

**XXXII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO PAULO - SP**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

ROBISON TRAMONTINA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

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

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-290-2

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

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O Grupo de Trabalho Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat I consolidou-se, ao longo das diversas edições do CONPEDI, como um espaço privilegiado de reflexão crítica, diálogo interdisciplinar e reconstrução teórica dos fundamentos do direito contemporâneo. A diversidade temática dos trabalhos apresentados — que transitaram da hermenêutica filosófica à tópica jurídica, passando por debates sobre moralidade, reconhecimento, inteligência artificial, mutação constitucional, teoria crítica, práxis comunicativa e transformações sociopolíticas — evidencia a vitalidade intelectual que caracteriza este campo de pesquisa e reafirma a centralidade da reflexão jurídica para compreender as tensões que atravessam as democracias do século XXI.

Em um ambiente acadêmico cada vez mais marcado pela fragmentação metodológica e pela difusão de discursos simplificadores, o GT reafirmou a necessidade de uma abordagem sofisticada, plural e hermenêuticamente sensível. Os estudos aqui reunidos demonstram que o direito não pode ser reduzido a técnica, procedimento ou normatividade abstrata: trata-se de um fenômeno interpretativo atravessado por historicidade, linguagem, estruturas de poder, experiências sociais e disputas de sentido. Nesse horizonte, autores como Gadamer, Warat, Dworkin, Viehweg, Marcuse, Han e Waluchow, entre tantos outros mobilizados nos trabalhos submetidos, tornaram-se interlocutores fundamentais para a reconstrução dos limites, possibilidades e responsabilidades da práxis jurídica.

Um primeiro eixo de discussões concentrou-se nos desafios hermenêuticos emergentes nas democracias contemporâneas, especialmente no tocante à legitimidade da jurisdição constitucional, à crise da verdade, à mutação constitucional e ao papel das cortes em contextos de tensão institucional. As pesquisas, apresentadas sob perspectivas diversas, destacaram a necessidade de reconectar hermenêutica, moralidade pública e responsabilidade institucional na era da hiperpolarização e da erosão das esferas de consenso.

Outro conjunto de investigações voltou-se às mediações entre identidade pessoal, linguagem, dogmática jurídica e direitos fundamentais, examinando como fenômenos subjetivos e comunicacionais desafiam categorias tradicionais da teoria do direito. Destacam-se, nesse sentido, estudos que revelam a urgência de incorporar abordagens interdisciplinares e sensíveis às complexidades da experiência humana nas práticas interpretativas e decisórias.

Também merecem atenção as reflexões sobre racionalidade jurídica, método e epistemologia do direito, que se valem da tradição tópica, da hermenêutica filosófica e da crítica waratiana para problematizar o ensino jurídico e a produção acadêmica. Os trabalhos expostos evidenciam que formar juristas implica muito mais do que transmitir conteúdos: exige cultivar sensibilidade hermenêutica, consciência histórica, capacidade crítica e responsabilidade ética.

O GT igualmente acolheu contribuições que articulam filosofia política, teoria crítica e sociologia do direito, com destaque para análises sobre movimentos sociais, desigualdades estruturais, propriedade, trabalho e emancipação humana. As investigações apresentadas demonstram como o direito permanece um campo de disputa simbólica e material, no qual se confrontam projetos de sociedade, promessas de reconhecimento e experiências de exclusão.

Por fim, emergiram debates inovadores sobre tecnologia, comunicação e os limites da inteligência artificial. Esses trabalhos revelam que a revolução tecnológica não elimina a centralidade da interpretação, da ética e da responsabilidade humana — ao contrário, intensifica as perguntas sobre como decidimos, quais valores mobilizamos e que formas de vida desejamos preservar.

Em conjunto, os textos apresentados oferecem um panorama plural e metodologicamente robusto da pesquisa jurídica crítica no Brasil, reafirmando a importância de espaços acadêmicos capazes de promover diálogo, reflexividade e abertura a novas tradições teóricas. Inspirado pelo legado de Luís Alberto Warat, este GT manteve viva a provocação waratiana de repensar o direito para além de sua superfície institucional, convidando pesquisadoras e pesquisadores a explorarem suas dimensões simbólicas, afetivas, comunicacionais e políticas.

O conjunto de reflexões aqui sistematizado evidencia que a crítica teórica e a investigação rigorosa permanecem indispensáveis para compreender e transformar o presente. Mais do que oferecer respostas prontas, essas abordagens fornecem instrumentos para formular perguntas mais fecundas e, sobretudo, para reconhecer que todo ato interpretativo envolve responsabilidade, compromisso democrático e abertura ao diálogo. É nesse espírito que este Grupo de Trabalho se consolidou de forma progressiva ao longo dos anos, tornando-se um espaço cada vez mais qualificado para a apresentação de questões essenciais, o aprofundamento de debates fundamentais e a construção de novas agendas de pesquisa jurídica crítica no país.

HÁ UM LUGAR PARA A MORALIDADE NA TEORIA DO DIREITO?

IS THERE A PLACE FOR MORALITY IN LEGAL THEORY?

Juliana Rodrigues Valle

Resumo

O artigo almeja analisar o lugar da moralidade na teoria interpretativista de Ronald Dworkin. Para isso, recupera o debate estabelecido entre Herbert Hart e Ronald Dworkin na segunda metade do século XX, em cujo contexto os autores debateram o positivismo jurídico, resultando num ponto de inflexão a partir da década de 80. O conceito hartiano de moralidade convencional é contraposto ao conceito dworkiniano de moralidade concorrente para explicitar os limites da tese das fontes para explicar o caráter normativo das proposições jurídicas, demonstrando também que os critérios verificacionista e empirista são insuficiente para explicar os conflitos teóricos sobre a validade das proposições jurídicas. A moralidade aparece na teoria do direito dworkiniana como um conceito que, associado à ideia de dever, refuta a ideia de discricionariedade judicial, ao mesmo tempo em que impõe limites às decisões governamentais que impactem direitos e garantias individuais fundamentais. O texto conclui com a distinção entre os conceitos naturais e interpretativos de direito, demonstrando que o modo como se define “o que é o direito” impacta a o modo como “o direito deveria ser”. Nesse sentido, o artigo endossa a afirmação feita por Dworkin, segundo a qual será no juízo político final que uma teoria jurídica completa irá se consumir, demonstrando o modo pelo qual os juízes consideram a moralidade quando diante de um caso difícil devem decidir conforme a melhor interpretação do direito.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, Moralidade convencional e concorrente, Discricionariedade judicial, Conceitos naturais e interpretativos do direito, Interpretativismo

Abstract/Resumen/Résumé

The article seeks to examine the role of morality within Ronald Dworkin's interpretivist theory of law. To this end, it revisits the seminal debate between Herbert Hart and Ronald Dworkin in the latter half of the twentieth century, during which the authors critically engaged with legal positivism, culminating in a pivotal turning point in the 1980s. The Hartian concept of conventional morality is contrasted with Dworkin's notion of concurrent morality to elucidate the limitations of the sources thesis in accounting for the normative nature of legal propositions. Furthermore, it is demonstrated that verificationist and empiricist criteria are inadequate to resolve theoretical disputes concerning the validity of legal propositions. Within Dworkin's jurisprudence, morality emerges as a concept intrinsically linked to the notion of duty, challenging the idea of judicial discretion while simultaneously imposing constraints on governmental decisions that affect fundamental individual rights and guarantees. The article concludes by distinguishing between natural and

interpretive conceptions of law, illustrating how the definition of “what law is” fundamentally shapes the understanding of “what law ought to be.” In this regard, the article endorses Dworkin’s assertion that a comprehensive legal theory is ultimately realized through political judgment, highlighting how judges incorporate morality when, confronted with hard cases, they must adjudicate in accordance with the best interpretation of the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal positivism, Conventional and concurrent morality, Judicial discretion, Natural and interpretive conceptions of law, Interpretivism

Introdução

A teoria do direito é um ramo da filosofia que tem por objetivo se perguntar sobre o estatuto ontológico e epistemológico do direito. Contemporaneamente, busca responder à pergunta sobre a relação entre o direito, a moralidade e as convenções sociais. Nesse contexto, duas são as principais perspectivas. A primeira, vinculada a certa tradição do positivismo científico, afirma o método das ciências naturais, aplicando-o às ciências sociais e, como tal, ao direito. Uma segunda vertente, filiada a uma tradição interpretativista, afirma que as ciências sociais apenas poderiam ser compreendidas do ponto de vista interno dos seus participantes, e que por essa razão, essas teorias estariam inevitavelmente associadas a valores, não sendo ciências meramente descritivas, mas antes, normativas, as quais oferecem razões para agir (Macedo Jr., 2013, p. 10). Ronald Dworkin (1977; 1986; 2006¹) foi um autor filiado à segunda corrente², que na segunda metade do século XX se contrapôs à teoria liberal do direito positivo desenvolvida por Herbert Hart (1961³), criticando-a sob duas principais perspectivas. Sob a perspectiva conceitual, Dworkin reformulou o conceito do que “o direito é”; sob uma normativa, postulou a moralidade política como um critério para afirmar “o que o direito deveria ser” (Valles Santillán, 2022, p. 2), contribuindo para o debate metodológico do direito na medida em que articulou esses dois elementos a fim de afirmar que “o método pelo qual se concebe o direito impacta o resultado da sua prática”.

Com o objetivo de analisar essa proposição teórica, o objetivo desse artigo é o de analisar o modo pelo qual Ronald Dworkin identifica e constrói o “conceito interpretativista do direito”, argumentando que em determinados sistemas jurídicos os princípios morais podem desempenhar um papel importante no raciocínio jurídico. O texto parte da premissa de que o conceito de moralidade concorrente é fundamental para compreender a relação entre direito e moral na

¹ Essas datas se referem à publicação original da obra em língua inglesa e correspondem, respectivamente, às seguintes obras: *Taking Rights Seriously*, *Law's Empire* e *Justice in Robes*.

² Para Dworkin, o direito é uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa (e não meramente autoritativa). Por esse motivo, a sua concepção de direito é incompatível com a tese da separabilidade, tal como proposta pelos positivistas jurídicos, afinal, a argumentação jurídica não é de natureza diversa da argumentação moral. Ao lado de Dworkin, estão também autores filiados à tradição jusnaturalista, cujos nomes na contemporaneidade são John Finnis, Robert George e Germain Grisez, e teóricos da razão comunicativa, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther, todos eles, conjuntamente, também usualmente caracterizados de modo genérico como pós-positivistas. Nesse último grupo caberia incluir, ainda, autores que, como Neil MacCormick, transitaram de um posicionamento mais próximo ao positivismo inclusivista para uma concepção institucionalista e interpretativa. Cf. (Macedo Jr., 2013, p. 73-75).

³ Esta data se refere à publicação original da obra em língua inglesa e corresponde à seguinte obra: *The Concept of Law*.

formulação de proposições normativas, e o impacto dessa formulação no processo de adjudicação de casos difíceis. Essa é uma questão que no parece fundamental para a compreensão de outras questões que se articulam aos temas centrais ao debate metodológico do direito, o qual pressupõe a compreensão de temas substantivos do discurso jurídico, envolvendo o tema da justiça, da democracia e mesmo o da interpretação concreta do direito positivo. A contribuição que o artigo visa oferecer atinge as causas levadas ao judiciário nas quais se discute os limites das decisões do governo quando as suas ações impactarem direitos e garantias individuais fundamentais.

A perspectiva metodológica do artigo se insere no contexto do debate Hart-Dworkin, cuja relevância marcou um ponto de inflexão na teoria do direito, a qual a partir da década de 80 sofreu uma virada metodológica. O resultado foi a subdivisão do positivismo jurídico em duas correntes principais. A primeira, composta pelos positivistas inclusivistas⁴, que até certo ponto aceitaram a ideia de que princípios políticos morais poderiam integrar da fenomenologia do julgar. A segunda, compostas pelos positivistas exclusivistas⁵, os quais argumentaram que moralidade é um elemento externo ao sistema do direito, não figurando como um critério para a validade das proposições jurídicas. Ambas, contudo, se opuseram ao interpretativismo teórico de Ronald Dworkin, reiterando um conceito de direito enraizado em uma “convenção social fundamental”.

Para desenvolver o artigo, além desta Introdução, há quatro seções. Na Seção I, o debate Hart-Dworkin é apresentado a partir da crítica dworkiniana ao convencionalismo jurídico. Na Seção 2, a limitação teórica da ideia hartiana de “moralidade convencional” é explicitada a partir da contraposição ao conceito dworkiniano de “moralidade concorrente”. Na Seção III a discricionariedade judicial é criticada como solução para os casos em que o texto da lei não antecipa a situação em que a coação se aplica, sugerindo que o modelo interpretativista proposto por Dworkin é mais adequado para explicar e resolver os conflitos teóricos sobre a interpretação do direito. Na Seção IV a melhor conceituação de um conceito é ilustrada com base nos diferentes conceitos de direito.

⁴ Também referidos como “soft positivists” na língua Inglesa, dentre os quais, além de H. L. A. Hart, estão Jules Coleman e Will Waluchow (Macedo Jr., 2013, p. 75).

⁵ Também referidos como “hard positivists” na língua Inglesa, tem Joseph Raz como o seu principal exponte, cujos argumentos tomo neste trabalho por todos. Os positivistas exclusivos endossam a tese das fontes sociais do direito, mas acrescentam dois outros argumentos. Primeiramente, sustentam que o direito é uma instituição normativa, cujas regras servem para orientar a conduta e o julgamento das pessoas; secundariamente, afirmam que as regras do sistema jurídico atribuem poderes aos oficiais do direito para que julguem com autoridade o comportamento das pessoas, independentemente do mérito das suas decisões (Postema, 2006, p. 349).

Seção I - A crítica Dworkiniana ao convencionalismo hartiano

Com a publicação da obra “O conceito de Direito” (Hart, 1961), Herbert Hart introduziu no debate inglês e norte americano a ideia de que o estatuto de uma regra, enquanto elemento de um sistema jurídico complexo e amadurecido, se caracterizaria pela relação entre regras primárias e secundárias, cuja existência decorreria de uma asserção externa de fato, denominada “regra de reconhecimento”, cuja validade independeria do seu “conteúdo avaliativo ou de seu mérito moral”, e cuja existência seria fruto de uma prática complexa, mas normalmente concordante dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, os quais identificariam o direito por referência a determinados critérios aceitos (Hart, 1994, p. 120-121; p. 258; Macedo Jr., 2013, p. 73). A ideia de uma “forma convencional⁶ de consenso judicial” permitiu a Hart diferenciar o seu positivismo daquele outrora defendido por Austin e Bentham, os quais tratavam o direito como produto de uma autoridade soberana – i.e., um poder legislativo ilimitado, de maneira a que Hart rejeitaria a asserção de que o direito teria por fundamento o fato bruto de um comando, o que seria revelado por meio da obediência habitual a uma autoridade, pois embora segundo o seu convencionalismo o fundamento da ordem jurídica fosse fático, a “aceitação” de uma proposição jurídica original seria a condição para a validade desse sistema⁷ (Dworkin, 2006, 33-34).

A crítica de Ronald Dworkin ao convencionalismo de Hart decorre do fato de que na sua visão a “mera asserção externa de fato”, ou a “simples questão de fato dos fundamentos do direito⁸”, nada mais representaria senão aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado (i.e.: as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais), o que seria o reflexo de uma formação específica com base na qual o profissional do direito compreende o vocabulário jurídico, um aspecto que apenas o diferenciaria do modo como um leigo o entende, pois não possui a mesma formação. Sem negar que as questões jurídicas pudessem ser decididas com recurso aos “arquivos”, pois estes registram as decisões institucionais, preservando-as, os juízes – Dworkin se fere aos

⁶ Filosoficamente, o convencionalismo pressupõe que a verdade de uma proposição válida decorre de um acordo comum, ou do entendimento tácito daqueles que a empregam, de maneira que uma proposição originária não é nem verdadeira, nem falsa, mas sim escolhida conforme determinados critérios, os quais são definidos com alguma liberdade pelos práticos, independentemente dos seus argumentos morais, pois segundo Carnap, em lógica, os argumentos são sintáticos e não filosóficos. Cf. (Abbagnano, 2007, 207).

⁷ Enquanto Austin diria que “o limite de velocidade é uma regra de trânsito, uma vez que foi editada pelo poder legislativo”, Hart diria que “há limite de velocidade porque as pessoas aceitam a regra, bem como a estrutura da autoridade existente em âmbito local e nacional (Dworkin, 2006, p. 34).

⁸ Tradução do termo “plain-fact view” empregado por Dworkin (2003, p. 10).

juízes norte americanos e Ingleses -, quando julgam os “casos difíceis”, isto é, os casos para os quais “a lei não regula o caso concreto de forma específica”⁹, debatem o direito do ponto de vista teórico. De modo que essa divergência não é empírica, mas antes, é normativa, de maneira que advogados e juízes não divergem sobre “o que o direito é”, mas sim, sobre “o que o direito deveria ser” (Dworkin, 2003, p. 10).

Em Modelo de Regras I, originariamente publicada 1977, Dworkin analisou alguns julgados que serviam para demonstrar os seus argumentos. Dentre eles, o caso *Riggs v. Palmer*, no qual Elmer Palmer era herdeiro e havia sido condenado por crime de homicídio contra o testador, perdendo o direito à herança, mesmo que ausente uma regra específica que assim o previsse, de maneira que a resposta à questão jurídica envolvida no caso não fora mecânica e imediata. Ao contrário disso, segundo Dworkin, os argumentos arrolados pelos juízes para fundamentar a decisão proferida recorriam ao princípio da boa-fé, se sem fundamentar na literalidade do texto da lei (Dworkin, 1978, p. 81-82; 1986, 2008, p. 15-20). No caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, o tribunal decidira a favor do direito à indenização dos Henningsen, desconsiderando cláusulas contratuais que limitavam a garantia do produto em relações de consumo, pois entendeu-se que a cláusula fraudava a justa expectativa garantida aos consumidores, os quais esperavam adquirir produtos seguros para o uso (Dworkin, 1986, 2008, p. 24; 26-28). Em ambos os casos os critérios linguísticos não permitiram capturar as circunstâncias fáticas comumente aceitas, as quais, segundo o convencionalismo de Hart, seriam necessárias para demonstrar a verdade da proposição jurídica aplicável ao caso (Dworkin, 2006, p. 32), de modo que tanto no caso *Riggs v. Palmer*, como no caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, os juízes recorreram a alguma dimensão da moralidade política. Portanto, a complexidade do julgamento estava associada aos padrões mobilizados para decidir o litígio (Dworkin, 1978, p. 22), e não ao fato de que a textura aberta da linguagem suscitaria uma decisão judicial discricionária (Hart, 1957, 2013, p. 656- 658).

Os argumentos arrolados nesses casos, colocavam em questão o argumento hartiano, segundo o qual a verdade das proposições de direito dependeria do consenso entre os práticos, pois

⁹ Dworkin define esse tipo de decisão judicial como discricionária em sentido forte, pois uma vez ausente uma regra específica, o decisor poderá decidir o caso em um sentido ou em outro, e a decisão não se sujeitará a limites impostos por critérios jurídicos. Cf. (Dworkin, 1978. p. 81-82). Para Hart, os casos difíceis se caracterizam pelo fato de que “(...) a lei falha em fornecer uma resposta de qualquer dos lados”, “revela-se parcialmente indeterminada”, e “é fundamentalmente incompleta: ela não fornece resposta para a questão em disputa”. No seu entendimento, os casos difíceis “são legalmente não regulamentados” e, para chegar a uma decisão, os tribunais devem exercer a restrita “função de criação do direito”, a que chama de “discricionariedade”. Cf. (Hart, 1961, 1994, p. 252; 2013).

o que os casos explicitavam era que os desacordos entre os intérpretes não eram meramente fáticos, mas antes teóricos, o que colocava em xeque algumas das premissas fundamentais do positivismo jurídico, em especial no que tocava à tese das fontes sociais do direito (Macedo Jr., 2013, p. 160). Segundo Dworkin, “reconhecer a obrigatoriedade de uma regra” era diferente de “estabelecer uma regra para fazer algo”¹⁰ (Dworkin, 1978, p. 29), e essa teoria não distinguia o “dever em sentido fraco” (“ought to”), - isto é, a aceitação da obrigatoriedade de uma regra a partir de critérios fáticos -, do “dever em sentido forte” (“duty”), - isto é, a aceitação de padrões normativos específicos para justificar a força obrigatória do direito (Dworkin, 1978, p. 49). Ademais, o dever em sentido fraco não apenas não explicava os desacordos sobre a existência da regra social entre os práticos, como também não era capaz de justificar o sentido da ação daqueles que contra majoritariamente contestassem determinado valor (Macedo Jr., 2013, p. 73 e p. 288). O “valor político moral” parecia a Dworkin ser central para explicar o caráter proposicional da prática jurídica, pois segundo o autor, os juízes sempre estarão obrigados a aplicar uma regra, devendo extrair dela, de forma clara, uma obrigação (aqui entendido como um dever em sentido forte) (Dworkin, 2006, p. 14; 2003, p. 19; Macedo Jr., 2013, p. 73; Hart, 1961, 1994, p. 336). Cito Dworkin:

A lei não se limita a declarar o que os cidadãos privados devem ou não devem fazer; ela prescreve o que eles têm o dever de fazer, ou o que não têm o direito de fazer. Tampouco se limita a aconselhar juízes e demais autoridades sobre quais decisões deveriam tomar; prescreve que eles têm o dever de reconhecer e aplicar determinados padrões. Pode acontecer que, em certos casos, um juiz não tenha o dever de decidir de uma ou de outra maneira; e, nesse tipo de situação, resta-nos apenas dizer o que ele deveria fazer. (...) em tal caso, diz-se que o juiz tem “discrecionabilidade”. Mas todo filósofo do direito — salvo os mais radicais entre os realistas jurídicos americanos — sempre sustentou que, ao menos em alguns casos, “o juiz tem o dever de decidir de uma maneira específica, justamente porque o direito assim o exige”¹¹. (Dworkin, 1978, p. 49). (gf.)

Seção II – Limites da moralidade convencional para explicar as controvérsias teóricas

Em Modelo de Regras II, originariamente publicada 1977, Dworkin diferenciou as expressões “ter o dever de” (“ought to” ou “dever em sentido fraco”) de “dever” propriamente dito

¹⁰ Tradução livre para o trecho: “Accepting a rule as binding is something different from making it a rule to do something” (Dworkin, 1977, p. 29).

¹¹ Tradução livre para o trecho: “The law does not simply state what private citizens ought or ought not to do; it provides what they have a duty to do or no right to do. It does not, moreover, simply advise judges and other officials about the decisions they ought to reach; it provides that they have a duty to recognize and enforce certain standards. It may be that in some cases a judge has no duty to decide either way; in this sort of case we must be content to speak of what he ought to do. (...) in such a case the judge has ‘discretion’. But every legal philosopher, with the exception of the most extreme of the American legal realists, has supposed that in at least some cases the judge has a duty to decide in a particular way, for the express reason that the law requires that decision”. Cf. (Dworkin, 1978, p. 49).

(“duty” ou “dever em sentido forte”), explicitando os limites da moralidade convencional para explicar os desacordos teóricos entre juízes e/ou advogados. Argumentou que Hart, ao descrever o direito como uma “simples questão de fato”¹² tratou a divergência como “desobediência à lei”, e não ao contrário, como um novo posicionamento por meio do qual o direito poderia ser melhorado. Portanto, ainda que se admitisse que o texto de lei fosse o fundamento de um dever de seguir a regra, não haveria como sustentar, ao mesmo tempo, que o texto de lei era, por si só, a sua fonte, pois essa explicação pressuporia que a regra que se deseja identificar já exista, tornado circular a hipótese de que discricionariedade judicial decorreria das situações de vagueza e indeterminação da linguagem (Macedo Jr., 2022, p. 74; Dworkin, 1978, p. 47), sob pena de se refutar a verdade de que o direito, para além de atribuir aos cidadãos privados faculdades, indicando o que têm o direito de fazer e o que não estão autorizados a fazer, prescrevendo os limites da sua liberdade diante do “dever”, então esse raciocínio se aplicaria do mesmo modo aos juízes e advogados. Portanto, diante de uma regra que estatuisse que “a constituição se aplica e os juízes devem obedecê-la”, nos caberia indagar qual a origem dessa regra, e o porquê os juízes estão por ela obrigados¹³, uma questão fundamental e que deveria ser respondida pela filosofia do direito (Dworkin, 1978, p. 49).

Ao contrário do que afirmara Hart, o dever de observar a regra seria explicado por Dworkin não com base na moralidade convencional, mas sim como resultado da sua internalização¹⁴. Portanto, quando o juiz decidir uma causa, ele se deparará com um estado normativo de coisas e não um critério verificacionista e empírico, de maneira que a sua posição será diferente daquela descrita pelo exemplo do sociólogo que observa e descreve padrões de comportamento, tal como faz Hart quando se refere no seu livro ao exemplo dos “igrejeiros”. Nesse caso, segundo Hart, bastaria que a comunidade de religiosos se comportasse de determinada maneira, de modo que os homens retirariam o chapéu antes de entrar na Igreja. Porém, para Dworkin, a verdade como correspondência seria apenas “em princípio” capaz de satisfazer a exigência da proposição sociológica (Macedo Jr., 2022, p. 81), pois ainda que pudese concordar que o estado de coisas a que uma prescrição normativa se reporta, existirá se e apenas “se os

¹² Tradução livre para a expressão “plain fact view”. Ver (Dworkin, 2003, p. 10).

¹³ Trecho extraído da seguinte passagem: “(...) what imposes a duty on judges to follow the constitution? We cannot say the constitution imposes that duty without begging the question in the same way.” (Dworkin, 1978, p. 49).

¹⁴ “When judges appeal to the rule that whatever the legislature enacts is law, he is taking an internal point of view towards a social rule; (...)” (Dworkin, 1978, p. 51).

indivíduos entenderem que eles detêm um dever nos termos (factuais) que descreve”¹⁵, o exemplo dado por Hart não se explicava apenas com base em um “conceito representacionista de verdade”¹⁶ tal como é enunciado pelo sociólogo. Cito Dworkin: “Devemos, portanto, reconhecer uma distinção entre dois tipos de enunciados, cada um dos quais emprega o conceito de regra. O sociólogo, poderíamos dizer, afirma uma regra social, ao passo que o frequentador da igreja afirma uma regra normativa.”¹⁷ (Dworkin, 1978, p. 50-51).

Segundo o argumento de Dworkin, a existência de uma regra tal como a descrita no exemplo dos “igrejeiros” implicará ao religioso afirmar também as condições práticas da regra, adotando-a como padrão para guiar a sua conduta e para julgar as condutas dos demais membros dessa comunidade (Dworkin, 1978, p. 51; Macedo Jr., 2022, p. 81). O problema desse argumento é que, se Hart estivesse certo e a regularidade de um comportamento for constitutiva da regra social, então os juízes apenas estariam normativamente obrigados a aplicar uma regra quando houvesse um padrão regular pelo qual determinados “standards” fossem reconhecidos como necessários, segundo uma atitude interna por parte deles. Assim sendo, quando os juízes se referissem às leis editadas pelo parlamento como justificativa para uma decisão, o farão porque assumem uma “posição interna” em relação a uma norma social. Isto é, para além de afirmar a existência da regra social - “o que eles dizem é verdade porque há uma prática social nesse sentido” -, os juízes também indicariam a sua “disposição interna” em tomar a prática social como justificativa para se conformar à regra. Esse argumento é falho, contudo, pois ao afirmar que o dever de o juiz observar a regra é uma consequência da sua “aceitação”, Hart não explica os desacordos sobre a existência da regra social (Dworkin, 1978, p. 50 - 51; Postema, 2011, p. 412; Macedo Jr., 2022, p. 81). Na visão de Dworkin, embora a regra segundo a qual “os homens devem tirar o chapéu ao entrar na Igreja” seja inequívoca, desde que aplicada para homens adultos, ela será questionada caso um

¹⁵ No original: “duties exist when social rules exist providing for such duties. (...) when the practice/conditions for such rules are met. (...) when the member of a community behaves in a certain way; this behavior constitutes a social rule, and imposes a duty.” (Dworkin, 1978, p. 50).

¹⁶ A condição de verdade da proposição formulada pelo sociólogo seria atestada por meio da correspondência entre a proposição linguística de determinado estado de fático de coisas (Macedo Jr., : 2022: 81). O seguinte trecho extraído do texto intitulado “Modelo de Regras II” explica o exemplo: “(...) os deveres existem quando existem regras sociais que os estabelecem. (...) quando se verificam as práticas ou condições para tais regras. (...) quando um membro da comunidade age de determinada forma; esse comportamento constitui uma regra social e impõe um dever.” Cf. (Dworkin, 1978, p. 50).

¹⁷ Tradução livre para o trecho: “We must therefore recognize a distinction between two sorts of statements each of which uses the concept of a rule. The sociologist, we might say, is asserting a *social* rule, but the churchgoer is asserting a *normative* rule.” (Dworkin, 1978, p. 50-51).

bebê de colo, usando um boné, entre na Igreja carregado por sua mãe. Cito Dworkin: “Se os frequentadores da igreja acreditam que cada indivíduo tem o dever de tirar o chapéu ao entrar na igreja, mas que tal dever só existiria em razão de alguma prática social nesse sentido, então trata-se de um caso de moralidade convencional”¹⁸ (Dworkin, 1978, p. 53).

Quando o membro de uma comunidade faz um apelo a uma regra, ou critica um comportamento seu ou de outrem, contudo, o faz com base em uma regra de caráter normativo, e não com base em uma regra descritiva. Por essa razão, uma regra de fato não pode oferecer um critério normativo que explique o “dever” de os juízes aplicarem padrões específicos de direito (Dworkin, 1978, p. 49). Ainda que se possa argumentar que uma regra social fundada no comportamento convergente de juízes e burocratas seja fundamento último da autoridade de um sistema jurídico, essa regra não necessariamente oferecerá critérios suficientes para extrair dela uma regra de caráter prescritivo. O exemplo dos igrejeiros, embora possa estar correto, ele não oferece uma explicação satisfatória para elucidar a condição de verdade de uma proposição que impõe “o dever de não mentir”. Nessa hipótese, a condição verificacionista e empírica contida no exemplo dos igrejeiros não se aplicará, pois a proposição que prescreve o “dever de falar a verdade” não se tornará falsa porque ausente uma prática social que a comprove (Dworkin, 1978, p. 52).

Com o objetivo de identificar os enunciados descritivos, e diferenciá-los dos normativos, Dworkin recorre à filosofia moral, em cujo contexto o autor se propõe a analisar as circunstâncias sob as quais deveres e obrigações surgem (Dworkin, 1978, p. 49). Para ilustrar o seu argumento, Dworkin se refere à uma proposição tradicionalmente sustentada por vegetarianos, segundo a qual todos os seres vivos têm o direito à vida, razão pela qual não se deve comer carne. Como devemos compreender o apelo dos vegetarianos? Na visão do autor, embora possa haver uma norma moral fundamental, segundo a qual, independentemente das circunstâncias, é errado retirar a vida de um ser vivo, não há uma regra social nesse sentido. Apesar disso, o apelo dos vegetarianos a essa regra sugere que ela exista, pois para eles preservar a vida e não comer carne não é apenas uma recomendação. O que os vegetarianos desejam é proibir que animais sejam mortos. Como base nessa figura de linguagem, Dworkin explicita que em realidade, o que essa regra prescreve, é que sob nenhuma circunstância poderá ser atribuído a alguém o direito de tirar a

¹⁸ Tradução livre para o trecho: “If the churchgoers believe that each man has a duty to take off his hat in church, but would not have such a duty but for some social practice to that general effect, then this is a case of conventional morality.” (Dworkin, 1978, p. 53).

vida de um ser vivo, pois, subjacente à reivindicação dos vegetarianos, há o dever moral de respeitar a vida. Dessa maneira, segundo Dworkin, a afirmação do vegetariano, cito: “(...) não quer dizer simplesmente que seria desejável que a sociedade reorganizasse suas instituições de modo que nenhum indivíduo jamais tivesse o direito de tirar a vida, mas sim que, na realidade, nas condições presentes, ninguém jamais possui tal direito”¹⁹ (Dworkin, 1978, p. 53).

Portanto, embora a versão forte da teoria social se aplique ao exemplo dos igrejeiros, ela não permitirá aos vegetarianos reivindicarem normativamente a sua demanda, sob pena de fragilizar o argumento de uma regra social fundamental. Portanto, embora possamos estar de acordo que devemos respeitar a vida em todas as suas formas, a substância desse acordo pode se refletir em uma moralidade concorrente (Postema, 2011, p. 412). Isto é, ainda que a regra seja produzida pela comunidade, e decorra do fato de os seus membros acordarem uma regra prescritiva, o “fato do acordo” não é essencial para fundamentar a regra (Dworkin, 1978, p. 53).

Dworkin ressalva, porém, que a teoria poderá sustentar que esse emprego dos conceitos de “regra” e de “dever” caracterizam um caso especial, e que, de fato, pertence a uma espécie distinta de prática moral, a qual depende parasitariamente da prática padrão que a teoria se propõe a explicar. Ainda assim, os exemplos acima demonstram haver diferenças entre uma norma estatuída por uma regra social e uma norma estatuída por uma regra normativa. De modo que, explicar o significado de uma demanda por “dever em sentido forte”, ou uma afirmação sobre a normatividade de uma regra que o contém -, ao menos para os casos em que uma comunidade entende que um dever, tal como no caso dos vegetarianos, existe -, exige mais do que a teoria social oferece na sua versão forte. Por essa razão, para que a teoria social também contemple a situação em que a comunidade exibe uma moralidade concorrente, ela precisará explicar as situações em que os membros dessa comunidade, embora concordem em afirmar a mesma regra normativa, ou praticamente a mesma regra desse tipo, podem não considerar o “consenso” como parte essencial dentre os fundamentos para afirmar tal regra (Dworkin, 1978, p. 53). Apesar desse entendimento, Hart parece não reconhecer a diferença entre esses dois tipos de regra, pois a teoria social que endossa é do tipo forte, razão pela qual não comporta a moralidade concorrente, negando-se a reconhecer que duas asserções possam prescrever duas regras distintas. Finalmente, Dworkin

¹⁹ Tradução livre para o trecho: “(...) in the case of the vegetarian, (...) claim. He wants to say, not simply that it is desirable that society rearrange its institutions so that no man ever has the right to take life, but that in fact, as things stand, no one ever does have that right.” (Dworkin, 1978, p. 53).

argumenta que conceito de obrigação que Hart sustenta traz implicações fatais, pois quando aplicado ao dever judicial torna o desacordo sobre reivindicações de dever impossível (Postema, 2011, p. 412-413).

Para Dworkin, pois, a prática social não é a parte essencial para um julgamento normativo, pois quando o objetivo de uma regra associada a uma prática comum é discutido, então novas regras irão suceder as antigas, as quais teriam sido previstas de modo insuficiente para abranger os casos novos, o que seria improvável segundo a descrição feita por Hart das controvérsias sociais, pois havendo controvérsias normativas, não haverá como sustentar que a comunidade se comprometeu com uma demanda ou dever, exceto com aqueles cuja origem está baseada em um acordo uniforme (Postema, 2011, p. 413). Embora Dworkin reconheça que alguns dos juízes possam entender que o seu dever de aplicar a regra decorra do fato de a sua edição ter sido feita pelo poder competente, o legislativo, seguindo o processo democrático, razão pela qual entendem que a regra fundamenta o dever nos princípios políticos, os quais são aceitos pelos seus próprios méritos, o autor discorda da teoria social, pois entende que ela falha ao insistir que a prática deva, de algum modo, ter o mesmo conteúdo das regras que indivíduos afirmam em seu nome (Dworkin, 1978, p. 57), pois outros juízes, de modo contrário, poderão entender que a prática judicial geral é elemento essencial para justificar o seu dever em aplicar a regra. A maioria dos juízes em sistemas jurídicos típicos entenderia desse modo. Ainda assim, a teoria social não será adequada, nem mesmo para justificar a moralidade convencional (Dworkin, 1978, p. 54), pois segundo o seu argumento, o qual cito: “Se os juízes estão de fato divididos (...), então não é incerto se alguma regra social rege essa decisão; ao contrário (...)”²⁰ (Dworkin, 1978, p. 62).

Por fim, ainda que Hart tenha sido cuidadoso ao afirmar que uma regra social de reconhecimento possa ser incerta em alguns casos, de modo que não resolverá todas as questões que possam surgir sobre o que conta como direito²¹ (Dworkin, 1978, p. 61), o problema que Dworkin deseja ressaltar ao criticar o caráter convencional da teoria social está associado às situações em que a ausência de uma regra social implica na ausência de uma obrigação em sentido forte de o juiz decidir conforme o objetivo da regra. Nesses casos, a solução dada pelo positivismo

²⁰ Tradução livre para o trecho: “If judges are in fact divided (...) then it is not uncertain whether any social rule governs that decision; on the contrary (...)” (Dworkin, 1978, p. 62).

²¹ Tradução livre para o trecho: “a social rule of recognition might be uncertain in some cases, so that it does not settle every issue that might arise about what counts as law” (Dworkin, 1978, p. 61).

hartiano será a da discricionarietà judicial, também em sentido forte. Quando os juízes não têm o dever de decidir de uma maneira ou de outra podem, portanto, decidir livremente até que uma corte suprema crie o dever (Dworkin, 1978, p. 63).

A luz dessas considerações é que Dworkin sustenta que as proposições normativas não decorrem necessariamente das práticas sociais convencionais, de maneira que a força normativa do direito se justifica com base no dever político moral. Sob esse ponto de vista, é um erro afirmar, com base na moralidade convencional, que a prática social é a parte essencial para o julgamento normativo.

Seção III - Qual o papel da moralidade na teoria do direito?

Até aqui o debate que se esboçou colocou em questão a tese positivista acerca dos fundamentos fáticos de validade do direito, explicitando as limitações desse modelo teórico para resolver as controvérsias interpretativas acerca do direito aplicável nos casos difíceis, pois os critérios verificacionista e empíricos não seriam suficientes para conceituar o direito nos casos em que o desacordo interpretativo recaísse sobre as regras que fundamentam as proposições jurídicas. Para os positivistas, contudo, apenas as regras se impõem aos juízes de forma autoritativa, de maneira que os padrões ou princípios políticos morais, por não serem regras, não impõem aos juízes obrigações. Consequentemente, quando um caso não for controlado por uma regra estabelecida, os juízes decidirão sem vinculação a padrões derivados da autoridade da lei (Dworkin, 1978, p. 34), de maneira que a discricionarietà seria um recurso interpretativo utilizado para enfrentar os problemas associados a indeterminação da linguagem, cuja textura aberta impedia ao direito antecipar todas as situações de coerção (Hart, 1961, 1994, p. 139-143). Essa leitura razão pela qual um julgamento virtuoso, maduro e prudente se fundamentaria o em um princípio a fim de justificar a decisão (Hart, 1957, 2013, p. 656- 658). Para Dworkin, contudo, quando os princípios são aplicados para solucionar os “casos difíceis” – isto é, casos em que a lei não regula o caso concreto de forma específica, sem que isso queira significar que não há direitos atribuíveis a uma das partes -, caberá ao juiz o dever de descobrir quais são os direitos que pertencem à parte, o que fará com base em “um senso comum de pertencimento sobre o que é apropriado, desenvolvido no bojo da profissão jurídica e do público ao longo do tempo” (Dworkin, 1978, p. 81-82). Por essa razão, tanto a argumentação como as análises jurídicas “interpretativas”, devem extrair das práticas jurídicas o melhor sentido moral (Wacks, 2014, p. 44), de maneira que os critérios semânticos, embora sejam

adequados para representar alguns conceitos tais como o de livro, árvore, casa ou veículo, não são suficientes para conceituar o direito nos casos em que o desacordo interpretativo recair sobre as regras que fundamentam as proposições jurídicas sem impactar a moralidade e a fidelidade ao direito, (Dworkin, 20006, p. 5; Postema, 2011, p. 416).

Portanto, retomando o exemplo ilustrado pelo caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* prevaleceu a política de proteção aos compradores de automóveis em detrimento do princípio de liberdade contratual, uma dimensão de peso importou para solucionar o conflito, de maneira que a força relativa de cada princípio envolvido no problema foi considerada²². Essa dimensão, contudo, não está presente nas regras que importam em razão da sua funcionalidade, de maneira que em um sistema de regras, quando uma regra for mais importante do que a outra, a de menor importância será suplantada (Dworkin, 1978, p. 43). Ao contrário disso, os padrões argumentativos empregados nos casos analisados na Seção I, apontaram para decisões particulares sobre as obrigações jurídicas em situações também particulares. Nesse outro sistema, os casos difíceis não serão decididos em termos de uma filosofia geral, segundo a qual, se uma proposição não puder ser demonstrada, então ela não será verdadeira (Dworkin, 1978, p. 81-82), pois quando o princípio deixar de fazer sentido, ou não parecer mais justo, então ele será ignorado, independentemente de ser revogado ou anulado. Em todo caso, o reconhecimento da força obrigatória de um princípio, e do direito que nele se fundamenta, independerá de uma decisão legislativa em particular, de modo que os padrões empregados para decidir os casos difíceis serão diferentes das regras. Além de diferenciar princípios de regras, Dworkin também os diferencia da política. Cito:

Princípios diferem de políticas na medida em que os primeiros constituem “um padrão a ser observado, não porque promovam ou assegurem uma situação econômica, política ou social, mas porque são uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Em contraste, uma “política” corresponde “àquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade”²³ (Wacks, 2014, p. 46). (gf. no original)

²² Esse seria um caso que, segundo Hart, envolveria a discricionariedade em sentido fraco. Cf. (Hart, 2024, p. 6).

²³ Dworkin irá usar genericamente o termo “princípios” para se referir ao conjunto de padrões diferentes das regras, os quais envolvem princípios, políticas (policies) e standards. Em alguns casos fará a distinção entre princípios e policies, tal como consta da citação, aqui reproduzida no original: “Principles differ from policies in that the former is ‘a standard to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality’. A ‘policy’, however, is ‘that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community’.” Cf. (Wacks, 2014, p. 46).

De certa maneira, é possível sustentar que na visão de Dworkin os princípios descrevem direitos, enquanto as políticas descrevem objetivos, e na medida em que os direitos são para Dworkin “trunfos”, eles opõem aos objetivos da comunidade um “peso limite”. Quando cotejados aos objetivos sociais, limitam a abrangência de uma decisão, não podendo ser suplantados por um objetivo comunitário concorrente, uma diferença entre padrões de julgamento que, segundo Dworkin, os positivistas não reconhecem²⁴ (Wacks, 2014, p. 46; Dworkin, 1978, p. 22).

Porém, o juiz ideal – a quem Dworkin chama de Hércules – deve “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente para todos os precedentes do direito consuetudinário, na medida em que estes devam ser justificados por princípios, também por princípios constitucionais e estatutários”. Quando os materiais jurídicos permitirem mais de uma interpretação consistente, Hércules decidirá sobre a teoria do direito e da justiça que melhor se coaduna com a “história institucional” da sua comunidade. E se Hércules descobrir uma decisão anterior que não “se ajusta” à sua própria interpretação da lei? Suponha que seja um precedente decidido por um tribunal superior que Hércules não tenha o poder de anular? Ele pode, diz Dworkin, tratá-lo como um “erro embutido” e confiná-lo a ter apenas “força de promulgação”. Isto significa que o seu efeito será limitado em casos futuros à sua formulação precisa. Quando, no entanto, um julgamento anterior não for anulado, nem considerado como um erro embutido, gerará o que Dworkin chama de “força gravitacional”, isto é, exercerá uma influência que se estende além da sua formulação real: apelarà à justiça para tratar casos semelhantes igualmente (Wacks, 2014, p. 47).

Embora Hart contra-argumente dizendo que o juiz Hércules é expressão bastante limitada da atividade adjudicatória, e que os juízes se utilizam de argumentos de política, sem reescrevê-los como princípios afetos a direitos individuais, bem como que tais argumentos não se limitam a considerar os critérios utilitaristas, de maneira que esses argumentos não são problemáticos da mesma forma pela qual são tomados por Dworkin (Hart, 2024, p. 8), este insiste que o positivismo jurídico é gravemente prejudicado por argumentos relativos aos critérios de validade do direito segundo a regra de reconhecimento (“ferrão semântico”), pois as divergências

²⁴ Hart argumenta ser difícil apartar as políticas dos princípios no trabalho de Dworkin. Afirma que há casos em que um princípio é tomado em um caso como critério para justificar uma decisão, e empregado em outro como uma política. Por isso, no trabalho do Dworkin, o próprio conceito de política varia a depender do caso, de maneira que no trabalho desse autor o argumento de política pode ser um critério para conceber um direito. Cf. (Hart, 2024, p. 3-5).

argumentativas que travam sobre o direito são apenas divergências semânticas relativas ao significado da palavra “direito” (Wacks, 2014, p. 47), de maneira que, se ele estiver certo, há uma resposta correta para cada problema legal, cabendo ao juiz o “dever” de encontrá-la.

Finalmente, Dworkin sustenta que a força obrigatória dos princípios tem por fundamento uma teoria que toma os direitos individuais (liberdade, equidade etc.) como uma espécie particular de direitos políticos, o que lhes assegura um status institucional particular, tal como o direito de obter uma decisão proferida por um Tribunal no exercício regular da sua função adjudicatória (Dworkin, 1978, p. ix). Porém, como essa é uma construção teórica complexa, e que envolve compreender as situações específicas em que a tese dos direitos como trunfos se aplica, nos limites desse trabalho cabe apenas registrar que o próprio Dworkin reconhece que nem todos os direitos, nem mesmo os de natureza constitucional, representam direitos morais a serem opostos ao governo (Dworkin, 1978, p. 191).

Seção IV - Os conceitos naturais e interpretativos

Após contestar o conceito de obrigação apresentado por Hart no seu livro “O Conceito de Direito”, Dworkin sustenta, a exemplo do que se entende por direito em diferentes línguas, que cada conceito comporta diferentes usos. Na sua visão o exemplo dos igrejeiros é ilustrativo do seu argumento, pois reflete uma aplicação específica teoria social de Hart, a qual se restringe ao “dever de os juízes observarem a regra”, sem distinguir os critérios que comprovam a veracidade de uma proposição normativa em situações específicas, em especial quando a proposição estiver amparada na moralidade convencional. A esse exemplo, Dworkin autor contrapôs o exemplo dos vegetarianos, propondo também uma reflexão sobre a proposição que afirma “o dever de não mentir”. Nesse último caso, conforme visto na Seção II, a proposição que prescreve o “dever de falar a verdade” independia de uma prática social que a comprovasse, sem que esse fato a tornasse falsa. Pelo contrário, no caso da regra que proibia a mentira, o dever afirmado não dependia de regra social alguma²⁵, pois o conceito de direito que lhe dera fundamento pressupunha critérios “avaliativos” e “interpretativos” (Dworkin, 1978, p. 51-52). O mesmo não se poderia dizer em relação ao caso dos frequentadores da igreja, pois embora acreditassem que cada

²⁵ Cito: “He might be asserting a duty that does not in fact depend upon the existence of a social rule.” (Dworkin, 1978, p. 52).

homem tinha o dever de tirar o chapéu antes de entrar na igreja, não entendiam que tinham esse dever, exceto se alguma prática social com esse efeito geral o impusesse (Dworkin, 1978, p. 53).

Nos ensaios que fazem parte da coletânea “Uma questão de princípio”, publicada em 1985, Dworkin procurou mostrar como o nosso uso de conceitos como leão, água ou besouro era distinto de nosso uso do conceito de cortesia, artístico etc. A diferença não era apenas semântica, mas sim uma diferença gramatical no uso de tais conceitos (Macedo Jr. 2013, p 242). A diferença entre “tipos de conceitos” foi retomada na obra “Juizes de Toga”, originalmente publicada em 2006, quando Dworkin explicara os desacordos teóricos sobre “o que o direito é” a partir dos diferentes sentidos do conceito de direito, os quais eram formulados com base nas convicções morais dos juizes, influenciando os seus julgamentos acerca “do que é o direito” (Dworkin, 2021, p. 3). Na ocasião, Dworkin afirmou que, segundo um sentido doutrinário²⁶ de direito, o qual é em regra empregado quando o que se busca representar são os efeitos práticos de uma regra jurídica, analisa-se o que a regra “exige, proíbe, permite ou cria” em uma situação fática especial (Dworkin, 2021, p. 4-5). Caso o direito seja considerado em um outro sentido, contudo, como por exemplo em sentido sociológico, o conceito será empregado para se referir a um tipo específico de estrutura socioinstitucional (Dworkin, 2021, p. 6). Porém, enquanto o “conceito doutrinal” é de tipo “criterial”, isto é, de espécie natural, cujos elementos nos permitem identificar objetos, os descrevendo pelas suas características (i.e.: a água é uma molécula que se representa pela seguinte estrutura H₂O), o “conceito sociológico” permite identificar uma estrutura social na qual o direito surge (i.e.: “o direito não existe onde não existem instituições especializadas de imposição coercitiva”²⁷) (Dworkin, 2021, p. 6). Nos casos em que os conceitos se interrelacionam, por exemplo, na interconexão entre o conceito criterial e o conceito sociológico, poderá haver alguma confusão. Se o conceito doutrinário de direito figurar entre os limites do conceito sociológico da seguinte maneira: “nada é um sistema jurídico no sentido sociológico a menos que faça sentido perguntar que direitos e deveres o sistema reconhece”, essa interconexão, embora importante, não será recíproca, pois, “nem todo conjunto de normas que mobiliza direitos e deveres constitui um

²⁶ O sentido doutrinário, tal como empregado por Dworkin, é diferente do que se entende no Brasil por “doutrina do direito” (dogmática jurídica). Ele implica no “uso do conceito de direito quando formulamos proposições jurídicas com valores de verdade” (Macedo Jr., 2013, p. 244).

²⁷ Tal como o conceito empregado por Max Weber para descrever o direito de um ponto de vista institucional.

sistema de direito”, sendo, portanto, necessário delimitar os limites do conceito doutrinário, dado que o seu estatuto filosófico é diferente daquele do conceito sociológico²⁸ (Dworkin, 2021, p. 7).

Quando os filósofos do direito perguntam “se certos princípios morais são também princípios jurídicos”, fazem uso de um “conceito taxonômico de direito”. Segundo ele, em qualquer comunidade política onde exista o direito em sentido sociológico, também haverá um conjunto distinto de regras, e de outros padrões, os quais serão tidos por jurídicos em oposição a outros padrões morais, costumeiros ou de outra natureza. Segundo Dworkin, o conceito taxonômico propõe, contudo, uma “pista falsa”. Primeiramente, o seu “traço escolástico” implica que “a ideia de direito tenha um conjunto de padrões distintos, o qual em princípio se poderia “tipificar e contar”, sem responder, porém, à pergunta segundo a qual se indaga “se a moral é pertinente para se decidir quais proposições de direito são verdadeiras”. Por exemplo, por meio de um conceito taxonômico do direito, não se poderá explicar de que modo os princípios da aritmética, embora estejam claramente presentes nas condições de verdade de algumas proposições de direito, - a exemplo da proposição de que “Cohen tem a obrigação legal de pagar uma quantia exata a Cosgrove, inclusive, juros” -, segundo os seus critérios de verdade não são princípios jurídicos. Uma vez que a verdade de uma proposição jurídica poderá variar conforme seu sentido, então, os critérios taxonômicos não são critérios adequados para avaliar a veracidade de uma proposição que mobilize princípios morais. (Dworkin, 2021, p. 8).

O caso da Sra. Sorenson é utilizado por Dworkin para ilustrar os seus argumentos acerca da conceituação do direito e o impacto do conceito sobre o método de julgamento de um caso. Segundo o autor, Sra. Sorenson, tendo proposto uma ação contra as indústrias do segmento farmacêutico em razão enfermidades colaterais causadas pelo uso prolongado de um medicamento, não foi capaz de individualizar a responsabilidade civil dos diferentes fabricantes e laboratórios que o comercializaram. Por essa razão, os advogados da autora propuseram a ação o fizeram contra todos os laboratórios farmacêuticos que no período em que a Sra. Sorenson consumiu o “Inventum” o fabricaram, argumentando que a melhor interpretação da lei de responsabilidade civil, nesse caso, seria a de que cada réu fosse responsável por uma parte do dano, conforme a proporção da sua

²⁸ Podemos negar, por uma série de razões, que os nazistas tinham um sistema jurídico, mesmo assim podemos responder à pergunta sobre quais direitos e deveres eram reconhecidos pelo suposto direito nazista. Portanto, a disponibilidade do conceito doutrinário compromete a determinação do conceito sociológico. Cf. (Dworkin, 2021, p. 7-8).

participação no mercado. Os advogados dos laboratórios figurantes como réus da ação alegaram, contudo, que nenhuma das farmacêuticas seria responsável pelo dano, exceto se a autora fosse capaz de comprovar a responsabilidade individual de cada uma delas, demonstrando, além dos problemas causados à sua saúde, a responsabilidade individual de cada empresa ré (Dworkin, 2021, p. 13-14).

Segundo Dworkin, os argumentos apresentados pelas partes implicaram em afirmações sobre o que “o direito é”, e não sobre “o que o direito deveria ser”, pois se destinavam a obtenção de uma decisão judicial que lhes fosse favorável, formulada com base no que entendiam ser o direito. Ao sustentarem o que era justo naquele caso, a resposta à questão dependeria do modo como o juízo compreendia “o que era o direito” naquela jurisdição em que a Sra. Sorenson litigava (Dworkin, 2021, p. 13-14). Enquanto o método adotado pelos advogados de defesa pressupôs que o direito alegado pela Sra. Sorenson deveria ser demonstrado empiricamente, o método adotado pela acusação pressupôs que as particularidades do caso impediam que os mesmos critérios presentes nas decisões passadas fossem aplicados ao caso em tela, de modo que os critérios factuais eram inúteis para comprovar a verdade dos argumentos jurídicos que arrolavam. Por isso, embora os princípios gerais citados pelos juízes de outrora acerca de responsabilidade e causalidade²⁹ configurassem uma afirmação do direito plenamente correta, o caso em questão dependia de princípios mais profundos, os quais ainda não haviam ainda sido formulados, mas nem por isso seriam inexistentes (Dworkin, 2021, p. 14).

Como decidir qual desses métodos, tão diferentes que são, é o correto para determinar “o que é o direito” no caso em questão? Dworkin argumentara que, do ponto de vista de uma teoria geral do direito, o conceito doutrinário poderia ser útil, desde que respondesse à seguinte questão central: “quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem, claramente, concordar e divergir acerca de sua aplicação?” (Dworkin, 2021, p. 14). O sentido doutrinal do conceito de direito reportar-se-á, em síntese, ao contexto linguístico no qual se requer um valor de verdade para proposições jurídicas. Do ponto de vista prático, contudo, essa lógica afeta o modo

²⁹ Nos casos anteriores envolvendo responsabilidade civil, os juízes haviam fundamento a sua decisão em um direito enunciado com mais precisão, nos termos de um princípio mais geral, que exigia a demonstração da causalidade na maioria dos casos em que a parte processava a outra para obter indenização por algum dano. Cf. (Dworkin, 2021, p. 14).

como uma questão de direito será decidida (Macedo Jr., 2013, p. 246). A importância prática dessa questão suscita a ocasião para formular a pergunta fundamental acerca da necessidade de considerar os critérios morais para demonstrar a veracidade de uma proposição jurídica, tal como formulada pelos advogados da Sra. Sorenson, assim como para indagar em quais circunstâncias as proposições de direito assim autorizam e/ou exigem (Dworkin, 2021, p. 5).

Essa questão é particularmente importante em comunidades políticas como a nossa, na qual decisões políticas relevantes são tomadas por juízes, e o que se espera deles é que sejam suficientemente responsáveis para recorrer à moral quando as proposições jurídicas assim demandarem para demonstrar a sua veracidade (Dworkin, 2021, p. 5). Por isso, conforme o propósito que se tenha em mente, e de acordo com o contexto de uso da linguagem, uma “definição estipulativa” do tipo de estrutura social, que deve ser considerada quando nos referimos a um sistema jurídico, poderá ser necessária (Macedo Jr., 2013, p. 246). Para explicar essa afirmação, Dworkin introduz o “conceito aspiracional” de direito, o definindo por meio de casos nos quais nos referimos a um “ideal de legalidade” ou ao “Estado de Direito”. Segundo ele, o conceito aspiracional oferece critérios que podem ser fundamentais para estabelecer conexões entre “economia e direito” ou “direito e religião”, pois as variáveis sociais que oferece são capazes de demonstrar a importância moral de determinadas práticas³⁰ (Macedo Jr., 2013, p. 247). Apesar disso, o conceito aspiracional é controverso, pois, embora possamos concordar com o fato de que um Estado de Direito seja desejável, divergimos sobre qual é a melhor formulação desse ideal, se formal ou substantiva (Dworkin, 2021, p. 9). O emprego desse conceito, contudo, exclui a necessidade de nos perguntarmos sobre a relevância da moralidade política, uma vez que o que está em jogo na definição aspiracional é, exclusivamente, uma questão de moralidade política (Macedo Jr., 2013, p. 251).

Na medida em que para responder uma questão jurídica é necessário elucidar qual é o “tipo de conceito de direito” ao qual nos referimos, então a depender do tipo conceito que se adota, a resposta será diferente. Mesmo assim, em grande parte das questões jurídicas que exigem uma resposta quanto à verdade de uma proposição, o conceito de direito envolvido será o interpretativo, o que faz da pergunta sobre “o que é o direito” uma pergunta em si mesma interpretativa. Segundo Dworkin, pois, “uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de

³⁰ Nessa passagem Dworkin se refere à sociologia de Max Weber. Cf. (Macedo, Jr., 2013, p. 247).

princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea (Dworkin, 2021, p. 22).

Com base nessa afirmação é possível sustentar que a moral tem um papel a desempenhar em dois pontos distintos da teoria jurídica dworkiniana. Primeiramente, no estágio teórico, quando um valor for atribuído à prática jurídica. Em segundo lugar, no estágio da decisão judicial, quando os juízes forem instados a fazer justiça, e informados de que a justiça de um caso particular envolve conceder o direito a indenizações (i.e.: como no caso da Sra. Sorenson). Em cada estágio, contudo, o papel desempenhado pela moral será diferente. Por essa razão é que, para Dworkin, a integridade do direito exigirá que os juízes considerem a moral em apenas alguns casos, nos quais a moral se destinará tanto a “identificar o que é o direito”, quanto a “identificar o modo de os juízes honrarem a suas responsabilidades enquanto tal”. A diferença será a de que, nesses casos, as teorias não incluem ou que excluam a moralidade, mas antes, a incluem em estágios distintos de análise - semântico, teórico, doutrinário e de decisão judicial. As implicações diversas para o juízo político final, mas será com base nele que se irá consumir uma teoria jurídica completa (Dworkin, 2021, p. 23-32).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, N. Dicionário de Filosofia. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. Publicado originalmente em 1977.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. In: BOEIRA, Nelson (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002. Publicado originalmente em 1977.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. In: CAMARGO, Jefferson Luiz (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003. Publicado originalmente em 1986.
- DWORKIN, Ronald. Law's Empire. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006. Publicado originalmente em 1986.
- DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. In: CAMARGO, Jefferson Luiz (trad.); SANTOS, Francisco (rev.); FREIRE, Antônio R. (rev. técnico). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2021.

HART, H. L. A. O Conceito de Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, H. L. A. Postscript. In: The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 238-276.

HART, H. L. A. Discretion. Harvard Law Review, v. 127, n. 3, p. 652-665, 2013. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr127&i=664>. Acesso em: set. 2024.

HART, H. L. A. Policies, Principles, and Adjudication (c. 1977-82). The American Journal of Jurisprudence, v. 69, n. 2, p. 127-134, out. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ajj/auae014>. Acesso em: 20 dez. 2024.

MACEDO JR., Paulo. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JR., Paulo. Ronald Dworkin e a teoria do Direito: o direito em desacordo. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. E-book. ISBN 9786556275895. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556275895/>. Acesso em: 27 dez. 2024.

POSTEMA, Gabriel. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Cham: Springer, 2011.

Valles Santillán, G. G. (2022). Ronald Dworkin's Legal Non-Positivism: Main Characteristics and its Confrontation with Legal Positivism of the Twentieth Century (H.L.A. Hart). *Mexican Law Review*, 14(2), 107–117. <https://doi.org/10.22201/ij.24485306e.2022.2.16570>. Acesso em: 20 set. 2025.

WACKS, Raymond. Dworkin: the Moral Integrity of Law. In: Philosophy of Law: A Very Short Introduction. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/actrade/9780199687008.003.0003>. Acesso em: 3 dez. 2024