

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

FILOSOFIA DO DIREITO I

LAFAYETTE POZZOLI

LEONEL SEVERO ROCHA

GERSON NEVES PINTO

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Lafayette Pozzoli; Leonel Severo Rocha; Gerson Neves Pinto. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-739-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

A presente publicação, originada no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I, concebida no âmbito do XXVII Congresso do CONPEDI – Porto Alegre, RS, realizado sob o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito, que tem por objetivo problematizar a questão de conceitos e doutrinas do direito. Foram coordenadores do GT os Professores Doutores Leonel Severo Rocha e Gerson Neves Pinto, da Unisinos - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, e Lafayette Pozzoli, do Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília-SP.

Foram apresentados 21 (vinte e um) trabalhos cujas exposições trouxeram uma diversidade e pluralidade de experiências e do conhecimento científico das quais se extrai, no seu conjunto, o "espírito", ou seja, o sentido e a essência da Filosofia do Direito, propiciando uma melhor compreensão do direito e seu processo interpretativo na atualidade.

Neste sentido, o apoio do CONPEDI à publicação de livros digitais, sob a supervisão de professores de Programas diversos, pode apontar para uma oportunidade de revelação de talentos de jovens pesquisadores, com trabalhos inéditos e significativos no contexto da difusão da produção científica. Essencialmente, vale ressaltar, ainda, o trabalho do Professor Orides Mezzaroba, Presidente do CONPEDI, no inter-relacionamento que tem feito com a Coordenação da Área do Direito da CAPES, podendo contribuir significativamente com uma melhora da produção científica para a área jurídica.

A você leitor e pesquisador, um bom uso desse material e que seja proveitoso nas suas investigações jurídicas.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Gerson Neves Pinto – UNISINOS

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli – UNIVEM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

APONTAMENTOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORALIDADE EM RONALD DWORKIN

NOTES ABOUT THE RELATION BETWEEN LAW AND MORALITY IN RONALD DWORKIN

Daniel Ortiz Matos ¹

Resumo

Este artigo se propõe a tecer alguns apontamentos acerca da relação entre direito e moralidade no pensamento de Ronald Dworkin. O texto se subdivide em três partes. A primeira sobre o debate Hart-Dworkin, demonstrando como esta questão já estava presente como um pano fundo. A segunda a respeito do modo como esta relação foi se constituindo ao longo dos escritos dwokinianos. Na terceira e última, é feita uma abordagem a respeito do modo como o jurista compreende a objetividade moral e os seus reflexos para a objetividade jurídica.

Palavras-chave: Direito, Moralidade, Objetividade, Ronald dworkin, Relação

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes to write some notes about the relation between law and morality in the thought of Ronald Dworkin. The text is subdivided into three parts. The first on the Hart-Dworkin debate demonstrating how this issue was already present as a backdrop. The second about the way in which this relationship went developing throughout the Dworkin's writings. In the third and last, is made an approach to the way in which the jurist understands the moral objectivity and its reflexes for the legal objectivity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Morality, Objectivity, Ronald dworkin, Relation

¹ Mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, visiting scholar na McGeorge Law School (2017). Bolsista Capes Proex.

1. Introdução

As reflexões acerca da relação entre direito e moralidade certamente estão entre as principais ao longo da história do pensamento jurídico ocidental. Atravessando gerações e teóricos de variadas vertentes, ainda hoje o tema se reveste de importância singular, não apenas como uma demanda intelectual, mas, sobretudo, pelas exigências éticas contemporâneas.

A relevância do tema é perceptível, por exemplo, no lugar que ele ocupa na obra do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, desde o artigo *Judicial Discretion* (1963) - em que argumentava que os casos difíceis poderiam resultar de uma interpretação jurídica “clara”, mas extremamente injusta - até o *Justiça para Ouriços (Justice for Hedgehogs)* (2013) - que representa a consolidação do seu empreendimento teórico - em que sustenta ser o direito um ramo da moralidade política. Não obstante a centralidade desta discussão para Dworkin, por vezes, ela passa despercebida nos reducionismos acadêmicos que o apresentam como o “teórico dos princípios”, circunscritos a abordagem por ele desenvolvida no *Modelo de Regras I*, que compõe a sua obra *Levando os direitos a sério (Taking rights seriously)*.

Diante deste cenário, propõe-se neste breve ensaio desvelar, em linhas gerais, como a relação entre direito e moralidade foi sendo compreendida no projeto dworkiniano. Para tanto, o opúsculo se subdivide em três partes. Na primeira será feita um retorno ao célebre debate Hart-Dworkin a fim de mostrar como a questão da moralidade já estava presente como pano de fundo. Na segunda buscar-se-á demonstrar a “evolução” da tese da relação dentro do pensamento dworkiniano. Na terceira e última, o enfoque será o problema da objetividade moral e a sua repercussão para o fenômeno jurídico.

Espera-se ao final, que estas linhas contribuam para aprofundamentos outros, que tangenciem tanto o nosso labor teórico como a cotidianidades de nossas práticas a respeito da relação entre direito e moralidade.

2. O debate Hart-Dworkin e o papel da moralidade: o desvelar de um pano de fundo

Um dos principais debates teóricos do mundo jurídico contemporâneo foi protagonizado por H.L.A Hart e Ronald Dworkin. Alguns, como Nikos Stavropoulos¹, até sustentam que não houve um debate real entre eles, como aconteceu entre Hart e Lon Fuller, por exemplo. Ele argumenta que inexisteu um confronto direto de ideias, com textos de réplicas e tréplicas entre ambos, mas, de fato, um debate em sentido amplo entre Dworkin e vários juristas mais alinhados a teoria jurídica hartiana.

Apesar do artigo crítico *O modelo de regras (The model of rules)* escrito por Dworkin em 1967 ser considerado um dos principais neste cenário outro, mais antigo, já renunciava o que havia de vir, e o papel da moralidade como pano de fundo do debate. Em *Discrecionabilidade Judicial (Judicial Discretion)* de 1963, apresentado num simpósio de filosofia do Direito, o jusfilósofo propunha que os casos difíceis não estariam limitados as controvérsias linguísticas sobre a melhor interpretação de determinados termos. Para além da zona de penumbra, haveria os casos em que a lei ou precedente seriam absolutamente claros, mas que a sua aplicação resultava numa realidade injusta, ou ao menos controversa.

Diante deste cenário, Dworkin já identificava que o juiz não teria discrecionabilidade decisória, mas que, diferentemente, decidia a luz de outros padrões (*standards*): os princípios (*principles*) e as diretrizes políticas (*policies*). Tal constatação foi a condição de possibilidade para ele perceber que o direito seria uma prática distinta do modelo dos jogos utilizado por Hart, como o xadrez, por exemplo. Consequentemente, ali já se anunciava um repensar da tese da separação entre direito e moralidade. Ali ele já pontuava que:

A discussão caminha sobre a famosa controvérsia (ou controvérsias) acerca da relação do direito com a moral. Em algumas ocasiões, em certos tipos de casos, princípios morais aceitos como padrões dentro da comunidade representarão boas razões para a decisão legal, assim como, em outras ocasiões, em outros tipos de casos, serão padrões estabelecidos de outro modo. Neste sentido, tais princípios serão parte do sistema legal, se isto é útil para falar do direito como um sistema em absoluto (at all), e a afirmação plana que direito e moral são sistemas separados é enganosa².

¹ STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. In: **Harvard Law Review**. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/06/2082-2095_Stavropoulos_Online.pdf Acesso em: 05/09/2018.

² Livre tradução: This discussion treads on the famous controversy (or controversies) about the relation of law and morals. On some occasions, in some kinds of cases, moral principles accepted as standards within the community will figure as good reasons for a legal decision, just as, on other occasions, in other kinds

Nesta altura H.L.A Hart já havia se pronunciado sobre esta questão no artigo *Positivism and the Separation of Law and Morals* (Positivismo e a separação entre Direito e Moralidade) de 1958. Neste escrito ele procurou combater duas ideias básicas: 1) que haveria uma interseção entre direito e moralidade; e 2) que haveria uma fusão entre aquilo que o direito é e aquilo que ele deveria ser, distinção reconhecidamente creditada a Bentham e Austin. Hart entendia que: “a principal razão para essa insistência dos dois pensadores era fazer com que os homens pudessem ver consistentemente as questões exatas decorrentes da existência de leis más, e entender o caráter específico da autoridade de um comando legal³”. Cumpre notar que ambos eram teóricos utilitaristas e estavam envolvidos em reformas sociais, ou seja, não eram pensadores abstratos. Assim, almejavam que as pessoas compreendessem que as leis claras, ainda que moralmente ultrajantes, ainda seriam leis. Deste modo, inexistindo contradição com alguma cláusula constitucional ou legal, a mera desaprovação moral de uma regra não desqualificaria seu status jurídico; da mesma sorte que uma regra moral não se tornaria jurídica apenas por ser socialmente desejável. Nesta linha de raciocínio, inexistindo a fusão entre o ser e o dever ser do direito, não haveria também qualquer interseção deste com a moralidade, no que tange a sua identificação.

Hart ainda enfrenta três objeções levantadas contra esta tese, afirmando que: 1) seria possível ser um positivista aceitando a separação entre direito e moralidade, mas sem necessariamente ter que endossar toda a teoria jurídica proposta pelos utilitaristas; 2) apesar de nos casos difíceis os juízes muitas vezes desenvolverem um raciocínio moral, este é apenas uma possibilidade, e não uma necessidade, ou mesmo o modo (correto) como eles deveriam decidir; 3) o positivismo não poderia ser acusado como uma forma de pensamento que resulta ou contribui para a manutenção de regimes tirânicos como o Nazismo, pois se justificaria moralmente a desobediência de leis flagrantemente injustas, o fato destas não perderem o status jurídico por preencherem certos requisitos não implicaria numa obediência cega a estes preceitos. Ademais, para Hart a manutenção desta distinção seria importante pois expõe o processo judicial de modo menos misterioso e por que a ênfase utilitarista, por estar centrada na existência de um núcleo estável do

of cases, will standards otherwise established. In this sense, such principles are part of the legal system, if it is helpful to talk about law as a system at all, and the flat statement that law and morals are separate systems is misleading. DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion in: **The Journal of Philosophy**, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting (Oct. 10, 1963), p.635.

³ HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.57

direito, nos permitiria delinear os limites do sistema jurídico e conseqüentemente seus os casos fronteira⁴. Isto é, traria maior clareza epistêmica.

Diferentemente do que pode parecer num primeiro momento, Hart entendia que a tese da separação, desenvolvida pelos utilitaristas, tinha tanto um valor intelectual como também moral⁵. Advertia também que não se poderia tratar o direito como se ele fosse moralmente neutro⁶. Pois, distinguindo, as leis em si e o direito enquanto um sistema, Hart concordava com Austin de que os sistemas jurídicos desenvolvidos continham noções fundamentais que seriam necessárias e que estariam “fundadas na natureza comum dos homens”. Nesta linha de raciocínio ele reconhece que estas necessidades seriam sobrepostas aos princípios morais mais básicos⁷. Contudo, nos parece que para Hart o filósofo do direito ao descrever o ponto de vista interno percebe o fenômeno jurídico a partir dele próprio, e não dos vínculos externos que este possui com outros sistemas normativos. Por isso, nesta condição, sua tarefa analítica pressupõe a separação a fim de que seja alcançada a natureza singular do direito.

Percebe-se assim que desde os escritos anteriores ao *Conceito de Direito* e ao artigo *Modelo de Regras* ambos, Hart e Dworkin, já haviam tomado rumos distintos acerca da relação entre direito e moralidade. Hart, assumiu o posicionamento iniciado pelos utilitaristas, Bentham e Austin, e que virou uma das teses basilares do Positivismo Jurídico desde então. Diferentemente, Dworkin, desde o início já mostrava algum inconformismo com esta perspectiva. Como será demonstrado na parte seguinte, no decorrer de sua obra isto foi se mostrando de modo mais claro e robusto, redundando ao final numa tese absolutamente oposta, a da conexão necessária, em que o direito se torna um ramo da moralidade política.

Nesse sentido, entende-se que leitura de Stavropoulos a respeito do debate é precisa ao afirmar que a questão central era “acerca da função da moralidade na explanação do direito”⁸. Partindo deste insight todas as controvérsias teóricas que compõem a discussão passam a ser compreendidas com maior profundidade, ao invés de

⁴ Ver. HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.77

⁵ Ver. Ibidem. p.85.

⁶ Ver. Ibidem. p.88.

⁷ Ver. Ibidem.p.87.

⁸ Livre tradução: (...) *the question about the role of morality in the explanation of law. For Dworkin, the law is, in its nature, a moral phenomenon*. STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. In: **Harvard Law Review**. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/06/2082-2095_Stavropoulos_Online.pdf Acesso em: 05/09/2018. p.2086.

serem exploradas de um modo mais superficial, como não raramente se observa. Como exemplo, tem-se a discussão dos princípios jurídicos, tão enfatizada pelo jurista norte-americano em seus textos iniciais, mas quase inexistente em sua fase mais construtiva, a partir do Império do Direito. Teriam sido os princípios apenas artifícios retóricos? Notadamente, não. Ao articulá-los Dworkin não estava apenas demonstrando como os tribunais decidiam os *hard cases*, nem apresentando um padrão normativo supostamente esquecido pelos positivistas, por intermédio deles ele já estava percebendo a inexorabilidade do raciocínio moral no direito, e conseqüentemente, a vinculação necessária entre direito e moralidade⁹.

Neste novo cenário, o modo como os positivistas explicavam as decisões judiciais, tudo-ou-nada na aplicação de regras claras e discricionabilidade na zona de penumbra, tornou-se inadequada. Assim, discorrendo sobre perspectiva dworkiniana, Stavropoulos, pontua que: “interpretações legais, nesta abordagem, dão forma a operação deste mecanismo moral: existem explicações morais que provêm dos fatos institucionais e sociais para os direitos e deveres legais¹⁰”. O interpretativismo de Dworkin, portanto, expõe o modo como o raciocínio jurídico/moral se realiza.

Todo o refinamento argumentativo do debate, presente, em especial, em várias obras de Dworkin, tinha como pano de fundo o papel da moralidade na explicação e aplicação do direito. O que, como foi observado, de início era uma suspeita quanto a (in)correção da tese da separação entre direito e moralidade, tornou-se, ao final, na defesa da relação necessária. Ao passo que do lado positivista a tese contrária se assentou de modo peremptório com os exclusivistas ou mais flexível com os inclusivistas¹¹.

⁹ Para maiores aprofundamentos a respeito desta leitura recomenda-se a leitura do artigo Hart e Dworkin em debate: os princípios como janelas para um “outro” direito in: **A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral**. Douglas João Orben; Everton Maciel; Jaderson Borges Lessa; Leandro Cordioli (Orgs.) Porto Alegre- RS: Editora Fi, 2017.

¹⁰ Livre tradução: Legal interpretations, on this approach, model the operation of this moral mechanism: they are moral explanations that run from institutional and other social facts to legal rights and duties. STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. In: **Harvard Law Review**. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/06/2082-2095_Stavropoulos_Online.pdf Acesso em: 05/09/2018. p. 2090.

¹¹ Ambas as vertentes assumem a tese da separação (conceitual) entre direito e moralidade. Para o Positivismo Jurídico Exclusivo ou Excludente, partindo da tese das fontes sociais o direito é identificado apenas por critérios factuais, sendo excluído deste processo qualquer apreciação moral ou de qualquer outro sistema normativo. Já para o Positivismo Jurídico Inclusivo, o direito não estaria necessariamente vinculado com a moralidade, todavia, isto poderia acontecer de modo contingencial, quando, concretamente os ordenamentos jurídicos a incorporassem enquanto critério de validade.

3. Dworkin e o direito como um ramo da moralidade política: um percurso

Conforme apontado na parte anterior, Dworkin desde os seus primeiros escritos já manifestava certa contrariedade com a tese da separação entre direito e moralidade. Tal percepção foi se aguçando no decorrer de sua trajetória acadêmica, até conceber de modo mais explícito o direito como um ramo da moralidade política. Ou seja, no dizer de Stavropoulos: “para Dworkin, o direito é, por natureza, um fenômeno moral¹²”.

Em *Levando os Direitos a Sério* é perceptível o reconhecimento de uma intersecção entre os dois domínios normativos. Ao falar se a obrigação jurídica se constitui em alguma medida numa obrigação moral, Dworkin enfatiza que para o positivismo a resposta seria negativa. Pois, desde o modelo mais simples de Austin até o mais complexo de Hart, o conceito de obrigação jurídica estaria completamente enquadrado no de regra jurídica. Todavia, considerando os princípios (jurídicos) como parte do direito, como ele defende, a afirmação de que uma obrigação jurídica existe significaria que “as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela¹³”. Portanto, os testes factuais de identificação do direito - em especial, a regra de reconhecimento - não seriam suficientes, havendo também uma espécie de apreciação moral nesta tarefa. Porém, como ele próprio assumirá posteriormente, neste momento esta intersecção se dava entre sistemas distintos e não por uma imbricação de ambos.

Na introdução da obra *Justiça de Toga*, Dworkin aborda este tema de modo ainda mais específico, na busca de responder a seguinte indagação: “Como as convicções morais de um juiz devem influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito¹⁴”? Para responder este questionamento ele faz uso do que denomina de conceito doutrinário de direito¹⁵, que se refere aquilo que é considerado como jurídico numa determinada comunidade. Ademais, para ele este também seria interpretativo, exigiria dos participantes uma reflexão a respeito da prática. Mais adiante o jurista recoloca a questão

¹² Livre Tradução: *For Dworkin, the law is, in its nature, a moral phenomenon*. STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. In: **Harvard Law Review**. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/06/2082-2095_Stavropoulos_Online.pdf Acesso em: 05/09/2018. p.2086

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martin Fontes, 2002. p.71.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. São Paulo, Martin Fontes, 2010. p.3.

¹⁵ Dworkin distingue o conceito doutrinário de direito do sociológico, que se refere a um tipo específico de estrutura socioinstitucional; do taxonômico, que procura distinguir as diferentes regras sociais; e do aspiracional, que se refere ao ideal de legalidade e Estado de Direito compartilhado.

de modo mais formal, porém evidenciando claramente a ideia da existência de dois sistemas distintos e que podem se relacionar. Assim, declara que: “É importante decidir se os critérios morais se encontram em alguma ocasião – e, se assim for, quando – entre as condições de veracidade das proposições de direito: as proposições que devem vigorar para que tal proposição seja verdadeira¹⁶”.

Respondendo esta indagação Dworkin apresenta níveis diferentes, apesar de inter-relacionados, em que a relação entre direito e moralidade pode ser observada. No âmbito teórico enquanto a demonstração do(s) valor(es) que sustenta(m) a prática jurídica e no âmbito das decisões judiciais em que juízes seriam instados a fazer justiça a partir desta interpretação valorativa. Isto é, fazer a justiça de toga. Por fim, o jurista já apresenta ali sua alternativa teórica, que será devidamente aprofundada em *Justiça para Ouriços*, a concepção tradicional ao sugerir que:

Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política dessa forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais¹⁷.

Em *Justiça para Ouriços*, Dworkin primeiro descreve o quadro ortodoxo sobre o tema e expõe a sua posição, que se tornou a derradeira. Neste marco o direito e a moral descrevem conjuntos normativos diferentes. O direito faria referência a uma certa comunidade e seria formado por regras contingentes criadas por seus membros. Noutro passo, a moral teria uma abrangência irrestrita, não tendo um autor ou autores determinados, e sua aplicação seria necessária. Diante deste cenário o jurista apresenta duas teorias jurídicas antagônicas que explicariam qual seria a influência da moral, se existente, para a determinação do direito. Uma mais próxima desta leitura e a outra contrária. Deste modo, descreve que:

O positivismo declara a independência completa dos dois sistemas. Aquilo que a lei é depende apenas de questões históricas de facto, depende daquilo que a comunidade em causa, como questão de costume e prática, aceita como lei. Se uma lei injusta passar o teste de lei aceite pela comunidade - se tiver sido adotada por uma legislatura e todos os juízes concordarem que a legislatura é o legislador supremo - torna-se realmente lei. O interpretativismo, por outro lado, nega que o direito e a moral sejam sistemas totalmente independentes. Afirma que o direito inclui não só as regras específicas promulgadas em conformidade com as práticas aceites da comunidade, mas também os princípios que fornecem a melhor justificação moral para estas regras

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. São Paulo, Martin Fontes, 2010. p.5.

¹⁷ *Ibidem*. p.53.

promulgadas. O direito, portanto, inclui também as regras que decorrem desses princípios justificativos, mesmo que estas regras nunca tenham sido promulgadas¹⁸.

O próprio Dworkin, mesmo sendo a principal referência do interpretativismo, reconhece que inicialmente o pensava a partir do quadro ortodoxo de modo que a questão fundamental seria apenas compreender como os sistemas interagem entre si¹⁹. Todavia, mesmo reconhecendo há tempos os problemas deste quadro, foi somente na elaboração desta obra que ele sedimentou sua perspectiva a respeito desta relação, qual seja: o direito como um ramo da moralidade política. Um modo de defender a tese da conexão necessária.

Para ele, operar dentro da perspectiva “ortodoxa” seria encobrir que “não há uma perspectiva neutral a partir da qual as relações entre estes dois sistemas, supostamente separados, possam ser determinadas²⁰”. A interpretação destas relações seria fruto de uma teoria, que por sua vez, é moralmente fundada, ou tem implicações morais. Dworkin acentua que os positivistas do séc. XIX redirecionaram esta aporia tornando-a um problema (meramente) conceitual, ou seja, nem legal e tampouco moral. Em sentido diverso, ele sustenta que o direito se caracterizaria por ser um conceito interpretativo, o que demanda uma teoria controversa da moralidade política. Dito de outro modo, não seria um conceito baseado em critérios, como a geometria, ou de bases naturais, com o de ser mamífero. Para ele inexisteriam balizas factualmente objetivas para tal empreitada no direito. Como será demonstrado na parte posterior, o jurista reconhece que existe objetividade no direito, mas ela será interpretativa.

Assim, sustenta um quadro de um sistema integrado em que o direito se torna uma parte da moral política, que se diferencia, sobretudo, pelo fenômeno da institucionalização. Nesse contexto, os direitos legais, que seriam também políticos/morais, seriam aqueles que depois de institucionalmente reconhecidos tornam-se imediatamente aplicáveis, quando necessário, por intermédio de tribunais, ou seja, coercitivamente. Além destes, existiriam os direitos legislativos, que apesar de serem pretensões legítimas, tanto do âmbito moral quanto político, estariam, ou deveriam estar, fora do espectro de decisão do poder judiciário. Por isso ele afirma que “nem todos os

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p.410-411.

¹⁹ Ver *ibidem*, p. 411.

²⁰ *idem*.

direitos declarados por uma constituição são legais²¹”. A filosofia política deveria estudar os direitos legislativos enquanto a teoria jurídica os direitos legais.

Em síntese, pode-se descrever a estrutura ramificada que Dworkin apresenta da seguinte forma. O domínio da ética seria o individual, estaria relacionado com a responsabilidade de viver a própria vida do melhor modo possível a partir dos valores que cada um assume para si, como viver bem. A moral está conectada com a ética, mas expande sua atuação para as implicações intersubjetivas, como tratar as pessoas. Passa-se do eu para o nós. Dentro da moral está também a esfera política, a respeito de como vamos regular o poder e conviver enquanto uma comunidade política. Inserido na moralidade política está o direito²², que é composto de direitos legais e legislativos, que se distinguem institucionalmente quanto ao espaço de reivindicação e deliberação. Cada dimensão normativa estaria inter-relacionada com as demais, porém, como ramos de uma árvore, vão se expandindo e assumindo espaços próprios, mas sem desligar-se do todo. Portanto, o esquema que Dworkin propõe poderia ser assim enunciado:

ÉTICA-MORAL-MORALIDADE POLÍTICA- DIREITO

Todavia, esta concepção integrada ainda manteria a clássica distinção entre o que o direito é e aquilo que ele deve(ria) ser. Para explicar isto Dworkin recorre a ideia de uma história institucional que vai estabelecendo certos princípios estruturantes que devem ser respeitados a cada nova interpretação da prática jurídica. Como consequência, mudanças podem acontecer desde que se demonstre ser a melhor leitura do direito existente. Ou seja, ainda que existam aspirações de como o direito deva ser estas precisam ser interpretativamente filtradas pelo direito que é, sob pena de subverterem princípios básicos que estruturam o direito de uma certa comunidade.

Para Dworkin a substituição do quadro “ortodoxo” pelo modelo integrado tem reflexos no modo como se pensa e faz o Direito. Como exemplo ele apresenta o enigma da lei má, que teve certa proeminência nos debates acadêmicos estadunidenses. Este

²¹ ibdem, p.421.

²² Por fazer parte da moralidade política os princípios que instituem o direito devem ser moralmente interpretados. Dworkin afirma que: (...) quando rejeitamos o modelo dos dois sistemas e vemos a lei como uma parte distinta da moral política, temos de tratar os princípios estruturantes especiais que separam a lei do resto da moral política como princípios políticos que necessitam de uma leitura moral. *Justiça para Ouriços*. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 422.

consiste no dilema moral que juizes enfrentavam ao aplicar a lei do escravo fugitivo. Em virtude desta lei os estados que haviam abolido a escravidão eram obrigados a devolver os escravos fugitivos aos estados que ainda a mantinham. Diante deste cenário os juizes concluíam que deveriam: 1) aplicar a lei mesmo reconhecendo-a como injusta; 2) pedir demissão, sendo que um outro a aplicaria; 3) mentir sobre o conteúdo da lei. Todavia, Dworkin adverte que tais alternativas pressupõem uma separação entre direito e moralidade. Diferentemente, antes de analisar se esta lei poderia ou não ser considerada uma lei, ele pensa na questão moral subjacente. Ou seja, apesar de existirem direitos que sustentam a pretensão dos proprietários de escravos, estes não prosperariam ante a um argumento jurídico/moral mais forte relacionado aos direitos humanos. A partir disso poder-se-ia afirmar que 1) a lei era válida, mas demasiadamente injusta para ser aplicada; ou 2) a lei era demasiadamente injusta para ser reconhecida como uma lei válida. O jurista entende que a primeira descrição seria mais adequada ao enigma do escravo fugitivo e a segunda às leis nazistas, pois estas não estariam baseadas em princípios estruturantes de equidade. Dessa forma, o governo nazista e, conseqüentemente, seu poder legiferante seriam ilegítimos.

Observa-se, portanto, que Dworkin iniciou suas reflexões jurídicas já com um certo inconformismo em relação a tese da separação entre direito e moralidade, mas ainda operando num quadro “ortodoxo” dos dois sistemas. No decorrer de sua trajetória acadêmica, principalmente, na obra *Justiça para Ouriços* esta abordagem foi alterada, passando a trabalhar dentro de um quadro integrado em que o direito se torna um ramo da moralidade política.

3) Da objetividade moral à objetividade jurídica: reflexos de uma teoria integrada

O Juspositivismo assumiu a tese da separação entre direito e moralidade, ainda que apenas circunscrita ao campo conceitual. Como resultado, o positivista não precisaria preocupar-se com as discussões acerca da objetividade moral, uma vez que as suas conclusões neste domínio não teriam reflexos para o direito. Dessa forma, alguns assumem posturas não-cognitivistas em relação a moralidade, como aparentemente sustenta Hart, ou cognitivistas, como Bentham e Austin. Contudo, tais posicionamentos metaéticos em nada influiriam no direito, entendido como um sistema autônomo.

Em sentido oposto, Dworkin, por pensar num sistema integrado, reconhece importância singular a questão da objetividade no âmbito da moral e, conseqüentemente,

no direito, daí a possibilidade de respostas certas e não somente diferentes. Antes mesmo de expor isso em *Justiça para Ouriços* o jurista já havia feito uma defesa explícita deste raciocínio em textos como *Objetividade e Verdade: melhor você acreditar (Objectivity and Truth: You'd Better Believe it)* (1996). Neste ele enfrenta várias objeções do ceticismo, que negam a existência de objetividade no domínio do valor, em que estão a moralidade, as artes e o direito.

Um dos principais argumentos que ele procura refutar é o que afirma ser possível uma perspectiva “arquimediana” para o âmbito do valor. Ou seja, que seria possível fora de qualquer sistema de crenças substantivas/valorativas julgar ou avaliar práticas e/ou proposições inseridas neste contexto. Dworkin entende que “não podemos ser céticos, mesmo sobre os valores, até as últimas consequências²³” e que todo argumento inteligível neste domínio será sempre interno ao mesmo. Ou seja, não haveria espaço “neutro”, sempre haveria algum valor de base, ainda que não articulado, que sustentaria o argumento, e que esse, por sua vez, deve(ria) ser avaliado a partir dos critérios da própria prática a qual se refere. Nesse sentido ele afirma que:

“(…) a tese de que não existe resposta certa sobre se o aborto é um mal é ela própria uma afirmação moral substantiva, a qual deve ser julgada e avaliada da mesma forma como qualquer outra asserção moral substantiva; a tese de que não há resposta certa para a pergunta sobre como um artigo da Constituição deve ser compreendido é uma afirmação jurídica que deve, novamente, ser julgada ou avaliada como outras afirmações jurídicas; a afirmação de que é indeterminado se Picasso ou Braque foi o artista mais criativo é uma afirmação artística ou estética, e assim por diante²⁴”

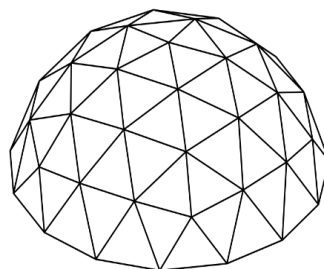
Dworkin reconhece que as proposições valorativas podem ser objetivas. No entanto, buscando preservar o princípio Hume²⁵, ele entende que a objetividade estaria circunscrita a uma cadeia argumentativa da mesma espécie, isto é, com argumentos também valorativos que se sustentam reciprocamente. Para ele muitos dos conceitos que

²³ DWORKIN, Ronald. *Objetividade e Verdade: melhor você acreditar*. Tradução: Roberto Freitas Filho e Na Cláudia Lago Costa in: *Universitas Jus*, vol.24, n.3, p1-31, 2013. p.2.

²⁴ *idem*.

²⁵ Para Dworkin o valor teria que subscrito pelo valor, não por um fato da razão (pura) ou numa produção por algo que está dado no mundo. Princípio Hume: “nenhuma quantidade de saber empírico sobre o estado do mundo – nenhuma revelação sobre o curso da história ou sobre a natureza da matéria ou a verdade sobre a natureza humana – pode estabelecer qualquer conclusão sobre o que devia ser sem uma premissa adicional sobre o que deveria ser” DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p.29. Dessa forma, noutro lugar afirma que: “A amabilidade e a honestidade não podem *apenas* ter um conflito ou outro, pois as afirmações morais não podem ser simplesmente verdadeiras. Repito: não existem partículas morais que determinem o que são estas virtudes. Do mesmo modo, os conceitos morais são (com já comecei a denominá-los) conceitos interpretativos: o seu uso correto é uma questão de interpretação, e as pessoas que o usam discordam sobre qual é a melhor interpretação. Muitas pessoas acreditam que seria um ato de amabilidade dizer a verdade ao colega. Ou que, nestas circunstâncias, não seria desonesto mentir-lhe. Não estão a cometer um erro linguístico”. *ibidem*, p. 128.

partilhamos são interpretativos – tais como moralidade, direito, política, etc. – e por isso sugere uma teoria geral da interpretação baseada no valor. Nesta os intérpretes têm responsabilidades críticas e a melhor interpretação, seja de um poema, de uma lei ou de uma época seria aquela que melhor assumisse esta responsabilidade numa determinada ocasião. A melhor interpretação apresentaria ou assumiria melhor o valor de interpretar aquela realidade, ou seja, revelaria o seu valor conforme esta luz. Logo, o que confere objetividade é a interpretação. Há aqui uma circularidade, pois assim como “a moralidade é moral, a interpretação é interpretativa²⁶”. O que garante, portanto, o caráter objetivo as proposições no campo do valor, é a coerência na cadeia argumentativa e a integridade em relação ao valor ou aos valores que a sustém, não numa lógica fundacionalista²⁷, mas numa harmônica estrutura de rede, como na figura abaixo.



Assim, o jurista declara “que a moralidade política depende da interpretação e que a interpretação, depende do valor²⁸” e que neste âmbito a integração é uma condição necessária da verdade²⁹. Por sua vez, o direito como um ramo da moralidade política, não obstante suas especificidades, sobretudo, no que tange a institucionalização, continua

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 139.

²⁷ Em síntese, o fundacionalismo pode ser entendido como um modelo de justificação epistêmica que defende a existência de crenças básicas que estruturam todo o conhecimento, como os fundamentos de um edifício. Na sua versão mais forte ou radical estas crenças fundamentais possuem um caráter dogmático, são auto-evidentes, infalíveis e irrevogáveis. Diferentemente, a proposta teórica de Dworkin do “Direito como Integridade” é desenvolvida a partir dos aportes coerentismo, em que o conhecimento se encontra justificado dentro de um sistema coerente de crenças. Nesse sentido, Juan Manuel Bermejo afirma que o jurista norte-americano: atribuye al concepto de integridad a dos acepciones y sentidos complementarios. El primero es un sentido genérico e incluso ordinario del término, porque relaciona al concepto de integridad con una idea de “totalidad”; el segundo es un sentido particular y relativo a la moral y al derecho, y identifica la integridad moral con la coherencia. El segundo sentido, como veremos, presupone el primero porque la idea de coherencia remite a la idea de totalidad de los principios morales y ésta, finalmente a las ideas de orden y sistema. DWORKIN vincula así la idea de integridad con una idea de coherencia o con un entendimiento “coherentista” del sistema jurídico. BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.135.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 19.

²⁹ *ibidem*, p.17.

partilhando destas mesmas características. Aliás, o próprio Dworkin cunhou sua teoria jurídica interpretativista de Direito como Integridade (*Law as Integrity*). Nesta, a *integrity* seria uma virtude política, que exigiria o compromisso com outros ideais, tais como equanimidade (*fairness*), justiça (*justice*) e o devido processo legal (*due legal process*), e está ligada a ideia de comunidade (de princípios). A integridade seria manifesta em dois princípios: um legislativo, que requer uma ação dos legisladores no sentido de tornar o conjunto de leis moralmente coerente; e um jurisdicional, que demanda que a lei seja vista como coerente nesta direção³⁰.

O Direito como integridade, apresenta-se como uma terceira via, alternativa ao convencionalismo e ao pragmatismo, pois nela as afirmações\proposições jurídicas possuem tanto elementos do passado (*perspectiva convencionalista*) com também do futuro (*perspectiva pragmatista*). A veracidade depende “dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade³¹”.

Ademais, Dworkin reconhece que “pessoas moralmente responsáveis podem não aceder à verdade, mas procuram-na³²”. E por ser a moralidade um exercício interpretativo, a epistemologia desta busca também o é. Por isso, a responsabilidade relaciona-se com a verdade dos juízos morais, que “são interpretações de conceitos morais básicos, e testamos estas interpretações colocando-as numa moldura mais extensa do valor para ver se se ajustam e se são sustentadas por aquilo que consideramos serem as melhores concepções de outros conceitos³³”. Assim, ele afirma que “o ponto sensível da responsabilidade é a integridade e que a epistemologia de uma moralidade responsável é interpretativa³⁴”.

De forma espelhada, o direito exigirá dos seus participantes, em dimensões distintas em relação as posições que ocupam (juiz, legislador, professor, cidadão), responsabilidade política. Por isso, Dworkin adverte, com certo sarcasmo, (...) um juiz que mande alguém para a cadeia, baseado numa interpretação da lei que ele não acredita ser melhor, mas apenas diferente, do que interpretação rivais, deve ser preso³⁵. Falando a partir do contexto estadunidense o jurista apresenta o seguinte imperativo:

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213.

³¹ *ibidem*, p.272.

³² DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 121.

³³ *ibidem*. p.24.

³⁴ *ibidem*. p.109.

³⁵ *ibidem*. p.158.

Fazer o melhor possível, dentro dos limites da interpretação, para tornar a lei fundamental americana/constituição, aquilo que o nosso sentido de justiça aprovaria, não por que as vezes tenhamos de comprometer a lei como a moral, mas é por que é o que a própria lei, convenientemente compreendida, requer³⁶.

Dworkin é um cognitivista moral, acredita que há objetividade em juízos morais. Sendo o direito um ramo da moralidade política, as proposições jurídicas também terão esta qualidade, e por isso, afirma(va) desde seus primeiros escritos a existência de respostas corretas. Além disso, esta integração impõe àqueles envolvidos com a prática jurídica uma responsabilidade que se dá enquanto uma tarefa interpretativa de pensar coerentemente o direito a partir dos valores que o estruturam. Por isso para ele “os juristas e os juízes trabalham como filósofos políticos de um Estado democrático³⁷”.

4) Consideração Finais

Como foi demonstrado neste artigo, a perspectiva de Dworkin acerca da relação entre direito e moralidade foi se consolidando ao longo de seus escritos. O célebre debate com H.L.A Hart, sobretudo, com os teóricos mais afinados com o professor de Oxford, já tinha como pano de fundo esta questão. Enquanto Hart havia assumido a tese da separação conceitual na linha de Austin, Dworkin já pressupunha que havia uma conexão.

Esta relação foi num primeiro momento pensada como uma interação entre dois sistemas distintos, e depois, como uma vinculação necessária em que o direito se torna um segmento, um ramo da moralidade política, que é um ramo da moral, que, por sua vez, o é da Ética. Esta teoria integrada baseia-se na pressuposição da unidade do valor, é ele que unifica, por intermédio de um processo interpretativo, as proposições e os juízos valorativos. Por esta razão ele é um ouriço, ele sabe apenas uma coisa, mais de fundamental importância, que os valores se harmonizam numa totalidade em que se apoiam reciprocamente. Dependem um do outro, não são fragmentados, como a cúpula geodésica outrora apresentada. Diferentemente, são as raposas que sabem muitas coisas, mas desconexas, sem um sentido narrativo maior que lhes dê unidade.

Estando o direito vinculado com a moralidade (política) a questão da objetividade moral tem reflexos diretos no fenômeno jurídico. Dworkin reconhece objetividade no domínio do valor, mas não numa lógica fundacionalista e sim coerentista, por intermédio de um processo interpretativo. Esta interpretação é limitada/guiada pelos valores que

³⁶ ibdem. p.428.

³⁷ibdem, p.423.

instituem a prática. Neste contexto se insere a sua proposta teórica denominada de “Direito como Integridade”. Assim resposta corretas são possíveis, pois são interpretações que expressam o direito em sua melhor luz, de modo íntegro e coerente. Eis alguns apontamentos.

5) Referência Bibliográficas

BERMEJO, Juan Manuel. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006

DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion in: **The Journal of Philosophy**, Vol. 60, No. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting (Oct. 10, 1963).

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

_____. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Objetividade e Verdade: melhor você acreditar. in: **Universitas Jus**. Tradução: Roberto Freitas Filho e Ana Cláudia Lago Costa, vol.24, n.3, p1-31, 2013.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MATOS, Daniel. Hart e Dworkin em debate: os princípios como janelas para um “outro” direito in: **A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral**. Douglas João Orben; Everton Maciel; Jaderson Borges Lessa; Leandro Cordioli (Orgs.) Porto Alegre- RS: Editora Fi, 2017.

STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that Never Was. In: **Harvard Law Review**. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/06/2082-2095_Stavropoulos_Online.pdf Acesso em: 05/09/2018.