

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

FERNANDO ROSA CAMPOS

MÉTODO EM RONALD DWORKIN

Porto Alegre

2015

FERNANDO ROSA CAMPOS

MÉTODO EM RONALD DWORKIN

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald.

Porto Alegre

2015

FERNANDO ROSA CAMPOS

MÉTODO EM RONALD DWORKIN

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Paulo Baptista Caruso MacDonald
Orientador

Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi

Professor Doutor Wladimir Barreto Lisboa

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo examinar os argumentos exposto por Ronald Dworkin na sua caracterização da Filosofia do Direito. Isso significa examinar tanto os argumentos substantivos sobre o método que Dworkin caracteriza como próprio para análise de questões jurídicas, quanto as críticas que o autor faria em relação as chamadas Teorias Positivistas do Direito. Para isso será considerado os diversos argumentos que iniciaram a carreira filosófica do autor desde o artigo *O Modelo de Regras I*, até sua resposta às críticas do positivista Herbert Hart em *Law's Empire*. Esta análise procurará também considerar o papel que o debate com Herbert Hart teve no desenvolvimento da metodologia de Dworkin, tal como a adequação das críticas que este faria àquele. Tratando deste tema, será proposta uma resposta à questão da dependência ou não da teoria de Dworkin a uma caracterização fiel do método positivista, e da possibilidade que ambas as teses estivessem tratando de questões diferentes e não necessariamente incompatíveis. Também será levantada a questão da compatibilidade dos argumentos iniciais de Dworkin com aquilo que é afirmado em *Law's Empire* - a obra que receberá maior foco na monografia. É propósito deste trabalho interpretar os argumentos do autor de uma forma integrativa, que incorpore, na medida do possível, aquilo que é trazido inicialmente com o que é presente em *Law's Empire*. Será defendido por fim o porquê esta forma de entender o autor, com foco nas críticas de Hart e no desenvolvimento de sua obra, é o mais adequado.

Palavras Chaves: Método em Ronald Dworkin. Ronald Dworkin. Debate Hart - Dworkin. Herbert Hart. Filosofia do Direito. Interpretativismo.

ABSTRACT

This monograph has as its objective to exam the arguments exposed by Ronald Dworkin in his characterization of Jurisprudence. This means examining the substantive arguments about method that Dworkin exposes as proper for the analysis of legal questions as much as the criticism that the author would make regarding the so called Positivists Theories of Law. It will be considered then the claims that initiated the philosophical career of the author since the article *The Model of Rules I*, up to his response to the criticism of Herbert Hart in *Justice in Robes*. This analysis will also consider the role of the debate with Herbert Hart had in the development of Dworkin's methodology and the fairness of Dworkin's criticism to Hart. Dealing with this subject it will also be proposed a answer to the question of the dependency of Dworkin's theory to a just characterization of Hart's. It will also be examined the possibility that both thesis had been dealing of different, and not necessarily incompatible, questions. It will also be raised the question of compatibility of the initial arguments of Dworkin with his further arguments in *Law's Empire* - the work that will receive this monograph focus. It's this work purpose to interpret Dworkin claims in a integrated manner, that relates as far as it is possible that which is brought initially with what's present in *Law's Empire*. It will be claimed also why this form of reading the author, with focus in Hart's criticism and in the development of the his work, is the most adequate.

Key Words: Method in Ronald Dworkin. Ronald Dworkin. The Hart-Dworkin debate. Herbert Hart. Jurisprudence. Interpretativism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A OBRA DE HERBERT HART.....	11
1.1. Objeção ao quê.....	11
1.2. Obra Geral.....	12
1.3. Considerações.....	15
2. A OBRA DE DWORKIN E AS RESPOSTAS DE HART.....	16
2.1 Modelo de Regras I.....	16
2.1.1. Resumo.....	16
2.1.2. Análise.....	18
2.2 Modelo de Regras II.....	20
2.2.1. Resumo.....	20
2.2.2. Análise.....	27
2.3. Respostas.....	28
2.3.1. Resumos.....	28
2.3.2. Análise.....	32
3. LAW'S EMPIRE E O PÓS-ESCRITO.....	34
3.1. Prefácio.....	34
3.2. What is law.....	34
3.2.1. Resumo.....	35
3.2.2. Análise.....	43
3.3. Interpretive Concepts.....	45
3.3.1 Resumo Parte I.....	45
3.3.2. Análise Parte I.....	59
3.3.3. Resumo Parte II.....	62
3.3.4. Análise Parte II.....	73
3.4. <i>Jurisprudence revisited</i>	75
3.4.1. Resumo.....	75
3.4.1. Análise.....	80
3.5. A resposta de Hart, o pós-escrito.	83
3.5.1. Resumo.....	83
3.5.2 Análise.....	89
CONCLUSÕES.....	92
BIBLIOGRAFIA.....	94

INTRODUÇÃO

A obra de Ronald Dworkin causou impacto significativo na Teoria do Direito. Trata-se de uma produção extensa em que é possível aferir uma evolução desde as ideias expostas em seus artigos iniciais até suas considerações finais em *Justice for Hedgehogs*.

No decorrer de sua carreira diversos temas, nem todos necessariamente jurídicos, foram abordados pelo autor. Notadamente há um movimento em direção a questões cada vez mais abstratas, tendo em vista que Dworkin inicia tratando de temas específicos da Teoria do Direito e termina sua trajetória propondo a possibilidade de uma tese unificada do valor.

O tema principal deste trabalho de conclusão é aquele que recebeu maior atenção nas obras do autor que tratavam especificadamente de questões jurídicas, a tese do método em filosofia do Direito. Ou seja, a defesa de Dworkin de que as chamadas teorias do direito até então, principalmente as positivistas, não estão apenas equivocadas em seus argumentos substantivos, mas também em relação a sua metodologia em abordar o problema. Isso significa dizer que estes teóricos não compreenderiam a abordagem necessária para tratar de temas jurídicos, e por isso estão fadados ao insucesso desde o começo de suas obras.

A importância da objeção apresentada por Dworkin parece clara: caso o autor esteja correto as principais teorias de seus opositores estariam equivocadas antes mesmo de temas considerados vitais como interpretação, obrigação e sanção fossem abordados. Por isso é objetivo deste trabalho analisar em que sentido Dworkin considera que os outros teóricos de direito cometem erros metodológicos e procurar compreender a metodologia alternativa que o autor apresenta como solução. Também serão analisadas as respostas e críticas dirigidas ao autor, principalmente o debate realizado com Herbert Hart.

Tendo em vista a importância do argumento, e as defesas veementes que se seguiram, é importante questionar o quanto o argumento metodológico substantivo de Dworkin depende da sua caracterização da metodologia positivista. Isso é, o quanto os seus argumentos em relação ao modo que o Direito deve ser interpretado

dependem das suas afirmações sobre o que é a metodologia positivista. Esta preocupação também será foco do trabalho.

Tais considerações fazem com que a interpretação da tese de Dworkin neste trabalho se dê de forma cronológica, a partir da análise dos movimentos que formaram a sua carreira filosófica. Isso significa primeiro a análise da teoria que o autor ganhou notoriedade ao objetar; depois a consideração da objeção em si; e então da evolução e consolidação do argumento - e das críticas a este - no decorrer das décadas.

O valor desta observação que poderíamos chamar de histórica - em que estarão inclusos tanto os argumentos de método presentes em o *Modelo de Regras I* até uma caracterização do que é trazido em *Law's Empire*; quanto as críticas e respostas de Herbert Hart desde *Law in The Perspective of Philosophy* até o pós-escrito ao Conceito de Direito - é propor uma visão da tese de Dworkin que integre o que foi dito e que desenvolve, ao invés de substituir, cada passo argumentativo com base nas objeções apresentadas. É uma das principais teses desse trabalho então que a melhor forma de entender os argumentos de Dworkin é a partir de considerações do debate entre o autor e Hart, mesmo que - como será visto - estes argumentos não dependeriam da correção da caracterização que o primeiro faz do segundo.

1. A OBRA DE HERBERT HART

1.1 Objeção ao quê

“Eu pretendo examinar o positivismo jurídico, particularmente na versão marcante apresentada por H.L.A Hart. Eu escolho me focar na sua posição, não apenas pela sua clareza e elegância, mas porque aqui, como praticamente em qualquer outro lugar da Filosofia do Direito, pensamento construtivo deve começar com uma consideração da sua visão.¹”

Por mais que a tese de método em filosofia do direito apresentada por Dworkin tratar de algo que pretende ser aplicável a qualquer investigação do que é o Direito², ela surgiu principalmente como uma objeção ao positivismo jurídico e são os autores dessa escola que mais debruçaram-se sobre o assunto, geralmente em contraposição ao que é dito por Dworkin. Sendo assim, é preciso primeiro considerar qual a metodologia positivista, para depois apresentar a objeção de Dworkin.

Tal caracterização será realizada por meio da obra de Herbert Hart. É verdade que diversos autores podem ser considerados positivistas, e que não há concordância entre estes sobre o que os caracteriza como tanto. Mas a tese de Dworkin nasceu como uma resposta a Hart e o diálogo entre os dois filósofos exerceu uma influência inegável na consolidação da tese do Direito como integridade.

Não parece haver outra forma de começar a entender Dworkin a não ser a partir daquilo que é afirmado por Hart. Este assunto será então tratado primeiro por meio de uma análise geral da obra de Hart, será visto depois como Dworkin entenderia o tema ao longo de sua carreira.

¹ DWORKIN, Ronald. *Takin rights seriously*. Pag. 16.

² Agora, se o autor conseguiu ou não elaborar um método que cumpra o objetivo de poder ser aplicado a qualquer investigação deste tipo é algo que analisaremos mais frente.

1.2 Obra Geral

Antes de procurar compreender a metodologia de Hart, é necessário primeiro fazer um relato geral de sua obra. Neil Maccormick tem o mesmo objetivo no capítulo três de seu renomado livro sobre o autor, “*H.L.A Hart*”³ e durante tal exposição considerou relevantes ressaltar três teses: (I) as fontes do Direito e a teoria das regras jurídicas como um tipo especial de regras sociais; (II) a ausência de uma conexão conceitualmente necessária entre a moralidade e o Direito positivo; (III) a necessária incompletude ou textura aberta do Direito positivo, implicando a existência de discricionariedade judicial.

Primeiramente, a teoria de Hart apresentada no Conceito do Direito seria a do sistema jurídico como o de um sistema de regras sociais. O sistema jurídico teria como característica diferenciar-se dos outros sistemas de regras – como de jogos, de etiqueta ou da moralidade - a medida que se preocupa com deveres e obrigações e possui uma qualidade sistêmica que depende da inter-relação entre dois tipos de regras, primárias e secundárias⁴.

As regras primárias seriam aquelas que geram as obrigações e deveres ao público em geral e as secundárias aquelas que concedem competência aos oficiais do sistema para criar, implementar e modificar deveres e obrigações a partir de procedimentos específicos. Tais regras também permitem e estabelecem os parâmetros para que particulares exerçam atividades reconhecidas pela lei, como a criação de contratos ou testamentos. É da interação dessas diversas regras primárias e secundárias que advém o caráter sistêmico do direito⁵.

Fora tais regras relacionadas a direitos, deveres e competências, existe ainda, de acordo com Hart, uma regra de caráter secundário que distingue e compõe a existência de um sistema jurídico, a regra de reconhecimento⁶. Esta regra define o critério ou critérios que determinam a validade – também chamada por alguns autores de juridicidade⁷ - de todas as outras regras de um sistema jurídico⁸. O

³ MACCORMICK, Neil. “H.L.A Hart” 2nd. Stanford, California: Stanford University Press. 2008

⁴ Ibidem. Pg. 31

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem. Pg. 32

⁷ “Juridicidade” parece ser a forma mais adequada para tradução do conceito de “legality”.

sistema jurídico de um determinado país seria formado então pela regra de reconhecimento e por todas as outras que atendessem os critérios de validação desta⁹.

Este sistema, por outro lado, só estará em vigor em determinado local caso uma parte considerável da população aquiesça às regras primárias, mesmo que apenas por deferência aos oficiais ou aos mecanismos de coerção do sistema. Já em relação aos oficiais é necessário que estes aceitem, reconheçam e apliquem aqueles critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento, é essa atitude por parte dos oficiais - de tratar determinados critérios como parâmetro para o reconhecimento da legalidade das outras regras - que faz com que aquela seja a regra de reconhecimento daquele sistema. Assim, a atitude dos oficiais tanto constitui quanto reconhece a existência dessa regra.

Outra considerável característica da tese de Hart, uma que parece ter sido influenciada diretamente pelos trabalhos de Thomas Hobbes e David Hume, é o reconhecimento de características físicas e emocionais do ser humano que faz com que os todos sistemas jurídicos estabeleçam alguma forma de proibição de violência interpessoal, roubo, desonestidade e etc. Essas características naturais dos seres humano faz com que seja necessário para sobrevivência destes a participação em uma ordem social, elas também proporcionam a base de um direito natural essencial à sobrevivência da coletividade.

Dada a importância destas regras básicas de, por exemplo, proibição da violência, elas também são partes necessária de qualquer código de moralidade, havendo assim uma equivalência entre o Direito e a moralidade neste ponto. Isso não significa, entretanto, que o Direito derive de princípios morais ou que haja uma conexão necessária entre o direito e a moral. Existem, indubitavelmente a possibilidade de diversas conexões contingentes, mas é justamente por negar uma conexão necessária que Herbert Hart se consideraria um positivista jurídico¹⁰.

⁸ A vinculação de Hart a um modelo criterial para o estabelecimento da regra de reconhecimento é algo controverso e peça fundamental do ataque de Dworkin ao autor, tudo isso será considerado mais adiante.

⁹ A questão de se a regra de reconhecimento impõe ou não obrigações é controverso e não diretamente importante para este momento do trabalho de conclusão.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. "H.L.A Hart" 2nd. Stanford, California: Stanford University Press. 2008 Pg.36

Esta diferenciação entre o que o direito é e o que ele deveria ser, conhecida também como tese da separabilidade, vem diretamente da tese de Hart de que existem fontes sociais – a aceitação de uma regra de reconhecimento de outras regras secundárias e primárias – para o direito, não precisando tais fatos sociais relacionar-se com critério moral algum. De acordo com o autor entender a possibilidade de separação do Direito e da moral é uma das virtudes da tese positivista, permitindo uma postura crítica por parte dos membros de uma comunidade de uma forma mais eficaz do que aquela oferecida pelas teses jusnaturalistas. Isso porque ao pensar que há uma união necessária entre o que o Direito é e o que ele deveria ser, isso poderia trazer a imagem errônea de que o Direito sempre é o que ele deveria ser, dificultando a crítica.

Por fim, Maccormick afirma que Hart identificaria um grau de indeterminação nas regras sociais e jurídicas. Isso significa dizer que apesar de boa parte da atividade jurídica consistir em aplicação não controversa de regras haverá sempre a possibilidade de uma zona de penumbra dado o caráter vago e a textura aberta da linguagem por meio da qual as regras são conhecidas ou criadas. Ou seja, há situações em que um oficial precisará aplicar regras que não fornecem uma solução única ao caso concreto, havendo assim discricionariedade por parte do oficial.

A discricionariedade seria então permitida(ou imposta) ao oficial no advento de precisar decidir um caso em que uma solução não está prevista de forma unívoca no sistema de regras que compõe o Direito. Neste caso seria papel do intérprete, a partir de fatores não jurídicos como moralidade, expediência, opinião pública - junto de uma compreensão das regras já existentes - resolver a situação e assim criar direito que servirá de base para a futura solução de controvérsias no ramo jurídico¹¹. Ou seja, nessas situações o operador do Direito deveria considerar, com base tanto na prática pretérita quanto em outros diversos fatores, o que o direito deveria ser e aplicá-lo ao caso em questão¹².

Por hora estas três teses parecem o suficiente para uma caracterização extremamente geral da obra do autor.

¹¹ Ibidem Pg. 38-39

¹² Dworkin não parecia aceitar a qualificação de Hart de que seria necessário que o aplicador levasse em conta a prática passada mesmo na discricionariedade positivista. O autor americano geralmente caracterizava a tese da discricionariedade de uma forma mais extremada, em que haveria a possibilidade da prática anterior ser completamente desconsiderada.

1.3 Considerações.

“Não obstante sua preocupação com análise, este livro pode também ser considerado como uma dissertação em sociologia descritiva; pois dizer que uma investigação em relação ao significado das palavras apenas esclarece questões em relação a palavras é uma falsa afirmação. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de contextos e relacionamentos sociais podem ser esclarecidas por uma examinação do uso padrão das expressões relevantes e no modo em que essas dependem do contexto social, o que geralmente não é declarado. Neste campo de estudo é particularmente verdade que podemos utilizar, como o Professor J. L. Austin disse, “um entendimento ampliado das palavras para ampliar nossa percepção do fenômeno” ”¹³

Estas são as palavras com que Herbert começa a obra *“The concept of law”* e a partir delas é possível começar a entender a metodologia que o autor propõe. Primeiramente trata-se de uma teoria descritiva, isto é, uma que pretende entender o Direito e não o avaliar, este é o pressuposto fundamental da tese de Hart.

Para que isso seja possível o autor distinguiu duas posições diferentes que aquele que pretende analisar um sistema jurídico pode adotar. Primeiramente existiria o ponto de vista interno daquele que aceita as regras e a elas está submetido, é característico desta pessoa não apenas submeter-se às regras do sistema jurídico como perceber o desvio dessas como razão para crítica da conduta alheia¹⁴. Do outro lado está o ponto de vista externo, adotado por um observador que não aceita aquelas regras, mas está apto a declarar de que modo aqueles que as aceitam estão submetidos a estas¹⁵. Este seria a posição do filósofo do Direito e, sendo assim, haveria a possibilidade deste manter-se neutro em relação à legitimidade ou moralidade de qualquer sistema jurídico analisado e ainda assim realizar uma descrição fidedigna de seus pressupostos.

¹³ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd. Pg. 4.

¹⁴ Ibidem. Pg. 90

¹⁵ Ibidem. Pg. 89.

Outra posição fundamental em relação à metodologia de Hart é a de que esta seria aplicável a qualquer instituição social que cumprisse os parâmetros mínimos necessário para compor um sistema jurídico. Isto significa dizer que Hart não estaria criando uma teoria do direito britânico ou do direito anglo-saxão, mas do direito em todas as suas mais diferentes formas de expressão¹⁶.

Por fim, Hart seria influenciado por duas correntes metodológicas, a da análise conceitual e da importância da análise semântica de termos. O que isso significa, e se o autor teria realmente adotado tal comprometimento, é uma questão controvertida. A questão será inicialmente tratada a partir da perspectiva de Ronald Dworkin e como este caracterizaria a teoria de Hart nos seus primeiros escritos.

Junto desta caracterização, terá início a análise das considerações de Dworkin sobre como a análise em Filosofia do Direito deveria ser, e será instrutivo apreciar as respostas que Hart concederia sobre o tema. O que Dworkin diria sobre Hart no começo de sua carreira, e o que Hart responderia, será então o passo inicial antes de considerar a teoria metodológica exposta em *Law's Empire*.

2. A OBRA DE DWORKIN E AS RESPOSTAS DE HART

2.1 Modelo de regras I

2.1.1 Resumo

Em 1967 Dworkin publica “*The Model of Rules*” no *University of Chicago Law Review*, artigo que ficaria conhecido posteriormente como “*The Model of Rules I*”. Este pode ser considerado o primeiro passo do autor na direção do abandono da tese positivista de interpretação do Direito, mas é ainda possível ver neste texto uma certa vinculação à metodologia de Hart. Ou seja, por mais que o autor apresente uma série de argumentos substantivos apontando erros na tese positivista, estes erros ainda não haviam sido claramente caracterizados como metodológicos.

As principais alegações de Dworkin neste artigo é a impossibilidade de caracterização do Direito como um sistema formado por regras e a decorrente

¹⁶ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd, Cap. VI.

inexistência de discricionariedade judicial. Para Dworkin existiriam outro conjunto de parâmetros não reconhecidos por Hart e utilizados em decisões de Direito, chamados de princípios, que se comportariam de forma fundamentalmente diferente das regras e por isso necessitariam atenção especial¹⁷.

Tais princípios teriam duas principais diferenças em relação as regras: a sua forma de reconhecimento e seus efeitos uma vez que sejam reconhecidos como fazendo parte do Direito vigente. Para este trabalho a forma com que Dworkin indica que os princípios seriam reconhecidos é de maior interesse.

Para Dworkin, o positivismo é caracterizado pela tese de que o Direito é definido a partir de uma regra de reconhecimento por meio da qual é possível identificar quais são as regras daquele sistema. Entretanto, este teste – que o autor chama de *teste de pedigree* - não seria capaz de identificar princípios. Isso porque os princípios não possuem origem a partir da decisão particular de determinada corte ou órgão legislativo, mas a partir de uma percepção de adequação desenvolvida na profissão jurídica e no público no decorrer do tempo¹⁸.

A argumentação que levaria a este reconhecimento precisaria contar com alguma indicação de apoio institucional, isto é, algum precedente em que o princípio fora reconhecido ou alguma lei que parecesse incorporar este. Mesmo assim, não seria possível construir uma regra, aos moldes da regra de Hart, para o seu reconhecimento, pois o que definiria se existe apoio institucional suficiente é uma avaliação da relação entre a importância do valor da previsibilidade em decisões judiciais – Dworkin chama isto de princípios de conservação¹⁹ – quanto o de diversos argumentos substantivos que sugerem a necessidade de determinada decisão mesmo que aparentemente inovadora.

Mais que isso, a tese de Hart não poderia dar conta do reconhecimento de princípios pela forma com que estes comportam-se na sistemática jurídica. Isto porque a justificação do reconhecimento destes não funciona da forma hierárquica que Dworkin atribuiu a Hart, isto é, com regras secundárias de reconhecimento aceitas fornecendo validade para regras primárias de obrigação.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 1978. Pag. 22

¹⁸ Ibidem. Pg.40.

¹⁹ Ibidem. Pg. 38.

Ao invés, a justificação do reconhecimento de um princípio se daria por meio da indicação da utilização deste de forma explícita ou implícita na atividade judicial e legislativa. Mas a justificação da valoração, isto é, do juízo de que há apoio institucional suficiente para o reconhecimento do princípio, só pode ser fornecido a partir de uma exposição de determinada doutrina de utilização de precedentes ou de interpretação legislativa. E a justificação da escolha desta determinada doutrina ou deste modo de interpretação, por sua vez, não irá basear-se apenas em aceitação, mas em certas concepções de democracia, de apropriada divisão de autoridade ou federalismo.

Caso tais concepções sejam questionadas, como podem ser, a sua justificação irá depender não só da prática, mas também do que é implícito nas tendências de decisões judiciais e legislativas, mesmo que para o entendimento destas seja necessário utilizar aquelas mesmas doutrinas de interpretação que serviram de justificação dos princípios que estamos tentando defender. De acordo com o autor, neste grau de abstração “principles hang together rather than link together. Parece haver nesta afirmação um tanto obscura o começo de uma teoria não hierárquica e unificada do valor.

2.1.2 Análise

O principal valor de incluir estes argumentos iniciais de Dworkin parece ser esclarecer como eles não devem ser interpretados. Isto é, apenas como um mero reconhecimento de que a teoria de Hart tem um foco desproporcional em regras, carecendo de uma consideração maior de outros parâmetros que também figuram de forma predominante nas argumentações judiciais, isto é, os princípios. Este entendimento é o que poderia ser chamado de versão fraca dos argumentos de Dworkin.

Esta interpretação não pode ser aceita pois pode ser facilmente combatida por um simples reajuste das considerações de Hart para a inclusão de princípios, movimento este que pode ser realizado até com base em alguns considerações que o britânico faz no próprio texto do Conceito de Direito. Caso este fosse o entendimento adequado do que é apresentado por Dworkin no artigo, os argumentos

expostos aqui não teriam muito impacto na construção de sua obra, funcionando apenas uma forma de contato com o pensamento do autor em uma versão mais singela.

Entretanto, as considerações realizadas aqui já devem servir de indicativo de que Dworkin teve ambições maiores desde a década de 60. Isso porque, como visto, não fui suficiente para o autor apontar a existência de parâmetros que não receberam a devida atenção na obra de Hart, mas sim tentar mostrar como os princípios – da forma que Dworkin os entenderia - são fundamentalmente incompatíveis com a tese da regra de reconhecimento.

Ao fazer isso, ao argumentar que princípios comportam-se de forma incompatível com as reivindicações de Hart sobre o Direito, tanto no seu reconhecimento quanto na sua aplicação, é que vemos o germe daquilo que só seria desenvolvido em *Law's Empire*. Isto é, a negação do modelo criterial e a adoção da teoria de que o Direito seria um conceito interpretativo que dependeria de considerações de valor para sua correta identificação.

Por outro lado, é preciso notar o porquê de Dworkin considerar que os princípios não poderiam ser reconhecidos pela regra de reconhecimento, isto é, por necessitar, de acordo com o autor, de uma valoração para sua identificação; e o argumento posterior de que tal valoração não seria compatível com uma tese positivista baseada apenas em *pedigree*. Ocorre que esta não é a única caracterização possível de Hart, visto que o mesmo irá afirmar no pós-escrito que a sua regra de reconhecimento pode incluir parâmetros morais para identificação de leis, ou seja, pode fazer com que o reconhecido de determinada regra dependa de uma valoração que parece ser a que Dworkin tem em mente.

Por fim, nos parágrafos finais do artigo, podemos enxergar o começo de uma teoria holística do valor, isto é, da consideração que é preciso justificar o raciocínio valorativo necessário para identificação de princípios jurídicos a partir de uma teoria do valor que justifica-se por considerações morais, e que terão a sua relevância justificadas a partir dos próprios princípios que estamos justificando. Esta teoria só seria desenvolvida em "*Justice for Hedgehogs*", mas já podemos ver o seu início em 1967.

Claro, sem o acesso a essas obras fica difícil compreender qual o caminho que Dworkin irá tomar a partir de afirmações extremamente gerais como as expostas no final do artigo. Mas, uma vez que já temos a visão dos rumos que o autor seguirá em sua carreira, não parece haver outra forma de interpretar o artigo a não ser como o primeiro passo em direção a uma teoria da unidade do valor.

2.2 Modelo de regras II

2.2.1 Resumo

Em 1972 Dworkin publicou o artigo “*Social Rules and Legal Theory*” no *Yale Law Journal*. Este artigo seria futuramente conhecido como “O Modelo de Regras II” e estaria presente no livro “Levando os Direitos a Sério”. Trata-se sobretudo de um esclarecimento das visões do autor sobre os argumentos apresentados no Modelo de Regras I e que tem a inovação de trazer o argumento da discordância, este que torna-se central em *Law’s Empire*.

Dos 5 temas que Dworkin aborda no artigo, dois são de especial relevância para este trabalho:

“(ii) é dito que os meus próprios argumentos são inconsistentes da seguinte forma: meus argumentos contra a discricionariedade supõem que alguns princípios contam e outros não contam como direito, mas se é assim, deve haver algum teste para o Direito justamente como eu negaria existir.

(iii) Os argumentos que eu trouxe sugeririam a forma desse teste último. Eu disse que juiz identificam princípios, em parte ao menos, por referência ao papel que esses princípios haviam realizado em argumentos jurídicos anteriores, e esse tipo de teste, que eu havia descrito como um teste de ‘estrutura institucional’ pode suprir o teste último para os princípios, que eu digo que não pode ser encontrado.”

Dworkin inicia a parte que nos interessa do artigo relatando que há uma forma forte e fraca de entender a teoria dos fatos sociais de Hart²⁰. Na versão forte, em qualquer situação em que alguém fala sobre um dever ele deveria ser entendido como pressupondo a existência de uma regra social e demonstrando sua aceitação da prática descrita pela regra; já na versão fraca apenas em algumas situações seria o caso em que alguém falando de deveres deveria ser entendido neste sentido.

A versão forte não poderia estar correta, de acordo com Dworkin, para todas as situações de dever, ou mesmo para todas situações de dever baseados em regra. A teoria deveria assim conceder que algumas asserções de uma norma não podem ser explicadas a partir de uma regra social, pelo motivo de que tal regra social não existe, ocorrendo assim a possibilidade de asserção de forma independente da existência destas. Dworkin dá como exemplo o vegetarianismo, uma prática reconhecida e que é tomada pelos que participam nela como regra mas com base em valores e não em uma regra social reconhecida.

A teoria da regra social deveria ser enfraquecida neste sentido então, de oferecer uma explicação do que significa uma reivindicação de dever naqueles casos em que a comunidade na sua maioria concorda de que este dever existe²¹. Este enfraquecimento não iria afetar a aplicação da teoria em relação a questão do dever judicial, porque juízes de fato parecem seguir as mesmas regras em decidir o que reconhecer como Direito.

Entretanto, mesmo a teoria apresentada desta forma não seria plausível para Dworkin, pois falharia em perceber a importante distinção entre dois tipos de moralidade social, estas que podem ser chamadas de moralidade concorrente e convencional. Uma comunidade exhibe uma moralidade concorrente quando seus membros concordam em afirmar a mesma, ou praticamente a mesma, norma; mas eles não contam o fato do acordo como parte essencial dos motivos para a afirmação da regra. Ela exhibe uma moralidade convencional quando eles o fazem, e a teoria da regra social deveria ser confinada então à moralidade convencional.

E por mais que isso pudesse caracterizar o comportamento dos juízes de uma forma plausível, Dworkin não acreditaria que a teoria da regra social seja adequada

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 1978. Pg. 52.

²¹ Ibidem. Pg. 53.

como uma descrição de uma moralidade convencional. Não seria adequado por não poder explicar o fato de que, mesmo quando as pessoas contam uma prática social como parte necessária das razões para afirmar algum dever, elas podem ainda discordar sobre o escopo daquele dever.

De acordo com Dworkin a teoria de Hart é explícita em dizer que uma regra deve ser constituída pela conformidade do comportamento da maior parte da população, e que não havendo concordância em uma situação – o autor dá exemplo de uma discordância se um bebê deveria tirar seu chapéu na igreja – não haveria regra para aquele caso em específico²². Dessa forma a existência da regra da retirada de chapéus na igrejas por homens adultos seria certa, dado a concordância geral, e seria igualmente certo que nenhuma regra social existe em relação ao comportamento em relação aos bebês.

Entretanto, isso não parece ser o que acontece. Para Dworkin, em situações controversas, as pessoas apelam predominantemente para padrões morais. E quando o fazem, querem dizer não que o padrão deveria ser aplicado ao caso em questão, mas que o padrão deve ser aplicado; não que as pessoas deveriam ter a responsabilidades e deveres prescritos por aquele padrão, mas que elas de fato os têm²³.

A tese de Hart poderia tentar ser reformulada para estabelecer que fatos sociais não estabelecem o limite dos deveres de alguém, mas sim o seu começo. Isso significaria dizer que por mais que os fatos sociais estabelecessem de forma incontroversa os deveres de alguém em determinado caso, ela não estabeleceria a existência ou não de deveres e direitos que iriam além daquela área da moralidade convencional. Uma pessoa afirmando deveres não cobertos pelos fatos sociais deveria então utilizar argumentos que iriam além de um apelo à prática²⁴.

Tal enfraquecimento da teoria dos fatos sociais seria incompatível com o positivismo para Dworkin, isto porque, caso os juízes possuíssem um dever em decidir casos de um determinado modo mesmo na ausência de uma regra social impondo este dever, então a reivindicação de Hart de que a prática social formaria

²² DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 1978. Pg. 54.

²³ Ibidem. Pg. 55.

²⁴ Ibidem. Pg. 57.

todo o dever judicial estaria perdida. Aqui parece haver uma caracterização equivocada da teoria de Hart, o porque disso será visto na análise do tópico.

Entretanto, de acordo com Dworkin, a tese do fato social continuaria inadequada mesmo nessa nova versão ainda mais fraca. Isso porque não é característica da nossa prática moral que uma regra social estipule nem mesmo um nível mínimo de Direitos e deveres. Isso porque é geralmente reconhecido que, mesmo em se tratando de moralidade convencional, práticas sem sentido, ou inconsistentes em princípios, não impõem deveres, mesmo considerando que quando tais regras sociais existam apenas uma minoria irá pensar dessa forma²⁵.

Este fato sobre a moralidade convencional, que a tese da regra da regra social ignoraria, é de grande importância por trazer um melhor entendimento sobre a conexão entre prática social e juízos normativos. É verdade que juízos normativos normalmente assumem uma prática social como uma parte essencial de um caso para aquele juízo, mas a teoria da regra social conceberia mal essa conexão. A tese defenderia que a prática social constitui a regra que o julgamento normativo aceita, quando de fato a prática social ajuda a justificar a regra que o juízo normativo afirma.

A tese da teoria social falharia então porque insiste que a prática deve compor o conteúdo da regra que os indivíduos afirmam em seu nome. Mas se supormos simplesmente que a prática pode justificar a regra, então enquanto a regra pode ter o mesmo conteúdo que a prática, ela pode também não ter, isto é, pode ficar aquém ou ir além desta²⁶.

Caso entendermos a relação entre prática social e reivindicações normativas deste jeito, poderemos então, afirma Dworkin, explicar com clareza o que a teoria da regra social tem dificuldade de mostrar. Que se alguém considera uma prática social sem sentido, ou boba, ou insultante, ele pode acreditar que a prática não justifica nem em princípio a reivindicação ou afirmação de qualquer dever ou regra normativa de conduta. Nesse caso a pessoa irá dizer não que a regra impõe um dever que ele rejeita, mas que, apesar do que os outros pensam, não impõe dever nenhum²⁷.

²⁵ Ibidem. Pg. 57.

²⁶ Ibidem.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 197. Pg. 58.

Em um tópico subsequente do artigo Dworkin reconhece que pode estar atribuindo uma tese muito rígida a Hart²⁸ e que este reconhece em seu livro que a regra de reconhecimento pode ser incerta em alguns casos, de forma a não resolver toda questão possível sobre o que conta como Direito. Seria o suficiente para que tal regra exista que ela resolva a maior parte das situações²⁹.

Hart teria dado o exemplo da incerteza no Direito britânico em relação à questão se o parlamento teria a legitimidade de criar procedimentos que vinculassem parlamentos futuros. Caso tal regra fosse criada e o parlamento futuro tentasse derrubar a regra por meio do procedimento antigo e não do novo, poderia ocorrer dos juízes estarem divididos em relação as consequências jurídicas disso, mostrando assim que a regra e reconhecimento é incerta nesse ponto, e a questão só poderia ser determinada caso alguma corte decidisse a questão de uma forma e de outra e tivesse o poder político de fazer a decisão valer³⁰.

Entretanto, de acordo com Dworkin esta explicação de Hart simplesmente não se adequa com o conceito que este usa de regra social. Isso porque caso os juízes estejam de fato divididos sobre a consequências de determinado ato do Parlamento, então não é incerto se uma regra social governa aquela questão, é certo que nenhuma o faz.

Colocar a questão dessa maneira prejudicaria a tese de que alguma regra social sempre existe para definir o que juízes reconhecem como direito. Caso tais situações de desacordo entre juízes fossem limitadas apenas para casos extraordinários e raros, como os do exemplo de Hart, então as dificuldades para teoria seriam poucas e não ofereciam um impedimento real à reinvidicação. Entretanto se, como Dworkin supõe, o desacordo deste tipo entre juízes é frequente, e pode ser encontrado na verdade sempre que um tribunal de apelação procura decidir casos controversos ou difíceis, então a fraqueza que este argumento demonstra é fatal³¹.

Dworkin considera então a possível defesa, de que a regra de reconhecimento só estabeleceria o limite dos deveres dos juristas e, havendo

²⁸ Ibidem. Pg. 61.

²⁹ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997. Pg.144

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 1978. Pg. 61

³¹ Ibidem. Pg. 64.

desacordo, o mero fato deste desacordo deveria mostrar que estes não têm dever algum. O autor afirma que esta visão depende de uma suposição de teoria moral, de que deveres não podem ser incertos e repete seu argumento de que quando juristas encontram-se em situação de incerteza eles se mostram incertos sobre os seus deveres, e não certos de que não teriam nenhum³².

Por fim parece interessante considerar um argumento positivo que Dworkin faz do seu método no artigo. Dworkin teria sido questionado por Sartorius em *Social Policy and Judicial Legislation* se o autor não precisaria de uma regra de reconhecimento, nos modelos da de Hart para, identificação de princípios e regras, e se tal regra não seria composta pelo que Dworkin chama de “teste institucional” no *Modelo de Regras I*.³³

Para responder a este questionamento Dworkin estabelece diferentes teses sobre um teste fundamental para o Direito:

“(i) A primeira tese mantém que, em toda nação que possui um sistema jurídico desenvolvido, alguma regra social ou conjunto de regras sociais existe na comunidade de seus juizes ou oficiais, tais regras definem os limites do dever dos juizes em reconhecer qualquer outra regra ou princípio como Direito.

(ii) A segunda tese mantém que em qualquer sistema jurídico alguma regra ou princípio normativo particular, ou complexo conjunto desses, é o padrão próprio para juizes usarem em identificar regras ou princípios de Direito.^{34”}

De acordo com Dworkin o desacordo entre ele e Hart é sobre a primeira dessas teses. Hart a defenderia e Dworkin a negaria. A questão desdobra-se na ideia de que padrões jurídicos podem ser distinguidos em princípio e como um grupo de padrões morais ou políticos. Se a primeira tese for verdadeira, então em qualquer

³² ibidem. Pg. 64.

³³ Ibidem. Pg. 58

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 1978. Pg. 60.

sistema jurídico algum teste comumente aceito existe para o Direito, na forma de uma regra social, e isso é o bastante para distinguir regras e princípios jurídicos.

Entretanto, supondo que alguém aceite uma teoria normativa do direito da forma contemplada pela segunda tese, esta teoria – caso não seja compartilhada por mais ninguém - iria incluir provisões controversas. Nesse caso a pessoa seria requerida defender a reivindicação de que a sua visão corretamente declara o dever dos juízes, e isso só poderia ser feito a partir de uma teoria do ponto ou valor da instituição jurídica. O argumento para essa teoria iria com certeza depender de princípios controversos de moralidade política. E é justamente esse tipo de dependência que o positivismo jurídico procura negar, para Dworkin.³⁵

Dworkin afirma então que Sartorius estaria errado em sua objeção. Sartorius afirmou que ao Dworkin admitir que juízes tem um dever de usar alguns princípios mas não outros, ou ao conceder determinado peso para um princípio mas não maior ou menor peso, o autor estaria comprometido com a ideia de que um teste fundamental para o Direito. Dworkin responde que a partir desta admissão se segue que ele esta comprometido com alguma versão da segunda tese, isto é, que pensa que um caso persuasivo pode ser feito a favor de uma teoria de como juízes devem decidir em casos difíceis. Mas disso não se segue que ele aceitaria a primeira tese, de que uma regra social existe entre juízes que resolve a questão, esta seria a tese de Hart e não a do autor³⁶.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem. Pg. 61

2.2.2 Análise

Neste artigo já podemos ver alguns dos argumentos metodológicos, ainda pouco desenvolvidos, que terão papel fundamental em *Law's Empire*. Por mais que o autor ainda não tenha definido a diferença, que depois será essencial entre conceitos criteriais e interpretativos, já podemos notar uma rejeição do modelo de regras sociais que futuramente será caracterizado como dependente de critérios. Há também o princípio do argumento da discordância estabelecendo que Hart dependeria de um acordo que não existe para o êxito da sua teoria do Direito e a proposta germinal de um entendimento do Direito que pode ser controverso e nem por isso discricionário. Ambas as posições ficarão mais claras quando Dworkin estabelecer a dicotomia entre os conceitos interpretativos e criteriais.

Interessante trazer uma consideração que Dworkin faz, já em *Justice for Hedgehogs*, sobre os dois artigos recém expostos:

“(...). Quando a mais de 40 anos atrás [no modelo de regras I] eu tentei defender o interpretativismo, eu o defendi sobre este sistema duplo ortodoxo. Eu assumi que o Direito e a moral eram sistemas diferentes e que uma questão crucial seria sua interação. Então eu teria dito(...) que o Direito incluiria não apenas regra promulgadas, ou regras com pedigree, mas princípios justificadores também. Eu logo comecei a pensar que visão de dois sistemas era ela mesma falha, e comecei a abordar a questão sobre um visão muito diferente.”³⁷

Tais considerações parecem confirmar que no *Modelo de Regras I* ainda havia uma dependência metodológica por parte de Dworkin em relação a concepção positivista de Filosofia do Direito (por mais que isso não implique na confirmação do argumento de que o autor estava apenas relatando a existência de princípios); e de que já no *Modelo de Regras II* a negação do modelo metodológico positivista é mais forte.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. P. 402.

Há também neste artigo uma caracterização de Hart que parece equivocada, a de que a única forma de obrigar um juiz a decidir um caso em determinado sentido seria por meio de uma regra social determinada neste sentido. Tal interpretação de Hart seria errônea uma vez que este admite que mesmo na zona de penumbra o magistrado teria que basear-se na jurisprudência e legislação passada para formar as suas conclusões. Hart estaria afirmando que há uma zona de penumbra em relação a algumas decisões de Direito, e isso significaria dizer que em determinadas situações poderá haver mais que uma resposta certa; e não, como Dworkin parece acreditar aqui, que uma vez nessa situação qualquer resposta seria correta.

2.3 Respostas

Antes mesmo da publicação de *Law's Empire*(1986) Hart teria respondido a algumas objeções de Dworkin em dois artigos “*1776-1976: Law in The Perspective of Philosophy*” (1976)³⁸ e “*American Jurisprudence through English eyes: The nightmare and the Noble Dream*” (1977)³⁹, ambos posteriormente publicados em “*Essays in Jurisprudence and Philosophy*” (1983). Tais respostas serão analisados neste tópico.

2.3.1 Resumos

Em “*1776-1976 Law in the Perspective of Philosophy*” Hart relata como o positivismo jurídico, principalmente sob a perspectiva de Bentham foi concebido no decorrer de sua existência. Em tratar dos desafios atuais em relação ao positivismo jurídico o autor fala brevemente sobre a obra de Dworkin.

Hart descreve a teoria da resposta certa de Dworkin, a sua negação da existência da discricionariedade judicial, e concede que em casos em que partes particulares do Direito não oferecem um guia claro de decisão, os juízes não deveriam colocar o Direito de lado e decidir sem nenhuma referência à lei e de acordo com a sua intuição moral. Hart assim admitiria que tais juízes tendem a

³⁸ H.L.A Hart. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford University Press, january. 1984. Pg. 145.

³⁹ Ibidem

procurar, e a encontrar, orientações no corpo do direito positivo existente que impõem restrições às suas decisões de uma forma que estas podem parecer ao magistrado latentes ou imanentes no Direito⁴⁰.

O autor passa então a analisar a aplicabilidade da teoria de Dworkin, com foco específico na questão do *Fugitive Slave Act*, caso em que Dworkin afirma ter sido possível, e mais que isso, necessário que juízes tivessem realizado uma interpretação do Direito americano nos moldes expostos pela sua teoria e chegado a conclusão de que a lei seria incompatível com a estrutura e princípios gerais da constituição americana e, por isso, inaplicável⁴¹.

De acordo com Hart ao deparar-se com a aplicação da teoria de Dworkin a um caso nos moldes do *Fugitive Slave Act* qualquer um deveria se perguntar duas coisas. Primeiro, a latitude que o autor permitiria a si mesmo e iria permitir aos tribunais em traçar a linha entre o que deve ser tomado como lei estabelecida (a partir da qual os princípios justificadores devem ser derivados), e o que deve ser tomado como direito ainda não estabelecido que forneceria os casos difíceis que devem ser decididos a partir dos princípios. Assim, para que a teoria tivesse qualquer aplicação ao *Fugitive Slave Act*, o Direito relevante ao caso deveria ser considerado no momento como não estabelecido, o que não parecia ser a situação de acordo com o próprio Dworkin.

Mais importante, de acordo com Hart, é considerar se – por mais que seja iluminador descrever a lei existente exercendo um atração gravitacional nos magistrados - não seria possível, e mesmo recorrente, existirem atrações gravitacionais de igual força puxando em direções opostas. O autor considera ser claro na exposição de Dworkin que a justificação subjacente ao Direito existente - a partir do qual os juízes devem extrair a sua decisão - inclui princípios que são amplamente gerais e abstratos, sendo assim difícil acreditar que um princípio específico, ou conjunto desses, poderia encaixar-se ao direito estabelecido melhor do que qualquer outro.

Ao questionar-se sobre as possíveis considerações de Bentham sobre a teoria de Dworkin, Hart afirma que a questão crucial para o autor seria se a teoria do

⁴⁰ Ibidem, 152- 56.

⁴¹ Dworkin, Ronald. Review of Cover. Justice Accused: Anti-slavery and the Judicial Process, em Literary Supplements, 5 de dezembro de 1975. P. 1437.

Dworkin poderia escapar das críticas que Bentham fez a teoria de Blackstone. Isso é, se a teoria de Dworkin não seria uma ficção que iria permitir ao juízes, a partir do pretexto de encontrar o que o Direito é, empregar suas próprias visões morais e políticas como já sendo Direito. Tudo dependeria da reivindicação de Dworkin de que hipóteses igualmente plausíveis e bem fundamentadas sobre o que Direito latente é não estarão disponíveis quando casos difíceis surgirem⁴².

Já em *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream* Hart procura fazer uma análise das teorias do Direito norte-Americana, notando que naquele país a prática e teoria jurídica tem um foco predominante no processo judicial⁴³. De acordo com o autor, a obsessão Norte-Americana pelas decisões judiciais fez com que os seus teóricos se dividissem entre o que Hart chama de pesadelo e nobre sonho⁴⁴.

O pesadelo seria a negação da ideia da separabilidade entre a função do legislativo e do judiciário. Isto é, o argumento de que é falsa a ideia que litigantes parecem ter de que no processo judicial eles estariam intitulados a uma aplicação do Direito existente às suas disputas, e não a ser submetido a novas leis criadas para o caso. O realismo jurídico americano é o maior exemplo de tal pensamento⁴⁵.

Já o nobre sonho seria a crença de que, apesar de algumas aparências ao contrário, haveria uma justificação e uma explicação para crença dos litigantes que juízes devem aplicar aos seus casos Direito existente e não criar um novo, isso mesmo quando provisões constitucionais, leis ou precedentes parecem não fornecer um guia determinado. Tal crença acompanharia a forma como juristas argumentam nos tribunais, tratando como se estivessem sempre em busca do Direito e não o criando. Tal concepção, na sua versão americana, tem a característica de não basear-se nas teorias de Direito Natural, mas geralmente propondo algo que se relaciona com a forma e preocupações específicas de um sistema jurídico individual⁴⁶.

⁴² Ibidem H.L.A Hart. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford University Press, January. 1984. Pg. 157- 58.

⁴³ Ibidem. Pg. 121

⁴⁴ Ibidem. Pg. 125.

⁴⁵ Ibidem. Pg. 126.

⁴⁶ Ibidem. Pg. 133.

É neste contexto que Hart introduz Dworkin, como o mais nobre dos sonhadores⁴⁷. Isso porque Dworkin defenderia que nem mesmo nos mais difíceis dos casos difíceis, em que duas interpretações alternativas de uma lei parecem adequar-se igualmente bem a um caso, o juiz estaria criando Direito. De acordo com essa teoria o juiz nunca deveria determinar o que o direito deveria ser, mas estaria confinado ao que o Direito já é, mesmo podendo estar enganado quanto ao seu juízo⁴⁸.

Para isso o magistrado deverá apresentar argumentos sobre o que ele acredita ser o Direito, baseando-se em princípios gerais que tanto justificam e explicam o curso pretérito das decisões em relação a matéria julgada e também com base em teorias políticas capazes de justificar diferentes aspectos da sua aplicação daqueles princípios.

Dworkin admitiria que diferentes juízes de diferentes origens podem construir teorias justificatórias conflitantes, e que quando isso ocorrer, não poderá ser demonstrado que um desses está unicamente correto, podendo muito bem estarem todos equivocados. Mesmo assim, para fazer sentido daquilo que eles fazem, os magistrados devem acreditar que existe uma única teoria para justificar o Direito, o quão complexa for, e alguma solução para o caso em questão a partir desta, que é também a única correta.

Tendo caracterizado Dworkin desta forma, Hart começa sua análise prevendo que a principal objeção que a teoria de Dworkin irá encontrar é na sua insistência de que sempre haverá uma resposta correta, mesmo que impossível de demonstrar, entre duas soluções conflitantes. Poderá ser dito que a ideia de que há apenas uma resposta correta, mesmo que indemonstrável e disposta em um céu de juristas⁴⁹, não poderia servir propósito algum se um outro juiz poderia obter uma conclusão diferente por meio do mesmo processo decisório⁵⁰.

De forma similar, filósofos poderiam disputar a reivindicação de que, como uma forma de coerência lógica, qualquer um que procure responder a uma questão de valor, sendo a questão de qual das duas respostas jurídicas à reivindicação de

⁴⁷ Ibidem. Pg. 137.

⁴⁸ Ibidem. Pg. 138.

⁴⁹ “*Jurist’s Heaven*”, aqui Hart parece estar fazendo referência ao suposto “céu dos conceitos” de Jhering.

⁵⁰ HERBERT, Hart. “*Essays in Jurisprudence and Philosophy*”. P. 140

um litigante é a mais justa ou de qual das comédias de Shakespeare é a mais cômica, deve, em ordem da questão fazer sentido, assumir que há uma resposta objetiva e certa em todos estes casos.

Hart finaliza a sua fala sobre a tese de Dworkin contrastando-a com a de Jeremy Bentham. O contraste que importa para este trabalho é o que Hart caracteriza como a insistência de Bentham que, mesmo o direito podendo ser em alguns pontos incompleto ou indeterminado, na medida que este é determinado, haveriam formas de demonstrar o que ele é por referência aos critérios de validade do sistema legal ou suas provisões básicas sobre o que são as fontes do Direito. Todas as variantes do positivismo jurídico inglês subscreveriam esta visão⁵¹.

2.3.2 Análise.

Dos textos acima expostos, dois pontos parecem ser importantes para o entendimento da concepção que Hart teria da teoria de Dworkin antes de *Law's Empire*. A primeira consideração a ser feita é que Hart ainda parece conceder a Dworkin uma teoria muito parecida com a sua, no momento em que pergunta no primeiro texto como seria a diferenciação de Dworkin entre o Direito estabelecido a partir do qual seus princípios deverão derivados e o não estabelecido capaz de ser modificado. Este questionamento só teria espaço para ser realizado em uma teoria do Direito hierárquica, em que regras secundárias ou princípios maiores concederiam legitimidade para regras primárias de obrigação, este entretanto não é o modelo apresentado Dworkin e isso ficará mais claro quando em o autor introduzir a ideia de paradigmas em *Law's Empire*.

Como já falado no Modelo de Regras II, os princípios jurídicos "*hang together rather than stick together*", isso significa dizer que o seu processo de reconhecimento é uma tarefa mais ou menos holística em que a parte é justificada pelo todo, em que aquela concepção do todo é justificada a partir de ideias de democracia e justiça que por sua vezes podem ser justificados como pertencentes àquela comunidade tanto pelas tendências de decisões judiciais por meio das

⁵¹ Ibidem p. 141. Tal consideração parece de suma importância, tendo em visto parecer a única vez que Hart caracteriza as teses positivistas como dependendo de "critérios" de validade.

décadas como a partir daquela própria concepção de interpretação que estava antes sendo defendida. Este entendimento de Dworkin, de como as partes justificam o todo e o todo justifica a parte, será melhor explorada em suas obras futuras.

O segundo ponto a ser enfatizado é uma verdadeira evolução na interpretação de Hart da teoria de Dworkin. Isso porque, no primeiro texto o autor afirmaria que a tese de Dworkin dependeria da afirmação de que hipóteses igualmente plausíveis e bem fundamentadas sobre o que o Direito é não estariam disponíveis quando os casos difíceis surgissem. Já no segundo artigo Hart esclarece ser a posição de Dworkin que duas interpretações diferentes, ambas plausíveis e bem fundamentadas poderiam sim surgir e que diferentes juízes poderiam interpretar o mesmo caso de formas diferentes.

Esta compreensão mais refinada abre a possibilidade das duas críticas presentes no artigo a de I) da relevância da afirmação de uma resposta certa quando esta é indemonstrável e II) da necessidade lógica da resposta certa à questões de valor. Ambos argumentos de Hart serão respondidos, mesmo que não diretamente, em *Law's Empire*, inclusive tratando da própria questão da interpretação de Shakespeare. Manter tais objeções em mente auxiliará no entendimento dos argumentos sobre interpretação de Dworkin, mesmo que o tema da resposta verdadeira a questões de valor não venha a ser tratada diretamente, tendo em vista ser objeto mais direto *Justice for Hedgehogs*.

3. LAW'S EMPIRE E O PÓS-ESCRITO

Tendo em vista a importância dos argumentos trazidos na obra para o trabalho, esta seção contará com um resumo e análise dos três primeiros capítulos de *Law's Empire* individualmente. Tais análises irão incluir considerações sobre o todo metodológico construído por Dworkin nestes capítulos e como os argumentos expostos ali serviriam pra responder algumas das objeções apresentadas por Hart nos tópicos anteriores.

3.1.1 Prefácio

Dworkin inicia o prefácio do livro estabelecendo a importância do Direito, argumentando que faz parte da prática jurídica discutir sobre o que o Direito estabelece mesmo quando a legislação escrita é silente sobre o assunto. Frente a tal realidade o autor se pergunta como o Direito pode comandar mesmo quando o material jurídico é silente, e é com o objetivo de responder essa questão que o livro irá argumentar que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva. Para Dworkin isso significa dizer que o Direito consiste na melhor justificação da nossa prática jurídica como um todo, na narrativa histórica que faz destas práticas o melhor que ela pode ser⁵².

Também é apresentado no prefácio uma rápida resposta à crítica de que Dworkin estaria defendendo uma demonstrabilidade das respostas jurídicas corretas. Tal crítica, de acordo com o autor, não corresponde ao que fora defendido, pois há uma diferença fundamental entre ter razões para acreditar que uma resposta é correta e dizer que a resposta a uma questão pode ser demonstrada como correta. É proposta de Dworkin então argumentar que as críticas falham em entender sobre o que a controvérsia das respostas certas realmente é. Ele pretende então reivindicar que a controvérsia é sobre moralidade, e não metafísica, e que a tese da

⁵² DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg, VII

inexistência das resposta certa⁵³, entendida como uma reivindicação moral, é fundamentalmente não persuasiva tanto no direito quanto na moralidade⁵⁴.

Não parece ser necessário um tópico particular para análise deste prefácio, o mais relevante aqui é a explicitação do argumento de que um dos motivos de o Direito ser discutido, mesmo quando a legislação parece estar silente sobre o assunto, é a sua importância prática no dia-a-dia da população. Tal argumento, que estará sempre presente no decorrer do livro, parece estar vinculada a questão da inescapabilidade da decisão moral, hipótese que só será apresentada em sua totalidade em *Justice for Hedgehogs*.

Também é apresentado neste prefácio o argumento de que a questão sobre a possibilidade de respostas certas é moral e não metafísica, tal argumento parece especialmente importante a medida que Dworkin caracteriza em *Justice in Robes* a doutrina de discricionariedade de Hart como dependente de um ceticismo externo da forma que o autor caracteriza como pouco convincente, uma vez estabelecido que trata-se de uma teoria que depende de bases morais.

Ambos os argumentos do prefácio estão relacionados ao combate ao ceticismo moral, tema que permeia principalmente as obras finais do autor e não é foco deste trabalho. Mesmo assim, manter em mente este embate entre a possibilidade ou não de estabelecer juízos morais verdadeiros, e saber que o autor responderá a questão de forma afirmativa, auxiliará o entendimento dos seus argumentos metodológicos.

3.2. What is law

3.2.1 Resumo

Dworkin inicia o primeiro capítulo do livro argumentando que a forma como magistrados decidem casos judiciais é uma questão importante, isso o é tanto pelas questões práticas ali presentes quanto morais (relacionadas ao efeito que tais decisões tem no cenário político daquela comunidade e o estigma que pode

⁵³ Chamada no original de “*no-right-answer thesis*”.

⁵⁴ Ibidem. Pg. IX

acompanhar tais decisões). Dworkin aproveita a importância destas dimensões jurídicas para se perguntar qual o tipo de desacordo que os juízes podem vir a ter ao decidir o caso.

Haveria a princípio três diferentes questões que todo o processo jurídico levantaria: questões de fato, questões de Direito e questões de moralidade e fidelidade (isto é, quanto a justiça da decisão prevista na lei e quanto a possibilidade de decidir de forma justa em detrimento da lei). Das três situações, é a segunda que interessa Dworkin no momento, pois de acordo com o autor, juristas e juízes parecem discordar frequentemente do Direito que deverá ser aplicado ao caso; eles pareceriam discordar mesmo em relação ao teste correto para definição do Direito aplicável⁵⁵.

Dworkin sugere que chamemos de preposições de Direito as diversas declarações e reivindicações que pessoas fazem sobre o que o Direito permite, proíbe ou garante. Posteriormente, em *Justice in Robes*, o autor chamará o que se refere aqui de conceito doutrinário de Direito, conceito que é relacionado com juízos sobre o que o Direito de determinada sociedade determina.

Agora, seria possível distinguir os dois modos pelos quais juristas e juízes podem discordar sobre a verdade de preposições de Direito, o primeiro seria empírico a medida que eles podem concordar sobre a base do Direito – sobre quando a verdade proposição de Direito torna uma lei aplicável – mas discordar sobre se aquilo que compõe tal base foi de fato alcançado no caso particular. Haveria também a possibilidade de um desacordo teórico sobre o Direito, situação em que os juristas discordariam sobre as próprias bases do direito, sobre quais proposições, quando verdade, tornam uma proposição particular de Direito verdadeira. Eles poderiam concordar, da forma empírica sobre o que as leis e decisões judiciais passadas dizem, mas discordar sobre o que o Direito realmente é porque eles discordariam se aquilo que é dito nos livros e nas decisões judiciais exaurem as base daquilo que é Direito⁵⁶.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 3.

⁵⁶ Parece haver uma terceira possibilidade aqui ainda não considerada por Dworkin: a de que os juristas concordam tanto em relação às bases do direito quanto a sua dimensão empírica mas discordam na aplicação dos critérios elencados naquela base. Tal possibilidade apenas será considerada no livro *Justice in Robes*, principalmente em relação às críticas expostas por Jules

De acordo com Dworkin o desacordo empírico é de fácil entendimento, mas, não pareceria haver nenhuma teoria plausível quanto o desacordo teórico na Filosofia do Direito da época⁵⁷. Isso não significaria que a filosofia tivesse ignorado o problema, mas ao invés tentado o caracterizar como uma ilusão, defendendo uma visão *plain fact* das bases do Direito e afirmando que os juristas concordam em relação a estas bases. De acordo com esta visão, o Direito seria apenas aquilo que instituições jurídicas, como o legislativos e tribunais, decidiram no passado; e quando houvesse a aparência de desacordo teórico sobre o que o Direito é, o que estaria realmente ocorrendo é um desacordo sobre o que o Direito deveria ser.

Da forma que Dworkin caracteriza tal teoria, toda questão sobre o que o Direito é dependeria de questões históricas fáticas, do que foi decidido anteriormente pelas instituições jurídicas. Em algumas situações a única resposta para tal pergunta é que não houve decisão anterior sobre o assunto, nesse caso nenhuma decisão possível poderia ser entendida como aplicando o Direito, restando ao juiz nenhuma opção a não ser exercer a discricionariedade e criar novo Direito⁵⁸.

Para melhor ilustrar como tal desacordo teórico não só existe de forma aparente, mas verdadeira, Dworkin expõe casos da jurisprudência americana em que o desacordo teórico funciona de forma diversa um do outro. Não parece ser necessário explorar aqui cada um dos casos, mas apenas relatar que a partir da decisão do caso da Snail Darter, do testamento de um herdeiro assassino e da questão se a Câmara de Lordes britânica estaria vinculada a seus próprios precedentes, o autor buscou mostrar que é possível discordar sobre não só a aplicação do Direito, mas sobre suas próprias bases.

De acordo com Dworkin os casos expostos trariam dificuldade à afirmação da visão *plain fact* do Direito e o autor afirma que confrontados com tais situações alguns filósofos do Direito dariam uma resposta impressionante. Eles diriam que o desacordo teórico sobre as bases do Direito deve ser falso porque o próprio

Coleman. Por enquanto basta notar que por mais que Dworkin admita a possibilidade de discordância quanto aplicação, ele não considera que isso traria problemas à sua crítica ao positivismo ao menos que estes fossem capazes de mostrar que todo desacordo teórico é na verdade um desacordo deste terceiro tipo, o que não seria possível.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 6

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 8-9.

significado da palavra “direito” faz o Direito depender de certos critérios específicos, e qualquer juristas que rejeita ou desafia esse critério está se contradizendo⁵⁹.

De acordo com tais filósofos, falantes da língua seguiriam certas regras compartilhadas no uso de qualquer palavra: tal uso definiria critérios que fornecem o significado da palavra e as nossas regras para o uso de “direito” vinculam a prática à tese do *plain fact*. Isso não significa que todo falante apto da língua seria capaz de enunciar tais regras, seria papel do Filósofo explicitar os critérios que são utilizados na prática. Nesse sentido, Filósofos do Direito poderiam discordar entre si sobre quais são os critérios que melhor representam nossa prática jurídica, mas isso por si só não deveria dificultar a suposição comum de que existe um conjunto de padrões/medidas sobre como “direito” deve ser utilizado.

Diversas críticas foram feitas a Dworkin por caracterizar as teorias que chama de semântica como procurando definir o que a palavra “direito” quer dizer e que, ao contrário, tais teorias estariam tentando revelar as características distintivas do fenômeno jurídico. É elucidativo notar a resposta que Dworkin dá a tais críticas na nota 29 do capítulo primeiro⁶⁰. Nesta nota o autor afirma que tal contraste é um equívoco, pois os filósofos que o autor se refere reconhecem que a característica mais distintiva do Direito como um fenômeno social é que participantes em instituições jurídicas utilizam e debatem proposições de Direito e acreditam ser fundamental essas proposições serem aceitas ou não. As teorias clássicas tentariam explicar esse aspecto central e pervasivo da prática jurídica ao descrever o sentido das proposições de Direito – o que elas significam para aqueles que as usam – e essa explicação toma a forma ou de definições de “direito” no modelo antigo ou relato das “condições de verdade” das proposições de Direito – as circunstâncias em que juízes e advogados aceitam ou as rejeitam – nas teorias mais modernas. Mesmo com essa elucidação, é difícil entender o que Dworkin pensa ser o objetivo final da obra de Hart, tendo em vista ser muito difícil caracterizar a obra do britânico como um “relato de condição de verdade das proposições de Direito”. Será falado mais sobre isso na análise do capítulo.

⁵⁹ Ibidem. 31.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 418.

Tais teorias do Direito que insistem que todos os juristas seguiriam certos critérios linguísticos para julgar proposições de Direito são chamadas de teorias semânticas pelo autor. Para Dworkin, as teorias semânticas que teriam sido mais influentes no Direito são aquelas que defendem que os critérios compartilhados que tornam proposições de Direito verdadeiras dependem de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas defenderiam tese da visão *plain fact* do Direito, que o desacordo genuíno sobre o que o Direito é deve ser desacordo empírico sobre questões históricas de instituições jurídicas.

Destas, a mais importante seria a de Herbert Hart, que de acordo com Dworkin teria dito que a verdadeira base do Direito estaria na aceitação por parte da comunidade como um todo de uma regra fundamental (chamada de regra de reconhecimento) que atribui a pessoas ou grupos particulares a autoridade de fazer Direito. Tais proposições de Direito seriam verdade em virtude de convenções sociais que representam a aceitação da comunidade de um esquema de regras que conferem poder a tais pessoas para criar leis válidas⁶¹.

Dworkin passa então a analisar se as afirmações do que ele caracterizou como positivismo jurídico poderiam dar conta de exemplos de desacordo teórico. De acordo com Dworkin, como nessas situação nenhum caso ou legislação anterior teria resolvido aquela questão jurídica, alguém vinculado ao positivismo deveria admitir que não havia lei para ser descoberta no caso concreto. O desacordo dos juízes então só poderia ser um argumento disfarçado sobre o que o Direito deveria ser.

Entretanto, para Dworkin, o argumento de que os juízes estariam disfarçando o seu argumento de propósito – uma das possíveis saídas do positivismo para o desacordo teórico aparente – é pouco convincente e seria facilmente exposto pela sociedade caso verdade⁶². Fora isso, a forma que argumentos são expostos em situações de desacordo teórico são inteiramente inapropriados como argumentos para criação de Direito, eles fariam sentido apenas como argumentos sobre o que juízes devem fazer em virtude da sua responsabilidade de aplicar o Direito como ele o é.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 34.

⁶² Ibidem. Pg. 38.

Haveria entretanto uma defesa mais sofisticada do positivismo, que concederia que os juristas nos casos exemplificados pensavam estar discutindo sobre o Direito, mas argumentaria que tal descrição não poderia ser tomada no seu valor nominal. Esse argumento dá ênfase a importância de distinguir entre os casos padrões ou nucleares do uso da palavra “direito” e casos de fronteira ou penumbra do uso da palavra. Tal tese reivindica que todos os juristas seguem o que é praticamente a mesma regra sobre o uso do “direito” e então concordam sobre limites de velocidade ou taxas de impostos ser Direito. Mas, porque regras para o uso de palavras não são precisas e exatas, as palavras permitiriam casos de penumbra em que as pessoas discordariam sobre determinado conceito mesmo seguindo os mesmos critérios, tendo em vista a vagueza destes.

Assim, juristas podem usar a palavra “direito” de forma diferente em casos marginais quando alguma mas não todas as bases específicas da regra principal são satisfeitas. Isso explicaria, de acordo com o argumento, o porque do desacordo em casos difíceis como os exemplificados. Cada um utilizaria uma versão levemente diferente da regra principal, e a diferença se tornaria manifesta nestes casos especiais⁶³. De acordo com esse entendimento o uso da palavra “direito” funcionaria como qualquer outro conceito como, por exemplo, o de “casa”, em que todos concordam no seu uso habitual mas há uma zona de penumbra quanto a possibilidade de chamar um palácio de casa⁶⁴.

De acordo com tal versão do positivismo jurídico, em casos de desacordo teórico, os magistrados estariam discordando sobre o Direito, mas seu desacordo seria “apenas verbal”, tal como o desacordo sobre um palácio ser uma casa. De acordo com essa defesa, seria melhor pensar no desacordo como discordando sobre reforma e desenvolvimento, sobre o que o Direito deveria ser, porque entenderemos melhor o processo jurídico se utilizarmos “direito” apenas para descrever o que pertence ao núcleo do conceito. Tal defesa defenderia a tese do *plain fact* a medida que trata a questão principal dos casos exemplificados como

⁶³ Dworkin inclusive mostra na nota 34 da página 39 que Hart considerava possível haver uma zona de penumbra mesmo naquela regra fundamental de reconhecimento, mostrando um entendimento sobre a obra de Hart que geralmente não lhe é reconhecido pelos críticos.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 39

uma questão de reforma, mesmo que os juízes não tenham eles mesmos concebido a situação dessa forma⁶⁵.

Entretanto, de acordo com Dworkin, a resposta dada pela tese mais sofisticada ainda não é satisfatória⁶⁶, pois não daria conta de explicar o porquê da comunidade jurídica não ter se dado conta do seu engano há muito tempo. Enquanto a primeira defesa mostraria os juízes como mentirosos bem intencionados, a segunda mostraria como tolos.

A defesa dos casos de penumbra também não seria apta a resolver a situação por ignorar uma distinção entre duas formas de desacordo, a distinção entre casos fronteirços e casos principais. Pessoas algumas vezes utilizam-se de critérios vagos, como a defesa da penumbra descreve. Nestes casos eles concordam sobre o teste correto para aplicação de uma palavra no que eles consideram casos normais, mas usam a palavra de forma diferente no que eles todos reconhecem como casos marginais, como o caso de um palácio. Algumas vezes, entretanto, eles discutem sobre a adequação de uma palavra ou descrição porque discordam sobre o teste correto para o uso de uma palavra ou frase em qualquer ocasião⁶⁷.

A diferença pode ser notada ao imaginar o argumento entre críticos da arte sobre se a fotografia poderia ser considerado ou não uma forma de arte. Eles podem concordar sobre as formas em que fotografia é similar ou não com aquelas atividades que eles reconhecem como parâmetros não controversos de arte, como pintura e escultura. Eles podem concordar que fotografia não é um caso central de arte da forma que aquelas atividades são; eles podem concordar, isto é, que fotografia é no máximo um caso fronteirço de arte. Então eles iriam provavelmente também concordar que a decisão de considerar fotografia dentro ou fora da categoria é uma decisão arbitrária, que deve ser decidida de uma forma ou outra por conveniência, mas que de forma nenhuma haveria uma questão genuína para debater se fotografia é realmente uma arte⁶⁸.

⁶⁵ Ibidem. Pg. 40.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 41.

⁶⁸ Ibidem. Pg. 42.

Agora Dworkin passa a considerar uma situação que diz conter um debate totalmente diferente. Um grupo argumenta que (independentemente do que qualquer um pensa) fotografia é um exemplo central de uma forma de arte, que qualquer outra visão iria mostrar um equívoco profundo da natureza essencial do que é arte. Um outro grupo toma a posição contrária de que nenhum entendimento correto do caráter da arte mostra fotografia como fazendo parte dela, que a técnica fotográfica é profundamente inadequada aos objetivos da arte. Nesse caso, de acordo com o autor, seria errado descrever os argumentos como sobre aonde uma fronteira deveria ser traçada. O argumento seria sobre o que arte, devidamente entendida, realmente é; ele iria revelar que os dois grupos possuem ideias muito diferentes sobre o porquê formas padrão de arte que ambos reconhecem – como pintura e escultura – poderem reivindicar esse título⁶⁹.

De acordo com Dworkin a defesa sofisticada do positivismo jurídico é equivocada no sentido de tratar ambos os desacordos acima expostos como iguais. O autor afirma que os vários juristas que argumentaram em casos de desacordo teórico não pensam estar defendendo reivindicações marginais ou fronteiriças. O desacordo deles sobre legislação e precedente são fundamentais, eles discordaram sobre o que faz proposições de Direito verdadeira não apenas na margem, mas no núcleo também. Casos de desacordo teórico são entendidos por aquelas que argumentavam sobre eles em tribunais e análises jurídicas como casos centrais tratando de princípios fundamentais, e não casos fronteiriços pedindo por alguma linha mais ou menos arbitrária seja traçada⁷⁰.

Para finalizar o capítulo Dworkin afirma que caso debates jurídicos forem de forma predominante, ou mesmo parcial, sobre casos centrais, então os juristas não podem estar todos usando a mesma base factual criterial para decidir quando proposições de Direito são verdadeiras ou falsas. Os argumentos deles seria de forma predominante, ou em parte, sobre quais critérios eles deveriam usar. Então o projeto das teorias semânticas, de revelar regras compartilhadas a partir de um estudo do que os juristas fazem e falam, ia estar fadado a falhar⁷¹.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 43.

⁷¹ Ibidem. Pg. 43

Resta a pergunta do porque tais teóricos se vinculariam a uma tese que de acordo com o autor seria contra-intuitiva. Para explicar tal situação, Dworkin propõe a ideia de dois juristas que estão seguindo regras diferentes no uso da palavra “direito”, usando diferentes critérios factuais para decidir quando uma proposição de Direito é verdadeira ou falsa. Nesse caso então, cada um deveria estar significando (querendo dizer) algo diferente do que o outro quando afirma o que o Direito é. Nesse caso eles não estariam discordando realmente sobre nada quando um nega o que o outro coloca como proposição. Eles não estariam se entendendo, como em uma discussão sobre bancos em que alguém tem a instituição financeira em mente e o outro a mobília.

Esta conclusão parece ser absurda para a instituição jurídica e por isso tais filósofos tentariam salvar a prática social a partir de teorias semânticas, pensando que a única outra solução seria uma espécie de niilismo sobre o Direito⁷². A lógica que enfraquece tal argumento é a lógica recém descrita, o argumento de que ao menos que os juristas compartilhem critérios factuais sobre as bases do Direito, não poderia haver nenhum pensamento com significado ou debate sobre o que o Direito é. Dworkin pretende combater tal ideia nos próximos capítulos.

3.2.2 Análise

Neste primeiro capítulo é estabelecido a base do que Dworkin pensa ser o positivismo jurídico na forma exposta por Herbert Hart, isto é, uma teoria semântica que tem por objetivo identificar e explanar os critérios que tornam proposições de Direito verdadeiras ou falsas em situações concretas. É estabelecido neste também o porque do autor considerar tal Teoria do Direito insuficiente, isso é, por ela depender de uma concordância a nível de critérios que ele considera não existir, e é extremamente relevante que ele tenha escolhido casos práticos para mostrar isso.

Tal escolha é relevante por ser uma forma controversa de caracterizar os objetivos de Hart. Mesmo que aceitemos que a teoria do britânico tem por objetivo a explanação de critérios, o que alguns autores negam, não parece ser o suficiente para concluir que a forma que Hart pretendia ter esses critérios entendidos era da

⁷² Ibidem. Pg. 44

forma conceitual que Dworkin relata aqui. Hart parecia sim estar vinculado a teses de Filosofia da Linguagem, e boa parte da sua obra depende de como conceitos como Direito e obrigação são utilizados, mas é preciso uma argumentação maior do que a que Dworkin apresenta nesse capítulo para vinculá-lo a qualquer tipo de tese *plain fact*.

Mais que isso, não é óbvio, como Dworkin faz parecer, que o positivismo esteja atrelado a uma tese de critérios para verdade ou falsidade de proposições jurídicas específicas de Direito. Há um caráter interno muito forte neste tipo de consideração, considerações que parecem estar vinculadas mais à justificação de decisões de Direito do que o enunciar de critérios de validade. Nesse sentido, no sentido de estabelecer a justificação de uma proposição de Direito de determinado sistema, seria necessária considerações sobre a aceitação e legitimidade que confere um caráter eminentemente interno a qualquer afirmação sob esse viés. E tentar compreender quais os parâmetros para essa validade em cada sistema com a especificidade necessária para ser possível justificar decisões concretas não parece ser o ponto do positivismo, pelo menos não o de Herbert Hart.

Hart teria tentado mostrar, por meio do ponto de vista que chamou de externo moderado, como as obrigações de qualquer comunidade que possui uma obrigação são compostas por uma conduta social reflexiva montada não apenas pela convergência de comportamento, mas também por uma normatividade que permite crítica a desvios de conduta. O britânico iria além afirmando que para que esta comunidade pudesse ter obrigações que pudessem ser mutáveis, dotadas de autoridade e diferente da moralidade convencional, iria ser necessário a criação de uma regra de reconhecimento que fornecesse competência a determinados oficiais para adjudicar, formar e modificar tais obrigações.

Nessa caracterização extremamente geral da teoria de Hart, não parece haver uma vinculação necessária com a ideia de critérios semânticos e talvez fosse possível caracterizar a dependência da regra de reconhecimento não como conceitual, mas como contingente no sentido de apenas ser necessária na hipótese da comunidade ter interesse na separabilidade, modificação e adjudicação das suas regras. O argumento de que não Hart não precisaria estar vinculado a critérios

semânticos não depende da possibilidade desta visão da regra de reconhecimento, entretanto.

Hart não pareceria estar vinculado ou preocupado com questões de proposições válidas de Direito utilizadas a nível de tribunais, como estaria Dworkin. Parece ser plenamente possível separar as duas pretensões, a primeira de estabelecer os parâmetros mínimos para um sistema jurídico que atendesse os objetivos de previsibilidade e competência elencados por Hart e a segunda de perceber como, a partir da posição interna daqueles que compõe o sistema, questões de valor e de discordância figuram nas considerações sobre o que é o Direito. Caso seja de fato possível caracterizar ambos os argumentos deste modo, as objeções de Dworkin neste capítulo não afetariam Hart, por atacarem teses que o autor não haveria se vinculado, que não seria objetivo da sua teoria responder.

Por outro lado, pois mais que a caracterização de Hart do modo exposto por Dworkin seja passível de discussão, isso não parece por si condenar a teoria do autor. Isso porque o passo posterior, a caracterização de conceitos como interpretativos e não criteriosais, continua uma teoria válida mesmo que esta não seja diretamente concorrente com a teoria de Hart. Também é preciso notar que o primeiro capítulo é o único que trata de forma tão direta da prática adjudicativa judicial e que, apesar desta estar sempre presente no raciocínio do autor, o tema dos dois capítulos posteriores possuem um grau maior de abstração e podem estar, por isso, mais em contraposição às ideias positivistas.

3.3. Interpretive Concepts

3.3.1 Resumo Parte I

Dworkin inicia o capítulo declarando que o argumento recém exposto no capítulo anterior pode ser chamado de agulhão semântico e diz que o que está vulnerável a ele é uma certa concepção do que é o desacordo e de quando ele é possível. As pessoas vulneráveis ao agulhão pensariam que podemos discutir de forma sensata um com outro se, e a penas se, nós todos aceitamos e seguimos os mesmos critério para decidir quando nossas reivindicações são sólidas, mesmo que

não possamos expor com exatidão, como um filósofo talvez pudesse, quais são esses critérios. Poderíamos apenas discutir quantos livros há em uma prateleira, por exemplo, apenas se ambos concordassem, pelo menos aproximadamente, sobre o que um livro é⁷³.

Poderíamos, no caso, discordar sobre casos fronteirços: alguém poderia chamar de um livro fino o que outra pessoa chamaria de panfleto, mas não haveria possibilidade de desacordo em relação ao que Dworkin chama de casos centrais. Caso alguém não reconheça uma cópia de *Moby-Dick* como um livro, por não considerar romances livros, qualquer desacordo estaria fadado a ser sem sentido. Caso tal exposição de quando o desacordo genuíno é possível exaure todas as possibilidades, ele deveria então ser aplicável a todos os conceitos, incluindo o conceito de Direito.

Disso seguiria o dilema de que ou os juristas todos aceitam aproximadamente os mesmos critérios para decidir quando uma reivindicação sobre o que o Direito é, é verdadeira; ou não poderá haver nenhum acordo ou desacordo no Direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando estar discordando porque atribuem significados diferente ao mesmo som⁷⁴.

A consequência da inexistência do desacordo pareceria absurda, então filósofos abraçariam a primeira ideia e tentariam identificar as regras basilares que precisariam estar lá, contidos mesmo que não reconhecidos na prática. Eles então produziriam e debateriam o que Dworkin chama de teorias semânticas do Direito.

Entretanto, para o autor, essa imagem do que torna o desacordo possível se encaixa mal com o tipo de desacordo que juristas realmente encontram. Ela seria consistente com o desacordo que advogados e juízes tem em relação a fatos históricos ou sociais, sobre quais palavras podem ser encontradas no texto de alguma lei, ou que fatos existiam em algum precedente⁷⁵. Mas muito desacordo em Direito é desacordo teórico ao invés de empírico. Filósofos jurídicos que pensam que deve haver regras comuns tentam explicar o desacordo teórico como não existente.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 45

⁷⁴ Ibidem. Pg. 46

⁷⁵ De novo, Dworkin parece apresentar uma visão muito simplista do tipo de desacordo não teórico que juristas podem possuir, ignorando por completo questões de aplicação. Tal falta será posteriormente explorada por Hart e Coleman.

Eles dizem que os juristas estão apenas fingindo ou que discordam apenas porque o caso a sua frente cai em alguma área cinza ou fronteira das regras comuns. Em qualquer dos casos (eles diriam) faríamos melhor em ignorar as palavras que os juristas usam e tratar a discussão como um desacordo sobre o que o Direito deveria ser⁷⁶, não sobre o que o Direito é. Aqui estaria o agulhão, caracterizado por uma imagem de desacordo que Dworkin considerada inadequada.

O autor então afirma que essa imagem do que torna o desacordo possível pode ser ineficaz em relação a qualquer desacordo, mas que irá apenas argumentar que ela não é exaustiva e, em particular, que ela não se sustenta em um conjunto importante de circunstâncias que incluem o argumento teórico no Direito. Ela não se sustentaria quando os membros de uma comunidade que compartilham práticas e tradições criam e disputam reivindicações sobre a melhor interpretação desses – quando eles discordam, isso é, sobre alguma tradição ou prática realmente requer em circunstâncias concretas. Estas reivindicações são frequentemente controversas, e o desacordo é genuíno apesar de pessoas utilizarem diferentes critérios ao formar ou enquadrar essas interpretações; é genuíno porque essas interpretações concorrentes são direcionadas aos mesmos objetos ou eventos de interpretação. Dworkin então se propõe a mostrar como tal entendimento auxiliaria a entender argumentos jurídicos de forma mais clara e também a melhor compreender o papel do Direito na cultura geral, mas antes propõe apresentar como o modelo recém apresentado se comporta frente a uma instituição mais simples.

Para isso Dworkin propõe imaginar a história de uma comunidade fictícia. Os seus membros seguiriam um conjunto de regras, que eles chamam “regras de cortesia” em uma determinada extensão de ocasiões sociais. Eles diriam “cortesia requer que camponeses retirem o seu chapéu à nobreza”, por exemplo, e eles impelem e aceitam outras proposições deste tipo. Por um certo tempo essa prática tem o caráter de tabu: as regras estão apenas ali e não são questionadas ou modificadas⁷⁷.

Mas então, talvez de forma lenta, tudo muda. Os membros daquela comunidade desenvolvem uma atitude interpretativa complexa em relação às regras

⁷⁶ Ibidem. Pg. 46

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 47

da cortesia, uma atitude que possuiria dois componentes. O primeiro é a suposição que a prática da cortesia não simplesmente existe mas tem valor, que ela serve algum interesse ou propósito, ou cumpre um princípio – em resumo, que tem algum ponto que pode ser apresentado ou exposto de forma independente de apenas descrever as regras que formam a prática. O segundo é a suposição posterior que os requisitos da cortesia – o comportamento que ela demanda ou julgamento que ela justifica – não são necessariamente ou de forma exclusiva o que eles sempre foram considerados ser, mas são ao invés sensíveis ao ponto da prática, de forma que as regras estritas devem ser entendidas, aplicadas, estendidas, modificadas, qualificadas ou limitadas por aquele ponto⁷⁸. Uma vez que essa atitude interpretativa toma conta, a instituição da cortesia deixa de ser conduzida de forma mecânica; ela deixa de ser uma deferência irrefletida a uma ordem arcaica. Pessoas agora passariam a tentar impor significado à instituição – ver ela a sua melhor luz – e então reestruturá-la à luz desse significado.

Os dois componentes da atitude interpretativa são independentes um do outro; nós podemos adotar o primeiro componente da atitude em relação a algumas instituições sem tomar junto a segunda. Faríamos isto no caso de jogos e competições, apelaríamos ao ponto (ou objetivo) dessas práticas em argumentar sobre como aquelas regras devem ser modificadas, mas não (exceto em casos limitados) sobre o que aquelas regras agora são; isso estaria fixado pela história e convenção.

Interpretação então figura em um papel apenas externo em jogos e competições. É crucial à ficção do autor entretanto que os cidadãos da cortesia adotem o segundo componente da atitude junto da primeira; para eles a interpretação decidiria não apenas o porque da cortesia existir mas também o quê, devidamente entendido, ela requer. Valor e conteúdo teriam se tornado entrelaçados⁷⁹.

Dworkin pretende apresentar então como a prática da cortesia muda com o tempo. Para isso ele pretende supor que antes da atitudes interpretativas ser iniciada em ambos seus componentes, todos os membros da comunidade assumem

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 48.

que o ponto da cortesia encontra-se na oportunidade que fornece de mostrar respeito a superiores sociais. Nenhum questionamento surge se é isso mesmo que a prática requer, ao invés, essas demonstrações de respeito apenas são o que a prática requer, e as opções disponíveis são conformidade ou rebelião.

Quando a atitude interpretativa se desenvolve por completo, entretanto, este ponto de respeito pressuposto adquire um poder crítico, e as pessoas começam a demandar, por meio do título de cortesia, formas de deferência previamente desconhecidas ou recusar formas previamente utilizadas. Interpretação retorna à prática, alterando sua forma, e a nova forma encoraja maiores reinterpretações, até que a prática muda dramaticamente, apesar de cada passo neste progresso ser interpretativo do que o último alcançou⁸⁰.

A visão das pessoas sobre as bases devidas de respeito, por exemplo, podem mudar de relacionada à posição social para critérios de idade, gênero ou alguma outra propriedade. Os principais beneficiários de respeito iriam então ser superiores sociais em um período, idosos em outro e mulheres em um terceiro. Opiniões também poderiam mudar sobre a natureza ou qualidade do respeito, de uma visão que atitudes externa constituem respeito para a visão oposta, de que respeito é uma questão apenas de sentimentos. Ou a opinião pode mudar sob dimensões bem diferentes, sobre se respeito teria ou não qualquer valor quando é direcionado a grupos ou a propriedades naturais ao invés de a indivíduos por resultados individuais. Se o respeito dessa primeira forma não parecer mais importante, ou mesmo parecer errada, então uma interpretação diferente da prática irá tornar-se necessária. Pessoa irão passar a ver o ponto da cortesia como quase o contrário do seu ponto original, do valor de formas impessoais de relação social que, por causa da sua impessoalidade, não possuem mais significância. Cortesia irá ocupar então uma posição diferente e diminuída na vida social, e o fim da história pode ser previsto: a atitude interpretativa irá definir, e a prática irá voltar ao estado valorativo mecânico e estático em que iniciou⁸¹.

Essa seria a visão ampla a partir de uma perspectiva história de como a tradição de cortesia muda de acordo com o tempo. Dworkin agora sugere considerar

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 49.

as dinâmicas de transformação mais de perto, ao notar os tipos de julgamento, decisões e argumentos que produzem cada resposta individual à tradição, as respostas que coletivamente, ao longo de muito tempo, produzem as grandes mudanças que primeiro foram notadas. Nós precisaríamos de um relato de como a atitude que Dworkin chama de interpretativa trabalhou a partir de dentro, da perspectiva dos intérpretes. Entretanto, até um relato preliminar será controverso, pois se uma comunidade usa conceitos interpretativos, o conceito de interpretação será ele mesmo um desses e uma teoria da interpretação será uma interpretação da prática de ordem superior de usar conceitos interpretativos.

Dworkin pretende neste capítulo então propor uma perspectiva teórica designada a explicar a interpretação de práticas sociais como cortesia, e defender tal perspectiva contra algumas objeções que o autor diz relevantes. Isso, diz o autor, faz com que seja necessário entrar em questões que sociólogos, teóricos da arte e críticos estão mais diretamente envolvidos, mas afirma que se o Direito é um conceito interpretativo, qualquer teoria do Direito que valha a pena deve ser construída sob uma visão do que interpretação é ⁸².

Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação. Pessoas interpretam em contextos muito diferentes, e Dworkin propõe começar a análise notando como esses contextos se diferenciam. A forma mais familiar de ocasião de interpretação é a da conversa. Sons e marcas de determinado agente são interpretados com objetivo de decidir o que este disse. A assim chamada interpretação científica coleta dados e então os interpreta. A interpretação artística é ainda uma outra forma, críticos interpretam poemas e peças e pinturas com objetivo de defender alguma visão do seu significado, tema ou ponto.

A forma de interpretação que Dworkin pretende estudar – a interpretação de práticas sociais – é, de acordo com o autor, como a interpretação artística do seguinte modo: ambas procuram interpretar algo criado por pessoas como uma entidade distinta destas, ao invés do que pessoas dizem, como na interpretação de conversas, ou de eventos não criados por pessoas, como em interpretações

⁸² DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 49.

científicas. Ambas seriam, de acordo com Dworkin, formas de interpretação criativa diferente assim de interpretações de conversa ou científica⁸³.

Interpretações de conversa são intencionais, procurando atribuir significado à luz dos motivos e propósitos que ela pressupõe o falante possuir, e ela reporta suas conclusões como declarações sobre a intenção do falante ao dizer o que disse. Dworkin se pergunta então se poderíamos dizer que toda a forma de interpretação tem como alvo explicações intencionais dessa forma. Este entendimento teria que modificar o modo que entendemos a interpretação científica, tratando então esta como uma apenas uma metáfora que representaria os dados “falando” com o cientista⁸⁴.

Dworkin se pergunta então se a interpretação criativa seria também apenas um caso metafórico de interpretação. Poderia ser dito que quando falamos da interpretação de poemas ou de práticas sociais estamos imaginando que esses falam conosco, que o que eles pretendem nos dizer algo da mesma forma que uma pessoa poderia. Mas nós não podemos então dissolver a metáfora, como no caso da ciência, explicando o que realmente temos em mente uma explicação causal ordinária, e que a metáfora de propósito e significado é apenas decorativa. Isso porque a interpretação de práticas sociais e fenômenos de arte é essencialmente interessada/relacionada com propósitos ao invés de meras causas. Os cidadãos de cortesia não procuram encontrar, quando eles estão interpretando sua prática, as várias formas econômicas ou psicológicas que determinam seu comportamento convergente. Nem um crítico procura um relato fisiológico de como um poema foi escrito. Devemos encontrar então alguma forma de substituir a metáfora das práticas e imagens falando nas suas própria voz para uma que reconhece o papel fundamental que o propósito tem na interpretação criativa⁸⁵.

Uma solução seria muito popular, de acordo com Dworkin. Ela dissolveria a metáfora do poema em imagens comunicando-se com o intérprete ao insistir que interpretação criativa é apenas um caso especial de interpretação conversacional. Nessa perspectiva nós ouviríamos não aos trabalhos de arte eles mesmo como a

⁸³ Ibidem. Pg. 50.

⁸⁴ Ibidem. Pg. 51.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 51.

metáfora sugeriria, mas aos seus autores. Interpretação criativa então procuraria decifrar os propósitos ou intenções em escrever um romance particular ou manter uma tradição social particular, da mesma forma que procuramos compreender a intenção de um amigo em falar como ele fala em uma conversa⁸⁶.

Dworkin irá defender uma solução diferente: que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. A interpretação de trabalhos de arte ou de práticas sociais, ele irá argumentar, é de fato essencialmente preocupada com propósito e não causa. Mas o propósito em questão não são, fundamentalmente, aqueles de algum autor, mas aqueles do intérprete. Interpretação construtiva seria uma questão de impor propósito a um objeto ou prática com o objetivo de fazer daquilo o melhor exemplo possível da forma ou gênero que aquilo é tomado como fazendo parte. Não se segue, mesmo desse relato brusco, que um intérprete possa fazer de uma prática ou trabalho de arte o que ele iria querer que tivesse sido, que um cidadão de cortesia que é fascinado por igualdade, por exemplo, possa em boa-fé reivindicar que cortesia requer de verdade a distribuição de riqueza. Pois a história de uma prática ou objeto limita a interpretação disponível daquela, como será visto a seguir com mais detalhes. Interpretação criativa, na visão construtiva, é então uma questão de interação entre propósito e objeto.

Um participante interpretando uma prática social, de acordo com essa visão, propõe um valor para prática por descrever algum esquema de interesses, objetivos ou princípios que a prática pode ser considerada servir, expressar ou exemplificar. Muitas vezes, talvez até tipicamente, os dados comportamentais da prática – o que as pessoas fazem em determinada circunstância – será consistente com atribuições de valor diferentes e concorrentes. Uma pessoa pode vir a perceber na prática da cortesia um meio assegurando que o respeito é concedido àqueles que o merecem por causa de posição social ou outro condição. Outro pode ver, de forma igualmente vívida, um meio de fazer interações sociais mais convencionais e assim menos indicativa de julgamentos diferenciados de respeito⁸⁷.

⁸⁶ Ibidem. Pg. 52.

⁸⁷ DWORWIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 53.

Se os dados não discriminam entre essas interpretações concorrentes a escolha de uma interpretação ou outra deve refletir uma visão do qual interpretação propõe maior valor para prática, qual mostra a prática a sua melhor luz.

Dworkin formula então a ideia de um crítico contrapondo a sua tese da interpretação construtiva do seguinte modo:

“Sem dúvida pessoas podem fazer reivindicação da forma que Dworkin descreve os cidadãos de cortesia fazendo sobre prática sociais que eles compartilham; sem dúvida eles podem propor e contestar opiniões sobre como essas práticas devem ser entendidas e continuadas. Mas é uma confusão séria chamar isso de interpretação, ou sugerir que isso é de alguma forma fazer sentido da prática ela mesma. Isso seria profundamente enganador de duas formas. Primeiro, interpretar significa tentar entender algo – uma declaração, gesto, texto, poema ou pintura, por exemplo – de uma forma particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos ou intenções do autor em falar, agir, escrever ou pintar como ele o fez. Então interpretar uma prática social, como a prática de cortesia, só pode significar discernir a intenção de seus membros um por um. Segundo, interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, poema, pintura ou texto em questão – de forma fiel ou precisa, como ela realmente é, e não como sugerido por Dworkin por meio de uma visão deturpadamente otimista ou a sua melhor luz. Isso significa apanhar as intenções históricas reais dos seus autores, não impor os valores do intérprete sob o que aqueles autores criaram”⁸⁸.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 54.

Dworkin propõe responder à crítica de três formas. Primeiro argumentando que mesmo se tomarmos o objetivo da interpretação artística como recuperando a intenção de um autor, como a objeção recomenda, nós não podemos escapar do uso da estratégia de interpretação construtiva que a objeção condena. Ele irá tentar mostrar depois que se nós de fato tomamos o objetivo da interpretação artística como elucidando a intenção do autor, isso deve ser uma consequência de ter aplicado o método da interpretação construtiva à arte, não de ter rejeitado esses métodos. E irá argumentar, por fim, que as técnicas da interpretação conversacional ordinária, em que a pessoa procura descobrir a intenção ou significados de outra pessoa, iria de qualquer forma ser inapropriado para interpretação de prática sociais como cortesia porque é essencial à estrutura de tal prática que interpretar a prática seja tratada como diferente de entender o que outros participantes querem dizer pelas declarações que fazem em sua operação. Disso segue que um cientista social deve participar em uma prática social se ele tem esperança de entendê-la, ao invés de entender os seus membros⁸⁹.

Dworkin acredita que isso ficará mais claro uma vez que a natureza da interpretação artística seja melhor analisada e para realizar essa análise ele se pergunta se descobrir a intenção de um autor se refere a um processo factual independentemente dos valores daquele que interpreta. De acordo com o autor, a interpretação artística não trata simplesmente de recuperar a intenção de um autor se entendermos “intenção” no sentido de um estado mental consciente, não se entendermos interpretação artística como procurando identificar algum pensamento particular presente na mente de um autor quando ele disse ou escreveu aquilo que é interpretado⁹⁰.

Para Dworkin intenção é sempre algo mais complexo e problemático que a recuperação de um estado mental e, por isso, precisamos reformular a primeira pergunta, agora procurando saber o que alguém precisa entender como intenção para que interpretação possa ser interpretada como uma forma de recuperar a intenção de um autor.

⁸⁹ Ibidem. Pg. 55.

⁹⁰ Ibidem.

De acordo com Dworkin é preciso primeiro observar o argumento que atribui à Hans Gadamer de que um intérprete deve aplicar uma interpretação. Dworkin tenta ilustrar esse ponto a partir de um exemplo artístico em que reproduzir a peça de um Shakespeare exatamente como ela fora escrita pode causar reações diversas do que aquele autor tenha pretendido, dado diferenças históricas. Nesse sentido interpretação artística é complexa e estruturada, diferentes aspectos ou níveis de intenção podem colidir, fidelidade às opiniões e falas mais concretas de um autor, ignorando os efeitos que tal visão possa ter em uma audiência contemporânea, poderá trair os propósitos artísticos mais abstratos deste autor. E aplicar aquele propósito abstrato a nossa situação estaria longe de um exercício histórico neutro de reconstruir um estado mental passado. A aplicação inevitavelmente engaja as opiniões artísticas do próprio intérprete da mesma forma que a descrição da interpretação construtiva sugere, isso porque procura encontrar o melhor meio expressar, dado o contexto que se encontra, a ambição artística maior que um autor nunca declarou e talvez não tenha sequer definido conscientemente mas que é produzido ao nos perguntarmos como a obra que ele escreveu seria mais iluminadora para época atual⁹¹.

Dworkin afirma então que Stanley Cavell apresentaria maiores complexidades na sua obra, *Must we mean what we say?*, ao mostrar como mesmo as intenções mais concretas e detalhadas de um artista podem ser problemáticas. Para isso, de acordo com Dworkin, Cavell imagina uma conversa com um diretor de cinema em que lhe é apresentada a conexão de um filme seu com uma lenda Filomena e que, ao deparar-se com a lenda que nunca tinha ouvido antes, o diretor declara que esta captura o sentimento que possuía sobre seus personagens enquanto filmava, que agora aceitaria tal interpretação como parte do filme que fez. Cavell diria então que estaria inclinado nessas circunstância a entender a referência à lenda como intencional⁹².

O argumento de Cavell seria importante para o projeto de interpretação de Dworkin, de acordo com o autor, não pela correção ou não de seus detalhes, mas porque ela sugeriria uma concepção de intenção bem diferente daquela do estado

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 56.

⁹² Ibidem.

mental consciente. Uma compreensão pertenceria a intenção de um autor, nessa visão, quando se encaixa e ilumina os seus propósitos artísticos de uma forma que ele iria reconhecer e endossar mesmo que ele ainda não o tenha feito. Isso traz a percepção de valor artístico do intérprete na sua reconstrução da intenção do autor de pelo menos uma forma, pois o julgamento do intérprete do que um autor teria aceito será guiado pelo sua compreensão do que o autor teria aceitado, isso é, sua compreensão de que leituras iriam tornar o trabalho analisado melhor ou pior.

Para ilustrar como isso corre Dworkin volta ao exemplo de Cavell dizendo a conversa imaginada com o diretor inicia com Cavell considerando que o filme seria melhor se lido como incluindo uma referência à lenda e com a sua suposição, que o diretor poderia vir a compartilhar essa visão, a ver suas ambições melhor realizadas abraçando essa interpretação. Para Dworkin a maior parte das razões pelas quais Cavell provavelmente possuiria para supor isso são as suas razões para preferir a sua própria leitura. Isso não significaria que este uso de intenção artística seria uma forma de fraude, um disfarce para as próprias visões do intérprete, isso porque a conversa imaginária tem um papel negativo importante: em algumas circunstâncias o intérprete ia ter boas razões para supor que o artista iria rejeitar a leitura que o atrai⁹³.

Dworkin não pretende dizer também que agora devemos aceitar a reivindicação que interpretação é uma questão de recuperar ou reconstruir a intenção particular de um autor uma vez que abandonarmos a visão de intenção dependente do estado mental consciente. O presente ponto é que a reivindicação da intenção do autor como forma de interpretação utiliza ela mesma das convicções artísticas do autor interpretado – do que esse consideraria como uma reivindicação boa ou ruim do seu trabalho - , essas convicções do intérprete sobre o que o autor interpretado valorizaria serão frequentemente cruciais em estabelecer o que, para aquele intérprete, a intenção artística desenvolvida realmente é⁹⁴.

A apresentação do argumento de Cavell permite a construção de uma nova descrição do que os cidadãos de cortesia estariam fazendo ao interpretar a sua prática social. Cada cidadão, poderíamos dizer, está tentando descobrir sua própria

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 57.

⁹⁴ Ibidem. 58.

intenção ao manter e participar daquela prática – não no sentido de recuperar seu estado mental quando retirou o seu chapéu pela última vez, mas no sentido de encontrar um relato significativo do seu comportamento que estaria confortável atribuindo a si mesmo. Tal relato não deve adicionar nada de original à descrição de Dworkin e serviria apenas para mostrar que o vocabulário de intenção, e ao menos algo do ponto da ideia de que interpretação é uma questão de intenção, está disponível para interpretação tanto social quanto artística. Não haveria nada na ideia de intenção que necessariamente dividiria estas duas formas de interpretação criativa.

Mas haveria algo na ideia de intenção que necessariamente uniria as duas formas de interpretação. Pois mesmo se rejeitarmos a tese de que a interpretação criativa procura descobrir alguma intenção histórica real, o conceito de intenção mesmo assim fornece para Dworkin a estrutura formal de todas reivindicações interpretativas. Isso significaria dizer que uma interpretação é por natureza o relato de um propósito, ela propõe uma forma de ver o que é interpretado como se aquilo fosse o produto de uma decisão de buscar um conjunto de temas, visões ou propósito⁹⁵.

Esta estrutura é requerida de uma interpretação mesmo quando o material a ser interpretado é uma prática social, mesmo quando não há um autor histórico cuja mente possa ser sondada. A interpretação da cortesia irá ter então um ar intencional mesmo que a intenção não possa pertencer a ninguém em particular ou mesmo às pessoas em geral.

Dworkin afirma que o método da interpretação da arte baseada na intenção é contestada mesmo na sua forma mais plausível e que mesmo aqueles vinculados a esta ideia discordam sobre como a intenção de um autor deve ser reconstruída. Entender o caráter desse argumento e o quê consistem estes desacordos será o objetivo do autor. Trabalhos de arte são apresentados como tendo, ou ao menos reivindicando, valor de uma forma particular que chamamos de estético, mas é sempre uma questão aberta quando esse valor existe e o quanto ele fora realizado. Estilos gerais de interpretação são, ou ao menos pressupõem, respostas gerais a

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 58.

essas questões assim deixadas em aberto. Dworkin sugere então que a discussão acadêmica sobre a intenção do autor deve ser vista como uma discussão particularmente abstrata e teórica sobre onde o valor está na arte. Tal forma de enxergar o debate entre críticos explicaria o porquê de alguns períodos da prática literária terem sido mais preocupados com a intenção do autor que outros: a sua cultura intelectual teria vinculado valor em arte mais firmemente no processo de criação artística⁹⁶.

Com tal descrição Dworkin estaria sugerindo a forma que o argumento sobre intenção na interpretação - localizado dentro do contexto social maior de contestar o modo do valor da arte - ele mesmo assume os objetivos mais abstratos da interpretação construtiva, ou seja, procurar fazer o melhor daquilo que é interpretado. Ele não estaria então argumentando que a teoria da intenção do autor na interpretação artística estaria errada ou certa, mas que se está certa ou errada e o que ela significa deve voltar-se a plausibilidade de alguma pressuposição mais fundamental sobre o porquê trabalhos de arte terem o valor que a sua apresentação pressupõe⁹⁷.

Dworkin também não quer dizer que um intérprete no exemplo de Cavell necessita ter em mente alguma teoria que conecta intenção à valor estético, intenção crítica também não seria um estado mental. O autor também não quer dizer que caso o crítico afirmar que a intenção do diretor era a inclusão da lenda, mesmo que isso nunca tenha sido reconhecido por este, o crítico deve estar conscientemente pensando que o filme é melhor visto daquela forma. Ele apenas quer dizer que nas circunstâncias críticas usuais nós devemos poder atribuir tal visão a este crítico, da forma que nós normalmente atribuímos convicções às pessoas, se nos formos entender as suas reivindicações como interpretativas ao invés de traiçoeira e zombaria⁹⁸.

Dworkin discorre mais sobre seu argumento da “o melhor daquilo que é interpretado” na nota 12 da página 61 afirmando que tal modelo funcionaria ao menos que tratando de circunstâncias não usuais. Ele propõe então a cena de um

⁹⁶ Ibidem. 60.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 61.

⁹⁸ Ibidem.

crítico que insiste que por mais que o diretor não tenha se dado conta disso na gravação, o jeito correto de ver seu filme é a partir da lenda Filomena, então o crítico acrescentaria que o filme, assim entendido é particularmente banal. De acordo com Dworkin isso nos deixaria sem saber o porque do autor ter proposto aquela interpretação⁹⁹.

Dworkin acrescenta na nota que não pretende afirmar que todo tipo de atividade que chamamos de interpretação procura fazer o melhor daquilo que interpreta – uma interpretação “científica” do Holocausto não iria tentar mostrar os motivos de Hitler da sua forma mais atrativa, nem alguém tentando mostrar os efeitos sexistas de uma tirinha procuraria encontrar uma interpretação não sexista daquela, mas apenas que isso o é nos casos normais ou paradigmáticos da interpretação criativa.

Dworkin então afirma que a interpretação artística é na nossa cultura interpretação construtiva. Nesse sentido a pergunta maior de o quanto a melhor interpretação de um trabalho de arte deve ser fiel à intenção do autor se volta à questão construtiva de se aceitar tal requerimento permite a interpretação fazer aquele objeto ou experiência artística o melhor que pode ser. Aqueles que pensam que fidelidade à intenção faz o melhor que uma experiência artística pode ser - porque eles pensam que o gênio é o ponto central da arte ou por alguma outra razão - deve fazer um julgamento mais detalhado de valor artístico em decidir o que a intenção pertinente do autor realmente é.

3.3.2. Análise Parte I

Um digressão tão grande sobre interpretação em arte pode parecer inadequada para os objetivos maiores de Dworkin de entender o Direito. Mais importante, pode parecer uma atenção inadequada a um trabalho cujo foco é método, pertencendo melhor talvez a um trabalho sobre interpretação. Tendo em vista essas possíveis objeções, parece um momento adequado para considerar quais os objetivos que Dworkin parece ter em relação aos seus argumentos sobre arte e o que isso tem a ver com método.

⁹⁹ Ibidem. Pg. 421.

O argumento aqui parece ser de que toda interpretação artística é valorativa do início ao fim. Isso significa dizer que é preciso fazer uma valoração tanto ao aplicar um método interpretativo quanto ao escolher um método interpretativo. Para Dworkin não existiria modo de escolher uma forma de interpretar obras de arte que não baseasse tal escolha naquilo que consideramos o que a arte é, no que a prática tem como o seu valor. A afirmação de que esse entendimento de como a interpretação artística ocorre é capaz de melhor explicar a guinada nas práticas interpretativas da literatura no decorrer da história é então uma forma de dar força ao argumento do autor. Sua conclusão é que práticas de interpretação que a sociedade sempre acompanhou seguem, mesmo que inconscientemente, o seu modelo; e seria por meio deste que tais práticas deveriam ser entendidas.

Mais que isso, é fundamental ao autor deixar claro que esse valor que instituímos para fazer a escolha da forma que a interpretação tomará, deverão guiar também os argumentos substantivos que serão feitos acerca de determinada obra. Estas considerações valorativas interpretativas, como são anteriores a escolha do método, podem vir posteriormente a modificá-lo e mostrar suas deficiências. Com isso o autor parece dizer que mesmo nas interpretações que se propõem mais descritivas é preciso utilizar argumentos de valor para a sua escolha e justificação, e que esse valor escolhido deverá permanecer presente na mente do intérprete durante a análise. Isso significa dizer que caso o método escolhido acabar não sendo a melhor forma de realizar o valor a que se propõe, caso o resultado substantivo fique aquém daquilo que era pretendido, o método deverá ser modificado.

Neste argumento, finalmente, poderia haver alguma incompatibilidade com a teoria de Herbert Hart, mas isso não o é necessariamente. Para compatibilizar a ideia de Hart com essa estrutura bastaria ao autor admitir que a sua descrição dos pressupostos mínimos para composição do sistema jurídico estaria ligado aqueles valores que qualquer comunidade alcançaria ao abandonar o sistema primitivo de obrigações. A partir desses parâmetros a melhor teoria seria aquela que pudesse mostrar de forma mais detalhada quais são os passos necessários para a construção da instituição e que continuasse geral o bastante para poder explicar a conduta de toda a sociedade que tivesse aqueles objetivos elencados em mente.

O quanto a teoria de Hart poderia ser compatível com essa ideia, e se há base textual necessária para essa compatibilização, não é objeto deste trabalho. Mas não parecer haver algo na própria estrutura da teoria do autor que tornasse tal tentativa de compatibilização automaticamente impossível.

É relevante também nesta primeira parte do capítulo analisado a vinculação de Dworkin com a teoria de que interpretar é necessariamente interpretar algo a sua melhor luz. Este é um pressuposto que irá estar presente em todos os trabalhos futuros do autor e é neste capítulo a justificação do argumento é mais explícita. O caráter do argumento, entretanto, não é claro.

Podemos ver que o autor apela à prática para explicar que a única forma de entendermos a reivindicação de alguma interpretação como correta é por meio de uma vinculação do intérprete à ideia de que aquela interpretação, dentre todas as outras possíveis, é a que melhor apresenta o trabalho interpretado. Caso não o fosse, não haveria motivo para que escolhêssemos a interpretação reivindicada. Esta afirmação, por outro lado, não parece ser empírica, ela não depende que intérpretes conscientemente entendam a vinculação afirmada por Dworkin.

O caráter então da reivindicação parece ser conceitual, mas conceitual da forma valorativa que Dworkin entende qualquer forma de interpretação, mesmo que relacionada à própria prática interpretativa. Isso significa dizer que tal asserção, que podemos caracterizar como inescapável em um vocabulário que o autor irá introduzir em *Justice for Hedgehogs*, apenas se verifica caso o agente tenha como objetivo alcançar os valores que podem ser alcançados a partir de uma interpretação.

Ocorre que, como interpretar faz parte de qualquer uso da linguagem, qualquer um que pretenda se comunicar precisaria utilizar algum tipo de interpretação e esta forma de interpretação seria, para Dworkin, aquela que procura mostrar o seu objetivo a melhor luz. Como seria algo que vincula a todos que objetivam utilizar a linguagem, o argumento é nesse sentido inescapável e a característica é em certo sentido, conceitual.

É importante notar, por outro lado, que argumento conceituais interpretativos, para Dworkin, são aqueles que mantêm uma relação com aquilo que é mais básico de uma prática social e, diferentemente do que ocorreria para o autor no modelo de conceitos criteriosais, é possível que tal estrutura básica seja questionada. Este

questionamento questionamento, como iremos ver, pode ser entendido mesmo por aqueles que tomam a característica em questão como sendo fundamentalmente ligada à prática. Como isso ocorre será considerado na segunda parte do capítulo.

3.3.3. Resumo Parte II

Ainda no capítulo dois, o autor passa a analisar a interpretação construtiva no âmbito de uma prática social¹⁰⁰.

A questão a nível de práticas sociais é como a interpretação dessas pode procurar descobrir algo análogo à intenção do autor. Uma forma de entender isso, seria a de um membro de uma prática social pensar que interpretar sua prática significa descobrir a sua própria intensão no sentido já descrito. Entretanto essa hipótese não responde à objeção anterior, porque esta argumenta que interpretação deve ser neutra e assim, que o intérprete deve procurar descobrir os motivos e propósitos de outro alguém.

De acordo com o autor haveria duas formas que procurar atender a esse pressuposto, o primeiro seria dizer que a interpretação de uma prática social significa descobrir o propósito ou intenção dos outros participantes da prática, os cidadãos de cortesia por exemplo. Ou que significa descobrir o propósito da comunidade que abriga a prática, concebida ela mesma como tendo alguma forma de vida mental ou consciência de grupo¹⁰¹.

Para Dworkin a primeira dessas sugestões pareceria mais atrativa porque menos misteriosa, mas ela seria derrotada pela estrutura interna de uma prática social argumentativa, porque é uma característica de tais práticas que uma reivindicação interpretativa não é apenas uma reivindicação sobre o que outros intérpretes pensam.

Dworkin procura elucidar a última afirmação argumentando que práticas sociais são compostas sim de atos individuais, muitos desses atos procuram a comunicação de algo e assim permitem questões de intenção. Caso uma pessoa da comunidade de cortesia afirmar para os outros que a instituição requer a retirada de

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 62.

¹⁰¹ Ibidem. Pg. 63.

chapéus para superiores, faz completo sentido perguntar essas questões de intenção, e respondê-las ia significar tentar entendê-lo na forma familiar da interpretação conversacional. Mas uma prática social cria e assume (ou supõe) uma distinção crucial entre interpretar os atos e pensamentos de um participante um a um e interpretar a prática ela mesma, isso é, interpretar o que esses participantes fazem coletivamente. A interpretação assume tal distinção porque as reivindicações e argumentos que os participantes fazem, permitidos e encorajados pela prática, são sobre o que ela significa, e não o que eles significam¹⁰².

Esta distinção, segundo Dworkin, não seria importante para propósitos práticos caso os participantes de uma prática sempre concordassem sobre a melhor interpretação desta. Mas eles não concordam quando a atitude interpretativa é vívida. Eles devem, é claro, concordar sobre muitas coisas para poder dividir uma prática social. Eles devem compartilhar um vocabulário: eles devem ter em mente a mesma coisa quando mencionam chapéus ou exigências. Eles devem entender o mundo de uma forma suficientemente similar e ter interesses e convicções suficientemente similares para reconhecer sentido nas reivindicações dos outros, para tratar esta como reinvidicações ao invés de apenas barulho.

Isso significaria compartilhar o que Dworkin identifica como uma forma de vida suficientemente similar de modo que alguém possa reconhecer propósito e sentido no que o outro fala e faz, vendo que tipo de convicção e motivo faria sentido a partir de uma dicção, gesto, tom e outras formas de linguagem. Dworkin atribui esta figura de o que compõe uma comunidade comunicativa a Wittgenstein. Eles deveriam assim todos “falar a mesma língua” nos dois sentidos da frase. Mas essa similitude de interesse e convicção precisa existir apenas até certo ponto: ela deve ser suficientemente densa a permitir desacordo genuíno, mas não tanto que o desacordo não possa existir¹⁰³.

Então cada um dos participantes em uma prática social deve distinguir entre tentar decidir o que outro membro da sua comunidade pensa que a prática requer e tentar decidir, por ele mesmo, o que ela realmente requer. Já que essas são questões diferentes, o método interpretativo que ele usa para responder a última

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 63.

¹⁰³ Ibidem.

questão não pode ser os métodos da interpretação conversacional, endereçada a indivíduos um a um, que ele usaria para responder a primeira. Um cientista social que pretende interpretar a prática deve fazer a mesma distinção.

Este cientista social poderia apenas procurar relatar as várias opiniões de diferentes indivíduos na comunidade têm sobre o que a prática requer. Mas isso não iria constituir uma interpretação da prática ela mesma; se ele pretende engajar-se nesse projeto diferente ele deve desistir do individualismo metodológico e usar do método que os próprios objetos da pesquisa usam na formação da sua própria opinião sobre o que cortesia realmente requer. Ele deve, isto é, juntar-se à prática que propõe entender; suas conclusões então não são relatos neutros sobre o que os cidadãos de cortesia pensam mas reivindicações sobre cortesia competitiva com as deles¹⁰⁴.

Dworkin responde então à sugestão de que interpretação de uma prática social é endereçada à comunidade como um todo concebida como alguma forma de super entidade. Para o autor mesmo que a ontologia dessa sugestão fosse aceita, isso é, a possibilidade de haver alguma forma de consciência coletiva, a hipótese continua derrotada pelo mesmo argumento anterior. Interpretação conversacional seria inapropriada porque a prática sendo interpretada coloca as condições de interpretação: a cortesia insiste que interpretar cortesia não é só uma questão de descobrir o que alguma pessoa em particular pensa sobre isso. Então mesmo se assumirmos que uma comunidade é uma pessoa distinta com opiniões e convicções próprias, essa suposição apenas acrescentaria uma outra pessoa cuja opinião um intérprete deve julgar e contestar, e não simplesmente descobrir e relatar. Ele ainda deve distinguir entre a opinião da consciência coletiva tem sobre o que a cortesia requer, que ele acredita que pode descobrir por meio de uma reflexão nos seus motivos distintos e propósitos, e o que ele, o intérprete, acha que a cortesia realmente requer. Ele ainda precisaria de um tipo de método interpretativo que possa usar para testar o julgamento daquele entidade uma vez descoberta, e esse

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 64.

método não pode ser uma questão de conversação com aquela entidade ou com qualquer outra coisa¹⁰⁵.

Esta discussão teria começado com uma objeção: que a descrição construtiva da interpretação estava errada porque interpretação criativa é sempre uma forma de interpretação conversacional. Pelos argumentos expostos, a objeção falha de forma ainda mais dramática para interpretação de práticas sociais do que para interpretação artística¹⁰⁶.

É objetivo do autor agora então refinar a interpretação construtiva em um instrumento apto para o estudo do Direito como uma prática social. Para isso ele introduz uma distinção analítica entre três estágios da interpretação, notando como graus de consenso diferentes dentro de uma comunidade são necessário, em cada estágio, se uma atitude interpretativa é para florescer naquele ambiente. Primeiro deveria haver um estágio pré-interpretativo em que as regras e parâmetros tomados para providenciar o conteúdo preliminar da prática é identificado. Dworkin afirma que, independente da nomenclatura que dá para o estágio, é preciso entender que alguma forma de interpretação é necessária mesmo nesse estágio. Mas uma grande grau de consenso é necessário nesta etapa para que a atitude interpretativa seja fértil, podendo uma comunidade interpretativa talvez ser definida pelo seu consenso nessa fase da interpretação. Podemos assim pressupor que as classificações nesta fase são tratadas como dadas no dia-a-dia da reflexão e argumento¹⁰⁷.

Segundo, deve haver um estágio interpretativo em que o intérprete decide em uma justificação geral para os principais elementos da prática identificada no estágio pré-interpretativo. Isso irá consistir em um argumento do porquê uma prática naqueles moldes gerais vale a pena ser seguida, se é que vale. A justificação não precisa adequar-se a todos aspectos ou características da prática atual, mas ela deve adequar-se o suficiente para que o intérprete possa ser capaz de se ver como interpretando a prática, e não inventando uma nova.

Finalmente, deve haver um estágio pós-interpretativo ou reformador, em que o intérprete ajusta o seu entendimento do que a prática realmente requer de forma a

¹⁰⁵ Ibidem. Pg. 65.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 66.

melhor servir a justificação que ele aceita no estágio interpretativo. Um intérprete de cortesia por exemplo pode vir a pensar que uma aplicação consistente da melhor justificação daquela prática iria requerer que pessoas retirassem seus chapéus a soldados retornando de uma guerra tanto quanto a nobres. Ou talvez mesmo que uma regra estipulando deferência a um grupo ou classe deve ser visto como um erro à luz daquela justificação¹⁰⁸. Nesse último caso podemos ver que haveria um entendimento reformador entre o que o valor que permeia a prática requer e o que é normalmente feito na comunidade.

A interpretação real na comunidade imaginária seria muito menos deliberada e estruturada do que essa estrutura analítica sugere, afirma Dworkin. As avaliações interpretativas seriam muito mais uma questão de “enxergar” a dimensão da prática, um propósito ou objetivo naquela prática, e a consequência pós-interpretativa daquele propósito. E esse “enxergar” não seria ordinariamente mais perspicaz do que seguir a interpretação popular em algum grupo em que o ponto de vista do intérprete acompanha de forma mais ou menos automática. Mesmo assim haverá controvérsias inevitáveis, mesmo entre contemporâneos, sobre a dimensão exata da prática que eles todos interpretam, e ainda mais controvérsia sobre a melhor justificação daquela prática¹⁰⁹.

Podemos agora então, de acordo com Dworkin, por meio da descrição analítica, compor um inventário do tipo de convicções, crenças ou pressupostos que alguém precisaria para interpretar algo. Este intérprete precisa de pressupostos ou convicções sobre o que conta como parte daquela prática para poder definir os dados da sua interpretação no estágio pré-interpretativo; a atitude interpretativa não poderia sobreviver, para o autor, a não ser que os membros de uma mesma comunidade interpretativa partilhem praticamente as mesmas suposições sobre isso. Ele irá precisar também de convicções sobre o quão longe a justificação que ele pressupõe no estágio interpretativo deve encaixar-se com as características atuais da prática para contar com uma interpretação da mesma, ao invés da invenção de algo novo.

¹⁰⁸ Ibidem. Pg. 66.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 67

Dworkin expõe algumas questões como exemplo de questionamento sobre interpretação de encaixe :

“Poderia assim a melhor justificação da prática de cortesia, que quase todos tomam como sendo principalmente sobre mostrar deferência a superiores sociais, realmente ser uma que iria requerer, no estágio de reforma, nenhuma distinção de posição social? Seria isso uma reforma radical demais para contar como uma interpretação daquela prática?”¹¹⁰

Para Dworkin não poderá haver muita disparidade na convicção sobre encaixe; mas apenas a história pode mostrar quanta diferença seria demais. Parece importante notar aqui como o autor trata a questão da possibilidade do compartilhamento de conceitos. Enquanto no modelo indicado como criterial fatores fixos (os critérios) seriam a base que precisaria ser compartilhada para que o diálogo e argumento fossem possíveis, no modelo de Dworkin a questão parece ser mais contingente. Tal questão será melhor tratada na análise

Finalmente, ele precisará de uma convicção mais substantiva sobre quais formas de justificação iriam realmente mostrar a prática a sua melhor luz, julgamentos sobre se posições sociais são desejáveis ou deploráveis, por exemplo. Essas convicções substantivas devem ser independentes das convicções sobre encaixe recém descritos, de outra forma as últimas não poderiam condicionar essas, e ele não poderia então, distinguir entre interpretação de invenção. Mas tais convicções substantivas não precisam ser tão compartilhadas na comunidade para a atitude interpretativa possa ocorrer¹¹¹.

Uma vez exposta esta forma analítica de interpretação construtiva, Dworkin propõe mostrar quais tipos de teorias filosóficas seriam úteis para pessoas que tomam a atitude interpretativa em relação a alguma tradição social, em contraposição as teorias do Direito apresentados anteriormente. Para isso o autor supõe que a comunidade de cortesia pede a um filósofo para fornecer um relato

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 67.

¹¹¹ Ibidem. Pg. 68.

sobre a cortesia no seu período de atitude interpretativa. Junto deste pedido viriam instruções de que os cidadãos não querem as visões substantivas do filósofo sobre o que a prática da cortesia requer. Eles estariam procurando uma teoria mais conceitual sobre a natureza da cortesia, sobre o que cortesia é em virtude do significado da palavra, tal teoria deve então ser neutra sobre as controvérsias do dia-a-dia, deve prover o fundo conceitual ou regras governando essas controvérsias, ao invés de tomar algum lado¹¹².

Dworkin passa então a analisar a situação do filósofo, afirmando que ele está em uma posição como aquela do cientista social que deve se juntar à prática que descreve. Ele não pode oferecer um conjunto de regras semânticas para o uso devido da palavra cortesia, como as regras que ele poderia oferecer para o uso de “livro”. Ele não pode dizer que retirar o chapéu para uma lady é por definição um caso de cortesia, da forma que Moby-Dick pode ser dito ser um livro por definição. Ou que mandar uma nota de agradecimento é um caso fronteiro que pode ser tratado como pertencendo ou não à cortesia, como um panfleto grande pode ser tratado ou não como um livro. Qualquer passo que ele tomasse nessa direção iria imediatamente ultrapassar a linha que a comunidade estabeleceu ao redor da sua tarefa; ele estaria apresentando sua própria interpretação positiva, não um pedaço de análise neutra do plano de fundo (*piece of neutral background analysis*, no original).¹¹³

Dada essas dificuldade o autor propõe que a comunidade desse novas instruções ao filósofo, eles afirmariam que a prática da cortesia é agora muito diferente do que ela foi gerações atrás, diferente também da práticas de cortesia em outras sociedades. Mesmo assim eles saberiam que a prática é uma da mesma forma/espécie que essas outras. Deveria haver então, de acordo com as instruções da comunidade, alguma característica em comum em todas essas práticas diferentes de cortesia em virtude da qual elas são todas versões de cortesia. Essa característica deveria ser neutra no sentido que a comunidade requer, já que é

¹¹² Ibidem.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 69.

compartilhada por pessoas com ideias tão diferentes sobre o que cortesia requer e seria papel do filósofo, de acordo com as novas instruções, identificá-la¹¹⁴.

De acordo com Dworkin, o filósofo agora pode sim fornecer uma resposta à demanda da comunidade, mas não a que a instrução sugere. A sua explicação dos sentidos em que cortesia permanece a mesma instituição por meio das suas mudanças, adaptações e por meio de comunidades diferentes com regras bem diferentes não irá apelar a nenhuma traço definidor comum a todas instância ou exemplos daquela instituição. Porque, por hipótese, não há nenhum traço/característica como este: cortesia é em um estágio tomado como uma questão de respeito, e no outro como algo bem diferente. A sua explicação será histórica: a instituição tem a continuidade – utilizando uma analogia de Wittgenstein – de uma corda composta por fios que se entrelaçam, mas sem que nenhum deles percorra toda sua extensão ou largura. Seria, de acordo com Dworkin, apenas um fato histórico que a presente instituição é a descendente, por meio de adaptações interpretativas da forma que foi mostrada, de outras instituições anteriores, e que instituições estrangeiras são também descendentes de exemplos anteriores similares. As mudanças de um período a outro, ou as diferenças de uma sociedade a outra, podem ser suficientemente grandes que essa continuidade deve ser negada¹¹⁵.

Ao se perguntar quais mudanças são grandes o suficiente para cortar o fio da continuidade Dworkin afirma que isso é em si mesmo uma questão interpretativa, e que a resposta irá depender do por que a questão da continuidade surgiu. Não há nenhum traço/característica que um estágio ou instância da prática deve ter, em virtude do significado da palavra cortesia, e a busca por tal característica seria um outro exemplo da infecção do agulhão semântico.

Ainda no exemplo do filósofo, Dworkin questiona se o filósofo pode providenciar algo que seja no espírito do que é pedido, ou seja, um relato da cortesia mais conceitual e menos substantivo. De acordo com o autor essa expectativa talvez possa ser atendida, isso porque não é improvável que o debate ordinário sobre cortesia tenha uma estrutura análoga à de uma árvore. As pessoas, de acordo com

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 69.

Dworkin, concordariam de modo geral sobre as proposições mais gerais e abstratas sobre cortesia, que formam o tronco da árvore, mas eles discordam sobre refinamentos ou sub-interpretações mais concretos dessas proposições abstratas, sobre os ramos da árvore. Por exemplo, em um determinado estágio de desenvolvimento da prática, todos concordam que cortesia, descrita da forma mais abstrata, é uma questão de respeito. Ainda que houvesse uma grande divisão sobre a correta interpretação da ideia de respeito na comunidade¹¹⁶.

Em tais circunstâncias o tronco inicial da árvore – a relação presentemente incontestada entre cortesia e respeito – iria agir, no argumento público como um tipo de base sob os quais reflexões posteriores e argumentos serão montados. Iria assim ser natural para pessoas considerarem que essa relação como especial na forma de conceitual, isso é, dizer que respeito é parte do próprio significado da cortesia. Nesse exemplo, quem afirmasse esta relação estaria afirmando não que qualquer um que a negue é culpado de uma contradição ou não sabe como usar a palavra cortesia, mas apenas que o que ele diz marca-o como fora da comunidade de discurso útil ou ao menos ordinário sobre a instituição¹¹⁷.

O filósofo do exemplo iria servir à comunidade se pudesse mostrar essa estrutura e isolar essa conexão entre cortesia e respeito. Ele pode capturar isso em uma proposição de que, para essa comunidade, respeito fornece o conceito de cortesia e que as posições concorrentes sobre o que respeito realmente requer são concepções daquele conceito. O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração no qual a prática pode ser estudada. Em seu primeiro nível concordância acumula sobre ideias que são empregadas de forma não controversa em todas as interpretações; no segundo nível, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e considerada.

Essa distinção entre conceito e concepção, entendido nesse espírito e feito para esses propósitos é, de acordo com Dworkin, muito diferente da distinção mais familiar entre o significado de uma palavra e a sua extensão. O filósofo teria sucedido em impor uma certa estrutura na prática da comunidade de um modo que

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 70.

¹¹⁷ Ibidem. Pg. 71.

teorias substantivas particulares podem ser identificadas e entendidas como sub-interpretações de uma ideia mais abstrata.

De uma forma esta análise, se bem sucedida, deverá também ser incontroversa, porque sua reivindicação – que respeito fornece o conceito de cortesia – falha ao menos que as pessoas concordem de forma geral que cortesia é uma questão de respeito. Mas apesar de não controversa dessa forma, a sua reivindicação é interpretativa e não semântica; não é uma reivindicação sobre regras linguísticas fundamentais que todos devem seguir em ordem de fazer sentido. Sua reivindicação também não é atemporal; ela se mantém em virtude um padrão de concordância e discordância que pode, como no exemplo exposto anteriormente, desaparecer. A sua reivindicação pode também ser desafiada a qualquer ponto; o desafiante irá nesse caso parecer excêntrico mas será perfeitamente entendido. Seu desafio irá marcar o aprofundamento do desacordo, e não como alguém que diz que *Moby-dick* não é um livro, sua superficialidade¹¹⁸.

Haveria ainda mais uma tarefa que o filósofo poderia realizar para a comunidade. Em cada estágio histórico no desenvolvimento da instituição, certas exigências/requisitos concretos da cortesia irão apanhar quase todos como paradigmas, isso é, requisitos de cortesia se é que algo o é. O papel que esses paradigmas terão na argumentação e raciocínio serão ainda mais cruciais que qualquer concordância abstrata sobre um conceito. Isso porque o paradigma será tratado como um exemplo concreto que qualquer interpretação plausível deve se encaixar, e argumentos contra determinada interpretação irão tomar forma, sempre que isso for possível, procurando mostrar que a interpretação questionada falha em incluir ou lidar com um caso paradigmático¹¹⁹.

A conexão entre a instituição e os paradigmas atuais será tão íntima, em virtude desse papel especial, de forma a fornecer um outro do que Dworkin chama de “sabor conceitual”. Alguém que rejeita um paradigma irá parecer realizar um tipo extraordinário de erro. Mas, mais uma vez, há uma diferença importante entre esses paradigmas de interpretação e casos em que, como os filósofos dizem, um conceito pertence por definição, como solteiro pertence a um homem não casado.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 72.

¹¹⁹ *Ibidem*. 72

Paradigmas ancoram interpretação, mas nenhum paradigma é seguro de desafio por uma nova interpretação que dê conta de outros paradigmas de forma mais satisfatória e deixe aquele isolado como um erro.

Dworkin então embarca em o que ele identifica como uma digressão sobre justiça, tentando mostrar como o conceito é tratado muitas vezes de uma forma criterial quando deveria ser entendida por meio de uma interpretação construtiva. Após, o autor introduz a objeção do ceticismo interno e externo, da impossibilidade de respostas objetivas a questões envolvendo valor e responde a essas objeções com um germe do que posteriormente se tornaria a sua teoria unificada do valor¹²⁰. Entretanto, apesar de ambos os temas serem fundamentais para o futuro da obra do autor, e do desenvolvimento da teoria unificada do valor levar a algumas mudanças na teoria metodológica de Dworkin, a análise de tais argumentos e de seus efeitos metodológicos iriam levar a monografia para considerações pertencentes a obra *Justice for Hedgehogs*, e as considerações sobre verdade do artigo *Objectivity in truth: you better believe it*, ambos não são objetos deste trabalho que tem como foco principal aquilo que é exposto em *Law's Empire*.

Por fim Dworkin conclui o capítulo afirmando que irá continuar o estudo da interpretação e do Direito não a partir de argumentos metafísicos demonstrativos que ninguém seria capaz de negar, mas a partir de argumentos sobre o que faz a interpretação de uma prática social melhor que outra, e sobre o que um relato do Direito fornece a interpretação mais satisfatória dessa prática complexa. Tais argumentos não serão – porque eles não podem ser – demonstrativos. Eles convidarão desacordo, e mesmo que não seja errado responder que esta é “apenas a opinião do intérprete”, não será de muita ajuda também afirmar isso. O autor então conclui que o exercício do livro é um de descoberta ao menos em um sentido: descobrir qual visão dos assuntos discutidos melhor se encaixa com as convicções que cada um, juntos ou separados, temos e mantemos sobre o melhor relato das nossas práticas comuns¹²¹.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 73 - 85.

¹²¹ Ibidem. Pg. 86.

3.3.4 Análise Parte II

Podemos ver agora a forma que Dworkin diz ser necessário fazer Filosofia do Direito e mais uma vez podemos notar o seu vínculo direto com a prática no seu dia-a-dia. Parece ser objetivo principal do autor que o intérprete possa identificar proposições sobre as obrigações contidas na prática como verdadeiras ou falsas em um plano diretamente relacionado à prática. Como já foi dito, tal pretensão não parece estar em si contraposta ao projeto de Hart, pois ela depende de considerações sobre a prática de uma perspectiva interna que não era pretendida pelo autor. Isso não significa dizer que a teoria de Dworkin não tem pretensões gerais, ou de que esta dependeria de uma caracterização correta de Hart para ter relevância.

Isso porque a tese de Dworkin tem sim algum grau de generalidade, ela pretende fornecer os parâmetros para a interpretação, identificação e justificação de obrigações em sistemas sociais complexos, do ponto de vista daquele que aceita o sistema ou é ao menos capaz de identificar aquela prática e supor um valor que possa vir a moldar a própria prática no que o autor chama de fase pós-interpretativa. Mais que isso, o autor procura mostrar como as suas pretensões não podem ser alcançadas por nenhuma teoria que se diga descritiva. Uma vez entendido exatamente ao que o autor se propõe, a sua negação da possibilidade de uma teoria descritiva para alcançar estes objetivos permanece relevante mesmo que os objetivos de outras teorias do Direito fossem diversos.

A rejeição deste modelo descritivo baseia-se em dois argumentos que se complementam. O primeiro, é a possibilidade de desacordo dentro de uma prática social, e procura mostrar como seria impossível a identificação, por parte de um teórico, da unanimidade necessária para a formulação de proposições descritivas gerais sobre o que é devido em uma comunidade complexo. O argumento faria então necessário que para alcançar o objetivo de descrição neutra, o filósofo precisaria abandonar a sua pretensão de identificar o que a prática determina como devido em situações concretas. Entretanto, para Dworkin, esta seria a pretensão que caracterizadora da Filosofia do Direito e não poderia ser abandonada.

O segundo argumento baseia-se no papel que considerações sobre valor teriam na definição do que qualquer prática social requer. Haveria para Dworkin uma necessidade de utilizar essas considerações, e isso seria exemplificado por meio da sua análise da comunidade de cortesia e da prática interpretativa artística ao longo da história. Essa necessidade – de considerações de valor para definição do que a prática requer - faria com que o teórico precisasse tomar uma posição em relação ao que aquela prática representa para a comunidade em questão. Esta necessidade também deve também mostrar como qualquer afirmação sobre a prática, no sentido que Dworkin identifica, precisa conter uma valoração.

Para desenvolver tal teoria valorativa da interpretação jurídica, o autor entra em algumas considerações próprias da filosofia da linguagem. Estas considerações envolve o que é necessário para que uma comunidade tenha acordo suficiente para que o projeto interpretativo possa florescer. Para isso, parece haver uma mitigação na teoria de Dworkin da possibilidade de agentes estarem “talking past each other” em assuntos referentes à práticas sociais. Esta mitigação ocorre apesar do autor identificar que determinado acordo é necessário nas as etapas pré-interpretativas e interpretativas de uma comunidade. Isso porque, apesar de afirmar que o acordo deve ser pervasivo na primeira hipótese e que é provável alguma forma de acordo em relação a segunda, não são estabelecidos critérios objetivos para tanto, e o autor apenas afirma que a história poderá mostrar quanto acordo é necessário em qualquer uma destas etapas.

Importante neste sentido é a sua caracterização da justiça como um conceito em que não parece haver acordo em relação as concepções do que é justo, com liberais e igualitaristas discordando radicalmente entre si, mas em que é possível aferir um debate genuíno, principalmente por meio do compartilhamento de paradigmas de situações de justiça e injustiça. Este caso mostra como a questão de possibilidade de debate genuíno para Dworkin não depende de graus de concordância fixos em qualquer etapa particular da prática interpretativa, mas parece ter seus parâmetros de possibilidade, principalmente no que se relaciona ao quanto de acordo é necessário e sobre o que, variando de acordo com a prática argumentativa analisada.

Esta interpretação do que compõe o desacordo tem o mérito de abrir espaço para interpretações radicais, mas com sentido, sobre os propósitos e requerimentos da prática - mesmo que a possibilidade delas persuadirem alguém seja mínima. Esta afirmação, de que alguém que interpreta radicalmente o valor que compõe determinada prática - desde que este intérprete compartilhe algum paradigma ou considerações pré-interpretativas - possa ser entendido inclusive em uma comunidade onde há concordância em relação a este valor, amplia as possibilidades de diálogo político ou moral em qualquer comunidade.

Este entendimento parece adequar-se melhor também ao que é vivenciado em comunidades reais por meio da história. Isso porque, no decorrer do debate político, tentativas de reinterpretação de práticas sociais que questionavam o valor destas de forma revolucionária existiram e, por mais que pudessem ser consideradas pouco convincentes, elas não pareciam poder ser caracterizadas como absurdos de linguagem. E por mais que não seja possível aqui considerar os argumentos de filosofia da linguagem que poderiam dar base para esta tese, é possível ver como os argumentos de método expostos por Dworkin possuem relevância para o entendimento do fenômeno jurídico, e de qualquer outra prática institucional ou moral, mesmo que o autor estivesse equivocado quanto a incompatibilidade da tese com aquilo que foi dito por Herbert Hart.

3.4. *Jurisprudence revisited*

3.4.1 Resumo

Dworkin inicia o capítulo dizendo que uma vez explicitado o agulhão semântico não é preciso mais a caricatura da prática jurídica oferecida nas teorias semânticas. Direito seria então um conceito interpretativo como cortesia no exemplo imaginado. Juízes normalmente reconhecem um dever de continuar ao invés de descartar a prática em que eles embarcaram. Então eles desenvolveriam, em resposta as suas próprias convicções e instintos, teorias sobre a melhor interpretação da sua responsabilidade sob aquela prática. Quando eles discordam

do modo que Dworkin havia chamado de teórico, seu desacordo seria interpretativo¹²².

A teoria interpretativa de cada juiz é baseada na sua própria convicção sobre o ponto – o propósito justificativo, objetivo ou princípio – da prática jurídica como um todo, e essas convicções irão inevitavelmente ser diferentes, ao menos em detalhe, daquela de outros juízes. Mesmo assim, uma variedade de forças ameniza esses desacordos e conspira em direção à convergência. Toda comunidade tem paradigmas de Direito, proposições que na prática não podem ser questionadas sem sugerir corrupção ou ignorância¹²³.

Entretanto, de acordo com o autor, as influências mais fortes são em direção à convergência. A prática dos precedentes, por exemplo, que nenhuma interpretação pode ignorar por completo, pesa em direção ao acordo. Juízes pensam sobre direito, ademais, dentro da sociedade e não independentemente desta; o ambiente intelectual, tal como a linguagem comum, irá exercer restrições práticas e conceitual. Fora isso, o conservadorismo inevitável da educação jurídica formal e o processo de seleção de juristas para cargos judiciais e administrativos acrescentaria para essa pressão rumo a convergência. Dworkin então afirma que essas características unificantes e socializadoras não podem ser ignoradas, mas também não podem ser exageradas em sua força, a prática interpretativa iria ruir tanto se as várias interpretações fossem muito divergentes em uma única geração quanto se estagnasse em um tradicionalismo¹²⁴.

Filósofos do Direito estão na mesma situação do filósofo de cortesia, eles não podem produzir teorias semânticas do direito. Eles não podem expor os critérios comuns ou regras fundamentais que juristas seguem para colocar uma etiqueta jurídica em fatos, pois essas regras não existem. Teorias gerais do Direito, como teorias gerais de cortesia, devem ser abstratas porque elas procuram interpretar o principal ponto e estrutura da prática jurídica, não uma parte particular ou departamento desta. Mas mesmo com a sua abstração tais teorias não deixam de depender de interpretação construtiva: eles procuram mostrar a prática jurídica como

¹²² DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. P. 87.

¹²³ Ibidem. P. 88.

¹²⁴ Ibidem.

um todo a sua melhor luz, alcançar o equilíbrio entre a prática legal como eles a encontram e a melhor justificação daquela prática¹²⁵. Então, de acordo com Dworkin, nenhuma linha firme divide jurisprudência de adjudicação ou qualquer outro aspecto da prática jurídica. Por outro lado, qualquer argumento jurídico prático, não importa quão detalhado e limitado, assume o tipo de fundamentos abstratos que a Filosofia do Direito oferece, e quando fundamentos competem, um argumento jurídico assume um e rejeita outro. Então qualquer opinião de um magistrado seria em si mesmo um pedaço de Filosofia Jurídica, mesmo quando a filosofia está encoberta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. Dworkin então conclui, em talvez a sua frase mais polêmica que:

“Filosofia é a parte geral da adjudicação, o prólogo silencioso a qualquer decisão de Direito”¹²⁶.

Dworkin afirma que o Direito não pode florescer como uma prática interpretativa em qualquer comunidade a não ser que haja concordância inicial suficiente sobre quais práticas são práticas jurídicas da forma que juristas possam argumentar sobre a melhor interpretação de praticamente os mesmos dados. Isso não significa que todos os juristas em todos os lugares devem sempre concordar em exatamente quais práticas devem contar como prática de Direito, mas apenas que os juristas de qualquer cultura em que a prática interpretativa for bem sucedida devem concordar de forma ampla sobre o assunto¹²⁷. Nós todos entramos na história de uma prática interpretativa em um ponto particular; o acordo pré-interpretativo é desta maneira contingente e local.

Cada jurista dos Estados Unidos juntou-se à prática do Direito com as instituições americanas como tribunais, congresso e constituição naquele lugar e com uma compreensão compartilhada que essas instituições juntas formam o sistema jurídico americano. Seria então um erro – provindo do agulhão semântico – pensar que identificamos essas instituições por meio de alguma definição

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. Pg. 90

¹²⁶ Ibidem. “Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any kind any decision at law”.

¹²⁷ Ibidem. Pg. 91.

compartilhada do que o sistema jurídico necessariamente é e quais instituições ele necessariamente cria. Para Dworkin, a cultura de cada sociedade apresenta os integrantes com instituições jurídicas e com a ideia de que eles formam um sistema, as questões de quais características elas tem, em virtude da qual elas combinam como um sistema jurídico distinto, é parte do problema interpretativo. É parte do processo controverso e incerto de atribuir significado ao que nos encontramos e não uma estrutura pré-interpretativa dada¹²⁸.

Nós também possuímos paradigmas jurídicos, proposições de Direito, como a validade do código de trânsito, que tomamos como verdadeiro se qualquer um o é; uma interpretação que nega estas será profundamente suspeita por essa razão. Esses paradigmas dão forma para decisões interpretativas sobre Direito. Eles tornam possível uma forma padrão de argumentação que procura testar ou constranger uma interpretação ao confrontar essa com um paradigma que não pode explicar. Mas paradigmas tão não são verdade por definição em Direito quanto em cortesia, alguém que nega que o código de trânsito seja Direito não se contradiz, nem expressa pensamentos que ninguém possa entender. Nós o entendemos e não é inconcebível (apesar de ser improvável) que ele seja capaz de defender sua visão por meio e uma reinterpretação radical da prática jurídica que é tão convincente que convença a abandonar o que era anteriormente um paradigma cardinal¹²⁹.

Ainda no exemplo, nós não poderíamos ter certeza que a sua visão é de fato o contrassenso que supomos a não ser ao escutá-lo e descobrir se compartilhamos de sua visão. Se nos continuarmos convencidos de que a sua visão não é apenas ruim mas fundamentalmente errada, que a sua interpretação radical falhou em reconhecer algum ponto central que qualquer interpretação deve reconhecer, será o suficiente para dizermos que a sua visão é absurda. Nós não precisamos acrescentar acusação mais dramática mas errônea encorajada pelo aguilhão semântico de que seu erro é verbal ou conceitual. Nós iremos considerá-lo muito errado, mas não errado em alguma jeito diferente de outras reivindicações nós rejeitamos mas pensamos menos absurda¹³⁰.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

Pg. 91.

¹³⁰ Ibidem. Pg. 92.

Um Filósofo do Direito então começa seu trabalho contando com uma identificação pré-interpretativa razoavelmente incontroversa do domínio do Direito, e com paradigmas preliminares para dar base a seus argumentos e constranger competidores, da forma familiar. Agora a questão surge se ele e seus competidores também concordam no que Dworkin chamou, na discussão da cortesia, na declaração do conceito central da sua instituição que irá permitir enxergar os seus argumentos como tendo uma certa estrutura, como argumentos sobre concepções rivais daquele conceito. Uma declaração conceitual desse tipo seria útil de diversas formas, pois justamente como foi melhor entendida a prática da cortesia em um estágio da sua carreira por encontrar uma concordância geral sobre a proposição abstrata de que cortesia é uma questão de respeito, o Direito poderá ser melhor entendido se encontrarmos uma descrição abstrata similar do ponto do Direito que a maior parte dos Teóricos do Direito aceitem¹³¹.

Dworkin afirma então que seus argumentos não necessitam dessa identificação de descrição abstrata e que a filosofia política é genuína apesar da dificuldade de identificação de uma afirmação do conceito de justiça. Por isso, como a monografia está interessada no método de Dworkin e não na sua teoria substantiva, não analisaremos os argumentos do autor de que este ponto seria a justificção da coerção.

De acordo com Dworkin, concepções desta afirmação abstrata refinam a interpretação não controversa que o autor afirma talvez possa ser possível encontrar. Cada concepção fornece respostas para as questões postas por aquele conceito abstrato e as respostas que a concepção conceder a essas perguntas determina os direitos e responsabilidades concretas que ela reconhece¹³². Tendo estabelecido assim os seus principais argumentos metodológicos de como a interpretação de práticas sociais é construtiva, como essa interpretação dependerá de três fases e como essas fases se comportam em relação ao Direito, Dworkin termina a parte estritamente metodológica de *Law's Empire* e passa a tratar de um conceito de Direito baseado na ideia de justificativa da coerção e em uma

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986. P.

93

¹³² *Ibidem*. 94

concepção dependente da integridade do sistema jurídico. Estes serão os principais pontos da sua teoria substantiva e estão fora do alcance deste trabalho.

3.4.2 Análise

Uma vez aceita a estrutura interpretativa apresentada no capítulo dois de *Law's Empire*, não parece haver nada de especialmente controverso na apresentação recém feita, pois trata-se da aplicação da teoria de como práticas sociais devem ser interpretadas ao fenômeno social jurídico. Nesta aplicação é interessante notar como questões não necessariamente de valor, mas eminentemente sociais, como o ambiente conservador da prática e a existência de instituições históricas consolidadas, possuem um papel na teoria de Dworkin. Estas questões fazem parte dos motivos pelos quais a prática jurídica tende a continuar linear apesar da possibilidade teórica de mudança radical. É apresentado aqui mais uma vez também o papel do paradigma nesta estabilidade e na interpretação em geral, e é reiterada a forma com que estes irão funcionar como um teste de adequação e como os parâmetros de qualquer teoria que tente caracterizar uma prática.

É neste capítulo que parece poder ser construído uma resposta às questões levantadas por Hart nos seus dois artigos que tratavam da teoria de Dworkin. Hart teria se perguntado quanto a possibilidade de um magistrado poder aproveitar-se da vinculação que Dworkin concede entre moral e Direito, entre a justificação da prática e o que ela realmente é, para impor a sua moralidade pessoal como já fazendo parte do sistema jurídico. Caso isso ocorresse, haveria claramente uma usurpação do processo legislativo por parte do magistrado.

Outra questão levantada por Hart seria a possibilidade da caracterização de Dworkin, de que o valor pervasivo na conduta social possui um papel fundamental em definir o que a prática jurídica requer, fazer com que a percepção entre o que o Direito é e o que ele deveria ser em uma comunidade fosse diminuída. Tal argumento mostra que Hart entende que não haveria um colapso entre as duas questões na tese de Dworkin e que a sua questão é mais sutil, no sentido de

identificar que a crítica a um sistema jurídico poderia ser prejudicada sob uma visão de Direito tão dependente da moralidade como a de Dworkin.

Ambas as questões, de usurpação e possibilidade de crítica, seriam centrais na ideia do autor sobre o que caracteriza o positivismo jurídico, e Hart as relaciona com os objetivos da caracterização do Direito como separado da moralidade desde Bentham. E, tendo em vista ser um questionamento relacionado com a divisão dos poderes em uma democracia, ao tratar da usurpação, e da contribuição que pode ser trazida por determinada Teoria do Direito, ao falar de crítica, trata-se de um desafio tanto de método de caracterização da prática jurídica quanto de valor.

A resposta de Dworkin a estas questões parece estar em dois movimentos argumentativos que deveriam responder ambos questionamentos, o primeiro relacionada aos componentes sociais da prática jurídica que fazem com que interpretações radicais não tenham terreno fértil para desenvolver-se; e a segunda sobre a forma correta de praticar o que o autor chama de interpretação construtiva.

O segundo argumento está relacionado as considerações que o autor identificou como de encaixe na sua caracterização do processo interpretativo. De fato, seria possível que um magistrado ao deparar-se com questões jurídicas controversas tivesse uma concepção de encaixe tão diminuída que não representasse de fato um papel limitante nas suas considerações substantivas. Ocorre que tal interpretação, para Dworkin, provavelmente não seria aceita pelo resto da prática e, por não adequar-se aos paradigmas da prática, seria desconsiderada como um equívoco. Neste aspecto as considerações do argumento social ganham relevância, pois elas funcionam em conjunto com a ideia de que a interpretação que não possui perspectivas adequadas de encaixe não atende aos objetivos de uma interpretação legítima para tornar a possibilidade de usurpação incomum.

Estas características de uma comunidade interpretativa, isso é, as suas considerações sobre encaixe e sobre justificação que influenciariam e limitariam as extrapolções de magistrados individuais, forneceria também o vocabulário para crítica do Direito que Hart consideraria importante. Neste cenário seria possível aos cidadãos que fazem parte da prática, analisar os argumentos proferidos na decisão de qualquer questão e criticá-los sob parâmetros de timidez - em relação a

possibilidade de adaptação da prática atual a partir dos princípios que a justificam - ou de usurpação - quando identificado que estes dependeriam de uma visão inadequada de encaixe. Não haveria nada na teoria então que impediria o uso do vocabulário crítico.

Ocorre que o argumento de Hart não parece ser no sentido de impossibilidade da crítica, mas da sua possível ineficácia. O quanto uma comunidade que adotasse conscientemente o modelo da interpretação construtiva seria capaz de criticar as suas instituições e conjunto de leis existentes naquela, parece um dado empírico que é difícil auferir a partir de considerações da generalidade que encontramos na Filosofia do Direito. Mas é possível prever que a forma e vocabulário que a crítica tomaria na teoria de Dworkin é fundamentalmente diferente do modo de crítica disponibilizado na teoria de Hart. Dworkin, por outro lado, não parece considerar esta mudança prejudicial.

Por fim, parece interessante considerar qual o caráter da resposta de Dworkin em relação a questão da usurpação, tendo em vista que este pareceria só poder responder que a forma de interpretação que abandona as limitações do encaixe é uma má interpretação, e que não haveria motivos para que essa recebesse o apoio institucional necessário para que tivesse relevância suficiente para influenciar a prática social. Esta possível defesa estaria baseada exclusivamente na ideia do autor do que é a forma correta de interpretação, e isso significa que não há nenhum limite conceitual que impedisse os magistrados de inovar a partir da suas próprias convicções de moralidade, eles apenas estariam interpretando mal ao fazê-lo. O único limite a esta prática então seria a pressão institucional e popular e, caso estas falhassem, a prática interpretativa ruiria, causando provavelmente também o colapso do sistema jurídico.

Importante ressaltar que as afirmações mais polêmicas de Dworkin no capítulo, da caracterização da filosofia como parte geral da adjudicação, não passa da explicitação de algo já notado, da vinculação da sua ideia de Filosofia do Direito como diretamente relacionada com proposições de Direito verdadeiras que deverão, dado a próprio caráter interno da afirmação, servir como guia da prática.

3.5. A resposta de Hart, o pós-escrito.

3.5.1 Resumo

Hart pretendia responder aos argumentos de Dworkin em *Law's Empire* e nos modelos de regra I e II em um pós-escrito, falecendo antes de conseguir finalizar tal resposta. Parte deste escrito foi recuperado e publicado mesmo não podendo haver certeza do quanto Hart estava satisfeito com esta versão. A resposta recebeu a atenção de todos os Filósofos do Direito debruçados sobre o tema do debate entre os autores, tomando assim um papel predominante como resposta oficial de Hart a Dworkin. É à luz deste contexto que iremos analisar as respostas de Hart exposta no pós-escrito no que se relaciona ao método.

Hart inicia o texto em um tópico que denomina de “a natureza da teoria jurídica” afirmando que seu objetivo no *Conceito de Direito* era fornecer uma teoria do Direito que fosse tanto geral quanto descritiva. Seria geral no sentido de que não é conectada a nenhuma sistema jurídico ou cultura jurídica em particular, mas procura fornecer um relato explanatório e clarificador do Direito como uma complexa instituição social e política com um aspecto guiado por regras e, nesse sentido, normativo. De acordo com o autor tal instituição, apesar de muitas variações em diferentes culturas e diferentes períodos, tem tomado mesma forma e estrutura geral¹³³. O seu relato seria descritivo, de acordo com Hart, à medida que é moralmente neutro e não possui nenhum objetivo justificatório, ele não procuraria justificar ou recomendar em fundamentos morais, ou de qualquer tipo, as estruturas e formas que aparecerem no seu relato geral do Direito, apesar de um entendimento claro deste ser, para Hart, uma preliminar importante para qualquer crítica moral do Direito.

Para engajar-se nessa iniciativa descritiva, Hart afirma que seu livro faz uso de uma série de conceitos como regras de reconhecimento, de imposição de dever, de concessão de poder, etc. Tais conceitos, de acordo com o autor, focam a atenção em elementos nos termos dos quais uma variedade de instituições jurídicas podem ser analisada de forma esclarecedora e respostas podem ser dadas a questões,

¹³³ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997.P.240

relacionadas a estrutura geral do Direito, que a reflexão nessas instituições e práticas provocou.

Filosofia do Direito compreendida dessa modo tanto descritivo quanto geral seria para Hart um empreendimento radicalmente diferente da concepção de Dworkin de Teoria do Direito como em parte avaliativa e justificatória e endereçada a uma cultura jurídica em particular. De acordo com o autor não seria óbvio o porque deveria haver ou poderia haver qualquer conflito significativo entre empreendimento tão diferentes quanto a concepção dele e a de Dworkin de Teoria do Direito, mas que em seus livros Dworkin parece considerar Teorias do Direito descritivas e gerais como equivocadas ou simplesmente inúteis.

Hart afirma achar difícil acompanhar as razões precisas de Dworkin para rejeitar Teoria do Direito descritiva, que a objeção central do autor parece ser que a teoria do Direito deve tomar em conta de um perspectiva interna do Direito que é o ponto de vista de um participante em um sistema jurídico, e que nenhum relato dessa perspectiva interna pode ser fornecido por uma teoria descritiva cujo ponto de vista não é aquele de um participante mas de um observador externo¹³⁴. Entretanto, para Hart, não há nada no projeto de uma Teoria do Direito descritiva como é exemplificada em seu livro que impeça um observador não participante externo de descrever os modos em que participantes enxergam o Direito a partir de tal ponto de vista interno. Assim Hart teria explicado em seu livro que participantes manifestam o seu ponto de vista interno ao aceitar o Direito como provendo guias a sua conduta e parâmetros de crítica. É claro que um teórico descrevendo o Direito não compartilha da aceitação dos participantes dessa forma, mas ele pode e deve descrever tal aceitação. É verdade que para esse propósito o teórico jurídico descritivo deve compreender o que é adotar o ponto de vista interno e nesse sentido limitado ele deve poder colocar-se no lugar de alguém de dentro; mas isso não é aceitar o Direito ou partilhar ou promover o ponto de vista interno de alguém de dentro ou de qualquer forma renunciar à posição descritiva.

De acordo com Hart, Dworkin parece desconsiderar na sua crítica da Teoria do Direito descritiva essa possibilidade óbvia de um observador externo levando em conta dessa forma descritiva o ponto de vista interno de um participante, já que

¹³⁴ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997. P. 242.

Dworkin identificaria a teoria do Direito como “uma parte geral da adjudicação”, e isso é tratar a teoria do Direito como ela mesma uma parte do sistema jurídico vista de um ponto de vista interno de seus participantes. Mas o teórico jurídico descritivo pode entender e descrever a perspectiva interna de alguém de dentro em relação ao Direito sem adotá-la ou compartilhar este ponto de vista. Mesmo se, como alguns críticos argumentaram, o ponto de vista interno de um participante manifesta na sua aceitação do Direito como fornecendo guias de conduta e parâmetros de crítica necessariamente também inclui uma crença de que há razões morais para conformar-se aos exigências da lei e justificações morais do seu uso de coerção, isso ainda seria algo para uma Teoria do Direito descritiva e moralmente neutra relatar, mas não endossar ou compartilhar¹³⁵.

Hart então diz que Dworkin haveria qualificado sua afirmação quanto a impossibilidade de uma teoria descritiva para ser aplicável apenas a uma questão de sentido, mas diz que as questões que havia discutido no Conceito de Direito incluem questões sobre a relação do Direito com ameaças coercitivas por um lado e requerimento morais do outro, e que o ponto da qualificação do Dworkin pareceria ser que para discussão de tais questões mesmo o teórico jurídico descritivo terá de entrar em questões relacionadas ao sentido ou significado de proposições de Direito que só podem ser respondidas de forma satisfatória por uma Teoria do Direito interpretativa e parcialmente avaliativa.

Entretanto Hart afirma que mesmo que isso fosse o caso, que em ordem de determinar o sentido de alguma proposição jurídica mesmo o teórico descritivo do Direito deveria perguntar e responder a questão interpretativa e avaliativa de qual significado deve ser dado aquela proposição se é para esta seguir de princípios que melhor encaixam-se e justificam o Direito consolidado; mesmo se fosse verdade que um teórico geral e descritivo procurando responder ao tipo de pergunta elencada por Hart no Conceito de Direito deve determinar o significado de proposições, não parece haver razão para aceitar a ideia que isso deve ser determinado por meio do método interpretativo e avaliativo de Dworkin. Ademais, mesmo se os juízes e advogados de todos os sistemas jurídicos que o teórico jurídico descritivo e geral

¹³⁵ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997. P. 243.

deveria analisar de fato resolvessem questões de significado nessa forma interpretativa e parcialmente avaliativa, isso seria algo para que o teórico relatar como um fato no qual basear nas suas conclusões gerais e descritivas quanto ao significado de proposições de Direito. Seria um erro sério supor que porque essas conclusões foram assim baseadas elas devem elas mesmas ser interpretativas e avaliativas e que em oferecê-las o teórico havia se deslocado da tarefa de descrição praquela de interpretação e avaliação. De acordo com Hart descrição ainda pode ser descrição, mesmo quando o que ela descreve é uma avaliação¹³⁶.

Na seção subsequente chamada de “a natureza do positivismo jurídico”, Hart procura analisar a afirmação de Dworkin de que o positivismo seria uma teoria semântica, e de que há um erro fundamental na suposta visão de que a verdade de proposições de Direito - tais como as que descrever direitos e deveres jurídicos - dependem apenas de fatos histórico incluindo fatos sobre crenças individuais e atitudes sociais. Os fatos a partir dos quais a verdade de preposições de Direito dependem constituem o que Dworkin chama de “fundamentos do Direito” e os positivistas, de acordo com ele, consideram de forma errônea que esses são fixados por regras linguísticas, compartilhadas por juízes e advogados, que governam o uso e assim o significado da palavra “Direito”. Dessa visão positivista do Direito iria se seguir que o único desacordo possível seria aquele sobre a existência ou não de tais fatos históricos; não poderia haver desacordo teórico ou controvérsia sobre o que constitui as “bases do Direito”. Dworkin ofereceria então, de acordo com Hart, muitas paginas mostrando que o desacordo teórico sobre o que constitui a base do Direito é pervasivo na prática anglo americana.

Hart afirma que Dworkin ofereceria dois relatos de como os positivistas poderiam adotar essa visão errônea do Direito. De acordo com a primeira, positivistas acreditariam que se o que as bases do Direito são não fossem fixadas por regras incontroversas, mas fosse um tema controverso permitindo desacordo teórico, então a palavra “Direito” iria significar coisas diferentes para diferentes pessoas e ao usá-la eles estariam falando sem se entender, não estariam se comunicando sobre a mesma coisa.

¹³⁶ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997. P. 244.

Hart afirma entretanto que apesar de Dworkin classificá-lo como um teórico semântico e assim derivando uma teoria positivista *plain fact* do Direito a partir do significado da palavra Direito, de fato nada no seu livro ou em qualquer coisa que havia escrito apoia esse relato de sua teoria. Então, por mais que a sua teoria que o sistema jurídico municipal desenvolvido contém uma regra de reconhecimento especificando o critério para identificação das leis que os tribunais tem de aplicar pode estar equivocada, Hart de forma alguma basearia essa doutrina na ideia equivocada de que é parte do significado da palavra “Direito” que deveria haver tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou na ideia ainda mais errada de que se os critérios de identificação das bases do Direito não fossem fixados de forma incontroversa, Direito iria significar coisas diferentes a pessoas diferentes.

Inclusive, de acordo com Hart, esse último argumento atribuído a ele confunde o significado de um conceito com o critério para sua aplicação, e longe de aceitar isso o autor teria expressamente chamado atenção, ao explicar o conceito de justiça, para o fato de que o critério para a aplicação de um conceito com um significado constante pode tanto variar quanto ser controverso¹³⁷.

Por fim, de acordo com Hart, Dworkin também insiste que a reivindicação dos positivistas que a suas teorias do Direito não são semânticas, mas relatos descritivos das características distintivas do Direito em geral como um fenômeno social complexo, apresenta um contraste com as teorias semânticas que é vazio e enganador. Seu argumento seria que já que uma das características distintivas do Direito como um fenômeno social é que os juristas debatem a verdade de proposições de Direito e “explicam” isso por referência ao significado de tais proposições, tais teorias descritivas do Direito deveriam ser então semântica. Mas para Hart esse argumento parece confundir o significado de “Direito” com o significado de proposições de Direito¹³⁸. Uma teoria semântica de acordo com Dworkin seria uma teoria de que o significado da palavra “Direito” faz Direito depender de um critério específico. Mas proposições de Direito são tipicamente

¹³⁷ H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997.

Pg. 246

¹³⁸ Ibidem. Pg. 247.

afirmações não do que “Direito” é mas do o Direito de determinado sistema é, ou seja, o que o Direito de algum sistema legitima, permite ou requer que seja feito.

Então mesmo se o significado de tais proposições de Direito fosse determinado por definições ou por condições de verdade isso não leva a conclusão que o significado da palavra “Direito” faz Direito depender de critérios específicos. Isso apenas seria o caso se os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, e a necessidade de tal regra, fosse derivada do significado da palavra “Direito.” Mas de acordo com Hart, não há qualquer traço de tal doutrina no seu trabalho.

Haveria ainda um outro aspecto em que Dworkin mal representaria a forma de positivismo de Hart, de acordo com o autor. Dworkin trataria a doutrina da regra de reconhecimento como requerendo que os critérios que ela fornece para identificação do Direito deva consistir apenas em fatos históricos e, assim, como um exemplo de positivismo *plain fact*. Mas, de acordo com Hart, apesar de seus exemplos principais dos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento são questões do que Dworkin chamaria de pedigree, relacionados apenas com a maneira em que as leis eram adotadas ou criadas por instituições jurídicas e não com o seu conteúdo, Hart teria expresso tanto em seu livro quanto no artigo *Positivism and the Separation of Laws and Morals* que em alguns sistemas jurídicos, como o do Estado Unidos, o critério último de validade jurídica poderia ser incorporar explicitamente além de pedigree, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e esses podem formar o conteúdo de restrições constitucionais. Então, conclui Hart, a versão semântica de plain-fact positivism que Dworkin atribui a ele é claramente não Hartiana, como não o é qualquer forma de positivismo *Plain Fact*.

3.5.2 Análise

Há claramente três argumentos de resposta a Dworkin neste último tópico: I) a possibilidade da teoria de Dworkin ser contraposta a de Hart; II) a possibilidade da teoria de Hart ser caracterizada como semântica nos termos de Dworkin; e III) a vinculação de Hart à tese do *plain fact*.

Quanto ao terceiro ponto e a admissão a auto-caracterização do autor como um positivista inclusivista, não cabe ser falado aqui, tratando-se de um ponto controverso da teoria de Hart que ainda é debatido pela bibliografia especializada. Haveria é claro considerações de Dworkin, principalmente pelo que foi exposto em no *Modelo de Regras II* por meio do argumento da impossibilidade de convenções sociais fixarem resultados de raciocínios valorativos, que permitiriam uma resposta por parte de Dworkin a estas considerações de Hart. Ocorre que tal movimento iria envolver uma caracterização da teoria de Hart, que envolve o debate entre diversos autores, e não parece próprio para este trabalho. Dworkin considera, ao fim, que seus argumentos sobre método afetam tanto o positivismo externo quanto interno, mesmo que de formas diferentes.

O ponto II já é de maior interesse neste trabalho, pois parece conter uma negação convincente da vinculação da teoria de Hart a uma teoria semântica nos moldes expostos por Dworkin. É verdade que Hart não é explícito em relação à forma que a sua teoria depende da linguagem corrente e da identificação de critérios por meio desta, e o autor admite no seu trabalho uma vinculação às teorias de Austin. Mas as afirmações de Dworkin vão muito além desta dependência implícita apontada por Hart no sentido de defender que toda a Filosofia do Direito do britânico é no sentido de identificar regras fixas de linguagem que, caso controversas, fariam com que as pessoas não fossem capazes de falar sobre a prática jurídica.

Ainda não é claro a qual teoria da linguagem Hart estaria vinculado, e muito menos qual seria a influência desta na sua teoria maior do Direito, existindo diversos artigos tratando do tema de forma discordante entre si¹³⁹. Entretanto, para que fosse

¹³⁹ RAZ, Joseph. *Two views of the Nature of Theory of Law*. ENDICOTT, Timothy. *Herbert Hart and the Semantic Sting*. Stravropolous, Nicos. *Hart's Semantics*. Todos em: COLEMAN, Jules. **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law**. Oxford University Press, August, 2001.

possível atribuir a tese semântica pretendida por Dworkin à Hart seria preciso uma exegese da sua obra muito mais detalhada do que o autor dispõe em L.E. e parece que o Hart tem razão ao afirmar que, a partir do que foi dito naquele livro, a caracterização é inadequada.

O autor termina o tópico relevante para este trabalho com uma defesa da possibilidade de uma teoria descritiva para Filosofia do Direito e baseia-se para isso na sua divisão entre o ponto de vista interno e a possibilidade de uma posição mais afastada por parte do teórico. Seria papel do filósofo então, confrontado com uma prática avaliativa nos termos expostos por Dworkin, expor a forma com que os participantes da prática realizam essa valoração, e não parece haver nada na teoria de Hart – e mesmo na teoria de Dworkin, caso o filósofo abra mão de apresentar conclusões sobre o que o Direito é que sejam neutras quando há uma situação de controvérsia – que impediria isso.

Dworkin não aceitaria as respostas de Hart. No entanto, como seus argumentos não mudam significativamente, não parece ser preciso expô-los em um tópico separado. Basta dizer que Dworkin continuaria defendendo que o Hart estaria vinculado à uma teoria semântica do Direito que pretenderia utilizar-se de uma teoria descritiva que o próprio caráter do que é fazer Filosofia do Direito não permitiria¹⁴⁰. Entretanto, nesta caracterização o autor permanece tentando utilizar a tese de Hart para resolver questões jurídicas práticas, afirmando que:

“Então a visão de Hart não é neutra nas discussões: ela toma lados. Ela toma lados, de fato, em qualquer disputa jurídica difícil, em favor daqueles que insistem que os Direitos das partes envolvidas devem ser decididos exclusivamente pela consulta das fontes tradicionais do Direito.”

Parece que por meio dessa caracterização Dworkin permaneceria procurando tirar da teoria de Hart muito mais do que é possível depreender desta, isto é, respostas concretas para questões de Direito na perspectiva daqueles que estão

¹⁴⁰ Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy. P.140-186.

diretamente submetidos à prática. Para que isso fosse possível era preciso que Hart tivesse elaborado uma teoria da interpretação jurídica, talvez nos termos que Maccormick se propôs¹⁴¹. Entretanto, na ausência dessa exposição, parece possível ao menos em tese que Hart pudesse se vincular a uma teoria da decisão judicial como a que Dworkin se propõe.

Dworkin inclusive inicia o livro *Justice in Robes* sob uma perspectiva que a primeira vista parece reconciliatória, afirmando que o uso da palavra “Direito” é usada em modos tão variados, que diversos conceitos são representados pelo uso da palavra, e que a relação entre esses conceitos é tão problemática e controversa que diferentes teorias sobre Direito e justiça são muitas vezes respostas a diferentes tipos de questões. Ele então esclarece que os artigos no livro tratarão daquilo que ele chama de conceito doutrinário de Direito, relacionado ao o que o Direito requer, permite ou proíbe¹⁴². O equívoco do autor parece então ser pensar que Hart também estaria necessariamente vinculado a este uso do conceito.

¹⁴¹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press e MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*.

¹⁴² Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. P. 1-2

4. CONCLUSÕES

Foi objetivo deste trabalho expor as considerações de Dworkin sobre método, o que estas têm a dizer sobre o positivismo jurídico e as respostas que o positivista mais diretamente criticado, Herbert Hart, teria em relação ao que foi afirmado. No decorrer do trabalho foram apontadas algumas dificuldades com a caracterização que Dworkin faz do positivismo, dificuldades estas que longe de tornar a teoria do autor sobre método vulnerável, traz a possibilidade de compatibilização entre os dois empreendimentos filosóficos.

Nada do que foi afirmado aqui depende de que essa compatibilização seja de fato possível, ou de que essa seja necessariamente a melhor forma de caracterizar Dworkin e Hart, tal movimento ficará para outro momento. O que foi afirmado apenas é que há base tanto no que fala Dworkin quanto Hart para uma possível compatibilização das teses. Esta possibilidade de caracterização dependeria de dois argumentos que foram desenvolvidos durante o decorrer da monografia, o primeiro é no sentido de que a teoria de Dworkin está vinculada com o objetivo de fornecer parâmetros para aferir a justificação de proposições jurídicas em casos concretos; a segunda é de que a teoria de Hart não dependeria desta vinculação.

Independentemente desta tese da compatibilização foi observado no trabalho as características que compõe a forma que Dworkin considera ser necessário a interpretação da prática social jurídica, a forma como esta prática se desenvolve e as características linguísticas que permitem o desacordo genuíno neste tipo de prática social.

No primeiro plano foi visto como é possível o desenvolvimento de uma estrutura analítica, formada de três fases interpretativas distintas, e como o entendimento do papel que o raciocínio valorativo tem em cada uma destas etapas é fundamental para entender qualquer tipo de interpretação construtiva. Neste momento foi analisado também o papel dos paradigmas neste tipo de interpretação e como para Dworkin o que faz com que o desacordo seja possível em relação a práticas sociais é uma concordância contingente e não conceitual em partes específicas desta estrutura analítica e em relação aos paradigmas.

A caracterização do Direito como necessariamente submetido a este modo de interpretação é, como foi visto, fundamental para teoria de Dworkin, e parece depender de argumentos relacionados ao próprio caráter de conceitos sociais. Estes argumentos baseiam-se na impossibilidade de identificação de critérios semânticos para definição destes conceitos e na forma com que valor é dado para práticas que independe das convenções que a instituíram.

Este último argumento, que podemos caracterizar como defendendo a impossibilidade de convenções sociais fixarem o valor que compõe uma prática, mesmo que a origem desta seja convencional, parece um ponto fundamental da teoria de Dworkin, que é mais detalhadamente exposto no *Modelo de Regras II* e passa a receber menor atenção uma vez que o foco do autor passa a ser uma defesa da inadequação do modelo de conceitos criteriosais em *Law's Empire*. Esta atenção diminuída à questão não parece ser um abandono da tese, entretanto.

É claro, ambos os argumentos estão intrinsecamente conectados, e um dos motivos que torna o modelo criterial inadequado para Dworkin é a impossibilidade de convenções sociais fixarem o resultado de raciocínios valorativos que acompanham práticas sociais em que a atitude interpretativa é possível. Por isso, a menor atenção ao tema, e o abandono do exemplo do vegetarianismo utilizado no artigo, por exemplo, parecem representar mais uma mudança de foco por parte do autor do que uma revisão do argumento.

Estas considerações serviram então para formar uma imagem de método para interpretação do Direito que é notadamente integrativa. Tal imagem depende da possibilidade de entender a obra de Dworkin não como algo que vai abandonando argumentos frente as críticas proferidas no decorrer dos anos, mas que desenvolve os argumentos originalmente expostos a partir das críticas.

Por fim, por mais que até a publicação de *Justice in Robes* o autor ainda não houvesse se convencido do argumento de que a sua teoria não estaria necessariamente contraposta a de Hart, foi visto também que a melhor interpretação de uma obra, mesmo que filosófica, não depende do estado mental de seu autor à escrevê-la. Nesse sentido, talvez seja possível utilizar do que foi afirmado pelo próprio autor para defender uma tese que este nunca chegou a considerar.

5. BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Belknap Press of Harvard University Press, January, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press; Fifth Printing Edition, november 1978.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Belknap Press, May, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Belknap Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Objectivity and Truth: You'd Better Believe it**. *Philosophy and Public Affairs*, Princenton University Press, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), pp. 87-139.

H. L. A. Hart. **The Concept of Law**. Oxford University Press; 2nd edition, June 26, 1997.

H.L.A Hart. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford University Press, january, 1984.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A Hart** 2nd. Stanford, California: Stanford University Press. 2008.