíbrio reflexivo. Para que isso fique claro, é preciso desenvolver com maior refinamento o argumento da posição original.

3.1.2.1 Contratualismo

Um bom modo de introduzir a concepção de justiça rawlsiana é por meio de sua filiação às doutrinas contratualistas. De fato, um dos objetivos de Rawls com o argumento da posição original era o de justamente inserir sua teoria na tradição contratualista que, em última instância, remonta à Hobbes.¹³⁵ A ligação com Kant é mais do que ressaltada por Rawls, ainda que sua relação com o contratualismo de Rousseau, de nenhum modo, seja por ele ignorada. De fato, o argumento da posição original se assemelha bastante às “assembléias imaginárias das teorias clássicas do contrato social”.¹³⁶ É preciso, então, explorar um pouco essa idéia.

Basicamente, a idéia do contrato social é criar a legitimidade para o exercício do poder político. Lembrando, rapidamente, as idéias de Hobbes. Segundo este, a vida antes do surgimento em sociedade é caracterizada por uma guerra de todos contra todos. Todas as pessoas são livres, e a ausência de limites à conduta humana gera a lei do mais forte. Para encerrar essa situação de constante litígio, os homens reúnem-se em assembléia e celebram o contrato social, dando surgimento à sociedade civil, criando assim um poder soberano para proteger, basicamente, a vida de todos os homens. Logo, o poder soberano é legítimo, pois conta com a aceitação unânime dos indivíduos. Estaria, assim, resolvido o problema da legitimidade e da coerção.¹³⁷

¹³⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, pp. 18-21.

¹³⁶ Dworkin, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 235.

¹³⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, São Paulo, Victor Civita, 1974.

Uma questão de suma importância aqui se coloca. Se o contrato social é hipotético e a-histórico, porque razão falar dele? Por nunca ter existido, não faz sentido que as pessoas por ele se balizem. Esse problema, que talvez tenha sido ignorado por Hobbes, foi enfrentado diretamente por Rousseau. O ponto é, o poder soberano derivado do contrato social somente é legítimo caso o acordo estabeleça justos termos. O problema da legitimidade do poder político está evidenciado por Rousseau logo no próêmio de seu Contrato Social, quando ele afirma que nem toda convenção é legítima. A convenção fundada na força não é legítima, pois ao desaparecer sua força propulsora, cessa também o dever de seguir com o contrato. Logo, o problema com o qual Rousseau pretende lidar é um pouco mais refinado do que o proposto por Hobbes. Para o segundo, o contrato se celebrava para que a guerra de todos contra todos pudesse ser cessada e a vida dos homens fosse protegida. Para o primeiro, o problema é muito mais intrincado. A pergunta é, como encontrar um meio pelo qual os homens podem sair do estado de natureza (ou estado pré-civil) e formar uma sociedade na qual eles ainda permaneçam livres?

Logo, em Rousseau, a mera existência do pacto social não era suficiente para a legitimidade do poder político, necessitando que o seu próprio conteúdo estabeleça a manutenção da liberdade dos homens. A visão de Rousseau era de que em razão do fato das partes estarem em pé de igualdade na convenção, ninguém pode se sobrepujar a ninguém, e os termos do acordo seriam os mesmos que cada um imporia a si próprio. Nessa equação, ele encontra um modo pelo qual os homens formam uma associação, mas continuam obedecendo apenas a si mesmos. O conteúdo do pacto social é definido pelo próprio Rousseau:

Essas cláusulas, quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais.¹³⁸

A fórmula de Rousseau é lapidar. Como todos os homens são iguais, cada um irá aceitar apenas um acordo cujo peso ele possa carregar. A idéia não é legitimar o poder apenas pela referência ao contrato social, afirmando-se, como em Hobbes, que o poder soberano é absoluto por ser decorrente de uma convenção na qual todos alienaram todos os

seus direitos para a extinção do estado de natureza. A idéia de Rousseau é de criar as bases para o exercício de um poder que seja legítimo, na qual em sociedade o homem possa permanecer tão livre quanto no estado de natureza, abdicando de sua liberdade natural em troca da liberdade civil.

O problema de Rawls é semelhante ao de Rousseau. O que Rawls pretende, no entanto, é esmiuçar essa visão contratualista, especificando-a de tal modo que ela seja apta funcionar como a carta pública de uma sociedade bem-ordenada. Traduzindo as idéias de Rousseau para a linguagem de Rawls, o que se pretende é estabelecer os justos termos da cooperação social entre pessoas consideradas como livres e iguais.

Rawls filia-se, então, a essa tradição contratualista justamente na sua formulação da posição original. Sendo assim, não se pode perder de vista que a posição original é um artifício do pensamento, criado com o objetivo de especificar os justos termos da cooperação entre pessoas iguais. Vale dizer, a convenção, por si só, não representa fundamento alguma da concepção de justiça dela resultante. É na descrição da posição original e nas restrições aos tipos de argumentos que ela impõe, que faz com que os princípios de justiça dela derivados sejam justificados. O ponto importante é, a legitimidade do uso do poder político não decorre simplesmente do acordo no qual ele se funda. Se o contrato é hipotético e a-histórico, ele não fornece um reforço à legitimidade, a não ser que seus termos possam ser razoavelmente justificados perante os cidadãos. Nesse caso, os cidadãos terão boas razões para consentir com o acordo. Como consequência disso, as instituições políticas somente se tornam aceitáveis caso estejam de acordo com os termos do contrato social, funcionando este como um padrão rígido de legitimidade moral das instituições políticas.

3.1.2.2 Posição original como artifício

Está claro que a legitimidade do poder político não decorre do acordo, mas sim de seus termos. Então para que serve, afinal, a posição original? Seguindo a linha do raciocínio empreendido na seção precedente, o objetivo contido na idéia da posição original é, nas palavras de Rawls, “tornar nítidas para nós mesmos as restrições que parece razoável impor a argumentos a favor de princípios de justiça e, por conseguinte, a esses

---

¹³⁸ ROUSSEAU, Jean- Jacques, *Do Contrato Social*, trad. de Lourdes Santos Machado, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 38.

próprios princípios”.¹³⁹ Rawls pretende, com o argumento da posição original, gerar uma configuração razoável e coerente para especificar a idéia fundamental de igualdade e, com isso, dar conta de explicar os nossos juízos valorativos concretos. Nas palavras de Rawls:

A partir do que dissemos, é claro que a posição original deve ser considerada um artifício de representação e, por conseguinte, todo acordo estabelecido pelas partes deve ser visto como hipotético e a-histórico. Mas nesse caso, como acordos hipotéticos não criam obrigações, qual a importância da posição original? A resposta está implícita no que já foi dito: a importância é dada pelo papel das várias características da posição original enquanto artifício de representação.¹⁴⁰

A posição original se coloca, então, como um construto da razão prática para levar adiante a idéia de igualdade humana. O que importa na posição original são as restrições que ela impõe aos argumentos que podem ser utilizadas na construção de uma concepção de justiça. Ou seja, a posição original por si só não legitima qualquer poder, já que ela é hipotética e a-histórica. A idéia que está por trás desse construto é possibilitar que a justificação de uma concepção de justiça respeite um dado valor político, que é a igualdade humana fundamental. O que importa é a descrição da posição original e as restrições que ela impõe aos argumentos. Em última instância, o argumento a partir da posição original pode até mesmo ser descartado, desde que as restrições aos argumentos permaneçam.¹⁴¹ No entanto, fora da posição original talvez os argumentos não se apresentem de forma tão transparente e as intuições não possam ser confrontadas de forma tão nítida.

Sendo assim, o peso de toda a argumentação da posição original recai nas características de sua descrição. É no modo pelo qual Rawls vai moldando a estrutura da posição original é que se apresentam mais claramente as intuições e juízos ponderados de justiça, com os quais se objetiva alcançar a concepção de justiça em equilíbrio reflexivo. Desse modo, a posição original pode funcionar como um modelo de articulação das intuições e juízos ponderados de justiça, para que seja estabelecido o equilíbrio reflexivo. Para explicitar esse ponto, é preciso desenvolver um pouco mais a idéia da posição original, verificando como os seus vários pontos de partida como intuições e juízos

¹³⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 22.

¹⁴⁰ RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 67.

¹⁴¹ É nesse sentido que caminha a fundamentação intuitiva, que será tratada na próxima seção.

ponderados de justiça e o modo pelo qual a posição original vai sendo estruturada para ordená-los em equilíbrio reflexivo.

3.1.2.3 As intuições e juízos ponderados de justiça

A descrição da posição original é realizada com o objetivo de levar a sério a igualdade humana fundamental, sendo esse o ponto de partida mais básico e fundamental do argumento. Essa intuição é a mais básica de todas. Pressupõe-se que uma concepção de justiça que não reconheça a condição de igual de todos não alcançará aceitabilidade dos cidadãos de uma sociedade democrática. Como, no entanto, extrair conseqüências mais precisas dessa idéia abstrata de igualdade? Inicialmente, as partes na posição original são descritas como estado situadas simetricamente uma em relação às outras. Isso quer dizer que, ao deliberar acerca de princípios de justiça, as partes não podem se prevalecer pela força ou por alguma característica arbitrária, como o seu gênero, opção sexual ou cor da pele. Mas essa já é uma antecipação do passo seguinte do argumento, que é a descrição da posição original. Aqui se pode apresentar outras intuições decisivas no argumento de Rawls.

Dado que a sociedade é um empreendimento cooperativo, as partes passam, então, a deliberar sobre os justos termos da distribuição da renda e riqueza por ela produzida, dentre outros bens. Elas considerarão que os recursos da sociedade são escassos e que, fora da posição original, todos irão desejar uma parcela maior do que menor desses recursos. Levando em conta a premissa de igualdade fundamental, as partes irão entender que a distribuição de renda e riqueza não pode ser influenciada por fatores arbitrários. Se todos estão situados simetricamente, ninguém aceitará uma distribuição seja influenciada por fatores moralmente arbitrários. Isso não quer dizer que a distribuição dos bens deva ser realizada de forma totalmente igual, dando uma parcela exatamente igual a cada um dos indivíduos. Há outras configurações mais justas, e uma desigualdade na distribuição deve ser admitida se isso for elevar a condição de todos, especialmente do indivíduo representativo pior situado na escala social. As partes compreendem que uma desigualdade é aceitável se, com ela, todos estarão em situação melhor do que sem ela. O que se quer evitar, no entanto, é que a distribuição dos bens seja feita de forma arbitrária, levando-se em conta fatores que desrespeitem a condição igual de cada um.

É possível listar os fatores arbitrários geradores de desigualdades. À medida que se avança na lista, os fatores vão se tornando menos arbitrários e mais dependentes da escolha

individual. Como se notará, o esforço de igualação no sentido de neutralizar essas desigualdades também se tornam cada vez mais controversos. Em primeiro lugar, temos a discriminação (fatores adscritivos), na qual características como cor da pele ou gênero são determinantes na distribuição de direitos e deveres no seio da sociedade. Esse é o fator mais moralmente arbitrário, sendo seguido pelo fator classe. Em razão deste, a distribuição de direitos e deveres estaria ligada à determinada classe social ou casta à qual o indivíduo pertence. Em terceiro lugar, temos o talento. Nesse caso, a distribuição de direitos e deveres dos indivíduos estaria ligada a maior capacidade produtiva. Como se nota, do primeiro ao terceiro fator gerador de desigualdade, a distribuição de direitos e deveres a eles ligadas vai se tornando cada vez mais arbitrária. No entanto, o esforço de neutralizá-los é legítimo, já que todos os três são fatores totalmente independentes da vontade dos indivíduos. A ninguém é dado escolher sua própria cor da pele ou seu gênero, por isso a distribuição de direitos e deveres no sistema cooperativo social não pode levar em consideração esses fatores. O mesmo se dá com a classe social. A ninguém é dado escolher se terá pais abastados ou pobres, ou se ingressará na sociedade por meio de uma determinada casta. A ninguém é dado escolher sua classe social, por isso a sociedade não pode levar em consideração esse fator na distribuição de direitos e deveres.

Como dito, o esforço de igualação da concepção de justiça rawlsiana vai além, para atingir o talento. Segundo Rawls, a ninguém é dado escolher os seus talentos naturais, optando somente por aqueles que fossem mais bem remunerados pela sociedade (fator de talento). Trata-se, como ele denomina, de uma loteria genética, na qual os talentos naturais são distribuídos entre os indivíduos de forma aleatória, independentemente da vontade ou da responsabilidade individual, e por isso, a sociedade deve neutralizá-los na distribuição da renda e riqueza, dentre outros bens.

O último e quarto fator gerador de desigualdade é o mais controverso, e trata-se do empenho (fator de empenho). Segundo o senso comum de justiça, o empenho é decorrente única e exclusivamente da vontade individual, já que o termo se refere a uma certa disposição de exercitar e desenvolver os seus talentos. No entanto, Rawls argumenta que mesmo o empenho está diretamente ligado a fatores arbitrários, já que a disposição de exercitar e desenvolver os seus próprios talentos liga-se a questões como a educação familiar, afirmando que “mesmo a disposição de fazer esforço, de tentar e, assim, ser

merecedor, no sentido comum do termo, depende de circunstâncias sociais e familiares afortunadas”.¹⁴²

Esse ponto é importante, e pode ser esmiuçado. A idéia é que em um empreendimento cooperativo entre iguais, na qual todas as atividades sociais, ou pelo menos grande parte delas, são relevantes para que a cooperação se desenvolva de forma saudável, não é justo que a distribuição de direitos e deveres esteja correlacionada com fatores que independem da vontade do agente. É moralmente injustificável que alguém receba um quinhão maior ou menor em decorrência de sua sorte na loteria genética (fatores adscritícios) ou na loteria social (fator de classe), relegando todo o seu projeto de vida ao mero acaso.

Ainda que com alguma dificuldade, é possível concordar que mesmo o talento individual a ninguém é dado o direito de escolher. A sua própria vocação ou gosto por uma atividade produtiva específica é vista como algo aleatório, que foge da nossa própria capacidade de escolha. É evidente também que o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de seu próprio talento possuem uma boa dose de escolhas individuais feitas ao longo de uma vida. Por exemplo, a formatura em um curso de engenharia é resultado de um esforço por muitos anos no desenvolvimento de uma aptidão que é vista como natural para o cálculo, assim como a formatura em um curso de direito é resultado de um esforço no desenvolvimento de uma aptidão quase que natural para a redação e a leitura. A vocação para uma ou outra profissão é vista também como algo natural, daí a realização de testes vocacionais para a aferição do perfil psicológico da pessoa e a respectiva profissão que mais se ajusta a ele. Sendo assim, para levar a igualdade a sério, considerando que a aptidão para ser advogado ou engenheiro é vista como decorrente de uma loteria genética e social, a sociedade deveria neutralizar essas desigualdades na atribuição de direitos e deveres aos cidadãos. Considerando que a sociedade necessita tanto de engenheiros como de advogados, não seria, a princípio, moralmente justificável que engenheiros ou advogados igualmente empenhados recebessem um maior quinhão de direitos, renda e riqueza.

Trata-se, no entanto, de uma equação difícil de ser realizada, ficando mais nítido, nesse momento, quão forte são as exigências conflitantes com as quais uma concepção de justiça deve lidar. Mesmo a maior remuneração alcançada por indivíduos igualmente

---

¹⁴² RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 89.

talentosos, porém desigualmente empenhados é moralmente controversa. Nas palavras de Rawls,

não é correto que os indivíduos que possuem maiores aptidões naturais e o caráter superior que possibilita seu desenvolvimento tenham direito a um esquema cooperativo que lhes permita obter benefícios ainda maiores de maneira que não contribuam para as vantagens de outros. Não merecemos nosso lugar na distribuição de aptidões inatas, assim como não merecemos nosso lugar inicial na sociedade. Também é problemática a situação de saber se merecemos o caráter superior que nos possibilita fazer o esforço de cultivar nossas capacidades, pois esse caráter depende, em grande parte, de circunstâncias familiares e sociais afortunadas no início da vida, pelas quais não temos nenhum crédito. A idéia de mérito não se aplica aqui.¹⁴³

Ainda assim, ressoa em nosso senso de justiça que, de alguma forma, as pessoas igualmente talentosas e mais empenhadas merecem um quinhão distributivo maior, assim como aqueles que possuem cargos de maior responsabilidade e carregam diariamente um fardo maior de direitos. Como então fazer o correto equacionamento dessas exigências conflitantes? Como já reiteradamente afirmado, a concepção de justiça mais razoável é que irá solucionar essa equação. A partir dessas diversas intuições de justiça relacionadas aos fatores arbitrários de desigualdade, a posição original vai sendo estruturada para lidar com elas, até que seja atingido o equilíbrio reflexivo. O passo seguinte do argumento é, portanto, descrever a posição original.

3.1.2.4 A descrição da posição original

A descrição da posição original facilita a ordenação e confronto desses diversos juízos ponderados de justiça (intuições), organizando-as por meio da configuração do procedimento contrafactual de deliberação, de modo a possibilitar a correta dedução dos princípios de justiça. É, então, na descrição da posição original que as diversas intuições mencionadas nos parágrafos anteriores (a premissa de igualdade humana fundamental, a sociedade como sistema cooperativo, os fatores arbitrários de desigualdade etc) devem ser

---

¹⁴³ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 124.

ajustadas de tal modo que os princípios de justiça os espelhem não só de forma coerente, mas em equilíbrio reflexivo.¹⁴⁴

Nesse sentido, a posição original é concebida como uma deliberação, na qual cada uma das partes está situada simetricamente em relação às demais, sob algumas condições. Essas condições são descritas de modo a possibilitar a neutralização das contingências anteriormente descritas, de modo a fazer com que a concepção de justiça escolhida não promova desigualdades derivadas de fatores arbitrários. Para isso, Rawls descreve as partes como estando sob um véu de ignorância. Esse véu veda que as partes tenham conhecimento das condições específicas das partes, fazendo suas ponderações em bases gerais. Nesse sentido, as partes, quando situadas na posição original, não conhecem seu *status social*. Vale dizer, ninguém sabe sua cor, raça, etnia ou gênero. Ninguém sabe sua idade ou a geração a qual pertence. Ninguém conhece sua classe, o nível de cultura e renda de seus pais, sua casta ou coisa do gênero. Além disso, ninguém sabe seus dotes naturais, seus próprios talentos, tampouco a intensidade destes. Ninguém sabe seu nível cultural, sua inteligência, força ou outro talento inato. Além disso, ninguém sabe sua própria concepção de bem ou seu projeto de vida. Ninguém sabe, por exemplo, sua própria religião ou visão filosófica de vida, assim como as partes desconhecem seu próprio projeto de vida ou o que torna uma vida valiosa de ser vivida. Todos desconhecem também os traços específicos de sua própria psicologia, como o otimismo, pessimismo, sagacidade ou outro traço psicológico específico. As características gerais de sua sociedade também são desconhecidas pelas partes. Ninguém saber ao certo, por exemplo, o estágio de civilização, cultura ou tecnologia alcançado. O véu de ignorância, ao ocultar fatores arbitrários que poderiam influenciar na distribuição de direitos e deveres, faz com que as partes situadas na posição original não possam barganhar ou valer-se de sua posição específica para alcançar alguma vantagem na ordenação da sociedade. Também não podem fazer coalizões, pois uma vez retirado o véu de ignorância ninguém saberá mais quem é quem.

Esse véu de ignorância é concebido justamente para neutralizar tudo aquilo que seja arbitrário na determinação de direitos e deveres e na distribuição de renda e riqueza. Parece, no entanto, que o véu de ignorância sob o qual as partes se situam é tão espesso que qualquer decisão fica limitada. No entanto, alguns fatos genéricos as partes necessariamente precisam ter acesso. As partes sabem, por exemplo, que, apesar de

---

¹⁴⁴ A discussão que segue é inspirada, fundamentalmente, em RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, seção 24, “O véu de ignorância”.

ninguém conhecer sua própria concepção de bem, quando o véu de ignorância for retirado, elas terão um plano de vida e considerações a fazer acerca do que torna uma vida valiosa de ser vivida.

As partes também não sabem o que elas desejam especificamente, com isso querendo dizer que, à luz do plano de vida racional dela, pode ser o caso dela necessitar de mais ou menos renda, por exemplo. Segundo a ética do franciscano, por exemplo, uma liberdade maior lhe será mais útil do que uma renda maior, já que segundo sua doutrina há a necessidade de abdicação da maior parte dos bens materiais. Como então devem as partes proceder para lidar com esse tipo de problema?

É aqui que Rawls introduz a idéia de bens primários. Lembrando que um fato marcante da sociedade é justamente a pluralidade em relação às concepções de bem. Sendo assim, para que uma concepção de justiça seja neutra em relação a estas, faz-se necessário que na posição original nenhuma das partes saiba qual é a sua própria concepção de bem. No entanto, elas sabem que ao ser erguer o véu de ignorância, cada um terá sua própria concepção de bem e colocará a maior parte de seus recursos, inclusive o seu tempo, na consecução de seu plano de vida.

Logo, sob o véu de ignorância as partes devem ter em vista uma lista de bens primários, que funcionem como meios polivalentes na consecução dos projetos de vida que as partes ainda não sabem quais são. Dessa forma, os bens primários se definem como “coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje”.¹⁴⁵ O problema que a idéia de bens primários pretende solucionar é justamente o de permitir que as partes equalizem suas exigências sem que cada um necessite ter conhecimento de quais bens lhes serão úteis ou não na realização concreta de seus projetos de vida. Neutraliza-se a valoração dos bens disponíveis na sociedade, como a renda e riqueza, permitindo uma equalização das exigências sem que a igualdade fundamental humana seja violada. A idéia de bens primários garante que as partes não precisem ter conhecimento de suas próprias concepções de bem, fazendo com que os termos do acordo sejam imparciais em relação a isto. Rawls identifica cinco bens primários: (i) os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista; (ii) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; (iii) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; (iv) renda e riqueza; (v) as bases sociais do auto-respeito.

Para os fins desta apresentação, não se faz necessário se alongar na explicação dos bens primários. O que já foi dito é suficiente, bastando ter em mente que os bens primários são meios polivalentes para a consecução de projetos de vida e concepções de bem específicas, os quais, presume-se, que qualquer pessoa racional os deseje, ainda que ela não saiba qual é a sua própria concepção de bem e seu projeto de vida concreto.

O importante é que os bens primários possibilitam que as partes na posição original possam ter uma base comum para debater suas exigências, sem que com isso seja violada a igualdade humana fundamental que deve existir entre as partes. Nesse sentido, presume-se que as partes desejam mais bens primários do que menos. Elas racionalmente desejam um quinhão maior na distribuição de renda e riqueza. Considerado, então, tudo o que foi dito, a princípio seria natural estipular que as partes distribuiriam renda e riqueza de forma exatamente igual entre todos os cidadãos. Como ninguém sabe o seu próprio talento, ninguém barganharia em favor dos mais talentosos, por exemplo. No entanto, as partes admitiriam que, se uma desigualdade na distribuição de renda e riqueza gerar um quinhão distributivo maior para cada um, inclusive e especialmente para o indivíduo representativo pior situado, como, por exemplo, o sujeito menos talentoso, as partes concordariam em admitir a desigualdade, pois esta não seria arbitrária.

No entanto, as partes não admitiriam uma menor liberdade para alcançar um quinhão distributivo de renda e riqueza maior, pois não faz sentido que seu projeto de vida e sua concepção de bem seja limitada para alcançar renda e riqueza, que é um bem para se alocar justamente na consecução de objetivo de vida e de sua concepção de bem. As partes também concordariam com uma liberdade de ocupação, num contexto de igualdade equitativa de oportunidades. Uma vez que ninguém sabe qual sua vocação, é natural que as partes concordem com a livre ocupação. Ademais, como ninguém sabe sua situação inicial de renda, riqueza, classe ou concepção de bem, todos concordariam com uma igualdade equitativa de oportunidades, de modo a equalizar a competitividade ao acesso de cargos e posições vantajosas.

3.1.2.5 A posição original e o equilíbrio reflexivo

Como se nota do final da subseção anterior, a partir da descrição da posição original, os princípios de justiça de Rawls vão sendo deduzidos. Em primeiro lugar,

---

¹⁴⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 110.

deduziu-se um princípio de liberdade e sua prioridade, tendo em vista, dentre outros fatores, a concepção de bem de cada um e a neutralidade que a justiça política objetiva em relação a estas. Em segundo lugar, deduziu-se um princípio de liberdade de ocupação e de igualdade equitativa de oportunidades. Em terceiro lugar, a partir da assunção de que alguma desigualdade seria aceitável, desde que esta fosse em benefício do indivíduo pior situado, deduziu-se o princípio de diferença.

A posição original permitiu que princípios de justiça fossem escolhidos de modo a respeitar a igualdade humana fundamental. A partir dessa intuição básica, outras foram sendo selecionadas. A posição original, por sua vez, foi estruturada de modo a levar a sério esses juízos ponderados de justiça e os princípios de justiça dela derivados estão, por conseguinte, em equilíbrio reflexivo. O movimento de idas e vindas do método do equilíbrio reflexivo talvez não tenha sido explicitado no desenvolvimento realizado nas seções anteriores. Mas isso ocorre porque, na opinião de Rawls, seus princípios de justiça são aqueles que espelham essas intuições em equilíbrio reflexivo. Ou seja, o argumento a partir da posição original realizado por Rawls já está em equilíbrio reflexivo.

Um exemplo imaginário pode elucidar o papel do equilíbrio reflexivo na posição original. Pense, por exemplo, que o teórico da justiça reconheça, a princípio, uma intuição forte de justiça no sentido de que uma decisão política deve buscar beneficiar sempre a maioria dos cidadãos. Essa intuição seria um argumento em favor do princípio de utilidade, ao invés do princípio de diferença. No entanto, fica claro a partir da posição original que a regra de utilidade não seria aceita pelas partes sob um véu de ignorância. Dado que ninguém sabe, na posição original, se a pessoa iria se enquadrar em uma maioria beneficiada, ninguém aceitaria uma parcela menor de seu quinhão distributivo para que uma maioria alcançasse um incremento em seu bem estar. Como pertencer a uma maioria ou uma minoria é definida de forma arbitrária, as partes rejeitariam o princípio de utilidade para reger a distribuição dos recursos escassos da sociedade. Nesse caso, o teórico deve voltar para a teoria, e reformular os princípios de justiça, já que sua intuição inicial teve que ser descartada.

A partir desse exemplo, fica claro como a posição original possibilita que as intuições sejam configuradas de modo coerente, e que o vai-e-vem do equilíbrio reflexivo seja articulado de modo mais transparente e preciso com as intuições de justiça. A posição original tornou explícito que um aparente princípio de justiça constituía um fator arbitrário

de desigualdade. No exemplo, o teórico teve que reformular sua teoria e abandonar uma intuição de justiça, tal como se procede no método do equilíbrio reflexivo.

O que se nota é que a posição original não prescinde do método do equilíbrio reflexivo, mas antes o pressupõe. A posição original é concebida para ser um artifício do pensamento para facilitar a construção de uma concepção de justiça em equilíbrio reflexivo. O argumento de que a posição original prescinde do método do equilíbrio reflexivo ignora justamente esse ponto. Como Rawls explicitamente não realiza as idas e vindas que o método do equilíbrio preconiza, alguns afirmaram que, na realidade, o argumento da posição original não o utiliza. Isso é um equívoco, pois se ignora o fato de que o argumento de Rawls já se encontra, pelo menos em sua opinião, em equilíbrio reflexivo. Uma vez que sua concepção de justiça já está em equilíbrio, ele não sente a necessidade de seguir o passo-a-passo do método. Mas o equilíbrio reflexivo é fundamental não só como uma explicação de como Rawls chega à descrição da posição original, mas também de que forma seu argumento pode ser atacado. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que algumas intuições de justiça são ignoradas por Rawls, como o pouco espaço que ele dá, em sua teoria, à idéia de responsabilidade especial.¹⁴⁶

O argumento a partir da posição original somente é corretamente compreendido se encarado à luz do método do equilíbrio. A tensão que aparentemente se nota entre o caráter dedutivo da posição original e o caráter indutivo do método do equilíbrio reflexivo se dissipa. O que a posição original faz, é possibilitar que a concepção de justiça leve a sério o valor político da igualdade humana fundamental. A posição original nos capacita a enxergar as restrições mais importantes impostas por esta idéia de igualdade, fazendo com que os princípios de justiça possam ser acertadamente escolhidos. A concepção de justiça decorrente deste procedimento é, então, a mais razoável, pois ela será a que mais bem se justifica perante pessoas consideradas iguais.

Nesse sentido, a descrição da posição original é, na visão de Rawls, não só o resultado de um procedimento hipotético, mas também como a melhor descrição de nosso senso de justiça já devidamente ajustado em equilíbrio reflexivo. A posição original reúne em si uma série de restrições e considerações que de fato aceitamos, refletindo assim nosso senso de justiça. A justiça como equidade é, nesse sentido, a melhor configuração de nosso senso de justiça em equilíbrio reflexivo.

---

¹⁴⁶ Esse é o argumento de Dworkin, desenvolvido em *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

3.1.3 A justificação formal ou intuitiva – o argumento da arbitrariedade moral

Há mais uma forma de justificação dos princípios de justiça não considerados anteriormente por Scanlon e que seria, na opinião de Vita, como a forma mais vigorosa de argumentação em favor dos princípios liberal-igualitários de justiça.¹⁴⁷ Essa forma de justificação foi denominada por Brian Barry de intuitiva.¹⁴⁸

Segundo Vita, a forma de justificação dos princípios de justiça tal como feito por Rawls em *Uma Teoria da Justiça* teria induzido a alguns equívocos de interpretação de sua teoria. De fato, como se nota da seção precedente, Rawls parece dar um peso excessivo ao argumento a partir da posição original, muito mais, inclusive, do que na idéia de equilíbrio reflexivo. Barry, acompanhado por Vita, sustenta que essas duas formas de justificação não seriam a mais vigorosa, pois o procedimento da posição original é, em grande medida, contra-intuitivo, além dele mascarar as premissas morais da justiça como equidade rawlsiana. Ou seja, estaria oculto justamente aquilo que daria o peso moral da argumentação. O peso moral da argumentação da posição original já foi, em grande medida, explicitado na seção precedente e, por isso, a exposição aqui empreendida pode cair em alguma repetição.

O problema central de Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, era o de defender uma concepção de justiça apropriada para reger as instituições básicas da sociedade, marcada por um pluralismo de valores. Para lidar com esse problema, Rawls concebeu um procedimento contrafactual, consistente na posição original. A idéia que é os justos termos da cooperação social seriam aqueles escolhidos por pessoas, colocadas em posições simétricas umas em relação às outras, cada um deliberando em seu próprio interesse. Esses indivíduos estariam, ainda, sob um véu de ignorância, que lhes ocultasse algumas informações que poderiam distorcer o acordo, como a concepção de bem de cada um, seus talentos, sua posição social, seu gênero etc.

Como já foi esclarecido, o véu de ignorância é concebido justamente para ocultar das pessoas aquilo que poderia fazer com que a concepção de justiça escolhida na posição original não levasse em conta fatores arbitrários, como a cor da pele de um indivíduo. A posição original é, na verdade, um artifício teórico para que se possam extrair consequências mais precisas de uma premissa moral fundamental, que é igualdade humana. A idéia é que a razoabilidade ou aceitabilidade de uma determinada concepção de

---

¹⁴⁷ VITA, *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*, p 181.

justiça é avaliada pela capacidade desta em reconhecer o valor intrínseco igual dos seres humanos.

O ponto que se coloca é que, as diversas teorias rivais de justiça divergem justamente em relação àquilo que faz com que essa premissa fundamental de igualdade seja respeitada. No utilitarismo como uma concepção de justiça também igualitária, por exemplo, a sociedade respeitaria a igualdade quando as decisões políticas fossem tomadas objetivando-se o incremento do bem-estar médio. Como então extrair consequências mais precisas dessa premissa fundamental de igualdade, e definir, como sendo mais correta ou razoável, a concepção de justiça como equidade ou utilitarista?

Para Vita, a teoria de Rawls fornece exatamente o critério substantivo pelo qual se pode julgar se as instituições respeitam essa premissa fundamental de igualdade. Consiste tal critério na idéia de arbitrariedade moral.

O que nos permite fazer isso, na análise filosófica da igualdade e da justiça, é um critério substantivo de acordo com o qual possamos especificar que formas de igualdade e de desigualdade são moralmente relevantes. (Sem isso, qualquer concepção formal de igualdade do tipo “trata os casos iguais da mesma forma e os casos diferentes de acordo com suas diferenças” é inútil.) A teoria da justiça de Rawls nos fornece um critério desse tipo (outros são possíveis): o da “arbitrariedade moral”. Uma vez que tenhamos especificado que as desigualdades são moralmente arbitrárias, estamos em condições de descrever com o que uma sociedade justa deveria se parecer. Só então a ferramenta intelectual da posição original entra em cena para nos fazer visualizar a situação inicial que é apropriada à escolha de princípios para uma sociedade como essa.¹⁴⁸

Ou seja, o que Rawls objetiva, em última instância, é definir uma concepção de justiça que respeita a condição de igual de cada indivíduo. Sua argumentação é, então, dirigida no sentido de extrair consequências mais precisas dessa premissa, utilizando, para tanto, de um critério de arbitrariedade moral para definir princípios de justiça aceitáveis perante cidadãos considerados como livres e iguais. Para explicitar o porquê dessa fundamentação ser denominada por Barry como intuitiva, é preciso reconstituir o seu argumento.

---

¹⁴⁸ BARRY, *Theories of Justice*, pp. 257-260.

¹⁴⁹ VITA, *A Justiça Igualitária e Seus Críticos*, pp. 191-2.

De início, ele distingue duas formas de se argumentar em favor de princípios de justiça, o construtivismo e o intuicionismo. Ele começa afirmando que o intuicionismo é geralmente entendido como uma teoria do conhecimento moral, isto é, uma teoria que objetiva apreender uma realidade moral. Essa realidade moral, no entanto, não é encarada como objetos naturais, como dados empíricos brutos a serem analisados. Trata-se, na realidade, de verdades morais ou, como por ele afirmado, de convicções fortes. Diferentemente dos intuicionistas contra os quais Rawls escreve, o intuicionismo ao qual Barry se refere possibilita um tratamento objetivo à moral. Por meio da argumentação intuicionista é que se pode defender pontos de vista substantivos de justiça de forma vigorosa. Nas suas palavras, o método intuicionista procede da seguinte forma:

What alternative account of what is going on can we offer? I suggest something like this. We start from some principle that is assumed to be correct at any rate over a central range of cases, and then we try it out on other cases that are in some way more problematic. If we do not like the implications of the principle as originally stated when it is extended to these cases, we do not simply abandon it but seek to reformulate it so that it will accommodate the new judgments we are inclined to make.¹⁵⁰

Aparentemente, poder-se-ia tratar das intuições por meio de observações externas, desengajadas e meramente descritivas. A passagem acima transcrita, no entanto, mostra o quanto esse entendimento é equivocado. A idéia de Barry é que é justamente na argumentação em torno das intuições, por meio do estabelecimento de princípios que os ordene, priorize e os desenvolva, que a concepção de justiça vai sendo fundamentada.

O construtivismo, por sua vez, é inicialmente identificado no argumento a partir da posição original de Rawls. Segundo Barry, o construtivismo se vale da noção de justiça procedimental pura. Isto é, a ênfase é colocada na estrutura do argumento. Ou seja, a partir de um procedimento contrafactual de argumentação, quaisquer princípios de justiça resultantes da observância desse procedimento estarão justificados. Como Barry resume,

Constructivism in general is, I shall say, the doctrine that what would be agreed on in some specified kind of situation constitutes justice. Whether the situation itself has to be characterized by fairness for the outcome to be just is left as an open question.

---

¹⁵⁰ BARRY, *Theories of Justice*, p. 263.

Como se nota, a ênfase no construtivo recai toda no procedimento. Na medida em que este é concebido de forma justa, o que resulta dele também o será. Aparentemente, o construtivismo seria um contraponto ao intuicionismo. No entanto, Barry sustenta que isso não é nada evidente. Na verdade, há três possibilidades para a relação entre o intuicionismo e o construtivismo. A primeira é que o construtivismo é inteiramente independente do intuicionismo. A segunda é que o construtivismo é simplesmente uma variação do intuicionismo. A terceira e última é que o construtivismo não pode ser totalmente independente do intuicionismo, mas tampouco a este se reduz.

A primeira possibilidade é, logo de cara, descartada. A questão é evidente: porque se deve aceitar determinado procedimento como o correto? Em algum momento, o argumento construtivista deverá se voltar para as intuições e argumentar que o procedimento concebido é representativo dessas intuições. É preciso, ao menos, um ponto de partida, não sendo possível que o procedimento seja apenas e tão somente formal. Como se depreende da exposição levada a cabo na seção precedente, o recurso aos juízos ponderados de justiça (intuições) é imprescindível na caracterização do argumento da posição original. De fato, este procedimento é concebido a partir de fortes convicções morais. Rawls assegura expressamente que o modelo da posição original é concebido para restringir os tipos de argumentos que podem ser utilizados na deliberação em torno de princípios de justiça. O véu de ignorância, por exemplo. Este é pensado por Rawls como forma de impossibilitar que as partes na posição original deliberem no sentido de favorecer sua classe social, gênero, religião etc. Ou seja, parte-se da premissa da igualdade humana fundamental e do argumento de que para respeitá-la é preciso neutralizar fatores arbitrários de desigualdade. Há, portanto, uma intrínseca relação entre o procedimento e as intuições de justiça.

Dessa forma, não é possível afirmar que o construtivismo seja algo completamente diferente do intuicionismo. No entanto, aquele se reduziria a este? O argumento da posição original demonstra que não. A idéia da posição original é justamente a de articular, de uma forma coerente, as convicções fortes de justiça, extraíndo conseqüências mais precisas destas. Há, portanto, uma relação de dependência, mas não de completa absorção do construtivismo pelo intuicionismo. No entanto, muitas passagens da obra de Rawls parecem indicar que grande parte da argumentação não faz sequer referência ao argumento da posição original. Seria ela, nesse sentido, totalmente dispensável na fundamentação de justiça rawlsiana? Creio que a argumentação tecida na seção precedente já tenha deixado

claro o papel relevante do argumento da posição original, então seria demasiado repetitivo retomar novamente a argumentação. Aqui, apenas a reforço, com uma passagem extraída de Uma Teoria da Justiça, também citada por Dworkin em A Justiça e Os Direitos.¹⁵¹

Uma observação final. Queremos dizer que certos princípios da justiça se justificam porque foram aceitos em uma situação inicial de igualdade. Venho salientando que essa posição original é puramente hipotética. É natural perguntar por que devemos nos interessar por esses princípios, morais ou de outra natureza. A resposta é que as premissas inseridas na descrição da situação original são premissas que de fato aceitamos. Ou, caso não as aceitemos, talvez possamos nos convencer a fazê-lo por meio de reflexão filosófica. Pode-se demonstrar o fundamento de cada aspecto da situação contratual. Assim, o que faremos é reunir em uma única concepção uma série de condições impostas a princípios que, após cuidados ponderação, estaremos dispostos a reconhecer como razoáveis. Essas restrições expressam o que estamos dispostos a considerar como injunções a termos equitativos de cooperação social. Uma forma de encarar a idéia da posição original é, portanto, considerá-la um recurso expositivo que resume o significado dessas condições e nos ajude a deduzir suas conseqüências. Por outro lado, essa concepção também é uma idéia intuitiva que indica sua própria elaboração, de forma que, conduzidos por ela, somos levados a definir com mais clareza o ponto de vista do qual podemos interpretar melhor as relações morais. Precisamos de uma concepção que nos capacite a avistar nosso objetivo a distância: a idéia intuitiva da posição original deverá fazê-lo.¹⁵²

Não parece ser essa, contudo, a visão de Barry, uma vez que este defende que intuicionismo seria mais fundamental em Rawls do que todo o resto, do que o argumento da posição original e do método do equilíbrio reflexivo. Essa também é a posição de Kymlicka.¹⁵³ Não se nega, aqui, que as intuições de justiça tenham um papel fundamental na justificação dos princípios de justiça rawlsianos. De início, a premissa de igualdade humana fundamental parece não ser demonstrável, sendo simplesmente considerado por Rawls como pressuposta – trata-se de uma intuição forte de justiça, uma verdade moral no linguajar intuicionista de Barry. Em uma comunidade que parta do pressuposto de há homens intrinsecamente melhores do que os demais, dificilmente a justiça como equidade

¹⁵¹ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 246.

¹⁵² RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 26.

¹⁵³ KYMLICKA, *Filosofia política contemporânea*, p. 89: “Desse modo, o dispositivo do contrato acrescenta pouco à teoria de Rawls. O argumento intuitivo é o argumento primário, seja o que for que Rawls diga em sentido contrário, e o argumento do contrato (na melhor das hipóteses) apenas ajuda a expressá-lo.”

encontraria campo fértil para sua defesa. No entanto, Barry ignora o método do equilíbrio reflexivo, subestimando completamente sua relevância em *Uma Teoria da Justiça* de Rawls. Ao discorrer sobre o equilíbrio reflexivo, ele afirma:

What is striking is that Rawls actually does none of this in *A Theory of Justice*. At no point does Rawls develop minutely describe cases and ask us to exercise intuitions, unguided by any prior commitment to principle, upon them.¹⁵⁴

Esse argumento não é suficiente para demonstrar que o equilíbrio reflexivo não tem papel algum em *Uma teoria da justiça*. O fato de Rawls não ter expressamente construído seu argumento seguindo, passo-a-passo, as etapas do método do equilíbrio reflexivo não quer dizer que ele não o tenha feito, como já esclarecido na subseção que encerra a seção precedente. Aliás, é característico do método do equilíbrio reflexivo que ele seja dotado dessa característica, isto é, funcione implicitamente, pois a concepção defendida já é, na visão do teórico, aquela que se encontra em equilíbrio reflexivo. É evidente que o equilíbrio reflexivo utilize uma boa dose de intuicionismo. Mas isso não quer dizer que este neutralize o papel daquele. O ponto é que o equilíbrio reflexivo não prescinde da intuição. Esta não é apenas seu ponto de partida, mas também o fio condutor da argumentação da concepção de justiça. Fundamenta-se a concepção de justiça argumentando-se intuitivamente, mas objetivando-se alcançar o equilíbrio reflexivo. Há, na realidade uma forte interação entre o método do equilíbrio reflexivo e a fundamentação intuitiva, em uma relação de dependência mútua, mas não há prevalência.

Talvez seja uma característica marcante do equilíbrio reflexivo que ele não seja desenvolvido passo a passo. Descrevê-lo, portanto, é trazer a luz um importante componente da argumentação moral que é seguindo implicitamente ao se teorizar sobre justiça. A razão disso é que o ponto de equilíbrio é apenas uma fagulha, um momento que logo se perde, sujeito a revisões constantes tendo em vista o impacto de reformulações das concepções de justiça ou da tomada de consciência de algumas intuições que inicialmente não foram consideradas e que posteriormente se tornam latentes.

Esse ponto de vista talvez mine a rápida crítica que Barry desenvolve em torno da abordagem de questões metodológicas, que ele faz no início do capítulo VII de seu

---

¹⁵⁴ BARRY, *Theories of Justice*, p. 281.

Theories of Justice.¹⁵⁵ Segundo ele, haveria uma experiência comum na filosofia moral anglo-americana de que não é desejável tomar como ponto de partida questões metodológicas. Em sua opinião, os pontos de vistas substantivos em torno da justiça são formados e só depois que se volta às questões metodológicas e, por isso, não faria muito sentido se argumentar a partir de questões metodológicas. De fato, talvez ele tenha razão, no sentido de que as questões substantivas precedem em importância as questões metodológicas, afinal, aquelas constituem o objetivo destas. Isso não quer dizer, no entanto, que as questões metodológicas não tenham relevância. Estas surgem justamente quando as questões substantivas entram em choque e se faz necessário explicitar, em outro nível de argumentação, qual o tipo de divergência que se estabelece.¹⁵⁶

Para utilizar o exemplo de Barry, ele menciona que artistas que derivam sua prática de alguma filosofia da arte, raramente fazem algo de bom. No entanto, e o que dizer de movimentos artísticos, como o movimento antropofágico brasileiro? Este se encontrava alicerçado em uma específica filosofia da arte, teorizada principalmente por Oswald de Andrade, do qual resultaram talvez as maiores obras de arte brasileiras. Nesse movimento, alguns poderiam ter sido acusados de trair sua premissa filosófica e o “método” antropofágico no qual ele se baseava. Outros poderiam ser aclamados por serem os verdadeiros antropofágicos. E, aqui, poder-se-ia discutir até mesmo no que consiste a verdadeira antropofagia. Nesse momento, exsurge um debate de segunda instância, não em torno da qualidade da obras em si, mas em torno do que significava a verdadeira antropofagia. É no calor do movimento que a questão metodológica ganha vida e relevância. Isso se verificou, por exemplo, com Salvador Dalí e o movimento surrealista, no qual ele afirmava que ele era o único e verdadeiro surrealista. Para responder o porquê disso, coloca-se em questão o que é o verdadeiro surrealismo e como proceder para ser fiel ao verdadeiro surrealismo. A questão metodológica, nesse momento, evidencia-se e segue para o primeiro plano.

A metodologia não é subalterna em relação às questões substantivas, mas sim sua face oculta. De fato, mais importante são as obras de Dalí, e não o que ele dizia acerca de como ser um verdadeiro surrealista. Mas ignorar o debate metodológico é deixar de lado um aspecto profícuo de uma determinada prática, seja ela a arte, a política ou o direito. Trata-se de compreender como as pessoas e os teóricos articulam suas visões substantivas,

---

¹⁵⁵ BARRY, *Theories of Justice*, cap. VII – Some questions of method.

e porque essas conseguem encontrar ou não adesão de outras pessoas. É como se alguém se perguntasse o porquê da teoria de Rawls ter encontrado tanta adesão ao longo da segunda metade do século XX. Uma possível resposta para essa pergunta é que sua concepção de justiça articula nossas intuições de justiça em equilíbrio reflexivo. Ela não apenas é espelho de nossas intuições, mas sim uma apropriada articulação delas em uma teoria coerentemente defensável, numa relação entre esses dois pólos (intuições e teoria) em equilíbrio reflexivo. A fundamentação intuitiva seria, nesse sentido, a dissecação desse equilíbrio. É nesse sentido que o presente trabalho se encaixa.

Esta seção encerra as formas de justificação de Rawls na defesa de sua concepção de justiça. Aqui se argumentou que o equilíbrio reflexivo está implícito na argumentação intuitiva ou informal, existindo uma relação de dependência mútua entre eles. Ao longo de toda essa seção 3.1, defendeu-se o papel fundamental do equilíbrio reflexivo na filosofia política de Rawls. Focou-se a obra *Uma Teoria da Justiça*, correspondente à primeira fase do pensamento desse autor. Seguindo a rota traçada para esse trabalho, o passo seguinte é retomar a primeira fase do pensamento de Dworkin para, finalmente, aproximá-lo com a filosofia política de Rawls. É isso o que será feito ao longo de toda a seção 3.2 que segue.

3.2 Rawls e *Levando os direitos a sério*

Esse capítulo tentou apresentar, pelo menos em linhas gerais, no que consiste a concepção de justiça, a justiça como equidade, de John Rawls. Para não perder de vista os objetivos centrais dessa dissertação, algumas idéias foram explicitados apenas superficialmente e a controvérsia em torno de alguns pontos foi completamente deixada de lado. Por outro lado, a questão da justificação em Rawls foi aprofundada com o objetivo de compreender de forma mais refinada a idéia de equilíbrio reflexivo e de argumentar no sentido de que este é fundamental na filosofia política rawlsiana.

Estabelecida essa base, pode-se dar o passo seguinte e verificar, depois de tudo o que foi dito sobre Dworkin e Rawls, como, de fato, aquele introduziu, a partir da influência recebida deste, o método do equilíbrio reflexivo em sua teoria do direito desde o início. Será esse o tema da próxima seção. Na seção posterior, a crítica de Dworkin à Rawls feita em seu *A Justiça e os Direitos*, que integra seu *Levando Os Direitos A Sério*, precisará ser

---

¹⁵⁶ Como ocorreu como o debate Hart-Dworkin. Aliás, este é um exemplo marcante que contraria a posição de Barry, pois demonstra como as questões substantivas e metodológicas encontram-se entrelaçadas.

avaliada. Isso porque, o tom crítico desse texto poderia lançar dúvidas sobre o impacto que as idéias de Rawls provocaram na concepção de sua teoria do direito. Como se verificará, no entanto, a crítica de Dworkin é mais bem compreendida como um esforço deste em interpretar corretamente a obra de Rawls à luz do espírito do empreendimento rawlsiano, e não contrariamente a este. Dworkin não pretende se opor a Rawls, mas sim ser mais fiel a este do que a letra do texto de *Uma Teoria da Justiça* possa ter sido.

3.2.1 O método do equilíbrio reflexivo e a teoria do direito de Dworkin de *Levando os direitos a sério*

Como dito na seção 2.3.2, Dworkin flerta, em *A justiça e os direitos*, com o método construtivista, que ele atribui a Rawls. Em *Casos Constitucionais*, no entanto, quando ele menciona o construtivismo no direito, ele o faz somente para se opor ao construcionismo, termo utilizado para identificar genericamente os juristas que fazem uso de uma interpretação rígida dos diplomas legais, baseados em uma valorização da letra da lei. Dworkin se refere ao construtivismo, atribui este método a Rawls, mas não desenvolve essa idéia no direito. Essa seção pretende esclarecer essa idéia, argumentando que a teoria do direito de Dworkin, pelo menos em *Levando os direitos a sério*, constitui um desenvolvimento de método do equilíbrio reflexivo, em seu modelo construtivista, de Rawls.¹⁵⁷

Para isso, é preciso retomar, em linhas gerais, a estrutura do argumento de Hércules, quando este se vê diante de um caso difícil. Nos casos difíceis, não há uma regra jurídica válida que, se aplicada, conduza à solução do caso. Hércules irá rejeitar a tese de que o caso deve ser decidido por meio da incidência de seu poder discricionário. Pelo contrário, Hércules tem o dever de descobrir o direito, e solucionar o caso apontando para ele uma resposta correta. Seu ponto de partida, no entanto, é o material jurídico disponível. Ele colhe todos os elementos que compõem, de alguma forma o direito, as leis, os costumes jurídicos, os precedentes, a doutrina, os paradigmas etc. Esses elementos serão chamados, a partir daqui, genericamente de paradigmas. A partir de todo esse material, ele vai destacar princípios gerais e ordená-los em uma grande e coesa teia inconsútil. Esses

---

¹⁵⁷ Sobre construtivismo no direito, ver Bruce Ackerman, *Reconstructing the American Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1983. Sobre o construtivismo, basta ter em mente que o ele está relacionado à criação da estrutura de um argumento a partir do qual vão sendo construídas as soluções para as questões substantivas. Na teoria dos direitos de Dworkin, este apresenta a estrutura do argumento calcado no empreendimento de Hércules. A idéia é que a partir dessa estrutura, os direitos sejam definidos seguindo-se aquele procedimento.

princípios serão ordenados de tal modo, que uma teoria política que dê sustentação ao direito será concebida. Hércules precisará, por exemplo, definir por que razão o que a Constituição é direito, e verificará que ela é observada como tal por razões de equidade.

Essa teoria não é inventada por Hércules. Ela é espelho da prática jurídica de sua comunidade, e também a sua melhor justificação. Porém, Dworkin, assevera, se a história institucional da comunidade de Hércules não for muito curta, ele vai se deparar com um problema, já que alguns pontos dessa história se mostrarão demasiados incoerentes com o restante dessa mesma história. Ele precisará, então, de uma teoria que diga quando uma parte dela pode ser abandonada, por ser simplesmente um erro. Concluído, então, essa tarefa, Hércules irá definir o direito no caso difícil aplicando essa teoria, de modo que a solução do caso esteja bem ajustada a essa história institucional, e bem justificada à luz da teoria política que subjaz a prática jurídica de sua comunidade.

A partir da visualização do método de Hércules, fica evidente como este pode ser interpretado como um desenvolvimento, para o direito, do método do equilíbrio reflexivo. Hércules toma como ponto de partida dados “empíricos” do direito. Trata-se de paradigmas de prática jurídica de sua comunidade que qualquer teoria do direito deve levá-los em consideração. Esses paradigmas exercem o mesmo papel que as intuições e juízos ponderados de justiça exerce no equilíbrio reflexivo de Rawls. Os paradigmas jurídicos e as intuições de justiça são os *inputs* da teoria. São os pontos de partida do qual o teórico irá conceber sua teoria em equilíbrio reflexivo. O segundo passo do equilíbrio reflexivo possui correspondência com o segundo passo do método de Hércules. Este deve, a partir dos paradigmas, depreender princípios e ordená-los em uma teia inconsútil. Esses princípios são, ao mesmo tempo, espelho do paradigma, e reflexo da própria teoria, já que os princípios vão se deformando para serem ajustados ao modo de uma teia inconsútil. Aqui, Hércules deve realizar o mesmo vai-e-vem entre os paradigmas e a teoria que o equilíbrio reflexivo preconiza entre as intuições de justiça e os princípios de justiça. Alguns paradigmas jurídicos, assim como algumas intuições de justiça, devem ser abandonados, enquanto que a força de outros obrigará que a teoria seja reformulada para abarcá-los. Esse vai-e-vem cessa quando o equilíbrio reflexivo é atingido.

O paralelo acima desenvolvido entre o método de Hércules e o método do equilíbrio reflexivo joga encontra base textual em Dworkin. Uma passagem extraída de *A justiça e os direitos* é bastante elucidativa deste ponto. Ele a tece ao realizar considerações

finais sobre o modelo construtivo de equilíbrio reflexivo, e afirma que esse método não é estranho aos juristas.

Este segundo modelo, o construtivo, não é estranho aos juristas. É análogo a um modelo de decisão judicial no direito costumeiro. Suponhamos que um juiz se veja diante de uma exigência nova, por exemplo, uma exigência de indenizações com base no direito jurídico à privacidade, direito ainda não reconhecido pelos tribunais. Ele deve analisar os precedentes que pareçam, de algum modo, relevantes para ver se algum princípio que esteja, digamos, “embutido” em tais precedentes diz respeito ao pretendido direito à privacidade. Poderíamos conceber esse juiz como na situação de um homem que, a partir de suas intuições morais, pretenda formular uma teoria geral da moralidade. Os precedentes específicos são análogos às intuições; o juiz tenta obter um ajuste entre esses precedentes e um conjunto de princípios que possa justificá-los e também justificar decisões que os extrapolem. Contudo, ele não pressupõe que os precedentes sejam vislumbres de uma realidade moral e, portanto, indícios de princípios objetivos que ele termina afirmando. Não acredita que os princípios estejam “embutidos” nos precedentes nesse sentido. Em vez disso, no espírito do modelo construtivo, aceita esses precedentes como especificações de um princípio que ele deve construir tomando por base o senso de responsabilidade relativamente à coerência com os precedentes.¹⁵⁸

Quando Dworkin afirma que o modelo construtivo de equilíbrio reflexivo “não é estranho aos juristas”, isso deve ser entendido melhor como um eufemismo de que este modelo não é estranho para o próprio Dworkin, que o utilizou na formulação de sua teoria do direito. De fato, este excerto apresenta um bom resumo do método de decisão judicial de Hércules, e o modo pelo qual este deverá lidar com os precedentes e os casos difíceis.

Outra intensa similitude entre as idéias de Rawls e o método de Hércules é captada na idéia rawlsiana da sequência de quatro estágios. Para entender melhor essa semelhança, faz necessário apresentar esta idéia. O foco da teoria de Rawls é a formulação da concepção de justiça mais razoável para reger o empreendimento cooperativo que é a sociedade. Tendo em visto o foco adotado, poder-se-ia pensar que, após a definição da concepção de justiça calcada nos dois princípios de justiça, o véu de ignorância seria erguido, e as instituições passassem a funcionar naturalmente, tendo como alicerce os dois princípios de justiça. Fica evidente, então, que se faz necessário inserir alguma coisa no

---

¹⁵⁸ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os Direitos a Sério*, pp. 250-1.

meio desse caminho, possibilitando concretizar, assim, progressivamente, as recomendações derivadas da concepção de justiça. Ocorre que o desenvolvimento progressivo dos dois princípios de justiça perpassa por estágios dotados de problemas e características peculiares. Sendo assim, Rawls identifica quatro estágios, sendo que cada um deles “deve representar um ponto de vista apropriado, do qual se devem analisar certos tipos e questões”.¹⁵⁹

A idéia é que o véu de ignorância que caracteriza a posição original seja gradativamente erguido na medida em que se passa de um estágio ao seguinte. No primeiro estágio, o véu de ignorância encobre totalmente a visão das partes, e, nesse momento, as partes definem os princípios de justiça. Depois disso, as partes formam uma convenção constituinte, estabelecendo o estágio constitucional. Nesse momento, o véu de ignorância é erguido para que as partes tenham acesso apenas àquelas informações que são relevantes na elaboração de uma constituição. Para tanto, as partes de uma convenção constituinte conhecem alguns fatos genéricos sobre a sua própria sociedade, como, por exemplo, o nível de desenvolvimento tecnológico, a disponibilidade de recursos naturais, o estágio de desenvolvimento econômico alcançado etc. No estágio constitucional, as partes voltam seus esforços para elaborar uma constituição que produza uma legislação justa e eficaz.

O terceiro estágio é legislativo. A idéia aqui é a mesma. Ergue-se o véu de ignorância para que o legislador saiba o que é essencial saber para se criar uma legislação justa. Esta deve ser elaborada, agora, em conformidade não só com os dois princípios de justiça, mas também com os princípios estipulados na convenção constituinte. O último estágio é o da “aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral”.¹⁶⁰ Nesse último estágio, as partes têm acesso ao conhecimento total dos fatos, estando completamente erguido o véu de ignorância. A identificação desses estágios é, na realidade, um desdobramento da posição original. A idéia é levar adiante o procedimento estabelecido na posição original para buscar resultados justos nos demais estágios. Ou seja,

a constituição justa é aquela que delegados racionais, sujeitos às restrições do segundo estágio, adotariam para sua sociedade. E, de maneira semelhante, leis e políticas justas são aquelas que seriam promulgadas no estágio legislativo. É claro que essa avaliação é quase

¹⁵⁹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 241.

¹⁶⁰ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, p. 245.

sempre indeterminada: nem sempre fica claro qual seria a escolhida dentre várias constituições, ou que arranjos econômicos e sociais seriam escolhidos. Mas, quando isso acontece, a justiça é indeterminada na mesma medida. As instituições que estão dentro do âmbito permitidos são igualmente justas, o que significa que poderiam ser escolhidas; elas são compatíveis com todas as restrições da teoria. Assim, em muitos problemas da política social e econômica, precisamos recorrer à noção de justiça procedimental quase pura: as leis e as políticas são justas contanto que se situem dentro do âmbito permitido e que a legislatura, das formas que são autorizadas por uma constituição justa, as tenha de fato promulgado. Essa indeterminação da teoria da justiça não constitui um defeito em si. Isso é o que deveríamos esperar. A justiça como equidade demonstrará que é uma teoria digna de seu nome se definir o âmbito da justiça de maneira mais compatível com nossos juízos ponderados do que as teorias existentes, e se especificar de maneira mais nítida as injustiças mais graves que a sociedade deve evitar.¹⁶¹

Esse trecho contraria uma conclusão precipitada que se poderia extrair da idéia de quatro estágios. Isso porque, poder-se-ia pensar que um estágio conduza quase que dedutivamente o estágio seguinte, sendo a constituição, em primeiro lugar, depois a legislação e a aplicação consistente de todo o resto, desenvolvimentos sucessivos e dedutivos dos dois princípios de justiça, que estaria no ápice dessa pirâmide. No entanto, como Rawls deixa claro, outros elementos vão entrando na medida em que se passa de um estágio para o outro. As decisões vão se tornando complexas à medida em que uma gama enorme de fatos deve ser trabalhada. Aqui também se encontra espaço para a idéia de equilíbrio reflexivo, pois, como consignado por Rawls, “a justiça como equidade demonstrará que é uma teoria digna de seu nome se definir o âmbito da justiça de maneira mais compatível com nossos juízos ponderados”. Ou seja, em cada estágio, os nossos juízos ponderados estão sempre pesando sobre a teoria que vai se desenvolvendo, sendo necessário, a cada instante, ou rever a teoria ou rever os juízos, buscando sempre alcançar o equilíbrio.

Depois de tudo o que foi dito sobre Dworkin, é possível vislumbrar que este também trabalha com alguma variante desta seqüência. Mais um vez o procedimento de Hércules deve ser retomado. Este parte de uma teoria geral que justifique a Constituição, sendo este o primeiro estágio. Após, é preciso lidar com a Constituição propriamente dita. Em Rawls, as partes irão redigir a Constituição. Em Dworkin, o juiz deverá interpretar a

---

¹⁶¹ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, pp. 246-7.

Constituição da melhor maneira possível, identificando os princípios a ela ínsitos, harmonizando-os com a teoria política anterior. Após, Hércules irá se dirigir à legislação, aos precedentes e, por fim, aplicará o direito de forma consistente aos vários casos colocados perante ele para julgamento, estando estas passos de seu método em consonância com o terceiro e quarto estágio da teoria de Rawls.

Traça essa correspondência entre o método do equilíbrio reflexivo de Rawls e a teoria dos casos difíceis de Dworkin não apenas é importante para demonstrar o intenso impacto das idéias daquele autor na teoria deste último, mas, principalmente, para elucidar alguns aspectos controvertidos da teoria do direito de Dworkin. Nesse sentido, quando Dworkin fala que Hércules deve ordenar os princípios em uma teia inconsútil, não fica muito claro como isso pode ser feito. Entender que isso deve ser feito objetivando-se alcançar um ponto de equilíbrio reflexivo contribui para a compreensão de seu argumento. Assim, Hércules não apenas deve depreender princípios dos paradigmas de justiça, e ordená-los coerentemente, mas realizar o movimento de vai-e-vem entre a teoria e os paradigmas até que aquela alcance o ponto de equilíbrio. Neste momento, as duas dimensões de ajuste e justificação estarão equilibradas. A teoria não será, nesse sentido, apenas um espelho da prática jurídica, mas também sua versão mais justificada.

3.2.2 A crítica de Dworkin a Rawls em Levando Os Direitos A Sério

Dworkin encerra a exposição de sua teoria dos casos difíceis com uma discussão em torno dos casos constitucionais. Como visto, sua proposta para os casos difíceis requer que o jurista, em algum momento, volte-se para a moralidade política que complete o sentido do direito a ser aplicado. Em Casos Constitucionais, ele conclui que o sistema constitucional norte-americano está alicerçado em uma teoria moral específica, a de que os homens possuem direitos contra o Estado. Esse ponto é de fundamental importância para Dworkin. Sua teoria dos casos difíceis requer, em última instância, alguma concepção de justiça que complete o sentido geral do direito. Lembrando que esse é um dos trabalhos de Hércules, articular uma concepção de justiça para resolver os casos difíceis. No entanto, em sua visão, os juristas estariam ignorando o desenvolvimento dessa teoria moral específica, mencionando o papel fundamental de Rawls nesse processo. Em suas palavras, “o professor Rawls, de Harvard, por exemplo, publicou um livro abstrato e complexo sobre

a justiça que nenhum jurista constitucional poderá ignorar”.¹⁶² O capítulo sexto, então, de *Levando Os Direitos A Sério*, é dedicado a avaliar a teoria política rawlsiana, fechando esse ponto que havia sido deixado aberto em sua teoria do direito. Se em *Casos Difíceis* e *Casos Constitucionais* Dworkin não leva adianta a tarefa de desenvolver essa teoria moral que é central no método de Hércules, em *A Justiça E Os Direitos* a ela, finalmente, ele se volta.

Nesse artigo, no entanto, Dworkin não se limita a apresentar a concepção política de Rawls. Na verdade, seu texto é carregado de um forte tom crítico, acusando Rawls de não ter aprofundado sua teoria. O foco dessa seção será, então, apresentar a crítica de Dworkin à filosofia política de Rawls empreendida em *Levando Os Direitos A Sério*, e o impacto que ela impõe ao que foi dito até aqui. O presente trabalho se desenvolveu até aqui sob o argumento de que essa primeira fase do pensamento de Dworkin é marcada por uma convergência muito intensa com as idéias de Rawls. Essa crítica invalidaria, então, o argumento aqui desenvolvido? Como se demonstrará, a resposta para essa pergunta é negativa, devendo essa crítica ser entendida menos como uma divergência às idéias de Rawls, e mais como uma tentativa de interpretá-las corretamente, para levar adiante o projeto rawlsiano. Senão, vejamos.

O ponto de partida da crítica de Dworkin é o argumento da posição original. Em seu entendimento, os princípios de justiça de Rawls não seriam justificados pela posição original, sendo necessária uma teoria mais profunda que os sustentassem. Ele apresenta, então, uma primeira hipótese de como a posição original poderia justificar a concepção de justiça, afirmando que ela “mostra que os dois princípios atendem aos interesses de todos os membros de qualquer comunidade política e que, por esta razão, é justo que se governe de acordo com eles.”¹⁶³ Dworkin descarta este argumento afirmando que não é nada evidente que isso ocorra. Para explicar como isso seria possível, ele introduz a distinção entre interesse antecedente e interesse presente. Por exemplo, é do meu interesse antecedente apostar no cavalo que tem a maior probabilidade de vencer a corrida, e é do meu interesse presente apostar no cavalo que irá vencer uma corrida, ainda que, no momento da aposta, o cavalo não tenha a menor probabilidade de vencer. A posição original trabalha, obviamente, com o interesse antecedente, pois a partir do momento em que o véu de ignorância é erguido, poderá ser o caso de que meu interesse presente tenha

¹⁶² DWORKIN, *Casos constitucionais*, em *Levando os direitos a sério*, pp. 233-4.

¹⁶³ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 239.

sido escolher outros princípios de justiça. Dworkin sustenta, no entanto, que mesmo no interesse antecedente a posição original não justifica os princípios de justiça, pois um contrato celebrado em condições de incerteza não é um bom argumento para fazê-lo ser cumprido em condições de fartura de informação.¹⁶⁴

Dworkin admite, no entanto, que não é bem essa a forma de justificação dos princípios de justiça que Rawls pretende com a posição original. Para ele, fica evidente da argumentação de Rawls que a posição original é um artifício para que os fatores arbitrários de desigualdade sejam neutralizados na concepção de justiça escolhida. Ele discorda, contudo, que, a princípio, a posição original possa desempenhar algum papel relevante nessa justificação, uma vez que os princípios de justiça estariam justificados desde o início por razões de equidade.¹⁶⁵

Por exemplo, Rawls pressupõe que seus homens escolheriam inevitavelmente princípios moderados porque essa seria a única escolha racional, em seu estado de ignorância, a ser feita por homens motivados por seu próprio interesse. Alguns homens reais, porém, conhecendo seus próprios talentos, poderiam perfeitamente preferir princípios menos moderados, que lhes permitissem aproveitar os recursos que sabem ter. Portanto, alguém que considere a posição original como produzindo um argumento favorável aos princípios moderados, depara com essa escolha. Se princípios menos moderados, como os que favorecem indivíduos identificados pelo nome, devem ser excluídos como evidentemente injustos, então o argumento em favor dos princípios moderados está completo desde o início, por razões de equidade apenas. Nesse caso, nem a posição original nem quaisquer considerações de auto-interesse que ela pretende evidenciar desempenham qualquer papel no argumento.¹⁶⁶

Qual seria, afinal, o papel da posição original na justificação da concepção de justiça de Rawls? O que Dworkin verifica, ao analisar essas dificuldades que a posição original representa para a justificação dos princípios de justiça é que Rawls estaria no meio do caminho de uma justificação mais profunda. Ou seja, este teria ficado na superfície e

¹⁶⁴ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 240.

¹⁶⁵ Em *A Virtude Soberana*, Dworkin apresenta um modelo de igualdade de recursos calcado na idéia de um leilão imaginário. Ainda que haja diferenças substanciais entre o leilão e a idéia da posição original, ambas podem ser vistas como recursos heurísticos para se testar argumentos sobre justiça. No caso do leilão de Dworkin, por exemplo, ele inclui algumas características bastante semelhantes àquelas de Rawls. No leilão as partes não podem roubar as fichas uma das outras, nem pode haver lutar física pelas fichas, a quantidade inicial de ficha por pessoa é igual etc.

¹⁶⁶ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 241.

Dworkin chama para si a tarefa de realizar o aprofundamento. No entanto, ele salienta que o próprio Rawls teria indicado o caminho para essa teoria mais profunda:

Rawls descreve sua teoria moral como um tipo de psicologia. Quer caracterizar a estrutura de nossa capacidade (ou, pelo menos, a de uma pessoa) de realizar juízos morais de um certo tipo, ou seja, juízos sobre a justiça. Pensa que as condições incorporadas à posição original são os “princípios” básicos que “regem nossas capacidades morais ou, de modo mais específico, nosso senso de justiça” A posição original é, portanto, uma representação esquemática de um processo mental particular de pelo menos alguns seres humanos, ou talvez, da maioria, assim como a estrutura profunda da gramática, sugere ele, é a representação esquemática de uma capacidade mental diferente. Tudo isso sugere que a posição original é uma conclusão intermediária, um ponto a meio caminho para uma teoria mais profunda que fornece argumentos filosóficos para suas condições.¹⁶⁷

Dworkin, então, deixa de insistir no argumento da posição original e se volta para a idéia de equilíbrio reflexivo, tentando verificar se a posição original desempenharia um papel relevante nesse método para encontrar sua relevância na justificação dos princípios de justiça. O argumento desenvolvido por Dworkin é também muito próximo do que foi dito nas seções anteriores, sobre a natureza da concepção de justiça rawlsiana, se ela é meramente descritiva ou se ela é algo diferente, o que Scanlon denominou de interpretação-deliberativa. Dworkin utiliza outra nomenclatura, diferindo apenas em detalhes seus dois modelos de equilíbrio em relação aqueles identificados por Scanlon. Para Dworkin, haveria dois modelos distintos de equilíbrio reflexivo: o modelo natural e o modelo descritivo, similares, respectivamente ao modelo descritivo e ao modelo interpretativo de Scanlon.

No modelo natural, as teorias da justiça são descobertas, e as intuições de justiça que entram no equilíbrio reflexivo seriam como os dados naturais da física e da biologia. Esse modelo natural é idêntico ao modelo descritivo, e por isso as críticas feitas a este modelo são as mesmas daquelas feitas àquele. O modelo construtivo, por outro lado, tomaria as intuições como se fossem partes de um quebra cabeça que o teórico deve ordená-los. No modelo construtivo, a busca pela coerência das intuições não decorre da necessidade de se encontrar uma ontologia na moralidade, como se o equilíbrio resultante fosse um relato preciso da sensibilidade moral de um grupo ou indivíduo. Decorre, na

realidade, de uma exigência independente de coerência, decorrente do pressuposto de que os funcionários públicos devem tomar suas decisões com base em um padrão público que lhes impeça de atuar com base em “intuições singulares que poderiam mascarar o preconceito ou o interesse pessoal”.¹⁶⁸

A partir de uma argumentação muito próxima daquela realizada na seção 3.1.1 para defender a natureza interpretativa do equilíbrio reflexivo, com base na característica deste de ser um vai-e-vem, Dworkin conclui que o modelo utilizado por Rawls é o construtivo. O modelo construtivo do equilíbrio reflexivo seria, fundamental, na visão de Dworkin, para a espécie de psicologia moral que ele afirma ser pretendida por Rawls. Ou seja, o método do equilíbrio reflexivo possibilita que seja trazida para a luz a concepção moral de uma determinada comunidade. Não se trata de uma descrição, no entanto, uma vez que a identificação da concepção preferida de justiça requer, também, a sua defesa. A concepção de justiça resultante do método do equilíbrio reflexivo é representativa da moralidade política de uma comunidade. Isto é, ela pode ser vista em sua melhor luz.

Nesse sentido, ele consegue chegar a uma explicação para o papel da posição original. O que é dito por Dworkin nesse sentido é, também, muito semelhante à interpretação feita na seção 3.1.2, no qual se argumentou que a posição original é um artifício de representação. Apresentar a argumentação de Dworkin envolveria, a repetição do que lá foi dito. Por isso, basta indicar em resumo seu argumento. Segundo ele, as características da posição original, o véu de ignorância, por exemplo, seriam correlatos de intuições de justiça. Isto é, a posição original ganha relevância quando confrontada com o método do equilíbrio reflexivo. É válido, portanto, transcrever a conclusão que Dworkin chega ao desenvolver esse argumento, pois a partir dela fica claro como ela segue no mesmo sentido da interpretação aqui defendida na seção 3.1 e subseções.

Logo, o direito à igual consideração e ao igual respeito é mais abstrato que as concepções-padrão de igualdade que distinguem as diferentes teorias políticas. Permite argumentar que esse direito mais básico exige uma ou outra dessas concepções como um direito ou uma meta derivados. A posição original pode agora ser vista como um recurso para se testar esses argumentos concorrentes. Tal recurso pressupõe, de maneira sensata, que as disposições políticas que não manifestam igual consideração e igual respeito são aquelas estabelecidas e administradas por homens e mulheres poderosos que, reconheçam-no ou

---

¹⁶⁷ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 247.

não, têm mais consideração e respeito pelos membros de uma classe particular, ou por pessoas dotas de certos talentos ou ideais particulares. [...] Os homens que não sabem a que classe pertencem não podem, consciente ou inconscientemente, conceber instituições que favoreçam sua própria classe. [...] A posição original é bem concebida para aplicação do direito abstrato à igual consideração e ao igual respeito, que deve ser entendido como o conceito fundamental da teoria profunda de Rawls.¹⁶⁹

Como se nota, todo o esforço crítico de Dworkin chega ao que, no presente trabalho, foi colocado como o ponto de partida de sua teoria: a premissa de igualdade humana fundamental. A crítica de Dworkin consiste em afirmar que Rawls não chega a essa “teoria mais profunda”, e que sua interpretação teria levado para além do próprio texto de Rawls. No entanto, ao longo da seção 3.1 e de suas subseções, demonstrou-se aqui que o esforço quase sobre-humano de Rawls em *Uma Teoria da Justiça* era o de levar adiante essa idéia de igualdade humana fundamental. Seu problema era o de justamente extrair consequências mais precisas desse pressuposto. Talvez a forma como Rawls expos sua concepção de justiça em *Uma Teoria da Justiça* tenha, de fato, provocado a impressão de que ele não acaba mesmo por não chegar a essa teoria mais profunda. No entanto, isso é mais resultado do esforço de Rawls em produzir uma teoria que fosse ao mesmo tempo alternativa ao utilitarismo, isto é, definir uma teoria que fosse mais igualitária em seus fundamentos, mas não o fizesse sob bases intuicionistas. Lembrando que esse intuicionismo contra o qual Rawls escreve é diferente da idéia intuicionista que está por trás daquela defendida por Barry e Vita. O intuicionismo contra o qual Rawls escreve enxerga os valores morais como dados empíricos, que não podem ser ordená-los, levando a um ceticismo em relação às concepções de justiça. Isto é, não haveria como, a partir do intelecto humano, afirmar que uma determinada concepção de justiça é mais defensável do que outra.

Se a interpretação de Dworkin o levou para o longe do texto de Rawls, essa pode ser uma questão que envolve uma definição da própria concepção de interpretação.¹⁷⁰ No entanto, a seção 3.1 desse capítulo sustentou que a idéia de igualdade humana é a premissa fundamental da concepção de justiça rawlsiana e o método do equilíbrio reflexivo é

¹⁶⁸ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 253.

¹⁶⁹ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 280.

¹⁷⁰ É o que Dworkin afirma em *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 248: “minha resposta é complexa e, por vezes, irá nos levar para longe de seu texto, mas não, penso eu, para longe do espírito de seu texto.”

concebido para extrair conseqüências mais precisas dessa idéia. Creio que esta seja a melhor interpretação de Rawls, sendo esta também a de Dworkin e a de Scanlon, mas talvez não a de Vita e Barry, já que estes discordam do papel fundamental do equilíbrio reflexivo no empreendimento rawlsiano.

Esta seção, no entanto, demonstrou que a crítica de Dworkin a Rawls de *Levando Os Direitos A Sério* não representa, de modo algum, rejeição ao projeto rawlsiano. Na verdade, fica claro como o capítulo sexto da obra reforça o argumento de que, no início, Dworkin era bem mais rawlsiano do que ele talvez tenha expressamente admitido. Dworkin, naquele momento, era menos um crítico de Rawls e mais um comentador e intérprete.

Esse movimento de convergência cessa, contudo, em *Levando Os Direitos A Sério*. Se aqui não havia de fato uma divergência, mas sim um esforço de interpretar corretamente Rawls, essa solução conciliatória não é possível de ser tomada nos trabalhos posteriores de Dworkin. Surgiu, de fato, uma divergência genuína entre ambos. Esclarecê-la será o objeto dos próximos capítulos.

4 UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO – A SEGUNDA FASE DO PENSAMENTO DE DWORKIN

Na seção 2.3.2, tentou-se extrair dos textos de *Levando os direitos a sério* os traços metodológicos marcantes da teoria do direito de Dworkin. A seção 3.2.1 complementou esse estudo, na medida em que ali foi desenvolvido um aprofundamento na análise da estrutura do argumento concebida por Dworkin. Buscou-se demonstrar que o método de Dworkin pode ser interpretado como um desenvolvimento do método do equilíbrio reflexivo de Rawls ao direito.

Essa correlação, no entanto, entre o método de Hércules e o método do equilíbrio reflexivo até pode encontrar fundamento textual em *Levando os direitos a sério*. No entanto, naquele momento, Dworkin ainda não havia declarado expressamente que sua inspiração naqueles textos (*O modelo de regras I e II*, *Casos Difíceis* e *Casos Constitucionais*) provinha dessa idéia. Na verdade, em *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresenta um método que não envolve a pura e simples descrição, mas tampouco aprofunda essa questão para desenvolver a profunda interação entre descrição e valoração. Na seção 3.2.1, tentou-se esclarecer como essas duas dimensões integram um mesmo ponto de equilíbrio. Sem a referência ao equilíbrio reflexivo, no entanto, talvez a forma como interagem essas duas dimensões não ficasse tão clara, de modo até que se pudesse entender que elas são colocadas por Dworkin como momentos lógicos diferentes. Como se o teórico, em um primeiro momento, descrevesse o direito para, somente a partir disso, justificá-lo com bases morais.

Essa visão do que Dworkin pretende com sua teoria é, no entanto, completamente equivocada. A seção 3.2.1 desse trabalho já deixou mais ou menos claro de que forma ele se opõe a ela. Ainda que o primeiro estágio do método do equilíbrio reflexivo envolva alguma medida de descrição, insistiu-se ali que essa divisão em estágios é meramente didática. Na realidade, a primeira fase do método já é influenciada pela concepção de justiça (ou de direito) que seria gerada somente na segunda fase. O método do equilíbrio reflexivo objetiva alcançar um ponto de equilíbrio, e como tal é um instante, um momento único que o teórico chega, mas que logo se perde em razão de novas reflexões, estando sujeito a constantes revisões. A concepção de justiça corresponde, em si, ao equilíbrio, e não apenas ao resultado de seu segundo estágio. Tanto é que as intuições que entram no primeiro estágio são pré-selecionadas a partir já da própria concepção.

Todos esses pontos não ficaram claros em *Levando os direitos a sério*. Nele, Dworkin defendeu enfaticamente que o método descritivo não era apropriado para o direito. Mas também não apresentou uma teoria que explicitava, de forma completa e inteiramente satisfatória, como se dava a interação entre a descrição e a valoração do direito. Insistir nessa divisão somente levaria a mal entendidos, como aquele acima mencionado, de que primeiro se descreve e depois se justificaria. Ainda assim, por mais que Dworkin tivesse se esforçado imensamente em tornar o método de Hércules convincente, ele ainda não tinha deixado claro qual era a sua verdadeira natureza. Se o método de Hércules não era derivado da descrição que Dworkin fazia do direito, afinal ela derivava do que? Que atividade é empreendida quando ele se põe a definir o direito? Dworkin expressa esse tipo de pergunta textualmente em sua resposta ao pós-escrito de Hart. Em *Levando os direitos a sério*, a resposta soava de forma mais ou menos genérica, algo como uma compreensão apropriada da dimensão empírica e valorativa do direito. Em trabalhos posteriores, principalmente em sua resposta ao pós-escrito de Hart, ele se coloca diretamente diante dessa questão. Diz ele, “como posso pensar que uma análise seja tanto conceitual como valorativa?”¹⁷¹

A resposta para essa série de perguntas é encontrada na idéia de direito como interpretação. Sua tese principal é que a prática jurídica como um todo, e não apenas quando os juristas interpretam leis, é um exercício de interpretação, que envolve a fusão entre a figura do autor e do crítico. A interpretação envolve um processo de descrição e valoração que não pode ser cindido. Para explicar como se dá isso, Dworkin volta suas atenções para uma teoria geral da interpretação.

Esse capítulo será dedicado, então a desenvolver a teoria do direito de Dworkin como interpretação. Duas idéias aqui serão defendidas. A primeira é que a tese interpretativista de Dworkin procura levar adiante o método do equilíbrio reflexivo. Buscar-se-á argumentar no sentido de que o método interpretativo de Dworkin decorre de uma compreensão mais apropriada do que envolve o método do equilíbrio reflexivo e de como esse é levado para o direito. A segunda idéia a ser desenvolvida é que Dworkin, ao levar às últimas conseqüências seu interpretativismo, culmina em um liberalismo abrangente. Como se verificará no capítulo quinto, essa será a divergência crucial de Dworkin com Rawls, na medida em que este defende um liberalismo limitado pelo

---

¹⁷¹ DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, p. 206, Referência.

político, que seria mais sensível ao fato do pluralismo razoável, enquanto que aquele defende a impossibilidade de se interpretar os valores políticos dessa forma limitada. Dworkin defende que o intérprete dos valores políticos não consegue prescindir, na definição destes, de uma doutrina abrangente do bem.

Essa divergência talvez só fique totalmente esclarecida ao final do capítulo quinto. Esse capítulo quarto, no entanto, já deixará estabelecidas as bases da divergência, na medida em que se aproximará, tanto quanto possível, do estado atual das idéias de Dworkin. E, atualmente, Dworkin defende ser imprescindível que o intérprete, ao tentar definir os valores políticos, se valha de determinada doutrina abrangente do bem, senão a de um indivíduo determinado, pelo menos da comunidade da qual este pertence. Para chegar a esse ponto, é preciso desenvolver desde o início a tese interpretativista de Dworkin. Como não poderia ser diferente, novamente seu ponto de partida é a crítica a Hart.

4.1 Retomando o debate Hart-Dworkin – A crítica ao direito como fato bruto e ao método descritivo

Como visto na seção 2.3.1, Dworkin argumenta que o positivismo jurídico não consegue explicar de forma apropriada a existência da divergência teórica no direito. Segundo Dworkin, os juristas, nos casos difíceis, chegariam até mesmo a discordar do que torna uma determinada proposição jurídica verdadeira. Essa divergência em relação aos fundamentos do direito, denominada por ele de divergência teórica, deveria ser distinguida da divergência empírica. Para Hart, tendo em vista que o fundamento do direito é um fato social, não poderia haver divergência teórica. Se o fundamento do direito é um dado social, o discurso jurídico, em especial o discurso judicial, apresentaria uma espécie de fingimento. Ou seja, quando eles aparentam divergir em relação ao que torna uma determinada proposição jurídica verdadeira, eles estariam, na verdade, divergindo em relação ao que deve ser o direito, e não ao que o direito é.

Dworkin defendeu que esse é um quadro equivocado do direito, argumentando que a divergência teórica não é apenas marcante na prática jurídica, mas também sincera e genuína. Como, no entanto, explicá-la? A princípio, Dworkin a detecta a partir da análise de alguns casos jurídicos, mas não explica a razão de sua existência. Para fazer isso, Dworkin prosseguirá no argumento para afirmar que a divergência teórica é possível,

porque o direito consiste em um conceito interpretativo e, como tal, constitui uma característica marcante da prática jurídica que esta seja dotada de um sentido. Em outras palavras, a prática jurídica é portadora de um valor, e as pessoas, ao interpretar o direito, colocam em divergência o próprio sentido da prática jurídica. Vale dizer, há divergência teórica no direito porque as pessoas divergem, em última instância, em relação ao sentido ou valor da qual a prática jurídica é portadora. É preciso, então, refinar esse argumento para esclarecer o ponto de vista do direito como conceito interpretativo, e não como fato bruto. O argumento de Dworkin principia justamente por este último ponto, explorando a idéia de direito como fato bruto.

Ele identifica, então, três sentidos em que se pode entender o direito como fato bruto, relacionando cada um deles a três formas de se entender o método descritivo. A primeira possibilidade que Dworkin explora é a do conceito de direito como uma questão semântica. Muito já foi dito aqui sobre as teorias semânticas, no entanto, é válido trazer, nesse momento, de volta o argumento. A tese semântica pressupõe que poderiam ser identificados critérios sociais compartilhados que guiariam o uso do conceito de direito. É evidente que há alguns casos em que a questão é meramente lingüística, como quando alguém alega que o direito de um país será mais injusto se chover. Esse caso é um exemplo tolo de erro de linguagem, derivado, muito provavelmente, de um equívoco meramente semântico. Um erro semelhante seria o de chamar por cadeira algo que fosse, na verdade, um livro. Um erro desse tipo não ocorre quando se afirma, para mencionar o exemplo de Dworkin, que o controle de constitucionalidade coloca a democracia em perigo. Esse tipo de divergência não pode ser resolvido pela identificação dos critérios comuns que as pessoas compartilham no uso da palavra democracia, por exemplo. O que estaria por trás de uma afirmação desse tipo é que, dado o valor da democracia, o controle de constitucionalidade representa uma ameaça a ela. Entendendo-se que democracia é sinônimo de regra da maioria, por exemplo, essa afirmação é verídica. Caso se entenda que a democracia é uma forma de governo que consiste, em última instância, em respeitar a condição de igual de todos os seus cidadãos, a veracidade de tal afirmação já não é tão mais evidente. A afirmação se trata, portanto, de uma divergência genuína em torno de valores políticos adjacentes à idéia de democracia, isto é, qual concepção de democracia é mais representativa do valor que atribuímos a ela, e não da identificação dos critérios semânticos que guiam o uso da palavra democracia.

A segunda possibilidade que Dworkin explora é que haveria alguma essência empírica em torno do conceito de direito, que o teórico deveria identificar por meio da observação precisa. Nesse caso, o teórico do direito agiria de forma semelhante a um biólogo ou físico. Por exemplo, as pessoas reconhecem como sendo ouro um determinado metal. Uma análise mais precisa, no entanto, poderia identificar a existência de alguns metais que seriam ouro apenas aparentemente, pois teriam uma estrutura molecular diferente – seriam pirita ou “ouro de tolo”. O mesmo ocorre com os animais e o DNA. É um absurdo se pensar que os conceitos políticos, como o direito, podem ter alguma estrutura empírica capaz de ser detectada por um processo totalmente científico e não normativo.

Os filósofos podem esperar descobrir o que a igualdade ou a legalidade realmente é por meio de algo semelhante ao DNA ou à análise química? Não. Isso é absurdo. Pode ser que pretendamos ter uma idéia desse tipo. Podemos fazer uma relação de todos os sistemas de poder político, passados e presentes, cuja natureza democrática admitiríamos e, em seguida, perguntar quais características, dentre aquelas que tais exemplos compartilham, são essenciais à sua condição de democracia, e quais são apenas secundárias e dispensáveis. Mas essa reformulação pseudocientífica de nossa pergunta em nada nos ajudaria, pois ainda assim precisaríamos de uma descrição do que é que torna uma característica de um sistema social ou político essencial à sua natureza enquanto democracia, e outra característica apenas contingente, e, uma vez rejeitada a idéia de que a reflexão sobre o significado da palavra “democracia” poderia nos fornecer tal distinção, nada mais poderá fazê-lo.¹⁷²

Essa possibilidade deve, então, ser rejeitada. Dworkin parte para uma terceira e última alternativa, considerar que o conceito de direito deriva de alguma generalização histórica. Essa estratégia também é inadequada, já que a divergência sobre os conceitos políticos é atual. Não se busca explicitar que houve divergência, mas sim determinar o que exige, aqui e agora, a justiça, o direito ou a democracia. Como exemplifica Dworkin,

Isaiah Berlin não afirmou apenas que a liberdade e a igualdade têm sido freqüentemente consideradas conflitantes entre si, mas que, de fato, elas são conflitantes por natureza, e ele

---

¹⁷² DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, p. 216.

não poderia ter defendido essa ambiciosa afirmação simplesmente assinalando (mesmo que isso fosse verdade) que quase ninguém jamais a pôs em dúvida.¹⁷³

Para Dworkin, essas três estratégias esgotariam as alternativas possíveis segundo as quais o conceito de direito pode ser apreendido por meio de uma descrição neutra e descompromissada. Não o podem, porque o direito não é fato bruto, algo semelhante às espécies naturais, como o ouro, por exemplo. O direito, a justiça, a democracia etc. não possuem DNA. Segundo Dworkin, até haveria uma certa semelhança entre os conceitos políticos, como o direito, e as espécies naturais. Ambos teriam uma estrutura profunda que explicaria o restante de suas características. Além disso, ambos seriam reais, ou seja, teriam uma existência que não dependeria da invenção, da crença ou da decisão de ninguém. Essas semelhanças não atenuariam, no entanto, suas diferenças. Os conceitos políticos não possuem uma estrutura profunda física, como a átomo para o ouro ou o DNA para os animais. Essa estrutura é normativa, e somente podem ser apreendidas por meio da justificação normativa.

Para Dworkin, essa confusão em torno dos conceitos políticos, em especial do conceito de direito, seria derivada de uma confusão relacionada à percepção de como os conceitos políticos funcionam na argumentação política. Novamente está em jogo, aqui, a distinção entre conceitos e concepções. Os conceitos funcionam como um platô abstrato de acordo, sem o qual o assunto em questão perde seu referencial. Duas pessoas discutindo sobre a quantidade de bancos que existem no Brasil precisam estar de acordo se o que está em jogo são os bancos da praça ou os bancos de depósito de dinheiro. O problema é que os teóricos semânticos entenderiam, segundo Dworkin, que todas as divergências em direito seriam mais ou menos como essa. Contudo, essa não é a divergência genuína entre as pessoas em torno dos conceitos políticos importantes. Na mais aguda dessas divergências, aquela em torno do conceito de justiça, isso fica claro. Concorde-se que a justiça existe e que ela é importante, mas divergem justamente em relação à qual concepção mais bem exprime essa importância.

A questão é, portanto, de segunda ordem. O conceito de direito não pode ser meramente descrito porque é ínsito ao direito que ele seja uma prática dotada de um sentido, isto é, que ela seja portadora de um valor. O valor do direito, nesse sentido, seria mais ou menos como o seu DNA. No entanto, ele não pode ser apreendido da mesma

---

¹⁷³ DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, p. 218.

forma como o DNA o é pelos biólogos ou a estrutura do átomo do ouro é estudada pelos físicos. O valor do direito somente pode ser defendido normativamente, por meio da justificação da concepção de direito que mais bem exprima esse valor.

É por essa razão fundamental que o direito não pode ser meramente descrito. Ele é um conceito portador de um determinado valor que, como tal, somente pode ser apropriadamente explicado na medida em que esse valor é justificado. Um valor não é um fato bruto que pode ser descrito, ele pode ser apenas justificado. Por essa razão, é inescapável ao direito que ele seja também justificado ao ser descrito. Não resta outra alternativa para o teórico do direito a não ser a de defender enfaticamente o seu ponto de vista sobre o sentido do direito por meio de uma argumentação normativa. Levando-se tudo isso em conta, se o direito é descartado como um fato bruto, ele seria o que, então, para Dworkin? É algo que já foi dito, mas precisa ser esmiuçado. O direito é um conceito interpretativo. A seguir, essa idéia será desenvolvida.

4.2 O direito como um conceito interpretativo

Na seção anterior, foi desenvolvida a idéia de que a prática jurídica envolve um sentido, isto é, um valor. Para elucidar porque Dworkin coloca isso como uma questão de interpretação, é preciso esclarecer sua concepção de interpretação. O problema de se apresentar uma concepção de interpretação é que ela é controversa por sua própria natureza. Como afirma Dworkin, “se uma comunidade faz uso dos conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos. (Desse modo, qualquer relato apropriado da interpretação deve ser verdadeiro para consigo mesmo.)”¹⁷⁴ Nesse sentido, ao se colocar diante da pergunta “qual é a melhor interpretação dessa prática”, deve o intérprete responder uma pergunta anterior, “qual a melhor concepção de interpretação”. É preciso, então, uma teoria geral da interpretação, e Dworkin se propõe a fazer isso.

Para tanto, ele toma como ponto de partida a identificação de alguns casos comuns de interpretação, começando pelo mais básico deles, a conversação. Na conversação, o ouvinte busca interpretar o locutor tendo em vista as intenções deste ao dizer o que disse. A pergunta é, o que ele quis dizer com isso? Trata-se de um processo de

---

¹⁷⁴ Dworkin, *O império do direito*, p. 60.

reconstituição de uma intenção em um estado mental consciente e, por isso, Dworkin a denomina de interpretação intencional. Um segundo modelo de interpretação é a interpretação científica. Diz-se que o cientista coleta dados e depois os interpreta. Há, por fim, a interpretação artística. Os críticos interpretam as obras de artes para depreender destas o seu sentido ou propósito específico. Ele identifica a interpretação artística como um caso de interpretação criativa.

Dworkin, a partir disso, concentra-se na distinção entre a interpretação intencional e criativa. Como dito, o objetivo da interpretação intencional é detectar um estado mental consciente. Ela “atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a ‘intenção’ deste ao dizer o que disse”.¹⁷⁵ Na interpretação criativa ocorre algo diverso. O exemplo mais marcante desta é a interpretação artística, na medida em que os críticos de arte interpretam as obras com o objetivo de detectar o propósito destas, isto é, como elas realizam um valor estético, algo que não pode ser identificado com a simples imagem do estado mental consciente, marcante da interpretação intencional. O ponto na interpretação artística é que ela se preocupa com o sentido das obras, e não com a sua causa. Há um sentido em que a interpretação artística pode ser assemelhada a interpretação conversacional. É como se as obras de arte falassem pelo seu criador. Ainda assim, a idéia de reconstituir uma intenção como um ato mental consciente dificilmente pode se ajustar bem a interpretação de um objeto dotado de um sentido artístico. Talvez a imagem da interpretação como intenção não seja apropriada sequer para explicar a interpretação conversacional, pois mesmo nesses casos, o ouvinte utiliza de alguns expedientes, como o princípio da “caridade”.¹⁷⁶

O ponto decisivo na interpretação criativa é que ela se preocupa não com o estado mental consciente, não com a intenção do autor da obra de arte, por exemplo, mas sim com o propósito da obra. Por essa razão, a interpretação criativa seria construtiva, e não intencional. Seu foco é o propósito, isto é, o sentido da obra de arte ou da prática social que

---

¹⁷⁵ Dworkin, *O império do direito*, p. 61.

¹⁷⁶ Como quando, por exemplo, alguém diz “está quente aqui” querendo dizer com isso que a outra pessoa ligue o ventilador que está ao seu lado. O ouvinte, nesse caso, teve que adotar uma atitude interpretativa específica em relação ao seu interlocutor. Aparentemente, este apenas esboçou o seu sentimento em relação à temperatura ambiente. Diante do contexto, no entanto, o ouvinte é capaz de compreender o estado mental consciente do locutor ao pronunciar as palavras “está quente aqui” como a manifestação de um pedido para que o ouvinte ligue o ventilador. Essa forma de interpretação, denominada por Dworkin de intencional, não é, contudo, a única forma de se entender a interpretação e talvez não seja também a mais correta. Mesmo nesse exemplo, a imagem tradicional da interpretação é complexa, já que o ouvinte fez uso de um princípio de caridade para adequadamente interpretar o locutor.

é decisivo na interpretação. A interpretação construtiva é, nas palavras de Dworkin, “uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”.¹⁷⁷ A idéia é colocar o objeto que se interpreta, o poema, a pintura ou o romance, sob sua melhor luz.¹⁷⁸

Essa idéia de interpretação, no entanto, parece ser um pouco anti-intuitiva. Afinal, um lugar comum da interpretação é que interpretar significa descobrir as intenções do autor ao falar. Ademais, a interpretação está associada à idéia de mostrar um objeto com exatidão, e não em sua melhor luz, como sugere a interpretação construtiva.

Como defender a interpretação construtiva desses verdadeiros ataques colocados pela idéia comum de interpretação? Dworkin irá sugerir que é impossível, na interpretação, deixar de colocar o objeto em sua melhor luz. Em suas palavras, “não podemos evitar a tentação de fazer do objeto artístico o melhor que, em nossa opinião, ele possa ser”.¹⁷⁹ Essa é uma passagem inevitável na interpretação construtiva, e isso não quer dizer que não se está interpretando o objeto com exatidão.

O ponto é, a idéia de interpretação como detecção de um estado mental consciente é por demais tosca para explicar de forma apropriada a interpretação da arte e das práticas sociais. Isso porque é um fato determinante para a interpretação das obras de artes que estas sejam vistas como portadoras de um valor artístico: a estética. Ou seja, ela não é mero resultado do que seu autor pretendia conscientemente dizer com aquela obra, mas sim que ela fosse o que é, um objeto artístico, e por isso se conformasse a uma determinada concepção de valor artístico. Ao interpretá-la, então, o sujeito busca colocá-la em sua melhor luz, não sob os holofotes da intenção de seu autor, mas sim do valor estético ao qual ela se volta. É inevitável, nesse sentido, que o intérprete tente apresentar uma versão daquela obra que a coloque como a melhor obra de arte possível que ela possa ser.

A intenção como um estado mental consciente é problemática na interpretação da arte. Uma pergunta crucial é colocada por Dworkin. “Existe de fato uma distinção tão nítida [...] entre descobrir a intenção de um artista e encontrar valor naquilo que ele fez?”¹⁸⁰ A resposta é negativa. Pegue-se, por exemplo, a obra de Machado de Assis “Dom Casmurro”. Como recuperar sua intenção, como um estado mental consciente, ao escrevê-la? Não é possível fazer isso senão a partir da própria obra. A partir do momento em que o

¹⁷⁷ Dworkin, *O império do direito*, pp. 63-4.

¹⁷⁸ Dworkin, *O império do direito*, pp. 64.

¹⁷⁹ Dworkin, *O império do direito*, p. 66.

¹⁸⁰ Dworkin, *O império do direito*, p. 67.

intérprete se volta para a obra, e não para o estado mental consciente de seu autor, ela começa a falar por si só. Por exemplo, poder-se-ia perguntar do que, afinal, se trata tal romance. Alguém poderia defender que o assunto da obra é a traição de Capitu. Outro intérprete poderia argumentar que não, que na verdade a obra seria um retrato psicológico profundo sobre uma personalidade desequilibrada como a de Bentinho. Qual seria, colocada a questão dessa forma, a melhor interpretação, ou a interpretação mais precisa, dessa obra?

Como se nota, a imagem da interpretação como um estado mental consciente vai ficando cada vez mais inapropriada para lidar com a interpretação artística, como a das obras literárias. No exemplo, como afirmar qual o sentido que Machado pretendia com o romance? Ele intenciona criar um romance psicológico ou romance sobre a traição de Capitu? Não só existe uma dificuldade em se recuperar um estado mental consciente tão complexo de alguém que viveu há muitos anos, mas também porque, quando perguntamos “do que se trata o livro *Dom Casmurro*”, no fundo não desejamos saber o que Machado pretendia com o romance, mas sim o que há de particular nessa obra que o torna um bom exemplo de literatura. A interpretação busca reconstituir o sentido da obra não como o estado mental de seu autor, mas de que forma o romance realiza um valor artístico.

Em última instância, o que está em jogo não é o sentido que o autor pretendia com o romance, mas sim o valor artístico que a obra representa. Ocorre que, o que se valoriza na arte, isto é, a concepção de valor artístico subjacente a uma determinada obra já não é mais a do seu autor, mas sim a do próprio intérprete. Ao avaliar de que forma o romance se conforma a um valor estético, este será especificado à luz da concepção do próprio intérprete.

Isso introduz o senso de valor artístico do intérprete na reconstrução da intenção do artista pelo menos de uma maneira comprobatória, pois o julgamento que faz o intérprete sobre aquilo que o autor teria aceito vai ser guiado por seu senso daquilo que o autor deveria ter aceito, isto é, seu senso de quais leituras tornariam a obra melhor e quais a tornariam pior.¹⁸¹

A questão é que nós entendemos a obra de arte como algo distinto da mera intenção do seu autor. Tanto é que conseguimos distinguir um romance como obra de arte de um

---

¹⁸¹ Dworkin, *O império do direito*, p. 69.

manual de como se montar um equipamento.¹⁸² A interpretação como recuperação de um estado mental consciente funciona para o segundo caso, mas não para o primeiro. O ponto é, a obra de arte é encarada como a realização de um valor, a estética, que o manual técnico não o faz. É a partir de tal estrutura de sentido que a interpretação das obras de arte parte.

Dworkin argumenta, então, que o mesmo se daria com as práticas sociais. Na medida em que estas também são portadoras de um valor, sua interpretação é realizada a partir dessa estrutura de sentido. Para ilustrar como isso se dá, Dworkin parte da análise de uma instituição bem mais simples do que direito, a cortesia. Ele imagina uma sociedade na qual as pessoas observam determinadas regras de cortesia, mas as encaram como um simples tabu. Elas agem em conformidade com a cortesia sem qualquer tipo de juízo consciente, nem no sentido de justificá-la, tampouco no sentido de reformá-la. Lentamente, no entanto, as pessoas vão abandonando sua postura passiva e começa a ser criada uma complexa atitude interpretativa em relação a essa prática.

Essa atitude interpretativa apresenta dois componentes. Em primeiro lugar, a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor ou finalidade. Ou seja, as pessoas começam a entender que a cortesia tem algo a ver com a realização de um valor, por exemplo, de que ela se trata de uma questão de respeito. Em segundo lugar, as exigências da cortesia são, de alguma forma, suscetíveis à sua finalidade. Isto é, na medida em que a cortesia se modifica para uma prática interpretativa, detectando-se o seu valor respectivo, a própria cortesia também se modifica. Algumas práticas se fortalecem, outras são abandonadas. Por exemplo, dado que as pessoas verificam que a cortesia tem algo a ver com o respeito, elas podem estender essa idéia para associar o aspecto de reciprocidade ínsito à toda relação de respeito. Imagine, por exemplo, que havia uma prática dos camponeses em tirar o chapéu ao ver um nobre. Ao adquirir uma postura interpretativa, essa prática pode adquirir uma reciprocidade, com os nobres tirando o chapéu também para os camponeses. Tudo irá depender de como é entendido o valor respeito que as pessoas vão associar à cortesia.

Uma prática social simples como a cortesia, ou uma complexa, como o direito, são interpretações também construtivas. A cortesia, na medida em que ela é uma prática

---

¹⁸² Essa distinção fica evidente no caso da fotografia. Cotidianamente as pessoas tiram fotos, mas isso não quer dizer que elas fazem arte em cada foto tirada. O que irá diferenciar um caso de outro é a atribuição do sentido artístico dado. E nesse caso, vale mais o sentido do intérprete do que do fotógrafo. Imagine a hipótese em que alguém tenha tirado despretensiosamente uma foto e a perdido logo em seguida, sendo posteriormente encontrada por um famoso fotógrafo que a divulga em uma exposição.

portadora de um valor, como o respeito, somente pode ser interpretada à luz desse próprio valor. Não é possível interpretá-la a luz do estado mental consciente dos participantes dessa prática. Ou seja, não basta notar que os participantes seguem as regras da cortesia, mas sim apreender que eles fazem isso à luz de um sentido. A partir do momento em que esse valor é identificado, a prática social passa a ser interpretada sob essa luz.

As obras de arte e as práticas sociais seriam semelhantes justamente em razão do fato de que ambas são interpretadas a luz de um valor. Elas seriam também semelhantes em outro aspecto: “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”.¹⁸³

O que Dworkin faz com a interpretação artística é, a partir dela, desenvolver uma concepção geral de interpretação construtiva, que se aplicaria tanto para a arte como para as práticas sociais, como o direito. E fica claro, aqui, como o ponto crucial da interpretação construtiva das práticas sociais é justamente a de identificar o valor do qual elas são portadoras. É um passo fundamento na interpretação não só que esse valor seja detectado, mas também que esse valor seja interpretado. O sentido de uma prática somente estará completo na medida em que também for completo o entendimento acerca de seu valor. Trata-se de uma interpretação de segunda ordem. Voltando ao exemplo da arte. Alguém que defenda, por exemplo, que a arte somente possui valor enquanto meio de contestação e subversão social, insistirá que a interpretação deverá se voltar para a formação política do artista, relacionando as obras de arte com o contexto social e político no qual ela se insere. A concepção mesma de interpretação é, portanto, conformada pelo valor em questão. Alguém que defenda essa concepção de valor artístico poderia defender que *Dom Casmurro* é um romance sobre a falência da instituição do casamento, por exemplo.

É aqui que se explica porque a divergência teórica em direito é tão marcante. No direito, as pessoas divergem em relação ao valor que a prática jurídica é portadora. O direito em geral é referido ao valor da justiça, mas também pode sê-lo à eficiência ou à deferência à convenção social. E mesmo que as pessoas concordem que o valor ínsito ao direito seja, por exemplo, a justiça, elas irão discordar qual concepção de justiça é a mais, digamos assim, justa. Como diz Dworkin, “se os dados brutos não estabelecem diferenças entre essas interpretações antagônicas, a opção de cada intérprete deve refletir a

interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática – qual delas é capaz de mostrá-la com mais nitidez”.¹⁸⁴

A prática jurídica é uma prática interpretativa, como a cortesia, e o direito, um conceito interpretativo. É dessa forma que a divergência teórica no direito pode ser explicada. Por ser uma prática interpretativa, os juízes divergem justamente em relação a qual concepção de interpretação é mais apropriada para o direito. Esse ponto foi decisivo no caso Elmer. No voto vencido, argumentou-se no sentido de que a melhor interpretação é aquela que se atém ao sentido literal do texto legislativo. No voto vencedor, argumentou-se que a melhor interpretação é aquela que busca detectar algum sentido na lei. Esse sentido, confundido com a imagem de intenções legislativas implícitas no texto, transformou a decisão do caso, fazendo com que a herança não fosse entregue a Elmer. Essas diferentes concepções de interpretação ocorrem porque os juízes também divergem em relação ao sentido da prática jurídica como um todo. Eles divergem, por exemplo, se o sentido do direito é conformar-se à justiça ou à certeza, por exemplo. As teorias gerais do direito são teorias interpretativas. Elas “tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificação dessa prática.”¹⁸⁵ Cada um desses pontos de vista irá gerar teorias interpretativas diferentes, moldando a prática jurídica.

A teoria interpretativa de Dworkin ainda não está completa. O objetivo desta seção foi esclarecer qual a concepção de interpretação de Dworkin, que é a interpretação construtiva, verificando como ele chegou até ela. Além disso, foi esclarecido em que sentido o direito é um conceito interpretativo. Para concluir, então, é preciso aprofundar nesse método interpretativo construtivo, para verificar, de forma refinada, qual é a sua estrutura.

As duas próximas seções serão dedicadas a realizar esse refinamento. Na próxima seção, será demonstrado o modo pelo qual o método interpretativo-construtivo pode ser transposto para o direito. Na seção subsequente, dissecará a estrutura desse argumento, demonstrando como ela é derivada de um esquema geral de interpretação construtiva, e como esse esquema é, por sua vez, derivado do método do equilíbrio reflexivo. A ordem das seções, portanto, aparentemente, está invertida, já que vai do caso específico

---

¹⁸³ Dworkin, *O império do direito*, p. 61.

¹⁸⁴ Dworkin, *O império do direito*, p. 64.

¹⁸⁵ Dworkin, *O império do direito*, p. 112.

(interpretação do direito) para o esquema geral (etapas da interpretação). A razão disso é, principalmente, didática. Dificilmente se pode afirmar o que Dworkin concebeu primeiro em seu pensamento, se o método interpretativo para o direito e, depois, o método interpretativo geral. A idéia de direito como um romance em cadeia, de fato, precede os escritos de Dworkin sobre as etapas da interpretação à luz de um esquema mais geral. No entanto, as etapas da interpretação são mais bem compreendidas se forem apresentadas já sob uma perspectiva de sua aplicação no direito. Por isso é que a exposição desta precederá a daquelas neste trabalho.

4.3 O direito como um romance em cadeia

Ao lidar com o interpretativismo, o método de Hércules começa a ser gradualmente abandonado por Dworkin, dando lugar à idéia do direito como romance em cadeia.¹⁸⁶ Agora, os problemas jurídicos são claramente identificados como problemas que envolvem uma interpretação construtiva do direito. É aqui que ele finalmente deixará mais nítido como se dá a interação entre a descrição e a valoração. A estratégia por ele adotada para levar adiante essa idéia reside ainda no paralelo entre um caso específico da interpretação artística, a interpretação literária, e a interpretação de uma prática social complexa como o direito.

Como visto na seção precedente, o intérprete, sob uma perspectiva construtiva, não consegue cindir a descrição da avaliação. É inerente à tarefa de interpretar que o objeto, ao ser interpretado, seja colocado sob a sua melhor luz. Na medida em que a arte e o direito são objetos portadores de um valor, este funcionará como uma estrutura de sentido segundo a qual a interpretação se desenvolverá. Dessa forma, em última instância, a cisão entre a figura do crítico e do artista se perde, na medida em que ambos são críticos e intérpretes ao mesmo tempo. O artista interpreta o valor da arte quando cria, e o crítico cria quando interpreta. Para elucidar esse ponto, Dworkin utiliza a idéia de um romance em cadeia.

Ele imagina um romance sendo escrito a várias mãos. Alguém escreve o primeiro capítulo, passando-o para um segundo escritor, que deverá dar continuidade à história, e assim sucessivamente. A posição na qual o segundo escritor se coloca é a de um

---

¹⁸⁶ Dworkin não abandona a figura do juiz Hércules. Ele apenas modifica a estrutura inicial de seu argumento.

crítico/autor. Ele deve interpretar o capítulo precedente, detectando o sentido deste, e escrever seu novo capítulo, criando algo novo, mas a partir da estrutura de sentido imposta pelas idéias do primeiro escritor. Algumas características aqui exsurtem. Em primeiro lugar, o segundo escritor está restrito por diversos fatores que o capítulo antecedente impõe. Ao escrever a continuação da história, ele está vinculado, por exemplo, aos traços de personalidade dos personagens que o primeiro escritor criou. Mas a continuidade da história não é limitada apenas por aquilo que o primeiro escritor escreveu concretamente sobre seus personagens. Há uma limitação de segunda ordem, derivada do sentido geral da obra. Por exemplo, se os dois escritores estão em uma empreitada de escrever um romance policial, o segundo capítulo da obra será ruim se a continuidade for com base em uma comédia.

Em segundo lugar, ambos os escritores não estão escrevendo de forma leviana. O primeiro escritor não parte do zero. Ele parte de uma concepção de estética que também é derivada de uma interpretação. Ou seja, o primeiro escritor não está apenas jogando palavras no papel, reportando uma história ou redigindo um manual de montagem de um equipamento. Ele escreve o primeiro capítulo com o propósito específico de criar uma obra de arte. Ele escreve esse capítulo de modo a fazer com que o romance como um todo seja o melhor exemplo de obra de arte que ele possa ser. O segundo escritor dá continuidade a esse processo. Ele não apenas precisa de uma interpretação do valor estético, mas também de uma interpretação de como o primeiro capítulo o realiza. Por essa razão, o segundo escritor não deve apenas detectar o sentido da obra para continuá-la como o melhor romance, mas também possuir uma teoria de segunda ordem que diga o que são os bons romances. Aliás, como dito, os dois escritores dependem dessa teoria. O romancista em cadeia desenvolve sua tarefa, portanto, a partir de uma hipótese estética:

A interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. Diferentes teorias ou escolas de interpretação discordam quanto a essa hipótese, pois pressupõem teorias normativas significativamente diferentes sobre o que é literatura, para que serve e o que faz uma obra de literatura se melhor que outra.¹⁸⁷

---

¹⁸⁷ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, p. 222.

Dworkin resume as exigências do trabalho do segundo escritor em duas dimensões. Uma primeira exigência de adequação do novo capítulo aos capítulos anteriores e uma segunda exigência de justificação à luz dessa hipótese estética. Essas duas dimensões serão mais bem esclarecidas no capítulo seguinte. O ponto aqui é a relação que Dworkin estabelece entre esse estranho exercício literário e o direito. Para ele, os juízes que decidem novos casos são como os escritores de um novo capítulo de um romance que vem sendo escrito pela comunidade jurídica ao longo dos anos. Cada novo capítulo é escrito a partir dos capítulos anteriores. Obviamente que a interpretação do direito não parte da hipótese estética. O intérprete se vale de uma estrutura de sentido que faça as vezes, para o direito, da hipótese estética, ainda que ela não possa ser indicada de antemão. Dworkin a chama genericamente de hipótese política. Seu conteúdo dependerá do entendimento do intérprete acerca desse sentido do direito, que pode ser a justiça, a eficiência, ou algum outro valor.

Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (Essa caracterização é, ela própria, uma interpretação, é claro, mas permissível agora por ser relativamente neutra.) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.¹⁸⁸

Como detectar o conteúdo da hipótese política, então? Ele surge do próprio processo interpretativo. É um passo determinante não apenas que essa hipótese política seja detectada, mas que seu conteúdo seja inteiramente preenchido. Por exemplo, como se verá a seguir, o direito, para Dworkin, encontra esse valor na idéia de legalidade. O passo seguinte, portanto, é definir uma concepção apropriada de legalidade. Ou seja, não basta dizer que o direito encontra seu sentido na idéia de legalidade, mas é preciso ter bastante claro o que legalidade significa. Desnecessário aqui mencionar que o significado de

---

¹⁸⁸ DWORKIN, *Uma questão de princípio*, p. 239.

legalidade não se trata de um problema semântico, mas sim também de interpretação. Ou, como dirá Dworkin, de como encontrar o valor de um valor.

Antes de lidar com essa interpretação de segunda ordem, de como se interpretar um valor ou de como identificar o valor de um valor, é preciso ainda tecer algumas considerações mais rasas sobre o método interpretativo que aqui está sendo apresentado. Isto é, antes de interpretar esse valor é preciso identificar qual valor está em jogo. É preciso, no direito, que haja algo tão incontroverso como a estética para a arte? A resposta de Dworkin é negativa ou, pelo menos, não necessariamente. Constitui um passo decisivo da interpretação que ela mesma formule os valores ínsitos à prática social a ser interpretada. Ou seja, se o direito é visto como portador do valor legalidade, ou justiça, ou eficiência etc. isso é resultado do processo interpretativo. Não há como se definir esse sentido a não ser interpretativamente.¹⁸⁹ Ainda assim, Dworkin apresenta algo que possa funcionar como esse elemento, colocando-o de maneira provisória, com o aparente objetivo de apenas e tão somente “organizar novos argumentos sobre a natureza do direito”. Dworkin encontra na idéia de coerção legítima o fio condutor de qualquer empreendimento interpretativo sobre o direito:

De modo geral, nossa discussão sobre o direito assume – é o que sugiro – que o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste e em que a força não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública. Nessa perspectiva, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado.¹⁹⁰

Como se nota desse excerto, Dworkin não menciona a palavra “legalidade”. A hipótese política do direito, isto é, seu valor, somente é identificado por Dworkin como a legalidade em textos posteriores ao *Império do direito*, especialmente em *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*. O excerto que segue é relevante pois nele Dworkin

---

¹⁸⁹ Rejeita-se, portanto, que esse valor seja dado de antemão ou empiricamente descoberto pelo intérprete. A crítica a Hart aqui é direta. Nem nesse aspecto o intérprete pode se valer de um fato bruto social.

não apenas indica o valor legalidade como o sentido da prática jurídica, mas também como apresenta, brevemente, o passo-a-passo de como ele o identifica.

Precisamos, porém, encontrar um valor político que esteja vinculado a esses enigmas da maneira certa. Esse valor tem de ser real, como a liberdade, a democracia etc., e amplamente aceito como um valor real, pelo menos se nosso projeto pretende ter alguma possibilidade de influência. Não obstante, esse valor deve funcionar em nossa comunidade como um valor interpretativo – os que o aceitam como valor devem, não obstante, divergir quanto ao tipo de valor de que se trata exatamente; em decorrência disso, devem divergir, pelo menos até certo ponto, acerca de quais ordenamentos políticos suprem as necessidades dele, ou quais dentre eles o fazem com maior ou menor competência. Deve ser um valor claramente jurídico, tão fundamental para a prática jurídica que seu melhor entendimento irá nos ajudar a compreender melhor o que as alegações de direito significam e o que as torna verdadeiras ou falsas. [...] A esta altura deve estar claro que valor é esse: é o valor da legalidade – ou, como às vezes é mais pomposamente chamado, o valor do Estado de Direito.¹⁹¹

Ainda nesse texto, do qual se extraiu o excerto acima, Dworkin admite que, em *O império do direito*, a palavra “legalidade” não havia sido identificada. Como ele admite, naquela obra seu percurso tinha sido mais direto, e por isso menos claro. De fato, em *O império do direito*, apesar dele ter colocado como um passo fundamental na interpretação do direito que o valor seja identificado, ele prossegue direto para apresentar interpretações distintas do direito, cada uma alicerçada em uma concepção distinta desse valor. Ao deixar claro que essas versões seriam concepções distintas de um mesmo valor, fica mais clara a possibilidade de comparação das teorias para identificar aquela que sejam mais representativa da prática jurídica. Tal esclarecimento, contudo, somente é alcançado por ele posteriormente.

Nessa seção, buscou-se apresentar de que forma Dworkin entende que seu método interpretativo se aplica para o direito. Trata-se, portanto, da aplicação a um caso especial, o direito, da interpretação construtiva. A seguir, então, o método interpretativo do direito será dissecado, extraindo dele algumas características gerais e distinguindo, mais claramente, a estrutura, em etapas, do argumento que a interpretação desenvolve.

---

¹⁹⁰ DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 116.

¹⁹¹ DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, pp. 239-40.

4.4 Etapas da interpretação e o método do equilíbrio reflexivo

Grosso modo, a idéia de romance em cadeia quer enfatizar alguns aspectos. Em primeiro lugar, o primeiro escritor do romance não parte do zero. Ele precisa de uma concepção de valor artístico para criar sua obra. Em segundo lugar, o segundo escritor está restrito não só pelo material do primeiro capítulo (como os traços de personalidade dos personagens), mas também pelo valor artístico que é derivado a partir deste. Em terceiro lugar, a partir disso tudo, o escritor dá continuidade à obra, conjugando criação e crítica de forma indissociada. Toda essa complexidade é resumida pelas duas dimensões da interpretação: ajuste e justificação.¹⁹²

O caso da arte é elucidativo. Diante de uma criação qualquer, o intérprete deve assegurar-se de que sua interpretação se ajusta ao objeto em questão, devendo apresentar uma explicação daquele objeto especificamente, e não de qualquer outra coisa. É como se alguém se pusesse a interpretar a Divina Comédia de Dante Alighieri e defendesse que se trata de um suspense policial. Sendo assim, a interpretação deve ajustar-se ao objeto, mas também deve entendê-lo em sua melhor luz, como expressão de um valor artístico que ela carrega. Ajuste e justificação compõem o binômio com o qual Dworkin trabalha na interpretação construtiva.

Este binômio já era encontrado nas idéias apresentadas por Dworkin em seu *Levando os direitos a sério*. No entanto, a questão não havia sido por ele colocada ainda em termos de interpretação, ainda que a teoria ali apresentada pudesse ser compreendida como interpretativa. Dworkin, naquela obra, trabalha com a idéia de descrição e justificação da prática jurídica, sem deixar clara a interação entre essas duas dimensões. A idéia de interpretação do direito como um romance em cadeia é ilustrativa de como essas duas dimensões não estão cindidas. Ele trabalha, na verdade, com a premissa oposta, de que é preciso fundir as figuras do crítico e do autor. O segundo escritor no romance em cadeia, ao mesmo tempo que é criador, é crítico do primeiro capítulo. O novo capítulo é, portanto, resultado de sua crítica e criação, ao mesmo tempo, unificadas na idéia de

---

¹⁹² Dworkin, *O império do direito*, p. 277: “Ele [o romancista em cadeia] não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue.” A justificação, por sua vez, trata-se de juízos profundos de valor: “a segunda dimensão da interpretação vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.” *Ibidem*, p. 278.

interpretação. Dissecar a interpretação em etapas é, portanto, apenas um recurso didático para explicar o que ela envolve, já que ela é uma.

As duas dimensões de ajuste e justificação da interpretação já poderiam ser explicitadas como sua anatomia. Mas Dworkin não fica satisfeito com esses dois aspectos. Ele explora ainda mais a estrutura do argumento interpretativo, identificando nele três etapas: uma primeira etapa pré-interpretativa, na qual a prática em questão é identificada, baseada em um alto grau de consenso em torno dessa prática; uma segunda etapa interpretativa, na qual o intérprete “se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa”; e uma terceira e última etapa pós-interpretativa ou reformuladora, na qual a idéia gerada da fase anterior é ajustada àquilo que a prática realmente requer.

Algumas explicações se fazem necessárias aqui. Em primeiro lugar, a primeira etapa da interpretação é interpretativa, apesar dele denominá-la “**pré**-interpretativa”. Isso porque, a seleção daquilo que compõe a prática e que ingressa nessa etapa já é determinada pela concepção derivada da interpretação. Um exemplo ajudará a elucidar esse ponto. Pegue-se a interpretação do direito. O intérprete começa por meio da detecção de tudo aquilo que de alguma forma compõe a prática jurídica. Ele seleciona a Constituição Federal, as leis ordinárias, os precedentes, os princípios gerais do direito, paradigmas etc. Pode-se dizer que ficaria de fora da lista inicial ordens baseadas exclusivamente na força. Trata-se de um paradigma bastante forte, com o qual o intérprete deve lidar, de que direito é diferente de força. Atos realizados puramente em razão da coerção não serão selecionados na etapa pré-interpretativa, e isso deriva já, de alguma forma, da concepção de direito a ser estabelecida.

Ainda sobre a etapa pré-interpretativa, esta é marcada por uma forte característica consensual. Já em *Levando os direitos a sério*, Dworkin afirmou que o método descritivo de Hart captava um importante elemento empírico na identificação do direito. Esse elemento não é descartado por Dworkin – ele ingressa na interpretação em sua primeira etapa. E aqui se pode introduzir a idéia de conceito. É na etapa interpretativa que o jurista identifica o conceito da prática que ele pretende interpretar. O intérprete, então, se vale também dos critérios compartilhados no uso do conceito em questão como um elemento de identificação da prática a ser interpretada. Há, também, algum espaço para uma dimensão meramente semântica na interpretação.

Além disso, é na etapa pré-interpretativa que são identificados alguns paradigmas que servirão de base para a construção da concepção do direito. Tratando-se os paradigmas de proposições jurídicas que todos, ou quase todos concordariam como verdadeiras, uma interpretação que as negasse seria profundamente suspeita.

Como se nota, na fase pré-interpretativa prevalece a dimensão de ajuste aos dados quase que empíricos que se relacionam com a prática a ser interpretada. No entanto, essa etapa é pré-interpretativa apenas no nome, na medida em que ela envolve um relacionamento indissociável com a concepção derivada da segunda etapa interpretativa. É válido insistir aqui, a divisão da interpretação em etapas configura-se mais como um recurso didático para explicar o que ocorre na interpretação, e menos que etapas lógicas que o intérprete segue.

Na etapa interpretativa é que o sentido da prática é identificado. Nesse momento, o intérprete constrói sua concepção, e ao fazê-lo, identifica seu valor central. Nesse momento, é necessário que o intérprete se valha de uma concepção desse valor, e uma interpretação de segunda ordem pode ser desencadeada. Esse momento será detalhado na seção 4.5. Supondo que já esteja definida a concepção desse valor, o passo seguinte da interpretação é colocar a prática sob sua melhor luz. Sendo assim, diante de interpretações que igualmente se ajustam à prática jurídica, a melhor ou mais correta delas será aquela que colocar a prática em sua melhor luz, tendo em vista a concepção de um valor da qual ela é portadora. Não se trata apenas de um critério de desempate. Uma interpretação correta não é aquela que apenas se ajusta ao objeto, mas também que seja a sua melhor justificação.

Na etapa pós-interpretativa, o intérprete ajusta a prática a partir de sua idéia justificadora decorrente da segunda etapa. Nesse caso, os paradigmas, por exemplo, que foram selecionados podem ser reformulados ou abandonados. A própria prática se molda a partir do seu valor, agora mais bem identificado. Aqui, novamente, surge a tensão que foi verificada na primeira etapa da interpretação. Ou seja, não é que a etapa pós-interpretativa seja de fato posterior à interpretação, senão ela seria apenas crítica ao direito, e não uma interpretação propriamente dita. O sujeito, ao se por a interpretar cuidadosamente a prática, verifica que alguns elementos que, em um primeiro momento, aparentam se conformar a prática, não verdade não o fazem. Como no caso das ordens baseadas unicamente em ameaças. Ela pode ser tanto vista a partir da etapa pré-interpretativa como a partir da etapa pós-interpretativa. Se o sujeito, em um primeiro momento, considerou que ordens baseadas

eram elementos significativos da prática jurídica, após uma interpretação cuidadosa ele conclui que não, tendo em vista a concepção derivada da segunda etapa.

Essa tensão existente nas etapas pré e pós-interpretativa derivam justamente do fato de que essa divisão é meramente didática, porque na interpretação elas não se cindem. Trata-se de um ponto de equilíbrio, o qual é alcançado pela melhor interpretação. Esse ponto de equilíbrio é um insight. Suas etapas são mais bem vistas, então, não como um procedimento estruturado, mas sim como uma explicação do que ocorre quando se chega a esse ponto. É o próprio Dworkin que chama a atenção para a relação que se estabelece entre essas três etapas da interpretação e o método do equilíbrio reflexivo:

Poderíamos resumir essas três etapas na observação de que a interpretação procura estabelecer um equilíbrio entre a descrição pré-interpretativa de uma prática social e uma justificativa apropriada de tal prática. Tomo a palavra “equilíbrio” emprestada de Rawls, mas essa descrição da interpretação é diferente de sua descrição do raciocínio sobre a justiça. Ele contempla o equilíbrio entre o que chama de “intuições” sobre a justiça e uma teoria formal que une essas intuições. [...] A interpretação de uma prática social procura equilíbrio entre a justificativa da prática e suas exigências pós-interpretativas.¹⁹³

Contudo, nesse excerto, Dworkin comete dois equívocos. Em primeiro lugar, ele afirma que o equilíbrio de Rawls se estabelece apenas entre as intuições de justiça e a concepção de justiça. No entanto, na seção 3.1.1, ficou claro que um componente fundamental do equilíbrio são as recomendações derivadas da concepção de justiça (terceira etapa do equilíbrio reflexivo), determinando até mesmo que alguns juízos ponderados de justiça sejam simplesmente abandonados. Esse ponto, aliás, foi fundamental na defesa de Scanlon da natureza interpretativa do equilíbrio. O equilíbrio rawlsiano envolve também suas exigências pós-interpretativas, da mesma forma que o equilíbrio dworkiniano. Há, portanto, um paralelo sólido entre a terceira etapa da interpretação e a terceira etapa do método do equilíbrio reflexivo. Em segundo lugar, Dworkin se equivoca em relação à sua própria teoria, já que nela também é buscado um equilíbrio entre a fase pré-interpretativa e a interpretação, na medida em que os paradigmas que são selecionados naquela já o são a partir da teoria derivada desta.

---

¹⁹³ DWORKIN, *O Império do Direito*, p. 82.

Como se demonstrou, a interpretação não é cindível em três etapas, a não ser para fins meramente didáticos. A interpretação como um todo é colocada em um único equilíbrio. Ou, como queira, em dois equilíbrios. Um primeiro, estabelecido entre a fase pré-interpretativa e interpretativa, e um segundo, estabelecido entre a fase interpretativa e pós-interpretativa. Mas como há uma intrincada relação entre a fase pré-interpretativa e pós-interpretativa, a imagem de que a interpretação envolve um único equilíbrio é mais apropriada.¹⁹⁴

Dworkin, em textos posteriores, ainda defende que seu método difere em alguns detalhes da idéia de equilíbrio reflexivo, mas por outras razões. Pode-se afirmar que seu posicionamento atual é que ele difere com Rawls em relação aos limites do equilíbrio reflexivo. Este defende uma limitação ao âmbito do político e aquele defende um equilíbrio abrangente. Essa divergência será esclarecida no capítulo quinto. A divergência que Dworkin afirma existir, no excerto acima transcrito, estaria superada, como se nota do excerto que a seguir se transcreverá.

Antes de fazê-lo, é preciso situar o argumento de Dworkin. O excerto se trata de um resumo do estágio final de sua crítica ao positivismo jurídico. Seu objetivo, no entanto, é realizar o seguinte argumento. Em sua opinião, Rawls seria o filósofo político que mais contribuições fez para o direito. Nesse sentido, ele busca relacionar a teoria rawlsiana com algumas questões persistentes de filosofia do direito. Uma delas seria a própria natureza desta, retomando aqui a crítica ao método descritivo de Hart. O ponto de partida, novamente, é a pergunta, o que torna uma proposição jurídica verdadeira. Para Hart, os juristas compartilhariam, sendo isso um fato, dos critérios que tornam uma proposição jurídica verdadeira. Por isso, o teórico do direito deve apenas descrever tal fato. Segundo Dworkin, Rawls teria construído um argumento relacionado ao conceito de justiça, mas que atacava diretamente essa questão jurídica. Em resumo, uma determinada proposição sobre justiça seria verídica na medida em que ela fosse resultado de um equilíbrio reflexivo. Para Dworkin, como esse método se aplicaria para a definição de uma concepção para um conceito interpretativo como a justiça e, sendo o direito também um conceito interpretativo, o método poderia ser diretamente reformulado para o direito.

---

¹⁹⁴ Sobre a impossibilidade de cisão da estrutura da interpretação, Dworkin, ao tratar dela ainda sob a ótica das duas dimensões de ajuste e justificação, afirma a “a distinção entre as duas dimensões é menos crucial e profunda do que poderia parecer. É um procedimento analítico útil que nos ajuda a dar estrutura à teoria funcional ou ao estilo de qualquer intérprete.” Ver DWORKIN, *O império do direito*, p. 278.

É esse o argumento que tem sido o fio condutor da presente dissertação, e que foi admitido expressamente por Dworkin nesse artigo, ou seja, de que o método interpretativo de Dworkin é mais bem compreendido como uma forma de equilíbrio reflexivo rawlsiano. Portanto, não reside aqui sua divergência com Rawls. Essa é genuína e sincera, mas refere-se ao limite do domínio do político que deve ou não ser imposto ao equilíbrio reflexivo. Encerra-se essa seção com a transcrição da transposição do equilíbrio reflexivo para o direito, realizada por Dworkin. Ela é breve, e por isso foi expandida ao longo desse capítulo, onde se buscou esclarecer todas as complexidades que ela envolve.

Podemos identificar o que aparentemente nem é preciso dizer que faz parte de nosso direito – o limite de velocidade, o código tributário, as regras de propriedade do dia a dia, os contratos etc., coisas com as quais estamos todos familiarizados. Podemos dizer que se trata de paradigmas do direito. Em seguida, podemos criar o outro pólo de um equilíbrio interpretativo, pois compartilhamos um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel que o conceito de justiça desempenhava para Rawls. Este é o conceito de direito – ainda que às vezes, quando enfatizamos seu caráter político, o descrevamos de outro modo, como o conceito de legalidade ou o conceito de Estado de Direito. Podemos, então, tentar criar uma concepção adequada de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam, explicar melhor a natureza e o valor da legalidade. Assim, poderemos inscrever uma teoria sobre as condições de veracidade das proposições de direito em uma concepção mais ampla do valor que consideramos convincente. [...] Em certo sentido, a filosofia jurídica assim concebida é descritiva porque começa com algum tipo de entendimento sobre o que é tido como certo pela comunidade à qual se destina, mas em outros sentidos é substantiva e normativa porque procura alcançar um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente.¹⁹⁵

4.5 O valor de um valor – o liberalismo abrangente de Dworkin

Um último ponto acerca do método interpretativo de Dworkin carece de explicação. Elucidá-lo será o objetivo desta seção. Como dito, um passo decisivo na interpretação do direito é a definição da hipótese política. Essa hipótese política é colocada no argumento

---

¹⁹⁵ DWORKIN, *Rawls e o direito*, em *A justiça de toga*, pp. 348-9.

em diversos pontos, dependendo de como ele seja desenvolvido Dworkin. No romance em cadeia, a hipótese política entra como o sentido deste com o qual o segundo escritor deve se conformar. Nas duas dimensões da interpretação, ajuste e justificação, a hipótese política entra como um elemento desta última, apresentado em alguns momentos quase como um critério de desempate entre teorias que sejam igualmente adequadas (dimensão de ajuste) e, em outros, como a estrutura de sentido sem a qual a idéia de justificação não pode seguir adiante. Nas três etapas da interpretação, a hipótese política é um componente da etapa interpretativa, na qual é identificado o valor da qual a prática a ser interpretada é portadora. Nas seções anteriores, buscou-se argumentar no sentido de que ajuste e justificação e as etapas da interpretação são idéias derivadas do método do equilíbrio reflexivo. Neste, a hipótese política é central no desenvolvido da concepção de direito que é resultante desse equilíbrio.

Falta, no entanto, um componente fundamental desse processo e, nesse momento, já deve estar evidente qual seja. Como definir a concepção de um valor? Ou seja, dado que o direito encontra seu sentido no valor legalidade, como identificar a melhor concepção de tal valor? Como preencher o conteúdo da hipótese política? Aqui a questão ainda é de interpretação (ou de equilíbrio reflexivo). Ou seja, a resposta também passa pelo método interpretativo e o equilíbrio reflexivo, mas agora uma interpretação ou equilíbrio de segunda ordem. É preciso, pois, refinar esse argumento e identificar algumas características marcantes dessa interpretação ou equilíbrio de segunda ordem.

A idéia de Dworkin, grosso modo, é que o valor de um valor somente pode ser identificado à luz de sua relação com todos os valores que compõem não só a moralidade, mas também a ética, isto é, com a concepção do que torna uma vida valiosa de ser vivida. É nesse momento que surgirá a divergência genuína com Rawls, já que para este é preciso que essa relação fique restringida apenas ao domínio do político. Antes de esclarecer a divergência, é preciso então desenvolver o ponto de vista de Dworkin. É isso o que se pretende aqui.

Para Dworkin, a construção da concepção de um determinado valor envolve mostrar o seu valor intrínseco. Para retomar o paralelo com os objetos naturais, deve-se “oferecer uma certa descrição de seu valor que seja comparavelmente fundamental, como forma de explicação, à estrutura molecular de um metal”.¹⁹⁶ Como, então, mostrar o valor de um valor sem cair em petição de princípio, afirmando, por exemplo, que a justiça é boa

porque ela evita a injustiça, ou que a liberdade é boa porque torna as pessoas livres? Podemos dizer que a justiça é boa porque promove a felicidade. Mas tal justificação instrumental não serve, pois queremos saber o que é distintivamente bom entre a justiça e os outros valores, como a democracia, que também promove a felicidade. Sendo assim, Dworkin afirma que

se nós queremos compreender o que a liberdade, ou a democracia, ou o direito, ou a justiça, verdadeiramente é, nós precisamos enfrentar a difícil questão de como identificar o valor de um valor. Nós só podemos encontrar esperança em fazer isso – eu argumentarei – localizando o lugar deste valor em uma extensa rede de convicção.¹⁹⁷

É preciso, então, identificar essa extensa rede de valores que compõe a paisagem moral do indivíduo e situar o valor nela. Em outras palavras, é preciso que o valor seja verificado à luz de uma determinada concepção de bem, sem o qual seu valor intrínseco não pode ser apreendido. A concepção de bem funciona aqui como a hipótese justificadora na interpretação do valor.¹⁹⁸ Vejamos como isso se dá.

Dworkin salienta que há duas formas de se encarar a conexão entre os valores e a concepção de bem: a primeira é tratar os valores como autônomos e fixados de forma independente da concepção de bem de cada um e, a segunda, tratar os valores como integrados com a concepção de bem de cada um. Segundo Dworkin, o exemplo marcante do primeiro tipo é a concepção de bem do religioso. De fato, os valores dos religiosos são vistos como dados anteriores, com os quais o religioso deve se conformar. Pegue-se, por

---

¹⁹⁶ DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, p. 220.

¹⁹⁷ DWORKIN, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, p. 14, no original: "if we want to understand what freedom or democracy or law or justice really is, we must confront the difficult question of how to identify a value's value. We can only hope to do this – I shall argue – by locating that value's place in a larger web of conviction."

¹⁹⁸ Pode parecer que esse argumento prescinde da idéia de equilíbrio reflexivo, pois o valor de um valor é detectado a partir de sua localização nessa cúpula geodésica formada pela ética abrangente do indivíduo. Essa idéia é equivocada. Acredito que ainda aqui Dworkin o método do equilíbrio reflexivo é determinantes, pois esse passo do argumento (situar o valor na extensa rede de convicção) é um componente da segunda etapa do equilíbrio. Tendo em vista o método do equilíbrio reflexivo, caso o intérprete, ao fazer essa identificação, verifique que o valor a ser interpretado, por exemplo, a liberdade, admitiria, por exemplo, a instituição da escravidão, deve-se voltar e fazer um novo ajustamento na teoria até que a concepção não contrarie essa convicção que nos dias de hoje é inabalável em relação a liberdade, de que a pior forma de não liberdade é a escravidão. Esses avanços e retrocessos são decisivos no equilíbrio reflexivo. Na verdade, a idéia de situar o valor na cúpula geodésica é derivada da segunda etapa do equilíbrio reflexivo, na qual o teórico ordena e hierarquiza os princípios daquela prática específica. Como a interpretação aqui é de segunda ordem, em um nível maior de abstração, a prática que está sendo interpretada não é o direito, ou a justiça, mas sim a moral como um todo. Logo, é preciso que a concepção moral como um todo seja objeto desse equilíbrio. Por isso é fundamental que entre todos os valores no ajustamento.

exemplo, o valor cristão da compaixão. Não faz sentido dizer que este valor decorre da concepção de bem do religioso, uma vez que para este uma vida é valiosa de ser vivida quando em conformidade com a verdade divina revelada. Não é possível depreendermos o valor da compaixão desta concepção de bem. Pelo contrário, a compaixão é um valor anterior, revelado por Deus, para que o cristão a ele se conforme. O valor é, portanto, definido de forma autônoma da concepção do bem do indivíduo.

A outra forma de se encarar os valores é enxergando-os como integrados às concepções de bem de cada um. Tome-se, por exemplo, a concepção de bem do homem comum, que encontra o valor de sua vida no desfrute cotidiano do engajamento nas relações familiares e sociais. O valor da amizade, neste caso, é integrado à concepção de bem desta pessoa, não porque isso lhe trará benefícios, como, por exemplo, a formação de uma rede de contatos que lhe trará vantagens competitivas em termos profissionais, mas sim porque, em sua concepção de vida, uma vida sem laços afetivos com seus próximos é empobrecida. Neste caso, como se nota, os valores estão integrados às concepções de bem dos indivíduos, e é a partir delas que os valores encontram sua melhor luz.

O valor de um valor, então, somente pode ser compreendido se eles forem tratados como valores integrados, já que se torna impossível definir os valores destacados sem cair em petição de princípio, como no caso da compaixão cristã. Nesse sentido, um valor cristão tem valor porque foi revelado por Cristo. Por outro lado, para encontrar o sentido de um valor integrado se faz necessário situá-lo tendo em vista a concepção de bem ao qual ele integra. O caminho para isso é interpretar o valor à luz dessa concepção de bem, “em sua melhor luz” como diria Dworkin, organizando-os não hierarquicamente, “mas na forma de uma cúpula geodésica”.¹⁹⁹ A imagem da cúpula geodésica colocada por Dworkin é para salientar o modo pelo qual todos os valores que compõem uma determinada concepção de bem devem ser harmonicamente ajustados, de forma que a concepção de cada valor represente um reforço para todos os demais. É importante ressaltar, aqui que essa cúpula geodésica é abrangente em relação à moral de um indivíduo, buscando abarcá-la completamente. Ou seja, mesmo para os valores políticos, a concepção deste exsurge quando os confrontamos com os valores da doutrina abrangente do bem do indivíduo. A liberdade, a igualdade, a legalidade somente são apropriadamente compreendidos quando

---

¹⁹⁹ DWORKIN, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, p. 17. Uma cúpula geodésica é uma estrutura arquitetônica em formato de abóbada, toda ela composta por hastes interligadas tal como uma rede, cuja resistência decorre de sua estrutura peculiar, na qual uma força aplicada em cada uma de suas hastes é distribuída igualmente por todo o domo até a sua base.

relacionados com a idéia do que torna uma vida valiosa de ser vivida. Esses valores políticos estão ordenados na cúpula geodésica ao lado de valores não políticos, como a amizade, a excelência humana etc. Deve-se salientar também que a imagem da cúpula geodésica não pode levar a uma busca obsessiva por coerência, na medida em que ela deve ser estruturada não só por coerência, mas também por convicção, tendo em vista as duas faces da interpretação construtiva (ajuste e justificação).²⁰⁰

Se quisermos entender melhor os valores integrados não instrumentais da ética, devemos tentar compreendê-los de modo holístico e interpretativo, cada um à luz dos demais, organizados não hierarquicamente, mas na forma de uma cúpula geodésica. Devemos tentar determinar o que é a amizade, a integridade ou o estilo, e quão importantes são esses valores, percebendo que concepção de cada um e que atribuição de importância a eles melhor se ajustam a nossa percepção das outras dimensões do viver bem, de ser bem-sucedidos diante do desafio de viver nossas vidas. A ética é uma estrutura complexa com diferentes objetivos, realizações e virtudes, e parte que cada um desempenha nessa estrutura complexa só pode ser compreendida mediante a elaboração de seu papel em um projeto geral estabelecido pelos outros. Enquanto formos incapazes de perceber de que modo nossos valores éticos permanecem unidos dessa maneira, de modo que cada um possa ser testado em comparação como nossa descrição provisória dos outros, não conseguiremos entender nenhum deles.²⁰¹

Na próxima seção, o argumento desenvolvido por Dworkin na interpretação do valor legalidade talvez ajude a esclarecer essa idéia abstrata de situar um valor em uma cúpula geodésica dos valores de uma doutrina abrangente do bem. É válido, no entanto, trazer à luz a afirmação de Dworkin de que essa concepção de filosofia política se opõe à filosofia de Rawls.

Devo admitir que esta concepção de filosofia política se opõe a dois dos mais notáveis exemplos da pesquisa contemporânea nessa área: o liberalismo “político” de John Rawls e

---

²⁰⁰ Essa idéia de coerência e convicção novamente retoma a idéia de equilíbrio reflexivo. É preciso um equilíbrio entre coerência e convicção, e não a coerência absoluta e desenfreada que Dworkin rejeita. Ver *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, p. 229: “Devo enfatizar que esse projeto abrangente não se baseia na premissa absurda de que, na filosofia política ou na teoria dos valores em termos mais gerais, a verdade seja uma questão de coerência. [...] Não visamos à coerência pela coerência, mas sim à convicção e ao máximo de coerência que pudermos obter. Esses objetivos afins podem – na verdade, acho que frequentemente devem – fortalecer-se mutuamente.”

²⁰¹ DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, pp. 227-8.

o pluralismo político associado a Isaiah Berlin. Minha recomendação é semelhante ao método do equilíbrio reflexivo de Rawls, que pretende alinhar nossas intuições e teorias sobre a justiça. Todavia, a diferença com a metodologia de Rawls é mais surpreendente do que as semelhanças, pois o equilíbrio que, acredito, a filosofia deva procurar, não fica restrito, como no caso dele, aos fundamentos constitucionais da política, mas abrange o que ele chama de teoria “abrangente”, que inclui tanto a moral pessoal quanto a ética. Se a filosofia política não for abrangente em suas ambições, deixará de resgatar a percepção crucial de que os valores políticos são integrados, e não autônomos.²⁰²

Esse excerto é importante por duas razões. Em primeiro lugar, ele reforça algo que já foi esclarecido acima, de que essa concepção de filosofia política é derivada do método do equilíbrio reflexivo. Em segundo lugar, ela sugere onde se encontra a genuína divergência de Dworkin com Rawls. Para Dworkin, o valor de um valor é encontrado a partir de sua localização na doutrina abrangente do bem, que em última instância remete à ética e à concepção do que torna uma vida valiosa de ser vivida. Rawls, como se verá no capítulo seguinte, faz uma distinção entre os valores éticos e os valores políticos. Segundo ele, tendo em vista a existência, em uma sociedade democrática, de uma pluralidade de doutrinas abrangentes do bem, o poder político não pode ser exercido a partir de uma concepção de bem específica, sob pena de se ferir a condição de igual dos cidadãos. Por isso, os valores políticos encontram seu fundamento limitado pelo domínio do político. Essa divergência será refinada no capítulo quinto. Aqui, no entanto, para dar o fechamento à teoria de Dworkin, estando já apresentados todos os pressupostos para tanto, a concepção de direito preferida de Dworkin pode ser apresentada, ainda que brevemente.

4.5.1 O direito como expressão do valor da integridade e a idéia de comunidade

Constitui um passo decisivo da interpretação não apenas a identificação do valor da prática, mas também o preenchimento de seu conteúdo, sem o que não se pode fornecer respostas satisfatórias para as questões persistentes de teoria geral do direito. Como dito anteriormente, na visão de Dworkin esse valor é o da legalidade. Esse ponto é naturalmente controvertido, já que identificar a legalidade como o valor central da prática jurídica é fruto já da própria interpretação. A hipótese de que esse valor é dado de antemão está descartada. Na seção 4.5, no entanto, a legalidade foi interpretativamente identificada como sendo o componente fundamental da hipótese política na interpretação do direito.

---

²⁰² DWORKIN, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A Justiça de Toga*, pp. 228-9.

Deixando de lado a controvérsia que essa afirmação provoca, o próximo passo é definir a concepção de legalidade, envolvendo tudo o que foi dito na seção precedente.

Para chegar ao valor da legalidade é preciso, então, identificar “algum aspecto da vida humana que hipoteticamente se beneficia da restrição do uso coercitivo do poder político”. Como se nota, o objeto é situar a legalidade na extensa rede de convicção da paisagem moral e ética. Dworkin argumenta, então, que, de uma forma ou de outra, as grandes escolas do pensamento jusfilosófico seriam interpretações distintas da legalidade à luz dessa idéia. Assim, a concepção de legalidade dependeria de como se enxerga esse valor à luz de outros valores. Dworkin identifica, então, três valores centrais que levariam a três concepções distintas de legalidade. A legalidade como eficiência, como exatidão e como integridade. Dworkin descarta as duas primeiras e defende a terceira.

O argumento de Dworkin, então, é no sentido de que a integridade se apresenta como a mais bem justificada concepção de legalidade, isto é, como resultado de um equilíbrio reflexivo que leva em conta o lugar do valor legalidade na extensa rede de convicção ao qual ele integra. Seu argumento pode ser assim resumido. A filosofia política, para ele, seria utópica, no entanto, compartilharia com a política comum alguns ideais políticos, como a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. Na política corrente, no entanto, a esses três ideais um quarto poderia ser acrescentado. Esse ideal seria a integridade, que exige do governo decisões coerentes, formuladas a partir de princípios, para todos os seus cidadãos. Na filosofia política utópica, o ideal de integridade não apresenta um papel relevante, já que, a partir dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo o governo tomaria sempre as decisões coerentemente formuladas. No entanto, a integridade, na política cotidiana, torna-se fundamental. Trata-se de algo que nós, indivíduos de uma sociedade democrática, valorizamos e entendemos ser exigível do governo. Ademais, a integridade seria, em última instância, uma exigência derivada do princípio abstrato de igualdade. Isto é, o governo, na medida em que deve tratar todos os cidadãos com igual consideração e respeito, deve tomar suas decisões de forma coerente à luz de princípios aplicáveis a todos. Caso haja decisões que tratem os cidadãos de forma desigual a partir de critérios arbitrários, como, por exemplo, conceder determinados direitos apenas a cidadãos pertencentes à determinada raça ou grupo, a integridade será violada pela falta de coerência de princípios da comunidade. Em resumo, Dworkin assevera que

o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.²⁰³

No final desse excerto, Dworkin toca um ponto importante, lembrando a divergência teórica em direito. Esta consistiria na divergência que os juristas apresentam em relação aos critérios que tornam uma determinada proposição jurídica verdadeira. No direito como integridade, então, uma determinada proposição jurídica é verdadeira quando ela corresponde à melhor interpretação construtiva da prática jurídica, tendo em vista as exigências de justiça, equidade, devido processo legal e, principalmente, de integridade. Em outras palavras, uma proposição jurídica é verdadeira quando ela é coerentemente justificada à luz dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo de uma dada comunidade.²⁰⁴

Há, nessa passagem, outro ponto relevante, mas que até o momento não foi devidamente considerado. O princípio de integridade atua a partir de uma personificação profunda da comunidade. Na visão de Dworkin, a exigência de que juízes e legisladores devem justificar suas decisões a partir de uma coerência de princípios, pressupõe uma personificação profunda da comunidade, na medida em que essa possui seus próprios princípios de justiça que são distintos dos princípios de justiça de seus integrantes. A comunidade personificada não apenas possui princípios de justiça, mas também deve agir coerentemente a eles, assim como fazem os indivíduos. Esse paralelo entre a integridade pessoal e política é traçado pelo próprio Dworkin. Segundo ele, esse nome grandioso de integridade foi por ele selecionado justamente para que tal paralelo ficasse claro. A idéia é que, cotidianamente, exigimos integridade das pessoas com as quais convivemos ao solicitar que elas tomem suas decisões de forma coerente com os princípios que ela mesma professa, ainda que discordemos desses princípios. O mesmo fazemos com a comunidade

²⁰³ DWORKIN, *O Império do Direito*, pp. 271-2.

²⁰⁴ Nas palavras de Dworkin, “o direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.” Dworkin, *O Império do Direito*, p. 294. O modelo de interpretação judicial resultante da idéia de direito como integridade já foi aqui desenvolvido, consistente na idéia do romance em cadeia. Mas o que importa aqui é salientar como a integridade é defendida por Dworkin.

política. Esta possui princípios distintos daqueles professados por seus integrantes. A despeito disso, podemos exigir que suas decisões sejam todas tomadas a partir de um ideal de coerência de princípios.

Dworkin apresenta duas estratégias de defesa em torno da personificação de entidades coletivas, sendo uma delas fraca e a outra forte. Para tanto, ele parte de um exemplo, perguntando-se por que razão uma companhia como um todo pode ser responsabilizada pelos prejuízos causados por uma mercadoria defeituosa por ela produzida. Na primeira estratégia, verifica-se se cada um dos integrantes desta companhia equivocou-se em algum momento na produção de tal mercadoria. Nota-se, contudo, que a personificação não apresenta, aqui, nenhum papel relevante, já que a responsabilidade foi individualizada, estendida ao ente coletivo pela relação de pertencimento do indivíduo. No segundo argumento, a pergunta é se a companhia como um todo errou ao produzir uma mercadoria com defeito. Nesse caso, atua uma personificação profunda. Não pensaremos se seus sócios, técnicos ou operários equivocaram-se, em algum momento, na produção daquele bem. A defesa da responsabilidade da companhia segue em outro sentido. Nós afirmamos que qualquer um que tenha pleno controle sobre os processos produtivos de um determinado produto deve se responsabilizar pelos defeitos deste. Não se pressupõe, obviamente, que cada um dos integrantes dessa companhia possua tal conhecimento global. O que fazemos, na verdade, é personificar a companhia, afirmando que ela, em si, possui tal conhecimento, devendo, por isso, ser responsabilizada.²⁰⁵

O argumento acima desenvolvido a partir da primeira pessoa do plural foi realizado para salientar o ponto que segue. Dworkin afirma que nós imputamos responsabilidade à companhia como um todo, que nós atribuímos a ela um conhecimento global, que nós a encaramos como um ente coletivo distinto de seus membros etc. A idéia aqui é enfatizar que a personificação é algo que nós, como indivíduos que pensam e articulam argumentos, fazemos. Por que fazemos? Essa pergunta não tem lugar no argumento de Dworkin. O ponto é, nós personificamos as entidades coletivas como entes distintos de seus membros, e fazer isso é um aspecto próprio de nosso modo de pensar. Uma ressalva, no entanto, deve ser feita. Trata-se de uma personificação, e não de uma descoberta. Reconhecemos que o ente coletivo não possui uma existência metafísica independente. Nós a personificamos, e

---

²⁰⁵ DWORKIN, *O império do direito*, p. 208: “A idéia de integridade política personifica a comunidade no segundo modo, como uma personificação atuante, pois pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos.”

o fazemos porque pensamos assim. Nas palavras de Dworkin, isso ocorre “pois reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica independente, que ela própria é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve.”²⁰⁶ É algo que os indivíduos fazem, e não dado de antemão.²⁰⁷

Em resumo, a integridade é vista por Dworkin como algo não apenas real, que existe na prática jurídica e política de uma comunidade, mas também como algo que seus indivíduos defendem e valorizam. Em outras palavras, o princípio de integridade foi defendido a partir das duas dimensões da interpretação, ajuste e justificação. Para encerrar esta defesa do valor integridade (dimensão de justificação), resta apresentar um último argumento concebido por Dworkin nesse empreendimento, consistente no sentido de que a integridade e o ideal de comunidade que ela pressupõe representa uma defesa melhor da legitimidade política do que os modelos que não o façam. Esse argumento será desenvolvido na seção que segue.

4.5.2 O ideal de comunidade e a concepção de legitimidade de Dworkin

Como visto na seção 4.3, a interpretação de uma prática qualquer, principia pela identificação do conceito em jogo. Isso constitui a primeira etapa da interpretação e o passo inicial da dimensão de ajuste. Dworkin sustentou que o conceito de direito está de alguma forma relacionado ao uso coercitivo do poder público. Isto é, o direito entraria em jogo para restringir, guiar e justificar o uso da força oficial. Isso coloca em questão o problema clássico da legitimidade. Em outras palavras, o uso da força oficial precisa ser moralmente legítimo e os cidadãos devem ter uma justificativa também moral para obedecer às ordens emanadas do Estado. A legitimidade, para Dworkin, relacionaria esses dois pólos – de um lado a obrigação de obediência dos cidadãos e, de outro, o uso da força. Segundo sua definição, “um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres”.²⁰⁸

²⁰⁶ DWORKIN, *O império do direito*, p. 208.

²⁰⁷ Por isso, Dworkin completa o argumento mencionando casos marcantes dessa personificação profunda em atuação. Um caso exemplar é da Alemanha nazista. Ele nota que mesmo pessoas que nasceram muito tempo depois do término do regime nazista, sentem-se envergonhados do ocorrido e possuem um sentimento de obrigação para com os judeus. Segundo Dworkin, isso derivaria do fato de que as pessoas personificam sua comunidade, reconhecendo que esta tem deveres e responsabilidade em relação aos seus atos pretéritos. O ente coletivo Alemanha é diferente de uma mera soma de alemães.

²⁰⁸ DWORKIN, *O império do direito*, p. 232.

Essa definição não deixa de ser circular, afinal, um Estado é legítimo se os cidadãos têm a obrigação de obedecer, e estes possuem a obrigação de obedecer se o Estado é legítimo. Essa circularidade, no entanto, é resolvida por Dworkin, na medida em que o dever de obediência deriva de um outro aspecto não considerado na definição: na realidade, a obrigação de obediência é derivada da idéia de comunidade. Isto é, Dworkin faz derivar a obediência civil da idéia de obrigações para com a comunidade. Nesse sentido, a obrigação política seria uma espécie do gênero das obrigações associativas. Segundo ele, constituiria uma parte importante de nossa paisagem moral que os indivíduos assumam certas obrigações em relação a uma determinada associação em razão de seu simples pertencimento a ela. Ocorre que, em geral, a decisão de pertencer ou não a uma associação é facultativa, o que não se verifica na sociedade política. A princípio, não nos é dado o direito de escolher ou não pertencer a uma determinada comunidade política. Dessa forma, esse dever natural de obediência às obrigações associativas somente se sustenta quando são satisfeitas algumas condições.

Uma condição fundamental para tanto é a reciprocidade. Na se trata, contudo, de qualquer tipo de reciprocidade. Esta não se limita à idéia de que devo fazer, na mesma medida, o que fazem por mim. O exemplo de Dworkin é elucidativo. Na amizade, pressupõe-se uma relação de reciprocidade. No entanto, as pessoas não exigem de seus amigos o que ela mesma imagina ser exigível da amizade. Como diz Dworkin, “as obrigações associativas podem ser mantidas entre pessoas que compartilham uma idéia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades especiais que os membros devem pôr em prática entre si, uma idéia do tipo e do nível de sacrifício que suas relações mútuas devem pressupor”.²⁰⁹

Dworkin identifica, então, quatro condições para a existência de verdadeiras obrigações fraternais para os membros de uma comunidade.²¹⁰ Em primeiro lugar, deve-se considerar as obrigações do grupo como especiais, diferentes daquelas que os membros do grupo possuem em relação a pessoas que não pertencem a ele. Em segundo lugar, as responsabilidades são do tipo pessoais. Isto é, elas vão diretamente de um membro do grupo ao outro. Em terceiro lugar, as obrigações específicas devem ser vistas como derivadas de alguma responsabilidade mais geral. Por exemplo, o dever de ajudar um

²⁰⁹ DWORKIN, *O império do direito*, p. 241.

²¹⁰ Como se nota do argumento, Dworkin identifica quatro condições para a existência de obrigações fraternais, mas menciona a reciprocidade como uma condição primordial. Ele não desenvolve o argumento,

parente com problemas financeiros deve ser visto como derivado de uma obrigação mais geral da associação familiar. Em quarto e último lugar, as obrigações fraternais são iguais, isto é, elas pressupõem um interesse igual por todos os membros do grupo. Diante disso, o poder coercitivo seria legítimo quando usado por uma comunidade que satisfaz essas quatro condições.

Dworkin identifica três formas pelas quais uma comunidade pode se estabelecer, sendo que em apenas uma delas todas as condições de legitimidade estariam satisfeitas. No primeiro modelo, a comunidade é tratada como um acidente de fato da história e da geografia. No segundo modelo, a comunidade se estabelece apenas em razão das regras. Ela é constituída por membros que aceitam o simples compromisso de obedecer as regras estabelecidas. Por fim, há o modelo de comunidade de princípios. Nela, a comunidade se estabelece pelo fato das pessoas aceitarem que são governadas por princípios comuns. Para as pessoas engajadas em uma comunidade de princípios, a política constitui uma arena de debates em torno de quais princípios de justiça, equidade e devido processo legal a comunidade deve realizar. Além disso, os direitos e deveres específicos de seus membros são vistos como fundamentados nesse sistema de princípios da comunidade. É somente na comunidade de princípios onde são encontradas as verdadeiras obrigações fraternais e, por isso, é somente nela que o uso do poder coercitivo é legítimo. A comunidade de princípios é a única, portanto, que satisfaz todas as quatro condições.

Retomando, então, o argumento desde o início da seção anterior. A integridade pressupõe uma comunidade agora vista como de princípios. Nas verdadeiras comunidades de princípios, seus membros possuem um dever geral de obediências às decisões tomadas pela comunidade. Trata-se do princípio de legitimidade. Segundo a concepção de Dworkin, apenas existem verdadeiras obrigações fraternais quando elas derivam dos princípios de uma comunidade que reconhece a integridade. A comunidade de princípios que aceita a integridade, apresenta uma defesa melhor para a legitimidade, pois ela

Assimila as obrigações políticas à categoria geral das obrigações associativas, e defende-as dessa maneira. Essa defesa é possível em tal comunidade porque um compromisso geral com a integridade expressa o interesse de cada um por tudo que é suficientemente especial,

---

no entanto, é possível que essas quatro condições sejam todas derivadas de um ideal abstrato de reciprocidade.

pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias segundo as normas de obrigação comunitária que aceitamos em outros contextos.²¹¹

Com isso, conclui-se o argumento em defesa do valor integridade e da concepção de direito de Dworkin. O direito é, para Dworkin, um conceito interpretativo. Para interpretá-lo, deve-se então partir do conceito de direito, para então definir sua melhor concepção. O conceito de direito foi identificado como o guia e restrição do uso do poder coercitivo do Estado. Isto é, o direito é expressão do valor legalidade. Nesse sentido, foi preciso definir qual concepção desse valor é mais defensável, à luz das dimensões de ajuste e justificação da interpretação. Dworkin apresentou a idéia de integridade como a melhor interpretação desse valor. Uma das razões para isso, é o que se argumentou na presente seção, é que a integridade representa uma defesa mais consistente da idéia de legitimidade. Na versão dworkiniana desse conceito, o uso do poder coercitivo oficial é legítimo quando há uma obrigação fraternal verdadeira, determinando, assim, sua obediência. E isso ocorre quando ela é derivada de uma comunidade de princípios, que reconhece o valor integridade.

Esse é o resumo da teoria do direito de Dworkin que está alicerçada, em última instância, a uma doutrina abrangente do bem, como ele próprio confessa. Agora se pode visualizar como essa doutrina abrangente do bem é da comunidade personificada, e não de um de seus membros ou da união de doutrinas abrangentes professadas por cada membro individualmente. Essa visão, é o que se argumentará no próximo capítulo até o final desse trabalho, opõe-se ao liberalismo político de Rawls. Para este, a sociedade política não pode ser equiparada a uma comunidade de princípios abrangentes. A sociedade se trata, em sua visão, de um empreendimento cooperativo realizado entre indivíduos iguais, cada um professando os seus próprios princípios. Por essa razão, a sociedade deve reconhecer apenas princípios políticos, sob pena de ofender a condição de igual de cada um. Estão excluídos, portanto, pelo menos na estrutura básica da sociedade, princípios fundamentados a partir de uma específica concepção de bem, o que não ocorre, necessariamente, no modelo de comunidade dworkiniano. Para que essa divergência fique esclarecida, é preciso se aprofundar um pouco mais na filosofia política de Rawls. É isso o que se pretende no próximo capítulo.

---

²¹¹ DWORKIN, *O império do direito*, p. 260.

5 O LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS E A TOLERÂNCIA LIBERAL

Como anteriormente afirmado, Dworkin afirma existir uma divergência genuína com Rawls em relação à abrangência do método do equilíbrio reflexivo. Conforme ele sustenta, seu método seria abrangente em relação à moral e à ética, enquanto que Rawls defenderia um equilíbrio reflexivo limitado pelo domínio do político. A tese de Dworkin, consistente na idéia de que a resolução de questões envolvendo conceitos políticos necessita que estes sejam avaliados à luz de uma concepção de bem, já foi devidamente esclarecida no capítulo anterior. Rawls, por outro lado, afirma que a concepção de justiça para reger uma sociedade democrática deve ser neutra em relação às concepções de bem, dado o fato do pluralismo. Diante de tal exigência, o equilíbrio reflexivo a ser buscado deve estar limitado ao âmbito do político. O esclarecimento dessa idéia será feito na seção 5.1 e, na seção seguinte, será apresentado como isso é possível. Após, na seção 5.3, algumas considerações em torno das conseqüências desse ideal de tolerância liberal serão tecidas. A partir disso, estarão estabelecidas as bases para que, no capítulo seguinte, essas idéias sejam mais diretamente confrontadas com o liberalismo abrangente de Dworkin.

É preciso salientar que a questão da limitação ao domínio do político, ainda que já tenha sido trabalhada por Rawls em *Uma teoria da justiça*, é colocada sob foco *O liberalismo político* e seu argumento em defesa da estabilidade da justiça como equidade.²¹² Por essa razão, é a partir desse trabalho que esse capítulo será desenvolvido.²¹³

---

²¹² Isso não quer dizer que em *Uma teoria da justiça* esse problema não tenha sido enfrentado. Na realidade, como bem afirma Vita, em *A justiça igualitária* e seus críticos, p. 183, naquele trabalho Rawls realiza “um esforço intelectual quase sobre-humano para responder à questão: é possível justificar princípios comuns de justiça, e suas correspondentes configurações institucionais, a cidadãos que vivem em sociedades caracterizadas pela forma de pluralismo a que antes fiz menção [pluralismo de doutrinas abrangentes].” A idéia de pluralismo esta presente desde o início no pensamento de Rawls. No entanto, em *O liberalismo político*, a ênfase é colocada sobre ela.

²¹³ Uma importante ressalva deve ser aqui feita. A obra de Rawls *O liberalismo político* gerou intensa controvérsia em torno de sua teoria. Alguns autores, como é o caso de Vita, Barry, Scanlon e outros comentadores e críticos da filosofia política de matriz rawlsiana, divergiram intensamente acerca dos rumos que Rawls deu à sua teoria a partir dessa obra. Em grande medida, o presente capítulo busca incorporar os pontos de vista desses autores, fazendo-se com que alguns argumentos desenvolvidos aqui se afastem um pouco do que Rawls tenha expressado textualmente. A idéia aqui é, seguindo a sugestão de Vita, ser mais fiel ao espírito da teoria de Rawls do que aos textos dele. A idéia foi acompanhar mais a força dos argumentos do que o texto de Rawls propriamente dito. Acredito, no entanto, que a interpretação que segue seja a mais defensável de sua teoria.

5.1 A questão da estabilidade – da idéia de consenso sobreposto à de razão pública

Como afirmado no capítulo terceiro deste trabalho, Scanlon considera a existência ainda de uma terceira forma de justificação em Rawls, a idéia de razão pública. Para verificar como essa idéia surge, é preciso tecer algumas considerações sobre as reformulações introduzidas por Rawls em sua teoria em *O Liberalismo Político*, e reconstituir, ainda que de maneira esquemática, o seu argumento.²¹⁴

O ponto de partida é a idéia de uma sociedade bem ordenada. Uma sociedade é bem ordenada, para Rawls, quando “todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições básicas da sociedade satisfazem e são reconhecidas como satisfazendo esses princípios”. Três idéias são marcantes aqui. A primeira é a questão da publicidade. Ou seja, em uma sociedade bem-ordenada há uma concepção pública de justiça, consistente no fato de que todos aceitam e sabem que os outros aceitam a mesma concepção pública de justiça. A segunda é que em uma sociedade bem-ordenada, a concepção de justiça é satisfeita, em grande medida, pela estrutura básica da sociedade. A terceira e última, implícita nas duas anteriores, é que os cidadãos de uma sociedade bem ordenada possuem um senso de justiça que os leva a agir em conformidade com as instituições básicas da sociedade.

Dizer que uma sociedade é bem-ordenada significa três coisas: a primeira (e isso está implícito na idéia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (implícita na idéia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica – isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação – está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos tem um senso normalmente efetivo de justiça, e por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Numa sociedade assim, a concepção publicamente reconhecida de

---

²¹⁴ SCANLON, *Rawls on Justification*, pp 157-166

justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas.²¹⁵

Os princípios de justiça escolhidos para reger a estrutura básica da sociedade seriam aqueles definidos pelas partes na posição original. Uma pergunta de segunda ordem aqui exsurge: uma sociedade regida à luz desses princípios de justiça pode ser estável ao longo do tempo? Essa pergunta é importante sob dois aspectos. Em primeiro lugar, as partes na posição original preferem escolher princípios de justiça mais estáveis do que os menos estáveis. Em segundo lugar, a questão não é só empírica, de saber se uma sociedade regida pelos princípios de justiça escolhidos na posição original pode alcançar estabilidade ao longo do tempo, mas sim que ela o faria pelas razões corretas.²¹⁶ Isto é, os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada endossariam a concepção de justiça pelo fato dela levar a uma estabilidade que pode ser defendida normativamente. A questão é, há boas razões para defender a estabilidade da concepção de justiça?

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls defende, dentre outras, a seguinte resposta a essa pergunta, consistente na congruência entre as exigências da justiça e as exigências de bem dos indivíduos. As pessoas, em uma sociedade ordenada de acordo com os dois princípios de justiça, endossariam tal concepção de justiça, pois esta, em última instância, seria aquela também endossada por cada cidadão autonomamente, considerando sua natureza de seres livres e racionais. Isso porque, o bem supremo humano se constituiria como expressão de um ser moral, livre e igual. Em outras palavras, o bem dos indivíduos, em última instância, consiste em ser livre e igual. Dessa forma, se o que os indivíduos querem é ser livres e iguais, esta concepção de bem seria congruente com a justiça como equidade, pois esta seria a que garantiria às pessoas autonomia para viver sua concepção de bem, principalmente tendo em vista a prioridade que esta concede à liberdade. Dada essa congruência, a justiça como equidade seria estável. Nota-se que essa defesa da estabilidade é normativa. Isto é, são dadas razões para que a justiça como equidade seja estável. A justiça como equidade é estável porque ela condiz com o desejo último das pessoas em serem livres.²¹⁷

Posteriormente, Rawls concluiu que esse argumento seria incompatível com o fato do pluralismo razoável. Isso porque, a defesa da estabilidade conforme o argumento de

²¹⁵ RAWLS, *O liberalismo político*, p. 79.

²¹⁶ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 288, n. 19.

²¹⁷ Rawls, *Uma teoria da justiça*, cap. IX.

Uma Teoria da Justiça dependeria de uma teoria controversa sobre o bem das pessoas, o bem como autonomia. Como explica Vita, “uma concepção do bem como autonomia individual, para caracterizá-la em termos muito breves, coloca uma forte ênfase na capacidade da pessoa escolher seus próprios fins”.²¹⁸ Em uma sociedade marcada pelo pluralismo de concepções de bem, na qual devem conviver pessoas que endossam doutrinas divergentes e inconciliáveis, uma concepção pública de justiça justificada nesses termos, ou seja, fundamentada no bem como autonomia individual, seria “discriminatória em relação a pessoas que se sentem perfeitamente à vontade vivendo de acordo com os preceitos da verdade revelada ou de formas tradicionais de autoridade”.²¹⁹ No exemplo de Vita, no qual pessoas encontram seu bem em uma vida vivida conforme a verdade revelada, o bem supremo dessas pessoas não residiria, em hipótese alguma, na sua condição de seres livres, mas sim de filhos de Deus e obedientes a este. Nesse caso, uma vida boa não é aquela vivida em liberdade, mas sim vivida de acordo com os preceitos da verdade revelada por Deus, o que não pressupõe, necessariamente, qualquer idéia de autonomia.²²⁰ Como bem resume Vita, “ter autonomia – ou liberdade – para praticar sua concepção do bem não deve ser confundido com praticar uma concepção do bem como autonomia individual”.²²¹

Essa ambigüidade ou problema que Rawls teria verificado em *Uma Teoria da Justiça*, ele busca solucionar em *O Liberalismo Político*. Seu objetivo passa a ser, então, o de desenvolver o argumento de que os dois princípios de justiça podem ser justificados, tendo em vista o problema da estabilidade, de uma forma compatível com o pluralismo razoável. Nota-se que a ênfase é colocada no segundo momento da justificação dos princípios de justiça. Essa revisão não carece, portanto, necessariamente, de uma reformulação na defesa dos dois princípios de justiça, mas apenas na forma de se argumentar em favor da estabilidade deles. É a partir do problema da estabilidade que

---

²¹⁸ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 280.

²¹⁹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 280.

²²⁰ Em *Uma Teoria da Justiça* são encontrados argumentos para a estabilidade que prescindem dessa interpretação kantiana. Por exemplo, o princípio de diferença é estável porque não realiza exigências excessivas para os indivíduos, especialmente para aquele pior posicionado; a idéia de psicologia moral razoável, consistente no fato de que as pessoas tratadas de forma justa tendem a tratar com reciprocidade as outras pessoas. Dessa forma, mesmo que essa interpretação kantiana representasse uma afronta à idéia de pluralismo, poder-se-ia simplesmente abandoná-la, sendo que as duas outras seriam uma defesa consistente da estabilidade da concepção de justiça. Uma idéia, ainda, pode ser considerada. Uma vez que a concepção de justiça tenha sido definida, nada impede que sua estabilidade seja defendida também coercitivamente. Dado que a concepção de justiça é a mais defensável, haveria, por consequência, razões para defendê-la coercitivamente. Esse ponto se relaciona com a idéia de legitimidade e os limites da coerção na teoria da justiça, que será trabalhado adiante (seção 5.3).

²²¹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 280.

Rawls coloca a ênfase ao valor da tolerância liberal e introduz a idéia de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis sobre o bem. A seguir, essas idéias serão esclarecidas.

Voltando, então, para a idéia de uma sociedade bem-ordenada. Nela, ainda que todos os cidadãos endossem a mesma concepção política de justiça, não é necessário que eles o façam pelas mesmas razões. Isso não retira, contudo, a possibilidade de que a concepção política de justiça seja o padrão público a partir do qual as reivindicações de justiça possam ser avaliadas. A idéia de que a concepção pública de justiça seja objeto de um consenso sobreposto é que, a despeito dela não ser alicerçada em uma doutrina abrangente, ainda que razoável, ela pode ser defendida pelos cidadãos a partir de sua própria concepção de bem. É, portanto, a partir da doutrina abrangente que cada um afirma a concepção política de justiça.²²²

Dado o fato do pluralismo, cada indivíduo endossa uma concepção de bem, isto é, uma doutrina abrangente e razoável. No entanto, a concepção política de uma sociedade bem-ordenada é, por sua vez, endossada por cada indivíduo, a partir de sua própria concepção de bem. A concepção política, então, passa a ser objeto de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis. Como argumenta Rawls, “nesse tipo de consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico. A unidade social baseia-se num consenso sobre a concepção política; e a estabilidade é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, e as exigências da justiça não conflitam gravemente com os interesses essenciais dos cidadãos, tais como formados e incentivados pelos arranjos sociais dessa sociedade”.²²³

É preciso resolver uma ambigüidade que talvez esteja latente. A concepção de justiça é auto-sustentável. Isto é, ela não se sustenta a partir das concepções de bem dos cidadãos ou a partir de uma doutrina abrangente do bem específica. Ela é justificada por suas próprias razões, por ser aquela mais razoável, sendo aceitável perante indivíduos que se consideram como livres e iguais.

Não consideramos as doutrinas abrangentes que de fato existem para em seguida montarmos uma concepção política que consiga um ponto de equilíbrio entre elas e que

²²² Rawls, *Justiça como equidade*, parte I, seção 11.2.

²²³ RAWLS, *O liberalismo político*, 179-0.

seja expressamente elaborada para obter sua adesão. Fazer isso implicaria fazer com que a concepção fosse política no sentido errado. Pelo contrário, perguntamo-nos sobre como articular uma concepção de justiça para um regime constitucional que seja defensável em si mesma e que, ao mesmo tempo, possa ser endossada por aqueles que apóiam ou poderiam ser levados a apoiar esse tipo de regime. [...] Isso conduz à idéia de uma concepção política de justiça que não pressuponha nenhuma visão abrangente específica, podendo conseqüentemente ser apoiada por um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis que seja duradouro, se as circunstâncias forem favoráveis e houve tempo suficiente para que ela conquiste apoio.²²⁴

Porém, apesar de ser auto-sustentável, a partir do momento em que se verifica que a concepção de justiça pode ser objeto de um consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes e razoáveis existentes em uma dada sociedade democrática, esta pode alcançar estabilidade. A estabilidade se dá em razão da possibilidade da concepção pública de justiça vir a se tornar objeto de um consenso sobreposto. Nesse sentido, a concepção pública de justiça pode ser defendida por cada um a partir de sua própria concepção de bem, sendo, por essa razão, estável. A concepção de justiça mais estável, nesse sentido, é aquela que, dentre outras razões, respeita a condição igual de cada um por sua neutralidade às concepções de bem de uma sociedade plural.

Nota-se que o consenso sobreposto é possível entre doutrinas abrangentes e razoáveis. Entre doutrinas não razoáveis como, por exemplo, algumas formas de vida anti-semitas ou racistas, não pode haver consenso sobreposto. É preciso, portanto, esclarecer, no que consiste ser razoável e, em grande medida, essa idéia está relacionada com o fato das pessoas admitirem os limites do juízo. Segundo Rawls, o desacordo que leva ao pluralismo existe, em grande medida, em razão dos limites do juízo. Ser razoável implica, portanto, reconhecer os limites do juízo e aceitá-los como limites da argumentação pública. Para Rawls, são seis os limites do juízo: (i) conflituosidade e complexidade das evidências empíricas e científicas relativas aos juízos; (ii) discordância profunda em relação à importância relativa dos argumentos; (iii) vagueza, indeterminação e ambigüidade dos conceitos que gravitam em torno de um juízo; (iv) subjetividade na avaliação das evidências, pois “numa certa medida (não sabemos qual exatamente), nossa forma de reconhecer a evidência e pesar valores morais e políticos é moldada por toda a nossa experiência, por todo o curso de nossa vida até o momento; e as totalidade de nossas

---

²²⁴ Rawls, *Justiça como equidade*, p. 52.

experiências sempre diferem.”; (v) dificuldade na avaliação global quando em jogo diferentes tipos de considerações normativas de pesos diferentes em ambos os lados de uma controvérsia; e (vi) dificuldade em realizar uma seleção dos valores morais e políticas que podem ser realizados numa controvérsia, sendo difícil estabelecer as prioridades necessárias.²²⁵

Uma pessoa razoável, a despeito de professar uma determinada concepção de bem, reconhece os limites do juízo, e por isso respeita as discordâncias existentes em uma sociedade democrática. Já que os indivíduos discordarão em relação ao que é verdadeiro, a concepção de justiça não deve promover, a princípio, uma verdade específica, sob pena de ofender a igualdade humana, considerando as duas capacidades morais das pessoas. Sendo assim, a concepção de justiça não deve ser, estritamente falando, a mais racional, mas sim a mais razoável. Há, evidentemente, rejeição às teses positivistas e a concepção de objetividade destes.²²⁶ Para Rawls, no entanto, a objetividade deve ser concebida de uma forma bastante distinta:

As convicções políticas (que também são, evidentemente, convicções morais) são objetivas – baseadas de fato numa ordem de razões – quando pessoas razoáveis e racionais, suficientemente inteligentes e conscienciosas no exercício da faculdade da razão prática e cujo raciocínio não exhibe nenhum dos defeitos comuns do raciocínio, acabam por endossá-las, ou por reduzir significativamente suas diferenças em relação a elas, desde que essas pessoas conheçam os fatos relevantes e tenham examinado suficientemente os argumentos relacionados à questão em condições favoráveis à cuidadosa reflexão.²²⁷

A partir do momento em que a ênfase é colocada no conceito de razoável, a pergunta que surge é, porque não tratar com a verdade? Essa pergunta deve ser mais bem esclarecida. Como dito, o objetivo é encontrar uma concepção de justiça para estabelecer os justos termos da cooperação social. Trata-se, evidentemente, de um problema da máxima urgência. Por isso, seria natural se buscar a concepção de justiça verdadeira, não se contentando com uma que fosse “meramente” razoável. Para melhor compreender esse ponto é preciso distinguir o racional do razoável, distinção esta que é trabalhada pelo próprio Rawls:

²²⁵ RAWLS, *O Liberalismo Político*, conferência II, § 2.

²²⁶ VITA, *Apresentação da edição brasileira de Uma teoria da justiça*, pp. XII-XIII.

²²⁷ RAWLS, *O Liberalismo Político*, pp. 165-6.

Saber que as pessoas são racionais não requer saber os fins que procurarão realizar, só que procurarão realizá-los de forma inteligente. Saber que as pessoas são razoáveis no tocante aos outros significa saber que estão dispostas a orientar sua conduta por um princípio a partir do qual elas e outras podem raciocinar conjuntamente; e as pessoas razoáveis levam em conta as conseqüências de suas ações sobre a felicidade dos outros. A disposição de ser razoável não deriva do racional, nem se opõe a ele, mas é incompatível com o egoísmo, pois está relacionada com a disposição de agir moralmente.²²⁸

Rawls argumenta que o liberalismo político não é cético em relação à verdade. Posiciona-se, no entanto, de uma forma imparcial ou neutra. Lembrando que a busca por uma concepção de justiça aqui está limitada ao domínio do político. Ou seja, não se busca uma concepção de justiça que possa valer para o domínio da vida, mas sim para a estrutura básica da sociedade. A sociedade, por sua vez, é formada por pessoas consideradas como iguais, em um ambiente plural em relação às doutrinas abrangentes do bem. Uma concepção de justiça calcada na verdade não é apta para lidar como esse fato genérico sobre a sociedade. Nesse sentido, sabe-se de antemão que se pretende estabelecer os justos termos da cooperação social entre pessoas discordantes justamente em relação àquilo que lhes é mais valioso e verdadeiro. Se não houvesse o pluralismo, bastaria reger a sociedade a partir de critérios estritamente racionais, mediante a ordenação de meios para a realização do fim último estabelecido de antemão. Como não há tal acordo em relação ao fim último da sociedade, a concepção de justiça deve ser imparcial ou neutra em relação às concepções de bem das pessoas. Diante disso, ela não pode ser racional, mas apenas razoável.

Sendo assim, a concepção de justiça, estritamente falando, não é racional, uma vez que, para ser racional, faz-se necessário pressupor algum bem que a sociedade pretenda maximizar. Um exemplo pode ajudar a elucidar esse ponto. Pegue-se o homem religioso. Sua verdade é que uma vida somente é dignamente vivida em comunhão com Deus e com a verdade revelada nos textos sagrados. Uma sociedade regida à luz dessa concepção de bem, seria racional, por exemplo, destinar todos os recursos escassos da sociedade em pesquisas em torno da veracidade dos textos sagrados. Nesse sentido, a concepção de justiça será racional na medida em que realizar o correto cálculo de meios para se atingir aquele fim específico definido de antemão. A concepção de justiça não deve ser racional nesse sentido, uma vez que ela deve respeitar as pessoas como iguais, considerando o fato

---

²²⁸ RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 92.

do pluralismo. Uma concepção pública de justiça deve ser neutra em relação às concepções de bem, tendo em vista o status da igual cidadania e o fato do pluralismo. Isso implica que ela seja razoável, e não puramente racional.

O ponto é, ser razoável implica ter consideração pela posição específica do outro. Saber que o outro possui uma concepção de bem discordante de sua própria, mas que ainda assim é valiosa e incomensurável, e estabelecer os justos termos da cooperação a partir disso, é ser razoável. Cada pessoa possui a capacidade de estabelecer seu próprio bem e fazer julgamentos de justiça a partir disso. Portanto, dado o fato do pluralismo e respeitando as duas capacidades morais dos indivíduos, uma concepção pública de justiça não pode ser, estritamente falando, racional, mas sim razoável, ou, em outras palavras, deve ser justificável perante essas pessoas, consideradas como livres e iguais.

Aqui, então, pode ser estabelecida a conexão entre a idéia de um consenso sobreposto e a idéia de razão pública. Dados os limites do juízo e a necessidade de se pautar em critérios razoáveis, e não em conformidade com a verdade, pois esta, em última instância, pode se colocar em confronto com a verdade que cada um professa, é preciso que, quando em jogo questões de justiça básica, as pessoas argumentem em bases razoáveis. E aqui Rawls introduz a idéia de razão pública, a partir da idéia da posição original. Na posição original, as partes realizam um acordo sobre os princípios de justiça política para a estrutura básica da sociedade. A seguir, as partes firmariam um segundo acordo, “sobre as diretrizes da discussão pública e sobre que critérios decidem que informações e conhecimentos são relevantes na discussão de questões políticas, pelo menos quando estas envolvem elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica”.²²⁹ As partes firmam esse acordo, portanto, tendo em vista a exigência de que as pessoas, na deliberação política, devem oferecer razões que sejam justificáveis perante todos. Nesse sentido, ficam excluídos argumentos alicerçados em doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes.

A noção de razão pública é bastante intuitiva. Ela é basicamente o modo pelo qual a sociedade deve tomar as suas decisões. Assim, quando os cidadãos decidem nos fóruns públicos de debate, não devem fazê-lo apelando a doutrinas abrangentes do bem. Dessa forma, a razão é pública em três sentidos: “enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos

pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base.”²³⁰ Destaque-se que a razão pública é o modo pelo qual as decisões políticas devem ser tomadas, e não como de fato elas são. Por isso, há uma urgência maior para sua incidência nas questões envolvendo os elementos constitucionais essenciais e nas questões de justiça básica, ainda que seja “muito desejável mesmo, resolver as questões políticas através da invocação dos valores da razão pública.”²³¹ Segundo Rawls, a Suprema Corte de um país que adota um regime de revisão judicial é o paradigma da razão pública.²³²

Há uma ambigüidade latente aqui. Scanlon coloca a idéia de razão pública como uma forma de justificação dos princípios de justiça. Rawls, por sua vez, argumenta que o ideal de razão pública seria derivado de um acordo realizado pelas partes na posição original. Dizer, então, que a razão pública é uma forma de justificação envolve, nesse sentido, alguma circularidade – em última instância o ideal de razão pública estaria fundado na própria razão pública. É preciso esclarecer, então, tal ambigüidade. Esse será o objeto das duas próximas seções.

Na primeira delas, verificar-se-á como se pode justificar princípios de justiça de uma forma neutra em relação às concepções abrangentes e razoáveis do bem. Essa forma de justificação está relacionada à fundamentação intuitiva ou informal, apresentada na seção 3.1.3. Argumentar-se-á que o critério substantivo de arbitrariedade moral ali apresentado está relacionado a um padrão de não-rejeitabilidade razoável. Isto é, dado que os princípios de justiça devem ser justificados a todos, eles devem estar fundamentados em razões que ninguém poderia razoavelmente rejeitar, levando a um acordo unânime. Para tanto, devem ser apresentadas razões que não partam de uma doutrina abrangente específica. Na seção seguinte, verificar-se-á como esse padrão rígido de legitimidade faz com que o ideal de razão pública seja muito menos restritivo do que ele aparenta ser. Dessa forma, a razão pública que, a princípio, é equiparada a esse ideal de não-rejeitabilidade razoável, é, de uma certa forma, alargada.

A ambigüidade acima mencionada estará resolvida, dessa forma, tendo em vista que os princípios de justiça se justificam a partir desse padrão de não-rejeitabilidade razoável que, de fato se trata de um exercício de razão pública, mas que não se reduz a esta. Pois, é o que se argumentará, as partes aceitariam que as deliberações públicas

---

²²⁹ Rawls, *Justiça como equidade*, p. 126.

²³⁰ RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 262.

²³¹ RAWLS, *O Liberalismo Político*, seção VI-§1.

²³² RAWLS, *O Liberalismo Político*, seção VI-§6.

também levem em conta, dependendo da questão envolvida, razões “cheias” de boa vida, isto é, dependentes de doutrinas abrangentes do bem. Isso, no entanto, não estaria em confronto nem com o ideal de neutralidade e de tolerância liberal, tampouco com o ideal de razão pública. Mas certamente acarretará um alargamento do que Rawls inicialmente pensou para esta última.

5.2 A justificação dos princípios de justiça e o ideal de imparcialidade liberal

Na seção precedente, buscou-se enfatizar a questão da tolerância liberal, isto é, o modo pelo qual as instituições de uma sociedade democrática colocam-se de maneira neutra perante as doutrinas abrangentes professadas por seus cidadãos. Ou seja, a partir do fato do pluralismo, a questão de como se defender uma concepção de justiça para reger a estrutura básica de uma sociedade democrática ganha um novo ponto de vista. A pergunta, agora é, como alcançar um acordo em torno de questões de justiça básica em uma sociedade dividida em torno do que cada um julga ser mais valioso para suas vidas?

A partir do momento, então, que a ênfase é colocada no fato do pluralismo e na idéia de tolerância, o argumento em favor dos princípios de justiça se modifica. Retorna-se, então, à idéia de justificação. Lembrando que o objetivo de Rawls é definir e defender uma concepção de justiça. Da perspectiva da teoria interpretativista de Dworkin, a definição de uma concepção de justiça envolveria, em última instância, que seja encontrado o valor de um valor. A seção precedente enfatizou, no entanto, a questão da neutralidade, colocando em foco a necessidade de que os princípios de justiça sejam justificados de forma independente de uma específica doutrina abrangente do bem.

Esse ideal de neutralidade, tal como pensado por Rawls, é, em alguma medida, problemático, pelo menos do ponto de vista de Dworkin. Como visto, para este, na definição de uma determinada concepção de um conceito político, é inescapável que o intérprete se valha, em última instância, de uma concepção de bem abrangente. Afinal, o valor de um valor somente pode ser apreendido a partir de sua localização em uma extensa rede de valores que compõe a paisagem moral e ética do indivíduo. Ou seja, somente podemos definir o que verdadeiramente é a justiça, compreendendo quais aspectos de uma concepção de bem são enriquecidos em razão de uma determinada concepção de seu valor.

A concepção de bem, para Dworkin, funciona como a estrutura de sentido segundo a qual a concepção de um conceito político pode ser construída. O caso do direito, por

exemplo. A concepção de direito somente pode ser empreendida a partir do valor do qual esta prática é portadora. Esse valor foi colocado por Dworkin como o valor da legalidade. Por sua vez, é preciso que seja definida uma concepção de legalidade, que pode ser a integridade, a eficiência ou a precisão. A definição da concepção desse valor político somente poderia ser apreendida na medida em que tal valor é inserido na cúpula geodésica dos valores. Em outras palavras, é preciso detectar o valor de um valor de forma integrada à concepção de bem do indivíduo, definindo qual concepção desse valor é mais enriquecida à luz de sua ética.

No entanto, como visto na seção precedente, Rawls argumenta que a definição da concepção dos valores políticos, como a justiça e o direito, deve ser realizada tendo em vista o fato do pluralismo. Os valores políticos devem ser definidos de forma neutra em relação às concepções de bem, sob pena de se infringir a condição de igual de cada indivíduo. Colocada as duas idéias em confronto, Rawls poderia estar diante de um dilema. Se a razão for dada à Dworkin, Rawls não poderia definir uma concepção de justiça neutra nesse sentido, pois, para o primeiro, é inescapável que qualquer concepção se valha, em última instância, de uma doutrina abrangente do bem, ou então Rawls deveria admitir que seu argumento não é neutro, e se vale, assim como Dworkin, de uma concepção também abrangente.

O argumento de Rawls, no entanto, segue em outra direção. Em linhas gerais, ele nega que a definição de a concepção de um valor político tenha que se valer, necessariamente, de uma doutrina abrangente do bem. Ao invés dele se pautar em uma doutrina abrangente para definir sua concepção de justiça, seu ponto de partida é a estipulação de uma concepção política de pessoa. Ou seja, ele propõe uma concepção de bem e de pessoa totalmente política e instrumental, de modo a fornecer, utilizando o vocabulário dworkiano, a estrutura de sentido que a interpretação pode seguir adiante. Segue, então, o argumento de Rawls a partir da concepção política de pessoa, demonstrando como este entende ser possível que a definição de um conceito político não tenha que se valer de uma doutrina abrangente do bem.

Rawls afirma que toda pessoa é dotada de duas faculdades morais. A primeira delas é que cada pessoa tem a capacidade de ter uma concepção do bem. Em outras palavras, cada pessoa tem a capacidade de definir para si a sua própria moralidade e a forma de vida que lhe seja mais valiosa. Cada pessoa tem a capacidade de ter para si uma doutrina

abrangente do bem, seja ela religiosa ou filosófica.²³³ Cada um estabelece um plano de vida para si mesmo e investe seus recursos na realização desse plano. Tem-se, por exemplo, o exemplo do homem político, para o qual uma vida é valiosa de ser vivida somente quando ele pode agir em destaque no cenário político. Ou ainda a concepção de vida religiosa, na qual somente a vida em comunhão com Deus é digna de ser vivida. Na concepção política de pessoa não importa qual seja essa concepção de bem. Importa apenas saber que ela tem uma.

Cada pessoa possui também a capacidade ter um senso de justiça, e fazer suas próprias avaliações em relação ao justo, sendo esta a sua segunda faculdade moral. Para Rawls, todos nós temos, a partir de determinada idade, capacidade intelectual necessária para possuir um senso de justiça. A variedade de juízos ponderados que as pessoas conseguem emitir é praticamente infinita, e raramente as pessoas não possuem condições de emitir uma opinião. Certamente que essa capacidade é complexa, e envolve, não raramente, juízos antagônicos entre si. Apesar disso, toda pessoa possui a capacidade de desenvolver um senso de justiça, sendo esta a sua segunda capacidade moral.²³⁴ Aqui também não importa qual seja esse senso de justiça, mas apenas pressupor que a pessoa tenha um.

Acrescente-se também que cada pessoa possui as faculdades da razão. Ou seja, cada pessoa é capaz de por si só julgar, pensar e fazer inferências, inclusive de modo associado às duas faculdades morais anteriormente citadas.²³⁵ Em resumo,

como as pessoas podem participar plenamente de um sistema equitativo de cooperação social, atribuímos a elas duas faculdades morais associadas aos elementos da idéia de cooperação social citados acima, quais sejam, a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem. Senso de justiça é a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos da cooperação social, de aplicá-la e de agir de acordo com ela. [...] A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal, ou bem.²³⁶

²³³ RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 62: “A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal, ou bem.”

²³⁴ Esta é a concepção política de pessoa, estabelecida em Rawls, *O Liberalismo Político*, conferência I, § 5.

²³⁵ RAWLS, *O Liberalismo Político*, pp. 61-2.

²³⁶ RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 62.

Sendo assim, pelo fato de cada pessoa possuir em um grau mínimo as duas faculdades morais, mais as faculdades da razão, as pessoas são consideradas como iguais, estando aptas a serem membros normais e cooperativos da sociedade por toda a vida. As pessoas são, portanto, intrinsecamente iguais e ao se estabelecerem em sociedade devem encontrar um ponto equitativo segundo o qual a cooperação pode se desenvolver. O papel da justiça, como já dito, é equacionar esse empreendimento cooperativo.

Se as pessoas possuem uma concepção de bem, mas não sabem qual é, como então definir o modo pelo qual os recursos derivados da cooperação, se não se pode definir o que as pessoas irão desejar? A resposta para essa pergunta já foi apresentada no capítulo 3.1.2.4, e consiste na idéia de bens primários. Os bens primários são introduzidos no argumento justamente para definir, em linhas gerais, o que será distribuído pela sociedade. O que está por trás da idéia de bens primários é que cada um preferirá uma maior quantidade de bens primários, independentemente de qual seja sua concepção de bem. Por isso os bens primários são polivalentes. Ou seja, eles podem ser utilizados na consecução de qualquer objetivo de vida.

Falta, no entanto, definir os critérios de distribuição dos bens primários. A idéia é que a distribuição seja pautada também por critérios neutros em relação às doutrinas abrangentes do bem. Sendo assim, a concepção de justiça a ser adotada para reger os justos termos da cooperação social deve ser aquela que se justifica perante as pessoas, consideradas como iguais, cada uma possuindo sua própria concepção de bem e seu próprio senso de justiça. Dessa forma, a definição dos justos termos da cooperação social deve ser estabelecida de forma razoável. Vale dizer, a concepção de justiça mais adequada, a melhor concepção de justiça, é aquela que se apresente como sendo a mais razoável perante essas pessoas consideradas como livres e iguais.

Voltando, então, à idéia de razoabilidade definida na seção precedente. Ser razoável é reconhecer os limites do juízo, e saber que cada um professará uma verdade que pode ser discordante da sua própria. Mas é preciso ir além. O objetivo aqui é estipular os princípios de justiça para reger a estrutura básica da sociedade. Isto é, deseja-se firmar diretrizes para a utilização do poder coercitivo da sociedade. Como esta é formada por indivíduos livres e iguais, cada uma professando uma doutrina abrangente do bem que é divergente daquela professada pelos demais, o poder político deve ser justificado de modo neutro ou imparcial a todos. Há, portanto, uma necessidade de que haja um acordo unânime. Porém, ao invés de nos perguntar o que todos devem aceitar, iremos nos perguntar o que cada um não tem

justificativa razoável para rejeitar. O que cada um irá aceitar depende de uma avaliação de interesse próprio, impossibilitando que seja alcançado um acordo unânime. Já em relação ao que ninguém pode razoavelmente rejeitar, leva-se em consideração os interesses de todos. Como esclarece Vita,

Em vez de nos perguntarmos pelo que cada um pode aceitar, tendo em vista somente seu interesse próprio, perguntamo-nos pelo que cada um não tem como rejeitar se considerar equitativamente os interesses de todos aqueles (incluindo a si próprio) que deverão conduzir suas vidas sob uma mesma estrutura institucional. A justificação deve ser conduzida, agora, de um ponto de vista adequadamente construído de imparcialidade moral.²³⁷

Como sugere Vita, essa idéia se aproxima do dispositivo da posição original. Vale dizer, a posição original é concebida por Rawls para testar o que as pessoas não podem razoavelmente rejeitar. A posição original objetiva alcançar um acordo unânime em torno de princípios de justiça que ninguém irá razoavelmente rejeitar. Caso os princípios estejam fundamentados em uma doutrina abrangente do bem, eles não passariam nesse teste de não-rejeitabilidade razoável. Daí o dispositivo do véu de ignorância, como forma de neutralizar as concepções de bem de cada um no acordo em torno dos princípios de justiça. De fato, princípios alicerçados em uma doutrina abrangente específica não seriam aceitos na posição original justamente por não respeitar a condição igual de cada um, mesmo que eles derivem de uma concepção liberal abrangente. Como dito anteriormente, princípios de justiça fundamentados em uma doutrina abrangente do bem como autonomia entra em confronto com a concepção de bem de alguns, por exemplo, daqueles cujo bem maior seja a deferência a algumas formas tradicionais de autoridade. Além disso, caso os princípios de justiça definisse uma distribuição dos recursos a partir de critérios arbitrário, eles também seriam universalmente rejeitados.

Como se nota, a argumentação nesse ponto encontra o argumento informal ou intuitivo, construído a partir da idéia de igualdade e do critério de arbitrariedade moral. Dessa forma, esse critério pode ser visto, agora, a partir de uma exigência de justificação universal dos princípios de justiça. Isto é, ninguém teria razões para rejeitar princípios de

---

²³⁷ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 186. Essa interpretação da teoria de Rawls é desenvolvida em detalhes e defendida energeticamente por Brian Barry, *Theories of Justice*, cap. VII.

justiça que determinem apenas critérios não-arbitrários de distribuições dos bens primários da sociedade.

Aqui se estabelece a conexão entre a justificação dos princípios de justiça (posição original e argumento intuitivo) e a idéia de neutralidade e tolerância liberal. Como se nota, Rawls apresenta uma forma consistente de se definir uma concepção de justiça sem recorrer a uma doutrina abrangente do bem. Fica claro, então, no que consiste sua divergência com Dworkin. Esse debate será retomado no capítulo sexto. Antes de seguir adiante, é preciso desenvolver um pouco mais esse ideal de imparcialidade sustentado por Rawls.

5.3 O princípio da legitimidade liberal de Rawls e a idéia de razão pública

Na seção precedente, esclareceu-se como o fato do pluralismo impõe um padrão rígido de não-rejeitabilidade razoável das razões que fundamentam os princípios de justiça, se se quiser respeitar a condição igual de cada um. Ao final da seção 5.1, no entanto, mencionou-se que esse padrão seria distinto do ideal de razão pública. Na verdade, a exigência de não-rejeitabilidade razoável faz com que o ideal de razão pública seja muito menos restritivo do que, a princípio, talvez Rawls tenha pensando para ela. Essa seção buscará esclarecer essa idéia.

Retomando, então, o argumento da seção precedente. A razão pública é uma exigência, em última instância, derivada da idéia de legitimidade. Dado que o poder político é coercitivo, num regime democrático ele é derivado, em última instância, do poder do público. Vale dizer, o poder político é o poder dos cidadãos, considerados como livres e iguais, em um corpo coletivo. Por essa razão, seu exercício deve ser justificado perante todos. Trata-se do princípio de legitimidade liberal, assim definido por Rawls:

Nosso exercício de poder político é inteiramente apropriado somente quando está de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais se podem razoavelmente esperar que todos os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, endossem à luz de princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum. Esse é o princípio liberal de legitimidade. A essa definição acrescentamos que todas as questões tratadas pela legislatura que digam respeito aos elementos essenciais ou a questões básicas de justiça, ou que sobre eles incidam,

também devem ser resolvidas, tanto quanto possível, pelos princípios e ideais que podem ser endossados da mesma forma.²³⁸

O princípio de legitimidade liberal exige que o uso do poder coercitivo do Estado possa ser justificado perante todos os cidadãos, todos considerados como livres e iguais. Dado o fato do pluralismo razoável, o uso do poder coercitivo deve estar justificado por razões públicas, não alicerçadas em uma doutrina abrangente do bem. A razão pública é vista, nesse sentido, como uma exigência da legitimidade. Afinal, o uso coercitivo do poder público deve ser justificado perante todos os cidadãos, independente da doutrina abrangente que ele professa.

Aqui, no entanto, parece que o ideal de tolerância liberal exigiria imparcialidade demais, impossibilitando a tomada de qualquer decisão política. Seria preferível, então, defender um Estado mínimo? Afinal, qualquer decisão política justificada fazendo-se referência a uma determinada concepção de bem seria uma ofensa ao status da igual cidadania. A resposta para essa pergunta é, no entanto, negativa, pois o ideal de tolerância apenas limita o âmbito de questões com as quais deve se buscar o acordo unânime. Como sustenta Vita, “uma vez que o pluralismo de valores é quase intratável, do ponto de vista político, só podemos ter alguma esperança de chegar a uma forma não-arbitrária de lidar com o pluralismo moral reduzindo drasticamente o âmbito de questões com respeito às quais podemos esperar que um acordo razoável possa ser alcançado”.²³⁹

Ou seja, haverá um leque de questões que devem ser tomadas justificando-as a partir desse padrão rígido de não-rejeitabilidade universal. Por outro lado, haverá um outro leque de questões que, mesmo nos fóruns de deliberação pública, será, não só admitido, mas também como desejável, que sejam dadas razões mais “cheias” de boa vida. Como diz Vita, exemplificando esse ponto, para determinados tipos de questões, como a questão do nível de proteção ambiental que a sociedade deve fomentar, “queremos ouvir as razões – e, quando for o momento, deliberar de modo informado as questões que se apresentarem – dos que defendem um estilo de vida baseado no consumo e no conforto material e as razões daqueles que defendem um estilo de vida mais austero e em conformidade com a sustentabilidade ecológica. Essas são questões que envolvem conflitos de valor para os

---

²³⁸ RAWLS, *O Liberalismo Político*, pp. 182-3.

²³⁹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 278.

quais não há nenhum terreno neutro possível além daqueles que é propiciado pelos procedimentos de deliberação democrática.”²⁴⁰

Essa estratégia de lidar com o pluralismo por meio da redução do leque de questões a serem resolvidas por meio do acordo unânime, implica qualificar de algumas maneiras o padrão de não-rejeição razoável que é buscado pela posição original. Vale dizer, é preciso definir os tipos de questões nas quais não se busca o acordo unânime, isto é, em relação às quais o critério de não-rejeição razoável não se aplica.²⁴¹ A seguir, então, serão destacados três grupos de qualificações desse critério.

Em primeiro lugar, é algo que já foi dito anteriormente, o objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade. Logo, questões não envolvendo a estrutura básica da sociedade não são abrangidas pelo ideal de acordo unânime. Acredito que a esta altura, a noção de estrutura básica já esteja esclarecida. No entanto, é válido apresentá-la novamente. Rawls assim define a estrutura básica da sociedade:

A estrutura básica da sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo.²⁴²

Como já dito anteriormente, o objeto da justiça social é a estrutura básica da sociedade. E é assim porque suas conseqüências são profundas e estão presentes desde o início da vida dos indivíduos. É a partir da estrutura básica da sociedade que as pessoas podem formular seus planos de vida, e criar expectativas para uma vida vivida naquele plano cooperativo.²⁴³ No entanto, como se nota, a definição da estrutura básica é abstrata, e não oferece critérios precisos para definir quais instituições a compõem. A idéia é que a definição do que vem ou não a compô-la seja realizada a partir de uma série de considerações, à luz do problema em jogo. Nas palavras de Rawls, “temos de verificar, ponderando cuidadosamente, se essa caracterização mais precisa é coerente com nossas convicções refletidas”.²⁴⁴ Ainda assim, é possível indicar, de antemão, alguns componentes

²⁴⁰ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 286.

²⁴¹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, cap. 7.

²⁴² RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 13.

²⁴³ RAWLS, *Uma teoria da justiça*, § 2.

²⁴⁴ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 16. Nota desse excerto transcrito, a preocupação de Rawls em manter-se fiel ao método do equilíbrio reflexivo.

da estrutura básica de uma sociedade democrática, valendo-se, aqui, da formulação realizada por Vita.

Por “estrutura básica da sociedade” devemos entender o seguinte: as normas que distribuem os direitos legais fundamentais, as que determinam as formas de acesso às posições de poder e autoridade; as normas e instituições, incluindo as educacionais, que determinam o acesso a profissões e a posições ocupacionais em organizações econômicas; e o complexo de instituições, incluindo as normas que regulam a propriedade, o direito de herança e o sistema tributário e de transferências, que determinam a distribuição de renda e da riqueza na sociedade. Esse conjunto de normas e instituições constitui o objeto de uma teoria da justiça social.²⁴⁵

Em segundo lugar, o padrão de não-rejeitabilidade razoável somente incidiria em questões relacionadas aos “fundamentos constitucionais” e “questões de justiça básica”.²⁴⁶ Aqui, novamente, qualquer tentativa de definição será abstrata, e dependerá de uma adequada compreensão dos nossos juízos em equilíbrio refletido.²⁴⁷

Para tentar apresentar alguns critérios de definição das questões de justiça básica, Vita segue argumentando a partir da distinção de Dworkin entre princípios e políticas.²⁴⁸ A princípio, todas as questões envolvendo políticas estariam excluídas do padrão rígido de acordo universal. Não é preciso buscar fundamentar a partir da idéia de acordo universal, por exemplo, quais setores da economia deverão ser beneficiados com uma determinada isenção fiscal, objetivando-se o crescimento econômico. Vita, no entanto, alarga esse argumento para excluir da incidência do acordo unânime “todas as decisões políticas que só podem ser justificadas da ótica de determinada concepção do bem”.²⁴⁹ Sendo assim, haverá questões envolvendo também princípios que não deverão ser decididas a partir do critério de não-rejeitabilidade universal. Pode-se afirmar que todas as questões de política

²⁴⁵ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 279.

²⁴⁶ RAWLS, *Justiça como equidade*, p. 128-9: “Estamos preocupados aqui apenas com a maneira como a idéia da razão pública vigora em questões relativas a elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. A maioria das questões legislativas não diz respeito a esses assuntos, embora muitas vezes os impliquem, como, por exemplo, a legislação sobre impostos e leis que regulamentam a propriedade; [...]. Uma análise satisfatória da razão pública mostraria em que medida essas questões diferem de questões fundamentais, e por que as restrições impostas pela razão pública não se aplicam a elas, ou caso o façam, pelo menos não da mesma maneira ou tão estritamente.”

²⁴⁷ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 281.

²⁴⁸ Essa distinção é extraída de *O modelo de regras I*. Ver n. 56, na seção 2.2.1.

²⁴⁹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 283.

estarão excluídas desse critério, assim como algumas, mas nem todas, questões de princípios.

Relacionando esse argumento ao anterior, questões de princípios que não envolvam “fundamentos constitucionais”, “questões de justiça básica” ou, ainda, a estrutura básica da sociedade, não haverá razões para que elas sejam decididas a partir do critério de acordo unânime. Em linhas gerais, estarão excluídas do padrão de acordo unânime, como dito acima, questões de princípios que não podem ser resolvidas senão a partir de uma concepção abrangente do bem. Como salienta Vita,

a consideração de ordem mais geral a ser feita aqui é a seguinte: a norma de neutralidade que deriva do ideal de unanimidade razoável não exclui que um grande número de decisões políticas sejam tomadas com base em razões que só são razões da ótica de concepções específicas e mais “cheias” da boa vida. Uma sociedade pode decidir, por meio de seus procedimentos de deliberação coletiva, que formas de excelência artística, cultural ou científica ela quer e está ao seu alcance promover.²⁵⁰

Esse argumento de Vita, no entanto, conduz a uma idéia de razão pública um pouco distinta daquela defendida por Rawls. Ela é, de fato, muito menos restritiva. Como Vita afirma, “há um sem-número de questões políticas importantes, tais como as que mencionei antes, com respeito às quais os argumentos que se farão representar, na discussão pública, necessariamente se fundamentarão em concepções específicas sobre o que é valioso na vida humana.”²⁵¹

Um exemplo fornecido por Vita é elucidativo desse ponto. Supõe-se que o legislativo aprove uma série de leis para fomentar e subvencionar a dança. Imagine, no entanto, que se eu, sozinho, tivesse que decidir onde investir meus recursos escassos, eles seriam destinados para a criação de escolas de futebol. Nesse exemplo, uma decisão coletiva foi tomada para fomentar um aspecto da vida que uma maioria legislativa julga ser mais valioso. A maioria prefere, no exemplo, cultivar a arte ao invés do esporte. Essa decisão coletiva pode ser vista como me obrigando a fazer algo que eu não faria. Já que o poder coercitivo do Estado é o poder de todos, inclusive o meu próprio, reunidos em um corpo coletivo, todas as suas decisões deveriam poder ser justificadas perante todos. Nesse

---

²⁵⁰ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 284.

²⁵¹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 286.

caso, a decisão da maioria seria ilegítima por ofender a minha igual cidadania, já que se trata de uma decisão que privilegia uma determinada concepção de bem em detrimento de outra? A resposta, no entanto, é negativa. O que importa, nesse exemplo, é que a decisão da maioria tenha sido tomada por meio de um procedimento que pode ser justificado a partir do critério de não-rejeitabilidade universal. A estrutura democrática compõe a estrutura básica da sociedade, e, por conseguinte, para ela se aplica a idéia de acordo unânime. A opção da maioria em subvencionar a dança ao invés do futebol, por sua vez, não deve ser justificada a partir desse padrão estrito de razão pública, derivado do ideal de acordo unânime. Nesse tipo de deliberação política, devem ser ouvidas as mais diversas vozes, e a decisão deve ser tomada iluminada pelas concepções mais “cheias” de boa vida. Se pesados todos os argumentos, a maioria decidir pela subvenção da dança, a decisão é legítima, desde que tomada a partir de um procedimento democrático justificado por razões que ninguém pode razoavelmente rejeitar.

Esse exemplo deixa claro como essa interpretação do liberalismo rawlsiano não é obcecada pela não-interferência na autonomia individual. A idéia é que o status da igual cidadania não é ofendido se a estrutura básica a respeita, ainda que o uso do poder coercitivo do Estado, vez ou outra, privilegie determinadas concepções de bem em detrimento de outras.

Esse exemplo deixa mais evidente a terceira e última das qualificações ao padrão de não-rejeitabilidade universal a serem tecidas. A neutralidade objetivada por essa forma de liberalismo político não é a neutralidade de resultados, mas sim de justificação. No exemplo, o procedimento democrático está justificado de forma neutra em relação às concepções de bem. Outras instituições e direitos, como a liberdade de expressão, o direito ao voto, a propriedade privada, e um outro sem número de questões que envolvem a estrutura básica da sociedade, a justiça básica ou os fundamentos constitucionais, devem ser justificadas também a partir do critério de acordo unânime. As decisões resultantes disso tudo, no entanto, não são necessariamente neutras em relação às concepções de bem. Como no exemplo, a decisão de subvencionar a dança privilegia uma concepção de bem que valoriza a arte em detrimento de uma concepção de bem que valoriza o esporte. Não há neutralidade no resultado. No entanto, o liberalismo rawlsiano objetiva a neutralidade de justificação. E a decisão está justificada em razão do fato dela ser tomada a partir de um procedimento que ninguém pode razoavelmente rejeitar.

Encerra-se essa seção com a transcrição de um excerto, bastante pertinente a esta discussão, extraído de *O liberalismo político* de Rawls e uma consideração em torno dele:

Alguém pode perguntar: por que não dizer que todas as questões em relação às quais os cidadãos exercem seu poder político final e coercitivo uns sobre os outros estão sujeitas à razão pública? Por que seria alguma vez admissível sair de seu âmbito de valores políticos? Respondendo a isso, esclareço que meu objetivo é considerar primeiro o caso mais importante em que as questões políticas dizem respeito às questões mais fundamentais. Se não respeitarmos aqui os limites da razão pública, não será necessário respeitá-los em parte alguma. Se eles se aplicam aqui, podemos então passar para os outros casos. Mesmo assim, admito que, em geral, é extremamente desejável resolver questões políticas invocando os valores da razão pública. No entanto, talvez nem sempre isso seja possível.²⁵²

A discussão levada a cabo na presente seção rivaliza, em alguma medida, com essa concepção de razão pública de Rawls. É possível resumi-la da seguinte forma, de modo a sanar também a aparente circularidade existente na fundamentação da razão pública, mencionada no final da seção 5.1. Há duas concepções de razão pública. A primeira delas se equipara ao ideal de acordo unânime e ao padrão de não-rejeitabilidade razoável. Trata-se de uma concepção restrita de razão pública, na qual somente são admitidas razões neutras em relação às concepções de bem existente em uma sociedade democrática marcada pelo fato do pluralismo. A segunda delas amplia o leque de argumentos que podem ser utilizado na deliberação pública. A razão pública, nesse sentido, admite justificativas alicerçadas em concepções de bem específicas, não sendo apenas admitida, mas também desejável para a tomada de decisões que devem ser iluminadas por razões “cheias” de boa vida. Considerar essa segunda concepção de razão como uma forma de razão pública constitui, nesse sentido, apenas uma questão de nomenclatura.²⁵³ O que está em jogo é uma motivação moral forte das pessoas em oferecer justificativas razoáveis, ainda que cheias de boa vida, aos seus concidadãos, quando da tomada de decisões políticas que envolvem, em última instância, o recurso ao poder coercitivo deles próprios em um corpo coletivo. Como se nota, essa interpretação do liberalismo rawlsiano valoriza os fóruns de deliberação pública existentes em uma sociedade democrática, reconhecendo

²⁵² RAWLS, *O liberalismo político*, p. 264

²⁵³ Para Rawls, razões cheias de boa vida não seriam razões públicas e sim não-públicas. O ponto aqui é, essa concepção alargada de razão pública é defensável normativamente. Ou seja, é justificado por razões normativas que muitas questões da agenda política sejam decididas a partir de razões cheias de boa vida.

como legítimas muitas das decisões que somente encontram justificativa em concepções de bem específicas.

6 O DIREITO E OS LIBERALISMOS DE DWORKIN E DE RAWLS

No capítulo anterior, buscou-se demonstrar em que sentido Rawls limita sua concepção de justiça ao domínio do político. Confrontando esse ponto de vista com a teoria de Dworkin, verifica-se que há, então, uma divergência genuína entre os dois autores. Como explicitado no quarto capítulo, Dworkin entende que a concepção de conceitos políticos importantes, como o direito e a justiça, não podem ser desenvolvidos sem a referência, para utilizar o vocabulário rawlsiano, a uma doutrina abrangente do bem. Isto é, os valores políticos somente podem ser adequadamente compreendidos quando interpretados à luz de uma concepção de bem, que não se limita à moralidade política, mas que se refere, em última instância, ao que torna uma vida valiosa de ser vivida. Dworkin defende, portanto, uma continuidade entre a moral política e a ética. Rawls rejeita esse ponto de vista por entender, pelo menos no que tange à estrutura básica da sociedade, aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica, que a concepção de justiça deve ser justificada de forma imparcial em relação às concepções de bem, sob pena de se ofender o status da igual cidadania.

Essa divergência se evidencia com mais força nas duas concepções distintas da idéia de legitimidade, defendida por cada um dos autores. Para Dworkin, o uso do poder coercitivo do Estado é legítimo quando há obrigações fraternais verdadeiras. Estas, por sua vez, somente existem em uma comunidade de princípios que aceita o ideal de integridade. Já em Rawls, segundo o seu princípio de legitimidade liberal, o uso do poder coercitivo deve ser justificado por razões que ninguém pode razoavelmente rejeitar. Para que isso seja possível, não pode se fundamentar em uma concepção abrangente do bem. Ao discorrer sobre essa idéia no capítulo anterior, viu-se como esse padrão rígido de imparcialidade deve ser atenuado para se aplicar somente à estrutura básica da sociedade, aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica. Isto é, haverá um leque de decisões políticas, que determinem o uso do poder coercitivo oficial, que somente podem ser justificados a partir de uma doutrina abrangente do bem. Argumentou-se que isso não representa ofensa ao princípio de legitimidade liberal.

Não é possível, nesse trabalho, colocar essas duas visões em confronto, sopesar os argumentos, e tomar partido nesse debate. Para tanto, seria necessário se aprofundar nas filosofias políticas de cada um dos autores, o que foge em demasia do escopo dessa

dissertação.²⁵⁴ Aqui, apenas buscou-se desenvolver uma interpretação em torno da gênese de uma teoria, a teoria do direito de Dworkin, a partir da influência decisiva de Rawls. Seguiu-se esse paralelo até o momento em que se encontrou a divergência teórica entre ambos os autores. As diferentes concepções de legitimidade defendida por cada um dos autores é reflexo dessa divergência. Com a discussão realizada nos dois capítulos precedentes, evidenciou-se o momento em que as teorias de Rawls e Dworkin passam a ser incompatíveis entre si.²⁵⁵

Um ponto em comum, no entanto, ainda permanece – o método do equilíbrio reflexivo. Nos dois capítulos precedentes, argumentou-se que, apesar do rumo que cada autor deu à sua teoria, nenhum deles prescinde desse método. Diante disso, pode-se afirmar que a divergência substantiva em torno do limite ou da abrangência na interpretação dos conceitos políticos importantes, como o direito e a justiça, é uma questão de saber qual delas mais bem expressa um equilíbrio reflexivo. Em outras palavras, as melhores concepções de legitimidade e de legalidade serão aquelas que mais bem espelharem nossos juízos e intuições de moralidade política em equilíbrio reflexivo. Qual liberalismo, o abrangente de Dworkin ou o político de Rawls, é mais defensável é uma questão de saber qual dos dois modelos mais bem reflete nossas intuições e juízos ponderados de justiça em equilíbrio reflexivo.

Essa afirmação, no entanto, parece contradizer o que Dworkin pensa sobre sua divergência com Rawls. Dworkin afirma, textualmente, que sua divergência com Rawls é em relação ao próprio método do equilíbrio reflexivo.²⁵⁶ Aqui não se diverge de tal posicionamento. Essa afirmação é derivada da relação intrínseca que existe entre método e questões substantivas. No entendimento de Dworkin, seria uma visão metodológica se se deve ou não limitar o equilíbrio reflexivo ao domínio do político. É certo que o método do equilíbrio reflexivo não conduz a uma única resposta correta. Filósofos engajados nesse método, igualmente capazes e intelectualmente habilidosos, como Rawls e Dworkin, podem chegar a respostas distintas a partir dele.²⁵⁷ E respostas distintas estão relacionadas

---

²⁵⁴ Esse confronto é realizado, por exemplo, por Lilian de Toni Furquim, *O Liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política, da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, 2010.

²⁵⁵ Essa incompatibilidade é apenas parcial, na medida em que ambos defendem uma concepção de justiça que é liberal-igualitária.

²⁵⁶ Ver excerto transcrito na nota 12.

²⁵⁷ A controvérsia não representa óbice à sua objetividade. Ver, nesse sentido, de Dworkin, *Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos* e *Interpretação e objetividade*, ambos em *Uma questão de princípio*.

a uma compreensão distinta do que o próprio método também exige. O que é relevante, da perspectiva do método, é de como a teoria articula as intuições e juízos ponderados de justiça (ou paradigmas do direito) em uma concepção de justiça em equilíbrio reflexivo.

Tendo isso em vista, a questão relevante, seguindo a argumentação desenvolvida no capítulo precedente, é que a divergência entre Rawls e Dworkin gira em torno de como a concepção de justiça deve articular o valor do pluralismo. O pluralismo de concepções abrangentes do bem, é o que se argumentou no capítulo precedente, não constitui apenas um fato contingente das sociedades, mas sim uma condição permanente, derivada do uso das faculdades racionais e morais humanas. Em uma sociedade liberal, que valoriza o livre desenvolvimento das concepções de bem de cada um, o pluralismo é um resultado inevitável, não apenas contingente, mas, em alguma medida, também desejável. Afinal, uma sociedade bem ordenada é também aquela que proporciona o livre desenvolvimento das concepções divergentes de bem dos seus cidadãos, sem ameaças de instabilidade. Dworkin defende, então, que uma comunidade de princípios liberais é a melhor forma para lidar com o fato do pluralismo. Rawls discorda disso, na medida em que, para ele, a estrutura básica da sociedade não pode fundamentar seus princípios de justiça em uma doutrina abrangente liberal.²⁵⁸ Uma doutrina abrangente liberal é diferente de um ideal de imparcialidade em relação às doutrinas do bem. Como afirma Vita, sendo válido repetir, “ter autonomia – ou liberdade – para praticar sua concepção do bem não deve ser confundido com praticar uma concepção do bem como autonomia individual”.²⁵⁹

Colocado o problema por esse ponto de vista, a questão passa a ser de qual das concepções de justiça e de direito mais bem articulam, em equilíbrio reflexivo, os valores relacionados ao fato do pluralismo com os demais valores, como a liberdade e a igualdade. Não é possível solucionar esse problema se não forem colocadas na mesa as respostas substantivas dadas por cada uma das teorias. Ou, para utilizar o vocabulário dworkiniano, sem se aferir qual concepção de justiça mais bem se ajusta às nossas intuições de justiça, e qual delas as coloca em sua melhor luz.²⁶⁰

Como dito, não é possível realizar esse confronto aqui e esse debate já levou esse trabalho para longe de seu centro gravitacional, que são as questões persistentes de

²⁵⁸ Rawls defende que uma sociedade não é nem uma comunidade, nem uma associação. Cf. *O liberalismo político*, conferência I, § 7.

²⁵⁹ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 280.

²⁶⁰ Como visto no capítulo quarto, ajuste e justificação podem ser interpretados como dimensões também do equilíbrio reflexivo. Continuo insistindo aqui na relação que existe entre método e resultado.

filosofia e teoria do geral do direito. Mas isso foi inevitável, a partir do momento em que foi colocado o objetivo de interpretar a teoria do direito de Dworkin. Esta, como visto, defende uma continuidade entre o direito e a moral, seja ela política ou abrangente. Vale dizer, qualquer interpretação do direito deve se valer de uma teoria política. Sendo assim, foi inevitável chegar à filosofia política de Dworkin. E nesta, como visto, ele defende que a teoria política deve ser construída a partir de uma concepção de bem que envolve, em última instância, o que torna uma vida valiosa de ser vivida.²⁶¹ O argumento de Rawls rejeita esse último ponto de vista, mas não há uma incompatibilidade intratável com a teoria do direito de Dworkin. Ou seja, fica claro como o direito pode se valer de uma hipótese política baseada no liberalismo político de Rawls. Ocorre que a melhor interpretação do direito, em última instância, será aquela que também se valha da melhor concepção de justiça.

Para deixar essa última afirmação mais clara, é válido fazer referência ao debate que o próprio Dworkin trava. Ele argumentou que uma das formas de se interpretar o positivismo é encará-lo como uma interpretação do direito que se vale, como hipótese política, do utilitarismo.²⁶² O mesmo poderia ser feito, pelo menos em tese, com o liberalismo político de Rawls. Não terei também a pretensão de fazer isso nessa dissertação, isto é, de articular por completo uma teoria do direito à luz de uma hipótese política alicerçada na filosofia política de Rawls. No entanto, é possível, à luz do quanto desenvolvido até aqui, explorar um pouco as diferenças que podem existir entre um direito fundado em um liberalismo abrangente e um direito fundado em um liberalismo político. Partir da discussão em torno de um problema concreto facilitará essa tarefa. É o que se fará imediatamente, tendo como objeto a questão do casamento entre homossexuais e, principalmente, a questão do aborto. O debate que segue é breve e apresenta os argumentos de forma resumida e esquemática, com o objetivo apenas de ilustrar a discussão teórica realizada nesse trabalho. Trata-se apenas de uma indicação dos caminhos que o direito percorre adotando-se um ou outro ponto de vista.

Imagine-se que o Supremo Tribunal Federal esteja decidindo o pedido de um casal de indivíduos homossexuais para ter sua união oficialmente reconhecida de forma idêntica ao matrimônio entre heterossexuais.²⁶³ Conforme defende Vita, trata-se de um problema

²⁶¹ A concepção de justiça de Dworkin, que não foi trabalhada nesta dissertação, foi por ele desenvolvida, de forma mais completa e estruturada, em seu *A Virtude Soberana*.

²⁶² Dworkin, *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, p. 246.

²⁶³ Por meio, por exemplo, de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental.

localizado entre as questões de justiça básica, segundo o qual se aplica o ideal de unanimidade razoável.²⁶⁴ Seguindo o seu argumento, não se trata de uma questão de política, mas sim de princípio. Mas, como visto no capítulo precedente, isso não é condição suficiente para a incidência do padrão de acordo unânime. No entanto, a questão do casamento entre homossexuais atinge diretamente o direito de propriedade e herança destes. Essa questão envolve, portanto, a estrutura básica da sociedade, isto é, atinge diretamente, dentre outros aspectos, o modo pelo qual a sociedade distribui renda e riqueza, além de constituir um problema de justiça básica. Tendo em vista a idéia de acordo unânime, as partes na posição original acordariam, de antemão, que ninguém deve ser excluído de benefícios da estrutura institucional por razões moralmente arbitrárias, como a opção sexual. A partir do momento em que é concebida uma determinada estrutura institucional que reconhece o casamento civil, com suas implicações no direito de herança e propriedade, ninguém poderia ser excluído de usufruir desses benefícios por razões moralmente arbitrárias, como a opção sexual. Logo, o Supremo Tribunal Federal deveria reconhecer a legalidade do casamento entre homossexuais.

Dworkin também lidou com esse problema em diversos lugares. Em *Levando os direitos a sério*, ele desenvolveu seu argumento a partir da crítica às idéias de Lord Devlin, sobre o relatório Wolfenden, publicado na Inglaterra em 1957. Devlin expressou um argumento contrário à descriminalização do homossexualismo na Inglaterra, partindo da idéia de que a maioria tem o direito de defender seu ambiente social, a partir da moral que ela aceita. O erro grave no argumento de Devlin, sustenta Dworkin, não residiria em sua idéia de que a moralidade da comunidade deveria pesar sobre a decisão, mas sim sobre o que conta para a moralidade. Isto é, a discriminação aos homossexuais, é o que Dworkin sustenta, não seria derivada, em última instância da moralidade da comunidade, mas sim de uma distorção desta. Seu argumento é que se a moralidade for corretamente interpretada, ver-se-á que ela se assenta em uma premissa moral básica, de que todos os cidadãos devem ser tratados com igual consideração e respeito. A partir dessa premissa de igualdade, os homossexuais não poderiam ser alijados de direitos que os heterossexuais possuem. Haveria, portanto, na argumentação de Devlin, um equívoco de interpretação do que conta para a descoberta da moral de uma comunidade.²⁶⁵

²⁶⁴ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 290.

²⁶⁵ DWORKIN, *Liberdade e Moralismo*, em *Levando os direitos a sério*, pp. 391-4.

Esse ponto de vista está de acordo com o direito como integridade de Dworkin. Segundo esse, uma proposição jurídica é verdadeira quando ela é justificada por uma coerência de princípios, considerando, principalmente, a equidade, a justiça e o devido processo legal. Assim, a proposição jurídica “os homossexuais devem ter os mesmos direitos que os heterossexuais” é correta, pois ela constitui a melhor interpretação da prática jurídica. Isto é, ela é resultante de uma articulação íntegra de princípios, de uma comunidade que valoriza o igual tratamento entre seus cidadãos.

Tanto no liberalismo político de Rawls como no liberalismo abrangente de Dworkin, a solução seria idêntica. Isto é, o Estado não poderia usar seu poder coercitivo para alijar os homossexuais dos mesmos direitos que são concedidos aos heterossexuais. Não apenas a solução foi idêntica, mas também foram muito semelhantes os argumentos envolvidos. Em última instância, o que estava em jogo era uma desigualdade derivada de critérios arbitrários, que feria o status da igual cidadania. Esse princípio abstrato de igualdade estaria no centro de uma comunidade de princípios, na visão de Dworkin, e seria o pressuposto de um empreendimento cooperativo entre indivíduos dotados das duas faculdades morais, na visão de Rawls. Como se nota, a estrutura dos argumentos é bastante semelhante.

A questão dos homossexuais é, no entanto, ligeiramente distinta da questão do aborto. Aqui, também, Dworkin se posicionou nesse caso em diversos lugares, sempre defendendo que a Suprema Corte dos Estados Unidos deveria reconhecer o direito da mulher abortar nos primeiros meses da gravidez. Sua argumentação, em linhas gerais, afirma que tanto os defensores como os opositores do aborto estariam no mesmo barco, pois todos defenderiam que a vida é sagrada. Isto é, ambos partilham de um mesmo ponto de vista, de que a vida é intrinsecamente valiosa, e por isso o Estado deveria protegê-la. No entanto, eles divergem se o Estado realizaria esse valor reconhecendo ou não o direito ao aborto. Para Dworkin, não haveria dúvidas de que o governo pode proteger valores que ele considera intrínsecos. Pode, por exemplo, proibir que eu faça reformas em um imóvel de minha propriedade se o governo entender que ele possui um valor arquitetônico histórico que deve ser protegido.²⁶⁶ O argumento de que a decisão individual da mulher fazer aborto só afeta ela mesma não é conclusivo, pois, como ele afirma, “é inevitável que as decisões individuais afetem valores coletivamente compartilhados”. No entanto, existiria algo de

---

²⁶⁶ DWORKIN, *Domínio da vida*, p. 208.

especial em relação ao aborto que proibiria ao governo não reconhecer esse direito às mulheres. Dworkin considera duas razões para isso:

Em primeiro lugar, no caso do aborto, o efeito da coerção a pessoas específicas – as mulheres grávidas – é muito maior. Criminalizar o aborto pode destruir a vida de uma mulher. Proteger a arte, os edifícios históricos, as espécies ameaçadas ou as gerações futuras raramente é tão prejudicial para pessoas específicas, e poderia ser inconstitucional se assim o fosse. Em segundo lugar, nossas convicções sobre como e por que a vida humana tem importância intrínseca, das quais extraímos nossas idéias sobre o aborto, são muito mais fundamentais para a totalidade de nossa personalidade moral do que nossas convicções sobre a cultura ou as espécies ameaçadas, ainda que estas também impliquem valores intrínsecos.²⁶⁷

Essas duas razões do porquê o aborto é uma questão especial sugeriria um princípio de autonomia procriadora. Isto é, dada a relevância das conseqüências de uma gravidez indesejada, o governo deve reconhecer esse princípio, não podendo negar às mulheres o direito de abortar. Esse princípio, segundo ele sustenta, seria derivado do princípio de tolerância religiosa. Isso porque, as visões favoráveis e contrárias ao aborto derivariam de concepções religiosas em torno do valor intrínseco da vida humana. Isto é, entender por que a vida humana possui valor intrínseco constitui um tema que, em última instância, é religioso. Assim, “um governo que criminaliza o aborto nega o livre exercício da religião tanto a essas mulheres [mulheres que optam por fazer o aborto irrefletidamente], quanto àquelas que, conscientemente, extraem seus pontos de vista sobre o aborto da fé religiosa.”²⁶⁸ Em outras palavras, diante de um confronto entre visões éticas distintas, o governo deve optar por aquela mais próxima da autonomia. Ao fazer isso, o governo estaria respeitando o status da igual cidadania.

Essa defesa do aborto de Dworkin é bastante breve e apresentou apenas alguns dos seus argumentos. A idéia, no entanto, era de fato selecionar o argumento para confrontar com a visão do liberalismo político desenvolvida no capítulo anterior. Dworkin não ignora que essa sua defesa pressupõe uma concepção de bem como autonomia. Em *Virtude Soberana*, ele expressa textualmente essa moralidade, denominada por ele de

---

²⁶⁷ DWORKIN, *Domínio da vida*, p. 216.

²⁶⁸ DWORKIN, *Domínio da vida*, p. 230.

“individualismo ético”.²⁶⁹ Colocada a questão a partir desse ponto de vista, o princípio de autonomia procriadora está alicerçada em uma doutrina abrangente do bem como autonomia, isto é, em uma concepção de que uma vida somente tem valor quando a pessoa pode escolher autonomamente os fins que ela deseja alcançar.²⁷⁰ E aqui se retorna a controvérsia levantada pelo liberalismo político. O governo deve garantir autonomia para que cada um viva a sua vida conforme sua concepção de bem, mas o governo não pode, também, adotar a concepção de bem como autonomia como sendo sua doutrina oficial. A difícil questão que o liberalismo político deve enfrentar é que há um limite muito tênue entre o princípio de tolerância, um princípio marcadamente liberal, e a imparcialidade de justificação, que deve ser buscada inclusive em relação às concepções de bem seculares liberais.

A partir do liberalismo político, então, a questão do aborto segue um rumo um pouco diferente daquele dado por Dworkin. Aqui é importante mencionar o seguinte. Rawls não possui uma análise da questão do aborto tal como realizada por Dworkin.²⁷¹ O tratamento dessa questão é aqui realizado também de forma bastante exploratória e simplificada, e indica apenas um caminho que esse debate pode seguir. A inspiração para tanto é extraída do texto de Vita:

---

²⁶⁹ DWORKIN, *A virtude soberana*, p. 639: “Minha própria moralidade crítica fundamenta-se em alguns idéias humanistas éticos que chamo de individualismo ético e que definem o valor associado à vida humana. O primeiro princípio afirma que é objetivamente importante que qualquer vida humana, depois de iniciada, tenha êxito, em vez de fracassar – que o potencial dessa vida se realize, em vez de desperdiçar-se –, e que isso é igual e objetivamente importante no caso de cada vida humana. Digo ‘objetivamente’ importante para salientar que o êxito da via humana não é importante só para a própria pessoa ou para os que lhe são próximos. Todos temos motivo para nos preocupar com o destino de qualquer vida humana, mesmo que seja de um estranho, e de esperar que seja uma vida bem-sucedida. O segundo princípio reconhece essa importância objetiva, não obstante, insiste que essa pessoa – a pessoa em foco – tem uma responsabilidade especial por todas as vidas, e que, devido a essa responsabilidade especial, ela tem o direito de tomar decisões fundamentais que definam, para ela, o que seria uma vida bem-sucedida. Se adotarmos esses dois princípios do individualismo ético como guias fundamentais na construção de uma teoria da moralidade política, esta será uma teoria igualitária, pois insistirá que o governo deve tratar a vida de cada pessoa que governa como tendo grande e igual importância, e construir suas estruturas econômicas e outras estruturas e políticas com esse princípio igualitário em mente. E também será uma teoria liberal, pois insistirá que o governo deve finalmente deixar as pessoas livres para tomar decisões que definam os parâmetros do êxito de suas próprias vidas.”

²⁷⁰ É preciso lembrar aqui que há concepções de vida que não pressupõe essa autonomia. Imagine-se, por exemplo, pessoas vivendo suas vidas em comunidades que respeitam uma determinada autoridade religiosa, ainda que em uma sociedade democrática o governo deva garantir a essas pessoas o direito de retirada dessas comunidades.

²⁷¹ Rawls parece não ter chegado a uma conclusão sobre o aborto, escrevendo “I don’t say the most reasonable or decisive argument; I don’t know what that would be, or even if it exists.” The idea of public reason revisited, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n. 3, 1997.

Um outro exemplo [o primeiro deles seria a legalização da união entre homossexuais] é um projeto de emenda à Constituição (apoiada por católicos de esquerda tais como o deputado federal Hélio Bicudo) que tem o propósito de estabelecer que o direito à vida é garantido “desde o momento da concepção”. Se aprovada, a emenda excluiria as únicas possibilidades em que o aborto pode ser hoje legalmente praticado no Brasil: no caso de a gravidez resultar de estupro e no caso de haver risco de vida para a mãe. Semelhante proposta de emenda constitucional baseia-se na crença eminentemente controversa, e portanto passível de rejeição razoável por parte daqueles que dela não compartilha, de que o óvulo fecundado já está investido do status moral que atribuímos a um ser humano.²⁷²

Vita parte de uma proposta de emenda constitucional concreta, atribui o status moral de ser humano ao óvulo fecundado. Uma vez que essa idéia estaria alicerçada em uma concepção ética específica e controversa, o critério de não-rejeição razoável se aplicaria. Isto é, tal justificativa seria rejeitada por aqueles que professar uma concepção ética distinta em torno da vida humana. Até aqui, não há grandes diferenças com o argumento de Dworkin. No entanto, Vita prossegue seu argumento e afirma o seguinte:

Em meu entender, a questão do aborto não deve ser tratada constitucionalmente. Trata-se de um problema para ser resolvido mediante deliberação e decisão majoritárias, da mesma forma que as demais questões com respeito às quais, como já argumentei, o padrão de aceitabilidade universal não se aplica.²⁷³

A proposta de emenda interfere nos elementos constitucionais essenciais, e, como salientado no capítulo precedente, para esses o critério de não-rejeitabilidade razoável se aplica. Dessa forma, esse seria um elemento constitucional essencial que seria rejeitado por aqueles que professam uma concepção de bem distinta daquela que a emenda pressupõe. No entanto, o que Vita argumenta em seguida é que a questão do aborto não deve ser tratada como uma questão constitucional. Uma das razões para isso é que assegurar um esquema completo de liberdades básicas não é questão que deve ser tratada pelo direito constitucional. Este se limita a assegurar o núcleo das liberdades básicas.²⁷⁴ Por isso, deve ela ser deixada a cargo dos procedimentos democráticos de deliberação majoritária. Outra

²⁷² VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 289, n. 20.

²⁷³ VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 289, n. 20.

²⁷⁴ MICHELMAN, Frank, *Rawls on constitutionalism and constitutional law*, em *The Cambridge Companion to Rawls*, ed. Samuel Freeman, Cambridge University Press, 2003, pp. 394-425.

possível razão é que a questão do aborto não pode ser apropriadamente solucionada sem que sejam confrontadas concepções abrangentes do bem. Esse é o tipo de deliberação que deve ser decidida a partir do confronto de concepções mais “cheias” de boa vida. Isto é, queremos ouvir as vozes daqueles que professam uma concepção de bem como autonomia e daqueles que articulam posições, religiosas ou não, de que para se proteger o valor intrínseco da vida o aborto deve ser um caso excepcional, como na gravidez resultante de estupro e para proteger a vida da gestante.

Como dito, o liberalismo político não é obcecado pela não interferência. Sob essa perspectiva, o governo pode negar certas liberdades, como o direito ao aborto, tornar o uso de determinadas drogas ilícito etc., sem que isso represente injustiça ou ofensa ao princípio de legitimidade liberal. O argumento de Dworkin de que a vedação ao aborto impõe as mulheres um sacrifício de sua vida, e por isso o governo nesse caso deveria privilegiar a não interferência não é conclusivo. Dado que a concepção não é resultante de estupro ou de alguma outra situação excepcional, o aborto é consequência, pelo menos a princípio, de um ato deliberado de duas pessoas.²⁷⁵ Constitui também um princípio liberal o da responsabilidade especial, de que cada um é responsável por sua vida e assume as consequências de seus atos.²⁷⁶ Seu alegado princípio de autonomia de procriação também não é atingido. Afinal, é questão muito diferente o governo obrigar alguém a procriar e o governo limitar os meios pelos quais se evita a procriação. Um governo que restrinja, de forma não razoável, os métodos contraceptivos certamente que fere esse princípio, mas essa questão é visivelmente distinta da questão do aborto.

Isso não quer dizer que, do ponto de vista do liberalismo político, a justiça política não tem nada para dizer sobre o tema do aborto. As leis estarão sempre sob o escrutínio da justiça. No entanto, o que parece resultar dessa discussão, é que os juízes, a princípio, não teriam uma justificativa para estender o direito ao aborto em casos não previsto na legislação expressa. Tampouco teriam o direito de revogar uma lei que liberasse a prática

---

²⁷⁵ Obviamente que esse argumento pressupõe uma sociedade mais ou menos justa, que assegura o direito à liberdade sexual, o que nem sempre se verifica na prática. O caso do estupro é apenas o mais extremos deles, mas talvez não o menos corriqueiro. Pode-se afirmar que um governo que não proporciona às mulheres informação suficiente de métodos menos controversos de contracepção não respeita essa liberdade sexual.

²⁷⁶ Esse argumento também é problemático em uma sociedade pouco justa como a nossa. Em geral, o peso da gravidez recai todo na mulher. Pensando no caso de uma gravidez resultante de um ato deliberado de duas pessoas, o arrependimento de uma delas fará com que todo o peso da situação recaia sobre a outra. Na sociedade brasileira, em geral é sobre a figura materna que recai todo o ônus de uma gravidez indesejada.

do aborto. Trata-se de uma questão que deve ser decidida mediante deliberação majoritária.²⁷⁷

Essa discussão apenas ilustra a divergência que foi esclarecida ao longo dos dois capítulos precedentes e indica os rumos que a continuidade do debate Rawls-Dworkin pode tomar. Ela é importante na medida em que, confirmando as conclusões de Dworkin em sua teoria do direito, a prática jurídica não fica alheia ao debate na filosofia política. Como afirma Dworkin, “não é necessário que os juristas desempenhem um papel passivo no desenvolvimento de uma teoria dos direitos morais contra o Estado, assim com não foram passivos no desenvolvimento da sociologia e da economia jurídicas. Eles devem reconhecer que o direito não é mais independente da filosofia do que dessas outras disciplinas.”²⁷⁸

---

²⁷⁷ O liberalismo político não ignora o papel relevante que o Poder Judiciário desenvolve mesmo nesses casos. Nesse sentido, ver a interessante solução apontada pelas teorias do diálogo institucional, apresentadas por Conrado Hübner Mendes, em *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política, da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, 2008.

²⁷⁸ DWORKIN, *A justiça e os direitos*, em *Levando os direitos a sério*, p. 234.

7 CONCLUSÃO

A presente dissertação se propôs a estudar a teoria do direito de Dworkin a partir da influência decisiva que esta sofreu da filosofia política de Rawls. Verificou-se que a metodologia inicialmente pensada por Dworkin para lidar com as questões persistentes em teoria geral do direito poderia ser interpretada como uma aplicação do método do equilíbrio reflexivo de Rawls. A partir disso, seguiu-se acompanhando o desenvolvimento da teoria do direito de Dworkin, tendo como foco essa questão metodológica. Ao longo desse percurso, no entanto, foi também verificada a discordância de Dworkin com alguns aspectos da filosofia política de Rawls. Em *O liberalismo político*, Rawls enfatizou que a concepção de justiça deve ser limitada pelo domínio do político. Ou seja, ela deve ser justificada de forma imparcial em relação às concepções éticas, sob pena de se ofender o status da igual cidadania. Essa divergência refletiu no entendimento de Dworkin acerca do equilíbrio reflexivo. Para ele, esse método exige que a interpretação dos conceitos políticos importantes, como o direito e a justiça, não pode se restringir ao campo da moralidade política, devendo alcançar também ética.

No capítulo precedente, buscou-se dar um fechamento a esse debate por meio da discussão de dois temas de bastante relevância na agenda política e jurídica brasileira: o aborto e a união civil entre homossexuais. O objetivo de introduzir essa discussão foi o de ilustrar como o direito não fica alheio à controvérsia estabelecida entre o liberalismo abrangente de Dworkin e o liberalismo político de Rawls. Aliás, é um aspecto marcante da teoria do direito de Dworkin que haja essa continuidade entre a prática jurídica e a moralidade política de uma comunidade. Esse ponto ele buscou deixar bastante claro já em suas primeiras críticas ao positivismo jurídico de Hart. Esse foi o ponto de partida desse trabalho.

Nesse sentido, o capítulo segundo dessa dissertação se aprofundou no debate travado entre Hart e Dworkin como uma forma de se chegar à gênese do método interpretativo deste último. Defendeu-se o ponto de vista de que o núcleo desse debate consistia na questão metodológica. Dworkin se opôs à separação entre o direito e moral defendida por Hart, e ao fazê-lo rejeitou também o método descritivo deste último. A partir disso, ele introduziu as bases de uma metodologia aplicada ao direito que alia a essa descrição, uma dimensão de justificação moral.

No entanto, Dworkin não havia deixado claro de que forma se relacionavam essas duas dimensões de seu método, o ajuste e a justificação moral. Seguindo a sugestão do próprio Dworkin, de que ajuste e justificação estariam em equilíbrio reflexivo, o capítulo terceiro se aprofundou no estudo desse método, a partir do trabalho de Rawls.

Com isso, encerrou-se o estudo da primeira fase da teoria de Dworkin e o confronto com a respectiva fase da teoria de Rawls. Passando, então, à segunda etapa do trabalho, o capítulo quatro seguiu o desenvolvimento da teoria do direito de Dworkin, que culmina em seu interpretativismo. Nesse momento, esclareceu-se em que sentido ele defende que a interpretação do direito deve ser realizada à luz não só da moralidade política, mas também da ética. Essa continuidade entre a moralidade política e a ética é encontrada também em seu liberalismo, que, por essa razão, é visto como abrangente. No capítulo seguinte, verificou-se como esse liberalismo abrangente pode ser visto como um contraponto ao liberalismo político de Rawls, que defende uma justificação imparcial dos princípios de justiça em relação às concepções abrangentes do bem. A partir disso, ficou claro em que medida Rawls e Dworkin apresentam uma divergência genuína em torno dos limites da interpretação dos conceitos políticos importantes, como o direito e a justiça. O capítulo sexto ilustrou essa divergência com a discussão dos casos do aborto e da união entre homossexuais.

Não foi possível ir além, e defender o liberalismo abrangente de Dworkin ou o liberalismo político de Rawls. O objetivo dessa dissertação era mais limitado. Buscou-se apenas aferir o verdadeiro impacto que o método do equilíbrio reflexivo de Rawls exerceu na gênese e no desenvolvimento da teoria do direito de Dworkin. Ocorre que esse debate metodológico, conduziu a discussão ao núcleo do debate contemporâneo de filosofia política, atingindo, diretamente, diversas questões substantivas controversas. Sendo assim, colocar os exatos termos deste debate, e verificar de que forma ele impacta no direito, acaba por ser uma tarefa para outro momento. O presente trabalho, no entanto, foi importante na medida em que, pelo menos é o que se espera, as questões relativas ao método na teoria geral do direito tenham ganhado alguma luz. Desnudando as influências recebidas de Rawls, pode-se compreender de forma mais apropriada o que o método de Dworkin exige e como a prática jurídica é moldada pelas concepções divergentes de moralidade política. Além disso, muitos aspectos envolvidos na definição de uma concepção apropriada de direito, e sua difícil relação com a justiça, foram trabalhados de forma a contribuir com alguma iluminação para esse intrincado debate. Relacionar direito e

justiça não é tarefa das mais fáceis. O presente trabalho tampouco tornou essa tarefa menos árdua. No entanto, espera-se, que pelo menos alguns caminhos de como se fazer isso tenham sido apontados.

BIBLIOGRAFIA

BARRY, BRIAN. *A treatise on social justice: Theories of Justice*. Berkeley, University of California Press, 1989 (vol. 1).

DANIELS, Norman. *Reflective Equilibrium*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev., Alonso Reis Freire, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A teoria e prática da igualdade*, trad. Jussara Simões, rev. Cícero Araújo e Luiz Moreira, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

Dworkin, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev., Silvana Vieira, 2ª ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 24, nº 1, 2004, pp. 1-37.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, trad. Nelson Boeira, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev. Gildo Sá Leitão Rios, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, Philosophy and Public Affairs, 1996, vol. 25, nº 2, pp. 87-139.

DWORKIN, Ronald. *O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política*, em *A justiça de toga*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev., Alonso Reis Freire, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Rawls and the Law*, Fordham Law Review, vol. 72, 2003-2004, pp. 1387-1398.

Dworkin, Ronald. *Rawls e o direito*, em *A justiça de toga*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev., Alonso Reis Freire, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, trad. Luís Carlos Borges, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.

FURQUIM, Lilian de Toni. *O Liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política, da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, 2010.

GARGARELLA, Roberto, *As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política*, trad. Alonso Reis Freira, rev. Elza Maria Gasparotto, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2008.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, trad. A. Ribeiro Mendes, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, São Paulo, Victor Civita, 1974.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução*, trad. Luís Carlos Borges, rev. Marylene Pinto Michael, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LEITER, Brian. *Beyond the Hart-Dworkin Debate: The methodology problem in jurisprudence*, U of Texas Law, Public Law Research, Paper n. 34, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, tese de doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política, da Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, 2008.

MICHELMAN, Frank, *Rawls on constitutionalism and constitutional law*, em *The Cambridge Companion to Rawls*, ed. Samuel Freeman, Cambridge University Press, 2003, pp. 394-425.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*, trad. Claudia Berliner, rev. Álvaro de Vita, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, trad. Dinah de Abreu Azevedo, rev. Álvaro de Vita, 2ª ed., São Paulo, Ática, 2000.

RAWLS, John. *Two Concepts Of Rules*, The Philosophical Review, vol. 64, nº 1, jan, 1955, pp. 3-32.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, trad. Jussara Simões, rev. Álvaro de Vita, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. The idea of public reason revisited, The University of Chicago Law Review, vol. 64, n. 3, 1997.

ROUSSEAU, Jean- Jacques, *Do Contrato Social*, trad. de Lourdes Santos Machado, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 38.

SCANLON, T. M. *Rawls on Justification*, em *The Cambridge Companion to Rawls*, ed. Samuel Freeman, Cambridge University Press, 2003.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A short guide for the perplexed*, working paper n. 77, march 2007, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=968657>.

VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos, ed. Unesp, 2000.

VITA, Álvaro de. Apresentação da Edição Brasileira, em *Uma Teoria da Justiça*, trad. Jussara Simões, rev. Álvaro de Vita, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neo-liberalismo*, São Paulo, Paz e Terra, 1993.

VITA, Álvaro. *O Liberalismo Igualitário: Sociedade democrática e justiça internacional*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2008.