XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ADRIANA SILVA MAILLART

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Renata Albuquerque Lima– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-555-
3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A presente coletânea é formada por artigos selecionados para integrar o Grupo de Trabalho "Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica" no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (realizado entre 15 de novembro e 17 de novembro de 2017, em São Luís). Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review ("duplo cego"), apto a assegurar isenção e idoneidade na seleção dos artigos que ora apresentamos.

Devido a vários artigos versarem sobre a análise da Teoria de Justiça de John Rawls, resolvemos dedicar a primeira parte desta obra para tratar dos sete artigos que analisaram esta Teoria.

Fernando Cézar Lopes Cassionato e Daniela Menengoti Ribeiro abordam em seu artigo "A escolha na 'posição original' de John Rawls: o idealismo de um utilitarista crítico no utilitarismo", os princípios desta teoria, os fundamentos de sua argumentação e os argumentos favoráveis à defesa do princípio da diferença, refletindo sobre as falhas ao não compensar as desigualdades naturais (falha reconhecida pelo autor) e a consequência de certas escolhas subsidiarem injustamente outras.

Já, José Eduardo Ribeiro Balera, no texto "A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin, examina os argumentos de Ronald Dworkin ao tratamento de Rawls como um teórico do direito, seus pressupostos metodológicos e substantivos, resgatando questões como a ideia de legalidade na filosofia rawlsiana e as implicações da relação entre direito e moral, retomando as críticas à denominada "doutrina da razão pública", relevantes ao procedimento deliberativo judicial.

Em, "John Rawls: breves noções de consenso sobreposto e a democracia deliberativa", Roberto Alcântara De Oliveira Araújo e Flávia Moreira Guimarães Pessoa encontram em John Rawls (teoria da justiça como equidade e do liberalismo igualitário) o reconhecimento da existência de um pluralismo de doutrinas filosóficas/morais da sociedade, decerto incompatíveis, mas redutíveis na revelação do consenso fundamental, por meio de argumentos que justifiquem as escolhas sociais.

O texto, elaborado por Heloisa Sami Daou e José Claudio Monteiro de Brito Filho, "John Rawls e Amartya Sen: paralelo entre a teoria de justiça como equidade e a justiça focada nas

realizações” apresenta e compara duas distintas teorias da justiça, a teoria da justiça como equidade de John Rawls e a teoria da justiça focada nas realizações de Amartya Sen, de modo a destacar suas afinidades e divergências.

Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart analisam as ideias de justiça de John Ralws como ideários que privilegiam o Estado Democrático de Direito, como essenciais à inclusão e diminuição das desigualdades materiais que vai ao encontro da missão da Defensoria Pública brasileira, objetivando demonstrar que a atuação da Defensoria Pública, por meio de ações afirmativas adotadas em políticas públicas, atinge os ditames de justiça proposto na Teoria de Rawls.

No artigo “O liberalismo-igualitário de John Rawls como perspectiva de igualdade de oportunidades para transexuais”, Fabiana Barbosa Marra propõe uma atuação estatal de modo a mitigar desigualdades decorrentes de padrões hegemônicos de gênero, utilizando a perspectiva de igualdade de oportunidades de Rawls.

E, fechando os temas referentes à Teoria de John Ralws, Anna Caroline Ferreira Lisboa pauta-se na perspectiva crítica relacionada à organização familiar na Teoria de Justiça de Rawls para construir o texto “A instituição familiar na Teoria da Justiça de John Rawls: uma análise necessária do ambiente de desigualdade de gênero”.

No artigo “A extensão da licença-paternidade e a falta de critérios na utilização de princípios no Brasil”, João Ricardo Holanda do Nascimento e Juraci Mourão Lopes Filho discorrem sobre a teoria interpretativista de Dworkin e argumentativa de Alexy, que pretendem inserir uma nova ideia de princípios no Direito, comprovando a má utilização nos casos de extensão da licença-paternidade, causadora de um sincretismo de teorias.

Rodrigo Maia Bachour e Bárbara Altoé Puppin realizam uma análise retórica dos argumentos utilizados nos Projetos de Lei e Propostas de Emenda Constitucional relativos à tentativa de efetivação dos interinos, à luz das lições de João Maurício Adeodato, no artigo “Uma análise retórica das propostas de emenda constitucional e projetos de lei sobre cartórios”.

Em “A globalização e os direitos humanos em rede: o direito alienígena como ferramenta hábil a fundamentar decisões do Poder Judiciário – o diálogo entre cortes”, Daniel Gomes de Souza Ramos aborda os encontros e desencontros de uma nova visão acerca dos direitos humanos internacionalizado, a partir do momento em que o julgador utiliza uma norma para a solução de um caso concreto.

O texto “A eficiência da decisão judicial e a vinculação dos precedentes, de Geraldo Neves Leite e Andre Beckmann de Castro Menezes, analisa decisões do STF envolvendo a vinculação dos precedentes à luz de três concepções diferentes de precedentes, desenvolvidas no direito estadunidense por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, compreendidos no artigo como regras, princípios e diretrizes políticas.

A necessidade de equilíbrio argumentativo no processo e a fundamentação com base em precedentes no Código de Processo Civil, recai sobre o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, para avaliar se a sua intepretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista, pesquisa elaborada por Gisele Santos Fernandes Góes e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre a Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica no Brasil. Oportunidade em que também aproveitamos para externar nossos agradecimentos e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados ao XXVI Congresso do CONPEDI.

Florianópolis/Fortaleza, 23 de novembro de 2017.

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TEORIA DO DIREITO DE JOHN RAWLS: UMA LEITURA A PARTIR DAS CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN

JOHN RAWLS' THEORY OF LAW: A READING FROM THE CRITICISM OF RONALD DWORKIN

José Eduardo Ribeiro Balera [1]

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar as bases teóricas adotadas por Rawls relativamente ao fenômeno jurídico. Inicialmente, são apresentadas características basilares de seu pensamento, por meio das obras "Uma Teoria da Justiça" e "Liberalismo Político". Em seguida, examina-se os argumentos de Ronald Dworkin ao tratamento de Rawls como um teórico do direito, seus pressupostos metodológicos e substantivos. Neste cenário, resgata-se questões como a ideia de legalidade na filosofia rawlsiana e as implicações da relação entre direito e moral. Por fim, retoma-se as críticas à denominada “doutrina da razão pública”, relevantes ao procedimento deliberativo judicial.

Palavras-chave: Filosofia rawlsiana, Positivismo, Interpretativismo, Doutrina da razão pública, Teoria do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the theoretical basis adopted by Rawls concerning the legal phenomenon. Initially, the basic characteristics of his thought are presented through his books "A Theory of Justice" and "Political Liberalism". Then it examines Ronald Dworkin's arguments to characterize Rawls as a theoretical right, his methodological and substantive assumptions. In this scenario, rescues issues like the idea of legality in Rawlsian philosophy and the implications of the relationship between law and morality. Finally, it rescues to the criticisms made against the "doctrine of public reason", relevant to the judicial decision-making procedure.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rawlsian philosophy, Positivism, Interpretivism, Doctrine of public reason, Theory of law

[1] Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP. Mestre em Filosofia Contemporânea pela UEL. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC/MG.

1 INTRODUÇÃO

É notório o reconhecimento atribuído a John Rawls na filosofia política e moral contemporânea, inclusive, com impacto em outras áreas do conhecimento, por exemplo, o ao direito e aos estudos em políticas públicas. No âmbito do direito, trouxe mudanças na compreensão do fenômeno jurídico e no exercício da cidadania. Como bem destaca Delamar José Volpato Dutra (2008, p. 16), a "obra de Rawls [...] determina uma virada na concepção de direito, deslocando o seu entendimento da vertente positivista de Kelsen, Austin e Hart, bem como da vertente utilitarista de Bentham e Mill, para uma concepção que, em última análise, recupera as imbricações entre direito e moral".

Diante disto, almeja-se a investigação dos fundamentos de uma teoria do direito a partir de elementos da filosofia rawlsiana e da reconstrução da análise traçada por Ronald Dworkin, em seu texto *Rawls e o Direito.* Neste escrito, Dworkin (2010, p. 341-342) se dispõe a estabelecer uma nova leitura na qual Rawls seja observado como verdadeiro jurista ou filósofo do direito, uma vez que a "teoria jurídica é um segmento da filosofia política e Rawls escreveu de modo abstrato sobre a disciplina como um todo".

Assim, inicialmente, a presente pesquisa apresenta um panorama geral da teoria rawlsiana, importantes a contextualização do autor. Em seguida, identifica-se os pressupostos metodológicos e substanciais resultantes de sua teoria da justiça, ou seja, a proximidade de suas reflexões às concepções descritivas ou políticas normativas do direito, bem como sua familiaridade às teorias positivistas ou antipositivistas, bem como sua compreensão acerca da legalidade. Por conseguinte, adentra-se a questão da atuação decisória do juiz perante os casos difíceis, pela aplicação da chamada 'doutrina da razão pública' e a avaliação do substrato argumentativo aceitável na justificação de decisões judiciais. Deste debate, tornar-se-á inequívoco o grau de compatibilidade entre o pensamento de ambos os autores, além de suas especificidades aplicáveis à teoria e filosofia do direito.

2 O PENSAMENTO DE JOHN RAWLS, A SOCIEDADE E O DIREITO

Dentre os escritos de Rawls, o livro *Uma Teoria da Justiça* consagrou-se como sua produção de maior relevância e, posteriormente, o *Liberalismo Político*. Por meio deste, o filósofo estabelece uma concepção de justiça como equidade em oposição ao intuicionismo e ao utilitarismo. Seu pensamento aduz uma tese contratualista no qual os indivíduos atuam na escolha dos princípios da justiça essenciais à composição justificada da estrutura básica da

sociedade. Para o pensador estadunidense, a sociedade é um sistema equitativo e cooperativo entre indivíduos, livres e iguais.

A vida em sociedade é naturalmente mais vantajosa aos indivíduos (se comparada a precariedade da vida isolada) e, por este motivo, é necessário o estabelecimento de princípios de justiça que irão nortear a vida em sociedade. Nesta perspectiva, Rawls (1999, p. 109 – 111) salienta as denominadas circunstâncias da justiça - objetivas e subjetivas. Elas são conjunturas gerais, inclusive, imprescindíveis ao processo deliberativo dos representantes na posição original, potencializadoras da vida em sociedade e essenciais a cooperação humana. As objetivas englobam atributos físicos comuns aos seres humanos (por exemplo, a similitude de suas capacidades e aptidões físicas e mentais, além da condição de fragilidade ao ataque) e a escassez moderada de recursos. Quanto às subjetivas, estas abarcam a prática racional (pois os indivíduos não agem com a atribuição de igual valor aos objetivos coletivos, mas atentos aos próprios interesses e daqueles que possuam vínculos especiais, por exemplo, de amizade) e as limitações de julgamento e reflexão do ser humano, tendo em vista as cosmovisões, as experiências e as pretensões de vida de cada sujeito.

Todavia, a sociedade moderna é caracteristicamente marcada por uma pluralidade de cosmovisões, muitas vezes incompatíveis entre si, e torna-se improvável o compartilhamento de uma teoria moral por todos os cidadãos. Por este motivo, Rawls identifica, em favor da estabilidade e legitimidade da sociedade democrática e em meio ao pluralismo, a necessidade de transcender a esfera da teoria moral e fundamentar sua teoria no âmbito da filosofia política.

Desta maneira, em *Liberalismo Político,* Rawls traça novos limites ao próprio pensamento, afinal, nas relações políticas, diferentemente das relações afetivas e voluntárias, os indivíduos são inseridos em uma determinada sociedade com o nascimento e somente deixam-na com a morte. Assim, introduz um projeto fundamentado na ideia de consenso sobreposto e de razão pública (com o critério da reciprocidade e desvencilhadas das verdades), pois esta última "explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com os seus cidadãos e a relação destes entre si " (RAWLS, 2004, p. 174).

Ainda que o filósofo John Rawls não tenha se manifestado explicitamente quanto ao conceito de direito e concepção teórica mais compatível à sua posição crítica, Dworkin acredita na possibilidade de sua identificação e seu estabelecimento enquanto teoria jurídica ou filosofia do direito[1]. Para tanto, a priori, almeja-se o reconhecimento do embasamento

[1] É sabido que a teoria e a filosofia do direito possuem campos distintos, Delamar José Volpato Dutra e Marcos Rohling são objetivos nesta distinção (2011, p. 66) e declaram "A *teoria do direito* diferencia-se da *filosofia do*

metodológico e, posteriormente, as implicações dos caracteres de sua teoria inclusive no processo decisório judicial, inclusive, em questões relativas aos denominados "casos difíceis" *(hard cases).*

2.1 PRESSUPOSTO METODOLÓGICO DA TEORIA RAWLSIANA

A questão metodológica está associada intrinsecamente ao conceito do direito adotado, a sua natureza, seja enquanto teoria descritiva ou política-normativa. Em termos gerais, a delimitação descritiva permitiria reconhecer o que torna uma proposição acerca do direito e dos deveres legais como verdadeira, por outro lado, o aporte político normativo versaria acerca do que o direito é e o fundamento teórico do que deveria ser.

As concepções positivistas, em geral, entendem o direito a partir da tese do convencionalismo e que as proposições jurídicas só podem ser verdadeiras em decorrência de fatos sociais (DWORKIN, 2010, p. 342). Por esta perspectiva, a tese do convencionalismo firma-se na concepção de que a natureza do direito e sua força normativa estão alicerçadas na prática social. Logo, "o direito é um conjunto de regras sociais que funcionam como soluções para problemas de coordenação e cooperação social ou que têm o seu funcionamento dependente das práticas sociais convergentes, de onde extraem sua normatividade.". (MACEDO JUNIOR, 2015, p. 132). Todavia, estas teses não explicam cabalmente o que realmente é o direito e sua autoridade, afinal, nem sempre os desacordos são empíricos, mas em sua maioria tratam-se de desacordos teóricos[2] (*theoretical disagreements*). Neste sentido, o exercício descritivo pode ser comparado ao da sociologia jurídica e dificilmente explicável enquanto teoria geral do direito (DWORKIN, 2010, p. 346).

No caso de Rawls, ao tratar do conceito de justiça, não há um compartilhamento anterior e geral de quais são as instituições justas ou injustas, afinal, os indivíduos "compartilham um certo entendimento muito abstrato que transforma todas essas concepções

---

direito por estabelecer uma consideração do direito completamente separada da filosofia enfatizando-se o caráter eficaz e coercitivo do mesmo, isto é, a teoria do direito toma como ponto de partida a existência do direito positivado buscando a construção de um sistema coerente." Porém, para o pensamento de Rawls, essa diferenciação não é tão clara, pois realiza o exame do direito e seus institutos contiguamente a filosofia do direito. Cf. VOLPATO DUTRA, Delamar José; ROHLING, Marcos. **O Direito em uma Teoria da Justiça de Rawls.** Dissertatio, n. 34, p. 63 – 89, 2011.

[2] Enquanto os desacordos empíricos referem-se a elementos fáticos e mesmo formais, por exemplo, se determinada legislação está vigente, os desacordos teóricos relacionam-se aos próprios fundamentos ou justificações do direito, por exemplo, o que torna correto o fato do aborto ser proibido ou mesmo verdadeiro a ofensa ao direito à vida caso a eutanásia seja autorizada. Dworkin trabalha essa questão ao evidenciar o caráter interpretativo do direito e as divergências no processo de justificação moral da melhor resposta jurídica ao caso. Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press, 1986.

em concepções de justiça, e não de outra virtude qualquer" (DWORKIN, 2010, p. 347-348). Em *Uma Teoria da Justiça* de Rawls, o recurso da posição original, do véu da ignorância e, mais especificamente, do equilíbrio reflexivo evidenciam uma fundamentação de cunho coerentista, diferentemente das abordagens fundacionistas, pois estas defendem a impossibilidade de revisão ou reamoldamento de alguns pontos fixos pertencentes às crenças básicas da sociedade. A proposta coerentista argui a possibilidade de justificação de regras de inferência a partir da lógica indutiva e dedutiva e, no âmbito da ética e da política, permite a revisão de crenças particularizadas em todos os níveis alicerçados na coesão. (SILVEIRA, 2009, p. 148-149).

Para Dworkin, as investigações rawlsianas quanto ao conceito de justiça permitem a identificação de uma proposta interpretativa e que tem como método o *equilíbrio interpretativo*, afinal, objetiva-se a obtenção de juízos de abrangência geral em consonância a determinados julgamentos de ordem concreta para definição do justo e injusto (DWORKIN, (2010, p. 348). Trata-se de um 'ponto fixo provisório' passível de reformulação. Assim, aventa-se uma proposta para a justificação, resultante do apoio mútuo das diversas ponderações e da adequação das partes, em sua totalidade, a uma visão coerente e razoável. Nas palavras de Denis Coitinho Silveira (2009, p. 143), o equilíbrio reflexivo "possibilita a melhor configuração da situação inicial equitativa, pois (a) expressa pressuposições razoáveis e (b) produz princípios que combinam com os juízos morais comuns". Assim, a teoria da justiça como equidade visa princípios que sejam coesos aos juízos ponderados e também às concepções morais dos indivíduos.

Dworkin (2010, p. 348) propõe a utilização do equilíbrio reflexivo enquanto método aplicável à filosofia do direito, com o alvitre de rearticular a atividade interpretativa rawlsiana a serviço da teoria do direito. Para tanto, em um primeiro momento, nomina como 'paradigmas do direito' aquilo que é inerente e comumente reconhecido como parte integrante da ordem jurídica, como o código tributário, os limites de velocidade prescritos em lei, entre outros. Por consequência, seria necessária a criação de uma seção ou, por ele designado, polo de 'equilíbrio interpretativo', pois o conceito de direito é compartilhado como um ideal abstrato na teoria jurídica, com as mesmas funções que o ideal de justiça desempenha na teoria de Rawls, ou seja, enquanto conceito basilar e fruto do exercício interpretativo envolvendo princípios, julgamentos concretos e premissas pré-analíticas.

Deste polo interpretativo decorreria o conceito de direito, mesmo que às vezes este seja pautado em seu aspecto político, descrito de forma a apoiar-se em um conceito de legalidade ou de Estado de Direito. Destarte, uma adequada concepção de legalidade pode ser

elaborada, seja ela "[...] uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade" (DWORKIN, 2010, p. 348-349).

Este exercício viabilizará uma teoria jurídica para a avaliação das proposições do direito e suas condições de veracidade em termos mais amplos dos valores reputados convincentes pelos indivíduos. Como expressa Dworkin (2010, p. 349):

> Uma teoria positivista do direito apresentará uma tese sobre as convicções de veracidade de tais proposições, como a tese das fontes, que é sustentada por uma concepção positivista da legalidade que, por sua vez, é sustentada por uma teoria mais geral e apropriada da justiça. Esse modelo interpretativo fornece a melhor maneira de se entender os argumentos apresentados pelos principais filósofos do direito. Em certo sentido, a filosofia jurídica assim concebida é descritiva porque começa com algum tipo de entendimento sobre o que é tido como certo pela comunidade à qual se destina, mas em outros sentidos é substantiva e normativa porque procura alcançar um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente. Já de início, portanto, a obra de Rawls é uma contribuição fundamental para o autoentendimento da filosofia do direito.

Do estudo realizado por Dworkin, a partir da obra de Rawls, resulta em um conceito de direito conexo à ideia de legalidade e de Estado de Direito, pelo seu caráter político e traduz o aspecto metodológico da filosofia política que é simultaneamente descritiva, substantiva e normativa. Rawls elabora em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, por essa complexa relação atinente à legalidade, uma compreensão de ordem legal ou sistema jurídico.

2.1.1 Em que sentido um sistema jurídico ou legal?

Em aspectos gerais, é no plano acima exposto que Rawls desenvolve uma acepção de sistema jurídico diretamente associado ao caráter institucional do direito ao Estado, responsável pela manutenção de uma ordem pública e de suas condições essenciais "para que os indivíduos possam perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações" (VOLPATO DUTRA; ROHLING, 2011, p. 72).

Neste sistema jurídico de perspectiva institucional, é aplicável uma concepção de justiça formal[3] para a administração do sistema legal e da ordem pública de modo regular e imparcial, chamado de "justiça como regularidade" e demarca uma relação de equidade (RAWLS, 2008, p. 290-291). Para ele, "um tipo de ação injusta é a incapacidade, por parte dos juízes e de outras autoridades, de aplicar a lei apropriada ou interpretá-la corretamente" (RAWLS, 2008, p. 291).

> Um sistema legal é uma ordem coercitiva de normas públicas voltadas para pessoas racionais, com o propósito de reger sua conduta e prover a estrutura da cooperação social. Quando são justas, estas normas estabelecem uma base para expectativas legítimas (RAWLS, 2008, p. 291).

Ao prover a ordem pública justa, viabiliza-se uma relação de apoio entre os indivíduos e também para a busca da efetivação de suas legítimas expectativas e para contrapô-las quando frustradas. Naturalmente, quando as reinvindicações estiverem fundadas numa base instável e incerta, também demonstrar-se-ão incertos os limites das liberdades dos integrantes da sociedade. (RAWLS, 2008, p. 291). Porém, surge a indagação quanto à distinção entre as normas integrantes do sistema jurídico e as demais normas, uma vez que estas também possuem um caráter e relevância na manutenção da estabilidade e no afastamento das incertezas em outros campos, como em associações privadas. A resposta para Rawls está na abrangência e no seu poder regulador.

> O que distingue um sistema legal é sua grande abrangência e seus poderes reguladores em relação a outras associações. Os organismos constitucionais definidos por esse sistema geralmente têm o direito legal exclusivo de exercer pelo menos as formas mais extremas de coerção (RAWLS, 2008, p. 291-292).

Enquanto associações privadas possuem um poder de coerção limitado e restrito, o poder exercido pelo Estado, via sistema legal, é compreendido como autoridade última em um

---

[3] A justiça formal suprime diversas possibilidades de injustiça, pois supõe que para que as instituições possam ser justas, é necessário a tutela da imparcialidade de suas autoridades, isentando-as de influências pessoais, econômicas, políticas, entre outras. Neste contexto, é importante destacar uma observação de Delamar José Volpato Dutra e Marcos Rohling (2011, p. 78): "Embora inicialmente Rawls apontasse para uma certa reticência em relação à afirmação do entrelaçamento da justiça substantiva com a justiça formal, isso se dava porque àquela altura não havia ainda a determinação dos princípios razoáveis da justiça substantiva bem como as condições em que os homens os escolhem e vivem de acordo com eles. Uma vez que na posição original escolhem-se esses princípios é possível estabelecer os vínculos entre a justiça substantiva e a justiça formal. Certo é que o conteúdo dos princípios da justiça determina a justiça substantiva. E, assim, a justiça formal atua na administração imparcial do que preceitua estes princípios. Quando a justiça formal é aplicada ao sistema jurídico surge o *estado de direito*." Cf. VOLPATO DUTRA, Delamar José; Rohling, Marcos. **O Direito em uma Teoria da Justiça de Rawls.** Dissertatio, n. 34, p. 63 – 89, verão de 2011.

território devidamente delimitado. Rawls (2008, p. 292) complementa que “a lei define a estrutura básica no âmbito do qual se dá o exercício de todas as outras atividades”.

Para este autor, a ordem legal compreende um sistema jurídico direcionado a pessoas racionais, orientando-as e constituindo base sólida para suas expectativas. Ele elenca algumas características desse sistema jurídico fulcrado na legalidade, como: (i) deve-se apenas exigir ou proibir aquilo que seja possível de realização; (ii) além da viabilidade de realização, a ideia de dever jurídico se origina pelo reconhecimento da ideia de boa-fé por parte das autoridades que promulgaram as leis, pois o indubitável objetivo da autoridade deverá ser o de organizar as condutas dos cidadãos; (iii) a relação de coerência para o tratamento de casos semelhantes, (iv) o expresso conhecimento e promulgação dos instrumentos legais, com clara definição e comandos genéricos (na forma e intenção), para evitar a utilização dos mesmos como meio prejudicar indivíduos particulares, de forma a prevalecer a interpretação estrita das infrações mais graves. (RAWLS, 2008, p. 293-295).

É interessante que, pelo fato da ordem legal apenas tutelar pela imparcialidade na administração e regularidade da lei, é possível ainda a existência de injustiças. Assim, “ao ser considerado que uma lei injusta permanece uma lei válida, apesar de sua injustiça, compreende-se melhor que o direito é responsável por reconhecer, mediante critérios, certos requisitos que conferem validade” (VOLPATO DUTRA, ROHLING, 2011, p. 76). Ante à existência de seus requisitos formais de validade da existência de regras internas de sua estrutura, é possível emanar ordens legais injustas.

2.2 PRESSUPOSTO SUBSTANTIVO: O INTERPRETACIONISMO COMO UMA LEITURA DO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS

Com o reconhecimento da questão metodológica de uma teoria do direito, torna-se relevante a guinada acerca do pressuposto substancial do conceito de direito, isto é, qual concepção de direito seria bem-sucedida enquanto conceito de legalidade? Para tanto, Dworkin direciona tal questionamento à representação imaginária expressa em sua tese de justiça como equidade. Em sua suposição, caso os representantes da ‘posição original’ fossem chamados a decidir acerca de um conceito de legalidade, além do princípio geral de justiça, qual seria a provável opção a ser endossada? Visando reduzir a menores termos tal deliberação, ele apresenta duas opções tradicionalmente distintas para esta deliberação, sendo (i) uma ‘descrição positivista simplificada de legalidade’ ou (ii) uma ‘descrição não positivista interpretativa e simplificada’ (DWORKIN, 2010, p. 349-350).

A primeira opção (i) exprime um conceito de legalidade em que o magistrado estaria vinculado às fontes normativas institucionalizadas, ou seja, "os juízes devem aplicar regras criadas pelo poder legislativo na medida em que não sejam nem possam tornar-se ambíguas, mediante consulta à história legislativa e a outras fontes oficiais de intenção legislativa" (DWORKIN, 2010, p. 350). Essa descrição positivista simples possui sérias consequências, pois é evidente a insuficiência das normas quando estabelecidas e interpretadas nesta perspectiva, não sendo possível atender a todos os casos e incitando aos magistrados a declarar a inexistência de uma resposta pelo direito e, por consequência, levando-os a legislar e preencher a lacuna subsistente. Desta maneira, "os juízes devem fazer o que acreditam que o parlamento pertinente teria feito" (DWORKIN, 2010, p. 350).

Para a opção concorrente, (ii) da 'descrição interpretacionista simples', os juízes também devem aplicar as regras produzidas pelo poder legislativo, porém, quando deparados em frente a uma suposta lacuna, os juízes não deverão legislar, nem mesmo pelo delineamento da provável opção que o legislativo faria. Todavia, os juízes devem "tentar identificar os princípios procedimentais e substanciais de justiça que melhor justificam o direito da comunidade como um todo e aplicar esses princípios ao novo caso" (DWORKIN, 2010, p. 350).

Supondo que os representantes da posição original realmente optassem pelos princípios pressupostos por Rawls[4], ou seja, em rejeição ao utilitarismo e favoravelmente aos dois princípios da justiça rawlsiana, para Dworkin, provavelmente os representantes escolheriam uma concepção interpretacionista de legalidade diante dos benefícios de se alcançar a justiça em pequena e larga escala.

A adoção dos dois princípios de justiça torna imperiosa a implementação sequencial em quatros estágios[5]. No entanto, Dworkin (2010, p. 352) estabelece considerações, em

---

[4] Esta afirmação surge em resposta a outra constatação elaborada por Dworkin, diante da possibilidade de os representantes da posição original deliberarem em favor da adoção de uma abordagem utilitarista de justiça. Para Dworkin (2010, p. 351-352), a preferência por uma concepção utilitarista, como elaborada por Bentham, favoreceria ao endosso de um positivismo simples e uma atuação de caráter discricionária. O legislativo seria a melhor e mais apta instituição para integrar as distintas leis, diretrizes políticas e coordená-las para a produção do máximo efeito quanto a utilidade. Enquanto os juízes são necessários na aplicação das regras que se destinam a maximizar a utilidade, os mesmos seriam ineficazes para traçar tais diretrizes políticas. Os argumentos utilitaristas favorecem ao positivismo, pelo exercício despretensioso dos magistrados no preenchimento de lacunas, enquanto atribuem ao interpretacionismo críticas acerca da irracionalidade. Assim, *ipsis litteris* ele salienta, "[...] para o utilitarismo, os princípios morais e políticos são simplesmente regras práticas para se obter a máxima utilidade a longo prazo, e não pode haver nenhum valor independente – e sim muito prejuízo – em se buscar uma coerência de princípios simplesmente por considerá-lo desejável. A utilidade é sem dúvida mais bem servida por uma concentração exclusiva no futuro, sem olhar para o passado, a não ser na medida em que isso seja prudente do ponto de vista estratégico". (DWORKIN, 2010, p. 351-352)

[5] Os estágios de implementação dos princípios de justiça podem ser basicamente entendidos como: 1º o estágio da posição original, onde os princípios de justiça são escolhidos, marcado pela predominância total do 'véu de

especial, ao estágio constitucional, momento em que ocorre a projeção das instituições para direcionar-se a consecução dos resultados esperados pelos princípios fundamentais, e o estágio legislativo, quando são tomadas decisões específicas quanto às leis e diretrizes políticas.

Em sequência, Ronald Dworkin identifica um provável direcionamento político-institucional e implicações institucionais ao poder judiciário, explicitando que:

> As pessoas colocam prioridade lexical na igualdade de liberdade, e depois também consideram prioritário o amparo à situação do grupo social menos privilegiado, serão particularmente sensíveis à possibilidade de ocorrer um pior desempenho nesse estágio legislativo. Elas se preocuparam com o fato de que um legislativo dependente de aprovação majoritária seja muito pressionado a promover os interesses de alguns grupos em detrimento de outros. Portanto, vão sentir-se atraídos pela ideia de um judiciário com poderes e responsabilidades independentes. (DWORKIN, 2010, p. 352)

Este fato, salientado por Dworkin, está intimamente ligado ao aparato do controle judicial de constitucionalidade e atribui aos juízes uma responsabilidade institucional na aplicação e desenvolvimento dos direitos, livres da pressão contida nos anseios da maioria. O juiz exercerá esse poder atento à igualdade perante a lei, onde "quaisquer princípios inferidos a partir do que o legislativo fez em prol de alguns grupos também possam estar ao alcance de todos" (DWORKIN, 2010, p. 353).

Com esta expectativa atribuída ao Judiciário, reforça-se o perfilhamento dos representantes da posição original pelo modelo interpretativista, pois o direito passa a ser considerado não apenas em seu aspecto restritivo, decorrente das determinações específicas advindas das instituições legislativas, mas fundado pelos princípios que decorrem destas determinações.

Dworkin (2010, p. 353) declara expressamente que Rawls não argumentou em favor do interpretacionismo, nem mesmo se manifestou pela adoção de qualquer projeto ou concepção de direito, porém, em sua discussão sobre legalidade e Estado de Direito, defendeu o princípio que resguarda ao interpretativismo, com a premissa de que casos semelhantes devem possuir decisões e tratamentos semelhantes, fato em prol da limitação da

---

ignorância'; 2º é expressa pela convenção constituinte, onde é formulada a constituição justa, contemplando liberdades iguais e o 'véu de ignorância' tornar-se-ia "mais fino", ou seja, permitiria certo reconhecimento das circunstâncias e condições existentes, se comparado ao primeiro estágio; 3º é o estágio legislativo, com a elaboração de leis justas que devem atender aos princípios, como também as disposições constitucionais; 4º é o estágio da aplicação, de modo que os poderes Executivo e Judiciário deverão aplicar a legislação e os preceitos constitucionais aos casos concretos, mas também os cidadãos deverão observar tais regras.

discricionariedade dos juízes e de outras autoridades aplicadoras do direito. (RAWLS, 2008, p. 293-294).

> O preceito os obriga a justificar as distinções que estabelecem entre pessoas por referência aos princípios e às normas jurídicas pertinentes. Em qualquer caso específico, se as leis forem algo complicado e exigirem interpretações, pode ser fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que aumenta o número de casos, torna-se mais difícil de elaborar justificativas plausíveis para julgamentos tendenciosos. **A exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as leis e para justificativas em todos os níveis** (RAWLS, 2008, p. 294, negrito meu).

Com esta constatação, Dworkin confere a Rawls um posicionamento que também é defendido por ele próprio através da Teoria do Direito como Integridade, ou seja, uma visão contrária à atuação discricionária do juiz perante os casos difíceis[6] e a favor da manutenção da integridade decisória e da ordem jurídica pela coerência argumentativa no processo de interpretação para a elaboração das decisões judiciais.

Para melhor compreender as semelhanças entre os autores, cumpre salientar que a concepção de direito como integridade implica que a interpretação do direito se fundamente nas próprias práticas da sociedade, expresse uma integridade tanto legislativa (a produção legislativa em consonância aos princípios) como também no julgamento (a decisão também coerente e harmônica aos princípios), condizente a construção de um único sistema que integre os ideais de justiça, equidade e proporcionalidade. Dworkin defende que "o argumento jurídico é um argumento típico e completamente moral. Os juristas devem decidir qual desses conjuntos de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo" (DWORKIN, 2010, p. 205).

É interessante que o próprio Rawls compreende uma semelhança de sua teoria com o pensamento de Ronald Dworkin, porém com a particular exigência do ajustamento à concepção política e pública de justiça, como expressa a seguir:

> Em minha opinião, Dworkin pensa que seu requisito de ajustamento, que exige que a interpretação leve em conta os estatutos e precedentes judiciais, leva mais ou menos à mesma conclusão, pois ele emprega para distinguir a

[6] Esta resistência e as críticas apontadas por Dworkin são especialmente direcionadas à corrente positivista, a qual incluem as teses de Austin e Herbert L. A. Hart. Para Ronald Dworkin, com a atuação discricionária, o juiz cria um novo direito e aplica retroativamente ao fato objeto do conflito judicial que lhe foi apresentado, ou seja, cria uma obrigação jurídica posterior a ocorrência dos fatos. Para ele, outros argumentos fortalecem a censura à atuação discricionária defendida pelos positivistas, como a insegurança decorrente de seu exercício, além de que há um direito a ser reconhecido a uma das partes participantes do processo judicial, ainda que não existam práticas sociais e precedentes sobre determinadas questões, mas será realizável pela utilização do princípio da integridade. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2002.

> interpretação da invenção, e sustenta que uma interpretação razoável basta para mostrar o que já está implícito na lei [...] Ele pode ter razão nesse ponto, mas não tenho certeza. Tendo a exigir, além do ajustamento, que, para as decisões do tribunal serem decisões propriamente judiciais da lei, a interpretação se ajuste à concepção política e pública de justiça ou a uma variante reconhecida desta. Duvido que essa visão seja diferente de Dworkin, em termos de substância (RAWLS, 2000, p. 287).

No questionamento sobre a provável aderência do pensamento de Rawls aos modelos tradicionais de teorias do direito (o positivismo ou interpretacionismo), outros fatos possuem relevância e inevitavelmente devem ser considerados, como no caso da relação observada entre as normas do direito e da moral. Esta relação torna-se ainda mais relevante a partir da hipótese da adoção de um positivismo exclusivo[7], o qual é dissociado da influência utilitarista e está aproximado do pensamento de Rawls.

O positivismo assegura uma completa independência entre o sistema do direito e da moral, pois o direito depende apenas de questões históricas de fato, quanto ao costume e às práticas aceitas como direito por determinada comunidade. Logo, se uma lei injusta foi proclamada, atende a este teste e é aceita por uma comunidade como lei, inclusive tendo sido aprovada pelo legislativo, e não perdendo de vista que os juízes estão de acordo que o poder legislativo é o supremo legislador, então a lei injusta realmente é considerada direito (DWORKIN, 2011, p. 401).

O interpretativismo, por outro lado, nega a independência sistêmica do direito e da moral, pois declara que o direito não abrange apenas as regras específicas aprovadas em conformidade com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que fornecem a melhor justificativa moral para as regras promulgadas. Assim, o direito abarca as normas resultantes desses princípios justificadores, ainda que essas novas regras não tenham sido decretadas. O interpretativismo trata o raciocínio jurídico como um raciocínio interpretativo e, por consequência, o conceito de direito como um conceito interpretativo (DWORKIN, 2011, p. 401 – 402). Partindo desta perspectiva,

> [...] entende-se que, sendo a teoria da justiça de Rawls caracterizada pelos princípios de justiça e que, sendo esses fortemente marcados pela moral, o positivismo jurídico não seria recepcionado pela teoria da *justice as fairness* claramente por conta de uma de suas teses mais caras, a saber, a *separabilidade entre direito e moral*, através da qual o direito tem que ser

[7] O positivismo exclusivo representa a perspectiva mais conservadora e defende o afastamento completo da esfera do direito e dos critérios da ordem da moral. Nas palavras de Dworkin (2010, p. 266), o positivismo exclusivo "insiste na tradicional tese positivista de que aquilo que o direito exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral". Cf. DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

> definido sem que elementos morais sejam envolvidos. (ROHLING, 2012, p. 120, itálico do original)

Luiz Paulo Rouanet (2007, p. 199) possui um posicionamento distinto para justificar a interação do pensamento de John Rawls com o positivismo jurídico, pois

> Rawls introduz [...] a questão da justiça social, ao mesmo tempo que a combina com um Estado democrático de Direito. Ora, se o positivismo se identifica ao Estado, e a justiça social é compatível com um Estado de Direito, logo o positivismo, em sua versão mais moderada, pode ser compatibilizado com a justiça social!

Para essa tentativa de aproximação do pensamento de Rawls ao positivismo, Luiz Paulo Rouanet parte da análise desenvolvida por Norberto Bobbio, especificamente ao tratar o positivismo jurídico enquanto ideologia[8] do direito. Para Bobbio (1995, p. 230), o positivismo moderado é uma faceta do chamado positivismo ético[9], no qual o valor do direito, que independe de seu conteúdo, não está na validade e na simples obediência absoluta à lei e ao seu comando, mas na realização de um fim ou 'valor instrumental', no caso, o perfazimento da ordem. Em sua opinião e segundo as prováveis objeções trazidas a esta postura, a ordem é resultante de um sistema normativo e é inerente ao direito, mas não é seu fim próprio, uma vez que o fim superior é a ordem justa. Essa relação parece aproximar-se do pensamento de John Rawls, pois ele acredita numa relação de estabilidade (ordem) proveniente do sustentáculo da justiça política.

Bobbio (1995, p. 231), por sua vez, é claro em suas considerações: a justiça é tradicionalmente suscitada pela legalidade, ou seja, pelo respeito e correlação à lei, ligada à

---

[8] Para o pensador Norberto Bobbio (1995, p. 223), é importante ter a clara distinção entre teoria e ideologia, pois, enquanto a teoria é um posicionamento tão somente 'cognoscitivo' assumido pelo indivíduo perante a realidade, almejando instruir aos outros acerca da realidade a partir de um conjunto de juízos de fato, a ideologia é a postura 'avaliativa' do indivíduo perante essa realidade, constituída por um complexo de juízos de valores sobre a mesma, sendo que este conjunto está fundamentado no 'sistema de valores' admitidos pelo indivíduo e tem sob sua essência influência sobre a realidade. Como é bem destacado, em uma teoria pode-se dizer em termos de 'verdadeiro' ou 'falso', por outro lado, enquanto ideologia isso não poderia ser feito, mas tão somente identificá-la como 'conservadora' ou 'progressista' de acordo com a avaliação que é realizada sobre a realidade, seja uma análise positiva, que busca 'conservá-la', ou avaliação negativa, que propõe como influir e mudá-la. Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

[9] Para Norberto Bobbio, o positivismo, além de sua perspectiva teórica que visa a 'pureza' e a visão descritiva do direito, pode ser observado uma expressão ideológica, mesmo a teoria de Austin, que é evidentemente teórica, possui uma ideologia mascarada, assim, ao descrever o direito como um comando definido por um soberano, inevitavelmente, constituí de modo implícito um juízo de valor que dá preferência ao direito como um comando e não como mera 'regra consuetudinária'. Este positivismo ético ou aspecto ideológico do positivismo pode-se manifestar por duas posturas bem definidas: (i) o positivismo extremista, onde o valor trazido é a obediência incondicional à lei, não apenas como obrigação jurídica, mas até mesmo moral; (ii) o positivismo moderado, como resgatado por Luiz Paulo Rouanet. Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223-232.

experiência histórica. O positivismo ideológico parece constituir uma relação de proximidade ao pensamento de Rawls, mas a primazia do seu aspecto ideológico negligencia a sua adoção teórica e procedimental melhor atendida pelo pensamento interpretativista. Logo, este diálogo entre o positivismo jurídico moderado e a teoria de Rawls parece ser uma resposta interessante à indagação incialmente realizada, apesar de não atendê-la por completo, pois a compreensão entre o direito e a moral não possuirá, para o positivismo moderado, a profundidade e a proximidade existentes para a teoria rawlsiana. Vale lembrar que a adoção de uma teoria positivista ou antipositivista tem reflexos substanciais quanto à atuação decisória do juiz diante dos *hard cases*, inclusive quanto aos tipos de argumentos admitidos para a resolução apropriada dos conflitos permitindo-se a introdução do projeto da razão pública rawlsiana.

2.3 A DOUTRINA DA RAZÃO PÚBLICA, A FUNDAMENTAÇÃO E A DECISÃO JUDICIAL

Exploradas as diferentes concepções de direito, uma questão de ordem decisória e mais específica deve ser resgatada e visto como objeto de análise, a saber, a problemática do raciocínio jurídico à solução dos casos difíceis. Como já exposto, o positivismo e o interpretacionismo apresentam respostas distintas para tal indagação e até mesmo com consequências diferenciadas na defesa de uma ou outra abordagem.

O simples positivismo, com especial afinidade ao utilitarismo, defende a atuação dos juízes de forma discricionária, na qual deverão introduzir e inovar no ordenamento jurídico com novas formas de julgamentos, de modo a solucionar as lacunas, com o raciocínio jurídico sustentado pelo argumento de que aquilo seria a provável escolha do legislativo. Como crítica à discricionariedade dos magistrados perante os *hard cases*, defendida na teoria positivista, Dworkin visa demonstrar que não se deve criar o direito, mas buscá-lo segundo os princípios existentes no ordenamento, realizável por meio de uma interpretação construtiva, sendo o direito muito mais que mero conjunto de regras.

O juiz, mesmo adotando o interpretativismo, também inovaria no ordenamento, mas com outras delimitações, como destaca Dworkin (2010, p. 355):

> [...] também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura.

Desta resposta singular, surge a indagação acerca de qual o substrato argumentativo ou quais tipos de princípios podem ser utilizados no exercício interpretativo em busca do *equilíbrio reflexivo*. Parece indubitável que o juiz não poderá se socorrer de seus interesses particulares e nem mesmo de um grupo ou organização aos quais esteja vinculado de alguma maneira, pois esta é uma limitação advinda da própria natureza e obrigatoriedade da justificação. Na mesma categoria estão convicções ou doutrinas religiosas das quais o juiz seja integrante ou compartilhe, ainda que estas se afigurem como a única, verdadeira e mais robusta justificativa para a moralidade política.[10] Além de argumentos religiosos, tantos outros se apresentam como passíveis da apreciação quanto à admissibilidade ou não no exercício interpretativo e decisório do juiz, como pode ser observado nas teorias políticas macroeconômicas, doutrinas filosóficas, morais e de tantas outras estirpes.

Ainda que negligenciada tal problemática pela teoria jurídica, Dworkin (2010, p. 343) recorda que Rawls projetou "uma doutrina (que chamou de 'doutrina da razão pública') sobre que argumentos as autoridades públicas podem usar com propriedade para justificar suas decisões", sendo ela inclusive aplicável aos juízes em sua atividade jurisdicional. Por meio desta doutrina, Dworkin anseia definir as limitações e a natureza de um raciocínio jurídico adequado ao atendimento das novas demandas e, por isso, declara explicitamente que:

> A doutrina de Rawls da razão pública dedica-se justamente a definir os tipos de argumentos que são permissíveis às autoridades públicas em uma comunidade politicamente liberal, e ele insiste que a doutrina se aplica com um rigor especial aos juízes. (DWORKIN, 2010, p. 356)

Na opinião de Dworkin, ainda que o pensamento de Rawls tenha sua contribuição e relevância, existem dificuldades para precisar e mesmo defender a doutrina da razão. Suas dificuldades configuram objeções quanto (a) a ideia de reciprocidade e (b) a distinção entre valores políticos e doutrinas abrangentes. Destes óbices, a doutrina da razão pública resultaria como inadequada ao desenvolvimento de uma concepção de legalidade e de decisão judicial. (DWORKIN, 2010, p. 359).

A primeira objeção fundada na crítica à ideia de reciprocidade aparenta traduzir um indivíduo solipsista, desconexo de toda a estrutura política, social e do contexto constitucional democrático articulado por John Rawls. A reciprocidade implica a admissão apenas e tão

[10] Como destaca Dworkin (2010, p. 356), mesmo em países que tenham uma religião estabelecida, como o Reino Unido e Israel, a religião também parece constituir-se como fundamento inadmissível a definição das decisões judiciais.

somente das “justificações que todos os membros sensatos da comunidade política podem aceitar de modo plausível” (DWORKIN, 2010, p. 356). Porém, para Dworkin, nada parece excluir este critério e assim alega:

> Se acredito que determinada posição moral controversa é **inequivocamente certa** – por exemplo, que os indivíduos devem cuidar de suas próprias vidas e assumir a responsabilidade financeira por quaisquer erros que venham a cometer -, como posso, então, não acreditar que outros membros de minha comunidade podem aceitar a mesma concepção de maneira sensata, seja ou não provável que eles venham a aceitá-la? (DWORKIN, 2010, p. 357, negrito meu).

Para esta indagação, Dworkin intenta uma resposta. Alega que poderia Rawls estar atribuindo outro sentido à reciprocidade, “que os juízes não devem recorrer a ideias que alguns cidadãos sensatos não pudessem aceitar sem abrir mão de algumas de suas convicções” (DWORKIN, 2010, p. 257), mas ainda assim não se saberia quais convicções seriam estas. Todavia, esta objeção demonstra-se sem sentido quando defrontada a filosofia política de John Rawls em sua totalidade, em especial, ao detalhamento realizado por ele a partir da relação concebida entre os conceitos de razão e de justificação pública.

A reciprocidade está dissociada da tutela a ‘verdades inteiras’ ou ao ‘inequivocamente certo’, como presente em doutrinas abrangentes das diversas espécies, pois almeja um embasamento mínimo político frente à pluralidade. Exige-se, de tal maneira, uma cooperação em que as premissas apresentadas possam ser minimamente aceitas pelos demais cidadãos e, consequentemente, o conceito de reciprocidade aproxima-se da alteridade e de entender a existência de concepções diferentes adotadas por cidadãos, livres e iguais, situando-se entre a altruísta imparcialidade e o interesse de benefícios mútuos (RAWLS, 2000, p.59).

O exemplo citado por Dworkin, da “certeza inequívoca”, em que a cautela pela vida e sua responsabilidade é tão somente individual, possui proximidades à adoção de uma política econômica e financeira do *laissez-faire* e se esbarra de forma direta com um projeto de justiça distributiva. O mais significativo deste exemplo é ausência, por completo, dos elementos constitutivos da teoria de John Rawls. A “certeza” alegada releva penas uma razão ou valor secular e não se confunde ao explicitado pelo uso público da razão, pois despreza outras concepções existentes na sociedade e ignoraria, em grau mais elevado e substantivo, circunstâncias alheias à vontade dos indivíduos. Além disso, seriam atribuídas sob o pretexto das responsabilidades individuais, como as desvantagens decorrentes da herança genética, a

ausência de talentos inatos e as avarias ligadas à sorte na vida. O próprio Dworkin, ao examinar a relação entre justiça e equidade, introduz as seguintes premissas:

> Nenhum governo é legítimo a menos que ele ratifique dois princípios dominantes. Primeiro, ele deve demostrar a mesma preocupação com o destino de cada pessoa sobre quem ele afirma seu domínio. Segundo, deve respeitar plenamente a responsabilidade e direito de cada pessoa a decidir por si mesmo como fazer algo valioso de sua vida.
> [...] As pessoas não são responsáveis por muito do que determina o seu lugar na economia. Elas não são responsáveis por sua herança genética e talento inato. Elas não são responsáveis pela boa e má sorte que elas têm em suas vidas. Não há nada no segundo princípio, sobre a responsabilidade pessoal, que teria o governo o direito de adotar tal postura (DWORKIN, 2011, p. 2-3, tradução livre)[11].

Este trecho demonstra que a "inequívoca certeza" utilizada por Dworkin, para ilustrar o debate com Rawls, apenas vem corroborar as exigências da razão pública, uma vez que a certeza poderia ser facilmente abalada pelo cidadão comprometido ao mínimo da atividade interpretativa. Isto posto, a reciprocidade exige mais que o autoconvencimento: exige um envolvimento com o argumento razoável dirigido aos demais cidadãos, caso contrário, estaria restrita à justificação *pro tanto* ou mesmo plena. Apesar disso, não atenderia à justificação pública essencial à adequada solução da questão.

Ainda quanto a esta primeira dificuldade de Dworkin, verifica-se também o descuido pelo autor na utilização do equilíbrio reflexivo e está compreendido em sua acepção restrita. Em outras palavras, embora se encontre harmonizada às convicções gerais, aos princípios fundamentais e aos juízos particulares, via uma concepção de justiça que requer poucas revisões para obter consistência, é notório que ela não leva em conta as diferentes concepções de justiça e nem a força dos argumentos sustentados pelas mesmas, porque se acredita comprovada a obtenção da aceitabilidade interpretativa (RAWLS, 2003, p. 43).

A segunda crítica decorre da objeção já examinada, pois relata o embaraço em distinguir entre valores políticos e convicções morais abrangentes, visto que "a própria concepção de justiça como equidade de Rawls depende criticamente do que parecem ser posições morais controversas" (Dworkin, 2010, p. 357). Para ilustrar este obstáculo, Dworkin utiliza a controvérsia sobre o aborto e as manifestações de Rawls sobre o tema, aduzindo que:

---

[11] No texto original: "No government is legitimate unless it subscribes to two reigning principles. First, it must show equal concern for the fate of every person over whom it claims dominion. Second, it must respect fully the responsibility and right of each person to decide for himself how to make something valuable of his life.[…] . People are not responsible for much of what determines their place in such an economy. They are not responsible for their genetic endowment and innate talent. They are not responsible for the good and bad luck they have throughout their lives. There is nothing in the second principle, about personal responsibility, that would entitle government to adopt such a posture.". Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice For Hedgehogs.** Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 2-3.

> Sua discussão [Rawls] pressupõe que a questão de saber se o feto em fase inicial de concepção tem direitos e interesses próprios, inclusive o direito à vida, é uma questão que remete a uma posição moral, religiosa ou filosófica abrangente, e que não é estabelecida por nenhum valor político de uma comunidade liberal. [...] A concepção de que um feto não tem interesses e direitos próprios provêm de uma posição tão abrangente quanto aquela que afirma o contrário, e não podemos chegar a uma decisão sobre o aborto sem adotar uma dessas duas concepções. (DWORKIN, 2010, p. 358)

Rawls realmente deparou-se com a questão do aborto em sua obra e também é verdade que a questão quanto ao feto ser ou não titular de direitos e interesses é negligenciada pelo autor. Entretanto, alguns argumentos devem ser destacados.

Primeiramente, ao tratar da temática do aborto, Rawls não pretende finalizar o debate e definir o aborto como admissível ou uma certeza inabalável da ausência de titulares de direitos pelos fetos. Ela apenas busca demonstrar que diante de tais impasses, inevitavelmente conexos a premissas e crenças religiosas, morais e filosóficas, o indivíduo não poderá recorrer as "razões de fundamentação apenas das suas concepções abrangentes" (RAWLS, 2004, p. 221), mas observar valores políticos que pareçam sinceramente razoáveis. No caso do aborto e da admissibilidade do direito à mulher de escolher pela interrupção ou não da gravidez, Rawls destaca, ainda que existam outros, três valores políticos considerados relevantes: "o devido respeito pela vida humana, a reprodução ordenada da sociedade política ao longo do tempo, incluindo algum tipo de família e, finalmente, a igualdade das mulheres enquanto cidadãs iguais" (RAWLS, 2000, p. 294). Posteriormente, em seu texto *A ideia de Razão Pública Revista*, ele afirma que talvez tenha errado em deixar dúvidas ao alegar que seriam irrazoáveis e não conseguiriam assegurar um equilíbrio razoável de valores políticos daquelas doutrinas contrárias ao aborto (RAWLS, 2004, p. 221), porém, retifica o posicionamento, diz tratar-se apenas de uma ilustração e complementa:

> [...] nesse tipo de caso, mas apenas nesse tipo de caso, uma doutrina abrangente que nega o direito ao aborto contraria a razão pública. Contudo, se pode satisfazer melhor o proviso da razão pública ampla ou, pelo menos, tão bem como outras concepções, ela se justifica na razão pública. Naturalmente, uma doutrina abrangente pode ser irrazoável em uma ou várias questões sem ser simplesmente irrazoável (RAWLS, 2004, p. 222).

Ele mantém seu posicionamento em prol da admissibilidade do aborto, mas também apresenta uma abertura a favor da apresentação de valores políticos de justiça contrários ao aborto e decorrentes de doutrinas como de ordens religiosas. Ao contrário da objeção dworkiniana, o exemplo apenas vem corroborar a ideia de razão pública, pois demonstra que o equilíbrio reflexivo amplo e pleno utilizado na busca dos argumentos razoáveis é 'ponto

fixo provisório', aberto à apreciação e ajustamento por outros valores políticos. Dworkin tem razão ao afirmar que a admissão do aborto remete à perspectiva denegatória de direitos aos fetos em fase inicial, mas se equivoca totalmente ao indicá-la como mais uma doutrina abrangente e equiparada as de cunho religioso ou não, pois, no caso em análise, Rawls apresenta os argumentos políticos razoáveis e que poderiam ser reciprocamente admitidos para tal conclusão.

Esta objeção ainda desconsidera outros elementos do pensamento de Rawls e que podem responder satisfatoriamente esta dificuldade, dentre os quais estão as características inerentes à concepção política de justiça. Esta qualifica-se por (1) almejar o atendimento da estrutura básica da sociedade democrática, dissociada de qualquer associação ou grupo social específico, (2) não pressupõe a aquiescência em uma doutrina abrangente para sua aceitação, mas deve expressar um caráter razoável e (3) restringe-se a ideias integrantes da cultura política pública (RAWLS, 2004, p. 189).

É importante ainda destacar um fato, talvez motivo das dificuldades e confusões de Ronald Dworkin, a razão pública não exige que os cidadãos renunciem suas convicções fundadas nas doutrinas abrangentes, morais, filosóficas, religiosas ou não, ou partam do 'zero', menosprezando o que julgam ser proposições básicas de seu pensamento moral, mas tão somente um comprometimento com a coerência para a realização do consenso sobreposto (RAWLS, 2000, p. 295). A razão pública inclusiva admite a apresentação das doutrinas abrangentes razoáveis encontradas no meio social pluralista e de cooperação, pois acredita na possibilidade de aproximação da razão pública às 'raízes' dos valores políticos, fortalecendo e promovendo o uso público da razão (RAWLS, 2000, p. 299).

Na compreensão de Dworkin, os argumentos gerais rawlsanianos sugerem uma concepção de direito em que os limites necessários ao argumento judicial encontram-se no interpretacionismo. Além disso, complementa que "se admitirmos uma concepção interpretacionista, não precisaremos de uma doutrina à parte, como aquela da razão pública" (DWORKIN, 2010, p. 359). Porém, pelo exposto acima, talvez Dworkin tenha avaliado de maneira inadequada a razão pública. Ele está correto em defender a eficácia da abordagem interpretativista, como adotada na teoria do Direito como Integridade, mas negligencia quanto ao instrumento da razão pública defendida por Rawls, instrumento este com aplicação específica, isto é, em questões envolvendo elementos essenciais constitucionais e de justiça básica, para obstruir uma liberdade interpretativa que pode converter-se a arbitrariedade mascarada. É importante lembrar que a proposta do uso público da razão de John Rawls pode ser compreendida como um modelo ideal sugerido aos magistrados no processo de

argumentação e justificação das decisões judiciais, especialmente controversas[12], não recorrendo a figuras sobrenaturais e nem exigindo uma atuação equivalente a de um 'semideus', sendo assim um projeto alternativo aos juízes e congruente a suas limitações.

3 CONCLUSÃO

As alterações no pensamento de Rawls está diretamente relacionado a identificação de novos desafios à construção de teoria robusta e compatível às inquietações da contemporaneidade. Sua teoria da justiça revela um novo olhar em favor da adoção de princípios de justiça, racionalmente fundamentados, e mais robusta frente as propostas intuicionista e utilitarista. Sua filosofia política está atenta às características da sociedade moderna, ou seja, caráter fragmentário e plural em meio a ordem democrática.

Por meio da análise dworkiniana, uma nova leitura da filosofia rawlsiana emerge e viabiliza a estruturação uma proposta útil à teorização do fenômeno jurídico. Para Dworkin, ainda que Rawls não seja adepto e não tenha se manifestado expressamente pela defesa de uma perspectiva da teoria do direito em específico, seria possível sua definição. No âmago metodológico, o pensamento rawlsiano não se reduz à perspectiva descritiva do direito e se afastaria do prisma meramente positivista.

Porém, para Dworkin não é o bastante, ele considera que o pensamento de John Rawls, em seu aspecto substancial, permite a identificação de um modelo próximo à abordagem interpretativista, como a exigência de respostas coerentes aos precedentes e ao ordenamento jurídico, ainda que não exista regra ou prática jurídica expressa para a solução de determinado caso. Rawls seria contrário a atuação discricionária, reconhecida no positivismo, quando confrontado com os hard cases.

Todavia, as objeções apresentadas à doutrina da razão pública restaram-se frustradas, pois ignora o rigorismo imposto pela reciprocidade e pelo raciocínio guiado pelo equilíbrio reflexivo, ou seja, as bases à constituição de uma concepção política de justiça.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

[12]Esta leitura é compreendida por Roberto Gargarella, pois o autor argentino reconhece a razão pública como uma recomendação de Rawls aos magistrados, ainda que existam ressalvas a serem observadas.

DWORKIN, Ronald. Rawls e o Direito. In: DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 341 - 374.

_____. **Law's Empire.** Cambridge, Massachusetts London, England: Harvard University Press, 1986.

_____. **Justice For Hedgehogs.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 47, p. 128 a 155, jul/dez 2015. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/602/394>. Acesso em: 10 mar. 2016.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. 2. imp. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. A idéia de Razão Pública Revista. In: _____. **O direito dos Povos.** Trad. Luís Carlos Borges. 1.ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Uma Teoria da Justiça.** Rev. tec. e trad. Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A theory of justice.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **Justiça como Eqüidade:** uma reformulação. Organização: Erin Kelly; Tradução: Claudia Berliner; Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROHLING, Marcos. Dworkin e a interpretação de Rawls como Filósofo do Direito. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 4, n. 2, p. 102-124, 2012. Disponível em <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=252&path%5B%5D=188> Acesso em: 20 mar. 2016.

ROUANET, Luiz Paulo. Positivismo Jurídico versus Justiça Social? In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. **Direito e filosofia:** a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo, p. 191-200, 2007.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Posição Original e Equilíbrio Reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, 32(1): 139-157, 2009. Disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/viewFile/999/900> Acesso em: 20 jan. 2016.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. **Manual de Filosofia do Direito.** Caxias do Sul: Educs, 2008.

VOLPATO DUTRA, Delamar José; ROHLING, Marcos. O Direito em uma Teoria da Justiça de Rawls**. Dissertatio.** Pelotas, n. 34, p. 63 – 89, verão de 2011. Disponível em <http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/34/03.pdf> Acesso em: 10 mar. 2016.