I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Juraci Mourão Lopes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os trabalhos apresentados desenvolvem e aplicam o objeto de investigação do grupo de maneira variada e plural. Há trabalhos explorando teoricamente decisões judiciais isoladas ou uma linha jurisprudencial já formada, contrastando-as com abordagens teóricas que servem para evidenciar a maior ou menor rigor racional e sua convergência com princípios e regras jurídicas. Há revisão de debates teóricos estritos e fundamentais, bem como o necessário aprofundamento em ideias de autores clássicos.

Vale ressaltar a prevalência de alguns juristas e suas respectivas construções teóricas como as mais frequentes referências teóricas para as abordagens. Entre os nacionais, merece destaque Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, utilizado em investigação em diversos ramos do Direito. Há, ainda, o sempre presente Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Contudo, merece especial atenção o incremento do estudo de autores da tradição analítica, própria do mundo anglo-saxão.

Se Ronald Dworkin já era autor recorrente em estudos de teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, há algumas décadas, seu debate com Herbert Hart, que é indispensável mesmo para entender a teoria não positivista do Direito como Integridade do primeiro, vem recebendo cada vez mais atenção dos textos submetidos ao presente Grupo de Trabalho. O próprio pensamento de Hart vem sendo prestigiado, não só na contraposição à Dworkin, mas como meio de revigorar o positivismo jurídico tão criticado quanto mal compreendido nas últimas décadas. Daí é compreensível que surjam trabalhos com base em Jeremy Waldron, jurista que bem dialoga com o positivismo e o não positivismo analíticos, e Wittgenstein, cuja filosofia é incorporada como premissa em muitos da jurisprudence.

O realismo jurídico reencontra muito bem seu espaço nas discussões acerca da aplicação da inteligência artificial nos processos judiciais. Se os realistas americanos dos anos 20 e 30 do Século XX reduziam o Direito a uma predição do que seria decidido nos tribunais, os vários algoritmos que controlam diversos programas conseguem realizar essas predições com grau de precisão e acuidade inimagináveis há 100, buscando mesmo elementos não percebidos pelo próprio julgador. Esse é um tema que se encontra explorado no presente volume.

O primeiro artigo apresentado intitula-se A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO dos autores Tainan Natércia da Piedade

Andrade Monteiro , Tais Vasconcelos Cidrao e Juraci Mourão Lopes Filho. O artigo trata de decisões divergentes sobre a comemoração do aniversário do golpe de 1964 à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisando o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

No segundo artigo A DECISÃO DO JUIZ NO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E A POSSIBILIDADE DA SUA EMULAÇÃO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL de Murillo Cesar De Mello Brandao Filho , Mariana De Siqueira e Vladimir Da Rocha França, os autores procuram examinar a tomada de decisão pelo juiz como fonte do direito no pensamento empírico de Alf Ross diante da inovação tecnológica disruptiva, verificando a possibilidade de sua emulação por robôs (algoritmos) desenvolvidos por inteligência artificial.

Na sequência, Marcelo Matos de Oliveira e Luís Carlos Balbino Gambogi escrevem sobre A ILEGIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE JEREMY WALDRON, artigo no qual questionam se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o judicial review sobre a antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa (Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 964246/SP). O marco teórico adotado é a dignidade da legislação de Jeremy Waldron. Utilizar-se-á, com predominância, o raciocínio dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No artigo ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Luis Felipe Leão Saccol, buscam demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Utilizam como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, questionando se o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário?

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck no artigo ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 buscam analisar o Ativismo Judicial correlacionando-o com as decisões do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, todas do Supremo Tribunal Federal, com o fito de avaliar se essas podem ser caracterizadas como ativistas.

No artigo CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro, verificam que o modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, observam importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

No artigo DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, os autores Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Taynara Silva Arceno expõem as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Josemar Sidinei Soares no artigo FILOSOFIA, CULTURA E POLÍTICA JURÍDICA apresenta a Filosofia como instrumento capaz de auxiliar a Política Jurídica no exame crítico da cultura jurídica vigente. Questiona se pode a filosofia ser instrumento de auxílio da Política Jurídica no exame crítico do direito enquanto manifestação cultural.

No artigo O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA", Hugo Jose De Oliveira Agrassar, realiza uma análise do capítulo 6 do livro A justiça de toga de Ronald Dworkin com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

No artigo O SISTEMA DE REGRAS EM HERBERT HART, Vitor Hugo Duarte das Chagas analisa bibliograficamente o conceito de Direito de Herbert Hart como um sistema de regras primárias e secundárias, portanto, é feita uma análise da filosofia analítica da linguagem, que influencia o pensamento de Hart.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos no artigo OS JOGOS DE LINGUAGEM NA FILOSOFIA DE WITTGENSTEIN E O CONHECIMENTO OBJETIVO DE KARL POPPER: CONJECTURAS DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO PARA UMA TEORIA DA DECISÃO verificam se as conjecturas da Teoria

Neoinstitucionalista do Processo e os jogos de linguagem propostos por Wittgenstein podem conferir legitimidade na construção de decisões no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No artigo PARA ALÉM DA NORMA POSITIVADA: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JURÍDICO ATITUDINAL E ESTRATÉGICO, Izabella Cecília de Lima e Silva, disserta acerca dos modelos de comportamento judicial, notadamente quanto aos aspectos extralegais que têm o condão de influenciar no processo de tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário.

Os autores do artigo RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO, Paola Domingues Jacob e Veronica Lagassi, examinam a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. Demonstram como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito.

Como se observa, tem-se uma seleção valorosa de abordagens, que bem refletem a importância da temática em estudo.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA".

HART'S POSTSCRIPT AND THE QUESTION OF POLITICAL PHILOSOPHY: RONALD DWORKIN AND THE CRITIQUE OF HARTIAN POSITIVISM THROUGH THE ANALYSIS OF CHAPTER 6 OF THE WORK "JUSTICE IN ROBES".

Hugo Jose De Oliveira Agrassar

Resumo

O livro A justiça de toga é o penúltimo livro de Ronald Dworkin e em seu capítulo 6, faz-se uma análise do pós-escrito de Hart reforçando suas críticas ao que chama de Tese das Fontes e apontando soluções para tais críticas, usando exemplo de caso submetido à apreciação do Poder Judiciário e sua resposta conforme a teoria descritiva de Hart e a Teoria interpretativista do próprio Dworkin. No presente artigo, será feita uma análise do citado capítulo 6 com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

Palavras-chave: Hart, Dworkin, Teoria do direito, Filosofia política

Abstract/Resumen/Résumé

The book Justice in Robes is the penultimate book of Ronald Dworkin and in its chapter 6, an analysis is made of Hart's postscript reinforcing his criticisms of what he calls the Thesis of the Sources and pointing out solutions to such criticisms, using an example of case submitted to the Judiciary and its response according to Hart's descriptive theory and Dworkin's interpretive theory. In this article, an analysis of the aforementioned chapter 6 will be made with the criticisms of Hart's positivism based on the evolution of theories of law, decision and legal realism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hart, Dworkin, Theory of law, Political philosophy

1 INTRODUÇÃO

O livro A justiça de toga é o penúltimo livro de Ronald Dworkin e em seu capítulo 6, faz-se uma análise do pós-escrito de Hart reforçando suas críticas ao que chama de Tese das Fontes e apontando soluções para tais críticas, usando exemplo de caso submetido à apreciação do Poder Judiciário e sua resposta conforme a teoria descritiva de Hart e a Teoria interpretativista do próprio Dworkin. No presente artigo, será feita uma análise do citado capítulo 6 com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

2 PRÓDROMO HISTÓRICO

Fazendo um rápido apanhado histórico, Hart publica sua obra O conceito de direito na década de 1960, sendo que na década seguinte Dworkin, que foi seu aluno na universidade, publica a obra "Levando os direitos a sério" em que faz duras críticas ao positivismo de Hart. Já na década de 1990, após a morte de Hart, foi publicado, na 2a edição do "Conceito de direito", um pós-escrito, compilado por Raz, que também foi aluno de Hart, de vários fragmentos de uma espécie de resposta às críticas de Dworkin. Em 2006, dentro do livro "A justiça de toga", Dworkin publica uma espécie de tréplica a esse pós-escrito no capítulo 6 cujo título é "O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política", respondendo às críticas de Hart e desenvolvendo uma ideia diferente de positivismo.

O presente artigo, partindo da análise do referido capítulo 6, procurará identificar, nas respostas de Dworkin a Hart, a evolução do positivismo relacionando-o com conceitos políticos como liberdade, democracia, legalidade, dentre outros.

3 ANÁLISE PONTUAL DO CAPÍTULO 6

3.1 Arquimedianismo

Arquimedianismo vem a ser o método de observar de fora do campo avaliativo do objeto que se estuda sem interferências morais ou políticas.

3.1.1 O projeto de Hart.

Nesse primeiro ponto, Dworkin traça um panorama sobre a tese de Hart e reforça suas críticas sobre ela, com base no conceito de arquimedianismo acima descrito, afirmando que o esboço de Hart, em resposta às suas críticas, acabou sendo publicado como Pós-escrito de uma nova edição do livro o conceito de direito. Nesse aspecto, Dworkin discutirá a acusação central e mais importante do Pós-escrito.

No livro O conceito de direito, Hart se propôs dizer o que é o direito e como o direito válido deve ser identificado, enfatizando, nesse projeto, a existência de duas características importantes. Em primeiro lugar trata-se de um projeto descritivo, sem avaliações de natureza

moral ou ética que pretende compreender, mas não avaliar, as complexas e onipresentes práticas sociais do direito. Em segundo lugar, trata-se de um projeto filosófico, e não jurídico, competindo aos juristas tentar descobrir o que é o direito em casos específicos.

Dworkin contesta ambas as afirmações, afirmando que uma teoria geral sobre como o direito válido deve ser identificado, a exemplo da teoria do próprio Hart, não constitui uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação dela que pretende não apenas descrevê-la, mas também justificá-la, mostrando por que a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor. Afirma, Dworkin, também que os argumentos jurídicos habituais têm a mesma natureza: um juiz ou um cidadão que precisa decidir o que é o direito quando se vê diante de alguma questão complexa, deve interpretar o direito do passado para descobrir quais os princípios melhor o justificam, e, em seguida, decidir o que tais princípios exigem no novo caso.

No Pós-escrito, Hart insiste que Dwokin estava errado em ambas as avaliações e que ele não tinha o direito de negar o seu projeto o caráter filosófico e descritivo especial que alegava ter. Contudo, as ideias de Dworkin sobre o modo como os juízes devem decidir os casos difíceis no direito são morais e engajadas, e nesse aspecto Hart o critica, porque ao fazê-las Dworkin estaria criticando e avaliando as atividades desses juízes.

Dworkin aponta que áreas especializadas da filosofia, como a metaética e a filosofia do direito, florescem, cada qual, supostamente em torno de algum tipo ou segmento da prática social, mas sem nenhuma participação ativa. Os filósofos, com base nessas áreas especializadas da filosofia, lançam um olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a moral, a política, o direito, a ciência e a arte, fazendo distinção entre o discurso de primeira ordem da prática que estudam (o discurso de não filósofos refletindo e apresentando argumentos sobre o que é certo ou errado, legal ou ilegal, verdadeiro ou falso, belo ou prosaico) e sua plataforma de segunda ordem de meta discurso, na qual os conceitos de primeira ordem são definidos e explorados e as afirmações de primeira ordem são classificadas e atribuídas de filosofia de arquimediana, sendo esta a idade de ouro do arquimedianismo, segundo o autor.

Segundo Dworkin, a mais conhecida dessas filosofias especializadas é a chamada metaética que vem a ser o conjunto de princípios discute o status lógico dos juízos de valor que as pessoas comuns emitem quando dizem, por exemplo, que o aborto é moralmente errado ou que a discriminação racial é iníqua, ou que é melhor trair o próprio país do que os amigos. Alguns filósofos metaéticos dizem que esses juízos de valor ou são verdadeiros ou são falsos, e que, se forem verdadeiros, isso significa que descrevem algum fato moral que

independe da mente. Outros, porém, negam essa afirmação dizendo que os juízos de valor não são descrições de uma realidade independente, mas sim expressões de preferências emocionais ou pessoais, ou recomendações de comportamento, ou algo de subjetivo de natureza semelhante. As teorias filosóficas de segunda ordem sobre os juízos de valor, de acordo com esses filósofos, são neutras, filosóficas e não comprometidas, segundo afirma Dworkin, não tomando posição alguma sobre a moralidade do aborto, a discriminação, a amizade ou o patriotismo, por exemplo, sendo, portanto, conceituais ou descritivas, e não substantivas e engajadas.

Essa versão do arquimedianismo também é equivocada, segundo a análise do autor, defendendo, nesse capítulo, que as definições ou análises dos conceitos de igualdade, liberdade, direito, etc. são tão substantivas, normativas e engajadas quanto qualquer das opiniões contrárias presentes nos embates que campeiam em torno desses ideais.

Dworkin encerra esse ponto, afirmando que a ambição hartiana de uma solução puramente descritiva dos problemas centrais da filosofia do direito é equivocada, assim como as ambições semelhantes de muitos filósofos políticos de primeira linha.

Ressalte-se que essa crítica de Dworkin surge num momento de crise na democracia americana (caso Watergate e a Guerra do Vietnã) segundo MORRINSON (2006, p. 496), pois "nessa época muitas pessoas perderam a confiança nos governos, pois a má-fé e a hipocrisia pareciam estar acometendo as democracias baseadas em princípios", ficando evidente que a ciência social não é uma questão de mera descrição, mas profundamente interpretativa. É a conscientização de que a interpretação (hermenêutica) seria inevitável.

3.1.2 O caso da Sra. Sorenson

Dworkin defende sua tese e rebate a tese de Hart através de um caso concreto.

Trata-se de um caso da Sra. Sorenson que sofria de artrite reumatoide e durante muitos anos tomou um medicamento genérico chamado inventum para aliviar seu sofrimento. Tal medicamento foi fabricado e comercializado, ao longo dos anos, por onze laboratórios farmacêuticos, porém apresentava efeitos colaterais graves e não divulgados pelos fabricantes, dentre os quais problemas cardíacos permanentes que acometeram a Sra. Sorenson.

Contudo, a Sra. Sorenson não conseguiu provar quais comprimidos de qual fabricante havia tomado, nem quando, e é evidente que também não conseguiu provar quais comprimidos de que fabricante tinham, de fato, causado seu problema. Por esse motivo, ela iprocessou de uma só vez todos os laboratórios que haviam fabricado o Inventum, e seus advogados argumentaram que todos eram responsáveis perante ela de acordo com sua participação no mercado do medicamento durante os anos de tratamento dela. Os laboratórios

farmacêuticos contestaram que a petição da demandante era totalmente inédita e contradizia a antiga premissa da responsabilidade civil de que ninguém é responsável por danos que não se consiga provar que tenha causado.

Nota-se que para Dworkin, juízes e juristas deveriam tentar, no caso da Sra. Sorenson, identificar os princípios gerais que fundamentam e justificam o direito estabelecido de responsabilidade civil do fabricante de um produto, e depois aplicar esses princípios ao caso. Portanto, do ponto de vista que Dworkin defende, a Sra. Sorenson poderia, mas não necessariamente, obter o melhor resultado em sua ação judicial. Tudo dependeria da melhor resposta à difícil questão de saber que conjunto de princípios oferece a melhor justificação para essa área do direito como um todo.

Porém, a resposta de Hart a casos semelhantes, segundo Dworkin, ao da Sra. Sorenson seria bem diferente, pois para a teoria hartiana a existência e o conteúdo do direito poderiam ser identificados por meio de referência às fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais) e sem referência à moral, salvo não ser nos casos em que o direito assim identificado tenha incorporado, ele próprio, critérios morais para a sua própria identificação. A partir dessa afirmação de Hart, Dworkin denomina esta concepção de "tese das fontes" de Hart.

Ainda na opinião de Dworkin, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral, pois os juristas deveriam decidir qual desses conjuntos concorrentes de princípios oferece a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termos morais. Por outro lado, segundo a tese das fontes de Hart, o argumento jurídico substantivo só seria normativo quando as fontes sociais tornassem os critérios morais parte do direito. Segundo Dworkin, nenhuma Assembleia Legislativa ou decisão judicial do passado tornou a moral pertinente no caso da Sra. Sorenson de modo que, para Hart, nenhum juízo ou deliberação moral entra na questão de saber se ela tem o direito ao que pediu. No que diz respeito ao direito, diria Hart, ela deveria perder a causa.

Assim, nota-se que em seu Pós-escrito, Hart declarou que sua exposição é descritiva no sentido que não procura justificar ou enaltecer, em bases morais ou de outra natureza, as formas e estruturas que aparecem em minha exposição geral do direito. Portanto, Hart e Dworkin divergem não apenas sobre o modo de identificar o direito, mas também sobre que tipo de teoria constitui uma resposta geral a essa questão. Hart acreditava que tal teoria é apenas e puramente uma descrição da prática jurídica. Dworkin acredita que ela é uma interpretação da prática jurídica que faz alegações morais e éticas e nelas se fundamenta.

Nesse ponto, MACEDO JÚNIOR (2014, p. 210) afirma que o direito para Dworkin vem a ser uma "prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem".

3.2 Conceitos políticos

Do ponto de vista de John Stuart Mill e Isaiah Berlin, segundo Dworkin, um conceito político como liberdade, por exemplo, seria a capacidade de fazer o que se quer sem a restrição ou a coerção de outros.

Nesse sentido, as normas que proíbem o crime violento, por exemplo, seriam uma violação à liberdade. Porém, até a liberdade deve dar lugar a outros valores para justificar algumas restrições como essa da proibição de crimes violentos. Cite-se aqui NUNES (2015. p. 205), senão vejamos:

> Para Ronald Dworkin, o tema da liberdade parece indissociável do direito. Trata-se, novamente, de outra interpretação intuitiva, agora acerca da teoria do direito dworkiana. É que, uma liberdade em sentido lato, genérico, apresenta enormes dificuldades de análise. Em contrapartida, há que se admitir que a liberdade apresentada como um direito inalienável do homem, intrínseco à sua própria natureza e essencial à vida em sociedade, uma vez desconsiderada ou ameaçada, põe em risco a própria sociedade e, por esse motivo, não pode ser colocada à margem ou fora da esfera do direito, já que ele tutela a vida social.

Trazendo para a nossa jurisprudência pátria essa questão da liberdade, no recurso extraordinário 1224374, que será decidido pelo plenário do STF, de relatoria do ministro Luiz Fux, o Detran-RS argumenta que a constitucionalidade do artigo 165-A do CTB não pode ser afastada com fundamento no direito individual de liberdade quando confrontado com o direito fundamental da coletividade à vida e à segurança. Esse tema teve a repercussão geral reconhecida e recebeu o número 1079.

Esse novo juízo é um juízo de valor: toma partido quanto à importância relativa da liberdade e da segurança e é possível que alguns libertários radicais o rejeitem. Isaiah Berlin era, portanto, um arquimediano em filosofia política: o projeto de analisar o que a liberdade realmente significa, pensava ele, deve ser buscado por alguma forma de análise conceitual que não envolva juízos, pressupostos ou raciocínios normativos.

Essas diferentes versões de liberdade e democracia são arquimedianas porque, embora sejam teorias sobre uma prática social normativa – a prática política comum de discutir a liberdade e a democracia -, não se colocam como teorias normativas. Ao contrário, os arquimedianos afirmam ser teorias filosóficas ou conceituais que só são descritivas da prática social e neutras no âmbito das controvérsias que constituem essa prática.

Portanto, Dworkin afirma que os arquimedianos devem escolher um sentido mais preciso de descrição caso pretendam tornar sua posição defensável, porém não podem fazê-lo, pois cada sentido de "descrição", individualmente considerado, mostra-se claramente inaplicável.

3.2.1 A controvérsia sobre os conceitos

Dworkin inicia este tópico discutindo se o controle de constitucionalidade seria incompatível com a democracia. Para ele, os juristas e políticos discutem sobre o que é, de fato, democracia: alguns deles insistem que o controle judicial de constitucionalidade não é incompatível com a democracia porque ela não significa apenas governo da maioria, mas o governo da maioria sujeito às condições que o tornam justos.

Se a definição de democracia ou liberdade é, de fato, um assunto – um ponto de partida – neutro sem implicações para o debate e a decisão substantivos, então por que os políticos e cidadãos devem perder tempo com tal discussão? Assim questiona Dworkin.

As controvérsias sobre justiça geralmente assumem a forma de uma argumentação, não sobre quão importante a justiça é ou quando deve ser sacrificada em nome de outros valores, mas sobre o que ela realmente é. Os mais densos conceitos políticos de liberdade, igualdade desempenham o mesmo papel na argumentação política, e as teorias sobre a natureza desses conceitos também são normativas.

Dworkin enfatiza a diferença entre a posição que agora defende e a opinião mais conhecida de diversos filósofos, aquela, segundo a qual, os principais conceitos políticos são conceitos descritivos e normativos "mistos". Segundo essa conhecida concepção, os conceitos de democracia, liberdade, etc. têm tanto componentes emocionais quanto descritivos, e os filósofos podem desenredá-los.

Os conceitos de liberdade, democracia, etc. funcionam, segundo Dworkin, no pensamento e no discurso comuns, como conceitos interpretativos de valor: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular. Dworkin afirma que um filósofo ou um cidadão podem insistir que, afinal de contas, não há valor na democracia, na liberdade, na igualdade ou na legalidade, porém não podem defender que a liberdade, por exemplo, no sentido acima aplicado não tem valor.

Nesse contexto da análise de Dworkin sobre os valores se faz importante analisar o que GUEST (2010, p. 159) diz a respeito, senão vejamos:

> No campo dos valores, Dworkin não diz que há sempre uma resposta correta. Ao contrário, tampouco é o caso de que não haja nenhuma resposta correta. Então ele pensa que há respostas corretas em todo o tipo de assunto (ele pensa, como você e eu, que é correto não torturar crianças), mas em outros não há, como por exemplo, na questão de se vinho tinto é 'mais nobre' do que vinho branco. Não obstante, do que acima se disse segue-se (e ele o diz) que ele pensa que a questão de se há uma resposta correta no campo avaliatório é, em si, uma questão avaliatória.

3.2.2 Descritivo em que sentido?

Os pressupostos semânticos da teoria descritiva são plausíveis em alguns casos: quando estamos estudando, por exemplo, o conceito de um artefato, por exemplo. Se alguém descrevesse uma única folha de papel com algo impresso como um livro, estaria cometendo um erro, pois existem critérios comuns para a aplicação do conceito de livro e eles excluem uma única página.

Uma vez mais, pode-se apresentar exemplos tolos de erros de linguagem que envolvem esses conceitos descritivos, segundo Dworkin: a afirmação, por exemplo, de que um país se torna automaticamente menos democrático quando sua precipitação atmosférica anual aumenta. Dworkin afirma que isso é verdadeiro não apenas em relação aos conceitos políticos, mas a todos os conceitos de diferentes tipos de sistemas ou instituições sociais.

Portanto, não se pode demonstrar que a análise filosófica dos conceitos políticos seja descritiva nos moldes da investigação científica das espécies naturais. A liberdade não tem DNA como as espécies naturais, sendo portanto mais complexa.

Pode-se, então, dizer, por exemplo, que, na verdade, nenhum casamento homossexual foi reconhecido em lugar algum no passado, também poderíamos dizer, caso nossas evidências sustentassem tal proposição, que no passado as pessoas sempre consideraram o controle judicial de constitucionalidade como algo incompatível com a democracia.

Dworkin diz que o fato de insistir que existem boas explicações darwinianas ou econômicas do porque de o casamento homossexual, por exemplo, ter sido rejeitado em toda a parte não fornece nenhum argumento sólido em favor da proposição de que o casamento é, por sua própria natureza ou essência, restrito aos casais heterossexuais.

3.2.3 Conceitual e normativo?

Os valores políticos e de outra natureza são em quase todos esses aspectos, semelhantes às espécies naturais.

A diferença entre espécies naturais e valores políticos que Dworkin enfatiza nesse livro certamente subsiste depois que nos demos conta dessas semelhanças. A estrutura profunda das espécies naturais é física. A estrutura profunda dos valores políticos não é física

– é normativa. O físico nos ajuda a ver a essência da água; o filósofo nos ajuda a ver a essência da liberdade.

3.2.4 O que há de bom nisso? (I)

Dworkin afirma que uma teoria geral sobre a justiça tentará apreender, em um nível adequadamente fundamental, o valor da justiça: tentará mostrar a justiça em sua melhor luz. Poderíamos, segundo o autor, tentar uma justificação instrumental – a justiça é boa porque a injustiça degrada as pessoas, ou a democracia é boa porque geralmente promove a prosperidade, por exemplo.

Porém, como afirmou Dworkin, isso também não funciona: "se queremos entender realmente o que é a liberdade, a democracia, o direito ou a justiça, devemos enfrentar a difícil questão de saber como identificar o valor de um valor".

3.2.5 Valores autônomos e integrados?

Dworkin inicia esse tópico afirmando que queremos entender melhor o que significa justiça, democracia e liberdade porque acreditamos que podemos viver melhor, juntos, se chegarmos a esse entendimento e a uma posição consensual sobre ele. Contudo há duas concepções que podemos assumir acerca da relação entre entender um valor e viver melhor em consequência disso.

Em primeiro lugar, continua Dworkin, podemos tratar o valor como algo autônomo em relação a nossa preocupação de viver bem e determinando independentemente dela devemos respeitá-lo simplesmente porque ele constitui, em si mesmo, algo de valor que, de nossa parte, será um erro ou uma impropriedade não reconhecer. Ou, em segundo lugar, podemos pressupor que se trata de um valor, e que tem o caráter que tem, porque o fato de aceitá-lo como um valor dotado de tal caráter enriquece a nossa vida de algum outro modo.

Portanto, embora nossos interesses práticos sejam estímulos e sinais em nossa ciência - ajudam-nos a decidir o que investigar e quando nos dar por satisfeitos com alguma afirmação ou justificação – eles não contribuem para a verdade da afirmação nem para o poder de convencimento da justificação.

Para Dworkin, seria pouco sensato tratar os valores políticos que até aqui se discutiu, como justiça, liberdade, legalidade e democracia, como valores autônomos. A justiça não é um deus ou um ícone: nós a valorizamos, se o fazemos, devido a suas consequências para as vidas que levamos enquanto indivíduos e coletivamente.

Dworkin esclarece que não obstante, parece profundamente contraintuitivo que valores políticos importantes, que quase todos devem, às vezes, sacrificar-se para proteger, tenham

apenas valor autônomo, e, até onde se tem conhecimento, nenhum dos arquimedianos políticos chegou a fazer tal afirmação.

3.2.6 O que há de bom nisso? (II)

Portanto, não se pode evitar, e se deve enfrentar, a questão de saber como o valor dos valores integrados, inclusive os valores políticos, podem ser identificados.

Dworkin diz que se quisermos entender melhor os valores integrados não instrumentais da ética, devemos tentar compreendê-los de modo holístico e interpretativo, cada um à luz dos demais, organizados não hierarquicamente, mas na forma de uma cúpula geodésica. A ética é uma estrutura complexa com diferentes objetivos, realizações e virtudes, e a parte que cada um desempenha nessa estrutura complexa só pode ser compreendida mediante a elaboração de seu papel em um projeto geral estabelecido pelos outros.

A filosofia política que pretende compreender melhor os valores políticos deve incorporar seu próprio trabalho nessa grande estrutura, devendo almejar, primeiro, elaborar concepções ou interpretações de cada um desses valores que fortaleçam os outros – por exemplo, uma concepção de democracia que seja útil à igualdade e à liberdade, e concepções de cada um desses outros valores que sejam úteis à democracia assim concebida.

Dworkin admite que esta concepção de filosofia política se opõe a dois dos mais notáveis exemplos da pesquisa contemporânea nessa área: o liberalismo "político" de John Rawls e o pluralismo político associado a Isaiah Berlin, alertando que se a filosofia política não for abrangente em suas ambições, deixará de resgatar a percepção crucial de que os valores políticos são integrados e não autônomos.

3.3 O direito

3.3.1 A defesa de Hart

O direito é um conceito político: as pessoas utilizam-no para fazer alegações de direito, isto é, alegações de que o direito deste ou daquele lugar proíbe, permite ou exige certas ações, ou provê determinados fundamentos de um direito, ou tem outras consequências.

O que mais, além dessas fontes institucionais, pode tornar verdadeira uma alegação de direito? Ou entre essa afirmação e a afirmação aparentemente diferente de que ela tem o dever moral de honrar seus contratos? Se uma alegação de direito é diferente tanto de uma previsão de consequências quanto de uma afirmação de dever moral,de que maneira, exatamente, ela é diferente? Hart, segundo Dworkin, dedicou-se a responder a essas velhas perguntas em O conceito de direito.

A forma assumida pela convenção em qualquer comunidade específica é uma questão de realidade social: tudo depende do que a maioria das autoridades dessa comunidade passou

a considerar como critério fundamental, fazendo parte do próprio conceito de direito o fato de que em toda comunidade alguma convenção dominante existe e determina o que vale como direito para tal comunidade. Portanto, a posição hartiana está sujeita às mesmas objeções que Dworkin apresenta contra o arquimedianismo em geral.

Assim, se Hart estiver certo, a sra. Sorenson não pode afirmar que o direito está do seu lado. Na verdade, os advogados dos laboratórios farmacêuticos apresentaram, no tribunal, exatamente a mesma argumentação que Hart apresenta em seu livro afirmando que a reivindicação dela era insuficiente porque, no direito explícito do Estado, nada que se pudesse identificar por convenções jurídicas estabelecidas apoiava tal reivindicação.

Já os advogados da Sra. Sorenson apresentaram uma argumentação contrária, negando a tese das fontes: disseram que os princípios gerais inerentes ao direito habilitavam sua cliente a vencer a causa.

Portanto, a concepção de Hart não é neutra na argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta às fontes tradicionais do direito.

De acordo com Dworkin, Hart concorda que essa análise do direito era normativa no sentido de que qualquer explicação de qualquer coisa é normativa: ele queria dizer que sua teoria é descritiva e não moral ou eticamente valorativa. A partir dessa afirmação, Dworkin faz as seguintes perguntas: será que Hart poderia ter pensado que as proposições de direito constituem um tipo de espécie natural, como os tigres e o ouro, de modo que se pudessem fazer descobertas sobre elas que contestassem o que a maioria das pessoas pensa sobre sua veracidade ou falsidade? Devemos entender o arquimedianismo de Hart como sendo empírico em qualquer desses dois sentidos o mais ou menos ambicioso? Em resposta a essas perguntas, Dworkin afirma que resta a terceira possibilidade que diferenciou: a de que as tese das fontes de Hart pretende ser descritiva nos moldes de algum tipo de generalização empírica.

Contudo, para Dworkin, existe uma insuperável objeção inicial: nem Hart nem seus seguidores sequer começaram a fazer os estudos empíricos necessários, que levariam toda uma vida para ser feitos.

Os que defendem a primeira interpretação, ou interpretação moral, contradizem a tese das fontes, uma vez que nenhuma fonte social determinou que a Oitava Emenda (Não se exigirão fianças exageradas, não se imporão multas excessivas, nem se infligirão penas cruéis e desusadas) fosse interpretada como se incorporasse a moral para fins de se discutir a inconstitucionalidade da pena capital nos EUA. Assim, para os juristas que não entendem a

pena capital como uma pena cruel ela seria constitucional, para os que a consideram cruel, seria inconstitucional, demonstrando, desta feita, haver juízo de valor em ambas as análises. Porém, como nenhuma fonte social decretou que a moral é irrelevante, os que assumem posição contrária à interpretação moral também contradizem essa tese.

Hart afirmou que a moral somente se torna pertinente para a identificação do direito quando alguma "fonte" tiver determinado que ela deve exercer esse papel, citando as cláusulas constitucionais abstratas da Constituição norte-americana como exemplo. Mas, segundo Dworkin, ele interpretou mal a situação do direito constitucional norte-americano. Não existe consenso nem a favor nem contra a interpretação moral da constituição: ao contrário, essa questão é objeto de feroz divergência.

3.4 O valor da legalidade

3.4.1 Legalidade

Para Dworkin, a legalidade é um ideal interpretativo.

Dworkin ressalta que os conceitos políticos são conceitos de valor e que os filósofos políticos deveriam pretender demonstrar, para cada um deles, onde se encontra exatamente esse valor. Afirmou, também, que, como valores políticos são integrados e não autônomos, esse projeto deve encontrar o lugar ocupado por cada valor numa rede de convicção maior e mutuamente comprobatória que demonstre as conexões concludentes entre os valores morais e políticos em termos gerais e que, em seguida, os situe no contexto ainda mais amplo da ética.

Não obstante, esse valor deve funcionar em nossa comunidade como um valor interpretativo – os que o aceitam como valor devem, não obstante, divergir quanto ao tipo de valor de que se trata exatamente; em decorrência disso devem divergir, pelo menos até certo ponto, acerca de quais ordenamentos políticos suprem as necessidades dele, ou quais dentre eles o fazem com maior ou menor competência.

Dworkin aponta que temos de ser capazes de perceber, por exemplo, como uma concepção específica do valor geraria a tese das fontes, e como outras concepções gerariam as teorias de direito muito diferentes que também fazem parte da literatura acerca da Teoria do Direito e que precisamos ser capazes de perceber de que modo a adoção de uma concepção de valor em detrimento de outra significaria a tomada de uma decisão e não de outra no caso da Sra. Sorenson.

A esta altura deve estar claro, esclarece o autor, que o valor é esse: é o valor da legalidade – ou como às vezes é mais pomposamente chamado, o valor do estado de direito, sendo a legalidade um valor real, e um valor especificamente jurídico.

Algumas pessoas dizem que os julgamentos de Nuremberg, por exemplo, foram uma agressão à legalidade, tenham ou não se justificado, em última análise, por algum outro valor. Outras, porém, afirmam que os julgamentos protegeram ou enfatizaram os verdadeiros ideais de legalidade. Essa diversidade de pontos de vista representa uma adesão comum ao valor da legalidade, mas também concepções diferentes sobre o que é legalidade. Portanto, uma concepção de legalidade é uma descrição geral sobre a maneira de se decidir quais alegações de direito específicas são verdadeiras: a tese das fontes de Hart é uma concepção de legalidade.

Dworkin afirma que podemos pensar sensatamente que, embora o direito rejeite o pedido de indenização da Sra. Sorenson baseada na participação de mercado, a justiça o aprova. Ou (menos plausivelmente) podemos pensar o contrário, ou seja, que o direito convalida sua reivindicação, mas que a justiça a condena. Mas seria absurdo pensar que, embora o direito devidamente compreendido lhe assegure o direito à indenização, o valor da legalidade argumente contra ele. Ou que, embora o direito devidamente compreendido lhe recuse o direito à indenização, o princípio de legalidade seria atendido ao se fazer com que os laboratórios a indenizassem.

Entenderemos melhor, afirma Dworkin, a prática jurídica e daremos mais inteligibilidade às proposições de direito se nos lançarmos em um projeto explicitamente normativo e político: o de aprimorar e defender concepções de legalidade e formular testes para as alegações de direito concretas a partir de concepções preferenciais. Não se trata de considerar as teorias jurídicas assim concebidas como meamente “descritivas”. Elas são conceituais, mas apenas no sentido normativo e interpretativo em que as teorias da justiça, bem como as da democracia, liberdade e igualdade, também são conceituais.

Nesse contexto, Dworkin oferece seu livro O império do direito, esclarecendo que nele afirmou, por exemplo, que identificar as verdadeiras proposições de direito é uma questão de interpretar dados jurídicos de modo construtivo, e que uma interpretação construtiva tem como finalidade tanto ajustar-se aos dados quanto justificá-los. Advertiu o autor que “ajuste” e “justificação” são apenas termos designativos de duas dimensões aproximadas da interpretação, e que seu aprimoramento exigiria uma análise mais cuidadosa de outros valores políticos independentes que nos permitissem aprofundar o entendimento dessas dimensões, de modo a descobrir, por exemplo, um modo de integrá-las a uma avaliação geral da superioridade interpretativa quando elas tomam direções opostas.

3.4.2 A teoria do direito revisitada: exatidão, eficiência e integridade

O valor da tradição da teoria do direito insiste que o poder de coerção de uma comunidade política só deve ser utilizado contra seus cidadãos de acordo com critérios estabelecidos antes de sua utilização.

Afirma Dworkin, por exemplo, que a tradição do positivismo jurídico enfatiza a relação entre a legalidade e eficiência, mas não pretende dizer com isso que os positivistas se mostrem insensíveis ao bom ou mau governo. Os positivistas diferem entre si não apenas por defenderem concepções um pouco diferentes sobre o que significa eficiência política e por que ela é valiosa, mas também porque tem pontos de vista diferentes, que se refletem nos detalhes de suas posições, acerca da natureza e da força de outros ideais políticos.

Exatidão. Por exatidão Dworkin entende como sendo a capacidade das autoridades políticas de exercer o poder de maneira inequivocamente justa e criteriosa, esclarecendo que a legalidade estimulará a exatidão sempre que os oficiais forem mais criteriosos ou justos por serem regidos por critérios estabelecidos do que se representarem apenas a avaliação contemporânea de alguma autoridade a respeito do que seria justo ou criterioso.

Eficiência. Para Dworkin a eficiência seria a virtude da legalidade. A concepção de Bentham sobre a virtude da legalidade não estava baseada na exatidão, mas na eficiência. A moralidade política, pensava ele, encontra-se no bem maior para o maior número, e a melhor maneira de assegurar que isso aconteça não é por meio das diferentes decisões coercitivas ou políticas tomadas por diferentes autoridades com base em seus julgamentos imediatos e divergentes, mas sim por meio de esquemas políticos detalhados cujas consequências complexas podem ser objeto de um cuidadoso estudo preliminar, que podem ser formulados detalhadamente, de preferência em complexos códigos jurídicos, e aplicados ao pé da letra. Para Bentham, quando se incluem critérios morais entre os critérios jurídicos, a legalidade torna-se objeto de concessões ou vai sendo destruída aos poucos porque os critérios morais permitem que os cidadãos e as autoridades que divergem, em geral ferrenhamente, acerca das exigências da moral, sobreponham seu próprio julgamento àquele já estabelecido: a desorganização resultante não produziria utilidade, mas caos. Hart escreveu de modo muito afinado com Thomas Hobbes, um positivista de uma era anterior, que a legalidade corrige as deficiências de um estado mítico de natureza ou costume que é muito anterior ao Estado de Direito. Hart não estava preocupado apenas com a eficiência, mas como um aspecto independente da imparcialidade política.

Portanto, os positivistas jurídicos podem defender sua concepção da legalidade, que insiste que a moral não é pertinente à identificação do direito, demonstrando quão bem a legalidade, assim compreendida como eficiência, e também a esses outros valores.

Democracia significa não apenas governo da maioria, mas governo da maioria sujeito às condições, que são condições morais, que conferem imparcialidade a essa forma de governo.

Integridade. Nenhum governante, nem mesmo um tirano, sobrevive por muito tempo ou realiza sues objetivos, mesmo quando da pior qualidade, se abandonar totalmente a legalidade por capricho ou terror. Dworkin se refere à integridade política, que significa igualdade perante o direito não apenas no sentido de que ele seja imposto conforme escrito, mas no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos. Isso só é verdadeiro, segundo F. A. Hayek, se, por lei, entendermos as regras gerais que se aplicam igualmente a todos.

O império do direito apresenta apenas um modo pelo qual a integridade e a legalidade podem ser mutuamente compreendidas em seus termos, e que os leitores insatisfeitos com a elaboração de Dworkin não devem rejeitar o projeto geral por esse motivo. A teoria do direito é um exercício de moralidade política substantiva. Uma descrição bem-sucedida de qualquer valor deve permitir que a vejamos como uma descrição desse valor do modo como ele existe e funciona no contexto de um esquema de valores que compartilhamos. A parte mais decisiva de um argumento jurídico é seu elemento moral, segundo Dworkin.

3.4.3 Positivismo interpretativo

As dificuldades que Dworkin até o momento descreveu sobre a metodologia preconizada pelo próprio Hart, que insiste que as teorias do direito são descritivas e neutras, podem ser resolvidas reformulando os argumentos dele à maneira interpretativa. Para entender a legalidade por meio do entendimento do que existe nela de importante e valioso e nos sentimos atraídos, de início, pela ideia de que a legalidade é importante porque confere autoridade em circunstâncias nas quais a autoridade se faz necessária. Essa afirmação, porém, dá origem a uma nova questão conceitual. A autoridade também é um conceito contestado: precisa-se de uma descrição da autoridade que nos mostre que valor ela contém.

Os juízes, segundo Dworkin, seriam obrigados a subverter a legalidade, em vez de servi-la, mesmo nos termos da concepção positivista dessa virtude, uma vez que seriam obrigados a declarar, com demasiada frequência, ou que o direito nada diz sobre a questão em litígio, ou que o direito é por demais injusto, insensato ou ineficaz para ser aplicado. Os juízes que considerassem intolerável a inexistência de solução jurídica para a Sra. Sorenson, por exemplo, seriam obrigados a declarar que, apesar do fato de o direito favorecer os laboratórios demandados, eles ignorariam o direito e, portanto a legalidade, e lhe concederiam a indenização reivindicada. Eles declarariam ter o “poder discricionário” de modificar o direito (ou, o que vem a dar no mesmo, de preencher alguma lacuna que descobrissem nele) mediante

o exercício de um novo poder legislativo que contradiz o mais elementar entendimento das exigências da legalidade.

Segundo DIAS (2019, p. 89), esse poder discricionário pode ser reconhecido, de acordo com Dworkin, em seu sentido forte, senão vejamos:

> O sentido forte do conceito de poder discricionário está ligado à autoridade que profere as normas que o juiz deve aplicar aos casos que lhes são apresentados. Quando o juiz não está adstrito aos padrões fixados pela autoridade, dizem os positivistas que ele tem o poder discricionário para decidir do melhor modo que lhe parece. (...) Desse modo, o uso forte do conceito "poder discricionário" implica numa liberação de formação de juízo não adstrito ao sistema de padrões emanado da autoridade dotada de competência para tanto.

Observe-se o fato de que quando o positivismo foi proposto pela primeira vez, e quando era uma força concreta entre juristas e juízes e não apenas uma atitude acadêmica, a situação política era muito diferente. Bentham, por exemplo, escreveu em uma época em que os negócios eram mais simples e estáveis, e em que vigorava uma cultura moral mais homogênea.

Nas interpretações controvertidas, os juízes, que brandiam critérios morais para o direito, representavam uma ameaça diferente à eficiência utilitarista que podia ser evitada de maneira muito simples, negando-lhes tal poder.

Dworkin, nesse ponto, descreve o positivismo de Oliver Wendell Holmes como sendo uma doutrina jurídica funcional: ele citava o positivismo quando divergia de decisões da Suprema Corte nas quais, em sua opinião, os juízes haviam presumido um poder ilegítimo de criar seu próprio direito ao pretenderem encontrar princípios inseridos no direito como um todo.

Os conservadores se converteram em positivistas que afirmavam que a Corte estava criando novos direitos constitucionais de igualdade racial e liberdade em decisões referentes à reprodução, por exemplo, e, portanto, subvertendo a legalidade. Alguns dos liberais que aprovaram a orientação da Corte passaram então do positivismo para uma concepção diferente da legalidade que enfatiza a integridade baseada em princípios do sistema constitucional norte-americano.

Dworkin encerra esse ponto como uma crítica ferrenha a Hart dizendo que "a descrição de Hart da eficiência positivista é uma história fantástica extraída de um passado remoto e imaginário: uma suposta transição pré-histórica do caos da ineficiência tribal regida por normas primárias para a autoridade nítida das normas secundárias incorporadas por uma explosão libertadora e quase uniforme de posições consensuais".

3.4.4 Considerações finais

A legalidade é sensível, em sua aplicação, em muito maior grau do que a liberdade, a igualdade ou a democracia, à história e às práticas estabelecidas da comunidade que se propõe respeitar o valor, porque a comunidade política revela a legalidade, entre outras maneiras de fazê-lo, ao se manter fiel, em certos aspectos, ao seu passado.

Para a legalidade, é crucial que as decisões executivas de um governo sejam guiadas e justificadas por normas já estabelecidas, e não por outras, criadas ex post facto; além disso, essas normas devem incluir não apenas leis substantivas, mas também normas institucionais que confiram autoridade aos diferentes servidores públicos para que possam criar, aplicar e avaliar essas normas no futuros.

A revolução pode ser compatível com a liberdade, com a igualdade e com a democracia. Pode ser, e tem sido frequentemente, necessária a fim de se alcançar até mesmo um nível razoável desses valores. Mas, mesmo quando promete aperfeiçoar a legalidade no futuro, a revolução quase sempre implica uma agressão imediata a ela. Os arranjos institucionais concretos, muito importantes para se aperfeiçoar a democracia, estimular a igualdade ou proteger a liberdade em um país com demografia e histórias políticas específicas, podem ser bem diferentes em outro país, no que diz respeito a aspectos que lhe sejam igualmente importantes.

Qualquer tentativa de chegar a uma concepção ecumênica da legalidade terá de se haver com pressões provenientes de dois lados. É preciso que ela tenha conteúdo suficiente para evitar a falta de sentido, mas também um nível de abstração suficiente para evitar o provincianismo. Aqui Dworkin se defende da acusação de Hart de que sua teoria seria provinciana, ou seja, só se aplicaria aos EUA, uma vez que ela aspiraria uma grande generalidade.

Dworkin acredita que a filosofia do direito deva ser do interesse tanto de disciplinas que são mais quanto das que são menos abstratas do que ela própria, devendo ser do interesse de outros campos da filosofia e deve ser objeto de interesse de juristas e juízes. Na opinião de Dworkin, porém, os filósofos do direito que consideram seu trabalho descritivo ou conceitual, e não normativo, perderam a oportunidade de se juntar a esses debates e discussões, e, em decorrência disso, o domínio da filosofia vem perdendo terreno em algumas universidades.

Portanto, Dworkin conclui com um apelo àqueles que planejam se dedicar à filosofia do direito.

> "Quando o fizerem, assumam as legítimas responsabilidades da filosofia e abandonem o manto da neutralidade. Falem em nome da Sra. Sorenson e de todas as outras pessoas cujo destino depende de novas afirmações acerca daquilo que o

> direito já é. Ou, se não puderem, falar em nome delas, pelo menos falem com elas e expliquem por que elas não têm direito àquilo que reivindicam. Não digam aos juízes que eles devem exercer seu poder discricionário como acharem melhor. Se vocês os ajudarem, se falarem ao mundo dessa maneira, permanecerão mais fieis ao gênio e à paixão de Herbert Hart do que se seguirem suas ideias estreitas sobre a natureza e os limites da filosofia analítica do direito. Devo, porém, adverti-los de que, se for esse o caminho que escolherem, estarão correndo o grande risco de se tornarem interessantes" (2010, p. 263-264).

4 CONCLUSÃO

No capítulo 6, Dworkin elabora uma espécie de resposta ao pós-escrito de Hart, retomando as principais ideias do positivismo hartiano, chamado pelo autor de "tese das fontes" e apontando críticas a ela com exemplos práticos como o caso da Sra. Sorenson, refutando a filosofia arquimediana.

Dworkin, para reforçar suas críticas a Hart, adentrou no tema dos conceitos políticos, descrevendo a controvérsia sobre eles e questionando-se até que ponto a teoria das fontes seria realmente apenas descritiva, esclarecendo que os valores políticos, como democracia, liberdade, igualdade, política e moral, deveriam ser entendidos como normativos e integrados para uma melhor compreensão do direito.

Ao falar da defesa de Hart, Dworkin reafirma que o direito é um conceito político e que, portanto, não poderia ser meramente descritivo, ressaltando uma insuperável objeção inicial: nem Hart nem seus seguidores sequer começaram a fazer os estudos empíricos necessários, que levariam toda uma vida para ser feitos; eles não produziram nem um formigueiro de dados, e muito menos um monte Everest.

O filósofo americano destaca o papel da legalidade de um ideal interpretativo do direito que com ele forma uma estrutura de cúpula geodésica e não hierárquica, fazendo parte dessa estrutura a ética e principalmente a filosofia do direito.

Para Dworkin, a teoria do direito revisitada deveria se basear em três aspectos: exatidão (capacidade de as autoridades exercerem o poder de modo justo e criterioso), eficiência (que seria a virtude da legalidade) e a integridade (no sentido de igualdade perante o direito), observando-se, ainda, que o positivismo interpretativo surge numa sociedade mais complexa que a sociedade dos primórdios do positivismo jurídico, exigindo do direito um caráter normativo e integrado com os demais conceitos políticos.

Em suas considerações finais o filósofo americano faz um apelo àqueles que pretendem se dedicar à filosofia do direito conforme a transcrição que se repete abaixo:

> Quando o fizerem, assumam as legítimas responsabilidades da filosofia e abandonem o manto da neutralidade. Falem em nome da Sra. Sorenson e de todas as outras pessoas cujo destino depende de novas afirmações acerca daquilo que o

> direito já é. Ou, se não puderem, falar em nome delas, pelo menos falem com elas e expliquem por que elas não têm direito àquilo que reivindicam. Não digam aos juízes que eles devem exercer seu poder discricionário como acharem melhor. Se vocês os ajudarem, se falarem ao mundo dessa maneira, permanecerão mais fieis ao gênio e à paixão de Herbert Hart do que se seguirem suas ideias estreitas sobre a natureza e os limites da filosofia analítica do direito. Devo, porém, adverti-los de que, se for esse o caminho que escolherem, estarão correndo o grande risco de se tornarem... bem, de se tornarem interessantes. (2010, p. 263-264).

Portanto, deve-se estar preparado para assumir a responsabilidade de, exercendo o poder discricionário com base em princípios, abandonar o manto da neutralidade, principalmente nos chamados casos difíceis, até porque, conforme afirma Dante Alighieri em seu livro A Divina Comédia em que afirma que, no inferno, os lugares mais quentes são reservados àqueles que escolheram a neutralidade em tempo de crise.

BIBLIOGRAFIA.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. São Paulo: 34, 2019.

DIAS, Jean Carlos (org). **Pensamento Jurídico Contemporâneo**. São Paulo: Método. 2015.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. Salvador: Juspodivm. 2ª. Edição. 2019.

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

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto**. Do Xadrez à Cortesia**. São Paulo: saraiva. 2014.

MORRISSON, Wayne**. Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

NUNES, Fabrício do Prado. **A liberdade em Ronald Dworkin**. in: DIAS, Jean Carlos (org). Pensamento Jurídico Contemporâneo. São Paulo: Método. 2015.