



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

A QUEM INTERESSA MEU CORPO?
BREVES NOTAS ACERCA DA JUSTIFICAÇÃO MORAL DO DIREITO

GUILHERME MICHELAZZO BUENO

Brasília
2017

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Guilherme Michelazzo Bueno

A QUEM INTERESSA MEU CORPO?
BREVES NOTAS ACERCA DA JUSTIFICAÇÃO MORAL DO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Constituição e Democracia”, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Scotti

Brasília
2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

Guilherme Michelazzo Bueno

A QUEM INTERESSA MEU CORPO?

BREVES NOTAS ACERCA DA JUSTIFICAÇÃO MORAL DO DIREITO

Apresentada à banca examinadora em ____ / ____ / 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Guilherme Scotti
(Orientador – Presidente – FD, UnB)

Professor Dr. Menelick de Carvalho Netto
(Examinador Interno – FD, UnB)

Professor Dr.
(Examinador Externo)

AGRADECIMENTOS

Seria um *erro categórico* pretender ser único dono de qualquer trabalho. No mínimo, o próprio *discurso* já comprometeria um *suposto* domínio absoluto: o discurso sempre esteve à *disposição* do autor. Sua existência precede à daquele que dele se apropria para comunicar, de modo que este simples *fato* já censuraria uma tal pretensão deselegante.

E já que esta pesquisa pretende entender o *discurso* do direito, agradeço ao meu orientador, Guilherme Scotti, mais do que pela sua participação (sempre *necessária*, em razão mesmo de *um mínimo* compromisso funcional) nessa jornada, pela sua *atitude*: a garantia de um território-livre para uma experiência de pensamento, tão árdua quanto quieta (já não se disse que o *silêncio* é o *início* de todo discurso?). Obrigado pela salvaguarda de tão árido território: fiz um *sincero* esforço para aproveitar ao máximo essa concessão.

Ao colega e amigo Jair Araújo Facundes, não somente por partilhar seu fino conhecimento (sem adjetivo mesmo), mas pelas muitas vezes nessa jornada, e *para essa* jornada inclusive, nos falar da *esperança*. De alguma forma, seu *discurso* comportava a comunicação desse *sentimento*: e isso é alguma coisa *linda* (à falta de outro termo que não do discurso *estético* – o qual parece ser o único *possível* para *avaliar* a experiência desse fato). Que *sempre* lhe sobre esperança, meu amigo!

Last but not least, a servidora da Justiça Federal do Acre Maureen da Silva Brandão possibilitou um conforto profissional *a mais* necessário para a experiência quieta do pensamento. Minha gratidão é só reflexo de sua competência e zelo profissionais.

RESUMO

Como se identifica o direito? O que é isso que acontece quando divergimos sobre o curso de ação a ser imposto pelo direito? O direito pode ser alguma coisa que invoque minha obediência independentemente da minha avaliação dele? Juízes devem apelar a padrões de comportamentos vigentes na comunidade para a justificação de um curso de ação num caso concreto? Eles têm discricionariedade na escolha do curso de ação? O que é justificar o direito, que não coincide com a tarefa de identificá-lo? Aliás, existe diferença entre tais tarefas? A presente pesquisa somente traz à tona algumas notas em torno dessas questões. Convencionou-se que tanto o direito como a moralidade lidam com questões sobre a forma pela qual esperamos que o outro se comporte, porém o direito invoca nossa obediência. “Um homem pode usar saia?”, seria a pergunta da moral; “podemos impedi-lo de usar saia?”, seria a questão para o direito. A estudante de uma tradição cuja moral (uma ordem normativa qualquer, como a religião) a obriga a cobrir seu rosto em ambiente social pode ser submetida a descobri-lo pelo direito? A pesquisa, então, toma o rumo da novidade que consistiu o positivismo jurídico de Hart na identificação do direito. Após, aborda-se algumas discussões que acontecem sobre a crítica de Dworkin às ideias do positivismo jurídico da tradição de Hart, para concluir que a explicação para essa autoridade da qual todos somos súditos é compreendida com a ideia de justificação de Dworkin. A novidade de Dworkin é que a justificação do direito, da qual tomam parte argumentos morais, é o que importa na sua definição. Não que somente importa: o próprio discurso do direito é da justificação, do que é isso que eu devo obedecer. A pesquisa pretende deixar claro que somente a ideia de justificação explica a prática do direito numa comunidade liberal, em que estamos de acordo com um mínimo de igualdade entre seus membros.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Moralidade. Positivismo Jurídico. Positivismo Jurídico Inclusivo. H. L. A. Hart. Interpretação. Justificação. Ronald Dworkin.

ABSTRACT

How can we identify the law? What is this that happens when we disagree about the guidance granted by the law? To what standards can the judges appeal to established the law in a hard case? Moral standards? How can we deal with the authoritative nature of the law regardless of the appraisal we always have about it? What does it mean justify the law? Is there any difference between these two different theoretical tasks, like justify and identify the law? The research intends bring to light some consequences against which legal theory can face if it does not answer them properly. There is no disagreement about the assumption that law, like morality, deals with the public behavior, but we only must obey the law. And this feature, the guidance of the law, was the case for a theory like Hart's, or even the positivists before him. But the research intend to show the account provide by Hart is incomplete in regard to the legal practice we accord we take part. But not only incomplete. Hart's theory misunderstand the language of the practice, and Dworkin shows that by bringing to light the idea of interpretation: legal theory is about justifying the law, not only to identify it, and this is the feature of Dworkin's theory, which is more understandable when we know the ideas against what he poses very sophisticated criticism.

Keywords: Legal philosophy. Morality. Legal Positivism. Inclusive Legal Positivism. H. L. A. Hart. Interpretation. Legal Justification. Ronald Dworkin.

“Pensar é ter a coragem de pôr em jogo, em todo relacionamento, o espaço de liberdade das próprias pressuposições e o advento da verdade nos propósitos de ação e compreensão. Esta coragem já nos é sempre dada. Por isso temos de aprender a pensar. Não adianta tomar posição, sem pensar as suposições em que a própria posição se planta”

Emmanuel Carneiro Leão

SUMÁRIO

Introdução, 19

Capítulo 1 – A novidade *Hart*

1.1 – Um *fio de meada*, 28

1.2 – O “ponto de vista interno”, 30

1.3 – O “ponto de vista interno” e a teoria do direito de Hart, 40

1.4 – Nos limites da análise do direito de Hart, 44

1.5 – Hart e a normatividade do direito, 48

Capítulo 2 - Hart depois de Dworkin: breves notas da discussão

2.1 – Intróito, 53

2.2 – O *impacto Dworkin* – o positivismo começa a prestar contas, 57

2.3 – A tese do “fato social”, 59

**2.4 – A questão do conteúdo de um teste de identificação do direito,
65**

**2.5 – A função coordenativa do direito: para que serve a regra de
reconhecimento, 69**

2.6 – A “ferroada semântica”, 73

**2.7 – Breve nota sobre uma possível diferença entre Hart e Dworkin,
85**

2.8 – Por que Dworkin?, 95

Conclusão, 100

Referências bibliográficas, 105

PRÓLOGO¹

A quem interessa meu corpo? Essa foi uma pergunta que me guiou durante toda a minha pesquisa.

Mas a pesquisa não pretende respondê-la. Antes, é interessante sentirmos o incômodo advindo da própria indagação. Alguma vez já estive em deliberação que meu corpo pudesse ser de interesse de outra pessoa que não *eu*?

Nunca estive em deliberação, até onde nosso conhecimento alcança. Pelo menos, desde o iluminismo, postula-se ser verdade que ninguém pode ser tratado como instrumento de outrem. A velha máxima kantiana já difundida.

Mas, pode-se indagar, qual a relevância da questão, à vista do fato de, ao menos no campo da filosofia política, estar excluído de deliberação justamente o que a questão, “*a quem interessa meu corpo?*” coloca em deliberação?

Parece-nos, e foi nossa pesquisa que indicou isso – que a *resposta* a essa questão (veja bem: a resposta, e não a própria indagação!) – *sempre* está *pressuposta* em algumas discussões jurídicas, como as seguintes: um médico pode me auxiliar a dar cabo da minha vida, de uma forma sem dor? um paciente terminal de um câncer, angustiado com o aumento de dor diária que a patologia lhe traz, pode ter acesso a droga alucinógena que simplesmente lhe dê “um barato”, um momento de deliberada suspensão do raciocínio logico-formal, fixamente ligado à ideia da proximidade de sua morte? posso interromper uma gravidez, no período inicial da gestação, quando ninguém não saberia que eu estivesse grávida antes de me submeter a um aborto, e mesmo depois do procedimento? posso fumar maconha? posso cobrir meu rosto publicamente, em obediência à minha religião, quando um comportamento oposto é que dá todo o sentido a uma exigência contrária ao da própria religião? Posso aceitar que uma

¹ Este “Prólogo” corresponde ao texto através do qual apresentei meu trabalho à banca examinadora, a qual sugeriu a inclusão dele na dissertação.

pessoa que não se identifique com seu sexo de nascimento se comporte como o de outro gênero, inclusive com acesso a locais íntimos, divididos segundo o gênero, como um banheiro masculino/feminino?

Todas são questões para o *direito*. Ou elas existem: da muçulmana do Distrito Federal que precisou de tutela judicial que lhe permitiu permanecer com sua vestimenta tradicional que cobre seu rosto, na foto de sua CNH²; ou podem vir a existir: como um caso jurídico que pode acontecer se uma pesquisa como a que vem se desenvolvendo na Faculdade de Medicina da NYU³ vier a acontecer no Brasil, à vista da proibição da substância química, pesquisa esta que ministra a pacientes terminais pequenas doses de “ácido lisérgico”, componente cientificamente alucinógeno e culturalmente associado a um movimento de transgressão, com o único propósito de suspender o raciocínio logico-formal do doente, obviamente preso à expectativa do final de sua vida.

Em todas essas questões, absolutamente todas jurídicas (ao menos potencialmente), parece que uma *resposta* à indagação que me acompanhou esteja *sempre* suposta nos cursos de ação determinados pela *autoridade* do direito. E aqui já temos uma questão que deve ser investigada.

O direito tem a específica característica de guiar comportamentos: a criminalização de condutas é um típico exemplo (aborto, porte de drogas para uso), mas não somente. O mesmo direito que me impede o auxílio técnico para por fim à minha vida numa situação de patologia terminal, nada diz sobre minha participação em campeonatos de “luta livre”, em que o uso de força física sobre outra pessoa é o que constitui o propósito da atividade. Aliás, é justamente o desempenho físico para submeter seu adversário, portanto, o *risco de vida* de tal atividade, que certamente arregimenta milhões de expectadores.

² <http://www.conjur.com.br/2017-ago-22/juiza-df-permite-muculmana-use-veu-foto-cnh> (acesso em 07/10/2017).

³ “Doce remédio”, Revista Piauí, n. 105 (junho de 2015).

O mesmo direito que nada diz sobre eu ficar bêbado um final de semana inteiro, absolutamente me impede de fumar uma planta com um teor alucinógeno.

O direito portanto, como um sistema normativo da realidade social, guia a nossa conduta. E nos parece que guia inclusive contra a nossa vontade, ou simplesmente contra um senso que se nos pareceria correto figurar em uma resposta à indagação sobre “*a quem interessa meu corpo?*”, por exemplo, uma eminência da figura do *eu*: a mim, somente interessa o meu corpo.

Como pode isso acontecer? Ou antes, isso pode mesmo acontecer? Se pode, há um limite ao desprezo da *minha* vontade pela *autoridade* do direito?

Herbert Hart, professor inglês de Teoria do Direito (em inglês, “*Jurisprudence*”) em Oxford, famoso no Brasil em razão da disseminação das obras de seu mais famoso aluno, Ronald Dworkin, pretendeu abordar a questão de como se *identifica* o direito. Naquilo que pretendeu ser um “*ensaio de sociologia descritiva*”, o seu “*The concept of law*”, de 1961, Hart oferece uma revisitação da mesma tradição positivista que remontava a Jeremy Bentham e John Austin, cujos estudos não vinham experimentando novidade até a publicação do livro de Hart.

Hart não é somente famoso por ser o professor de Dworkin, a pessoa que imediatamente o sucedeu na “*Chair of Jurisprudence*” de Oxford, e cuja obra possibilitou o contraponto necessário para Dworkin elaborar sua ideia de teoria do direito. Sua revisitação de uma tradição positivista (a anglo-saxã) *foi* que possibilitou que o próprio Dworkin bem compreendesse o fenômeno jurídico.

De Hart, pouco sabemos, e o pouco que agora sabemos nos chega como o mestre desafiado do genial Ronald Dworkin. A já vasta literatura brasileira sobre Dworkin nos insinua alguma coisa, do contrário sequer haveria tradução para nosso idioma. Nos insinua que Dworkin propõe uma teoria do direito que faz sentido à vista da prática do direito que vem acontecendo aqui no Brasil. E isto é bem interessante: nós já o lemos em nosso idioma, já o citamos

em nossas decisões judiciais e inclusive é “*oferecido*” como ponto de apoio para reflexão dos já conhecidos “casos difíceis”, tópico em torno do qual gira algumas de suas mais famosas ideias. Dworkin faz tanto sentido à vista da nossa prática do Direito, que o Ministro Barroso conclamou o Ministro Fux a analisar um caso em julgamento à luz dos ensinamentos de Ronald Dworkin. O caso? Justamente um caso difícil, ao qual parece faltar uma regra de identificação do direito: uma mulher transgênero pode usar banheiro feminino? Quando do pedido de vista pelo Ministro Fux, o Ministro Barroso lembrou ao colega outra famosa ideia de Dworkin, a de “direitos fundamentais como trunfos contra a maioria”.

Mas Hart não foi somente o “professor desafiado”. O ineditismo de sua abordagem do direito ainda hoje ecoa nos estudos sobre o positivismo jurídico, que ainda oferece um projeto para uma teoria do direito. Que projeto? O de identificação do direito, independentemente de considerações morais, mas em termos mais sofisticados do que as lições dos positivistas clássicos, nomeadamente Bentham e Austin.

É certo que existem advertências sobre a obra de Hart, como a que transcrevi no início do primeiro capítulo, de Brian Bix, que afirmou que “*Em particular, não sei como avaliar a convicção que Hart parecia ter em que a análise jurídica, simplesmente compreendida, era suficiente para decidir a maioria das questões jurídicas*”. Mas elas não apagam a novidade da análise de Hart.

A novidade de Hart foi a sua abordagem do direito, que levou em conta um ponto de vista até então desprezado pelos positivistas: o famoso “*ponto de vista interno*”, a atitude do participante de se guiar segundo o que pensa ser uma regra (a famosa regra de reconhecimento). Foi a perspectiva do participante do direito que possibilitou a Hart que revisitasse o positivismo e relatasse o direito como um fenômeno normativo qualquer, não mais em termos causalistas que configuravam as posições de Bentham e Austin: o nascimento de uma obrigação jurídica tem a ver com a atitude dos oficiais para com um fato social convergente que fundamenta uma regra de reconhecimento, e não com a proeminência de um comandante, que não obedece ninguém, segundo relato de Austin.

O ponto de vista interno possibilita a Hart compreender a forma que o direito cria razão para nossa ação, e faz isso pelo esclarecimento da sua ideia de regra de reconhecimento, um padrão de obrigação observado pelos oficiais (e aqui um esclarecimento se faz importante. Devemos lembrar que a obra de Hart é uma obra de um advogado inglês do sec. XX, justamente de um operador do direito num país de tradições políticas seculares, estabelecidas e claras).

A análise da prática do direito a partir desse ponto de vista interno, como tentei esclarecer no primeiro capítulo, não possibilitou que Hart esclarecesse a normatividade do direito, porque ainda não se deliberou sobre a própria relevância da existência do direito, ou *por que lhe devemos obediência*. E essa era a questão normativa primordial.

Diz-se que a metodologia de Hart, seus compromissos com um positivismo metodológico, não possibilitava a ele fazer uma analítica de uma prática jurídica. Ou melhor, tal metodologia foi insuficiente, porque ela direcionava a construção de uma teoria do direito que fosse desvinculada de argumentações morais. Ela somente seria descritiva, mas questões morais sempre tomariam lugar numa analítica conceitual, o que Hart também quis fazer através do ponto de vista interno.

Mas Hart não avança nessa dimensão aberta pela adoção de uma tarefa de analítica (e não somente descrição) para defender uma teoria positivista do direito substantiva, vamos dizer assim, preocupada em desvincular de questões ontológicas a própria teoria do direito.

Esta é, sinteticamente, a intenção do capítulo 1 do meu trabalho. Mostrar o que acreditamos ser um limite da análise positivista feita por Hart, para saber o que quis Dworkin com suas críticas e se o relato de Dworkin dá mais sentido da prática jurídica do que o oferecido por Hart. Tanto que, da mesma forma que iniciamos, acabamos o primeiro capítulo com uma suposição de Brian Bix a respeito da teoria oferecida por Hart. Bix supõe que talvez a obra de Hart possa ser vista como *“uma versão não desenvolvida (ou subdesenvolvida) de uma*

teoria plena da prática, isto é, que afirma não ser necessária nenhuma referência a entidades abstratas ou ao poder político para explicar ou participar de nossas práticas jurídicas”.

Até este momento, portanto, não vemos nada em Hart que possa auxiliar a resposta à nossa indagação, em casos em que parece que uma resposta a ela esteja suposto. Hart nada diz sobre uma justificação de um curso de ação imposto pelo direito *em contrariedade a um outro*. Hart está atento ao *discurso* do direito, mas essa atenção é só a estritamente necessária para a identificação do que acreditamos ser uma característica do direito: que ele é uma união de regras jurídicas primárias e secundárias, como o que ocorria de há muito na tradição política a partir de onde falava.

O capítulo 2 girou em torno de alguns ensaios a partir do “Pós Escrito” a “O conceito de direito”, de 1994, a única resposta – póstuma – de Hart às considerações de Dworkin, inclusive as lançadas em “O império do direito”, de 1986, quando Dworkin refinou seus insights iniciais que correspondem aos textos reunidos em “Levando os direitos a serio”, entre o final dos anos 1960 e início dos 70.

O capítulo 2 pretende abordar o que sobrou do positivismo de Hart à luz das críticas de Dworkin. Qual o papel de uma regra social como uma regra de reconhecimento como suficiente para se identificar o direito, o conteúdo de um teste do direito, se ele pode levar em conta questões de moralidade na definição final do direito de um caso. Também se aborda, da perspectiva positivista, o que se disse ser a mais sofisticada crítica de Dworkin ao projeto de Hart, a “*ferroada semântica*” (*semantic sting*). O capítulo 2 se alonga em discussões sobre tópicos que refinam a teoria de Hart, para com isso ir ainda mais refinando seus limites relativamente às ideias de Dworkin, as quais acreditamos relatar a prática jurídica melhor do que a teoria de seu mestre.

A ideia geral do capítulo 2 já é abrir caminho, explicitamente, para uma conclusão, a saber, sobre se a teoria de Dworkin faz mais sentido do que o projeto de Hart. Para tanto, tentamos no capítulo 2, com base em ensaios a partir

do “*Postscript*” de Hart, submeter ao limite o *discurso* da teoria de Hart, para firmar a ideia de que os *projetos* de teoria de um e outro são diferentes. Para essa finalidade, muito útil o livro de Wilfrid Waluchow, “*Inclusive legal positivism*”, que na primeira página de seu livro já levanta algumas questões excepcionalmente intrigantes, sobre o que é fazer teoria, o que significa criticar uma teoria, os compromissos metodológicos de um e outra e suas consequências.

Mas a conclusão a que chegamos, ou melhor, a *hipótese que confirmamos*, foi que, seja qual for a pretensão de Hart, pareceu-nos que ela não relata bem exatamente a prática do direito, de que participa a ideia de *justificação* de Dworkin. O direito tem alguma coisa a ver com a imposição da força contra nossa vontade (e isso Hart não desprezava), e uma *teoria do direito* tem que assumir uma *postura de justificação*, a do juiz pronto a justificar a autoridade do direito ao qual ele submete alguém.

Parece que a teoria de Dworkin, à vista das contas prestadas por Hart, *comporta* melhor o *discurso que usamos* em nome do direito, um discurso de justificação do emprego da força que tem ínsito uma argumentação moral.

Por que tem ínsito uma argumentação moral? Porque a forma de abordagem do direito, isto é, o reconhecimento de um paradigma e seu desenvolvimento argumentativo à vista do que constituiria ser seu melhor propósito, implica o intérprete em disputas normativas que invocam o melhor propósito da prática, prática que acontece naquilo que Dworkin diz constituir um “*plateau*” de consenso bruto acerca de algumas exigências que ela, a prática, tem e que é observável, como pode ser a prática da igualdade numa república como a brasileira. Assim, a teoria de Dworkin parece captar melhor o discurso do direito, naquela sua ideia de interpretação construtiva que dá acesso à melhor concepção do direito num caso. Vejamos:

Dado um paradigma jurídico, vamos dizer, o direito à privacidade que protege a intimidade do casal contra, por exemplo, uma investida estatal que proíbe a médicos de ministrarem anticoncepcional a mulheres (o caso é *Griswold*

v. *Connecticut*, da Suprema Corte norte-americana de 1965). Dado este paradigma, qual então seria o *melhor* propósito do direito à privacidade quando se pretende tutela dela contra a investida estatal que criminaliza, por exemplo, formas de intimidade sexual (como a lei do Estado da Georgia que criminalizava o sexo anal e oral, e que fora contestada no famoso caso *Bowers v. Hardwick*, de 1986)? Se a privacidade, no primeiro caso, salvaguardou um ambiente de liberdade sexual, em última análise (porque todos concordamos que a derrubada da lei que criminalizava a prática de ministrar anticoncepcional deixou a mulher absolutamente livre na satisfação de seu desejo, que não dependia de fatores biológicos pelos quais não estava disposta a passar – por exemplo, não praticar sexo no período fértil, para não engravidar), ela poderia ser negada, por exemplo, para impossibilitar que dois adultos performem a posição sexual que acharem conveniente? A corte americana parece que não colocou a prática do direito à privacidade na sua melhor luz, quando negou tutela a Hardwick, homossexual flagrado em situação indicativa da prática sexual criminalizada. Ou seja: num momento, há privacidade, inclusive garantindo aos casais o intercursos sexual livre para, por exemplo, o casal poder ter a satisfação sexual independente de questões ligadas a formas de prevenção da gravidez; no outro, não se reconheceu um âmbito privado na qual a satisfação sexual pode se dar da forma como dois adultos quiserem.

É uma disputa argumentativa que define o melhor direito, e essa é uma disputa normativa que deita raiz em questões morais: estamos colocando a prática da privacidade sob sua melhor luz, à vista de que acreditamos que a igualdade é um valor que deve participar da definição do direito, por exemplo? Uma hora há a salvaguarda de um espaço para livremente acontecer o sexo, e na outra, não mais.

A teoria de Dworkin faz sentido na explicação do que acontece quando definimos um direito no caso concreto. Não que ela *faz sentido somente*, e isso é um ponto que eu quero frisar: a teoria de Dworkin comporta o *próprio discurso* do direito, que tem argumentação moral na sua disputa normativa.

Hart não tem argumentação moral na sua descrição da normatividade do direito. Essa dimensão normativa da prática é relatada por Dworkin, cujas críticas, nesse ponto, parecem ser inultrapassáveis.

Dworkin possibilita uma identificação do direito do caso da transgênero, porque seu discurso leva em conta argumentos de moralidade, isto é, abre espaço para que argumentos morais disputem a melhor concepção do direito, mas de uma maneira diferente da *saída* proposta por Hart, como somente uma invocação de uma regra moral que a *maioria de uma comunidade* aceita.

Não é que ele leva em conta a moralidade na definição do direito do caso concreto, mas Dworkin toma a prática em torno de um valor com o qual todos estamos conformes (como a igualdade, na nossa república), para, a partir do melhor propósito desse valor, extrair a correta concepção do direito de um caso concreto. Não é somente como apelando a um padrão moral qualquer (como parecem pretender os atualizadores do positivismo jurídico, indicando que nada em seu projeto objeta a possibilidade de um padrão moral identificar o direito). Não. A ideia de interpretação de Dworkin, essa atitude crítica a partir do direito já posto, pressupõe um *sincero esforço* numa disputa argumentativa em torno de argumentos de moralidade.

Se para a definição daqueles casos jurídicos de que falei nessa apresentação, sempre está *suposta* uma resposta à questão de “*a quem interessa meu corpo?*”, a teoria de Dworkin possibilita que enxerguemos que ela deva ser *sempre de novo* respondida. Ela nunca está suposta a resposta porque a argumentação que a teoria de Dworkin implica o operador do direito sempre a coloca em deliberação, e então, a partir de um consenso em torno de sua resposta, disputarmos melhor um caso que levará em conta aquela resposta.

Dworkin, também nos pareceu, não tem a pretensão de responder à questão de “*a quem interessaria meu corpo?*” também, mas sua argumentação para identificação do direito de um caso concreto faz com que o operador do direito sempre sinta *o incômodo da indagação*, a qual traz consigo toda uma

argumentação moral essencial, que parece sempre ligada a uma ideia de igualdade entre os súditos do imperador direito.

Dworkin, ao final, parece fazer todo o sentido à luz da prática do direito da nossa comunidade, direito que pode, sim, comportar padrões morais de uma comunidade (por exemplo, querer negar a uma pessoa a permissão de uso de banheiro segundo seu gênero), somente se antes aceitarmos *um esforço* na busca de um consenso em torno de uma resposta a uma questão moral, tal como “*a quem interessa meu corpo?*”.

O melhor argumento jurídico não é só decorrente do argumento moral vigente, mas do argumento que melhor constitua o propósito da prática do direito, algo a ver com respeito e consideração, já que o uso da força *autorizado* pelo direito se dá contra um nosso semelhante. Algo a ver com o mínimo de consenso em torno da nossa ideia de respeito. Esse *o incômodo* da teoria do direito de Dworkin: o mínimo de respeito vigente como padrão moral na nossa comunidade é algo sempre em deliberação, tal como a busca de um consenso em torno da improvável questão “*a quem interessa meu corpo?*”.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se impôs como uma necessidade de entender um debate em que, à primeira vista, se invocam razões diversas para a justificação da existência ou não de um direito. O caso é o seguinte: uma mulher transgênero fora impedida de usar o banheiro feminino num shopping center, de forma constrangedora e vexatória (como se o simples impedimento de uso do banheiro já não fosse, em si, constrangedor, seja qual for a justificativa). Após vencer em primeira instância, com a condenação do shopping como responsável por uma conduta ilícita da qual veio o dano indenizável, o Tribunal de Justiça reformou a decisão. O caso então foi parar no Supremo Tribunal Federal (RE 845.779). E o debate a que me refiro aconteceu após o voto do Ministro Barroso, o relator, que reformou o acórdão e atribuiu uma ilicitude ao shopping. O Ministro Fux, ao pedir vista dos autos, afirmou, no que interessa, que a questão do caso veicularia um “*profundo desacordo moral na sociedade*”, e então que a definição judicial do direito do caso concreto não seria possível se divorciada de um mínimo de apelo à *moralidade* vigente (é o que dá a entender, porque o Ministro afirmou que o juiz deve ter os “*ouvidos atentos ao que a sociedade pensa*”). Em suma, e essa foi minha leitura dos argumentos, o juiz não poderia se distanciar muito de um outro sistema normativo, a moral, que inclusive pode fundamentar um mínimo de invocação por *obediência* que *todos* aceitamos que o direito tem⁴.

Após a justificativa para o pedido de vista, o Ministro Barroso conclamou o colega a abordar o caso à luz da ideia de direitos fundamentais de Ronald Dworkin, para quem eles seriam, antes de tudo, “trunfos” contra a maioria, e que, em sede de jurisdição constitucional⁵, a própria deliberação por alguma atitude *minimalista* (essa foi a postura que o Ministro Fux pensava ser a adequada do

⁴ Pontuo que interpreto os discursos dos Ministros com uma certa liberdade relativamente às expressões usadas, colocando-os da melhor forma que eles poderiam ser para fazer sentido à discussão em que *acreditavam* (eu suponho) estar disputando posições (não fosse isso, nem pedido de vista aconteceria).

⁵ Refiro-me ao local por excelência onde a definição do próprio limite de uma garantia pode acontecer: o Supremo Tribunal Federal é a salvaguarda da Constituição, documento a que o exercício de qualquer poder deve prestar contas – inclusive a *própria* salvaguarda, e onde se concentra o mínimo perfil de uma comunidade política. Só por isso, já intuímos que a Constituição deve expressar *um mínimo* de *acordo* em relação a alguns valores dignos de invocarem obediência, independentemente da vontade daquele contra quem se a invoca, tudo no *discurso* do direito, o da justificação da obediência.

juiz frente a casos com *desacordos* morais) supõe, ela *mesma*, uma *justificação* moral prévia (o que significa ser a salvaguarda de um patamar mínimo de um valor – a igualdade, por exemplo – que todos nós julgamos importante proteger, *porque* estamos de acordo que a Constituição elenca alguma coisa digna de ser protegida *num mínimo grau*). Ainda uma atitude minimalista, diz o Ministro, exige uma justificação pelo menos de, em qual medida mínima, algum *cálculo utilitário* que defina uma importância a regras morais da maioria poderia ser *positivo* relativamente ao custo que a salvaguarda de um direito fundamental acarreta para a comunidade⁶.

⁶ Em 1963, Hart já defendia que a imposição (*enforcement*) jurídica da “moral” de uma comunidade, é, *ela mesma*, uma questão de moralidade: basicamente, se a imposição (*enforcement*) da moralidade é moralmente justificada, *independentemente* de consequências benéficas para a continuação da sociedade. O *fato* social de algumas comunidades imporem a moral pelo direito é somente um ponto de partida, para cuja investigação se faz necessário o apelo a princípios de moralidade crítica. Em seu “*Law, liberty and morality*”, do ano referido, Hart esclareceu a questão, para tanto, definindo o alcance de dois conceitos distintos: o de “*moral positiva*”, a moral de fato aceita e compartilhada por um dado grupo social, dos princípios morais gerais usados na crítica de tais instituições sociais reais que incluem a moral social. Podemos chamar tais princípios gerais de “moral crítica” (apud MacCormick, 2010, p. 69). Para Hart, qualquer um que assuma uma tal questão sobre ser moralmente permitido para qualquer sociedade impor (*to enforce*) sua moralidade pelo direito, deve “arregimentar” (*deploy*) alguns princípios gerais de moralidade crítica para essa sua posição. Ao fazê-lo, supõe (*assume*) um ponto de vista que permita a crítica de instituições da comunidade, sob a luz de princípios gerais e do conhecimento dos fatos (Hart, 1963, p. 17 e seguintes). Hart, como já tinha sido expresso em “*The concept of law*”, de 1961, não pretende provar que existem valores que sobrepujam outros, mas que para *criticar* a moralidade estamos de acordo que alguma condição formal para isto deve estar suposta: a racionalidade e a generalidade devem ser princípios que fazem parte da *arena* onde pode ser feita a crítica (*um mínimo* de conformidade com os termos do *discurso* normativo que tomará lugar). É Hart que escreve, em 1961, que “*É sempre possível, quando examinamos a moral aceita por nossa própria sociedade ou por outra, que encontramos muito a criticar; à luz dos conhecimentos disponíveis atualmente, ela pode parecer desnecessariamente repressiva, cruel, supersticiosa ou não esclarecida. Ela pode restringir a liberdade humana, principalmente na discussão e prática da religião, ou na experimentação de formas diferentes de vida humana, mesmo quando assim se assegura apenas benefícios insignificantes para os outros. Acima de tudo, a moral de uma dada sociedade pode estender a sua proteção contra danos apenas a seus membros, ou mesma apenas a certas classes, deixando uma classe de escravos ou servos à mercê dos caprichos de seus senhores. Implícita nesse tipo de crítica, que (mesmo que pudesse ser rejeitada) seria certamente reconhecida como crítica ‘moral’, está a pressuposição de que o ordenamento da sociedade, inclusive a sua moral aceita, deve satisfazer duas condições formais, uma de racionalidade e outra de generalidade*” (Hart, *The concept of law*, apud MacCormick, 2010, p. 70). É que Hart acreditava que qualquer ser *racional* podia contrastar a moralidade da comunidade com seus valores morais *reais*, e a partir dessa deliberação *sincera*, descartar outros valores. A sofisticação de Hart é tamanha, que ele sequer pretende demonstrar a correção de sua ideia, o que só seria possível pela *definição* de um valor racionalmente inconcusso; antes, ele mostra o preço a pagar se desconsiderarmos um *mínimo* de *racionalidade* que existe em torno de valores como a *censura* da miséria humana e da restrição da liberdade. Ele diz, em 1963: “*Tenho suposto desde o início que qualquer um que veja a questão [do valor moral da imposição jurídica da moral da comunidade] como aberta à discussão aceitará o princípio crítico, central a toda moral, de que a miséria humana e a restrição da liberdade são males: pois esse é o motivo pelo qual a imposição legal da moral exige justificação. Eu então me empenhei em desembaraçar, e livrar de ambiguidades de enunciação, os princípios gerais que embasam várias das teses mais extremas de que a imposição da moral [positiva] ou sua preservação contra mudanças eram valiosas independentemente de suas*

A questão que surgiu, após alguma reflexão e a leitura de algumas obras de Dworkin, foi: qual é o debate, ou melhor, *existe* algum argumento *em disputa* entre os dois juízes? A justificção moral na definição do direito do caso parece não estar mais em disputa: um e outro aceita que *alguma avaliação* moral tem que ser feita para pelo menos fazer sentido o que eles estão fazendo, de definir um curso de ação correto sob garantia do uso da força. Os juízes Fux e Barroso concordavam que a justificção de um direito apelava a argumentos morais. Eles só discordavam (e aqui é minha conclusão, e não uma conclusão expressa do debate) a quais: a questão do uso de banheiro feminino por uma mulher de gênero não definido pela forma física⁷, ou melhor, a imposição de uma forma de

consequências benéficas na preservação da sociedade. Esses princípios, na verdade, convidam-nos a considerar como valores, em nome dos quais deveríamos restringir a liberdade humana e infligir o sofrimento da punição sobre os seres humanos, coisas que parecem pertencer à pré-história da moral e serem bem hostis ao seu espírito geral. Eles incluem a mera conformidade exterior às regras morais induzidas simplesmente pelo medo; a gratificação de sentimentos de ódio pelo transgressor ou sua punição 'retributiva', mesmo quando não há vítima a ser vingada ou para clamar por justiça; a imposição de uma punição como símbolo ou expressão da condenação moral; o mero isolamento de mudanças de qualquer moral social, por mais repressiva ou bárbara que seja. Sem dúvida, eu não provei que essas coisas não são valores que não valham o seu preço em sofrimento humano e perda de liberdade; pode ser o bastante ter mostrado o que é oferecido por esse preço" (apud MacCormick, 2010, p. 72, destaque no original).

⁷ Para todos os efeitos, vou considerar alguma pessoa transgênero como aquela que não se identifica com o gênero coincidente com sua forma física original, apresentado-se, socialmente, segundo o outro gênero. Essa caracterização é a mais geral possível, porque todos estamos de acordo que alguém transgênero é, *no mínimo*, alguém que não se apresenta socialmente de acordo com o gênero definido pelo nascimento (na verdade, alguém que deixou de se apresentar com uma *forma* de gênero que até então se apresentava, a identificada pelo sexo do nascimento). Portanto, questões ligadas a procedimentos para que a forma física do transgênero possa coincidir com sua expressão do outro gênero não serão tomadas para consideração do meu significado da palavra. Penso que essa caracterização geral não vai impedir a discussão, porque *privacidade* não é uma questão de gênero. É tão certo que a privacidade não é questão de gênero que, mesmo uma federação esportiva estadual, ou seja, mesmo numa dimensão em que a superioridade física masculina é determinada biologicamente, por avaliação hormonal, não ousou querer qualquer (constrangedora) prova de uma condição física semelhante à condição sexual social. É importante frisar esse ponto: mesmo numa dimensão da vida cuja separação entre gênero é exigida para que a própria atividade faça sentido (no esporte, a atribuição de *mérito em função* de um desempenho físico, no mínimo), mesmo nela já existe um consenso na irrelevância da necessidade do conceito de transgênero implicar indagações típicas de um âmbito muito privado da vida – ter ou não a forma sexual coincidente com o gênero pelo qual o transgênero se apresenta. Penso ser importante esse ponto de partida porque o próprio Ministro Fux, justificando o pedido de vista, leu trecho de artigo em que se indagava, então, se “*filhas e mulheres seriam obrigadas a usar o mesmo banheiro com um homem vestido de mulher, desde que ele assim se apresente?*”. E então ele faz considerações sobre as consequências de afirmação judicial de uma tese, seja qual ela for, e sua imposição inclusive contra a aquilo que uma maioria da sociedade concorda como sendo a forma correta de agir. É neste momento que o Ministro Barroso faz seus apelos, assim por mim entendido: uma comunidade liberal pressupõe desacordos morais, que devem fazer sentido na definição de cursos de ações gerais (vamos falar, políticas), e eles só são possíveis porque alguma coisa como direitos fundamentais assegurariam, pelo menos, uma expressão de contrariedade face a uma decisão majoritária. Direitos fundamentais, diz Barroso citando Dworkin, seriam

tratamento que muitos numa comunidade acreditam sempre faticamente definido (pelo nascimento) e definitivo (por razões biológicas imodificáveis), é uma questão de direito que envolve a disposição de argumentos morais. Não é somente um caso no qual se avaliará se houve um ato ilícito, mas a declaração de que algum direito invoca obediência de todos, partes ou não, por uma forma de tratamento *ou* outra. *A declaração de que houve ato ilícito significa que um direito pode ser invocado contra alguém cujo tratamento social esteja incompatível com a forma de expressão adotada pelo transgênero.* Isso, e nada mais, está em deliberação.

Circunscrito o objeto da deliberação, podemos perceber do que se trata essa atividade de definir um direito num caso em que, aparentemente, falta regra expressa: *justificar* a imposição de um curso de ação. De outra forma, não fariam sentido as preocupações dos juízes Fux e Barroso, relativamente a uma opinião da maioria da sociedade ou a uma avaliação contrautilitária que a própria ideia de direitos fundamentais acarreta, respectivamente.

O objeto da deliberação, a definição do direito pela sua melhor justificação, acontece na arena da moralidade, território em que afirmações normativas são colocadas sob teste à vista de algum valor que melhor constitua o *point*, o propósito, dessa prática social do direito (por que é errado?, por que é correto?, o que o estado pode me obrigar a fazer? qual o limite da minha autonomia frente a um curso de ação com o qual não concordo?). A melhor *justificação*, e portanto, a melhor justificação *moral* de um direito, o mais correto curso de ação a ser imposto, deve ser o resultado de disputas argumentativas que forneça a *melhor justificação* para a imposição de um curso de ação num

como “trunfos” contra a vontade soberana da maioria, seja qual for o tipo ou o tanto de déficit dentro de um cálculo utilitário que sua proteção faz a maioria arcar (felicidade, dinheiro, identidade).

Pensei ser importante esse esclarecimento até porque não é um direito à privacidade que está sendo invocado, mas algum direito vinculado a uma mínima dimensão existencial: como a pessoa se enxerga e em que limite, isso – o autorreconhecimento de uma pessoa – é algum valor que pode ser imposto à sociedade.

A notícia “*Primeira transgênero a jogar vôlei no Brasil comemora feito: ‘Muito feliz’*” pode ser vista aqui (<http://sportv.globo.com/site/programas/sportv-news/noticia/2017/03/primeira-transgenero-jogar-volei-no-brasil-comemora-feito-muito-feliz.html>, acesso em 23/07/2017), e a discussão referida no RE 845.779/SC pode ser vista aqui (https://www.youtube.com/watch?v=t2nr57_Ku6c, acesso em 23/07/2017, a partir de 2 hrs e 5 min).

caso concreto, em detrimento de outro. O melhor argumento jurídico é decorrência do melhor argumento moral.

Essa breve introdução, então, já mostra que o debate entre os Ministros não envolve qualquer dúvida sobre o papel da moralidade. Superada essa questão, outra surge: *faz sentido* a sugestão feita pelo juiz a seu colega? Direitos fundamentais como trunfos contra a vontade da maioria, e a avaliação moral de uma *pretensa* atitude minimalista em atenção à vontade do constituinte, a quem coube a definição de mínimas garantias impostas contra a vontade da maioria da sociedade, *seja qual for o preço a pagar*, e, por outro lado, dúvidas sobre um necessário ajuste entre o direito e a moral, dúvidas em torno da própria invocação de obediência jurídica a algo não correspondente ao correto no sistema normativo moral (tratar um indivíduo sabidamente masculino segundo um outro gênero), enfim, são questões que podem ser abordadas por alguma coisa que se propõe a ser *teoria*, entendendo tal tarefa como uma compreensão racional em abstrato que atribua sentido a uma prática concreta da qual todos nós participamos. Saber se faz sentido a sugestão do Ministro Barroso, portanto, requer que *avaliemos* a teoria de Dworkin à luz da tradição contra a qual ele se insurgiu, o positivismo, especificamente o da tradição saxã de Austin e Bentham, na sua versão revisitada pelo genial Herbert Hart, de quem Dworkin fora aluno e sucessor da *Chair of Jurisprudence*, na Universidade de Oxford.

Na verdade (e me refinando ainda mais, em vista do fato dessa *Introdução* ter sido a última parte deste trabalho), o impulso da pesquisa foi este: por que, à primeira vista, a sugestão de Barroso faz sentido? O que a teoria de Dworkin oferece para o entendimento disso que invoca nossa obediência, ainda quando uma grande parcela da comunidade não está de acordo com o curso de ação imposto? Se nossa tradição romano-germânica e sua abordagem positivista clássica, da teoria pura de Kelsen, parecem ultrapassadas, pelo menos em relação à compreensão *do que é isso* que acontece quando avaliamos argumentos normativos concorrentes em nome do direito, então um esclarecimento do *background* teórico contra o qual se insurgiu Dworkin merece a atenção de uma pesquisa. Se a teoria de Dworkin faz sentido relativamente à prática em que

estão engajados os operadores do direito, qual foi o limite da teoria contra qual ele se voltou?

Não é pouca coisa concluir que foi a revisitação da tradição positivista por Hart que possibilitou aquilo que consideramos ser um razoável relato do que nós fazemos, oferecido por Dworkin. Então, uma incursão ao que é o positivismo da tradição de Hart e no que consistiu suas deficiências (se é que *limite* corresponde a *deficiência*), pode ser útil para a compreensão do que faz a teoria de Dworkin fazer sentido⁸.

Para tanto, no *Capítulo 1*, tentamos delimitar o que seria a *novidade* da teoria oferecida por Hart, o que a distinguiu da tradição positivista de Austin e Bentham (e, muito superficialmente, da de Kelsen). Brevemente, a consideração do direito sob uma visão “a partir de dentro”, mas que pretendia ser moralmente neutra, possibilitou a descrição do direito algo diferente de outra ordem normativa, nomeadamente da moral.

No entanto, a pesquisa demonstrou que não tinha muito sentido a elucidação de um conceito que todos nós usamos para nos comunicar (o *direito*), a partir de um ponto de vista interno (do *participante*), sem que ele mesmo *não* estivesse submetido a uma avaliação crítica pelos *seus* participantes (porque o direito é uma prática normativa, *comunicada* por meio de conceitos como “obrigação”, “dever”, um mínimo de *justificação* por deferência a um enunciado ou outro sempre está presente). No primeiro capítulo, então, focamos no que consistiu o ineditismo da teoria de Hart, ao mesmo tempo que uma dúvida acerca de sua abrangência para a compreensão exata do que fazemos com o nome *direito* tenha acompanhado a pesquisa, pelo simples fato de um reconhecimento de que muitas posições de Dworkin fizeram sentido (seja à vista de que teoria for).

⁸ E isto não está em deliberação, haja vista um juiz da maior instância referir que a teoria de Dworkin compreende o que ele faz, tanto que ele conclama o colega a analisar o caso a partir dela.

Tanto que fizeram sentido, que mesmo Dworkin refinou ainda mais suas críticas aos limites do positivismo jurídico no seu “*Law’s empire*”, de 1986 (que não é uma coletânea de artigos), quase vinte anos após suas mais famosas críticas a Hart em “*The model of rules*” I e II, entre anos de 1966/67. O capítulo 2 relata o esforço positivista de se fazer uma teoria adequada à vista das críticas de Dworkin, bem conhecidas: *basicamente*, por que o positivismo não explicava padrões jurídicos para cuja descoberta uma espécie de teste de *pedigree* não fazia sentido e todas as implicações disso⁹. Se assim é, questiona Dworkin, se é pressuposto que a identificação é *verificável*, o que acontece quando discordamos (no nível dos discursos do dia a dia mesmo) sobre um direito no caso concreto? Também em relação aos chamados “desacordos teóricos”, inexplicáveis pelo positivismo em função da “ferroada semântica” que uma abordagem analítico-conceitual (a partir da prática, a despeito da expressa pretensão de Hart de oferecer um ensaio em sociologia-descritiva, no seu “*The concept of law*”, de 1961) enseja, verificou-se que, mesmo que Dworkin possa não ter bem compreendido Hart, suas conclusões são pertinentes, seja qual for a ideia criticada.

A pesquisa demonstra a dificuldade de construção do argumento jurídico, pelo menos porque um desacordo dentro da sua dimensão normativa sempre vai existir: ninguém pode sequer pretender corrigir um julgamento sem um padrão *já* definido. Dworkin nos pareceu estar atento a isso. “*Law’s empire*” é um esforço de dar sentido àquilo que sabemos estar acontecendo, mais do que qualquer teoria que pretenda oferecer *um* padrão. Dworkin não propõe qualquer resposta correta, antes pressupõe uma tentativa de esforço em busca dessa *possibilidade* de resposta, para a qual não exista um padrão de verificação, mas ainda assim, é alguma coisa que acreditamos poder invocar a nossa obediência

⁹ Não adentraremos discussões epistemológicas sobre “verdadeiras” identificações de características de tradições diferentes como *common law* ou *civil law*, porque tal discussão perdeu o sentido: uma ou outra característica não impede que a prática abordada tenha semelhanças suficientes para uma abstração a partir de um *paradigma* do que entendemos constituir um propósito dela. E atribuição de propósito não é algo geograficamente limitado. Isto é tão certo que Hart disse que sua teoria devia ser vista como um relato de moderno sistema jurídico de união de regras (nada mais abstrato e de acordo com o que pensamos ter qualquer prática do direito moderna). Além do mais, ninguém mais nega que uma mínima dimensão de *coordenação social* do direito não tem mais a ver com a fonte de sua produção (precedente e lei são levados em conta na definição do direito de um caso).

em nome do *direito*. Essa também é uma tarefa da filosofia analítica, que possibilita a indicação de padrões de comunicação. “*Law’s empire*” é um esforço de analítica e de interpretação (ou somente de interpretação, naquela ideia de Dworkin de que a diferença entre *descrição* e *interpretação*, é uma função do grau de aceitação em torno do paradigma a partir do qual avaliaremos qual o melhor sentido da prática).

A própria ideia de uma virtude fundamental de um sistema jurídico, a *integridade*, foi intuída indiretamente, a partir da verificação de discursos que consideravam ter o direito alguma dimensão moral (alguma coisa que protegia valores dignos de serem protegidos pela força, como liberdade e igualdade): a integridade seria uma virtude descoberta como um planeta de cuja existência só sabemos em razão da força gravitacional exercida sobre o movimento de outro planeta já conhecido. Sempre se deve ter em conta, e o *Capítulo 2* pretendeu demonstrar isso, que uma análise do *discurso* da prática deve acontecer. O *aclaramento* da ideia da tese do “fato social” a partir das discussões que se seguiram à publicação do “*Postscript*” de Hart (na verdade, a resposta póstuma de Hart a Dworkin) em 1994, um dos compromissos do positivismo, possibilita uma melhor compreensão também de Dworkin.

E não é só para um caso como esse, do tratamento social de transexuais, que a teoria de Dworkin faz sentido. Se compreendermos a questão em discussão em muitos outros casos, a teoria de Dworkin vai fazer *todo* o sentido: qual o argumento moral que melhor justifica a criminalização do uso de alguns tipos de drogas, à vista do *fato* de que o direito (e, nesse caso *principalmente*, a comunidade) tolera outras (como o álcool)? Qual o argumento que melhor justifica a criminalização da prática sexual entre pessoas do mesmo sexo, em atenção ao fato de que a mesma prática pode livremente acontecer entre dois adultos de sexos diferentes? O já muito conhecido caso *Bowers v. Hardwick* foi bem decidido ou não e por quê?

Ao final de tudo, fica a impressão de que a pesquisa pode ser vista como uma trilha aberta a partir do *conforto* que ideias como a de Dworkin nos dá: foi o próprio Ministro que convidou o outro a partilhar de tal conforto. O resultado da

pesquisa pretende ser uma *saída* do conforto, no terreno do *discurso* do direito. Mais do que o conhecimento de uma ou outra teoria, o conhecimento do terreno, o *discurso*, parece ser o mais importante. A pesquisa parece não ter rumo certo. Mas nessa desorientação está seu propósito. A pesquisa pretende ser um convite a nos perdermos. *Quando menos*, somente para sentir mais o solo que sustenta aquele conforto.

Capítulo 1 – A novidade Hart

1 Um fio de meada

“Em particular, não sei como avaliar a convicção que Hart parecia ter em que a análise jurídica, simplesmente compreendida, era suficiente para decidir a maioria das questões jurídicas” (Bix, 2000, p. 210).

Estas palavras de Brian Bix já nos advertem sobre a dificuldade de entendimento da obra de Hart, uma tentativa de descrição da prática normativa que é o direito. Pretendia Hart uma descrição do direito que, sem perder de vista sua normatividade, ao mesmo tempo desvinculava o teórico de questões ligadas a outras ordens normativas, como a moral¹⁰.

Na verdade, diz-se¹¹ que a obra de Hart inaugurou um idioma por meio do qual aqueles que querem estudar o direito possam debater, no final das contas, o problema do fundamento da normatividade do direito¹². O debate nos termos do idioma acontece num espaço delimitado: a obra de Hart e, ao seu extremo, mas ainda dentro do idioma, as críticas de Dworkin ao positivismo. Vamos supor que as críticas de Dworkin marquem a linha final do idioma que possibilita o debate.

E qual debate? O debate sobre o que é direito, mas em termos inéditos que pretendiam ultrapassar o desgastado discurso sobre a justificação do direito, ou melhor dizendo, sobre as condições em que uma determina prática normativa pode ser identificada ou não como direito e, como tal, impondo obrigações que de outra forma não surgiriam¹³. Enfim, se existe uma diferença fundamental entre

¹⁰ É necessário, por ora, advertir que, dentro do debate que se iniciou com a obra de Hart, “*The concept of law*”, a tese da separação (“*Separability Thesis*”), um dos três compromissos da abordagem positivista do direito, somente nega que tenha que haver uma sobreposição necessária entre o direito e a moral: “*while the separability thesis implies that there are no necessary moral criteria of legal validity, it leaves open the question of whether there are possible moral criteria of validity*” (Himma, 2002, p. 1, destaques no original).

¹¹ André Coelho fez essa feliz asserção em palestra disponibilizada na internet, com o título: “Positivismo jurídico depois de Dworkin” (<https://www.youtube.com/watch?v=TsRNJzo-lkA>, acesso em 26/07/2017).

¹² Perry conta que é essa a tarefa central da ciência do direito (*Jurisprudence*) de tradição anglo-americana (Perry, 1998, p. 467).

¹³ “*In speaking of the problem of the normativity of law, I mean to refer a congeries of questions of the following kind: How is the concept of legal obligation to be analyzed? How is the concept of legal obligation*

o sistema normativo da moral e do direito: a velha questão sobre a moralidade do direito, vamos colocar assim.

O ineditismo da obra de Hart, e aqui me refiro ao “*O conceito de direito*”, de 1961, esse novo idioma para falar da velha questão, está mais na metodologia de Hart, que aceitou a dificuldade metodológica de assumir a normatividade da prática que descrevia, do que em suas considerações substantivas sobre a correção dessa prática. Enquanto positivista, Hart estava preocupado com a descrição da prática, seu esclarecimento e elucidação; enquanto filósofo moral, com todas as outras questões relacionadas à sua fundamentação.

Em decorrência de uma aproximação com a filosofia analítica, na tradição legada por Wittgenstein (*idem*, p. 207), procura descrever o direito através da correta descrição da sua prática: o que é o direito, especificamente, é mais uma questão de se e *como* ele se diferencia de outras práticas normativas. O direito não deve ser estudado como pressupondo alguma coisa que o distinga de outra, em outras palavras, como se existisse qualquer entidade metafísica que definiria, antes da prática, o que ele é. Investigações ontológicas não socorrem o teórico na busca do conceito de direito porque, acreditava Hart, as respostas ou lhe são inúteis ou o desorientam. Na esteira da linha de filosofia da qual parte Hart, é o foco na prática do que acontece em termos de direito que previne discussões que podem levar o teórico a áreas diferentes da do direito¹⁴.

E foi o “ponto de vista interno”, que possibilitou Hart explicar em que consistia o direito. O ponto de vista interno tem uma especial importância na tentativa de Hart de descrever o que é o direito, a partir de dois papéis que ele

related to that of moral obligation? What does it mean to claim authority over someone? Can law in fact give rise to obligations, either moral or of other some type, that people would not otherwise have?” (Perry, 1998, 445).

¹⁴ “Hart propôs que a melhor forma de considerar a questão ‘O que é direito?’ geralmente é como uma tentativa de examinar uma das três questões: ‘Como o direito difere das ordens respaldadas por ameaças e como se relaciona com elas? Como o direito difere da obrigação moral e como se relaciona com ela? [e] O que são normas e até que ponto o direito é uma questão de normas. (...) A resposta de Hart à questão ‘O que é o direito?’ consistiu basicamente em contrapor ‘Por que você pergunta?’. Essa é a resposta wittgensteiniana que resumi anteriormente: uma tentativa de simplificar, ou dissolver, uma questão aparentemente difícil, que seduz alguns a responder em termos de ontologia e essências, tentando convertê-la ou reduzi-la a questões relacionadas com a descrição adequada de nossas práticas” (Bix, 2000, p. 211/12).

cumprir: de especificar o elemento que permite dizer que o direito não é somente uma prática social, mas uma prática social normativa¹⁵ e explicar a dimensão normativa do significado de asserções como “é lei no Acre que todos têm a obrigação de fazer x”. Especificamente em relação a essa segunda função, mirava Hart no positivismo tradicional de Austin e Bentham, para quem o direito era explicável em termos de hábito de obediência, dentro de cuja prática conceitos como “obrigação” era explicado por meio de bases conceituais não normativas como ameaça e sanção¹⁶ (Perry, 2006, p. 1172).

2 O “ponto de vista interno”

O caráter social e normativo, ao mesmo tempo, do direito implica a sua teoria em questões metodológicas relevantes: se a metodologia será diversa da das ciências naturais ou existe uma abordagem típica, isso sem falar na própria questão sobre a natureza da teoria do direito, se ela somente é descritiva ou normativa (Macedo, 2013, p. 26). Hart leva a sério a pretensão doutrinária de não apenas descrever o direito, mas também de explicar sua dimensão

¹⁵ Após discutir sobre os limites que uma análise conceitual como a que Hart pretendeu fazer em “*The concept of law*” era compatível com uma abordagem metodológica que, apesar de pretender captar a dimensão normativa da prática jurídica, queria tão-somente descrevê-la a partir do ponto de vista dos participantes, sem que isso significasse nada além que o teórico deva, tal qual o participante, aceitar ou fazer valer o ponto de vista interno, Perry assevera que a originalidade da teoria de Hart pode ser dita como tendo a pretensão de trazer à luz um *não-notado previamente* fato empírico sobre o direito, nomeadamente aqueles sistemas normativos que contêm uma regra de reconhecimento. Nas suas palavras: “*the originality of Hart’s substantive theory of law might to be said to consist in part in the claim to have brought to light a previously unnoticed empirical fact about modern municipal legal systems, namely that they all contain a rule of recognition*” (Perry, 1998, p. 444). Necessário apontar para aclarar o desenvolvimento da dissertação, também, para o fato de que Hart começa sua descrição do direito postulando que para sua tarefa de clarificação do direito era necessário partir do mais aceito entendimento de um moderno sistema jurídico municipal: “*the start-point for this clarificatory task is the widespread common knowledge of a modern municipal legal system which on page 3 of this book I attribute to any educated man*” (Hart, *Postscript, The concept of law*, apud Perry, 1998, p. 431).

¹⁶ Scott Shapiro, em recente artigo com o título “*What is the internal point of view?*”, ainda lamenta que esta grande contribuição à teoria jurídica em geral, o “ponto de vista interno”, seja mal compreendido, mais em razão das possibilidades que essa abordagem possibilita em termos daquele debate sobre a normatividade do direito do que em razão de distorcer a teoria de Hart (Shapiro, 2006, p. 1157). A novidade, para Shapiro, foi que, diferentemente de todos tipos positivistas de teorias jurídicas (de Bentham a Kelsen), centradas no relato do direito como uma prática normativa específica em razão da possibilidade de imposição de uma sanção, Hart dirigiu a atenção para o relato dessa prática como impondo obrigações, em razão da especial característica do direito, chamada “ponto de vista interno”. Stephen Perry diz que tal forma de fazer teoria do direito fez *mais* que Hart descrevesse o problema da normatividade do direito *do que* ofertasse uma solução da questão normativa sobre a correção do comportamento ou não (Perry, 1998, p. 466).

normativa, qual seja, aquela que vê o direito, suas normas, como dando razão para a ação (Perry, 2000, p. 157).

Uma consequência referida de tal abordagem, da prática jurídica, é que ela pode parecer localizada geograficamente, como se somente seu conceito de direito pertencesse a uma jurisdição tal que não pudesse também proporcionar um entendimento do funcionamento do direito em outras jurisdições que não a analisada:

“Há uma necessidade permanente de uma forma de teoria jurídica ou doutrina que seja descritiva e de âmbito geral, cuja perspectiva não seja a de um juiz decidindo ‘o que o Direito é’, ou seja, o que o Direito exige em casos particulares (tais como os examinados por Dworkin na primeira seção deste ensaio), mas a de um observador externo de uma forma de instituição social com um aspecto normativo, a qual, em seu reaparecimento em diferentes sociedades e períodos, exhibe muitas características comuns de forma, estrutura e conteúdo”(Hart, *Comment*, apud Perry, *idem*, p. 156).

Verifica-se ser uma preocupação no pensamento de Hart, como positivista, de uma teoria analítica do direito que desengaje seu intérprete de sustentar uma empreitada teórica em fundamento outro que não o dado empírico¹⁷ do que ocorre na prática, ainda que numa dimensão justificatória argumentos morais devem ser levados em conta, como se verá. Mas não porque ela seja desimportante; antes, porque é adequado aquele desengajamento enquanto um típico compromisso moral para possibilitar uma teoria analítica do direito. Pode-se mesmo concluir que a desconsideração moral do direito oferecida pela teoria analítica protege o âmbito da moralidade, não a confundindo com um outro fenômeno normativo, o direito¹⁸.

¹⁷ Outro daqueles três compromissos referidos na nota 1, a “tese do fato social”, “*the most fundamental of positivism’s core commitments (...) asserts that law is, in essence, a social creation or artifact*” (Himma, 2002, p. 2).

¹⁸ Nas palavras de MacCormick, “*em toda sociedade avançada, há regras jurídicas em vigor e opiniões morais dominantes que naturalmente se entrelaçam e se sobrepõem. O que é realmente correto fazer continua sendo uma questão para os indivíduos soberanos que não ousam abdicar de seu julgamento em favor do governo legítimo ou da maioria moral. Eles devem, sem dúvida, considerar a lei vigente e a moral positiva de sua comunidade como relevantes para o que é certo, mas apenas relevantes para isso, não determinantes da questão*” (MacCormick, 2010, p. 45). Perceptível o esforço de MacCormick de conformar a pessoa do teórico de “*O conceito de direito*”, ao liberal Hart.

A pretensão de Hart, de dificuldade ímpar até então vista dentre os teóricos positivistas ingleses, foi a de oferecer uma teoria “*descritiva e moralmente neutra do direito*” (Marmor, 2013, p. 21). Sendo positivista, não podia concordar com as teses do direito natural. Por outro lado, como uma instituição social, a descrição da prática normativa jurídica a partir de um ponto de vista interno significou para ele uma possibilidade de resolução de questões metodológicas e filosóficas que o estudo do direito impunha: como descrever uma prática que aparentemente dá razão para nossa ação, sem que comprometa o teórico com a correção dessa razão? Observa-se que aquela proteção do âmbito tipicamente moral é um imperativo categórico para Hart na sua descrição do direito, prática normativa que não soluciona a questão de qual é a forma correta de agir, como já pontuado.

Ao mesmo tempo que tenta elaborar uma teoria do direito que admita que, para sua compreensão, deve-se levar em conta os modos daqueles que participam dele, isto é, daqueles que o consideram uma prática normativa, ela deve se manter alheia à própria consideração anterior sobre o valor ou importância do engajamento em tal prática (*idem*, p. 22).

A tradição positivista de Hart finca raízes na abordagem positivista de Jeremy Bentham e John Austin. Hart, tal como os dois filósofos, se define como um positivista jurídico, para quem o entendimento de um ordenamento jurídico independe, seja da moral vigente, ou outro compromisso de apoiar esse ordenamento (MacCormick, 2010, p. 57/8). Neil MacCormick esclarece essa influência, inclusive a consequente preservação de uma posição moral paralela ao comando institucionalizado pelo direito:

“Assim como eles, Hart afirma que a moralização do conceito de Direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo (...) ou à anarquia revolucionária. Contra isso, a atitude apropriada ao Direito é a que reconheça que a existência do Direito depende de fatos sociais complexos e que, portanto, sustenta que todas as leis estão sempre abertas à crítica moral. (...) o importante é garantir que sempre haja a possibilidade para o teórico e a pessoa comum de conservar um posicionamento moral crítico diante do Direito que existe de fato. (...) A tese positivista torna todos moralmente encarregados de rejeitar a hipótese de que a existência de qualquer lei pode em si determinar a questão de qual é a maneira moralmente correta de agir” (idem, p. 41)

A tradição positivista de Austin e Bentham, ao atacar o jusnaturalismo, centra-se na afirmação de que as condições de validade de uma determinada norma é uma questão de fato social, um compromisso conceitual do positivismo, como visto (Marmor, 2013, p. 8).

Jeremy Bentham, filósofo inglês tido como o fundador do utilitarismo na versão clássica, objetava a concepção de existência de “direitos naturais” como atributos do *fato* de ser humano. Para Bentham, “*a gênese dos direitos somente pode ser buscada na atuação positiva ou omissiva de um legislador*” (Martins, 2009, p. 95), e a invocação da nossa obediência pressupõe um cálculo utilitário (*ibidem*).

John Austin, por outro lado, forneceu um contraponto para Hart em sua consideração da normatividade do fenômeno jurídico. Austin estava preocupado com a delimitação do objeto da *Jurisprudence*, isto é, da teoria do direito, que não tinha relação com qualquer especulação sobre o que seria moralmente certo ou errado (Araújo, 2009, p. 73). A importância de Austin no contexto do positivismo jurídico é a sua abordagem do objeto da teoria do direito, a lei para ele¹⁹, independentemente de considerações em torno de seu acerto moral (*idem*, p. 76). É na lei que Austin percebe o que ele chamou de “chave” para a ciência do direito – a ideia de ameaça ou sanção – que supriu para Austin um necessário relato do que era o direito, enquanto sistema que atribui razão para ação, configurando esta (a ação) hábito de obediência ao comando do soberano (Perry, 2006, p. 1172).

Especificamente, no que Hart se contrapunha às teorias de Austin e Bentham era em relação à deficiência de uma abordagem que não levava em conta um aspecto fundamental da prática abordada, na dimensão ainda daquele problema metodológico sobre ter o direito também um caráter normativo: tais

¹⁹ “Austin nega que seja necessário, na tentativa de determinação do âmbito próprio da jurisprudência, um exame minucioso do conceito de direito. Nesse sentido, a teoria do Direito de Austin não é, de fato, um exame acerca do conceito de direito, no sentido estrito do termo direito, mas, antes, do conceito de lei” (Araújo, 2009, p. 75).

teorias desconsideram o ponto de vista interno, do participante da prática, como algo relevante para a apreensão do conceito de direito (Perry, 2000, p. 166). Para John Austin, basta para caracterização do direito o “ser obrigado” em razão simplesmente de um comando, em atenção ao qual se motiva a ação em virtude de uma probabilidade da exposição do agente a uma sanção (MacCormick, 2010, p. 84).

Essas influências levaram Hart a investigar o direito através da prática jurídica, do que ocorre no mundo social: Hart concordava com os dois filósofos no sentido de que a lei provém de “fontes sociais” (*idem*, p. 41). Entretanto, o elemento mais característico da abordagem filosófica de Hart foi “*a maneira como ele aborda a explicação das leis como regras sociais e a explicação das regras sociais*” (*idem*, p. 47), não a partir de um ponto de vista descritivo, mas a partir daquele “ponto de vista interno”. Mas por quê tal forma de abordagem?

Para tal resposta, necessário um esclarecimento biográfico. Herbert Lionel Adolphus Hart graduou-se no New College de Oxford, em 1929, quando, após um desempenho brilhante nos Estudos Clássicos e em História e Filosofia Antigas, naturalmente foi conduzido a uma carreira no direito, prestando o Exame da Ordem em 1932. Após um período de trabalho como advogado e como funcionário da inteligência no período da segunda Grande Guerra, Hart é convidado para retornar a Oxford ao final da Guerra, como professor de Filosofia. Em Oxford, encontra com um filósofo que muito contribuiu para o desenvolvimento de sua teoria analítica do direito, J. L. Austin (*idem*, p. 6). Brevemente, pode-se ainda dizer que Austin desenvolvia especulações sobre filosofia da linguagem paralelamente a Wittgenstein, em Cambridge, e à época em que este lançava suas “Investigações Filosóficas”, em 1953 (*idem*, p. 28). Wittgenstein, nas palavras de Emmanuel Carneiro Leão, é a personalização da convergência de toda uma tradição antiespeculativa que implica numa “*suspeita cética: toda metafísica, sendo destituída de sentido, é, na acepção própria do termo, uma insensatez, oriunda de uma incompreensão lógica da língua de nossos discursos*” (Leão, 2002, p. 135). A convergência das especulações em Oxford e em Cambridge direcionaram as investigações filosóficas para a análise da linguagem enquanto ponto de acesso a diversos mal-entendidos sobre o

conhecimento do mundo ministrados pela filosofia tradicional. Porque as palavras não necessariamente *representam* alguma coisa, antes de se questionar o que elas representam, deve-se “*estudar com cuidado de que modo e sob que condições as palavras são usadas significativamente nas línguas que falamos*” (MacCormick, 2010, p. 29). Portanto, é tarefa da filosofia a busca de “*um entendimento interpretativo do discurso humano normal em situações sociais normais*” (*ibidem*), e não em especulações ontológicas inúteis e confusas.

Aliás, aquela abordagem do direito a partir do ponto de vista interno, que é a ideia metodológica central da teoria analítica do direito de Hart (*idem*, p. 58), foi uma contribuição da abordagem linguística da filosofia (*idem*, p. 59), ao chamar atenção do estudioso aos significados das palavras como dependentes de um contexto social, no caso da linguagem jurídica, de que padrões precisa o participante de uma prática para mencionar palavras como *recomendação* ou *obrigação*, e discursos correlatos sobre o *certo* e *errado*, os chamados “enunciados internos”. Nas palavras de Hart:

“(…) a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situação ou relações sociais podem ser explicadas de forma mais clara com um exame dos usos normais das expressões relevantes e do modo como estas dependem de um contexto social, ele próprio muitas vezes não explicitado. Nesse campo de estudos é particularmente verdade que podemos usar, como disse o professor J. L. Austin, ‘uma consciência aguçada das palavras para aguçar nossa consciência dos fenômenos’” (Hart, *The concept of law* (prefácio), *apud* MacCormick, 2010, p. 59).

É somente a partir do ponto de vista interno dos participantes de uma prática social que Hart pretende superar a descrição positivista dos filósofos da tradição, além de constituir tal descrição num passo necessário “*na reconciliação dos aspectos sociais e normativos da teoria jurídica*” (Perry, 2000, p. 149). Portanto, a justificativa para abordar o direito a partir do ponto de vista interno tem a ver com as ambições duais da doutrina:

“A doutrina dá origem a problemas metodológicos especiais porque tem aspirações filosóficas e descritivas; tenta analisar a dimensão do que dá razão às práticas sociais, e, ao mesmo tempo, oferecer uma caracterização descritivamente precisa de um tipo existente de instituição social. Como disciplina, a doutrina pretende na verdade, ser um ramo da filosofia prática (com o que quero designar a filosofia da razão prática) e um certo tipo de ciência social. Os problemas especiais de metodologia que enfrenta surgem dessa justaposição” (idem, p. 146).

O ponto de vista interno de Hart, pode-se dizer, fora fruto do influxo filosófico que discerniu que *“existe algo especialmente interpretativo a respeito de disciplinas como a teologia, a crítica literária, o Direito e a psicanálise”* (Moore, 2000, p. 9), que um modelo comunicativo de interpretação não conseguia dar conta²⁰. Tal modelo comunicativo responde apuradamente às três questões fundamentais que o conceito de interpretação, enquanto atividade a que nos dedicamos ao tentar desvendar o significado de algo, pressupõe:

“que espécies de coisas tem significado? Em segundo lugar, a validade de uma interpretação consiste na descoberta de tais significados ou tal validade poderá existir mesmo se criarmos tais significados por meio de nossas interpretações? Em terceiro lugar, por que alguém deve dedicar-se a essa atividade, isto é, que valor é atendido quando se descobre ou cria um significado para algo?” (idem, p. 5/6)

O modelo comunicativo impõe a quem se propõe a indagar o significado de um enunciado, por exemplo, o lugar de *público*, sendo um modelo adequado para a ciência, ao manter a distância necessária do objeto do conhecimento de quem deseja conhecê-lo. No modelo comunicativo de interpretação, o intérprete

²⁰ O abandono da metodologia científica no entendimento do que seria direito, além de ser útil, pressupõe a adoção do que Hart afirmou, num escrito posterior a 1961, ser um *método hermenêutico* que envolva o relato (*portraying*) dos comportamentos tomados sob uma regra como eles se apresentam para os participantes da prática, que veem tal descrição como conformada ou não a certos padrões (*standards*) compartilhados (Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, *apud* Perry, 1998, p. 440/1). No que interessa, porém, este objetivo de Hart, de abandonar a perspectiva metodológica científica por uma perspectiva hermenêutica da prática do que ocorre, não significou um total abandono de um ponto de vista externo, necessário para a abordagem descritiva que ele tinha por ambição fazer. O ponto de vista *hermenêutico* de sua abordagem quer significar apenas um modo de entender como os participantes de uma prática consideram seus próprios comportamentos (*“how the participants regard their own behavior”*) (Perry, 1998, p. 441).

ainda é destinatário de uma elocução, e tenta encontrar numa intencionalidade autoral a validade para a correção de sua atividade²¹.

Mas quando se tem aquele discernimento de que há outras “atividades dominantes” dentro de disciplinas como o direito que não se adequa a uma explicação da atividade interpretativa conformada a um modelo científico de “previsão, explanação e compreensão” (*idem*, p. 9), ou seja, outra dimensão que não é abarcada pelo ato de conhecimento a partir do exterior²², porque é impossível logicamente permanecer externo, um outro ponto de partida deve ser considerado.

E se existissem padrões, que podem ser – usando a terminologia de Moore, porque é bem ilustrativa da necessidade de uma abordagem interpretativa diferente do direito – *textos*, porque ainda portam significados, e que constituem *razão* para crença ou ação (*idem*, p. 14), independentemente da existência de um autor sujeito da elocução intencional, como uma *prática* social? E se tal prática reivindica razões para ação, subentendidas a partir de uma abordagem que não a clássica abordagem via sujeito – objeto, como perguntar o que isso que fazemos significa? Tem-se aqui uma questão de razão prática que o interpretativismo de Moore coloca: o que é isso que pode ser uma prática que dá uma razão para a ação de alguém? Hart não se preocupa com o lado da razão prática, não em seu “*The concept of law*”, mas sim com a posição do teórico²³, sendo sua descrição da prática um exercício de razão teórica (Perry,

²¹ Para Moore, o modelo comunicativo de interpretação responde da seguinte forma a questão sobre a validade de uma interpretação: “(...) é válida nesse modelo se, e apenas se, a interpretação corresponde à intenção com que foi produzido o enunciado” (Moore, 2000, p. 8).

²² É interessante pontuar que a questão da insuficiência de tal modelo interpretativo para a elaboração da teoria jurídica ainda é passível de objeção por aqueles que acreditam numa distinção entre fato e valor para fins de fundamentação do direito. Dworkin, que a partir de “O império do direito” adota uma atitude interpretativista na definição do que é o direito, atitude esta carregada de considerações valorativas, ainda abre flanco para uma artilharia positivista: de acordo com tal objeção, “a interpretação (...) é uma exceção ao entendimento padrão da linguagem e da comunicação, sendo necessária somente quando a lei for, por alguma razão, obscura. Entretanto, em casos mais comuns, o direito pode simplesmente ser entendido, e aplicado, sem mediação da interpretação” (Marmor, 2013, p. 13).

²³ Também a essa conclusão chega Scott Shapiro, para quem Hart, *qua* teórico do direito, toma, na verdade, um ponto de vista externo do direito na sua descrição, mas adverte que esse ponto de vista “externo” é teórico, e particularmente este modo de compreensão teórico é hermenêutico. Continua Shapiro afirmando que é precisamente em razão dessa perspectiva hermenêutica na sua abordagem prática do direito, que Hart rejeita as teorias jurídicas baseadas na sanção (“*sanction centered theories*”) (Shapiro, 2006, p. 1160). No entanto, enquanto *chave* para descrever o direito, o ponto de vista interno

2000, p. 160). A pesquisa sobre o que é a coisa certa a fazer, por exemplo, se é a adoção da razão que a maioria de uma comunidade tem como motivo para ação, não é a pretensão de Hart em sua descrição da teoria jurídica: é certo que a lei vigente e a moral de uma comunidade devam ser consideradas no julgamento sobre a conduta correta a tomar, mas não são determinantes da questão, como já referido.

Pelo famoso exemplo de um hipotético padrão de comportamento verificável pelo fato repetitivo de carros pararem na luz vermelha do semáforo, Hart parece justificar o ponto de vista interno como um *topos* a partir do qual se torna mais exata uma “*descrição precisa do modo como o grupo vê seu próprio comportamento*” (Hart, *The concept of law*, apud Perry, 2000, p. 156), para que se ofereça um conhecimento completo da prática social em estudo. Nesse exemplo, para ele, um mero observador externo, que aborde tal padrão de se parar na luz vermelha do semáforo, perde “*uma dimensão inteira da vida social*” (*ibidem*). Em poucas palavras, quando há um hábito ou quando há uma regra social, somente o ponto de vista interno possibilitará a adequada diferenciação: “*uma regra social tem um aspecto ‘interno’ além do aspecto externo que compartilha com o hábito social e que consiste no comportamento uniforme regular que um observador pode registrar*” (Hart, *The concept of law*, apud MacCormick, 2010, p. 49).

O ponto de vista interno seria a *chave* de Hart para as questões metodológicas e normativas da teoria do direito. Aliás, pode-se dizer que o reconhecimento do livro “O conceito de direito” de Hart está justamente na tentativa de resolução, nos limites de uma única teoria, “*das questões metodológicas que a teoria jurídica herdou das ciências sociais, e ao mesmo tempo, demonstrar como e por que o Direito é um fenômeno normativo*” (Perry, 2000, p. 149).

referido por Hart na sua obra é o ponto de vista do participante que aceita um padrão como razão para sua ação, no caso, os juízes que aceitam a regra de reconhecimento que atribui validade às chamadas regras primárias, estas sim impostas diretamente aos cidadãos.

O ponto de vista interno possibilita a Hart a correta descrição do que é o direito, ao possibilitar a *elucidação* do sistema jurídico como um sistema de regras primárias e secundárias²⁴. Nesse sentido, Hart observa que a atividade do julgador pressupõe a aceitação de um padrão normativo que determine a aplicação de normas válidas para resolução de um caso (*idem*, p. 161). Dito de outro modo, em contraste ainda com Austin e Bentham, o sistema jurídico é um sistema de regras sociais “primárias e secundárias”, não somente uma exteriorização de um comando provindo de um soberano (MacCormick, 2010, p. 41).

E este é um postulado fundamental em Hart: os sistemas jurídicos são compostos de regras sociais primárias e secundárias. Regras secundárias são aquelas regras que são reconhecidas como um padrão por juízes e “oficiais” e regras primárias, que são aquelas regras identificadas como válidas a partir de uma regra secundária chamada de “regra de reconhecimento” (Perry, 1998, p. 427). Aliás, o essencial de um conceito de uma “regra de reconhecimento” é que ela provê as condições que devem (*must*) ser satisfeitas por uma norma para que ela seja considerada como legalmente válida (Himma, 2002, p. 29)²⁵.

²⁴ Scott Shapiro é bem claro em relação a esse postulado de Hart, sobre ser o sistema jurídico moderno a união de regras primárias e secundárias, quando esclarece a possibilidade de existir uma regra jurídica primária ainda quando não haja muita observância dos participantes ao que determina tal padrão. Shapiro, por exemplo, lembra a ilicitude da conduta do pedestre de atravessar em local não permitido (“*jaywalking*”). Afirma que, mesmo que o padrão (atravessar em local adequado) não seja observado, não se pode negar o fato de tal regra existir. Por quê? Justamente pela união de regras primárias e secundárias que caracteriza um sistema jurídico normativo. Para tanto, é necessário que ao menos algum dos participantes ajam de acordo com uma regra de reconhecimento. Calha a transcrição integral, pela sua clareza:

“For Hart, a rule R1 may be said to exist even in the absence of a social practice when there exists some other social rule R2 that requires certain members of the group to heed R1. In Hartian terminology, a primary rule exists when it is ‘validated’ by a secondary rule. We might say, for example, that the *jaywalking* rule exists or is legally valid because it is validated by the rule of recognition in the jurisdiction in question. The warrant for such statements depends on the fact that legal officials take the internal point of view towards their rule of recognition” (Shapiro, 2006, p. 1165).

²⁵ Kenneth Himma assevera que é em relação ao problema do teste de validade da norma jurídica que a regra de reconhecimento aparentemente soluciona, que Dworkin, no artigo “*O modelo de regras I*”, começa a sua crítica em termos da ineficácia de tal regra na definição do direito do caso, em atenção à forma de solução do caso *Riggs vs. Palmer*. Se para o positivismo (segundo o entendimento de Dworkin), é uma verdade *conceitual* que em todo sistema jurídico existe algo comumente aceitável como um teste para o que existe como direito, na forma de uma regra social, sendo ele suficiente para distinção entre direito e regras e princípios morais, por outro lado (é a crítica de Dworkin), é impossível existir um teste resolvendo questões de direito que envolva padrões (*standards*) com a dimensão de *peso*: o papel que tais padrões desempenham no raciocínio jurídico é muito complexo para ser capturado (*to be captured*) por algo simples como um teste (Himma, 2002, p. 27/8).

Por tudo isso, como pontuado, o “ponto de vista interno” consistiu numa novidade. Ele possibilita a descrição de uma prática normativa, que é social ao mesmo tempo, e o que se comunica com afirmações normativas do tipo “é lei no Acre que todos têm a obrigação de fazer x”.

3 O “ponto de vista interno” e a teoria do direito de Hart

O ponto de vista interno, como a *atitude* prática de aceitação de uma regra social, a atitude de se conformar a ela, permitiu a Hart que descrevesse o que acontece não mais em função da centralidade da sanção em caso de inobservância do padrão (*standard*) que a regra impõe. A descrição de Austin, por exemplo, sobre ser a lei um padrão *habitual* de observação imposto por alguém que não obedece a ninguém mais (Shapiro, 2006, p. 1164), não capta o que realmente ocorre quando nos orientamos por uma regra social.

O ponto de vista interno do participante da prática permitiu a Hart distinguir dentre os participantes aqueles que se *conformam* a um padrão imposto por uma regra não em virtude, somente, de um *hábito* de obediência a um ato emanado de um todo-poderoso, mas em razão do fato de *querer se conformar* ao padrão, simplesmente. O direito não apenas guia oficiais na punição daqueles que não se conformarem a ele, mas também dá orientação (*provides guidance*) para aqueles que querem estar “em dia” com suas obrigações (*want to live up their obligations*) (*idem*, p. 1159).

Quando o ponto de vista interno possibilita Hart divisar uma deferência a uma regra social, que impõe uma obrigatoriedade de conformação a ela independentemente da concordância do indivíduo (mas não somente em razão de medo de sanção), a noção de “obrigação” surge como central na teoria. Conceitos como “ter uma obrigação” e “ser obrigado” passam a ser mais claros

quando explicados em função da regra social. A observação de um hábito, por exemplo, não obriga a nada²⁶.

Tendo uma dimensão normativa (porque considerando cursos de ação *certos* ou *errados*), a teoria do direito tem que ser capaz de explicar como e por que determinadas ações são tomadas pelo participante da prática a ser interpretada. Para tanto, segundo Hart, o ponto de vista interno não deve implicar a conclusão de que quem aceita as razões da regra estejam conformes seu conteúdo moral (Macedo, 2013, p. 127). Do que decorre que a simples abordagem da prática pelo ponto de vista interno não significa necessariamente, nem mesmo, a aquiescência mínima de aceitação de tal padrão normativo, no caso, uma regra jurídica (Perry, 2000, p. 162).

Assim, para que o teórico capte o que realmente são as ações praticadas no interior de seu campo de estudo, que se supõe acontecer por um *discurso normativo* (lembremos a importância que a filosofia da linguagem causou em Hart ao se atentar aos significados das palavras num contexto concreto de uso), uma mera observação externa dela não é suficiente, porque não é capaz de diferenciá-la da noção de hábito, que não é sujeito à censura porque são realizados independentemente da consideração de um “standard” de correção, isto é, de uma regra.

Por isso, um hábito diferencia-se de uma regra porque o desvio do padrão de comportamento imposto por uma regra é um lapso a ser criticado, fato que não se relaciona com um hábito. Ademais, a crítica de quem não observa um determinado comportamento indicado pela regra é uma crítica justificada, no sentido de que quem faz a crítica não se sujeita a outra crítica em razão da atitude para com aquele que se desviou (MacCormick, 2010 p. 50). Em suma, o

²⁶ Ninguém diz, por exemplo, que “eu tinha a obrigação de ter pedido pizza hoje” quando, num domingo qualquer, uma pessoa não tenha qualquer outro motivo para pedir pizza, como a fome, uma reunião de amigos, etc. O mero fato de, coincidentemente, muitos domingos as pessoas pedirem pizza, não acarreta que o engajamento em tal prática supõe uma atitude *crítico-reflexiva* de aceitação de tal regra. Dito de outro modo, é mero hábito, uma simples repetição, o fato de todo domingo eu matar minha fome ou celebrar a visita de amigos, num domingo, pedindo pizza (a essência do exemplo é de Porto Macedo, 2013).

que diferencia um hábito de uma regra é que a regularidade externamente observável em relação àqueles que se portam como ela, a regra, requer, têm uma atitude *crítico-reflexiva* de agir conforme a regra, situação não observável na prática de um hábito (Shapiro, 2006, p. 1165).

Pela diferenciação entre hábito e regra, a partir de um ponto de vista interno, Hart reorientou-se no positivismo para abandonar as abordagens tipicamente “externas” de Austin e Bentham, que viam existir um “hábito de obediência” relativamente aos comandos de um soberano (MacCormick, 2010, p. 57). Para Hart, como já referido, o ponto de vista externo²⁷ perde uma dimensão normativa importante da prática, que é a aceitação de determinados “standards” de conduta, a partir de onde serão feitos discursos normativos quanto à ação correta ou errada. Tais razões para ação, *standards* de conduta compartilhados, são requisitos necessários para a coexistência social de indivíduos, e o direito institucionalizado emerge desse desenvolvimento (*idem*, p. 68).

Essa reorientação somente pode ser assim chamada, reorientação, porque Hart, na verdade, adota uma posição diversa dentro do ataque positivista ao jusnaturalismo. É que aquele ataque positivista, que propõe que a questão da validade das normas é uma questão de fato social, tem sido controversa mesmo entre os positivistas. Para os adeptos da chamada “tese social”, adotada por Austin e Bentham, a questão da validade das normas jurídicas é uma função da posição de soberania política de quem emite um comando (Marmor, 2013, p. 8).

²⁷ É o ponto de vista teórico que não o “hermenêutico” que Hart usa (o ponto de vista interno, propriamente dito). Seria uma espécie, se bem compreendemos Shapiro, um ponto de vista *teórico-comportamental* (*point of view theoretical behavioristic*) (Shapiro, 2006, p. 1161).

Devo pontuar aqui que a própria consideração do que seria o “interno” do ponto de vista hermenêutico de Hart é controvertido entre os estudiosos. Shapiro, por exemplo, no artigo referido, expressamente discorda da leitura de Stephen Perry, em “Interpretação e metodologia na teoria jurídica”, originalmente de 1995. Observa-se, portanto, o intenso diálogo entre os teóricos do direito da tradição anglo-americana com vista a um, eu intuo, necessário acordo sobre os termos em que o debate entre eles deve ocorrer. Penso que tal discordância entre autores usados aqui não influirá no plano geral de apresentar um pouco o pensamento de Hart, ainda que implicitamente a presente pesquisa pressuponha uma limitação da sua teoria.

Todavia, para Hart, tal forma de abordar o caráter normativo do direito, em diferenciação a outras ordens normativas (moral, religião), através da previsão da imposição da força em caso de descumprimento de uma norma jurídica, “é uma tese reducionista sobre o caráter normativo do direito, sustentando que a normatividade do direito consiste na capacidade dos que lhe são sujeitos de prever os riscos de sofrerem punição ou mal” (*idem*, p. 15). Foi um desafio a Hart, então, desviar-se da dimensão sancionadora do direito como razão para ação²⁸: não é somente a previsão de sanções que dá razão jurídica para nossa ação, e somente as considerações de Hart sobre as funções outras do direito que não a de impor sanções possibilitam que ele se distancie de suas fontes positivistas de inspiração (*idem*, p. 16). Mesmo a obra de Kelsen, de cuja influência para Hart ninguém duvida (MacCormick, 2010, p. 42), não refere a qualquer coisa parecida com os chamados “enunciados internos”, isto é, discursos normativos sobre a correção do comportamento sem o apelo necessário à explicitação da regra que determina o padrão. Porque, para Kelsen, um discurso normativo (“você deve fazer isso”) é decorrência *indireta* do que para ele era uma norma, uma autorização da sanção à vista da ocorrência de certo fato. Para Hart, nesse ponto, Kelsen inverte a ordem lógica das coisas: “a questão primária do Direito ou da moral é estabelecer o que é obrigatório que as pessoas façam” (*idem*, p. 84), e não o que fazer à vista de uma sanção, ainda que nessa versão mais refinada de Kelsen²⁹.

²⁸ MacCormick aceita o fato de que é um bom motivo, dentro do contexto da história da teoria jurídica, que diversos autores tratassem as sanções coercivas como um aspecto “necessário e determinante” do direito: o desenvolvimento do direito inclui o monopólio do uso da força oficial. Hart, porém, opõe-se a essa tentação de explicar o direito, “porque ela confunde a natureza fundamental do direito como um sistema de regras reguladoras e facultativas (e outros standards) com um método subsidiário, porém necessário na prática, de assegurar os direitos e impor os deveres estabelecidos pelo sistema” (MacCormick, 2010, p. 184).

²⁹ Não cabe aqui pesquisar o background da teoria pura de Kelsen. Basta mencionar que a preocupação de Kelsen com uma objetividade necessária para uma ciência do direito impôs a aceitação da famosa norma fundamental, “que resulta de um ato de vontade, [e] tem seu conteúdo determinado pela necessidade de que o sistema que fundamenta possa explicar juridicamente um conjunto de atos de coação globalmente eficazes” (Michelon, 2004, *apud* Macedo, 2013, p. 84).

²⁹ Ainda esse passo atrás na consideração da função do direito, não somente como algo relativo a autorização de sanção, mas também uma dimensão *coordenativa* da vida social, seja orientando conduta por meio de sanção também, mas não só isso: “resolver problemas recorrentes e múltiplos de coordenação, estabelecer padrões de comportamento desejáveis, proclamar expressões simbólicas de valores públicos, resolver disputas sobre fatos, e assim por diante, são importantes funções que o direito cumpre na nossa sociedade, e essas funções têm muito pouco a ver com o aspecto coercivo do direito e sua função provedora de sanções” (Marmor, 2013, p. 16).

4 Nos limites da análise do direito de Hart

Então vimos que a tentativa de Hart de resolução das questões metodológicas de uma doutrina jurídica, em razão de sua pretensão filosófica e descritiva, levou-o à consideração de um “ponto de vista interno” dos participantes de uma prática normativa: o ponto de vista interno seria um ponto de acesso à prática a partir do qual a teoria conseguiria descrever a prática sem perder o caráter normativo na análise, nada obstante possibilitando ao teórico a compreensão dela sem que comungue de possíveis valores que podem ser veiculados pela razão da prática. Na verdade, a ideia geral do ponto de vista interno é muito atraente: se se pretende uma avaliação doutrinária do direito, não perdendo sua dimensão normativa – é sempre necessário frisar – isto deve ser feito, adequadamente, somente quando se leva em conta, em algum ponto, “*como a prática se afigura a pelo menos alguns dos participantes da prática, a partir de dentro*” (Perry, 2000, p. 148). Hart, já no prefácio de “*The concept of law*”, nunca escondeu sua pretensão de fazer do seu livro “*um ensaio de sociologia descritiva*” (apud *ibidem*). Se foi satisfatória a sua teoria puramente descritiva e livre de valor, é o que veremos.

O caso em relação ao ponto de vista interno é que ele é relevante para a descrição do direito enquanto uma prática normativa: enquanto criando razão à ação, é no mínimo adequado afirmar que os participantes de tal prática têm a *atitude* de se guiar pelas regras que *dão sentido* à prática³⁰. Nas palavras de Hart:

“O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos padrões de comportamento enquanto um standard comum, e que essa atitude se manifeste na forma de crítica (inclusive autocrítica), exigências de conformidade e reconhecimento de que essas críticas e exigências são justificadas, tudo isso encontrando sua expressão característica na terminologia normativa da ‘recomendação’, da ‘obrigação’ e da ‘obrigação moral’, do ‘certo’ e do ‘errado’”. (Hart, *The concept of law*, apud MacCormick, 2010, p. 50).

³⁰“O fato de que deve existir tal ponto de vista decorre mais ou menos automaticamente da definição de uma norma, já que uma das características de uma norma é que ela tem um aspecto interno” (Perry, 2000, p. 154).

Stephen Perry, com muita perspicácia, lamenta que Hart não tenha *justificado* a prerrogativa do ponto de vista interno na descrição do direito, na perspectiva daquele debate metodológico causado por aquela justaposição das aspirações filosóficas e descritivas da teoria do direito. Para Perry, uma resposta adequada a tal pergunta basear-se-ia “*na formulação e aplicação de critérios epistemológicos de algum tipo: que tipo de teoria, engajada ou desengajada, fornece uma descrição mais unificada de fenômenos aparentemente díspares, ou que tipo de teoria tem maior poder de previsão? Hart, porém, não tem nada a dizer sobre tais questões*” (Perry, 2000, p. 156).

A assim chamada “tese internalista” (*idem*, p. 149) possibilita ao teórico, sem compartilhar das razões de justificação da regra, a compreensão de “*como os participantes da prática pensam que a prática lhes dá razões para a ação*” (*idem*, p. 159).

De tudo quanto foi dito, parece haver uma *petição de princípio* a respeito da perspectiva do ponto de vista interno justificar a normatividade do direito: “*o direito é uma instituição social criadora de razão, e isso só poderia ser assim se pelo menos alguns dos seus participantes adotassem o ponto de vista interno*” (*idem*, p. 162). A conclusão de que para ser normativo requer que os participantes da prática adotem tal ponto de vista já está implicada na premissa, qual seja, o caráter normativo da prática^{31, 32, 33}.

³¹ A petição de princípio é a seguinte: o direito tem uma dimensão normativa, somente em razão do fato de existir um padrão de obediência a que só se acessa através do ponto de vista do participante da prática. A simples existência de um padrão de obediência já seria um atributo normativo pressuposto na premissa de que o direito é normativo. André Coelho tem uma clara compreensão deste argumento: “*uma petição de princípio é uma falácia não porque derive a conclusão equivocadamente das premissas, e sim porque só consegue derivar a conclusão das premissas porque a conclusão é, ela mesma, pressuposta nas premissas*” (<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/03/petio-de-principio-e-tautologia.html>, acesso em 15/03/2017).

³² Isto é uma decorrência da adoção, por Hart, da versão forte da tese da *convencionalidade*, que é um dos três compromissos conceituais que fundamenta o positivismo (ao lado da tese do *fato social* e da *separação* entre sistemas normativos diversos – como o direito da moral). No que interessa para a presente discussão, Kenneth Himma afirma que parte do problema de Hart é que sua análise do ponto de vista interno parece ser incapaz de explicar como uma regra de reconhecimento pode dar razões para ação (Himma, 2002, p. 15).

³³ Scott Shapiro pensa que tal interpretação do pensamento de Hart nesse ponto, qual seja, o fenômeno da normatividade do direito ocorrendo *se e enquanto* houver uma convergência prática em relação ao padrão da regra social a partir do ponto de vista interno dos participantes, causa uma perplexidade. Isto

MacCormick, porém, não descarta a importância de tal prerrogativa na abordagem do direito enquanto um sistema normativo, haja vista consistir num avanço decisivo para uma teoria analítica do direito ao provocar a introdução do “método hermenêutico” na teoria. Entretanto, entende o escocês, tal abordagem das regras a partir daquele ponto não estaria errada, somente *incompleta*. Corretamente entendida, a discussão de Hart sobre regras conduz à questão correta: “*quais são as atitudes diante de padrões de atos sociais que, junto com alguma regularidade de ação (ou ‘comportamento’), devem existir ou ser mantidas pelos seres humanos para ser verdade que existe uma regra para algum grupo de seres humanos?*” (MacCormick, 2010, p. 52, destaques no original)³⁴. Esqueceu o gênio de Hart de outro ponto vista a partir do qual abordar a normatividade do direito? Para tal resposta, vejamos brevemente o que entendeu Hart sobre o “ponto de vista externo”.

Em relação a esse caso, como dito, Hart argumenta no sentido da impossibilidade, a partir dele, da distinção necessária ao entendimento de uma prática normativa, a distinção entre mero hábito e uma norma³⁵. Para Hart, os “enunciados externos”, tomados por um observador a partir de um “ponto de vista externo”, desconsideram a razão para ação do grupo observado: eles podem até arrimar uma previsão sobre a ação, mas não captarão seu raciocínio prático (Perry, 2000, p. 162).

Sendo, então, o ponto de vista interno, para Hart, o adequado para distinção daquela *atitude* que o agente tem ao considerar uma norma como portadora de razão para ação, que dizer daquele agente cuja *atitude* em levar em conta a norma tem mais a ver com a previsão de uma coerção, isto é,

porque, Hart nunca explicou como o ponto de vista interno *incute* de força normativa uma regra (*imbues rules with normative force*) (Shapiro, 2006, p. 1166).

³⁴ A esse entendimento também chegou Perry: “*a tese internalista deveria deixar em aberto a questão (parcialmente filosófica) de quais tipos de razões uma prática social cria para seus participantes (bem como a questão empírica de quais razões ou razões percebidas levam-nos a agir), em vez de definir o ponto de vista interno por meio de referência a um único desses tipos*” (Perry, 2000, p. 165, destaques no original).

³⁵ “*Uma regra social tem um aspecto ‘interno’ além do aspecto externo que compartilha com o hábito social e que consiste no comportamento uniforme regular que um observador pode registrar*” (Hart, *The concept of law*, apud Maccormick, 2010, p. 49).

daqueles que se engajam na prática não em função da existência da norma, mas em razão das consequências de seu descumprimento? (*idem*, p. 164). MacCormick diz que Hart não explicou tudo o que deveria ser explicado em relação ao participante da prática que rejeita as normas, e só presta atenção a elas do ponto de vista externo (MacCormick, 2010, p. 55). É a seguinte a passagem criticada:

“O ponto de vista externo pode reproduzir de forma aproximada o modo pelo qual as regras funcionam nas vidas de certos membros do grupo, especificamente aqueles que rejeitam suas regras e só se preocupam com elas quando e porque consideram que provavelmente uma violação acarretará consequências desagradáveis” (Hart, The concept of law, apud idem, p. 56).

A hipótese de Perry e MacCormick é que Hart trata do ponto de vista interno com uma certa ambiguidade (Perry, 2000, p. 165, e MacCormick, 2010, p. 59), ao não o distinguir do ponto de vista externo do participante da prática que, a despeito de integrá-la, não o faz animado pela regra social, senão por uma previsão de consequências que o seu descumprimento pode acarretar. Como consequência, Hart não foi claro na distinção, necessária em termos metodológicos, entre o ponto de vista externo, na perspectiva do participante e do observador de fatos do mundo. Foi somente assim, com essa ambiguidade a reboque, que Hart tentou solucionar a questão metodológica do direito, não mais em termos causalistas da tradição positivista de Austin e Bentham, mas a partir de uma *hermenêutica* da prática normativa centrada na noção de “regra social” (Perry, 2000, p. 165).

Porém, desde que o *ponto de vista interno*, na teoria analítica de Hart, somente *quer significar*, já que não explica que outras razões dariam para ação daqueles que não aceitam as regras, uma *vinculação* a elas, falha na tentativa de captar a normatividade do direito, cuja dimensão supõe mais que uma análise descritiva que Hart tentou fazer. A empreitada de Hart, sobre a possibilidade de desconsiderar uma outra dimensão normativa da prática – a moral – no estudo e descrição do direito, não alcançou o sucesso que ele imaginava poder ter. Na verdade, diz-se que a pretensão de Hart foi de somente “*making clear our*

conceptual commitments without either commending or condemning them, in a matter that does not involve moral or normative argument" (Perry, 1998, p. 453). Em suma, se não se explica uma dimensão normativa em relação à qual todos concordamos que existe, então sequer pode o direito, nesse relato, distinguir-se, normativamente, da moral.

5 Hart e a normatividade do direito

Falando em normatividade do direito, Perry explica que quer se referir a dois fatos: primeiro, discursos jurídicos contêm termos normativos tais como "obrigação", "correção" e "dever"; e segundo, as autoridades tem por propósito em suas ações de legislação, decisão e outras colocar-nos sob obrigações que *de outro modo* não teríamos (*idem*, p. 445).

Para Perry, a orientação externa, descritiva do que conta como obrigação para Hart, termo *chave* para explicação da normatividade do direito, que é uma instituição que dá origem (*give rise to*) a uma obrigação que de outro modo não teríamos, mesmo a partir do ponto de vista interno do participante, não conta, sem mais explicações, *se e quando* os participantes estão obrigados: é como se a teoria de Hart caísse num círculo, do qual não está preocupada de sair. Dizer que os participantes da prática jurídica *se consideram obrigados* em razão de uma regra social que impõe uma ação somente em base de pressão social e crítica, não é dizer muito sobre a normatividade do direito. Agora, se os participantes da prática se consideram obrigados em *outro sentido diferente* do que aqueles postos para a existência de uma regra social (da maneira como o ponto de vista interno possibilitou, como visto), e Hart, como também visto, admite, então a teoria é incompleta.

Perry nesse ponto é preciso: a pretensão de descritividade³⁶ da teoria de Hart nem sofre de circularidade, nem é incompleta. Ela somente não pode ser tomada como uma análise adequada:

³⁶ "In the Postscript he speaks of a 'descriptive jurisprudence' in which an 'external observer' takes account of or describes the internal viewpoint of a participant without adopting or sharing that viewpoint" (Perry, 1998, p. 430).

“Hart’s account of obligation does not suffer from circularity or incompleteness, but that is because it cannot be regarded as a proper analysis. At its core it is simply a descriptive statement that (a certain proportion of) members of the relevant group regard themselves and all others in the group as obligated to conform to some general practice. (...) Precisely because Hart’s account of obligation is descriptive and external, it cannot be said to have succeeded in clarifying or elucidating the concept in any significant way”.
(*idem*, p. 449)

O que é relevante para Perry, mais do que a mera descritividade do fenômeno jurídico que Hart tinha em mente (uma teoria que fosse moralmente neutra e sem intenções justificatórias), é que implicitamente todos os conceitos importantes para Hart, tais como “legislação”, “validade” e “soberania”, são analisáveis de maneira fácil e incontroversa, em termos de conceito de “autoridade”. Isto é porque Hart permite que o problema da normatividade do fenômeno jurídico molde sua questão teórica inicial, o que parece ser o aspecto central do nosso conceito de direito que ele – o direito – invoca (*claim*) autoridade sobre nós (*idem*, p. 453).

Discordando da análise sobre ser a regra de reconhecimento uma categoria-*chave* do direito, à qual as autoridades estão vinculadas em razão de pressão social ou crítica, regra essa estabelecida socialmente como uma “convenção”³⁷, Dworkin entende que a invocação (*claim*) de autoridade do direito deve ser compreendida por referência a algum princípio moral mais que em referência a uma convenção, para cuja justificativa um apelo a algum argumento moral se imporia, igualmente (*idem*, p. 454).

³⁷ A chamada “tese da convencionalidade” é um dos outros três compromissos dos positivistas. Tal tese, como entende Kenneth E. Himma, suplementa a versão de Hart da “tese do fato social” com uma mais profunda e mais detalhada descrição do fato social que explica a autoridade do critério de validade: o que explica a autoridade do fato social “regra de reconhecimento” é que ela constitui os termos de uma convenção social entre pessoas que são autoridades (Himma, 2002, p. 7). Frise-se que já no “*Postscript*”, Hart já especificara que a regra social deve ser entendida como uma prática convencional (“*conventional practices*”): “*this means that members of the group (have reason to) regard themselves as obligated, at least in part, precisely because there is a general conformity to the pattern of conduct that constitutes the social rules*” (Perry, 1998, p. 449). Dworkin confronta Hart nessa sua explicação do direito. O discípulo nega o puro caráter convencional da regra social, asseverando que a base do direito pode ser uma prática normativa concorrente que não a prática convencional advinda da observância da regra social como descrita por Hart (*idem*, p. 452).

Isto porque, a teoria de Hart ainda não consegue explicar que tipo de normatividade é essa que invoca uma razão como autoridade para criar obrigações que de outra forma não teríamos, quando nem todos os sujeitos à autoridade concordam com o *padrão* que a convergência de ponto de vista constitui como *direito*.

Perry sugere que a *rendição* da teoria de Hart está na sua incapacidade de descrever o direito sem que questões sobre sua normatividade permeiem seu trabalho, e, *através delas*, questionamentos ligados a uma avaliação de um padrão que invoca obediência *em nome* do direito. Ainda que *substantivamente* Hart consiga defender uma ideia geral do positivismo, ligada à independência do conteúdo do direito em relação à moralidade, um compromisso com um *positivismo metodológico*³⁸ que ele aclarou no “Pós-escrito” (à vista das críticas de Dworkin), por meio do qual pode oferecer uma teoria do direito *geral* (não ligada a qualquer sistema particular, senão somente preocupada com um relato claro dessa prática social normativamente governada) e *descritiva* (sem metas

³⁸ Perry é muito feliz ao propor um caminho na tentativa de entender as propostas da obra de Hart. No artigo “*Hart’s methodological positivism*”, de 1998, ainda na esteira das conclusões de um anterior (“Interpretação e metodologia na teoria jurídica”, de 1995, de que uso a tradução do ano 2000), o autor nos chama atenção, já de partida, para um necessário esclarecimento metodológico que para o próprio Hart também não era claro. Diz Perry que seria de muita ajuda para compreensão de Hart que se distinguisse um positivismo jurídico *substantivo* de um *metodológico*: para aquele, o conteúdo do direito (*content of law*) não necessariamente tem conexão com a moralidade; enquanto este é a posição segundo a qual a teoria do direito (*legal theory*) pode e deve oferecer uma descrição normativa neutra do fenômeno social, não existindo conexão, necessária ou de qualquer outro grau, entre a moralidade e a teoria do direito (“*methodological positivism holds, we might say, not that there is no connection, necessary or otherwise, between morality and legal theory*”). Perry afirma que, muito embora o próprio “*The concept of law*” tenha sido uma tenaz defesa (*extended defense*) do que viria a ser uma versão extremamente influente do positivismo jurídico substantivo, cuja parte mais importante (*core*) é o correto entendimento de que o direito consiste na união de dois tipos de regras, a primária e a secundária, num nível metodológico, porém, sua teoria envolve alguma abordagem analítico-conceitual (e sua consideração do significado das coisas, a partir de um ponto de vista hermenêutico), insuperavelmente adequada ao objeto, uma prática social com uma linguagem comum (“direito”, é um conceito usado para nós nos entendermos). E para Perry, uma analítica conceitual pressupõe disputas que podem ser resolvidas apelando a argumentos morais, se essa análise for oferecida por aquele ponto de vista interno, que é a contribuição de Hart (Perry, 1998, p. 428/9). Anteriormente, no artigo de 1995, Perry já havia afirmado que “*embora possa haver lugar para uma metodologia interpretativa limitada como a de Hart, seria uma situação insatisfatória se a teoria jurídica viesse a empregar apenas essa abordagem*”, porque para ele nós entendemos um *discurso* em nome do direito, ou seja, a prática não é alguma coisa irrefletida, discurso esse que envolve conceitos para cuja construção é necessária a questão de *significado* e *função*. Além desse aspecto limitante, outro ainda existe, para Perry: essa metodologia analítico-conceitual impossibilitaria a compreensão da dimensão normativa do direito, já que Hart não pretendia uma avaliação daquilo que dá ao direito sua função de razão para ação. De nada adianta a investigação da prática sob um ponto de vista interno sem que a questão mais importante seja sequer feita: qual o sentido de se engajar nessa prática?

justificatórias), não o socorre na sua defesa sobre estar fazendo algo bem diferente do que Dworkin pretendia fazer ao oferecer a sua concepção de direito. A leitura de Perry sobre as premissas metodológicas de Hart é sofisticada, e ajuda a aclarar em que medida um chamado “positivismo jurídico substantivo” pode ser afirmado através da construção de uma *teoria do direito* comprometida com um chamado “positivismo metodológico”. Segundo o entendimento de Perry, o comprometimento de Hart com o oferecimento de uma teoria *geral e descritiva* faz subentender que ele adotava um esquema geral de trabalho provido por um positivismo metodológico. Porém, no desenvolvimento de sua teoria, no seu relato do “positivismo jurídico substantivo”, Hart combina elementos de duas *abordagens metodológicas* distintas: o método descritivo-explanatório, e uma analítica conceitual. Dos dois, nessa leitura sofisticada de Perry, somente o primeiro envolve alguma forma de “positivismo metodológico”.

Hart ainda não conseguiu, portanto, fazer teoria sobre o direito que não leve em conta argumentos morais ao final. Sua própria discussão sobre a virtude de um sistema de regras primárias e secundárias³⁹, no qual a introdução destas corrige defeitos de sistemas jurídicos primitivos compostos só de regras primárias, não deixa de ser um argumento avaliativo sobre a normatividade de um sistema jurídico. No entanto, Hart não tenta, pelo menos no texto de “*The concept of law*”, demonstrar como a função do direito de guia da ação pode inculcar a qualquer um *razão para ação* (*idem*, p. 458).

O que isso significou dentro da tentativa de Hart de resolver problemas descritivos e normativos que a doutrina do direito lhe deixou? Que a dimensão normativa do direito não é alcançada por uma teoria meramente descritiva que não leve em consideração qualquer forma de moralidade, ainda que sob um ponto de vista hermenêutico, isto é, a partir da perspectiva de um participante da prática que se propõe abordar. É que a “postura crítica reflexiva”, marca do ponto de vista interno do participante de uma prática normativa, não significa que os

³⁹ “[Hart] claims that a regime of primary rules is, as compared to a system containing a rule of recognition and other secondary rules, defective in certain respects: more particularly, such a regime is uncertain, static, and inefficient in the application of social pressure. (...) The defects of a regime of primary rules are, however, remedied by the introduction of secondary rules”. (Perry, 1998, p. 456).

participantes reflitam sobre “*a justificativa, moral ou de outro tipo, da norma ou da prática em que ela se assenta*” (Perry, 2000, p. 174). Nesse sentido, a prática do direito seria irreflexiva, na descrição do direito proposta por Hart, algo bem sem sentido à vista do que acontece e das discussões que ocorre em sua justificação (*idem*, p. 187).

O agitação causado pela tentativa de solucionar problemas de metodologia da teoria do direito somente foi uma animação sobre a possibilidade de abordagem do direito através da prática do que acontece no mundo real, sempre com uma preocupação sobre os critérios que diferenciam o direito de outras ordens normativas⁴⁰. Ao final, ainda nos socorre a outra parte da confissão de Brian Bix, sobre sua dúvida acerca da convicção de Hart de que sua descrição do direito seria a mais adequada para decidir as questões jurídicas. Bix supõe que talvez a obra de Hart possa ser vista como “*uma versão não desenvolvida (ou subdesenvolvida) de uma teoria plena da prática, isto é, que afirma não ser necessária nenhuma referência a entidades abstratas ou ao poder político para explicar ou participar de nossas práticas jurídicas*” (Bix, 2000, p. 210).

⁴⁰ MacCormick adverte sobre a necessidade de se considerar a obra de Hart “*claramente como a obra de um advogado inglês do século XX*” (2010, p. 9). Isto porque, apesar de seu pretendido caráter universal, a discussão sobre a normatividade do direito ficou limitada na descrição de Hart, MacCormick deduz, em razão do fato de nem sempre a linha que separa o direito da *política* (a *moralidade política*, poderíamos dizer) ser traçada da mesma forma em todas as comunidades em que exista direito. Especificamente, no Reino Unido, sua tradição parlamentar assegura que as decisões da nação devem ser respeitadas por todos, inclusive pelo rei, tradição que não implicava o intérprete do direito em questões de filosofia política, senão somente na pesquisa dos critérios que distinguem o direito (*ibidem*).

Capítulo 2 – Hart depois de Dworkin: breves notas da discussão

1. Intróito

Um esclarecimento nesse momento é necessário. Se, como fora visto, a questão da normatividade do direito impunha alguma consideração moral (o que o próprio Hart considerou como *logicamente* possível, no “*Postscript*”), no que consistia o positivismo (substantivo) de Hart? O idioma inaugurado por Hart possibilitou um relato do direito, ainda dentro da moldura positivista, mas sem uma perplexidade até então observável em outras concepções filosóficas dominantes, como a tradição jusnaturalista ou o positivismo jurídico de Austin. A perplexidade: de que toda proposição feita *em nome* do direito (uma regra, portanto, invocando autoridade), pressuponha a existência de outras regras que atribua a ela a autoridade⁴¹. Scott Shapiro, em artigo recente⁴², aborda a “saída” de Hart do problema do ovo e da galinha (*chicken-egg problem*) ao qual, metaforicamente, pode ser comparado aquela perplexidade. Para os jusnaturalistas, Deus ocuparia uma posição equivalente a de um “*First Chiken*”, um inamovível impulsionador normativo que é capaz de colocar em movimento a autoridade jurídica através de uma “procuração” passada em nome de um direito *natural*. Uma dominante tradição do positivismo também propôs uma solução a essa tautologia⁴³, mas substituindo Deus pelo Soberano, que define a

⁴¹ Parece que, à vista das críticas de Dworkin e do “*Postscript*”, o argumento da normatividade de uma regra de reconhecimento contém a falácia do argumento “non-sequitur” no relato de Hart, qual seja, uma inferência que não decorre da premissa. Hart reconhece que afirmações sobre regras jurídicas *primárias* são justificadas pelo apelo a outras afirmações que expressam critérios de validade, estes mesmos supostos (*assumed*). E é por isso que o status *legal* de uma norma independe da sua força jurídica dentre os membros da comunidade. Mas isso não quer dizer que essas afirmações a partir das quais concluímos pela validade não possam ser jamais justificadas. O argumento por um critério definitivo de atribuição de validade jurídica não mostra que existe alguma afirmação que não possa ser justificada; mas que, *no máximo* (*at most*), existam regras que não podem ser validadas. Isto ajuda a compreender o que Dworkin reivindicou ser alguma coisa *evidente* da natureza do discurso jurídico: que muitas vezes os participantes da prática do direito são convocados a justificar alguma coisa equivalente a um último critério de validade (Zipursky, 2005, p. 262).

⁴² A edição do livro, pelo menos, de 2005, indica isso.

⁴³ A tautologia, ao contrário de uma petição de princípio, não é uma falácia. Em razão da precisão, a citação: “Uma tautologia, contudo, não é uma falácia. Por definição, tautologia é uma proposição verdadeira, mas que não acrescenta nenhuma informação nova sobre a coisa de que fala. Por exemplo, dizer que um círculo é redondo. Ora, o próprio conceito de círculo pressupõe a retundidade, de modo que dizer dele que ele é redondo não é dizer nada que já não se soubesse ao saber que se trata de um círculo. O mesmo acontece ao dizer que as normas jurídicas são obrigatórias, que as normas legítimas são obedecidas pelos destinatários ou que decisões discricionárias deixam uma margem de escolha para o administrador. Tudo isso é verdade, não por conclusão, mas por definição, de modo que nada

autoridade jurídica pois é um “todo-poderoso” a quem todos temem, mas que não teme a ninguém. Hart mostra que a autoridade do direito era dependente de regras (*rules*) sem que para tanto um apelo ao direito natural fosse necessário, e ainda evitando a criação de um círculo vicioso que a banal afirmação de que o direito necessariamente invoca autoridade jurídica para governar (*govern*) nosso comportamento acarreta (Shapiro, 2005, p. 149 e seguintes).

A importância da superação dos termos causalistas, na tradição de Austin, ou da injunção de entidades metafísicas, na tentativa dos que adotam o direito natural, é que Hart consegue atribuir uma *autoridade* à regra (*rule*) jurídica, na sua tentativa de *descrevê-lo*, por meio do seu ponto de vista interno, sem que para tanto, isto é, sem que para afirmação daquela autoridade, seja necessário apelos a conceitos como *ordem* ou alguma coisa como uma fundamentação metafísica. Pode, a despeito dessa impressão da inexistência de fundamento de autoridade, bem relatar seu entendimento e compreensão, sem armadilhas da linguagem. Como é feito isso, segundo interessante lição de Shapiro, agora mais compreensível após o estudo do “ponto de vista interno”, é que Hart assenta a autoridade jurídica numa norma (*norm*) da prática social criada pelo fato de que os membros do grupo são guiados por uma regra (*rule*) que trata aquela norma como tendo aquele poder: “*the master rule itself, wich Hart termed the ‘rule of recognition’, comes into existence simply in virtue of its being practised*” (*idem*, p. 154). O que significa, para os sistemas jurídicos modernos, que as normas que *governam* a conduta o fazem somente pelo *fato* de uma *relação* com uma outra norma que *orienta* (*guide*) a conduta, no caso, orientam a conduta de oficiais: a norma jurídica primária é lei porque é válida, não porque é praticada, e isso é uma característica dos modernos sistemas jurídicos em oposição aos chamados sistemas jurídicos primitivos (*idem*, p. 155).

Shapiro anota, no entanto, que a única diferença entre a solução positivista de Austin e a de Hart é que Hart não reduziu a autoridade ao poder coercivo: as cortes não são capazes de determinar o direito (e aqui se referindo

acrescentam” (<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/03/petio-de-prncipio-e-tautologia.html>, acesso em 29/07/2017, destaques meus).

ao direito do caso concreto, então, uma regra jurídica primária) porque são mais poderosas, mas porque são capazes de guiar suas condutas por uma regra. Para Shapiro, é uma questão *conceitual* a que regras sociais *governam* conduta de um grupo somente porque membros do grupo *guiam* sua conduta segundo elas⁴⁴. Porque a regra de reconhecimento é uma regra social, os tribunais podem

⁴⁴ Shapiro, aqui, usa de dois conceitos de conduta: condutas impostas por normas (*'norm-governed' behaviour*) e condutas orientadas por normas (*'norm-guided' behaviour*) para esclarecer a necessidade que se impunha a Hart de não infinitamente fundamentar uma regra em outra, tentando escapar do dilema ovo/galinha a que o positivista é levado, arriscamos a dizer em razão da posição antimetafísica na sua especulação sobre as condições de determinação do direito (Shapiro, 2005, p. 153). Para Hart, era suficiente para a caracterização dos padrões (uma regra de reconhecimento) que determinam o direito, simplesmente o fato de eles serem aceitos como uma atitude prática compartilhada, independentemente da existência de uma anterior obrigação normativa daqueles que compartilham a prática de assim agir. Nas palavras de Shapiro: *"legal rules come into existence by virtue of the fact that certain people accept certain standards of conduct as norms and guide their conduct accordingly"* (*idem*, p. 154). Este foi um flanco aberto na teoria de Hart, para onde Dworkin dirigiu sua crítica: a existência de regras que impõem obrigações é dependente de uma regra que orienta conduta (*rule-guided behaviour*). Mas isso não é correto, para Dworkin, que chamou a atenção para o fato inusual de pensar nesses mesmos termos que todas as regras morais de uma comunidade são isso porque a comunidade as pratica, tomando-as como orientação. Isto porque, podem existir regras morais que não são praticadas *no geral* na comunidade: é o caso do vegetariano que pode defender uma regra moral (não comer carne) a despeito de saber que a prática da comunidade é justamente o contrário (*idem*, p. 156). Dworkin, afirma Shapiro, preocupa-se então em demonstrar que ao menos algumas condutas impostas por normas (*norm-governed*), tida como jurídicas, não dependem da existência de uma conduta orientada por uma norma (*norm-guided*) (*idem*, p. 157). Em outros termos: alguns padrões têm autoridade intrínseca, e por isso os tribunais os tomam como tais e não em razão do *pedigree* jurídico que lhes seriam atribuídos por uma prática social compartilhada.

Tal prática social compartilhada, deve-se apontar nesse momento, vai permitir que Dworkin, em *"Law's empire"*, lançando um desafio interpretativista ao positivismo, considere-o como tomando a prática do direito alguma coisa convencional: *"a melhor interpretação da prática jurídica é que se trata de uma questão de respeitar e aplicar convenções jurídicas"* (Guest, 2010, p. 192). O direito, enquanto um sistema convencional, portanto, aspira à clareza, possibilitando que um ideal de expectativas protegidas possa ser atingido para justificá-lo (*ibidem*). Porém, o desafio atesta, tal "convenção" para existir requer uma mera concordância entre os operadores do direito, sendo muito "rasa" (*idem*, p. 198) enquanto núcleo de um argumento jurídico que deve definir a verdade de proposições jurídicas, frequentemente disputada entre os operadores (mais abaixo, descrevo a espécie de desacordo que permite Dworkin fazer tais considerações, no famoso caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* (1978), da Suprema Corte norte-americana). De novo, aqui, torna-se patente a dificuldade de explicação de tais desacordos, pelo positivismo, se nos atentarmos à perplexidade que tal abordagem causa se a aplicarmos a argumentos morais. Toma-se o caso do estupro. Todos concordamos que ele é errado, mas por razões *independentes* do consenso em torno de tal juízo. Ele não pode ser errado por mera convenção, porque isso se trata de uma mera repetição, que não consubstancia uma posição moral *verdadeira*, para Dworkin (*idem*, p. 136). Esta linha de pensamento introduz o desenvolvimento da ideia de interpretação construtiva, que Dworkin considera o modo adequado de explicar desacordos teóricos dentro de sua concepção de direito: o raciocínio jurídico (tanto quanto o moral, que também é normativo) é uma empreitada na qual as pessoas devem se engajar para *"dar coerência aos diferentes julgamentos a partir dos quais agem"* (*idem*, p. 140). Cursos de ação tidos como verdadeiros, por convenção, não podem furtar o agente de uma deliberação que o conduza à posição *coerente*, à vista de posições contraditórias aceitas como verdadeiras numa mesma comunidade (como o caso da aceitação da existência de guerras justas e a condenação do aborto, no seio de uma mesma comunidade) (*ibidem*). O apelo do convencionalismo, portanto, ainda deixa descoberto a explicação dos desacordos teóricos que não deveriam existir se o argumento do qual depende a veracidade de uma proposição jurídica basear-se numa mera concordância, entre os

criar suas regras de adjudicação (um tipo de regra de reconhecimento) simplesmente engajando na prática com uma apropriada atitude crítica (*ibidem*)⁴⁵.

O fato da solução de Hart para o problema da autoridade da lei independer da redução dessa autoridade a relações de poder, não o socorreu das críticas posteriores de Dworkin, que não aceitava uma premissa da teoria de Hart: que regras sociais participam da atribuição de autoridade ao direito. Para Dworkin, como diz Shapiro, alguns princípios jurídicos detêm autoridade independentemente do fato de conformarem as ações das cortes, e serem, portanto, reflexos de alguma regra de reconhecimento (*idem*, p. 157). *Porque eles têm autoridade intrínseca explica o por que de juízes tratarem-nos como portadores de autoridade (authoritative) (ibidem).*

Uma forma de posicionar o debate entre Dworkin e Hart pode ser pelo abalo de um *compromisso conceitual* do positivismo: que *legalidade* é, ao final, determinada somente por *atos sociais* (Shapiro, 2007, p. 5). É que ainda que se considerasse aceitável a “tese da discricção”, segundo a qual os juízes algumas vezes estão vinculados (*binding*) a princípios jurídicos porque estes são validados por uma regra de reconhecimento, tal “concerto” que os positivistas podem dar como resposta às críticas de Dworkin, este diz, colide com a “tese do pedigree”, dado que muitos princípios são válidos simplesmente em virtude do seu conteúdo, não em razão da forma de sua produção (*enactment*): “*if a principle is made part of the law because, and only because, it is deemed morally*

participantes da prática jurídica, dos critérios que definem a existência do direito. Retornaremos a essa questão mais à frente deste trabalho.

⁴⁵ Em nota de rodapé, que vou transcrever, Shapiro ainda tenta ser mais meticuloso no seu relato de Hart sobre a capacidade de cortes criarem regras de reconhecimento, de maneira a deixar mais claro que, ainda Hart, mesmo estando atento aos limites *conceituais* de uma teoria como a de Austin, acaba com ela compartilhando a mesma estrutura, que Shapiro diz não resolver velho problema da anterioridade do ovo ou da galinha: “*To be precise, courts are not able to create rules of recognition all by themselves. Rules of recognition exist only when legal systems exist and legal systems exist only when certain conditions are met, i. e., other legal officials generally take the internal point of view towards the secondary rules and the population generally obeys the primary rules. What courts are able to do is to generate a social rule that impose obligations on themselves to apply certain rules that bear certain characteristics. However, this social rule is not a rule of recognition until all of the existence conditions for legal systems are met*” (Shapiro, 2005, p. 155, destaque no original).

worthy, then rule of recognition can no longer validate solely on the basis of pedigree” (Shapiro, 2005, p. 161).

A crítica de Dworkin é muito potente, e ela se refinou após mais de 20 anos (1966-1986), ou melhor, ele aclarou as premissas em “*Law’s empire*” que possibilitaram as primeiras críticas reunidas em “*Taking rights seriously*”⁴⁶. Vejamos o que suscitou e como se refinou o positivismo a partir delas, ainda na necessidade de compreendermos de que por que Dworkin faz sentido.

2. O impacto Dworkin – o positivismo começa a prestar contas

Após as críticas de Dworkin em “O modelo de regras I”, no qual, em suma, Dworkin afirma que o positivismo não pode conter uma explicação para a manifesta existência de princípios jurídicos (Shapiro, 2007, p. 10), positivistas

⁴⁶ Essa é uma tarefa simplesmente de argumentação, e a dificuldade de entendimento de “*Law’s empire*” (1986), ao menos para nós, foi uma premissa *obnubilada* na sua argumentação de que uma espécie de analítica *conceitual* da prática do direito, como a de Hart, tinha como limite a sua própria... *linguagem*. Metaforicamente, podemos dizer que Dworkin socorreu o famoso Barão de Munchausen, no caso Hart, se algum esforço (um mínimo entendimento de uma prática social normativa) dele tinha um *propósito* (que não fosse... *nonsense*). Como isso *também* é uma questão de linguagem, junto com sua ideia de interpretação construtiva para acesso à concepção do direito, a obra de Dworkin acaba ela mesma por ser muito analítica. Ao “*O império do direito*” deve apelar um bom operador do direito, não com a pretensão de encontrar *resposta correta* para alguma questão, mas, mais essencialmente, de discursar de maneira que faça o melhor sentido desse seu empenho.

O esclarecimento do *discurso* proporcionado por Dworkin em “*Law’s empire*” torna sem sentido uma simples referência a uma importante conclusão sua: não faz mais o menor sentido em dizer somente que um sistema jurídico é composto de *regras* e *princípios*, se não aclararmos o que está em debate: o próprio *discurso* que usamos para *comunicar* o direito, que não alcança, segundo a compreensão de Dworkin do projeto de Hart, uma *justificação* mínima do papel de alguns padrões jurídicos não aferíveis segundo algum *fato* social, ainda que mediado por uma regra de reconhecimento (ela mesma ainda uma *postulação* contida na descrição da prática social em Hart).

Pensamos que ousamos dizer que Hércules é Hércules não em razão de todas as suas potências e imortalidade, mas, *antes*, em razão do domínio *total* do *discurso* por meio do qual acontece a *prática* do direito, e a própria *avaliação* então de sua suficiência, *no mínimo*. Hart pode ter tentado *dominar* o discurso, mas a pesquisa sugere que em alguma medida a metodologia, sua *analítica conceitual*, não deu conta de compreender o que se passa a nível *normativo*, que uma teoria tem que compreender se uma espécie de afirmação normativa sempre toma lugar na prática do direito.

Ponto que, tanto quanto me foi capaz, aclarei algumas críticas de Dworkin à vista da compreensão delas sob a ótica de alguns discípulos do *idioma* de Hart (positivistas ou simpáticos a Dworkin). Metodologicamente, isso pareceu importante: se o problema da pesquisa é saber por que Dworkin “faz sentido”, então, à sua maneira, podemos saber o que ele exatamente propõe à vista das críticas a que ele deu causa. A pesquisa aponta que um bom entendimento do que pretendia Dworkin necessita de um esclarecimento de seu ponto de partida, seja qual for inclusive o grau de compreensão dos reais limites da *metodologia* de Hart (quem, como já referido, sequer esteve certo de qual compromisso metodológico tinha afirmado).

atualizaram a proposta do positivismo: diferentemente de Dworkin, quem parece insistir que o direito, em razão do que ele é, *necessariamente* inclui fontes de pedigree *junto* com argumentos morais variáveis na sua definição, o positivismo jurídico inclusivo aceita isso como *uma dentre outras* possibilidades (Waluchow, 1994, p. 141). Para o positivismo jurídico *inclusivo*, mesmo que Dworkin esteja certo e os juízes frequentemente estão obrigados a aplicar princípios para os quais faltam testes de pedigree, ainda assim o positivismo escaparia sem arranhões de suas críticas (Shapiro, 2007, p. 22). É necessário já saber de partida que a imputação da fragilidade de testes de pedigree feita por Dworkin para a definição do direito em Hart *pode* ser explicada, em parte, pela *pressuposição* que uma visão convencionalista do direito só é fundamentada por fatos sociais⁴⁷, ⁴⁸.

Scott Shapiro afirma que as respostas do positivismo ao ataque de Dworkin ocasionaram a necessidade de os positivistas *refinarem* ainda mais suas *premissas*, o que foi feito através do esclarecimento de *dois compromissos* que dariam suporte à versão do positivismo que *estaria a salvo* dos ataques

⁴⁷ Zipursky tem uma formidável conclusão sobre o caso Hart x Dworkin, e de que forma uma incompreensão em torno de um compromisso que Dworkin *pressupunha* ser *necessário* para Hart, podia ser contingente. Segundo Zipursky, a *pressuposição* de Dworkin de que é errada a consideração do direito em função de fatos sociais, *por si só* acarreta sua rejeição de um convencionalismo na análise dos sistemas jurídicos. Mais que incorretamente inferir o modelo de fatos sociais do convencionalismo, Dworkin incorretamente inferiu a falsidade do convencionalismo a partir da falsidade do modelo de fatos sociais (Zipursky, 2005, p. 268).

⁴⁸ Wilfrid Waluchow, em seu livro *"Inclusive legal positivism"*, o qual é basicamente inspirado na sua tese de doutorado orientada por Hart em Oxford, já no início da década de 1980, diz que, bem compreendida, a crítica de Dworkin sobre a insuficiência de testes de pedigree na identificação do direito, é causada por uma *limitação* do tipo (*kind*) de teste em relação ao qual positivistas nunca tiveram reservas: nunca se negou que uma moralidade pudesse participar do mecanismo de atribuição de validade ao direito. Waluchow, tentando defender uma versão do positivismo após as críticas de Dworkin, ao mesmo tempo que reconhecendo a própria teoria de Dworkin como uma margem razoável à qual *qualquer teoria* do direito deve alcançar (mas não se firmar), pergunta: por que um filósofo do calibre de Dworkin atribuiria uma visão tão limitante ao positivismo? Para Waluchow, existem motivos: primeiro, como exemplos de *critérios de atribuição* de validade jurídica, alguns positivistas realmente tratam de usar testes de pedigree de *conteúdo neutro*. Mas, afirma Waluchow, Hart *nunca* quis *exaurir* os exemplos de tipos de teste de validade jurídica que um sistema pode adotar. Segundo, porque o termo "validade" é *ambíguo*, e não tem somente uma natureza lógico-dedutiva, haja vista que princípios morais válidos são tidos como satisfazendo, além de um suposto teste *formal* como a universalidade, uma *dimensão de justificação* que não pode ser acessada senão apelando ao *conteúdo não-formal* deles. Por fim, alguns positivistas expressamente *limitam* um tal teste de validade à *fonte do padrão* supostamente jurídico, e não a seu conteúdo. Waluchow lembra ser este último o caso de Joseph Raz, para quem a *versão forte da tese social* (*strong social thesis*) não admite que o direito seja identificado por testes que apelem a argumentos morais, o que o faz representante do chamado positivista jurídico *exclusivo* (Waluchow, 1994, 181/2).

daquele autor. Os compromissos seriam com as seguintes teses: a “Tese da Separação” (*Separability Thesis*), que nega qualquer conexão *necessária* entre legalidade e moralidade. A segunda tese, conhecida como “Tese do Fato Social” (*Social Fact Thesis*), alberga a ideia de que a existência e o conteúdo do direito são determinados, ao final, por certos fatos sociais de um grupo (*determined by certain facts about social groups*) (Shapiro, 2007, p. 21/2). Shapiro diz que a tese da separação não rejeita possíveis testes que incorporem critérios morais de legalidade: somente que os testes de legalidade não precisam (*need not*) ser moralizantes, não que eles não possam (*could not*) ser moralizantes (*idem*, p. 23)⁴⁹. Ademais, a tese da separação não ofende a tese do fato social: desde que o critério de legalidade esteja posto numa regra cuja existência é *subscrita* por um fato social, o direito teria suas fundações sociais (*ibidem*).

3. A tese do “fato social”

A tese do fato social tem a ver com o papel que a regra de reconhecimento *desempenha* na teoria de Hart⁵⁰: uma regra é válida se preenche os requisitos *dispostos* numa regra de reconhecimento em vigor num sistema jurídico⁵¹. Tanto

⁴⁹ É a mesma opinião de Waluchow, em sua defesa do positivismo após as críticas de Dworkin, que afirma: “For our purposes, the distinguishing feature of inclusive positivism is the claim that moral considerations can, but need not, figure properly in determinations of law, i. e., attempts to determine the existence or content of valid laws” (Waluchow, 1994, p. 166).

⁵⁰ E o papel do estudo das regras (*rule*) na teoria de Hart é fundamental em dois aspectos: porque são pertencentes a *dimensões* do discurso, por um lado, e a certos *tipos de prática* de uma comunidade, por outro. Por esse esclarecimento preliminar que Zipursky bem situa os temas centrais do livro de Hart: que um sistema jurídico é um sistema de regras, e que para que uma norma seja direito é necessário que oficiais (*officials*) da comunidade tenham uma regra social (*social rule*) *segundo a qual certas normas são direito* se e somente se elas obedecerem (*comply*) certos critérios dispostos naquela regra (Zipursky, 2005, p. 219). Explicitamente, cada um dos temas do livro, Zipursky afirma que fora combatido por Dworkin no seus “*The model of rules*”, “I” e “II”, respectivamente.

⁵¹ Em “*The model of rules II*”, Dworkin desacredita a leitura da natureza social da regra de reconhecimento, por dois principais argumentos: da *normatividade* da regra de reconhecimento e o argumento do *desacordo*.

Em relação ao argumento da *normatividade* da regra de reconhecimento, ele basicamente afirma que é necessário se ter atenção a duas formas distintas a que nos referimos à palavra *regra* (*rule*, no exemplo de Dworkin, a regra de não usar chapéu na igreja): sob a ótica do sociólogo e sob a ótica do crente (*churchgoer*), pontos de vista que se diferem porque um apela ao fato social para comprovar a verdade de uma regra (muitas pessoas retiram o chapéu quando entram na igreja), enquanto o crente invoca razões normativas para comprovar que uma regra se impõe (que ele, de fato, tem um tal dever de tirar o chapéu). Dworkin diz que os juízes estão na posição dos crentes porque eles não precisam recorrer a argumentos tais como “assim decido porque outros também decidiram”, mas tomam a posição que eles acreditam ser a exigida como justificação de sua própria decisão (Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 51). Hart, no “*Postscript*”, parece dar a entender que a sugestão de Dworkin é implausível, porque é

que já se apontou que a atenção de Hart ao papel da prática social na definição do que é direito é um objetivo fundamental de seu pensamento (Zipursky, 2005, p. 268). Aliás, Zipursky é enfático: a resposta de Hart a Dworkin no “*Postscript*”, para além de sua *aceitação* do positivismo jurídico inclusivo, é um convite de Hart a ver o “*The concept of law*” menos motivado por um arranjo de regra rígidas do que por um modelo de fatos sociais (*ibidem*).

Há uma relação de *prejudicialidade* entre as afirmações sobre se uma regra é válida e se uma regra de reconhecimento vigora. E não é de outra forma, que não sua relação a fatos sociais (como “ser aceita”), que se atesta que uma regra de reconhecimento vigora num sistema jurídico. E só *em função* da existência de certos *fatos sociais* é que se conclui pela *vigência* de uma regra de reconhecimento. A consequência parece ser que fatos sociais definem (*established*) a verdade das pressuposições usadas na identificação do direito válido de um sistema jurídico (Zipursky, 2005, p. 225).

Aqui se nota a influência de Austin, porque o que Hart faz para a descrição do que se *identifica como* direito num sistema jurídico moderno é trocar fatos sobre obediência repetitiva a um emissor de comandos por fatos sobre *obediência geral e a aceitação oficial* de uma regra de reconhecimento (*idem*, p. 226).

A tese do fato social, ao vincular a validade jurídica a um fato social como uma regra de reconhecimento, ao menos dentro do pensamento de Hart, deixa-o vulnerável a críticas sobre o papel da *normatividade* na definição do que seria o direito. Isto porque fatos sociais não justificariam conclusões normativas a

uma forma de *fundacionalismo* moral ou *reducionismo* moral que não explica o que os juízes fazem na prática, a decisão de normas válidas, e não a *deliberação* sobre o qual *é seu dever moral*. Juízes não deliberam sobre seu dever moral. Eles deliberam sobre as condições a serem satisfeitas para existir o direito válido (Zipursky, 2005, p. 222).

Em relação ao argumento do desacordo, basicamente Dworkin afirma que não há uma tal regra de reconhecimento que satisfaça critérios que Hart detalha através das regras sociais (de sua concepção de regras sociais) haja vista a existência de controvérsia em torno de que critério deve ser (*ought to*) usado na atribuição de validade jurídica a uma regra. Hart respondeu a Dworkin basicamente dizendo que ele excluiu a possibilidade de existir um *acordo em torno* da regra de reconhecimento, ainda que existindo um *desacordo na sua aplicação*. Esta breve digressão, frisa Zipursky, é interessante para apontar a principal tese do positivismo de Hart: que o direito é constituído por fatos sociais (*ibidem*).

partir dos *sentidos* (*ambíguos*, como referido por Zipursky, 2005, p. 227) de regra de reconhecimento usados por Hart. Zipursky afirma que há *um sentido* de regra de reconhecimento usado por Hart correspondente ao que certas entidades linguísticas expressam: *não existe formulação verbal* que seja a regra de reconhecimento; tais formulações meramente *expressam-na*⁵². É o que dá a entender inclusive à luz do que Hart diz sobre a aceitação (*acceptance*) de uma regra de reconhecimento, pelo que ele entende que a aceitação de seus critérios determina quais normas são válidas juridicamente, e que essa aceitação é uma instrução *propositiva* (Zipursky, 2005, p. 228) e não um *fato social*. É um erro categórico para Dworkin a asserção de que uma prática social possa ser algo com o conteúdo propositivo de uma regra jurídica secundária. Segundo essa linha crítica, uma situação (*state of affairs*) poderia justificar uma suposta norma jurídica se houvesse uma *premissa suprimida*, como a que “os juízes têm o dever de aceitar uma norma jurídica”. Somente com a supressão dessa premissa é que se pode concluir que uma norma é jurídica porque satisfaz um critério que, de fato, é tomado como necessário dentro da prática. Aquela premissa suprimida, porém, não seria definida pela existência de uma prática social (*idem*, p. 230). Especificamente, que tipo de coisa é uma regra de reconhecimento, Zipursky indaga à vista dessa objeção ao pensamento de Hart.

Zipursky sugere que uma melhor interpretação do relato da prática de regras sociais deve ter a intenção de descrever *não* o que uma regra de reconhecimento é, mas, ao invés, *o que é* para uma regra de reconhecimento *ser* a regra de reconhecimento de uma comunidade jurídica particular (*idem*, p. 233). É porque Hart, em nenhum lugar mesmo, no “*Postscript*”, faz a afirmação implausível de que há uma *particular formulação* em cada comunidade jurídica *tomada por todos* como sendo um *critério definitivo* para identificação do direito válido (*idem*, p. 234). O que existe, nessa linha de interpretação de Zipursky, são proposições que relatam quais *as características* que uma norma tem que ter para *ser considerada* direito válido, como a seguinte proposição: “nenhuma lei é válida até que seja devidamente editada pelo Congresso”. E isto, ele afirma, é

⁵² Nas palavras de Hart: “*In the day-to-day life of a legal system its rule of recognition is very seldom expressly formulated as a rule*” (*The concept of law*, apud Zipursky, 2005, p. 228).

diferente de dizer que, por exemplo, “é um critério de validade na sociedade brasileira que uma suposta lei é válida se ela for devidamente editada pelo Congresso”. A primeira afirmação sobre a regra de reconhecimento consiste numa afirmação sobre uma regra jurídica *secundária*, enquanto a segunda é a afirmação de um *fato social* (*idem*, p. 234/5). São *proposições*, portanto, as regras de reconhecimento, que além daquela indicação das características do direito válido, são também *proposições* cuja aceitação por oficiais é constitutiva de um sistema jurídico de uma comunidade. E porque são *proposições*, são tipos de coisas que podem ser *expressadas na linguagem*.

A distinção entre as duas proposições, Zipursky sugere, *seria* de simpatia de Hart, porque corresponderia a pontos de vistas diferentes, o que contribuiria para o refinamento do entendimento da metodologia de Hart: uma afirmação sobre uma regra jurídica secundária lembraria (*resembles*) uma afirmação a partir do ponto de vista interno, usada por aqueles envolvidos na aplicação da lei, aceita como um critério de atribuição de validade do direito; por outro lado, uma afirmação sobre um fato social seria a maneira natural de um observador *externo descrever* sua aceitação, embora ele mesmo não tenha qualquer comprometimento com sua existência (*idem*, p. 236).

A despeito dessa possível simpatia, Zipursky ainda chama a atenção para a plausibilidade da crítica de Dworkin sobre a tese do fato social, porque, de novo, ela não explicaria, sem mais, o que os juízes acreditam que sejam a fonte da obrigação (*duty*) que eles têm (de aplicar o direito válido) (*idem*, p. 240). O argumento da normatividade da regra de reconhecimento, que é o ponto crucial da crítica de Dworkin no “*The model of rules II*”, tenta esgotar a *suficiência* de explicação da regra de reconhecimento como sendo fonte daquela obrigação simplesmente em razão da convergência prática dos membros da comunidade de agirem de um certo modo, tomando certas atitudes, como seriam as afirmações sobre fatos sociais, e não sobre a regra jurídica secundária.

O argumento da normatividade foi considerado por Hart no “*Postscript*” como sendo aquele segundo o qual se os juízes decidem se aplicam uma suposta norma jurídica é o mesmo que decidir uma questão normativa, ou seja,

se é sua obrigação (*duty*) aplicar a norma. Dworkin toma a teoria das regras sociais de Hart como comprometendo-o com o ponto de vista de que tal questão normativa sobre essa obrigação se decide à vista do fato de se ou não oficiais terem uma prática específica sobre tal caso (*idem*, p. 246), isto é, uma prática que guia sua conduta na tarefa da identificação e aplicação do direito válido. Dworkin nega tal ponto de vista, atestando que não se trata de uma questão sociológica, ou seja, sobre a *existência* de uma prática, mas se, de um *ponto de vista moral*, supostas normas jurídicas *devem ser* consideradas como direito sob tais circunstâncias práticas:

“Dworkin (...) arguing that the question is not whether, from a sociological point of view, there is such a practice, but whether, from a moral point of view, putative legal norms ought to be treated as law under such circumstances” (idem, p. 246).

Hart e sua tradição são atraídos pela ideia de que uma regra de reconhecimento, porque dita as circunstâncias sob as quais uma norma é jurídica, é *ela mesma* fonte de tal obrigação de se aplicar uma tal norma jurídica. Zipursky diz ser esta uma conclusão errada: o fato de tal regra ter tal papel na definição do direito não acarreta que ela mesma é fonte de imposição de obrigação alguma (*idem*, p. 247).

Ainda um outro argumento contrário à teoria das regras sociais na identificação da regra de reconhecimento é o argumento do *desacordo* (nota de rodapé n. 48 deste capítulo). Basicamente, Dworkin lança dúvidas sobre a existência de uma regra de reconhecimento como uma regra social, à vista do *desacordo* que existe na prática social que em tese a comprovaria: quando a questão da validade de uma suposta norma jurídica vira uma questão controversa *não definida* pela regra de reconhecimento, então, nesse caso, *não existe* regra de reconhecimento (*idem*, p. 247/8). Zipursky argumenta que, se Dworkin está certo de que tais casos são comuns, então sua objeção causa um substancial dano à tese de que regra de reconhecimento pode ser considerada (*treated*) puramente como uma prática social convergente (*ibidem*).

Em relação a isso, ou seja, a existência de desacordo sobre a existência de uma regra de reconhecimento em casos em que se discute a validade de uma norma, a questão principal é uma mais anterior ao reconhecimento desse desacordo: é a possibilidade de um certo tipo de discurso razoável (*reasoned discourse*) sobre se ou não aceitar uma asserção relativa às condições de validade. Ou, que tais desacordos sobre validade organizam (*display*) a possibilidade de controvérsia sobre se uma asserção sobre uma regra de reconhecimento é verdadeira e tomam parte desse argumento provendo discursos jurídicos razoáveis. Assim, este se torna um argumento segundo o qual asserções sobre a regra de reconhecimento não são asserções sobre fatos sociais (*idem*, p. 250). Zipursky leva ao extremo a consequência de tal argumento afirmando: se a regra de reconhecimento dependesse de asserções sobre fatos sociais, não seria de rigor (*cogent*) contestá-las (tais afirmações) senão chamando a atenção (*pointing out*) a fatos sobre a prática jurídica de oficiais (*ibidem*). De outro modo, e retomando uma distinção já feita, asserções sobre regra de reconhecimento no discurso judicial são asserções sobre regra jurídicas secundárias, e não apontamentos de fatos sociais. A possibilidade de discursos que o desacordo sobre os critérios de validade contido numa regra de reconhecimento acarreta não acontece *em função* de certos fatos sociais, portanto. Assim, enquanto o argumento da normatividade mostrou que asserções sobre regra de reconhecimento devem ser asserções sobre uma regra jurídica secundária, por causa das *inferências extraídas delas*, o argumento do desacordo mostrou que asserções sobre regra de reconhecimento devem ser asserções sobre regras jurídicas secundárias por causa das *razões oferecidas em seu apoio* (*idem*, p. 251).

À vista desses desenvolvimentos, então, qual o sentido de Hart sugerir que “*The concept of law*” fosse compreendido *menos* motivado por um arranjo de regras rígidas *do que* por um modelo de fatos sociais? É porque “*The concept of law*” deve ser visto como uma parte do trabalho de filósofos analíticos como J. L. Austin e o último Wittgenstein, como já referido. Seu esforço não é para reduzir ou substituir conceitos aceitos (*current*), mas antes clarear os erros daqueles que prestaram muito pouca atenção para a linguagem, os conceitos e as práticas, e, assim fazendo, geraram um relato metafisicamente inchado ou

conceitualmente depauperado de conceitos centrais nessa relevante área do discurso que é o direito (*idem*, p. 260). Faz mais sentido, agora, aquela citação de Bix já feita:

“A resposta de Hart à questão ‘O que é o direito?’ consistiu basicamente em contrapor ‘Por que você pergunta?’. Essa é a resposta wittgensteiniana que resumi anteriormente: uma tentativa de simplificar, ou dissolver, uma questão aparentemente difícil, que seduz alguns a responder em termos de ontologia e essências, tentando convertê-la ou reduzi-la a questões relacionadas com a descrição adequada de nossas práticas” (Bix, 2000, p. 211/2).

Esta leitura da tese do fato social, feita por Zipursky, mostra como as críticas de Dworkin fizeram sentido, mesmo depois dos esclarecimentos de Hart no “*Postscript*”. Esse compromisso do positivismo limita o alcance do entendimento da prática jurídica, cujo correto relato era o objetivo de Hart, porque, como lembra Zipursky, o argumento jurídico corre para todas as direções (*idem*, p. 266). Um critério de “aceitabilidade” (*justifiability*) de regras jurídicas primárias pode envolver afirmações sobre regras jurídicas secundárias além de outros tipos, mas disso não se segue que todas elas devem se basear em algum alicerce de afirmações jurídicas que é seguro em si, como quis fazer Hart com a regra social (*ibidem*). Devemos lembrar que essa foi a maior preocupação de Dworkin em “*Law’s empire*”: o que torna uma proposição jurídica verdadeira? Dworkin rejeita a *verdade jurídica* como a correspondência entre afirmações jurídicas (*legal statement*) e normas identificáveis em função de um atributo (*pedigreed*). Essa “aceitabilidade”, para Dworkin, não tem a ver com qualidade dessa relação entre afirmações e normas jurídicas (embora o ajuste, *fit*, seja uma baliza), mas sim com o grau para o qual as afirmações dentro de uma teoria do direito são coerentes como um todo, que *melhor* satisfaça as aspirações epistêmicas (*epistemic desiderata*) de uma teoria, para ele, ajuste e justificação (*idem*, p. 265).

4. A questão do conteúdo de um teste de identificação do direito

Então foi visto que a tese do fato social, ao fazer depender a validade jurídica de uma regra em uma prática social compartilhada que comprovaria a

existência de uma regra social de reconhecimento, falha quando intimada a prestar contas a partir dos limites que os argumentos da normatividade e do desacordo colocam a ela. Uma pergunta em relação à qual filósofos do direito ainda se debatem é: ainda estamos no *império* do direito a partir das falhas em que a metodologia positivista nos lança? Se do que depende a identificação do direito de uma comunidade, a regra de reconhecimento, não se mostra tão fundada naquela possibilidade positivista, a *regra social*, devemos então abandonar o direito?⁵³ Por outro lado, como coloca Zipursky, não é inegável que em algum sentido nós temos “direito”, mas não temos um óbvio caminho através do qual conceitos como “direito” e “validade” se ajustem dentro da estrutura (*fabric*) do universo? (*idem*, p. 256). O que é isso que os juízes fazem quando abandonam o direito (supostamente?) válido impondo uma conduta não afim à regra que determinaria a validade jurídica dela? Como nós podemos diferenciar o direito de outros *standards* segundo os quais nós julgamos a conduta alheia mas que não são exigíveis, como o direito, nos tribunais (Waluchow, 1994, p. 169)? O que é que aconteceu em *Riggs v. Palmer* ou em *Bowers v. Hardwick*, em que supostamente o direito válido foi ultrapassado ou desconsiderado?

Dworkin apontará para esta fratura na teoria positivista que deixa sem uma razoável explicação sobre o que de fato ocorre nos casos em que as regras jurídicas se esgotam e juízes lançam mão de princípios morais na definição de um caso. Em sua defesa, os positivistas poderiam afirmar que *ou* os juízes estão livres para acessarem tais princípios quando as regras jurídicas se esgotam *ou* que eles podem vincular juízes em razão de uma imputação de validade por uma regra de reconhecimento que pode conter argumentos morais (Shapiro, 2005, 161). Basicamente, a crítica de Dworkin em “*The model of rules I*” será dirigida contra um possível relato convencionalista do direito e sobre o papel da

⁵³ Só a título informativo, pelo fato de não termos adentrado, diretamente ao menos, o estudo de tal autor e sua contribuição ao debate, limito-me a informar que Joseph Raz, outro discípulo de Hart que também, como Dworkin, já ocupou a *chair* de *Jurisprudence* em Oxford, afirma que a existência do direito é independente de quaisquer considerações outras que não aquelas para as quais o direito existe para solucionar, nas palavras de Andrei Marmor, “*uma norma é legalmente válida (i.e., autoritária) somente se a sua validade não derivar da moral ou de outras considerações valorativas sobre as quais ela lá está para resolver. Notavelmente, a teoria de Raz desafia tanto a teoria do direito anti-positivista de Dworkin, quanto a versão inclusiva do positivismo jurídico*” (Marmor, 2013, p. 18).

moralidade na explicação da autoridade do direito, porque, para Dworkin, se uma regra de reconhecimento às vezes é supérflua para definição do direito, então ela pode ser sempre supérflua; e se a moralidade às vezes é necessária para explicar a possibilidade da autoridade jurídica de um *standard*, então ela pode sempre ser necessária (*idem*, p. 162).

A reação positivista aos ataques de Dworkin em “*O modelo de regras I*” cingiu-se, então, a duas frentes. Alguns sustentaram que normas jurídicas nunca são válidas em razão do seu conteúdo: os princípios referidos por Dworkin ou tem um pedigree social ou não são direito. Outros, que o positivismo, como afirmado, não necessariamente é incompatível com qualquer teste moral para identificação da validade de uma regra (Shapiro, 2007, p. 19).

Para os primeiros críticos, o positivismo, tal como concebido por Hart, comporta sim um teste de pedigree na identificação do direito, teste que quando se esgota para a definição de uma regra jurídica de um caso, os juízes têm discricionariedade para ir além do direito. No entanto, Shapiro adverte, isso não significa que essa obrigação não seja *jurídica ela mesma*, imposta pelo direito (*idem*, p. 21/22), e nem que, indo além do direito, os juízes, no exercício de uma discricionariedade, estão *livres* para escolher quaisquer que sejam os standards que eles acreditam ser razoáveis (Shapiro, 2005, p. 164). Rigorosamente, sobre a teoria de Hart, aponta-se que a questão sobre se os juízes são juridicamente obrigados (*legally obligated*) a aplicar certos tipos de standards extrajurídicos, ou que são deixados livres na escolha de quais standards (por exemplo, moral, econômico, etc), é uma questão sobre a qual Hart *não tomou* uma posição (*ibidem*). Assim, Shapiro conclui que a descrição do positivismo por Dworkin não corresponde tão fielmente aos pontos de vista de Hart, seu principal interlocutor em “*O modelo de regras I*”.

É uma questão interessante, para a qual Shapiro tem uma resposta, a de saber, então, por que Dworkin atribuiu uma visão tão restrita de direito a Hart, como a que, para ele, o direito somente consistiria de regras (*rules*). Shapiro diz que Dworkin não relata nada que Hart tenha dito *expressamente*, mas para a explicação da “doutrina da discricionariedade”, na sua versão “forte” de Hart, foi

necessário *atribuir a ele* uma visão que, embora ele não tivesse expressamente dito, ele aceita: *porque* Hart acreditava que os juízes não estavam vinculados ao direito nos casos difíceis, explica o *por que* standards para o qual juízes apelam estão fora dele (Shapiro, 2007, p. 15).

Porém, Shapiro corrige essa leitura da discricionariedade de Hart a partir da visão de Dworkin dizendo que a doutrina da discricção judicial de Hart não é intuída a partir de um conceito de direito como correspondendo a regras somente. Ela se baseia, a discricionariedade, numa imagem de direito que privilegia atos sociais (*social acts*) de orientação (*guidance*) mandatários, tais como uma decisão judicial, promulgações legislativas, uma ordem administrativa ou mesmo um costume social. Tais atos sociais são inerentemente indeterminados para *adiantar* como que um standard a reger determinada situação, por causa da “textura aberta” da linguagem que é o meio através do qual regras são expressas⁵⁴. Conclui Shapiro, tentando situar o debate Hart x Dworkin num interessante e recente ensaio intitulado “*The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed*” (de 2007), que a discussão entre eles não tem a ver com a questão de se o direito contém regras e princípios, mas sim que para Hart o direito consiste naqueles standards socialmente apontados como mandatários (*authoritative*). Dworkin, por sua vez, quer mostrar que a vinculação a alguns standards não depende do fato de que eles tenham sido *socialmente* apontados como *obrigatórios*, mas eles vinculam porque princípios de moralidade política o fazem que eles assim sejam. O debate, então, tem a ver com o desacordo entre diferentes *modelos* de direito: o que faz do direito alguma coisa mandatória, se fatos sociais ou morais (*idem*, p. 18).

Ainda no que toca à possibilidade de um papel da moralidade no relato positivista sobre o que determina o direito, de forma elegante Wil Waluchow indaga: quão longe pode alguém ir admitindo o papel determinante da

⁵⁴ Calha a transcrição de Hart no ponto: “*In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide. There will be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general expressions were clearly applicable ... but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not*” (Hart, *The concept of law*, apud Shapiro, 2007, p. 16).

moralidade enquanto mantendo uma posição de estar oferecendo uma versão do positivismo? Admitindo, instiga Waluchow, que a validade jurídica pode ser uma função de questões controversas de moralidade política, é possível que alguém, então, abandone seu direito de ser chamado de um positivista jurídico (Waluchow, 1984, p. 167)? Segundo Dworkin, em “*O modelo de regras II*”, os positivistas não podem sustentar que uma regra de reconhecimento exige que os juízes, para solucionarem um “hard case”⁵⁵, apelem a princípios morais e continuem pretendendo que a regra de reconhecimento seja uma regra social (Shapiro, 2005, p. 165).

5. A função coordenativa do direito: para que serve a regra de reconhecimento

Em relação a este desafio, entretanto, os positivistas podem tomar uma rota através da qual neguem um teste de pedigree para o direito, porque o ponto principal é que tais testes devem remeter, corretamente entendido, a uma pressuposta convenção entre juízes que aceitam considerar princípios morais como direito (*ibidem*). Este o caminho de Hart no “Pós-escrito”: nem a possibilidade de falha do teste num caso particular acerca da abrangência da daquela convenção, nem ela fornecer testes de validade não relacionados a um conteúdo fático neutro, possibilitaram a desconsideração do positivismo enquanto teoria do direito após os ataques de Dworkin (*idem*, p. 167).

Porém, se nos atermos à função do direito para Hart, Shapiro argui, concluiremos pela impossibilidade de testes de pedigree terem a ver com argumentos morais. Porque é muito interessante sua conclusão para o entendimento geral da obra de Hart, devemos explorá-la.

⁵⁵ Já foi tão falado o que são os “hard cases”, que aqui transcreverei o entendimento de Waluchow sobre eles, em razão de sua autoridade: “*These are cases where for some reason the law provides uncertain guidance and reasonable lawyers and judges continue to disagree about what it requires even after all the facts have been presented and agreed upon, and the settled law brought to bear on them*”. (Waluchow, 1984, p. 192)

É uma questão central para Hart o papel que a noção de orientação (*guidance*) desempenha em sua obra, muito embora ele mesmo nunca tenha sido claro sobre o que queria dizer com isso. Pistas podem ser levantadas a partir da sua discussão sobre o ponto de vista interno (*idem*, p. 171).

A atitude de alguns membros de um grupo se conformar a um padrão de comportamento com uma atitude crítica é designada por Hart de “ponto de vista interno” (*ibidem*). Mas o que significa *ser guiado* por uma regra, Shapiro indaga? Ou que alguém é guiado pela regra jurídica quando sua conformidade a ela é *motivada* pelo fato de que a regra regula a ação em questão (orientação motivacional – *motivational guidance*), ou que alguém é guiado pela regra jurídica porque ele entende sua obrigação jurídica pela regra provida por aqueles com autoridade e se conformam a ela (orientação epistêmica – *epistemic guidance*) (*idem*, p. 173).

Num primeiro momento, tal diferença possibilitou a Hart desenvolver seu conceito de direito em oposição às já referidas explicações causalistas, como de Austin. É que, de novo, para Hart um sistema jurídico serve para remediar deficiências inerentes de sistemas onde não se traça tal distinção. É porque as regras jurídicas cumprem duas importantes funções epistêmicas (*epistemic function*): uma característica do direito enquanto método de controle social é que suas demandas *não são comunicadas* de um modo “cara-a-cara” entre oficiais e cidadãos. Regras jurídicas seriam intermediários entre eles. Além disso, as regras jurídicas *resolvem qualquer problema normativo* que poderia ser solucionado por cidadãos em geral (*ibidem*). Em suma, a preocupação inicial de Hart com a questão da *orientação (guidance)* o levou a explorar o ponto de vista interno como um *topos* a partir do qual o direito pode ser identificado em relação a outros padrões igualmente normativos. Como já falado, a partir desse ponto de vista, não é necessário ao direito definir as razões pelas quais os cidadãos agem conforme a ele (*idem*, p. 174).

Posteriormente, em escritos mais recentes, Hart refinou seu relato para clarificar a diferença entre agir sob uma regra ou agir sob um julgamento normativo generalizado (*idem*, p. 176). Essa diferença se dá em dois aspectos.

Regras são razões de conteúdo independente (*content-independent reasons*), enquanto um julgamento normativo generalizado *depende* do seu conteúdo. Segundo, que para regras guiarem conduta elas devem (*must*) ser capazes de ocasionar uma “diferença-prática” (*making ‘practical differences’*), isto é, motivar os agentes a agir de forma diferente de como eles agiriam se não houvesse a orientação jurídica (*ibidem*). Em outros termos, Hart está atento à relevância do fato de que o direito proíbe algumas condutas que muitos de nós nunca pensamos em praticar (por exemplo, não matar). É porque, se as regras fornecessem as mesmas justificativas que as deliberações sobre seu mérito, nunca poderíamos nos pensar como tendo razões para não deliberar sobre sua recomendação⁵⁶. Não acarretaria qualquer “diferença-prática” a existência de regras jurídicas: dizer para as pessoas que elas devem agir segundo regras em relação às quais elas deveriam agir é não dizer nada⁵⁷ (*idem*, p. 177). Assim, conclui Shapiro, é difícil dizer como o direito pode servir tal função, de orientação epistêmica, quando ele mesmo é tomado como válido em razão de seu conteúdo moral, por exemplo (*ibidem*). Porque, para Shapiro, regras de reconhecimento “inclusivas” não dizem aos juízes qual regra moral aplicar, somente que os juízes devem aplicar regra moral. Elas não servem de orientação epistêmica porque deixam os juízes sozinhos tentando descobrir o que são estas regras (*idem*, p. 178). Devemos lembrar que regras de reconhecimento supostamente servem para criar a possibilidade de orientação jurídica mandatória (*authoritative*) através das regras jurídicas primárias, as quais encontram validade na regra secundária, a de reconhecimento (*idem*, p. 179). Shapiro pode concluir, então, que regras de reconhecimento inclusivas engolem regras morais primárias,

⁵⁶ No original, porque o raciocínio é muito sofisticado: “*For if rules gave the same answers as deliberation on the merits, agents would never believe themselves to have reasons not to deliberate about a rule’s recommendation*”.

Mais adiante, Shapiro deixa tal raciocínio ainda mais cristalino ao embargar a possibilidade de um papel central da moralidade como um dos fatores de atribuição de validade ao direito, dentro da teoria de Hart. Diz que isso não é possível, se concordarmos com a necessidade de o direito acarretar aquelas “diferenças-práticas” que a dimensão epistêmica de uma regra jurídica, para ele, tem. Shapiro diz que uma regra não pode (*cannot*), na dimensão epistêmica, guiar alguém quando a única forma que tal pessoa tem para descobrir se ela deve (*should*) seguir a regra é deliberando sobre os próprios méritos de se seguir a regra. Porque se se espera de alguém que não somente decida se uma regra é aplicável, mas considere antes se deve aplicar a regra, então tal regra não pode lhe dizer se ele é obrigado a aplicá-la (Shapiro, 2005, p. 185).

⁵⁷ O original no inglês é tão formidável que ajudará a firmar a genial interpretação de Shapiro: “*Telling people that they should act on the rules that they should act on is not telling them anything!*”.

impedindo a possibilidade de elas poderem ter sua própria existência normativa como regras jurídicas primárias⁵⁸ (*ibidem*). A regra de reconhecimento serve para a identificação do direito, o que não seria possível se ela contivesse argumentos morais que tomassem parte na identificação de um sistema normativo jurídico. É por isso que já foi dito que “*a tese positivista torna todos moralmente encarregados de rejeitar a hipótese de que a existência de qualquer lei pode em si determinar a questão de qual é a maneira moralmente correta de agir*” (MacCormick, 2010, p. 41).

Neste momento impõe-se esclarecer que Hart estava comprometido com uma concepção “funcionalista” de direito: ele existe para servir a certas funções, e tal concepção funcionalista *não implica* que tais funções sejam as dignas de serem servidas pelo direito (Shapiro, 2005, p. 187). E o que tais funções tem em comum, como a de definir e proteger direitos à vida, à propriedade, provendo mecanismos para a resolução de disputas, é que todas elas envolvem “regras” (*rules*). O direito, Shapiro afirma, assegura seus fins, quaisquer que sejam eles, influenciando o raciocínio prático de seus sujeitos de um modo baseado em regras (*rule-based*) que orientam (*guide*) a conduta (*idem*, p. 187/8). Assim é que Hart pode falar que a função essencial do direito é a provisão de regras para a orientação da conduta (*ibidem*).

Em vista desse compromisso de Hart é que podemos ver por que é tão importante que as regras sejam capazes de ocasionar uma “diferença-prática”: para alguma coisa ter uma *função*, deve existir algum evento supostamente causado por ela. Para uma regra ter uma função de orientação, deve existir alguma ação supostamente causada por ela. Uma regra orienta a conduta somente se sua conformidade é assegurada pela regra *fazendo a diferença* para o raciocínio prático de um agente. Portanto, nessa linha de pensamento, se uma regra é em princípio incapaz de assegurar a conformidade da ação fazendo a diferença no raciocínio prático, então não existe ação supostamente causada por ela. Assim, nenhuma regra que não acarreta uma diferença-prática tem uma

⁵⁸ Shapiro nos lembra numa definição elegante o que devemos entender por regras jurídicas primárias no “idioma” Hart: “*primary legal rules are tools of a certain sort. They exist in order to be used by legal officials to secure benefits that would not be possible without them*” (Shapiro, 2005, p. 188).

função de orientação de conduta. E desde que sob uma ótica funcionalista, todas as regras jurídicas, como sua função, orientam a conduta, nenhuma regra que não ocasiona uma diferença-prática pode ser uma regra jurídica (*ibidem*).

Shapiro segue afirmando que a melhor descrição de como regras jurídicas são capazes de servir suas funções é que certas pessoas as tratam como orientação para suas condutas. A instrumentalidade da regra de reconhecimento, e o exemplo é de Shapiro, consiste na sua habilidade para solucionar um tipo de *problema de coordenação*: dada a abundância de normas que podem pretender o comprometimento do agente, há uma necessidade de uma regra para selecionar, dentre estas normas, um estável subgrupo tido como os corretos padrões de comportamento público (*ibidem*). A regra de reconhecimento desempenha tal função através da definição de uma convenção: porque ela é uma regra que orienta a conduta, em outras palavras, ela designa como mandatórios (*authoritative*) determinados padrões de comportamento, como as regras jurídicas primárias (*idem*, 189). Por isso que, para Shapiro, a existência de um comportamento orientado pela regra (*rule-guided behaviour*) é condição para a existência de um comportamento imposto por uma regra (*rule-governed behaviour*) (*ibidem*). Para ele, se faltar fonte social para regras jurídicas, elas não são capazes de orientar a conduta (*idem*, p. 191), porque uma regra social impõe uma obrigação “o” a alguém se, e somente se, os membros do grupo concordam que “o” é exigida (Shapiro, 2007, p. 24). Uma regra de reconhecimento que apelasse a princípios morais para definição do direito válido, ensejaria controvérsia sobre o conteúdo de uma regra de reconhecimento, justamente o que a concepção de regra de reconhecimento como regra social previne (*idem*, p. 25).

6. A “ferroada semântica”

Ainda que o positivismo consiga acomodar as críticas lançadas contra uma possível não acomodação dentro de seu relato dos princípios morais, a investida de Dworkin em “O império do direito” contra o positivismo foi no sentido de que ele era incapaz de relatar um certo tipo de desacordo que os participantes da prática jurídica muitas vezes têm, que tem a ver com o adequado método de

interpretação do direito. Dworkin pretende demonstrar que a única explicação plausível de como tais desacordos são possíveis, é que eles são disputas morais (*idem*, p. 27).

Trata-se dos chamados “desacordos teóricos”, que existem em razão do fato de que o direito, sendo um fenômeno social, tem uma estrutura especial: ele é argumentativo. Nas palavras de Dworkin:

“Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações” (Dworkin, 2014, p. 17)

Dworkin lança mão da diferença entre o que ele chama de “proposições de direito” e “fundamentos do direito” para afirmar que, estando o positivismo comprometido com uma visão do direito chamada por ele de “o direito como simples fato”, ele não dá conta da explicação da possibilidade de desacordos jurídicos teóricos (Shapiro, 2007, p. 30). “O direito como simples fato”, Shapiro ensina, consiste de dois compromissos: que o fundamento do direito (*the grounds of law*) é fixado por *consenso* entre os oficiais, e que somente determinados tipos de fatos podem ser fundamento do direito, como o são os simples fatos históricos (*plain historical fact*) (*ibidem*).

Os desacordos teóricos acontecem quando os participantes estão de acordo, seja em relação ao *consenso* que fundamenta o direito, seja com os *fatos históricos* que convergem para a consideração de uma determinada proposição jurídica ser tomada como *verdadeira*. O caso ilustrativo do desacordo teórico para Dworkin é o caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* (1978) da Suprema Corte norteamericana, por meio do qual grupos de conservação ambiental pretenderam tutela contra Tennessee Valley Authority para impedi-la

de finalizar uma barragem de aproximadamente \$100 milhões de dólares que poria em risco a existência de um peixe chamado “snail darter”, um peixe sem um particular valor científico, estético ou econômico (*idem*, p. 31). A Suprema Corte tomou partido dos conservacionistas, muito embora juízes vencedores e vencidos estivessem de acordo quanto à validade do “*Endangered Species Act of 1973*”, estatuto jurídico de proteção de espécies ameaçadas. Brevemente, neste tipo de caso em que as partes parecem estar discordando sobre o que o direito é, elas na verdade discordam sobre o que o direito *devia* (*ought to*) ser (*idem*, p. 33). Deve-se notar que a disputa, no caso, era baseada numa disputa sobre se privilegiar o texto do estatuto ainda que em face de resultados absurdos, como a perda de centenas de milhões de dinheiro público, haja vista a quase conclusão da barragem à época do caso⁵⁹. O dissenso fora redigido pelo *Justice Powell*, com quem *Justice Blackmun*⁶⁰ se juntou, que de início já

⁵⁹ Brevemente, o *point* do caso *TVA v. Hill* foi o fato de uma Corte embargar um projeto federal, para o qual houve destinação orçamentária específica por lei (!), em fase de finalização numa área, dita, economicamente fraca, caracterizada por uma subutilização de recursos humanos e emigração de jovens. Nas palavras do *Justice Powell*: “*The Project is a comprehensive water resource and regional development project designed to control flooding, provide water supply, promote industrial and recreational development, generate some additional electric power within the TVA system, and generally improve economic conditions in an economically depressed area "characterized by underutilization of human resources and outmigration of young people."* (437 U.S. 153, 198) (disponível em <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/437/153.html>, acesso em 03/08/2017).

⁶⁰ Refiro *Blackmun* em razão de seu esclarecidíssimo voto – vencido – no caso *Bowers v. Hardwick* (de 1986) quando ele apontaria o que chamou ser um foco *obsessivo* da Corte na prática homossexual, cujo demérito fora *juridicamente* (!) validado naquela ocasião. *Justice Blackmun*, num *insight* típico de quem é sincero e coloca em deliberação as suas próprias premissas, apontaria que os termos da lei do Estado da Geórgia que criminalizava a prática de sodomia não definia o *sexo* (!) de seus participantes.

O caso é bem peculiar porque, para a Corte *salvar* o estatuto contestado por *Hardwick*, ela não poderia colocar sob deliberação uma questão prévia: se o direito pode proibir intercursos sexuais diversos daqueles com o fim de procriação (vamos dizer assim), seja de que sexo forem os adultos participantes. Por que a Corte pôde desconsiderar uma tal questão prévia, necessária à vista do fato da não indicação dos sexos dos participantes no tipo legal? Pelo simples fato de que a Corte não poderia sequer concordar com uma *possibilidade* de deliberação *jurídica* de cursos de ação a serem tomados por adultos durante um intercuro sexual. *Blackmun* explicitamente disse que somente “*a mais deliberada cegueira*” (*the most willful blindness*) poderia desprezar o fato de que *intimidade sexual* era uma parte-chave do desenvolvimento humano a ser garantida. No que interessava ao caso, a lei dispunha:

(a) *A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another. . . .*

(b) *A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years. . . .*

A Corte então evita esse *faux pas* (secamente, decidir se o direito pode determinar formas adequadas de posições sexuais), *postulando* que o caso tratava de prática homossexual, e não somente da *justificação jurídica* da vedação de condutas como as tipificadas, seja de que sexo forem os adultos, o qual não fora definido na lei. E a essa *obsessão* que *Blackmun* se referiu, dizendo nas entrelinhas, enfim, o óbvio: que práticas sexuais entre adultos não podem ser objeto de imposição jurídica, justamente o que tinha que ser deliberado pela Corte à vista de seus precedentes (a maioria deles envolvendo direito de privacidade, e mesmo da liberdade sexual da mulher, como o precedente firmado em *Griswold v. Connecticut*, de 1965)

situou os termos do debate em vista do consenso sobre a existência de uma suposta regra jurídica válida. O desacordo provinha, então, do que significava o *texto* do estatuto, especificamente, se outras razões que não as textuais podem balizar a correta definição do direito no caso, como alguma conformidade com um senso comum e o bem-estar geral:

It is not our province to rectify policy or political judgments by the Legislative Branch, however egregiously they may disserve the public interest. But where the statutory language and legislative history, as in this case, need not be construed to reach such a result, I view it as the duty of this Court to adopt a permissible construction that accords with some modicum of common sense and the public weal. [437 U.S. 153, 196]

Em razão do comprometimento do positivismo com a visão do direito como simples fato, ele não dá conta da explicação da existência de tais espécies de desacordo (*idem*, p. 34). *Acordos* compõem o fundamento do direito, segundo essa visão do “direito como simples fato” imputada aos positivistas por Dworkin,

e do próprio texto da lei. Blackmun, em suma, clareia aquela postulação, sem a qual a Corte não ultrapassaria um *faux pas* bem embaraçoso: no mínimo, fazer considerações *jurídicas* sobre a *validade* da vedação de sexo anal ou oral entre adultos.

Havia, implicitamente, um *mínimo* de acordo em torno do fato de o direito não comportar questões como posições sexuais, ao menos na prática sexual entre duas pessoas de sexos opostos. A partir desse mínimo, poderia a Corte *disputar* mais *honestamente* a justificação da vedação das práticas descritas (por exemplo, colocando à deliberação, agora sim, se o sexo dos participantes seria alguma coisa necessária para a definição daquele limite ao qual o direito não pode passar).

É interessante o caso porque a Corte nunca esteve em *desacordo* sobre o direito à privacidade (Hardwick invocou a proteção *supostamente* – que não se confirmou, ao final – dada a ele por *Griswold v. Connecticut*, de 1965), mas sim sobre um *point* desse direito, um propósito de que ele, de modo nenhum, tinha por objeto a proteção de práticas homossexuais. Ao final, pode-se concluir que a Corte colocou a prática de tudo quanto o que vinha decidindo, na sua pior luz: excluindo de garantias fundamentais cidadãos cuja forma de vida, num cálculo utilitário, podem trazer, pelo menos, um déficit de satisfação moral da maioria, seja a que preço for [é, *a contrario sensu*, a *opinion* da Corte redigida pelo Justice White que permite tal conclusão, ao sarcasticamente dizer que, se questões de moralidade pudessem ser decididas pela Corte à luz da garantia do “*due process of law*”, ela estaria, na verdade, muito ocupada com isso: “*The law, however, is constantly based on notions of morality, and if all laws representing essentially moral choices are to be invalidated under the Due Process Clause, the courts will be very busy indeed*” (478 U.S. 196, disponível em https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/478/186#ZO-478_US_186n2ref, acesso em 04/08/2017)].

Um caso clássico em que a definição de um direito (o livre intercuro sexual) nunca esteve submetido a um escrutínio moral: engajar-se numa ou noutra posição sexual não nos parece que *alguma vez* possa ter sido imposto por outra ordem normativa (é verdade que alguém poderia lembrar dos católicos e seus discursos contra o sexo sem preservativos e com vistas à procriação), ao menos numa comunidade liberal em fins do século XX (quando *mais não* pudesse ser, em razão do simples fato da intimidade maior que normalmente cerca o ato). Como poderia dizer um positivista, o cidadão deve, ao julgar o que lhe é correto fazer, levar em consideração a lei vigente e a moral positiva (a censura da prática homossexual, por exemplo), como relevantes para a definição do que fazer. “... *Mas apenas relevantes para isso, não determinantes da questão*” (MacCormick, 2010, p. 45, destaque meu).

razão porque a existência de desacordos sobre seu fundamento, na crítica de Dworkin de “*Law’s empire*”, impossibilita a compreensão do que ele efetivamente é. A crítica de Dworkin, agora, coloca o seguinte desafio: como podem os positivistas relatar a existência de um desacordo em torno da obrigatoriedade (*bindingness*) de certos fatos cuja obrigatoriedade exige um acordo em torno dela? (*idem*, p. 38). Shapiro informa que tal crítica é bem diferente da lançada por Dworkin em “*The model of rules I*”, porque agora ele tenta demonstrar que o fundamento do direito não é determinado por uma convenção, admitindo que as respostas para aquelas críticas pressupunham que os fundamentos do direito são de fato estabelecidos convencionalmente (*idem*, p. 39).

Este foi, nas palavras de Timothy Endicott, o mais fundamental desafio que Dworkin fez para o positivismo, tal como ele o entendia: que ele não podia explicar a natureza dos desacordos em torno do direito (Endicott, 2005, p. 39). Dworkin afirma agora que teorias do direito como a de Hart não podem explicar desacordos teóricos na prática jurídica, porque elas sofrem da chamada “ferroada semântica” (*semantic sting*): pressupõem que os operadores do direito (*lawyers*) compartilham testes incontroversos para a *verdade* de uma proposição de direito (*propositions of law*) (*ibidem*). Lembremos, como colocado acima, que a descrição positivista em “*Law’s empire*” partia de dois compromissos: o fundamento do direito (*the grounds of law*) é fixado por *consenso* entre os oficiais, e que somente determinados tipos de fatos podem ser fundamento do direito, como o são os simples fatos históricos (*plain historical fact*) (Shapiro, 2007, p. 30).

Segundo Endicott, sofrer da chamada “ferroada semântica” quer significar que alguém pensa que a linguagem do direito somente pode ser compreendida se seus operadores compartilharem do mesmo critério que define aqueles testes para a verdade de uma proposição jurídica (Endicott, 2005, p. 40). Shapiro vai dizer que a “ferroada semântica” é usada para explicar *por que* positivistas exigem que os fundamentos do direito sejam determinados por consenso. Segundo ele, Dworkin parte da hipótese de que os positivistas insistem em um consenso *porque* eles *tacitamente* subscrevem um critério semântico, segundo o qual conceitos podem ser (*may be*) compartilhados somente se o *critério* para

a adequada *aplicação* dos conceitos é compartilhado. Então, um critério semântico para o conceito de direito exigiria que os membros da comunidade pudessem compartilhar o mesmo conceito de direito – e a partir de então ter diálogos compreensíveis sobre seu direito – somente se eles compartilharem do mesmo critério para aplicação do conceito (Shapiro, 2007, p. 38). Sofrer da “ferroada semântica” então quer significar que alguém pensa que o *idioma* (*language*) do direito somente pode ser compreensível se os operadores compartilharem um critério de identificação. A consequência disso, é que somente pode haver desacordos nos chamados *penumbral cases*⁶¹, quando falta o critério, ou sobre se o direito devia mudar (quando expressamente pretendemos *descartar* o critério) (Endicott, 2005, p. 40).

⁶¹ Aqueles em que um *termo geral* está em discussão, aqueles cujo paradigma a constituir o *plateau*, a partir de onde nos *comunicaremos* com sentido, ainda não está totalmente determinado, mesmo que *suavemente* (*smoothly* é a expressão de Hart) cause efeito na massa de casos ordinários. Podemos apontar que “igualdade” ainda é um termo geral, sobre cujo *valor* não temos desacordo, mas discordamos profundamente do seu significado (que não é oferecido por uma teoria do direito). *Bowers v. Hardwick* pode ser um exemplo essencial: ninguém discordava *que todos* tinham um direito a uma intimidade sexual, salvo se a *prática* (!) envolvesse duas pessoas do mesmo sexo. Foi o *desvalor* da *prática*, antes de uma resposta à questão de se o sexo dos envolvidos no ato devia fazer diferença no valor que damos à privacidade sexual, que (mal) justificou o direito no caso. O entendimento desse caso é sofisticado: a prática *em si* (sexo oral e anal), como apontado por Blackmun, era o *point* censurado pela lei. Como ninguém podia negar que a *forma* da prática não podia ser matéria do direito, trataram de elencar uma situação contingente (a *mesma* prática, mas entre pessoas do *mesmo* sexo) através da qual sustentariam a lei e ainda *salvariam seu próprio* (o da maioria mesmo) âmbito de privacidade na qual a forma sexual pudesse livremente ocorrer. *Justice* Blackmun aponta para tal fato, citando precedente que expressou que privacidade era uma questão moral de autopertencimento, não sujeita a deliberações dos outros: “[T]he concept of privacy embodies the ‘moral fact that a person belongs to himself, and not others nor to society as a whole.’”

O caso do uso do banheiro público por transexual demonstra a mesma estrutura de entendimento. Tem um *gostinho* (*flavor*, no idioma de Dworkin) de contingência o respeito de tratamento segundo o sexo físico: somente se seu gênero corresponder ao de sua forma física, merece respeito a aceitação de tal ou qual uso (!) do banheiro. Não de outro modo pôde o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de onde o caso provém, concluir que o impedimento do uso do banheiro consistiu num *mero* dissabor. O *grau* do dissabor experimentado pela transgênero correspondeu ao *grau* de importância com que os juízes da corte estadual trataram a busca pelo sentido do valor *igualdade*.

A teoria de Dworkin requer um esforço dos praticantes do direito em, a partir de um *mínimo* de acordo sobre o valor de uma prática, a partir dela extrairmos o melhor sentido dessa prática: aceitarmos a *contingência* como um critério de diferenciação de tratamento não parece ser o *point* da prática em torno do valor igualdade na nossa República. É só ver que o *próprio* Congresso Nacional ainda não está de acordo com essa *contingência* que sequer legislou sobre uma fonte de receita aparentemente questionável: as *grandes* fortunas (art. 153, VII, da Constituição Federal). Ainda não está claro como o *simples fato* de ter muito dinheiro, numa sociedade de desigualdade social notória e antiga, poderia justificar um tratamento desigual entre contribuintes. A sua previsão na Constituição mostra uma *dúvida* sobre se a concentração de renda *pode fazer diferença* na contribuição financeira do cidadão para o estado. E se estamos *de acordo* com o fato de que uma economia de mercado atribui direitos de propriedade legítimos e de forma desigual, então podemos desconfiar *de um limite* na imposição de contribuições diferenciadas.

Timothy Endicott faz uma breve arqueologia da obra de Hart para explicar por que pôde ser possível para Dworkin atribuir a ele um compromisso com alguma injunção semântica, haja vista a própria *negativa* de Hart no “*Postscript*” de *alguma vez* ter elaborado alguma ideia diferente da de Dworkin. Hart afirma, nessa questão, que ele elaborou a mesma distinção entre um conceito e diferentes *concepções* de um conceito, ponto bem importante nos então recentes trabalhos de Dworkin (*idem*, p. 41)⁶². Segundo Endicott, na verdade, a “*notavelmente*” modesta injunção semântica na obra de Hart não pode significar a adoção de qualquer teoria semântica, se se entendê-la como sendo um relato geral *do que faz a aplicação* de um conceito correta (*ibidem*). Endicott diz que Hart, em algumas passagens, dá a entender que ele aceita uma teoria semântica: tanto o título de seu livro, “*The concept of law*”; no prefácio dele, em que Hart confessa estar chamando a atenção para questões que podem ser ditas como sendo sobre *significados* das palavras; ou mesmo pela dúplice citação de Austin, sobre desenvolver uma afiada consciência das palavras para afiar nossa percepção do fenômeno (“*using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena*”, é a citação de Austin no original) (*ibidem*). E dizendo ainda sobre casos da textura aberta de um termo geral (*open texture of a general term*)⁶³, Hart afirma que não há firme convenção ou acordo geral que imponha (*dictates*) seu uso, o que *sugere* que Hart aceita que alguma convenção ou um acordo geral impõe o uso dos termos gerais em outros casos (*ibidem*).

⁶² Em um ensaio sobre a “ferroada semântica” a partir das considerações no “*Postscript*”, Timothy Endicott sugere que não há invocações semânticas (*semantic claims*) de nenhuma ordem, na obra de Hart, que *não* adota a chamada “teoria de regras semânticas” (*criteria semantic theory*), tal como entendia Dworkin em “*Law’s empire*”. Com essa releitura das objeções de Dworkin após o “*Postscript*”, pretende Endicott mostrar que a teoria de Hart pode sim dar sentido (*can make sense*) aos desacordos teóricos (Endicott, 2005, p. 41).

⁶³ Waluchow aponta que o conceito-chave de “textura aberta” é introduzido por Hart quando da diferenciação feita por ele entre dois modos de comunicação de padrões gerais de comportamento (*general standards of behaviour*): o *exemplo* (pela aceitação de um *paradigma*) ou por meio de “formas explícitas de linguagem”. Nas palavras de Hart:

“*In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide. There will indeed be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general expressions are clearly applicable... where there is general agreement in judgements as to the applicability of the general terms... but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not.*

...

However smoothly they work over the great mass of ordinary cases, they will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they have what has been termed an open texture... uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms.” (Hart, *The concept of law*, apud Waluchow, 1994, p. 237).

Endicott exemplifica o caso sobre Hart adotar uma teoria de regras semânticas (*criterial semantic theory*)⁶⁴: uma antropóloga que retornasse de um local onde ela havia identificado o direito daquela comunidade diz para Hart que o sistema jurídico deles é composto somente de regras jurídicas primárias. Se lembrarmos que para Hart a “chave” para a *Jurisprudence* é a união de regras jurídicas primárias e secundárias, *então* Hart poderia dizer que sequer sua colega antropóloga poderia dizer que ela estivesse falando o seu idioma, o inglês (*idem*, p. 42).

Porém, afirma Endicott, *nada* em “*The concept of law*” sequer dá a Hart razão para supostamente corrigir sua colega, porque ele pensa que pode fazer a distinção entre uma tarefa de *elucidação* dos conceitos que constituem as bases (*framework*) do pensamento jurídico (o que ele tentava de fato fazer), de uma tarefa de simples *identificação* de regras para o uso de palavras (o que ele não estava fazendo) (*ibidem*). A questão semântica para Hart, então, não tem a ver com a adoção de uma teoria ou outra, mas serve para que a *comunicação* de *padrões* possa ser levada a efeito pelo direito. O “ponto fulcral” de qualquer concordância ou discordância relativamente à definição do direito, portanto, tem a ver com o uso que é feito de um conjunto de *paradigmas* do conceito em questão: seu uso como padrão de comparação (*idem*, p. 43).

Endicott lembra que uma possível atribuição de uma teoria de regras semânticas a Hart, isto é, uma visão de que a análise do significado de uma palavra-conceito como consistindo num conjunto de critérios para sua aplicação, pode ser causada pelo fato da sua concepção de direito *postular*⁶⁵ o argumento

⁶⁴ Timothy Endicott refina ainda mais o entendimento sobre a existência de alguma teoria semântica expressamente adotada por Hart para seu estudo do direito. Diz que é necessário saber se Hart, de fato, abraçou uma teoria de regras semânticas (*criterial semantics*), situação que impossibilita outras teorias semânticas de poderem melhor dar sentido a palavras diferentes, como “livro”, para cuja definição uma teoria de regras semânticas seria adequada, ou “direito”, que supõe, para Dworkin, a adoção de algo diferente de um simples *conjunto* de regras para sua melhor compreensão (Endicott, 2005, p. 40). É que ele argumenta que assim é possível reescrever a distinção de Dworkin entre teorias interpretativas e teorias semânticas como uma diferença entre teorias que tem uma semântica interpretativa (*interpretative semantics*) daquelas que consistem de regras semânticas (*criterial semantics*) (*ibidem*).

⁶⁵ Endicott assevera que nunca foi pretensão de Hart que sua teoria fosse verdadeira por definição, e que assim sua teoria continuava vulnerável a argumentos como: ou as características daquilo que ele identificava ser o direito não seriam, na verdade, características do que acontece (*what goes on*) num tipo

de que uma comunidade com direito tem uma regra de reconhecimento, uma *regra social* que provê critérios de validade jurídica (*idem*, p. 44). Porém, para Hart, regras de direito (*rules of law*) não são (e nem derivam de) regras para o uso da palavra “direito” (*idem*, p. 45).

Da mesma forma, o relato de Hart sobre a *necessária* aceitação (*acceptance*) por oficiais de uma regra de reconhecimento não transmuda tal fato num critério exigido por uma regra para o uso da palavra “direito”: é tão-somente uma condição para a *existência* de uma particular característica de um *paradigma* que expressa um sistema jurídico (*idem*, p. 46). Assim, se não houver aquela aceitação, não haverá o paradigma para o qual o conceito remete. Enfim, tudo o que Hart pretende com o fato das pessoas compartilharem um conceito como “direito” tem relação com sua capacidade de identificar “*exemplos de direito*” (*ibidem*), paradigmas daquilo que se deve entender por direito. Tais características especiais consistem simplesmente nos *menos controversos* tipos de afirmação que podem ser feitos sobre um paradigma com o qual se identifica um sistema jurídico (*idem*, p. 47).

Hart acreditava que havia paradigmas incontestáveis (*indisputable*) e isso é tudo que ele propunha como invocação semântica, diz Endicott (*idem*, p. 45). Hart, na esteira de Wittgenstein, acreditava ser possível a explicação de significados dando relatos das características das representações

comum de sistema jurídico municipal (*municipal legal system*), ou que ele teria erroneamente descrito tais especificidades (*features*), ou ainda que elas não teriam a importância que ele pensava ter (Endicott, 2005, p. 44).

Waluchow bem lembra que a despeito da invocação de Hart de oferecer um ensaio de “sociologia descritiva”, Dworkin o descreve como provendo uma teoria semântica sobre os significados de palavras como “direito” e “sistema jurídico”. Nada mais contrário às intenções de Hart: de descrever a forma comum, a estrutura e o conteúdo de todas (ou de quase) as formas de sistemas jurídicos, e descobrir como tais formas de regulação social são afins a coisas como a moralidade, o poder de fato (*brute force*), e formas de organização social em relação às quais uns chamam “direito” mas outros não, como o direito internacional (Waluchow, 1994, p. 5).

É isso que vai permitir a Hart afirmar, no “*Postscript*”, que Dworkin não o compreendeu porque ignorou uma distinção pressuposta por ele: afirmações sobre o que *é* direito de afirmações sobre *que é* o direito em algum sistema (*statements ‘of what “law” is’ and statetements ‘of what the law is, i. e., what the law of some system permits or requires or empowers people to do’*) (Endicott, 2005, p. 45). Não há como concluir que uma elucidação que ele fazia pressupunha a adoção de uma teoria de regras semânticas, o que poderia ser o caso se o critério fornecido por uma regra de reconhecimento de um sistema e uma necessidade de uma tal regra derivassem do significado da palavra “direito”. “*But there is no trace of such a doctrine in my work*” (Hart, 1994, p. 247).

(*instantiations*⁶⁶) possíveis de uma dada palavra, da mesma forma como poderíamos fazer apontando para exemplos⁶⁷. Acontece que tais relatos não dariam mais informações relativamente àquelas que poderiam nos ser transmitidas por explanações que referem a *paradigmas*. Mas eles não forneceriam critérios semânticos para aplicação de uma palavra, somente apontando para casos incontestáveis do conceito (*ibidem*).

Dworkin, por sua vez, aceita a importância dos paradigmas também. No “O império do direito”, no difícil capítulo 2 (“Conceitos de interpretação”), ele imagina o exemplo de uma comunidade que pede a um filósofo que prepare uma explanação filosófica da cortesia, instruindo-o a não confundir as *suas aspirações* de padrões de cortesia ou mesmo não tomar partido em disputas sobre seu *real* significado. Para tanto, afirma Dworkin, há uma tarefa para tal filósofo, que não pode desconsiderar que, em cada etapa da história, certos *compromissos concretos* se mostravam à comunidade como *paradigmas*, como requisitos da prática. Continua Dworkin:

O papel que esses paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre

⁶⁶ Endicott aqui usa o termo “*instantiation*”, segundo o dicionário Collins, um termo que remete ao âmbito da lógica, como processo de derivação de afirmações individuais de afirmações ainda mais gerais pela substituição de uma variável por um nome ou outra expressão correlata (no original, “*the process of deriving an individual statement from a general one by replacing the variable with a name or other referring expression*”).

(disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/instantiation>, acesso em 04/08/2017).

⁶⁷ É Endicott que presume que Hart certamente concordaria com Wittgenstein, quando afirma: “*if a person has not yet got the concepts, I shall teach him to use the words by means of examples and by practice. And when I do this I do not communicate less to him than I know myself*” (Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (1953), *apud* Endicott, 2005, p. 45, nota de rodapé n. 8).

Endicott quer esclarecer que ainda que Hart defenda que existam paradigmas indisputáveis (como, por exemplo, a aceitação de uma regra social que orienta a ação de oficiais, por meio da qual podemos identificar o direito), isto não significa a adoção de qualquer teoria de regras semânticas (*criteria semantics*). Não há nada de semântico em regras de atribuição de validade jurídica, como a de reconhecimento: não há *pesquisa* de significados, senão que cumprimento de uma *forma*.

Em verdade, Hart pretendia elucidar o conceito de direito, e seu modo de fazê-lo seria apontando para para os *enigmas (puzzles)* que encaramos ao perguntar “O que é o direito?”, como aquela já apontada: “por que você pergunta?”.

que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático. (Dworkin, 2014, p. 88, destaque nosso)

Paradigmas, portanto, fazem parte do chamado material “pré-interpretativo”, sobre o qual o intérprete deve se curvar. Ou melhor, ele mesmo é um *critério de êxito* na atividade de interpretação, à qual se impõe (*must*) um ajuste (*fit*) a ele (Endicott, 2005, p. 48). Ao mesmo tempo, porém, Dworkin aponta que nenhum paradigma está a salvo da chamada dimensão “pós-interpretativa”⁶⁸, na qual o intérprete ajusta “*sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa*” (Dworkin, 2014, p. 82).

Dworkin também chama a atenção para a importante distinção entre “*paradigmas de verdade interpretativa e os casos em que, como dizem os filósofos, um conceito se sustenta ‘por definição’, assim como o celibato se sustenta graças aos homens que não se casam*” (*idem*, p. 89). É que Dworkin nega que se possa postular⁶⁹ a aplicação de termos abstratos. Não se postula, senão que se engaja numa atividade interpretativa. Nesse sentido, Dworkin pode dizer que mesmo uma afirmação incontroversa sobre o conceito de cortesia (o exemplo dele é de que a cortesia é uma questão de respeito, ou seja, ainda que a palavra “cortesia” tenha apelo linguístico suficiente para só significar “respeito”, este não é o seu conceito) é interpretativa, e não *conceitual* (e aqui é no sentido de semântica), de modo “*que não se trata de uma afirmação sobre as regras*

⁶⁸ Dworkin defende que a denominada “interpretação construtiva” é o instrumento apropriado para a melhor abordagem da prática a que a definição do direito, cujo significado não é postulado, necessariamente direciona. Para tanto, ele postula três etapas do processo interpretativo da interpretação construtiva: a etapa “pré-interpretativa”, no qual se identifica padrões que se acredita corresponder ao conteúdo da prática; a etapa interpretativa, na qual o intérprete deve esforçar-se para compreender uma possível justificativa das principais características da prática identificada anteriormente; e, finalmente, a etapa “pós-interpretativa” ou “*reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa*” (Dworkin, 2014, p. 82).

⁶⁹ Aqui faço uso dessa palavra com um sentido específico pelo qual uma teoria semântica, da forma como descrita por Dworkin, atribuiria verdade a uma determinada proposição. Uma postulação, nesse sentido, seria a arregimentação de significado somente em razão do compartilhamento de critérios comuns pelos que usam da palavra. Aplicando tal ideia ao conceito de direito: “*as teorias semânticas mais influentes sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como são chamadas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas*” (Dworkin, 2014, p. 41).

básicas da linguística que todos devem observar para se fazerem entender” (*idem*, p. 88).

Para a aplicação de um conceito abstrato, para Dworkin, que não é postulado, que não tem significado “por definição”, como “crueldade”, ou “cortesia”, nunca é suficiente ser familiar com o conceito e os fatos, porque sua teoria propõe que sempre existe uma melhor concepção de um conceito disputado (Endicott, 2005, p. 48). Dworkin propõe, portanto, uma distinção entre “conceito” e “concepção”. Guest lembra que foi Gallie (num artigo publicado em 1965) quem sugeriu uma distinção entre “conceito” e “concepção”, em razão da existência, por natureza, de argumentos controvertidos no entendimento de ideias expressadas por conceitos abstratos como democracia, justiça social, “vida cristã” (Guest, 2010, p. 40).

Assim, fazendo essa distinção entre conceito e concepção, Dworkin nega uma conexão que poderia ser feita por Hart: a de que ter (*possessing*) um conceito implica em saber que ele se aplica a um caso paradigmático (Endicott, 2005, p. 49). Não existe tal ligação *conceitual* entre palavra e seu significado. Para Dworkin, conceitos são como “plateau”. No *plateau*, paradigmas tem um *atributo conceitual* (*conceptual flavor*), e afirmações que são abstratas ou incontroversas o bastante parecerão ser conceituais (*idem*, p. 50).

Nesse ponto, enquanto um conceito abstrato, o direito, que não se sustenta “por definição”, exige para sua aplicação não somente uma familiaridade com o conceito e os fatos que sua prática expressa, mas para além disso requer também um desenvolvimento de uma *concepção* do conceito (*idem*, p. 48). E o critério que define melhor uma concepção é argumentativo:

“O critério para a melhor concepção não é convencional por si mesmo, mas antes argumentativo, muito embora se apoie em regras sociais em algum momento. Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional. Note-se, contudo, que o próprio critério do que faz uma justificação melhor do

que a outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pela qual jamais saímos completamente do ‘jogo de argumentação e da interpretação’” (Macedo, 2010)⁷⁰.

Então, se para Hart o “ponto fulcral” do desacordo é um *compartilhado* conjunto de paradigmas, e um compartilhado entendimento de que a palavra (*word*) se aplica para aqueles paradigmas e para casos que são suficientemente similares em aspectos relevantes⁷¹, para Dworkin, o “ponto fulcral” de qualquer desacordo é a compartilhada *atitude* interpretativa através de um conjunto compartilhado de paradigmas (Edincott, 2005, p. 50). Uma determinada concepção é a melhor se descrever a prática da melhor maneira que ela pode ser descrita⁷². Mais do que descrever uma prática, portanto, Dworkin invocará por uma argumentação que construa a melhor concepção a partir de onde proposições serão verdadeiras, construção que se ajuste ao que acontece na prática e que seja *governada*, e não somente motivada, por uma meta (*goal*) de justificação (Waluchow, 1994, p. 16).

7. Breve nota sobre uma possível diferença entre Hart e Dworkin

Obviamente que, reconhecendo a modéstia da pesquisa, relativamente ao empenho para o entendimento do debate de autores de níveis tão finos como

⁷⁰ Waluchow lembra que Dworkin evita uma abordagem do direito descritivo-sociológica ou semântica em favor de do que ele chama “concepções de direito”. Estas seriam, segundo ele, inerentemente controversas, relatos normativos do “significado” de nossas práticas jurídicas, que não seria nem linguístico nem puramente descritivo. Eles são completamente normativos, tentativas de colocar a prática estudada sob sua melhor luz moral, de fazê-la (a prática, no caso, o direito) o melhor “que ela pode ser” (Waluchow, 1994, p. 5).

⁷¹ “Podemos, como vi Dworkin fazer às vezes, nos referir à teoria de Hart com uma descrição dos dados ‘pré-interpretativos’ do direito. Na linguagem de conceitos e concepções, o trabalho de Hart, visto dessa maneira, na visão de Dworkin, descreve o conjunto de ideias discretas ‘incontrolavelmente empregado em todas as interpretações’” (Guest, 2010, p. 41).

⁷² Waluchow, com a perspicácia que perpassa todo seu livro, afirma que, se a teoria do direito de Dworkin, “uma geral, abstrata interpretação da prática jurídica” (*Law’s empire*, apud Waluchow, 1994, p. 14), propõe uma concepção de direito que visualize a prática dele sob sua melhor luz, fornecendo uma adequada justificativa para a imposição da força institucionalizada (*coercion*), ela mesma não provê nenhuma justificativa para tal coerção, senão uma séria *tentativa* de fornecê-la. De outro modo, diz Waluchow, ela não seria uma competente interpretação da prática jurídica (Waluchow, 1994, p. 15). Nada mais próximo do que Guest veio afirmar em 1997, sobre uma possível objeção à teoria de Dworkin, no sentido de ela não pretender oferecer algum tipo de argumento *objetivo* para uma melhor interpretação do que é o direito. Diz ele: “em vez disso, ele [Dworkin] pede que você lhe aponte onde ele errou em seus argumentos. Em sua visão, a objetividade não envolve nada mais surpreendente do que a possibilidade de buscar respostas melhores ou mais corretas. E isto não significa, para ele, argumentos arrasadores e retumbantes” (Guest, 2010, p. 17).

os aqui já estudados, propõe-se, portanto, novamente uma questão relacionada com aquela citação com a qual abrimos o Capítulo 1, mas um pouco mais além: se muito do que Hart propôs como metodologia comporta, bem ou mal, um entendimento do direito, uma compreensão do que essa prática que nós identificamos como impondo cursos de ação é, por que, então, acreditamos que há uma disputa em torno de proposições teóricas como esta famosa entre Dworkin e Hart? Será que não é possível concordar, segundo feliz lembrança de Wilfrid Waluchow⁷³, com Stuart Mill, que uma vez observou que o fato de

⁷³ Uma rápida leitura da primeira página do livro de Wilfrid Waluchow (*"Inclusive legal positivism"*, de 1994, de difícil acesso no Brasil), de quem se disse ter sido o autor da última tese de doutoramento orientada por Hart, cuja parte integra o livro, e que nos suprirá de uma abordagem teórica necessária para conclusão deste trabalho, abala a segurança que o operador do direito pensava ter adquirido com um conhecimento ou outro de algumas obras fundamentais de teoria do direito, como a de Kelsen. O desconhecimento do que ainda se passa sobre a arena chamada "filosofia do direito", pode levar a debates como a que se apontou na "Introdução" deste trabalho, que, ao final, podem provar que juízes somente parecem discordar entre si, em razão mesmo do fato da inexistência de qualquer base segura, um ponto fulcral, como já referido, para a compreensão daqueles debates. Metodologicamente, isso é importante ao menos se quisermos ainda diferenciar direito e moral, ou, ainda que os fundir, preservar um mínimo de liberdade de curso de ação de um indivíduo que, no menor grau possível, não aceita um curso de ação que lhe seria imposto por um tal sistema normativo. Por que isso é importante: talvez porque parecemos compartilhar de um conceito de direito, usando de argumentos também compartilhados, para pretender nos salvaguardar de qualquer deliberação feita à força, constringendo o livre-arbítrio em desrespeito da condição humana, por princípio, livre. Se o direito tem essa prerrogativa na salvaguarda de uma mínima condição humana, deve existir um mínimo de consenso necessário para que debates sobre o que ele é, num caso, possa ocorrer. Ou então ficamos com os realistas jurídicos e seu ceticismo, na conclusão de que não existe nenhuma regra mandatária (*binding*) e que juízes decidem casos simplesmente pelo apelo a uma alternativa qualquer de solução à sua disposição (Waluchow, 1994, p. 259).

Poder-se-ia objetar, como sendo petição de princípio, o argumento de que é necessário alguma medida de proteção de um livre de curso de ação enquanto configurador de uma mínima condição humana. Ainda que tal objeção nos pareça, no nosso nível de compreensão, não feita a sério (qual seria uma alternativa à tal suposta petição de princípio?), o expoente do positivismo jurídico dito "exclusivo", Joseph Raz, em vários ensaios sobre a natureza mandatária do direito (*authoritative nature of law*), mostra que o positivismo, em sua versão *exclusivista*, pode dar conta de explicá-lo sem recurso a qualquer argumento justificatório [apelo a que, *logicamente*, Hart não tinha objeção, nas suas palavras: *so far as 'logic' goes* (Hart, *The concept of law, apud Shapiro*, 2005, p. 184)]. De forma bem superficial, podemos aqui relatar que, se se supõe que o direito é alguma coisa com capacidade de comandar a autoridade, *conceitualmente*, então podemos, segundo Raz, identificar o direito sem recurso a argumentos justificatórios. Raz vai dizer, no que interessa agora, que as chamadas diretivas legais (leis, decisões judiciais), que substituem outras razões para curso de ação pretendido num caso, desempenham um papel de *exclusão* (*exclusionary*) relativamente a outras razões que poderiam ser invocadas por alguém como sendo mandatárias (Waluchow, 1994, p. 123 e seguintes). Na verdade, Raz atribui tanta importância a isso que podemos chamar de "autonomia", que ele pode descrever o direito como sendo um conjunto de padrões postulando (*purporting*) prover um âmbito de exclusão de deliberação não sujeita à sua autoridade (*idem*, p. 21). Ao final, Raz pode, indiretamente, aceitar que a condição humana requer, pelo menos, um âmbito de livre-arbítrio, ainda que o perdedor num caso sucumba na sua capacidade de avaliar razões morais dependentes, como pretenderia a própria moralidade se o estado de natureza era *para ser evitado*, segundo a teoria de Hobbes (*idem*, 126).

doutrinas estarem em conflito não quer dizer que uma seja verdadeira e a outra falsa, mas sim que compartilham uma verdade, sendo a não-conformidade entre elas uma necessidade para sustentar o que haveria de verdadeiro em cada uma delas (no original, “*conflicting doctrines, instead of one being true and the other false, share the truth between them, and the nonconforming opinion is needed to supply the remainder of the truth of which the received doctrine embodies only a part*”)? Se por um lado, como afirma Waluchow, existem positivistas, como MacCormick que afirma que sistemas jurídicos tem um tal valor moral em razão do seu caráter formal; e, por outro lado, ditos *jusnaturalistas*, como John Finnis, que sugere nunca ter sido uma preocupação central dos jusnaturalistas clássicos *negar validade* jurídica a promulgações legislativas injustas, o que acontece no âmbito da filosofia do direito (Waluchow, 1994, p. 1 e seguintes)?

Segundo Waluchow, muita confusão sobre o que acontece no âmbito da teoria do direito resulta de opiniões diferentes reativas a: i) o que exatamente é isto que alguém faz de oferecer uma teoria e, ii) o que é isto que um oponente dela faz ao articular a sua própria teoria (*idem*, p. 4). Como já pontuado, nada obstante a invocação de Hart de estar oferecendo, com o seu “*The concept of law*”, nada mais que um ensaio em “sociologia descritiva”, Dworkin imputa a ele estar oferecendo uma teoria semântica relativa a significados de palavras como “direito” e “sistema jurídico”. A perspectiva de Hart é a de um “observador externo”, que pretende filosoficamente iluminar a prática daquilo que *imaginamos* constituir um sistema jurídico, enquanto que a perspectiva de Dworkin é a de um juiz *pronto a justificar* o que ele está fazendo ao condenar alguém responsável por violar direitos e deveres (*idem*, p. 5/6). Ao que se deve atentar, diz Waluchow, é ao cuidado ao distinguir diferentes tipos de teoria do direito e perceber que *aparentes* diferenças de opinião podem muitas vezes ser *vestígio* de diferenças em *pontos de partida* e *objetivo (aim)*, além de resultar diferenças de *metodologia (ibidem)*.

Para Dworkin, teorias do direito em disputa podem diferir no que elas elencam como o apropriado *fundamento* para proposições de direito. Foi em “*Law’s empire*” que Dworkin introduziu uma importante distinção, entre fundamentos (*grounds*) e a força (*force*) do direito, que o possibilitou direcionar

sua atenção a desvendar as circunstâncias que fariam de uma proposição jurídica uma proposição jurídica *verdadeira* (*idem*, p. 9). Além do mais, para ele, teorias podem diferir no modo em que elas se impõem (*must*) iniciar a maneira de descobrir tais fundamentos (*ibidem*). Positivistas jurídicos sugerem que o fundamento do direito se esgota num conjunto finito de regras socialmente constituídas, como uma regra de reconhecimento (*ibidem*). Segundo a representação de Dworkin do positivismo, tal fundamento pode ser sempre descoberto empiricamente (*idem*, p. 10).

Nos seus primeiros ataques contra o positivismo, Dworkin sustentou que o positivismo toma *a parte pelo todo*, relativamente ao que ele concebe como sendo fundamento do direito. Isto porque, uma proposição jurídica como a de que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” não encontraria um fundamento somente pela identificação de seu pedigree, isto é, pela *conformação* da proposição a uma regra de reconhecimento, algo cuja existência e conteúdo podem ser descobertos empiricamente (*idem*, p. 10). A alternativa de Dworkin, a sua concepção do “direito como integridade”, pretende tomar adequadamente a ampla variedade de fundamentos do direito que figuram nos sistemas da “*common-law*”, pelo menos, aos quais não se acessa somente pela observação empírica, exigindo antes complexos e controversos argumentos de moralidade política (*ibidem*).

A consequência de se negar a suficiência de uma identificação do pedigree para atribuição de validade jurídica a uma norma, segundo Dworkin, é que, então, o fundamento (*ground*) do direito não deve ser alguma coisa como um conjunto finito de regras já dispostas segundo padrões históricos relativos a uma regra fundacional ou um fato social (*ibidem*). Segundo a teoria do “direito como integridade”, não há qualquer regra fundacional ou fato social ao qual podemos apelar para identificação do fundamento (*ground*) do direito, senão que ele deita raízes numa teoria *essencialmente* normativa do direito já disposto, algo para cuja empreitada um raciocínio dogmático, que não submerja na argumentação que caracteriza a disputa que existe em torno de posições morais, não é capaz de dar conta (*idem*, p. 11).

Como já referido, Guest enfaticamente afirmou que a ideia central da teoria do direito de Dworkin é a de *justificação*, em razão do fato de haver um consenso⁷⁴ inicial de que, ao falarmos de direito, espera-se *em contrapartida* um argumento que justifique o exercício da força institucionalizada contra um indivíduo (Guest, 2010, p. 43), e aqui já se nota uma diferença metodológica em relação a Hart, que pretendia uma *descrição* do direito. Por isso Waluchow acentuou a característica de ser “fundamentalmente” normativa a teoria de Dworkin.

Em relação ao ponto de chegada, vamos dizer assim, sobre a teoria em si, a metodologia da qual parte Dworkin o conduz à necessária identificação do direito como a *melhor* interpretação da prática à luz de algum argumento moral que *mais* sustente uma justificativa para o uso da força contra um indivíduo. Para Dworkin, na fusão desse material jurídico com o melhor argumento moral é que encontramos a sua conhecida ideia de “integridade”. Deve-se perceber que, a despeito de seu tratamento como *virtude*, ela não coincide nem com a justiça ou com a imparcialidade (*idem*, p. 44/5). A “virtude da integridade”, segundo famosa metáfora de Dworkin, seria como um planeta, de cuja existência só podemos ter conhecimento através de fatos que, indiretamente, provam sua existência, como a força gravitacional sobre outros corpos celestes provou a existência de Netuno, existência essa não atestada por uma visão direta dele (*idem*, p. 46). Podemos dizer, nessa linha de pensamento, que a busca pela integridade, para cuja virtude a definição de um direito deve apontar, é um *processo* argumentativo, cujo esforço de finalização *pode* conduzir a uma resposta correta⁷⁵.

⁷⁴ “... para nós, o argumento jurídico ocorre em um espaço de consenso aproximado de que se o direito existe, ele provê uma justificativa para o uso do poder coletivo contra cidadãos ou grupos individuais” (Dworkin, 2014, p. 134). A tradução não veicula a força da argumentação, que no original em nada comunica uma ideia fraca como a de “consenso aproximado”. Em seu idioma, Dworkin acentua que seu ponto de partida para a tarefa de descrição do direito deve levar em conta que o argumento jurídico acontece num “plateau” de consenso *bruto* de que se o direito existe ele provê uma justificação para o uso da força, no original: “... for us, legal argument takes place on a plateau of rough consensus that if law exists it provides a justification for the use of collective power against individual citizens or groups” (Dworkin, 1986, p. 108/9).

⁷⁵ É interessante a lembrança do elegante entendimento de Wilfrid Waluchow, que diz que a concepção de direito de Dworkin não termina nos dando uma justificação definitiva para a coerção. Mas ela deve (*must*), ao menos, se lançar numa séria tentativa de fazê-lo (Waluchow, 1994, p. 15).

Porém, aquela distinção entre *fundamento* (*ground*) e a *força* (*force*) do direito tem a seguinte implicação: ainda que uma proposição jurídica possa ser verdadeira, ela não responde a questões como “O que deve (*should*) um cidadão fazer?” ou “O que deve (*should*) fazer um juiz ao decidir um caso no qual um cidadão não obedece exigências legais, descritas através de uma proposição jurídica verdadeira?” (Waluchow, 1994, p. 11). É que, como Waluchow muito bem esclarece, é possível que, porque a melhor interpretação ainda tem que partir da lei já disposta (*settled law*), seu fundamento (*ground*) esteja em contrariedade ou de alguma forma tenha se desprendido da sua justificação moral, situação que tem por consequência a *dúvida* acerca da exigência de invocação de obediência em nome da lei e, por decorrência lógica, se há permissão de uso da força estatal para *conformar* uma tal conduta (*idem*, p. 12). É que o fundamento (*ground*) do direito pode fomentar uma razão para a coerção, mas justificativas em conflito podem ser mais fortes a impedir a imposição dela (*ibidem*).

Waluchow chama a atenção para uma possível convergência de pensamento entre Dworkin e positivistas clássicos, como Bentham, que aceitava que em algumas situações a força (*force*) do direito poderia ser tão fraca que franquearia uma recusa de obediência, nada obstante aquela sua famosa invocação para que, frente a uma lei moralmente deficiente, obedeça-a pontualmente, ainda que se a censure à vontade (*idem*, p. 13). Mas, como já adianta Waluchow, Dworkin não busca de jeito nenhum uma separação *conceitual* (*conceptual separation*) entre fundamento e força do direito (*ibidem*).

Porém não há nada nesta distinção de Dworkin que implique que uma teoria dos fundamentos do direito se comprometa com invocações concretas acerca de como se deve agir (*should do*), muito embora nós necessariamente nos comprometamos com alguma coisa como conclusões morais gerais sobre como os cidadãos devem agir e como os juízes devem decidir casos (*ibidem*).

Se, como dito, a *metodologia*⁷⁶ da qual parte Dworkin o conduz à necessária identificação do direito como a melhor interpretação da prática à luz de algum argumento moral que mais sustente uma justificativa para o uso da força contra um indivíduo, uma mínima descrição da prática jurídica relata uma tentativa, pelo menos, de justificação moral. Caso assim não aconteça, isto é, se uma teoria dos *fundamentos* do direito⁷⁷ que pretenda explicar o que ele é não visualize esse mínimo de justificação moral para o uso da força, ou ela não visualiza a prática corretamente ou não vê a que ele serve (*idem*, p. 16). É este *dado* que uma teoria do direito deve explicar, podendo ser então a questão

⁷⁶ Necessário pontuar o que queremos dizer sobre uma “metodologia” de Dworkin. Penso que se pode considerar, *simplesmente* (como se já não fosse para onde todo seu esforço se concentra), o *plateau* a partir do qual, antes de somente identificar, podemos fazer *discursos* sobre direito. Não que não seja possível uma teoria como a de Hart, mas é que, *antes*, o *próprio* discurso que deve ser usado por *qualquer* teoria envolve o ponto de vista proposto por Dworkin, do juiz pronto a justificar a imposição da força. A “ferroada semântica” do positivismo, a despeito de negada por Hart, tem todo o sentido: *qualquer* outro ponto que *pretenda* sustentar um critério de identificação do direito (como o “ponto de vista interno” do participante que orienta sua conduta em razão da aceitação de uma regra de reconhecimento) não pode estar fazendo nada mais que somente aceitando um *critério* qualquer, através do qual podemos *identificar* o direito (por isso a compreensão de Dworkin sobre Hart ter uma teoria de *regras semânticas*). Acontece que esse critério, ele mesmo, *tem que* ser sustentado por uma *justificação*, e isso não é uma postulação: é só a constatação de Dworkin de que ao discursarmos *invocando* direito, invocando minha *obediência*, somente o fazemos a partir de um *background* moral. Se todos somos *súditos* desse imperador, o direito, o discurso já estava *previamente* à disposição do teórico. Uma teoria do direito que não perceba que argumentos morais *anteriormente* já estava no terreno de onde ela nasce, não a relata completamente. Não há sentido na *simples* identificação de padrões jurídicos se o *discurso* da teoria não aclara uma premissa que também está sob deliberação: existe *valor moral* ínsito à prática que identificamos como direito, como alguma coisa que orienta nossa ação, ainda que contra nossa vontade? Como podemos identificar o direito se o discurso usado não carregar consigo a resposta a esta questão? A nosso ver, Hart não consegue se livrar da ferroada, porque é *impossível*: foi seu próprio discurso que não o salvou. Não se identificam critérios, mas se *justificam* critérios de identificação. A abordagem é finamente anterior.

Um ponto deve ser levantado aqui. Afirmamos acima que não é uma postulação que o direito pressupõe uma *justificação* de seus critérios de identificação, uma resposta ao *valor moral* da prática, porque acreditamos, como Waluchow, que *direito* quer significar o *nosso* direito, o direito dos sistemas jurídicos das democracias ocidentais. Se não for esse o direito a que Dworkin se debruça, conclui Waluchow, então não seria claro o que ele quis dizer (Waluchow, 1994, p. 5). Assim, parece estarmos livres de objeções como: “Mas os nazistas tinham direito!”. Sim, nada impede que alguém *fale* que eles tinham. Mas, pode-se responder perguntando: você acredita que o critério de identificação do direito nazista portava a melhor justificação sob uma avaliação moral que você considera aceitável? As famosas “Leis de Nuremberg”, as que, na prática, *reclassificaram* o status dos judeus para *algo menos* que o de cidadão alemão (basta a lembrança de que era criminalizado, portanto *juridicamente vedado*, qualquer relação sexual entre judeus e alemães), portavam uma justificação moral que as possibilitavam ser identificadas como direito? De outro modo, então: é uma justificativa moral aceitável o tratamento diferenciado de indivíduos em razão de uma *contingência*, como o pertencimento a uma raça? Mais do que as respostas a essas perguntas, o *empenho* em respondê-las pode ser a *questão* para uma teoria do direito: aquela *séria tentativa* de justificação do direito.

⁷⁷ Wilfrid Waluchow especifica que a atenção dos filósofos do direito deve ser para a questão dos fundamentos (*grounds*) do direito, enquanto os filósofos políticos, principalmente, se ocupam da questão de sua força (Waluchow, 1994, p. 13).

fundamental a que uma teoria deve responder, de acordo com a sugestão de Philip Soper, alguma coisa como: *o que é o direito, que eu devo obedecê-lo?* (*ibidem*).

Waluchow desafia ainda mais e então indaga se uma determinada teoria desse tipo, que de partida assume a existência de argumentos morais controversos em seu “*datum*”⁷⁸, não constituiria somente numa forma de mascarar a realidade atrás de uma “suave superfície” (*sweet coating*) de *racionalização* moral. Waluchow lembra que, assim como, ao nos esforçarmos por entendermos o que se passa numa cultura estrangeira, devemos lançar mão do *princípio da caridade* e não atribuir, ao menos inicialmente, falsas ou irracionais crenças aos nossos interlocutores, com o “*datum*” do direito é a mesma lógica: não pode o teórico, ao menos inicialmente, tomar os participantes da prática como amentais (*idiots*), como participantes de alguma coisa diferente de algo que justifique a imposição da força, já que a prática mostra que somos submetidos à força sempre de uma maneira que, *pelo menos* para quem nos submete a ela, pretenda se justificar⁷⁹ (*idem*, p. 17/18).

Waluchow diz que isso não quer implicar que um tal ponto de partida *comprometa* a teoria com alguma posição acerca da *verdade* de tal crença, ou melhor, uma definição da *melhor justificativa* para o uso da força. Waluchow assevera que é possível separar uma teoria que faz da *justificação* alguma coisa que se entende, de teorias que afirmam que a *justificação correta* é a que ela propõe. Uma coisa é ser capaz de entender o papel do valor, incluindo o valor moral, outra é definirmos que toda interpretação do *dado* do direito deve ser a melhor moralmente (*idem*, p. 18). Neste ponto, Waluchow diz ser possível que uma descrição teórica possa ser influenciada por algum valor, sem que precisemos tomar todo o caminho junto de Dworkin (*ibidem*).

⁷⁸ É a expressão de Waluchow, que não deve ser tomada como “objeto”, porque o objeto da teoria do direito é o direito, mas o dado através do qual se acessa o objeto, a prática, o “*datum*”, não se confunde com ele. Essa é a nossa compreensão do uso de tal termo, à vista da preocupação de Waluchow neste momento de aclarar duas situações: *i*) o que exatamente é isto que alguém faz de oferecer uma teoria e, *ii*) o que é isto que um oponente dela faz ao articular a sua própria teoria.

⁷⁹ “... *in interpreting a practice in which people are coerced in ways which are claimed (at least by the coercers) to be justified, the principle of charity requires that we do not too quickly describe the practice in such a way that its participants’ claim are obviously false or irrational*”.

A diferença entre tais *teorias* seria medida através de um comprometimento moral que uma teoria ofereceria relativamente à outra. A teoria de Raz, a que já fiz uma breve referência, por exemplo, identifica o valor “autonomia moral” da pessoa como alguma característica especial da prática jurídica que vale a pena ser sublinhada, sendo *suspeita* qualquer *tentativa* de lhe negar tal status. A teoria dá conta de descrever e entender, oferecendo um relato do que é o direito à vista de um valor relevante, sem que *ela mesma* se comprometa com uma definição que atribua a tal valor uma justificativa moral *definitiva* para a coerção, como propõe a jornada interpretativa de Dworkin na descoberta da (melhor) concepção de direito (*idem*, p. 22). Mais uma vez de forma genial, Waluchow nos convida a considerar um caso paralelo na ética. Falando de um debate em torno do aborto, afirma que todos devemos concordar com o fato de que, alguma *coisa viva*, *coisa* essa que ao lhe ser franqueada a possibilidade de naturalmente se desenvolver se tornará um ser humano pleno, *é morta* quando o aborto acontece. Nós podemos perceber que *matar* é uma característica moralmente relevante, sem *alguma vez* saber se *é justificado* (*justified*) matar. O debate se passa por sobre um ponto de aceitação geral, de que *matar* é alguma coisa moralmente relevante, muito embora os participantes do debate radicalmente discordem nos efeitos de tal aceitação na *definitiva* (*ultimate*) justificação de matar fetos (*idem*, p. 23). Concordamos que o ato de matar traz ínsito uma invocação moral, mas o fato de ser isso uma característica especial da discussão *não soluciona* uma questão do tipo: alguma vez *já* foi justificado matar fetos?

Mas ver *valor* moral sem tomar uma *posição* moral não é o que propõe uma teoria como a de Dworkin. Para ele, um teórico do direito tenta atribuir um propósito moralmente digno para a prática jurídica, falhando se ao final quedar-se a um ceticismo global (*ibidem*). Essa atribuição de *propósito* contida na teoria interpretativa de Dworkin é totalmente comprometida com justificações morais, e é oferecida a partir da perspectiva do participante da prática a ser interpretada, e não da de um observador somente interessado na sua *descrição* (*idem*, p. 23). Para Dworkin, não há diferença teoricamente importante entre interpretar e tomar parte (*engaging/join*) da prática. Nas suas palavras, “*no firm line divides*

jurisprudence from adjudication or any other aspect of legal practice” (Dworkin, *Law’s Empire*, apud Waluchow, *idem*, p. 24). Assim como um juiz de um caso concreto, o teórico também tenta fazer do seu objeto de estudo o melhor que ele pode ser, ambos em suas tarefas de moralmente justificar a autorização do emprego da força. É interessante notar que *quase* é uma invocação (ou uma postulação?) de Dworkin de que a atividade de interpretar dentro de sua ideia de “interpretação construtiva”, por ela mesma, pressupõe ao menos uma concentração de esforço do intérprete de fazer do interpretado o melhor que ele possa ser. Por que isto é quase uma postulação? Porque uma coisa é procurar valor na interpretação, outra, procurar valor no *objeto* da interpretação. É Waluchow quem instiga tal ideia: que diferença existe entre propor um objeto sob sua melhor luz ou invocar uma melhor interpretação? Por que não pode ser objetivo de uma teoria do direito, assim como nas ciências, iluminar o objeto, realçar nosso entendimento dele e de outras coisas que lhe são afins?⁸⁰ Hart fez exatamente isso: descobrir o que seria central e relevante para um comum entendimento do conceito de direito, ou mesmo refinar a análise daquilo que é uma inconfundível característica dele e, por consequência, uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, coerção e moralidade como espécies de fenômenos sociais (*idem*, p. 26).

A identificação de uma tal característica inconfundível do direito e o cuidado do teórico de não fazer os participantes da prática jurídica serem tomados como tolos amentais, não imediatamente, a não ser que *deliberadamente* ele escolha fazê-lo, torna seu objetivo procurar justificativas morais verdadeiras ou apropriadas para o objeto que nos propomos a examinar (*idem*, p. 27). Waluchow diz que isso poderia ocorrer se *escolhêssemos* nos envolver com disputas normativas e não com descrições analíticas.

Waluchow diz que ainda que se possa atribuir uma pequena porção de verdade a Dworkin relativamente a essa sua postulação de identificar o observador (*observer*) com o participante, tal verdade fica *restrita* à necessidade

⁸⁰ “Why suppose that here, unlike in the sciences, the thing that we attempt to make the best of its kind is necessarily the object not its interpretation? Why should our aim not be, as it is in science, to illuminate the object, enhance our understanding of it and other things to which it is related?”

que uma teoria tem de *aclarar* o que acontece na *prática*, e que para isso ela deve *levar em conta* o ponto de vista dos participantes e prover um plausível relato dele. Quando menos, *porque* uma teoria deve fazer sentido do próprio relato de se as pessoas devem (*should*) se comportar da forma como um observador diz que elas se comportam ou se elas acreditam nas coisas que o observador diz que elas acreditam (*idem*, p. 27). Waluchow nos lembra que Hart assim se guiou na sua crítica a Austin, que ignorou o que ele chamou de “ponto de vista interno” (*internal point of view*), centrando-se no chamado “ponto de vista externo”, a visão daqueles na sociedade cuja preocupação é simplesmente evitar medidas coercitivas contra sua pessoa. Nessa linha crítica, Hart diz que Austin falhou ao não descrever a visão da vasta maioria daqueles dentro de um sistema jurídico em desenvolvimento que voluntariamente aceitam e tomam o direito como orientação (*guide*) de conduta. Mas uma coisa é fazer o que Hart fez (conhecer, explicar e descrever de forma inteligível um ponto de vista normal, vamos dizer assim), outra é tomar o ponto de vista do participante como o seu próprio (do teórico) e disputar argumentos no debate que acontece dentro da prática (*idem*, p. 28).

8. Por que Dworkin?

Então vimos, brevemente, o que Hart pretendeu relativamente ao que Dworkin, a quem sua crítica era dirigida, queria ao oferecer uma teoria do direito. Um último ponto, pelo menos, deve ser aclarado: o que possibilita a abordagem de Dworkin que a abordagem de Hart não possibilita? Após toda a digressão feita, será que ainda é alguma coisa com sentido perguntar quem estava certo? O que mostrou o esforço de teóricos que “atualizaram” o projeto do positivismo? Pelo menos que muitas das críticas de Dworkin não lhe subtraía a sua força descritiva: pelo menos seu auxílio na identificação de uma característica do direito que o tornava um sistema normativo autônomo o positivismo pôde relatar. Um suposto teste de pedigree fundado numa regra social aceita por oficiais para identificação do direito válido, a compreensão do direito como alguma coisa cogente na orientação de conduta, ou um esclarecimento das bases sobre as quais podemos comunicar tais padrões de comportamento são esclarecimentos que qualquer teoria minimamente plausível deve oferecer. Pôde com isso, o

positivismo, acomodar algumas críticas de Dworkin: pôde discernir um sistema paralelo à moral que serve de orientação de conduta; pôde reconhecer que, ainda que se identifique um fato social que lhe atribua esta função (como uma regra de reconhecimento), isto não impede que argumentos morais disputados na comunidade participem do conjunto de regras que identificam o direito; e ainda pôde sobreviver àquela que é considerada a crítica mais fundamental, se se atentar ao fato de que o positivismo, pelo menos na sofisticada versão de Hart, não se tratava de uma teoria semântica e, tendo somente uma pretensão descritiva, pôde também oferecer um ponto de partida metodologicamente seguro para uma teoria (Hart inspirou-se na filosofia da linguagem de Wittgenstein para abordar uma prática que pretenda, ao orientar cursos de ação, fazer um mínimo de sentido aos seus participantes, sem o que o eles pareceriam idiotas). Será que o positivismo, então, não limitou a sua pretensão, com isso limitando aquilo que ele queria descrever?

Stephen Guest tem uma interessante leitura do caso da fusão do ponto de vista do teórico com o do participante. Não há nada suspeito nessa fusão porque filosofia ou teoria somente propõe um relato geral mais abstrato daquilo com o qual estamos acostumados, e que portanto seria difícil de dizer por que tal abstração não seria relevante para entendermos o que acontece (Guest, 2013, p. 4). Não há uma incompatibilidade de fazer filosofia e praticar o dado objeto dela: como Dworkin já disse, a doutrina é o *prólogo silencioso* de qualquer veredito.

Ainda que parecendo ser um teórico avesso a discussões abstratas (e o próprio Dworkin afirmou que não era muito bom em pensamento abstrato), Dworkin examinava casos concretos, reconduzindo-os a um nível abstrato de questionamento. A sua preocupação com a prática, porém, com uma necessidade de disputar argumentos que melhor relataria a prática jurídica, isto é, que melhor conceituaria o seu objeto, o direito, fez com que ele se inclinasse para uma caracterização do direito como uma “atitude argumentativa” mais do que um “modelo de regras”, da maneira de Hart (*idem*, p. 5).

Para Dworkin, seria no âmbito da argumentação jurídica que a mais consistente, coerente e avançada sistematização do argumento moral existente tomaria lugar: por isso o direito retrocede de casos concretos para a abstração conceitual, enquanto a filosofia moral faria o oposto (*ibidem*). Assim, não há nada que *epistemologicamente* impeça Dworkin de assim fazê-lo. Guest afirma que teóricos que o leram e com ele concordaram, compreenderam seu ponto (*grasp the point*), isto é, entenderam que ao argumento jurídico se acrescenta virtualmente nada se não se exige julgamentos de valor sobre ele (*ibidem*).

Na verdade, não se entende como pode alguém oferecer “teoria do direito”, sem fazer que ela ajude na preparação dos argumentos que disputarão a definição de um direito. Guest pensa, por exemplo, nas críticas a Dworkin vindas de Oxford, onde Raz e seus discípulos tomam a “filosofia do direito” como uma matéria não-normativa, não-sociológica e “conceitual”, com a (pretensa) virtude de ser “desinteressada” no sentido de não pretender ter impacto sobre casos existentes. Tais críticas, segundo Guest, são menos que inefetivas: elas nem podem ser dirigidas contra Dworkin porque os *propósitos* nem são os mesmos. Essa deliberada falta de interesse suscita a dúvida, para Guest, sobre a sobrevivência do positivismo jurídico dessa maneira a mais uma geração (*idem*, p. 7).

Falando sobre uma possível busca de influências de Dworkin, já que tão oposto à tradição da qual ele também participou, Oxford, e cujos escritos pouco referem ao que alguém já tenha escrito⁸¹, Guest afirma que isso é inútil (*idem*, p. 17). A argumentação de Dworkin tem uma amplitude, e o mesmo grau de profundidade, que abarca diversas áreas de conhecimento, como a filosofia, a ética, a arte, a economia e a lógica (*idem*, p. 18), e isso pode causar uma incompreensão sobre o que ele queria propor realmente. Sua argumentação deve ser compreendida à luz do *explícito* interesse de Dworkin na justificação moral do direito e em questões de filosofia política (como as desenvolvidas no livro “*A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*”). Dworkin não vê

⁸¹ À exceção daqueles cujas ideias ele enfrenta, obviamente, como Hart. Mas não encontramos muito algo do tipo: “segundo Hart...”.

sentido na justificação de alguma ação imposta em nome do direito sem que essa ação não encontre uma correspondente justificação moral (“*What is the point, ... of justifying action in the name of law unless that action has also a moral justification?*”, Guest, *idem*, p. 19).

É uma atitude argumentativa, advinda da preocupação comum com os limites do uso da força em nome do direito, que é a marca da teoria de Dworkin. Guest diz que a sua ideia de interpretação, desenvolvida tardiamente em sua obra “*Law’s empire*”, clarifica quais eram suas ideias em torno alguns termos, como “discricionariedade” e “casos difíceis” (*hard cases*). Um e outro miravam deficiências do positivismo: sempre o juiz está vinculado ao direito, porque sempre ele tem que ajustar (*fit*) sua interpretação ao direito posto, e um princípio pode definir um direito, ainda quando falte ao caso uma regra já disposta que o identifique (*idem*, p. 20).

O fato de o direito, nos moldes do positivismo (considerada sua feição convencionalista), não ter uma definição do direito do caso concreto (e isso a própria linguagem comprova⁸²), e ainda sim o juiz estar vinculado a algum padrão (um critério de identificação), haja vista a imposição da força sobre um indivíduo, que se *sustente* moralmente, são preocupações em torno das quais o

⁸² Wilfrid Waluchow, no último e mais contraintuitivo capítulo de seu livro já referido, sob o título “*Morals and the meaning of laws*”, vai defender algo como o necessário reconhecimento de que a linguagem jurídica (e pensaríamos se não a linguagem em si, como se fosse uma impossibilidade lógica nos afastarmos de uma dimensão da vida, como é a dimensão normativa), ainda naqueles casos fáceis (chamados por ele de “*plain meaning cases*”), necessariamente apela a outros padrões normativos na sua função de suprir de significados os termos em que acontece a comunicação que ela possibilita. Diz ele: “*Definitions are neither immutable nor absolutely authoritative, except perhaps in highly formalized language such as Euclidean geometry which deal with abstract or ideal objects and notions*” (Waluchow, 1994, p. 241), querendo dizer que não é incontroverso que mesmo um caso fácil, ao qual o fato subsumiria ao núcleo (*core*) do significado de uma regra, dispense um apelo a outros padrões que supra aquele que parte da regra, o juiz, de significados. Porque nenhuma definição independe de *tempo* e *espaço*, pelo menos, a não ser proposições matemáticas.

Devo neste momento pontuar que qualquer citação desse capítulo pode deturpar sua compreensão. Esse capítulo seria o “outro lado da moeda” de toda sua preocupação em defender uma versão *inclusivista* do positivismo. Se Waluchow pretende defender uma versão do positivismo que acomode as críticas de Dworkin e de Raz durante todo o livro, inclusive defendendo que a moralidade pode ter um papel na definição do direito válido, no último capítulo, Waluchow indaga: mas a moralidade *pode ter* mesmo esse papel? Após defender que a moralidade desempenha um papel, no último capítulo isto é colocado sob deliberação. Waluchow, genialmente, desenvolve sua argumentação contra aquilo que poderia ser uma postulação: que a moralidade desempenha algum papel na definição do direito válido. Levando em conta sua tentativa de permanecer dentro de um esquema “positivista”, tal questão é intrigante.

positivismo não disputa nada com Dworkin. Muito ao contrário, ele acomoda algumas de suas críticas dentro de sua estrutura metodológica, mas ainda assim não se percebe como incumbido de tomar partido na definição de um direito. O positivismo percebe a controvérsia, por exemplo, a insuficiência de algum padrão jurídico existente, mas não toma partido sobre a correta decisão no caso, ainda que reconhecendo existir uma *argumentação* inultrapassável para a definição de um *direito*. É a esta argumentação que Dworkin volta sua atenção. Se a disputa argumentativa em torno da definição do direito acontece naquele “*plateau*”, no qual temos um forte consenso (um paradigma⁸³) em torno daquilo que identificamos como direito, então o direito tem que ser abordado através de uma atitude argumentativa. Se existem situações em que nós reconhecemos que existe uma regra jurídica válida (e aí o paradigma aceito de que “regras válidas devem ser aplicadas”) que não totalmente oriente a ação num caso concreto⁸⁴, isto é, quando o caso não é subsumido àquele paradigma, então uma abordagem interpretativa poderá dar conta de explicar o que acontece, e não somente aceitar um apelo a um poder quase arbitrário do juiz.

⁸³ “*Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância*” (Dworkin, 2014, p. 110).

⁸⁴ Foi essa a distinção que perceberam os juízes do famoso caso *Riggs v. Palmer* (de uma corte de apelação estadual norteamericana, de 1889): entre se uma regra se aplica e se um caso se subsume ao núcleo de significado já estabelecido de um termo geral usado para expressar aquela regra (Waluchow, 1994, p. 247).

CONCLUSÃO

É interessante trilhar todo esse caminho para compreender melhor os propósitos de Dworkin, principalmente para *avaliar* se eles fazem sentido em explicar isso que obedecemos, o direito. Quando damos um passo atrás e encaramos uma teoria em perspectiva, nós nos tornamos mais conscientes de possibilidades teóricas. Por que isso é necessário? Pelo menos para entendermos como alguma coisa pode ser mandatária, pode ter autoridade, e em que termos isso pode ser imposto. O positivismo ainda tem fôlego enquanto uma proposta preocupada com o estudo do direito, muito embora com muitas lacunas quanto à efetividade (vamos dizer efetividade mesmo, para evitar discussões sobre acertos e erros em teorias) da sua abordagem para alguma solução prática *segura*. Realmente, tem muita importância (metodológica, principalmente) o trabalho de identificar o que é um comportamento governado (*rule-governed behavior*) por uma regra⁸⁵. Mas isso não explica o que é o direito, completamente, ou, quando menos, não nos arma de capacidade necessária para realmente compreender uma prática que deve fazer sentido.

Um esclarecimento como o que tentei fazer, um distanciamento e um olhar em perspectiva, também contribui para um melhor entendimento da ideia de *interpretação* de Dworkin, ideia importante que, mesmo tendo sido desenvolvida depois de algumas de suas ideias já terem se tornado conhecidas, na verdade, está presente desde suas primeiras discussões sobre os padrões normativos do direito (regra/princípio) ou sobre a definição do direito nos chamados “*hard cases*” (Guest, 2013, p. 66). Um esclarecimento como o feito, uma trilha aberta no positivismo a partir de algum conhecimento e aceitação das ideias de Dworkin, pelo menos contribui para o melhor entendimento e crítica daquilo que chamamos direito, cuja obediência nos é invocada sob coerção.

Mas ainda cabe alguma dimensão descritiva, então, na teoria do direito? Dworkin *não dispensa* a diferença entre descrição e normatividade (a forma pela

⁸⁵ Stephen Guest, em 2013, chega a sugerir que o positivismo da tradição de Oxford, enquanto teoria do direito, não vai sobreviver a uma geração ou duas mais, nessa sua despreocupação ascética do que é a prática do direito (Guest, 2013, p. 7).

qual indicamos que estamos deliberando sobre o que fazer, relativamente a certos padrões já estabelecidos). Só que para ele, alguns conceitos somente podem ser compreendidos interpretativamente, porque eles são avaliativos (*evaluative*), isto é, eles têm sentido somente sob um enfoque normativo (como já colocado, a questão correta de Philip Soper: *o que é o direito, que eu devo obedecê-lo?*). E a maneira mais rápida de compreendê-los é se atentar ao seu *point* (*ibidem*). Qual o sentido de se descrever uma regra de cortesia que a prática indica existir, sem compreender que ela, a prática, supõe um *point*, no caso algo como relacionado à educação, e então que sua melhor concepção decorre da disputa de argumentos normativos em torno da correta atitude a tomar à vista desse seu *point* num caso concreto?

Porém, ainda esses conceitos são acessados a partir de uma descrição que substancia um consenso mínimo em torno de seu significado, e isto é o dado *pré-interpretativo* (em relação a uma regra, um consenso razoável sobre seu conteúdo). E Dworkin aceita que, mesmo esse dado pré-interpretativo, um paradigma, é ele mesmo sujeito à interpretação. Então, a distinção entre descrição e interpretação é somente uma função de grau aceitação: quanto menos controverso, mais descritivo é o conceito (*idem*, p. 67).

Mas um consenso em torno de um conceito é somente uma coincidência de pontos de vista, cada um tendo uma justificação diferente. Guest diz que o consenso em torno do que é o direito é *mais resultado* de pontos de vista diferentes, do que um ponto *de partida* para eles (*ibidem*). Paradigmas têm *point* porque eles se constituíam naquele estável “*plateau*”, a partir de onde faria sentido uma disputa de argumentos normativos relativos a eles (*ibidem*). Nas palavras de Dworkin, “*paradigms anchor interpretation*” (Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *apud* Guest, *ibidem*). O estágio pré-interpretativo constituiria a estrutura formal contra a qual julgamentos interpretativos substantivos devem ser (*must*) feitos (*idem*, p. 71).

Por exemplo: numa comunidade tem uma regra de cortesia segundo a qual os homens devem reverenciar com a cabeça uma mulher ao cruzar com uma. Este o dado pré-interpretativo, porque é algo dado, empiricamente

observável. A partir de quando acordamos que o *point* dessa regra de cortesia tem alguma coisa a ver com a reverência para com o sexo que é capaz de dar à luz outros indivíduos, logo podemos disputar: tal regra é válida ainda para uma lésbica⁸⁶? Se o *point* dessa regra tiver a ver com algum respeito ao sexo mais frágil, uma mulher que estivesse fazendo algum trabalho masculino seria sujeito daquela regra? (*idem*, p. 70)

Somente referiremos que Dworkin concebe a interpretação como uma atividade que supõe (*assume*) que deve colocar o objeto interpretado sob sua melhor luz (a sua famosa metáfora): seu *point* deve aspirar a pretender dar *todo* o sentido à prática (situação não observável ao excluirmos uma mulher da regra social da reverência em decorrência de uma situação contingente como o fato de ela se relacionar com outra pessoa do mesmo sexo, e, ao final, fazendo inclusive depender a existência da regra da mais inaudível intenção com que *qualquer* mulher possa praticar o ato sexual com um homem: porque é uma possibilidade ela nunca querer procriar⁸⁷). Esta a sua ideia da “interpretação construtiva”. Colocar o objeto abordado na sua melhor luz, seja na interpretação conversacional (nossa comunicação diária) através do princípio da caridade, seja na interpretação científica e a avaliação quase pressuposta de que a construção do conhecimento deve levar em conta valores como simplicidade, elegância e algum critério a partir do qual a teoria possa ser testada (*idem*, p. 73)⁸⁸.

⁸⁶ O exemplo é de Guest e não precisa de nenhuma explicação para a sua pertinência para a argumentação, como ficará claro.

⁸⁷ Este exemplo mostra como a colocação do *point* como o melhor que ele pode ser para fazer o melhor sentido da prática interpretada é importante.

⁸⁸ Essa é uma conclusão a que chega Dworkin após distinguir três situações de conhecimento: a interpretação que ele chama de “conversacional”, que é aquela que pretende compreender o que o falante discursa; a científica, cujo objeto é uma coisa dada, aí no mundo; e a interpretação artística. Dworkin diz que a especificidade da interpretação artística é que ela supõe que se *atribua* um propósito ou objetivo àquela expressão (Guest, 2013, p. 72). Do contrário, não poderíamos nem considerá-la expressão de alguma coisa, ela seria alguma coisa aí no mundo, nem dela – *arte* – poderíamos falar como alguma coisa diferente de uma *árvore*, por exemplo. A interpretação de uma prática social seria da forma artística, a que ele chama “criativa”: “*A participant interpreting a social practice ... proposes values for the practice by describing some scheme of interests or goals or principles the practice can be taken to serve or express or exemplify*” (Dworkin, *Law’s empire*, apud Guest, *ibidem*, p. 72). No entanto, ainda essas outras interpretações consideram ser importante a consideração do seu objeto, pelo menos o melhor que ele possa ser, mesmo como objeto somente. Daí que os princípios da caridade e os critérios de clareza, simplicidade e critérios de avaliação (*verifiability*) que devem servir de padrões sobre os quais uma (boa) teoria científica deve ser concebida, colocam seus objetos na sua melhor luz (*ibidem*).

E o direito é a prática a ser abordada por essa forma, a partir de um dado pré-interpretativo com o qual é razoável supor que todos estamos de acordo: que o direito é alguma coisa que deve justificar o emprego da força. E que outra justificativa, que não a moral, é relevante para franquear a força contra um indivíduo? É verdade que um anarquista pode opor um ponto de vista a esse consenso, haja vista a pressuposição de alguma coisa como o estado, cuja existência deve estar em deliberação. Mas, mesmo o anarquista, presumivelmente, pensa que há valor moral na anarquia. Então, tanto a justificação do emprego da força institucionalizada, quanto uma justificação de da ausência de força, pressupõem avaliações morais. Ainda o anarquista, portanto, deve colocar seu ponto de vista sob sua melhor luz (*ibidem*).

Pensamos que para Dworkin, e acreditamos ser esta a grande virtude do seu pensamento, o direito deve ser uma constante disputa do melhor argumento moral, da mais sofisticada solução ao eterno problema: o que devemos uns aos outros, à vista da humanidade igual que nos caracteriza (como uma descrição no estilo de Hart), no mínimo, subtrai a extensão do território do direito, no qual se pode apelar à força a imposição de um curso de ação contra a vontade do indivíduo. O que devemos uns aos outros é o território-livre do direito, *por ele* garantido! Alguma medida mínima de respeito da condição humana, parece um ponto de onde qualquer justificação de uma invocação de obediência em nome

Precisamos esclarecer aqui que a interpretação é um domínio do conhecimento, ao lado das ciências, da qual se distingue em razão do uso de uma linguagem comum, a linguagem da *intenção* e do *propósito*, que toma parte quando falamos do *significado* de alguma coisa (*idem*, p. 65): o que significa *fé*, por exemplo, supõe um mínimo de atribuição de propósito para a sua concepção se acreditarmos que isso seja alguma coisa aí no mundo, mesmo para um *agnóstico*, que não pode ignorar essa expressão da existência humana. De propósito escolhi a palavra, porque ainda que acreditemos que tal questão, o significado da fé, não esteja sequer à disposição do discurso, porque o testemunho da fé é algo autorreferente, ainda para concluirmos por essa impossibilidade necessitamos de uma linguagem (discurso) sobre o que a diferencia de alguma coisa, no mínimo. Num ensaio formidável, sempre testando limites de discursos, o aluno brasileiro de Martin Heidegger, Emmanuel Carneiro Leão, afirma que “*pois o próprio da Fé é esquivar-se à meditação do Pensamento e subtrair-se à apreensão do Conhecimento*”, para, em seguida, ser capaz de, dentro de um discurso, numa linguagem quase poética ao melhor modo de seu mestre, possibilitar o discurso que a *desconsidere*: “*O modo próprio de se estar na Fé não é apenas uma forma e um modo de ser da existência, ao lado de outros modos e de muitas outras formas. O testemunho, que de si mesma dá a Fé, pertence à própria Fé. Neste testemunho, a maneira de se estar na crença não provém de uma simples escolha nem resulta do esforço de uma conquista. É um dom da própria Fé. A Fé do cristão é graça e não preferência*” (Leão, 1992, p. 16).

daquilo que chamamos *direito* deve partir. A igualdade parece ser o *point* da prática do direito, se isso é alguma coisa que tem a ver com a imposição da força institucionalizada. E, a partir daí, o *obstáculo* eterno que uma pessoa significa: estamos bem justificando o direito a partir da medida mínima de respeito à condição humana do outro. Chamar homem de mulher é a questão menos importante: quanto do nosso respeito essa pessoa merece, é só o que sempre se disputa, à vista do acordo de que, porque detemos a mesma condição, a igualdade impõe um mínimo de consideração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Marcelo. *John Austin*, in Dicionário de filosofia do direito, coordenação de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BIX, Brian. *Questões na interpretação jurídica*, in Direito e interpretação. Ensaios de filosofia do direito. Editado por Andrei Marmor. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

ENDICOTT, Timothy A. O. *Herbert Hart and the Semantic Sting*, in Hart's Postscript. Essays on the Postscript to 'The concept of law'. Edited by Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2005.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* (apresentação de Ronaldo Porto Macedo Júnior). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (tradução da segunda edição de 1997)

_____. *Ronald Dworkin* (third edition). Stanford: Stanford University Press, 2013.

HART, H. L. A. *The concept of law* (second edition with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz). Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. *Law, liberty and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

HIMMA, Kenneth Einar. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy, Jules L. Coleman & Scott Shapiro, eds., Oxford: Oxford University Press, 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=928098>

LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Aprendendo a pensar*. Vol. I. 5 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

_____. *Aprendendo a pensar*. Vol. II. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

MAcCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Tradução da segunda edição de 2008)

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei. *A natureza do direito* (2011). Tradução de Lucas Miotto para a *Revista Direito Estado e Sociedade* do Departamento de Direito da PUC-RJ, n. 42 (jan/jun de 2013). Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/136/126>

MARTINS, Aloysio Augusto Paz de Lima. *Jeremy Bentham*, in *Dicionário de filosofia do direito*, coordenação de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MOORE, Michael S. *Interpretando a interpretação*, in *Direito e interpretação*. Ensaios de filosofia do direito. Editado por Andrei Marmor. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERRY, Stephen R. *Hart's Methodological Positivism*. *Legal Theory*, 4, 1998, pp 427-467. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2133&context=faculty_scholarship (também publicado em *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to 'The concept of law'*. Edited by Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2005).

_____. *Interpretação e metodologia na teoria jurídica*, in *Direito e interpretação*. Ensaios de filosofia do direito. Editado por Andrei Marmor. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (texto original de 1995)

_____. *Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View* (2006). Faculty Scholarship. Paper 1107. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1107

SHAPIRO, Scott J. *On Hart's way out*, in *Hart's Postscript*. Essays on the Postscript to 'The concept of law'. Edited by Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *What is the Internal Point of View?* (2006). Faculty Scholarship Series. 1336 (2006). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1336

_____. *The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed*. University of Michigan Law School, Public law and legal theory working paper series, n. 77 (2007). Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf

ZIPURSKY, Benjamin C. *The model of social facts*, in *Hart's Postscript*. Essays on the Postscript to 'The concept of law'. Edited by Jules Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.