

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

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

Diretoria – CONPEDI

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

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

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

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

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

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

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

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

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

Eventos:

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

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

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

Comunicação:

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

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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Filosofia do direito e cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-858-5

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

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O GT Filosofia do Direito e Cátedra Luis Alberto Warat foi desenvolvido com toda a sua plenitude no dia 14 de novembro de 2019, durante a comemoração dos 30 anos do Conpedi.

O Conpedi sempre estimulou o debate e a pesquisa sobre a Filosofia do Direito, permitindo a discussão de temáticas fundamentais para a observação do Direito, desde a releitura de autores clássicos, até temáticas extremamente atuais.

Nesse sentido, foram apresentados e debatidos os seguintes assuntos:

1. Ricardo Falbo. O artigo analisa o conceito de pessoa com base no pensamento de Derrida, tomando como ponto de partida, a análise do conceito de pessoa humana universalizável, usando como pano de fundo as pessoas autistas.
2. Carina Deolinda. O conceito de democratização em Warat e o de cidadania.
3. Alexandre Ribeiro. O autor traça uma linha teórica que examina o positivismo jurídico, a partir do positivismo filosófico de Comte.
4. Robson heleno. Comenta o pensamento de Finnis sobre o trabalho escravo. Diálogo com Kant para analisar a violação a dignidade do trabalhador.
5. Amanda Lowenhapt. Tratou da temática “Irmãos concebidos ilegalmente serão enviados para hibernação?”
6. Larissa. Pensamento utilitarista. A ideia de solidariedade em Mill enfocando o benefício previdenciário.
7. Ridivan. Agabem e refugiados como uma forma de exclusão de espaço normativo.
8. Felipe. Crítica a Hart no debate conceitual e normativo.
9. Tarcísio Meneghetti. Transnacionalidade e reconhecimento do outro.

10. Vitor Hugo. O conceito de direito em Marx. O direito como criação capitalista.

11. Lisiane Junges , Matheus Felipe De Castro. Analisaram a segurança/insegurança contratual.

Em resumo, o GT produziu, fiel a memória de Warat, um novo olhar sobre a Filosofia do Direito.

Jean Carlos Dias – CESUPA

Leonel Severo Rocha- Unisinos-Uri

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

POR UMA TEORIA DO DIREITO ALÉM DA ANÁLISE CONCEITUAL: O PROBLEMA DA NORMATIVIDADE NO DEBATE HART-DWORKIN

JURISPRUDENCE AND CONCEPTUAL ANALYSIS: THE PROBLEM OF NORMATIVITY IN THE DEBATE HART-DWORKIN

Saulo Monteiro Martinho de Matos ¹
Filipe Augusto Oliveira Rodrigues ²

Resumo

Neste artigo, o objetivo é demonstrar como o aspecto normativo da teoria do direito estava presente no positivismo clássico e que essa perspectiva normativa foi perdida por H. L. A. Hart, retornando em Ronald Dworkin. Em primeiro lugar, defende-se que, em Bentham e Austin, o motivo para a análise conceitual era normativo. Em segundo lugar é exposta a teoria de Hart, frisando a análise conceitual e a não valorização de elementos como a crítica na teoria do direito. O último passo é demonstrar como Dworkin propõe unir normatividade com análise conceitual, defendendo tanto os valores morais, quanto os conceituais.

Palavras-chave: Teoria do direito, Ronald dworkin, Interpretativismo, Análise conceitual, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to demonstrate how the normative aspect of the theory of law was present in classical positivism and lost by H. L. A. Hart, returning in Ronald Dworkin. First, it argues that in Bentham and Austin the motive for conceptual analysis was primarily normative. Secondly, Hart's theory is exposed, emphasizing the conceptual analysis and quasi absence of elements such as criticism in the theory of law. The last step is to demonstrate how Dworkin proposes to balance normativity and conceptual analysis, defending both moral and conceptual values.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal theory, Ronald dworkin, Interpretativism, Conceptual analysis, Positivism

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará. Membro permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPA.

² Discente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

1. INTRODUÇÃO

Um médico não precisa responder antes “o que é a medicina” para em seguida poder aprender como salvar uma vida, ou como realizar uma cirurgia. Da mesma forma, um químico que trabalha em uma indústria, não precisa saber “o que é a química” para poder estudar as reações químicas que ocorrem na produção e que ele precisa fiscalizar. Entretanto, no direito, tais divergências tomaram um papel central no debate teórico sobre o mesmo.¹

Além dessa dificuldade, as pessoas trazem inúmeras imagens tradicionais do que o direito é, que podem vir mais a atrapalhar do que entregar respostas úteis para um primeiro contato. O que dizer daqueles que acreditam que o ponto central do direito é a análise de diplomas legislativos – mesmo que este seja, de fato, uma das coisas que consumirá mais tempo. Mesmo para aqueles inseridos na prática, o direito ainda traz dificuldades de entendimento que precisam ser enfrentadas ou ignoradas ao custo do prejuízo natural de entendimento que acontecerá durante a carreira destes sujeitos. O direito é apenas uma arma dos poderosos? É algo que as famílias ricas utilizam para garantir seus interesses? É um meio para justiça social? Todos esses questionamentos são possíveis acerca do direito.

Na mesma lógica e dificuldade de responder o que é o direito, a teoria analítica do direito, também apresenta outras dificuldades com relação à resolução do mesmo problema. Para fins deste estudo, teoria analítica do direito consiste em uma tradição de debate específico, que remonta, sobretudo, aos escritos de Bentham e Austin.² Assim, a teoria do direito em sua forma analítica é uma especificação dentro do debate mundial. A chamada “jurisprudence” é a forma de se fazer teoria do direito que é utilizada predominantemente nos países anglo-saxões e que há certo tempo também começou a se espalhar por diversos países, inclusive aqueles com uma tradição de civil law, como o Brasil. Para fins deste estudo, pensamento analítico do direito deve ser compreendido como todo modelo que justifica proposições jurídicas válidas com apelo, exclusivamente, a fatos sociais descritivos ou a outro artifício descritivo. Ao mesmo tempo, compreendemos que o pensamento analítico também inclui teorias valorativas do direito, como, e.g., a de Dworkin (ELEFTHERIADIS, 2011).

O que torna a teoria do direito analítica diferente de outras formas de se analisar o direito? Essa questão em si já gera um debate. A finalidade e os elementos que uma teoria do direito busca explicar são considerados os mais diversos por diferentes autores. Kenneth Himma, tentar dar um conceito mais amplo, que possa delimitar a teoria do direito analítica.

¹ Para uma visão ampla sobre o tema, ver: PFORDTEN, 2018, pp. 27–98.

² Ver: POSTEMA, 2011.

Para Himma (2001), a teoria do direito analítica busca prover as condições necessárias e suficientes para a existência do direito de forma a distinguir o que é direito do que não é direito. Existem outras divisões, Ronald Dworkin (2010), por exemplo, considera que a teoria do direito tem diversas outras funções, que vamos ver no tópico 3. A própria resposta à pergunta “o que é a teoria do direito?”, muitas vezes já envolve proposições normativas de cada teoria. Não é por outro motivo, que Julie Dickson (2001), em sua obra “Evaluation and Legal Theory”, se preocupa em debater a possibilidade de se poder realizar um debate meta-metodológico na teoria do direito.

A forma que consideramos mais interessante de responder à pergunta “o que é a teoria do direito?” e que consegue agrupar o maior número de propostas sobre o que é a teoria do direito, é o conceito exposto por Brian Bix (2006). Segundo Bix, a teoria do direito analítica busca responder a questão “o que é o direito?”. Brian Bix (2006) entende ser essa pergunta notoriamente problemática. Além disso, essa resposta é ampla e ao mesmo tempo traz a ameaça de não responder a nada, de tão aberta que é, entretanto, mesmo considerando também a crítica de John Finnis, de que precisamos escolher os casos centrais de um elemento para poder descrevê-lo e que muitas vezes a abertura para o maior número de casos pode gerar um mínimo comum tão mínimo que não tenha nada a dizer (FINNIS, 2011). Mesmo assim, a utilização de um conceito aberto nos permitirá, no caso da teoria do direito, ver muitos problemas que foram negados pelo positivismo jurídico e pela sua restrição acerca de que forma a teoria do direito deve ser feita.

Partindo do nosso conceito amplo, a teoria do direito contemporânea, no seu formato anglo-saxão, apresenta diversas formas de responder como se deve entender o que é o direito. Podemos estabelecer, segundo Bix (2006), três posições principais para entender as teorias e suas teses. Essas posições são: teorias puramente descritivas, teorias analíticas ou conceituais e as teorias e teorias entre a prescrição e a descrição.

As teorias puramente descritivas buscam descobrir qual a solução em uma situação sem levar em conta valores, sejam morais ou de outras formas (BIX, 2006). Como Bix afirma, elas podem inclusive não ser “teorias jurídicas”, como por exemplo, as teorias sociológicas, antropológicas, psicológicas, entre outras. As teorias analíticas, ou conceituais, estão preocupadas em tentar produzir informações verdadeiras sobre o direito como um todo (BIX, 2006). Logo, elas não são focadas apenas em um país, ou em um direito específico que pode ser maior que o de um país, como o europeu. É importante esclarecer que quando falamos anteriormente sobre teoria do direito analítica, o uso do termo é diferente do apresentado aqui. O uso anterior do termo é focado no debate analítico, no sentido, do contexto de produção do

conhecimento e do debate e não, pela proposição conceitual analítica apresentada aqui. Um bom exemplo é a teoria de Brian Leiter (2007). O autor é contra a análise conceitual, mas nunca poderia ser deixado de fora dos autores analíticos, visto que, o próprio Quine, que é uma de suas inspirações, é considerado um dos principais autores da chamada filosofia analítica. Por fim, existem as teorias que não são descritivas e nem prescritivas, que acreditam não existir essa divisão. A principal teoria e a que vamos utilizar neste artigo, é a teoria de Ronald Dworkin.

Neste artigo, o objetivo é demonstrar como a teoria do direito contemporânea anglo-saxã se originou de uma consideração da importância tanto do seu aspecto descritivo quanto do aspecto normativo e que tal elemento, de aceitar a importância do aspecto normativo, se perdeu na teoria de H. L. A. Hart e apenas veio a retornar ao enfoque após as críticas de Ronald Dworkin às teorias positivistas.

No primeiro tópico, o enfoque será em demonstrar essa origem da teoria do direito com as proposições de Jeremy Bentham e John Austin. Jeremy Bentham é considerado um dos criadores do positivismo jurídico e do utilitarismo. John Austin era teórico do direito diretamente influenciado pelo utilitarismo. Os dois autores ingleses tiveram grande importância e ajudaram a formatar o cenário da teoria do direito prévia a Hart. Dworkin (2011), inclusive, acredita que entender a teoria dominante perpassa por dois eixos, sendo o primeiro deles, o eixo normativo, a teoria do utilitarismo. Entretanto, iremos focar mais neste texto o aspecto descritivo, sem esquecer o normativo.

No segundo tópico, buscaremos demonstrar a proposta de Hart para a teoria do direito por meio de uma análise de sua concentração na questão da validade e a redução no enfoque não descritivo da teoria do direito. Herbert Lionel Adolphus Hart é responsável pela primeira grande transformação da teoria do direito do século XX no contexto analítico e o marco temporal e teórico que se tornou para o estudo da área. Enfocar a validade nos permitirá analisar os limites da teoria descritiva ou a falta deles ao mesmo tempo que refletimos sobre aspectos que foram retirados de forma volitiva da teoria pelo próprio Hart na sua demarcação do projeto de sua pesquisa.

Por fim, no terceiro tópico, buscaremos expor a proposta de alteração feita pela teoria de Ronald Dworkin. O autor busca quebrar o enfoque na validade, ou pelo menos o enfoque tradicional que é feito a ela, que é fruto do positivismo jurídico. Seu objetivo é permitir um debate normativo, que não se limite a descrever o direito e desta forma traga para o debate a relação entre o direito e a moral por meio de um conceito amplo de teoria do direito em comparação com o proposto pelo positivismo jurídico e que podemos utilizar como uma ferramenta de análise do direito.

2. AS ORIGENS DA TEORIA DO DIREITO ANALÍTICA CONTEMPORÂNEA

Um dos propositores de um retorno ao aspecto normativo das teorias de Jeremy Bentham e John Austin foi Frederick Schauer. Para Schauer (2009), o enfoque nesse aspecto foi perdido e o enfoque na teoria de Hart tornou mais fácil o esquecimento das mesmas. Logicamente, outros autores também se preocuparam com um maior estudo desses autores, Hart inclusive escreveu obras e organizou um manuscrito de Bentham que estava perdido e sem publicação. Entretanto, Schauer (2009) consegue demonstrar bem o aspecto crítico do retorno à normatividade que essas teorias trazem para o debate contemporâneo, que será importante para nós, mesmo que o seu objetivo fosse demonstrar como o positivismo não necessariamente está vinculado à separação entre o direito e a moral.

Jeremy Bentham e John Austin são dois autores que seriam considerados hoje, positivistas. Mesmo que o termo “positivista” não seja tão antigo e tenha surgido apenas no século XX, tanto Bentham, quanto Austin, defendiam três posições positivistas (SCHAUER, 2009). A primeira posição é a do positivismo conceitual. Os defensores dessa tese, entendem que a moral não é parte ou não é, necessariamente, parte do conceito de direito (SCHAUER, 2009). A segunda posição é a do positivismo normativo. Para os autores dessa posição, a separação conceitual entre o direito e a moral é uma questão de escolha de um conceito de direito que tem tal elemento (SCHAUER, 2009). A terceira posição é a do positivismo decisório. Para aqueles que defende tal posição, que também é chamada de formalismo, a questão é acerca do design das instituições jurídicas e dos procedimentos jurídicos de decisão (SCHAUER, 2009). Portanto, na terceira posição, existem dois elementos, um normativo, que busca garantir que o design dos sistemas jurídicos deve ser feito de forma a reduzir a discricionariedade dos juízes e outro descritivo, que proporciona um método para se poder analisar os sistemas jurídicos atuais (SCHAUER, 2009).

Se Bentham e Austin aceitam as três posições citadas, como a separação entre o direito e a moral se relaciona com os seus aspectos mais normativos? Bentham acreditava que o direito e a moral realmente estavam separados, eram domínios distintos do pensamento (SCHAUER, 2009). Entretanto, a grande diferença e que muitas vezes é ignorada pelos positivistas contemporâneos é a de que a análise proposta pelos dois autores não era desinteressada, ela tinha um motivo, que era facilitar a reforma do direito (SCHAUER, 2009). Para Bentham, portanto, existia um forte aspecto normativo, um objetivo que deveria ser buscado e que devemos mirar para tornar o direito melhor do que ele é. Não é por outro motivo, que devido o

conservadorismo inglês, Bentham precisasse defender que o direito e a moral fossem separados. Caso o direito e a moral fossem unidos, o direito com elementos religiosos e de superioridade dos lordes ingleses ainda poderia ser defendido. Em questão de hierarquia, portanto, as posições normativas de Bentham não eram inferiores às proposições conceituais. Austin também defendia tal posição, mesmo que interpretações de sua obra, como a feita por Thomas Erskine Holland, tenham retirado de sua teoria, diversos aspectos normativos que eram defendidos por ele (SCHAUER, 2009).

Outro ponto central, que é necessário entender nas origens do debate da teoria do direito, é a importância do positivismo decisório, como é chamado por Schauer, nas duas teorias. Tanto Jeremy Bentham quanto John Austin defendiam uma redução da discricionariedade do judiciário (SCHAUER, 2009). Seja por meio do aumento da codificação, seja por meio da forma com a mesma era escrita, os dois autores buscavam que a redução do poder dos juízes, essa redução que não viria por uma questão conceitual, mas, sim, normativa. Posteriormente, o positivismo jurídico nos moldes defendidos por Hart e por diversos autores posteriores como Joseph Raz e Andrei Marmor, viria, cada vez mais, negar esse aspecto do positivismo. A teoria do direito passa então a ter como ponto central o positivismo conceitual.

3. A TEORIA DO DIREITO CONCEITUAL DE H. L. A. HART

O positivismo jurídico não seria o mesmo sem a teoria de Hart. O autor marcou a teoria do direito como um todo e transformou o debate que era feito. Com formação em clássicos e uma ligação maior com a filosofia e a prática jurídica do que com a dogmática, Hart propôs uma reformulação da teoria do direito e relacionou de uma forma muito mais clara a filosofia e o direito. Durante sua carreira, participou de três grandes debates, os dois principais sendo o debate com Lon Fuller e o com Ronald Dworkin. Acerca da concepção de teoria do direito de Hart, o debate mais importante é com Ronald Dworkin.

Nesse sentido, O que conhecemos como *jurisprudence* hoje é resultado, sobretudo, da genialidade de Herbert Hart na segunda metade do século XX. Tal genialidade não está propriamente em mudança na forma de fazer teoria do direito. Qualquer um que já leu John Austin conclui com facilidade que a ideia de analisar o modo como os juristas utilizam os termos jurídicos já faz parte da tradição da teoria analítica do direito. Ao contrário do que o próprio Hart, por vezes, parece reconhecer, a sua importância maior está na mudança do que se discutia no século XIX em teoria do direito. Conforme aponta Postema (2011), os livros de *jurisprudence* no século XIX se assemelhavam ao que os alemães chamam de *Allgemeine*

Rechtslehre, a dizer, um debate sobre conceitos fundamentais da ciência do direito, a fim de delimitar a cientificidade do direito em contraponto às demais ciências humanas. Ao contrário, Hart passa a discutir no âmbito da teoria do direito conceitos como comando, regras, sistema, normatividade etc.

Em “O conceito de direito”, Hart (2011) se preocupa na primeira parte da obra em se afastar e mostrar os erros das teorias que dominavam o contexto da Inglaterra antes dele. Entretanto, o debate acerca da finalidade da teoria do direito, em Hart, começa bem antes em alguns artigos que foram publicados na coletânea “Ensaio sobre teoria do direito e filosofia” (HART, 2010). Dois artigos, principalmente, são importantes para entendermos o seu conceito de teoria do direito, além, é lógico, de “O Conceito de Direito”. O primeiro dos dois artigos é o “Definição e teoria na teoria do direito”. O segundo dos artigos é o famoso “Positivismo e a separação entre o direito e a moral”. Por meio desses dois artigos e da principal obra de Hart, esperamos demonstrar como a sua análise conceitual envolve a imposição de um segundo plano para a teoria normativa e uma posterior redução do escopo da teoria do direito

Como afirmado no seu prefácio de “O Conceito de Direito”, Hart entende que a finalidade da teoria do direito analítica é a clarificação do quadro geral do pensamento jurídico e não se preocupa com a crítica do direito ou então da política legislativa (2011). A outra ferramenta que é utilizada por Hart é a sociologia descritiva, que deve ser entendido nesse caso como o estudo dos significados das palavras (2011), nos moldes do empreendimento da filosofia da linguagem ordinária de Oxford.

No artigo “definição e teoria na teoria do direito”, Hart (2010) também demonstra a importância do estudo do significado das palavras. Entretanto, o principal ponto que nos interessa é a separação da teoria do direito dos outros campos, ou seja, da crítica do direito e da política legislativa. Como o trecho espelha, Hart entendia que a teoria do direito não tinha dois aspectos, como pensado por Bentham e por Austin. Para Hart (2010), a teoria do direito deveria ser separada da moral e isso até poderia envolver preceitos normativos, entretanto, não é esse o motivo que envolve a análise conceitual. Portanto, a separação ganha um enfoque conceitual, que se concentra na finalidade da teoria do direito.

Com tal virada, não se quer deixar entender que Hart deixa de utilizar argumentos como os de Bentham e Austin para demonstrar como o direito e a moral são separados, inclusive, em “positivismo e a separação entre o direito e moral”, faz referência expressa a certos argumentos dos autores (HART, 2010). Entretanto, a fundamentação conceitual ganha a centralidade na

teoria do direito, deixando para a perspectiva normativa um espaço reduzido ou então para outras áreas do direito, mas não para a análise da teoria do direito analítica.

Mesmo após o debate com Ronald Dworkin, Hart (2011) em seu pós-escrito continua mantendo sua proposição e separação da teoria do direito analítica de outras finalidades como a crítica do direito. Hart (2011) defende que o projeto de Dworkin é totalmente diferente e que não atinge o seu projeto de montar uma teoria geral e descritiva. Essa posição, que pode ser considerada como um reducionismo do papel da teoria do direito analítica, cresceu e se estabeleceu como a principal postura na teoria do direito anglo-saxã. Autores como Joseph Raz, Andrei Marmor, John Gardner, Jules Coleman, ajudaram a estabelecer essa forma de teoria do direito como dominante e restringiram o escopo de possibilidades consideradas como teóricas sobre o direito. O que antes poderia ser debatido no espectro normativo da teoria do direito, agora, necessariamente, precisa ser debatido em outras áreas, seja política, seja na teoria moral, mas não, no direito. Não é por outro motivo, que ao buscar conceituar teoria do direito, Julie Dickson (2001) em seu conceito já negue que a teoria de Dworkin possa ser considerada como tal. O debate Hart-Dworkin e as proposições críticas voltadas não apenas para a teoria de Hart, buscam exatamente modificar esse cenário, uma ampliação que se torna necessária para que a teoria do direito volte a se preocupar com questões como as que preocupavam autores como Bentham e Austin.

4. A TEORIA DO DIREITO PARA RONALD DWORKIN

Ampliando os limites e tornando a teoria do direito com uma importância bem maior para a prática jurídica, a teoria do direito para Ronald Dworkin não é apenas preocupada com a validade do direito. Para entendermos de que forma o autor faz isso, é interessante fazer um caminho primeiro de ida e depois voltar a uma publicação mais antiga. Primeiramente, devemos expor como Dworkin acredita que a moral se envolve no direito e como a questão da validade sozinha não consegue responder ao problema, tal qual foi apresentado na obra “O império do direito”, para em seguida, retornar à introdução de “Levando os direitos a sério”, onde ele especifica quais seriam os elementos de uma teoria do direito.

Na obra “O império do direito”, Ronald Dworkin (1986) busca propor uma nova forma de fazer teoria do direito. Diferente de Hart, Dworkin acreditava que a tarefa da teoria do direito não deveria se limitar a apenas descrever o direito. Entretanto, isso não era apenas uma escolha, não poderíamos escolher fazer teoria normativa ou escolher fazer teoria descritiva. Para Dworkin, é impossível fazer teoria descritiva nos termos propostos pelo positivismo. A saída

do direito então, passaria pela aceitação do caráter interpretativo do direito e como solução, a concepção do direito como integridade. Esse é o modelo que Dworkin propõe ao direito e que torna bem mais compreensivo quando ele busca propor tal solução para um setor maior como a teoria moral e ética.

O primeiro passo para o interpretativismo é entender o que é o direito. As divergências jurídicas, segundo Dworkin, não são bem entendidas devido ao positivismo jurídico. A visão do direito como simples fato nos impede de ter uma solução sobre divergências teóricas sobre o direito, pois essa teoria defende que, na verdade, estamos discordando sobre como o direito deve ser e não como ele é (DWORKIN, 1986). A melhor forma de demonstrar esse erro e a necessidade de trazer as divergências teóricas novamente para o direito é dando atenção aos casos difíceis.

Dworkin a fim de demonstrar os erros da visão do direito como simples fato, utiliza do Caso Elmer, do Caso Sra. McLoughlin, do Caso Snail Darter e do Caso Brown. Nesses quatro casos, Dworkin busca expor como uma teoria do direito como simples fato não conseguiria dar uma solução adequada. Para Dworkin, em todos os casos, as divergências não se tratavam de apenas divergências empíricas, mas, sim, jurídicas (1986). As teorias do direito, entretanto, se prendiam em tentar responder o que o direito é, como se apenas existisse uma prática do direito e não, diversas concepções concorrentes. Essa crença seria o chamado agulhão semântico, precisamos afastá-lo entendendo os conceitos interpretativos.

Os conceitos interpretativos, portanto, são essenciais para entender o direito. Para Dworkin, por meio de um experimento mental, em uma comunidade, a atitude interpretativa faria com que os participantes deixassem de interpretar as instituições como se elas simplesmente existissem. Elas passariam a ter um valor, um fundamento, que permite que as pessoas interpretem instituições e ajustem elas a esses valores (DWORKIN, 1986). Dessa forma, cada um dos modelos teóricos é concepção concorrente, que precisa se mostrar melhor com relação a esse valor que funda o conceito interpretativo.

O direito é o fim que Dworkin busca alcançar. Entretanto, para tanto, antes ele busca expor como podemos aplicar sua teoria à cortesia. Seu exemplo parte de uma sociedade que aplicava a cortesia mecanicamente, como se fosse um tabu. Entretanto, posteriormente os envolvidos passaram a ter uma atitude interpretativa que permitiu, inclusive, que tal prática fosse transformada de forma a garantir a finalidade dela. Portanto, para Dworkin (1986) a atitude interpretativa tem três características: atribuir uma finalidade à prática, interpretar a prática por essa finalidade e reformar a prática por essa mesma luz.

É importante também expor que, para Dworkin, existem três tipos de interpretação: científica, conversacional e construtiva. A interpretação científica seria a interpretação de certos dados à luz de teorias, para a construção ou teste de hipóteses de pesquisa. A interpretação conversacional é a interpretação da mensagem de um locutor, buscando entender o que ele disse. Para Dworkin, nenhuma dessas se aplica para as instituições sociais. A saída para entender as instituições sociais é a interpretação construtiva, que busca mostrar o seu objeto à sua melhor luz, buscando também o tornar o melhor exemplar possível do gênero a qual ele pertence. Entretanto, Dworkin também leva em questão que pode surgir a crítica de que a interpretação conversacional é a melhor alternativa para o direito, pois ele precisaria levar em conta a intenção dos legisladores. Para Dworkin (1986), essa crítica ignora que ela própria precisaria de uma interpretação construtiva para ser defendida, o direito seria visto à sua melhor luz quando ele segue o sentido que os criadores dele tinham em sua criação, algo que é quase impossível de se comprovar factualmente e necessita de valores para solucionar. Portanto, a solução para um conceito interpretativo como o direito irá exigir uma interpretação construtiva.

A interpretação construtiva é dividida em três etapas: uma pré-interpretativa, uma interpretativa e outra pós-interpretativa (ou reformadora). A etapa pré-interpretativa é aquela onde o intérprete busca identificar no que consiste o objeto a ser interpretado (DWORKIN, 1986), por exemplo, ao analisar a cortesia, seria o momento onde selecionamos quais práticas são consideradas em ligação com a cortesia. Além disso, precisaríamos separar as normas e precedentes que seriam considerados pertinentes na cortesia, separando, portanto, tanto os atos em si, quanto as normas envolvidas.

A segunda etapa é a interpretativa. Nela, o intérprete busca criar uma justificativa geral e suficiente para os principais elementos da prática que escolhemos na etapa pré-interpretativa (DWORKIN, 1986). Não precisamos justificar todos, porém, é preciso justificar grande parte deles. Essa justificativa (na forma de um princípio) precisa ser capaz também de se aplicar as decisões do passado. (DWORKIN, 1986).

Por fim, a terceira etapa interpretativa, a pós-interpretativa busca uma revisão crítica dos elementos escolhidos, com base na justificativa que foi dada na fase interpretativa. Com isso, podemos então chegar à constatação que alguns elementos de certas práticas devem ser revistos e substituídos ou até mesmo eliminados (DWORKIN, 1986). Além disso, podemos também refazer a análise de decisões do passado, também as criticando (DWORKIN, 1986).

Após as três etapas, entretanto, pode ocorrer de um crítico cético entender que a interpretação não admite respostas corretas ou cria várias respostas que não podem ser separadas e diferenciadas para afirmar qual é a correta (DWORKIN, 1986). A primeira crítica

seria defendida por um cético externo, a segunda seria defendida por um cético interno. Para o cético externo, apenas o que é descritivo e neutro admite resposta correta e só o pode ser decidido com referência a fatos admite resposta correta (DWORKIN, 1986). Para o cético interno é impossível determinar as respostas corretas, pois elas são controversas, não há um consenso sobre qual seria a melhor e nem há um argumento definitivo por uma delas (DWORKIN, 1986).

Ronald Dworkin busca responder aos dois tipos de céticos. Ao cético externo, Dworkin (1986) responde que é preciso antes de alegar que não existe resposta, engajar-se e interpretar as diferentes concepções interpretativas e demonstrar que é impossível tal solução em cada um deles. Ao cético interno, Dworkin (1986) responde que acreditar na indeterminação da resposta correta não é igual a afirmar que não existe resposta correta. Podemos sim considerar, para Dworkin (1986), que certas posições têm argumentos melhores em seu favor que outras teorias.

Além do elemento interpretativo, para entendermos melhor a tese da unidade do valor, precisamos entender também a construção da integridade para Dworkin. Se existem diversas concepções e precisamos escolher, entre elas, qual é, de forma valorativa, melhor, Dworkin volta às teorias semânticas e, com exceção do jusnaturalismo, busca as reconstruir de forma interpretativa. Para isso, Dworkin (1986) inicialmente diferencia conceito de concepção, na qual conceito é uma formulação geral e aberta, enquanto que as concepções são formas de concretizar um conceito. O conceito de direito, para Dworkin (1986), seria então geral, de forma a garantir a maior aceitação possível.

As concepções, que são as formas de concretizar o conceito de direito, nas teorias semânticas eram três: o positivismo, o realismo jurídico e o jusnaturalismo. Dworkin não reconstrói o jusnaturalismo, entretanto, as outras concepções que reconstruídas utilizando do interpretativismo são o convencionalismo, o pragmatismo e o seu direito como integridade.

A primeira das teorias pós-interpretativas é o convencionalismo. O convencionalismo é uma reconstrução do positivismo e, nele, o direito é preso ao passado, garantindo assim a estabilidade (DWORKIN, 1986). Ele se compromete com a estabilidade e a previsibilidade, porém, ao mesmo tempo, quando não existe orientação, permite ao juiz legislar (DWORKIN, 1986). Dessa forma, ele não consegue explicar situações de ruptura institucional (pois precisam das decisões do passado), não explica as expectativas sociais de se modificar as decisões anteriores e nem explica porque se busca a interpretação do direito, mesmo quando ele seria indeterminado (DWORKIN, 1986).

A segunda concepção é o pragmatismo. O pragmatismo é uma versão reconstruída do realismo jurídico norte-americano. Nele, as decisões são tomadas de acordo com o melhor para

a sociedade, dependendo do progresso social, se escolhe a manutenção das decisões do passado ou o progresso advindo do rompimento com elas (DWORKIN, 1986). Para Dworkin o pragmatismo seria então uma teoria que é muito forte, pois consegue superar os problemas do convencionalismo. Para refutar tal teoria, Dworkin (1986) acredita que precisamos utilizar o argumento da integridade. É a integridade jurídica que o pragmatismo não consegue realizar.

A integridade para Dworkin uniria então uma solução melhor que as concepções anteriores e um ponto chave para isso é o argumento da comunidade de princípios. Porém, antes de expor tal argumento, qual a forma da concepção do direito como integridade?

Para Dworkin (1986), a integridade iria permitir aplicar um conjunto de princípios, realizando uma interpretação construtiva das decisões do passado, mantendo coerência não de conteúdo, mas de princípio com as decisões do passado, portanto, consegue se manter em sintonia com visões morais do presente. Portanto, ela poderia ser aplicada em qualquer sociedade e sem sacrificar a justiça, pois não se veria presa sempre com o passado. Entretanto, como já dito anteriormente, qual o argumento que torna essa concepção mais favorável que o pragmatismo? É o da comunidade de princípios.

Ronald Dworkin (1986) define em sua obra, três modelos de comunidade que podem explicar as relações associativas, um modelo que ele chama de acidente de fato, outro chamado de modelo de regras e por fim o modelo de princípios. O primeiro modelo, do acidente de fato, defende que estamos associados em função de puro acaso e que só nos auxiliamos no limite em que isso trazer benefício para nós (DWORKIN, 1986). O modelo de regras afirma que estamos associados devido um compromisso que fizemos de seguir regras, nada mais, nada menos, do que seguir esses acordos gerais que foram realizados por nós (DWORKIN, 1986). Por fim, o modelo de princípios, defende que a nossa associação deriva dos conjuntos de princípios e significados que definimos coletivamente acerca de diversos temas, como justiça e equidade (DWORKIN, 1986). Portanto desses princípios derivam as regras e nós temos compromisso com os princípios, não apenas com as regras e desses princípios entendemos a necessidade da integridade, pois são esses princípios que fundam a nossa comunidade e não podem ser ignorados (DWORKIN, 1986).

Após a explanação geral da proposta Dworkiniana e o por que de ele acreditar que ela é a melhor proposta possível, devemos ir ao segundo ponto. Dworkin, em sua introdução ao seu livro “Levando os direitos a sério”, expõe em linhas gerais o que uma teoria do direito deveria ter segundo o seu entendimento, suas subseções.

Uma teoria geral do direito deve ser tanto normativa quanto conceitual (DWORKIN, 2011). Para o autor, em seu aspecto normativo, a teoria deveria ter três outras teorias. Seriam

necessárias teorias da legislação, da decisão judicial e da observância da lei (DWORKIN, 2011). A sua teoria conceitual, no momento de “Levando os direitos a sério” ainda era a tese dos direitos como trunfo, entretanto posteriormente, esse elemento é substituído pela teoria do direito como integridade.

Dworkin, destarte, adota uma metodologia distinta da *jurisprudence* tradicional. Ao invés de buscar identificar as propriedades necessárias e suficientes do conceito de direito, ele prefere apontar, por meio de analogias, traços que ligam o direito a outras práticas sociais, sem, necessariamente, indicar quais seriam essenciais ao fenômeno sob análise. Postema, em estudos mais recentes, denomina esse tipo de metodologia “sinestésica”:

Ao revés, o sinéstico, não mais interessado em testar a natureza do direito, procura continuidades e ilumina similaridades (e diferenças baseadas em continuidades). O sinéstico pergunta: “Com o que o Direito se assemelha?” e “(Como) isto é semelhante ao Direito?” ao invés de afirmar “Isto não é como o Direito, então, não é Direito (no sentido próprio do termo)”. Ele busca compreender por meio de identificações, relações e integrações. Ele busca identificar conceitos controversos em uma rede maior de conceitos, integrá-los a essa rede e tracar relações entre eles, aprofundando nossa compreensão acerca do seu conteúdo.³ (POSTEMA, 2011, p. 894; trad. nossa).

Desse modo, Dworkin coloca que o problema central do pensamento analítico do direito é sobre o sentido que devemos dar às proposições jurídicas, a dizer, as condições de verdade das proposições jurídicas, sendo proposições jurídicas compreendidas como standards de comportamento (DWORKIN, 1986, p. 4). Considerando, conforme a tradição positivista, que estas são descritivas, o que faz uma proposição jurídica ser verdadeira ou falsa? Se estas são “*pieces of history*”, sua legitimidade vem dos atos legislativos: se está legislada a necessidade de três testemunhas para o testamento ser válido, este ato cria tal necessidade (DWORKIN, 1982, p.180). A mera referência a um fato social descritivo cria, portanto, o direito.⁴

Nesse sentido, é possível, por exemplo, dizer que toda teoria do direito consiste em uma investigação sistemática e racional em busca da verdade de generalizações teóricas sobre instituições e práticas do direito, obtidas por meio da seleção de um conjunto de fatos relevantes (ELEFTHERIADIS, 2011, p. 120). De um lado, as teorias normativas pressupõem que a seleção dos fatos relevantes para obtenção de generalizações verdadeiras acerca de instituições e

³ “By contrast, the synechist, no less interested in probing the nature of law, looks for continuities and illuminating similarities (and differences that build on continuities). The synechist ask: “What is law like?” and “(How) is this like law?” rather than declaring, “This isn’t like law, so it’s not law (properly speaking).” It seeks understanding by locating, relating, and integrating. It seeks to locate puzzling concepts in a wider network of concepts, integrating them within that network and tracing out relations among them, thereby deepening our understanding of their content.”

⁴ Cf. GREENBERG, 2004.

práticas sociais depende, necessariamente, da referência a um valor ou propósito. As teorias jusnaturalistas no campo da interpretação são um exemplo desse tipo de teoria. Por outro lado, as teorias afirmam que a seleção de fatos relevantes para as citadas generalizações teóricas depende, igualmente, da identificação do gênero ao qual a hipótese pertence, sendo este gênero produto da interpretação. Neste caso, as generalizações não podem acontecer sem uma compreensão mais profunda do objeto a ser interpretado, sensível ao propósito da prática.

A própria definição do direito em Dworkin depende da hipótese política: “O direito de uma comunidade (...) é o esquema de direitos e responsabilidades que vão ao encontro desse complexo standard: eles autorizam coerção porque eles fluem de decisões pretéritas do tipo correto.”⁵ (DWORKIN, 1986, p. 93). Ainda, em sua última obra, Dworkin (2011) estende essa explicação da hipótese política acerca do direito, dividindo o campo da moral (em sentido amplo) em ética, moralidade pessoal e moralidade política, sendo o direito ainda parte desta última.

5. CONCLUSÃO

A teoria do direito na concepção positivista pós-Hartiana se restringiu de tal forma que inclusive abandonou o legado que foi defendido em sua origem por autores como Jeremy Bentham e John Austin. O positivismo clássico, entendia como a finalidade desta análise descritiva era também uma escolha política, uma escolha que não impossibilitava outra e dependia das restantes. Este é o mesmo distanciamento que é muito ignorado quando falamos da escola da exegese com a sua preocupação política de criar um direito novo sem buscar as fontes anteriores e que encontrasse a resposta no próprio texto, o que foi confundida por muitos como uma afirmativa de que realmente a única solução para estes pensadores seria a leitura direta do texto e que não existia uma escolha política também presente nesta escolha metodológica.

O passo que esperamos ter demonstrado no texto é o de que o enfoque na análise conceitual do direito e a falta de uma teoria normativa tornaram a teoria do direito mais limitada. Desta forma, não estamos alegando que Hart ignora a importância da crítica do direito. O ponto central é o de que a crítica do direito não faz parte da teoria do direito. Ela se torna um elemento totalmente independente do elemento normativo, algo que é uma especificidade de Hart e não, do positivismo jurídico em si. As críticas de Ronald Dworkin vão diretamente a esse ponto.

⁵ “The law of a community (...) is the scheme of rights and responsibilities that meet that complex standard: they licence coercion because they flow from past decisions of the right sort.”

Não basta uma análise sobre validade, a teoria do direito deve abarcar diversos casos que são normativos e não apenas descritivos.

A forma ampliada da teoria do direito de Dworkin é demonstrada em sua proposta. Com base em tal postura, Ronald Dworkin buscou construir uma teoria que posicionasse a teoria do direito não mais na análise descritiva. Sua preocupação é colocar sua proposta no centro da decisão judicial, envolvendo não só a descrição de objetos, mas deixando claro que os valores transpassam o direito sempre. Com sua teoria, Dworkin abriu a porta para avanços diversos na teoria do direito e que demonstram, como buscamos propor no artigo, a importância da ampliação do conceito de teoria do direito.

6. BIBLIOGRAFIA

BIX, Brian. **Teoría del derecho: ambición y límites**. MADRID: Marcial Pons, 2006.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge (Mass.): Harvard, 1985.

_____. Law as interpretation. **Critical Inquiry**, Vol. 9, No. 1, The Politics of Interpretation, Sep., 1982.

_____. **Law's Empire**. Oxford: Hart Publishing, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. "Descriptive Jurisprudence". **Problema**, n. 5, p. 117–145, 2011.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford, 2011.

GREENBERG, Mark. How facts make law. **Legal Theory**, v. 10, p. 157–198, 2004.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HIMMA, Kenneth Einar. "Philosophy of law", **The Internet Encyclopedia of Philosophy**, <http://www.iep.utm.edu/>, acesso em 25/03/2017.

LEITER, Brian. **Naturalizing jurisprudence**. Oxford: Oxford, 2007.

PFORDTEN, Dietmar von. **Filosofia do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

POSTEMA, Gerald J. **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World.** New York: Springer, 2011.

SCHAUER, Frederick. Positivism before Hart. **Public Law and Legal Theory Research Papers** Series No. 2010-01. 2010.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights.** Oxford: Oxford, 2011.