



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

**VICTOR GERSON BATISTA DE NORÕES**

**A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DO  
INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN NA PERSPECTIVA DE ANDREI  
MARMOR**

**FORTALEZA**

**2020**

VICTOR GERSON BATISTA DE NORÕES

A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DO  
INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN NA PERSPECTIVA DE ANDREI  
MARMOR

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Juliana Cristine Diniz Campos

Coorientador: Prof. Dr. André Luiz de Souza Coelho

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- N749q Norões, Victor Gerson Batista de.  
A questão da interpretação na teoria do direito: Uma análise do interpretativismo de Dworkin na perspectiva de Andrei Marmor / Victor Gerson Batista de Norões. – 2020.  
99f
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.
- Orientação: Profa. Dra. Juliana Cristine Diniz Campos.
- Coorientação: Prof. Dr. André Luiz Souza Coelho.
1. Teoria do Direito. 2. Interpretação. 3. Positivismo Jurídico. 4. Andrei Marmor. 5. Ronald Dworkin. I.

Título

CDD 340

---

VICTOR GERSON BATISTA DE NORÕES

A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA DO DIREITO: UMA ANÁLISE DO  
INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN NA PERSPECTIVA DE ANDREI  
MARMOR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Juliana Cristine Diniz Campos (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. André Luiz de Souza Coelho (Coorientador)  
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

---

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho  
Faculdade Christus (FHCR)

## **AGRADECIMENTOS**

À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Juliana Cristine Campos Diniz, minha orientadora, a quem tenho muita admiração pelo diálogo que estabelece entre a academia e à sociedade, e a quem agradeço em primeiro lugar pela oportunidade do contato com a teoria do direito, onde buscamos, nas reflexões sobre a tradição do positivismo jurídico, formas de melhor compreender o direito.

Ao Prof. Dr. André Luiz Souza Coelho, meu coorientador, agradeço a generosidade em ter aceito o convite de participar desse projeto, e, ainda, a paciência e atenção dispendidas, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento dessa dissertação.

Ao Prof. Dr. Juraci, pela participação e sugestões, bem como pelo incentivo aos estudos e seminários que sempre promove no campo da filosofia do direito.

Aos colegas de turma, pelas reflexões, sobretudo Tarcísio Rocha, pelas críticas e sugestões, que foram de grande valia para a consecução desse trabalho.

“I do not believe that the question ‘How to interpret?’ can be answered without an answer to the question ‘Why interpret?’.”

Joseph Raz

## RESUMO

No transcorrer desta dissertação, serão analisadas distintas concepções sobre o que significa interpretar o direito, no contexto do debate *Har-Dworkin*, e, mais especificamente, partir da análise de Andrei Marmor às objeções de Ronald Dworkin na obra *O Império do Direito*, na qual este autor propõe que toda conclusão sobre o conteúdo do direito é o resultado de uma interpretação; e que a natureza da interpretação é de tal sorte que ela necessariamente envolve juízos de valor. Nesta obra, Dworkin inaugura uma nova concepção de teoria do direito, o interpretativismo, tida como uma via alternativa ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo. Para explicar o direito de forma adequada, argumentava, era necessário atribuir-lhe uma finalidade ou propósito, o que implicava na necessidade de argumentos morais e políticos, inarredavelmente culminando em uma teoria normativa. Afinal, estava Dworkin correto quanto a essas duas reivindicações teóricas? Oferecendo um contraponto a esses argumentos, Marmor procurou defender tanto os aspectos metodológicos como substanciais do positivismo analítico, demonstrando que o conceito de interpretação fornecido por Dworkin, comum tanto ao intérprete como ao teórico do direito, partia de premissas equivocadas, donde não se seguia a relação entre teoria e prática e tampouco a relação entre direito e moral que lhe serviam de substrato. Inserindo-se no embate entre esses dois teóricos, o trabalho se divide em três pontos, os quais buscam apresentar: i) o pensamento de Dworkin a partir das críticas feitas ao positivismo; ii) as objeções em *O Império do Direito*, em meio às respostas de outros expoentes do positivismo exclusivo, entre eles Joseph Raz, Kevin Toh e Scott J. Shapiro; iii) e, por fim, a resposta de Marmor, com enfoque em seus argumentos centrais e na pertinência de sua análise. Como conclusão, propõe-se que a resposta de Marmor foi eficaz em demonstrar a relevância filosófica do positivismo analítico e rebater algumas das críticas de Dworkin em *O Império do Direito*, sobretudo ao lançar luz sobre o conceito de interpretação, com esteio em reflexões sobre o real sentido do seu método e o papel da linguagem no direito. Não obstante, se consideradas as críticas de Dworkin em todo seu contexto, a defesa do convencionalismo em *Interpretation and Legal Theory* deixou lacunas quanto ao conceito de regra de reconhecimento e não respondeu de que forma convenções sociais acomodavam (se é que acomodavam) desacordos normativos em torno de seus critérios de validade.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito; Interpretação; Positivismo Jurídico; Andrei Marmor; Ronald Dworkin.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to discuss different accounts of interpretation in the context of the *Hart-Dworkin* debate, and more specifically, Andrei Marmor's analysis of Ronald Dworkin's objections to legal positivism in *Law's Empire*, in which he advances the notion that every conclusion about the content of the law is a result of interpretation; and that the very nature of an interpretation is such that it necessarily involves evaluative considerations. Thus, the main objective will be to assess Marmor's response to Dworkin's criticisms. As one of Dworkin's most important contributions to the debate, *Law's Empire* inaugurated a new conception of jurisprudence, interpretivism, seen as an alternative to legal positivism and legal naturalism. Thereafter, this author challenged the notion that the existence and content of law would be determined by social conventions, in addition to questioning the methodology of analytical jurisprudence, which dealt with a morally neutral description of its object. After all, was Dworkin correct about these theoretical claims? Offering a counterpoint to these arguments, Marmor sought to defend both methodological and substantial aspects of legal positivism, arguing that the constructive interpretation model provided by Dworkin was grounded in misguided premises. Inserting itself in the debate between these two authors, this work is divided into three chapters, which seek to explore: i) Dworkin's criticisms to legal positivism, and how his different arguments relate to each other; ii) the objections in *Law's Empire*, amid the responses of other exponents of exclusive positivism, among them Joseph Raz, Kevin Toh and Scott J. Shapiro; iii) and, finally, Marmor's reply to Dworkin, focusing on the main aspects of his response and the pertinence of his analysis. As conclusion, it is proposed that Marmor's response was effective in demonstrating the philosophical relevance of legal positivism and in refuting some of Dworkin's arguments in *Law's Empire*, above all by shedding light on the concept of interpretation, supported by reflections on the method of analytical jurisprudence and on the role of language in law. Nevertheless, if Dworkin's criticisms are to be considered in context, the defense of conventionalism in *Interpretation and Legal Theory* does not answer how a rule of recognition in the form of social conventions can (or cannot) accommodate normative disagreements regarding the ultimate criteria of legal validity.

**Keywords:** Jurisprudence. Interpretation. Andrei Marmor, Ronald Dworkin.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>AS CRÍTICAS DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	15
<b>2.1</b>	<b>Periodização da obra de Dworkin</b> .....	16
<b>2.2</b>	<b>As teses centrais do positivismo jurídico</b> .....	17
<b>2.3</b>	<b>Ataques de Dworkin ao positivismo jurídico</b> .....	20
<b>2.3.1</b>	<b><i>O argumento de “O Modelo de Regras I”</i></b> .....	20
2.3.1.1	<i>A textura aberta do direito em Hart</i> .....	23
2.3.1.2	<i>A distinção entre regras e princípios</i> .....	23
2.3.1.3	<i>Os princípios e a tese da discricionariedade judicial</i> .....	24
<b>2.3.2</b>	<b><i>O argumento de “O Modelo de Regras II”</i></b> .....	27
2.3.2.1	<i>A Tese da Regra Social</i> .....	28
2.3.2.2	<i>A Teoria Prática das Regras e a Tese da Convencionalidade</i> .....	30
<b>2.3.3</b>	<b><i>O argumento de “O Império do Direito”</i></b> .....	32
<b>2.3.4</b>	<b><i>O argumento de “A Justiça de Toga”</i></b> .....	36
2.3.4.1	<i>Uma nova gramática de conceitos</i> .....	37
2.3.4.2	<i>Anatomia das teorias do direito e o caso da Sra. Sorenson</i> .....	38
2.3.4.3	<i>O arquimedeanismo do positivismo analítico</i> .....	41
<b>2.4</b>	<b>Considerações finais sobre o capítulo</b> .....	43
<b>3</b>	<b>A CRÍTICA DOS DESACORDOS TEÓRICOS</b> .....	44
<b>3.1</b>	<b>Desacordos teóricos em casos concretos</b> .....	44
3.1.1	<i>O caso Elmer</i> .....	45
3.1.2	<i>O caso do Snail Darter</i> .....	46
3.1.3	<i>O caso da Sra. McLoughlin</i> .....	47
3.1.4	<i>O caso Brown</i> .....	48
<b>3.</b>	<b>O direito como interpretação</b> .....	48
<b>3.3</b>	<b>Convencionalismo e regra de reconhecimento</b> .....	50
<b>3.4</b>	<b>Casos pivotais e teorias semânticas</b> .....	53
<b>3.5</b>	<b>Aguilhão semântico e positivismo</b> .....	55
<b>3.6</b>	<b>Respostas positivistas aos desacordos teóricos</b> .....	57
3.6.1	<i>A resposta de Raz</i> .....	57
3.6.2	<i>A resposta de Shapiro</i> .....	61

3.6.3	<i>A resposta de Toh</i> .....	65
3.7	<b>Considerações finais sobre o capítulo</b> .....	67
4	<b>A RESPOSTA DE MARMOR AO DESAFIO INTERPRETATIVISTA</b> ....	71
4.1	<b>O Aguilhão Semântico como refutação ao Convencionalismo</b> .....	71
4.2	<b>Interpretação na teoria do direito</b> .....	73
4.2.1	<i>O caráter argumentativo do direito e a tese hermenêutica</i> .....	74
4.2.2	<i>O modelo de interpretação construtiva</i> .....	76
4.2.3	<i>A refutação da tese hermenêutica</i> .....	78
4.3	<b>Interpretação no direito</b> .....	80
4.3.1	<i>A Tese da Coerência e o conceito de autoridade em Raz</i> .....	82
4.3.1.2	<i>Autoridade como serviço</i> .....	82
4.3.2	<i>A linguagem no direito: a distinção entre compreender e interpretar</i> .....	86
4.3.2.1	<i>Casos fáceis e difíceis</i> .....	88
4.4	<b>Desacordos teóricos e convenções sociais</b> .....	92
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	94
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	98

## 1 INTRODUÇÃO

*The Concept of Law*, de Hebert Leonel Adolphus Hart, é uma das obras mais importantes e influentes da tradição do positivismo jurídico. A partir de ferramentas conceituais e analíticas, Hart buscou entender a natureza do direito e explicar o que exatamente o tornava a prática institucional que era, sem considerar aquilo que ele deveria ser e sem fornecer argumentos sobre a forma pela qual o direito deveria ser aplicado, uma vez que não fazia parte de seu projeto avaliar legitimidade de sistemas jurídicos, embora, claro, não negasse a importância destas questões.

Como deixou em evidência no prefácio da obra, sua análise abordava o direito, a coerção e a moral como fenômenos relacionados entre si, mas conceitualmente distintos. Um dos pressupostos mais básicos de sua teoria estava na ideia de que tanto a existência do direito como o seu conteúdo seriam determinados por fatos sociais. Tratava-se de um empreendimento que tinha por anseio desmistificar o direito e livrá-lo da hegemonia de proposições filosóficas de outrora, que o fundamentavam em preceitos divinos ou na razão humana. Após refletir sobre as teorias de seus predecessores, Hart chegava à conclusão de que o direito era um conjunto de regras que, em última instância, derivava seu fundamento de validade de fatos sociais.

O método de sua abordagem era inspirado por teóricos como Jeremy Bentham e John Austin, os quais partilhavam da ideia de que o estudo da natureza do direito deveria ser mantido separado do estudo daquilo que ele deveria ser, o qual estava ocupado de uma análise normativa que visava a fornecer argumentos que serviriam de parâmetro para melhorar a prática jurídica. Subjacente a essa noção, estava uma distinção teórica entre analisar o que é o direito (*what is law*) – da qual se ocupavam as teorias analíticas como a de Hart – e determinar o direito aplicável a um determinado caso concreto (*what is the law*), que era objeto de análise de teorias da decisão, de caráter eminentemente normativo. Em que pese a importância e influência de sua análise, alguns de seus pressupostos substantivos e metodológicos passaram a ser questionados com o passar do tempo.

As principais críticas ao positivismo jurídico partiram de Ronald Dworkin. Conforme nos relata a literatura especializada, Dworkin é uma das figuras centrais na teoria do direito contemporânea. Em virtude de seu protagonismo como crítico ferrenho da teoria de Hart, o diálogo entre essas distintas abordagens ficou conhecido como o debate entre Hart e Dworkin (*Hart-Dworkin debate*). Apesar do nome, Hart não chegou a defender sua obra em vida, deixando o papel de defendê-la àqueles que deram seguimento ao seu projeto. Joseph Raz e

Jules Coleman foram dois dos principais responsáveis em rebater as críticas contra o positivismo na segunda metade do séc. XX, embora divergissem sobre questões fundamentais.

Em 1986, Dworkin publicou aquela que estaria entre suas obras mais importantes, *Law's Empire*, a partir da qual apresentou uma nova concepção de teoria do direito, o interpretativismo, tida como uma via alternativa ao positivismo e ao jusnaturalismo. Nessa obra, Dworkin contesta a ideia de que o direito poderia simplesmente ser descrito como é, de uma forma moralmente neutra. Para descrever o direito de forma adequada, argumentava, era necessário atribuir-lhe uma finalidade ou propósito, o que implicava que o teórico precisaria se apoiar em argumentos morais e políticos, o que inarredavelmente culminaria em uma teoria normativa. Vale dizer, uma teoria que não seria moralmente neutra, mas, ao contrário, moralmente robusta o suficiente para explicar sua natureza e fornecer subsídios para questões sobre como o direito deveria ser aplicado em realidades concretas.

O argumento central de Dworkin estava alicerçado na noção de que o direito era um conceito interpretativo, e que, de semelhante forma, uma teoria adequada deveria levar em conta sua natureza interpretativa. A partir dessa compreensão, este autor atribuiu um papel fundamental à interpretação, de tal sorte que não apenas os juízes e advogados precisariam interpretá-lo com esteio em princípios morais e políticos, mas também o teórico do direito. Essa concepção trazia uma contestação robusta não só ao método de Hart, como à sua tese central de que a existência do direito e o seu conteúdo eram determinados por convenções sociais.

Por um lado, Dworkin questionou a separação conceitual entre direito e moral, ao argumento de que o direito não estaria fundado apenas em fatos sociais, mas também em princípios morais e políticos da comunidade a qual pertencia. Por outro lado, ele objetou à distinção entre teoria do direito e teoria da decisão, ao argumento de que ambas se confundiriam, na medida em que estariam amparadas no mesmo processo de argumentação interpretativa. Ele passou a refutar essa separação proposta pelo positivismo, apontando inexistir fundamento para a distinção analítica entre elas, haja vista ambas se destinarem a interpretar uma prática social, tentando apresentá-la sob sua melhor luz.

As objeções de Dworkin relativas à tradição analítica da teoria do direito envolvem temas relevantes e bastante atuais, como a natureza da teoria do direito, o papel da interpretação e a discricionariedade judicial. Não obstante, é comum que importantes aspectos desse debate filosófico sejam ignorados, quando não distorcidos. Disso decorre a importância de se investigar a divergência entre essas duas abordagens teóricas, sobretudo quanto às distintas concepções sobre o conceito de interpretar, o que propomos seja feito mediante uma análise detida dos pressupostos de cada teoria.

É importante notar, todavia, que não há apenas um positivismo jurídico, mas positivismos, tendo em vista que há divergências fundamentais até mesmo entre aqueles que subscrevem às teses centrais da teoria de Hart. Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, diversas foram as respostas positivistas fornecidas às críticas lançadas por Dworkin. Uma delas em particular chama atenção, não apenas por abraçar o método descritivo e moralmente neutro e sustentar que o direito seria fruto de convenções sociais, mas pela estratégia argumentativa adotada: uma análise do papel que interpretação ocupa na teoria do direito, a partir da linguagem. Na obra *Interpretation and Legal Theory*, inicialmente publicada em 1992, Andrei Marmor – um dos principais expoentes do positivismo jurídico contemporâneo – ofereceu uma resposta aos desafios apresentados por Dworkin. Fortemente influenciado pela filosofia da linguagem, Marmor buscou defender tanto os aspectos metodológicos como substanciais do positivismo jurídico.

Em sua análise, esse autor tencionou demonstrar que o conceito de interpretação fornecido por Dworkin em *O Império do Direito*, comum tanto ao juiz como ao teórico, partia de premissas equivocadas, donde não se seguia a relação entre teoria e prática que ele vindicava. Aduzia, quanto aos fundamentos de validade do direito, que a relação entre direito e moral que servia de base à teoria de Dworkin também era infundada, uma vez que partia do modelo de interpretação construtiva, que, por seu turno, era incompatível com certas características da prática jurídica, dentre as quais a autoridade institucionalmente reivindicada pelo direito. Defendia, por fim, que a interpretação jurídica não seria onipresente, como propunha Dworkin, sendo, ao contrário, uma atividade excepcional e parasitária a nossa habilidade de compreender, que, diferentemente daquela, não exigia qualquer justificação moral.

Esta dissertação se insere no âmbito desse debate, buscando expor as principais linhas argumentativas sustentadas por cada teórico. Dessa forma, discorreremos sobre os pressupostos do interpretativismo, enquanto objeção ao método descritivo e à tese da convencionalidade esposada pelo positivismo jurídico, para a qual o direito é uma questão de convenções sociais.

Assim, há dois níveis em sua crítica que precisam ser considerados. No nível metodológico, a mudança radical proposta por Dworkin, ao exigir o abandono do método descritivo das teorias analíticas em favor de uma abordagem interpretativa, e, conseqüentemente normativa, do direito. No nível substantivo, o papel que a interpretação desempenha na determinação do conteúdo e da legalidade das normas jurídicas. Para Dworkin, aquilo que o direito é, seu fundamento de validade, resulta sempre de interpretações construtivas das normas jurídicas, o que implica uma relação conceitual necessária entre direito

e moral; ao passo que Marmor defende que a interpretação é apenas um dos meios pelos quais se modificam e se criam novas normas, mas, em última instância, não em razão do mérito da argumentação, mas dos fatos sociais que lhe servem de substrato.

Partindo do eixo central dessa dissertação, o embate entre esses dois teóricos, o trabalho divide-se em três pontos: i) no primeiro, buscamos entender o pensamento de Dworkin a partir das críticas feitas ao positivismo, e mais especificamente como *O Império do Direito* se insere nesse contexto; ii) no segundo, procuramos expor os fundamentos do interpretativismo, divisando as principais respostas de outros expoentes do positivismo exclusivo; iii) no terceiro, por fim, apresentaremos os aspectos centrais que compõem a resposta de Marmor, no intuito de avaliar se os seus argumentos em *Interpretação e Teoria do Direito* foram suficientes para rebater o desafio interpretativista.

Seguindo essa lógica, no segundo capítulo, a fim de que compreendamos as peculiaridades dos argumentos de Dworkin, buscaremos contextualizar *O Império do Direito*, situando-o entre as demais críticas apresentadas por esse autor, presentes nos seguintes escritos: *O Modelo de Regras I*, *O Modelo de Regras II* e *A Justiça de Toga*. Isso porque consideramos que, para responder a principal indagação desse trabalho, é preciso entender a forma como esses distintos argumentos estão relacionados.

No terceiro capítulo, aprofundaremos a crítica do *Império do Direito* frente aos conceitos fundamentais do positivismo hartiano, com vistas a destacar o embate entre os pressupostos centrais de cada abordagem, como, dentre outros, o caráter argumentativo do direito, o modelo de interpretação construtiva e o conceito de agulhão semântico. Em um segundo momento, será abordado como essa crítica foi recebida pela vertente do positivismo jurídico exclusivo, em meio as diferentes às objeções de Dworkin.

Finalmente, no quarto capítulo, apresentaremos a resposta de Marmor, procurando demonstrar em que consiste a estratégia empregada por este autor, e os argumentos que utiliza em defesa do positivismo. A conclusão a que chegamos é que, a despeito da pertinência de sua resposta, sua defesa do convencionalismo não foi suficiente para rebater toda as críticas do *Império do Direito*.

Esse trabalho tem por objetivo investigar as diferentes formas que o papel da interpretação ocupa na teoria do direito, a fim de avaliar questões como a forma pela qual o sentido das normas jurídicas é extraído, se somente pela interpretação, e se isso implica a atribuição ou não de propósito e valores ao objeto interpretado, bem como o método adequado para teorias do direito abordar essas questões. No transcorrer da pesquisa, iremos analisar distintas concepções sobre o que significa interpretar, no contexto do debate Har-Dworkin.

## 2 AS CRÍTICAS DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO

Ronald Dworkin é tido como um dos filósofos do direito mais importantes de sua geração, até mesmo entre positivistas<sup>1</sup>, ao lado de outros teóricos de destaque como Joseph Raz (o principal expoente do positivismo jurídico exclusivo) e John Finnis (um dos principais expoentes da vertente do jusnaturalismo nos dias atuais). Dworkin estudou por um período de seis anos sob orientação de H.L.A. Hart, sucedendo-o na cátedra de Filosofia do Direito (*Jurisprudence*)<sup>2</sup> da Universidade de Oxford. Durante o breve tempo que passou na Inglaterra, Dworkin se tornou conhecido mundialmente pela repercussão de seus artigos, nos quais tecia críticas rigorosas à tradição dominante do juspositivismo, e em particular à teoria de Hart.

No mais difundido deles, *o Modelo de Regras I*, de 1967, ele empreendeu uma reflexão sobre as diferentes estruturas das normas jurídicas, distinguindo-as em pelo menos dois tipos, as regras e os princípios, no intuito de demonstrar por que o positivismo falhava em explicar adequadamente a prática jurídica, ao conceber o direito como um mero conjunto de regras. No entanto, *o Modelo de Regras I* marcava apenas o início das contribuições de Dworkin – que foi um escritor prolífico – à filosofia do direito. O contraponto aos cânones do positivismo jurídico certamente não se esgotava ali.

Nos anos subsequentes, Dworkin prosseguiu em suas reflexões com o propósito de apresentar um melhor aparato conceitual para explicar o direito. Embora suas produções seguintes sejam menos difundidas, elas ocupam um lugar de destaque no debate com Hart e seus seguidores. A consolidação de sua teoria, por exemplo, só viria em 1986, com a publicação da obra *O Império do Direito*<sup>3</sup>. Antes disso, a maior parte de seus escritos tratava de apontar as insuficiências do positivismo jurídico, mas, no entanto, parecia seguir na tradição proposta por Hart. Nessa obra, entretanto, ele rompe definitivamente com a abordagem analítica, passando a identificá-la com o que denomina de teoria semântica do direito. Para Dworkin, essas teorias – que se limitavam a explicar o direito por critérios linguísticos compartilhados – deveriam ser

---

<sup>1</sup> Cf. COLEMAN (1998), KRAMER (2007), SHAPIRO (2007).

<sup>2</sup> *Jurisprudence*, assim como a palavra *law*, possui múltiplos sentidos. Aqui, equivale à *philosophy of law*, como consta no programa da disciplina oferecida na Universidade de Oxford, a qual se dedica à reflexão da natureza, do papel e da importância de sistemas jurídicos, da argumentação, dentre outros.

<sup>3</sup> Sobre a importância da obra *O Império do Direito* para a teoria do direito, cf.: MARANHÃO, Juliano; RODRIGUS, Renê (2018): “Os positivistas analíticos tiveram sucesso em defender suas teses centrais de forma coesa, diante de ataques jusnaturalistas, nas suas diferentes roupagens. Porém, dividiram-se perante a crítica interpretivista de Dworkin e iniciaram um debate que dominou a teoria do direito nos últimos 40 anos. Apenas agora há um esforço em mudar a agenda, voltando-se para questões metodológicas como *quais os critérios de sucesso que deve satisfazer uma teoria sobre o que é direito?*”

substituídas por outra, que desse conta da natureza interpretativa da prática jurídica, de modo a explicar aspectos importantes até então ignorados

O propósito desse capítulo é trazer a lume os argumentos de Dworkin ao debate travado com Hart e seus seguidores, de modo a divisar as diversas críticas formuladas em desfavor do positivismo jurídico, ao longo de quase quatro décadas, buscando entender as semelhanças e diferenças entre elas e o argumento central por meio do qual desafiavam as principais teses da teoria de Hart.

## 2.1 Periodização da obra de Dworkin

Ao todo, são divisadas três fases que marcam a teoria do direito de Dworkin, desde as críticas iniciais ao positivismo jurídico (1967), passando pela consolidação de sua teoria interpretativa (1986), até, por fim, a teoria da unidade do valor (2011), em que sustentou que as filosofias moral, política e jurídica formariam uma teoria unitária, de tal sorte que uma mesma proposição seria sustentada a luz de todas elas (GUEST, 2012, p. 20). De um modo geral, é possível observar que não há ruptura entre as fases de seu pensamento, que mantêm como constante a relação entre a moral e o direito.

Como confessa no prefácio do *Império do Direito*, (1986, vii), Dworkin não costumava empreender uma análise de como a suas obras reagiam a proposições anteriores, da qual a distinção entre regras e princípios é um claro exemplo. Essas questões ficaram em grande parte abertas a interpretação, não restando claro em qual medida se acomodariam, se é que se acomodariam, às novas teses que iam sendo apresentadas. No entanto, em *Justiça para Ouriços* (2011), o autor deixa explícito que a relação entre direito e moral que defendia por último destoava daquelas inicialmente postuladas, uma vez que o direito e a moral passaram a ser concebidos não como esferas distintas e relacionadas, mas como uma única esfera, na qual o direito estaria inserido na moral, sendo, pois, um departamento desta (DWORKIN, 2011).

Conforme observou Scott J. Shapiro, a questão central do debate com Hart e seus seguidores não era em sua essência sobre princípios jurídicos, nem sobre a discricionariedade dos juízes na aplicação das normas – em que pese a relevância dessas questões. O debate entre esses teóricos abordava, acima de tudo, diferentes modelos de compreender a natureza do direito, tendo como questão central a relação entre direito e moral. Apesar de a estratégia empregada por Dworkin ter permanecido a mesma durante todo o debate, qual seja, sustentar, de uma forma ou de outra, que a validade jurídica não era determinada apenas por fatos sociais, mas também por questões morais, por outro lado, os argumentos utilizados mudaram de teor e



forma (SHAPIRO, 2007). Além disso, podemos observar que suas críticas passaram a assumir um viés cada vez mais metateórico, culminando na tese de que a natureza do direito se mostrava incompatível com uma teoria descritiva e moralmente neutra como aquela proposta por Hart.

Por outro lado, a resposta de Hart e dos seus sucessores foi ou de afirmar ser meramente aparente a dependência da validade jurídica em relação à moral ou de que essa dependência não comprometeria as teses centrais do positivismo, dentre as quais a tese de que as condições de validade do direito provinham em última instância de fatos sociais. Assim, o debate ganhou novos contornos desde a primeira objeção de Dworkin, muito embora a questão precípua e sua importância tenham permanecido nos dias atuais, grosso modo, resumindo-se à questão de saber se apenas os fatos sociais determinam a validade e o conteúdo das normas jurídicas, ou se, além dos fatos sociais, também seriam determinantes os fatos de cunho moral (SHAPIRO, 2007, p. 54).

Apesar de Dworkin entender que as críticas não diferiam em essência, e que os argumentos apresentados inicialmente não chegaram a ser refutados pelos positivistas (DWORKIN, 2006), sugerimos o contrário, que há diferenças consideráveis em suas críticas que precisam ser observadas. Não obstante, antes de prosseguirmos aos seus argumentos, pensamos ser conveniente estabelecer as premissas gerais à tradição do positivismo jurídico.

## 2.2 As teses centrais do positivismo jurídico

Em que pesem as distintas contribuições, Marmor defende que o positivismo tem aspectos centrais que o definem enquanto uma tradição do pensamento jurídico. Podemos destacar três pontos, de acordo com o artigo *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral* (2006). Em primeiro lugar, segundo essa concepção generalista do positivismo, o direito é um meio e tem por finalidade funcionar como um instrumento de controle social (*social guidance*), e, dessa forma, pode ser legítimo ou ilegítimo, bom ou ruim no fim de guiar a conduta humana. Em segundo lugar, o direito é uma instituição social, e, portanto, sua validade, em última instância, é determinada por fatos sociais. Esse ponto é comumente chamado de tese dos fatos sociais, em uma denominação mais recente de tese das fontes sociais (*social fact thesis*). Em terceiro lugar, – o mais problemático *insight* do positivismo, como reconhece Marmor –, é o que se convencionou chamar de tese da separação (*separation thesis*), que em sua vertente mais moderada afirma que determinar conceitualmente o que é o direito não depende necessariamente da moral ou qualquer outro tipo considerações valorativas daquilo que o direito deveria ser em circunstâncias relevantes (MARMOR: 2006).

A problemática desse terceiro ponto não se restringe aos críticos do positivismo jurídico, uma vez que atinge os próprios positivistas, tendo em vista que o entendimento da tese da separação varia bastante entre os teóricos dessa tradição. Comumente, quando se fala em separabilidade entre direito e moral, se refere a vertente do positivismo jurídico inclusivo, isto é, que aceita a incorporação de critérios morais como fundamento de validade das normas jurídicas, a despeito de ser esta uma relação circunstancial, e, portanto, de forma alguma necessária; ao passo que, quando se fala em separação entre o direito e a moral, temos como referência a vertente do positivismo jurídico exclusivo, a qual Marmor subscreve, que defende que critérios morais, em nenhuma circunstância, determinam a validade das normas jurídicas.

Agora, um esclarecimento há de ser feito, conforme ressalta Marmor, o positivismo jurídico – seja de qual vertente for – não nega a existência de conexões entre o direito e a moral, a exemplo do *conteúdo* das normas necessariamente ser moral. Ou seja, não postula que o conceito do direito pode ser elucidado sem referência à moral ou que é papel dos juízes determinar o conteúdo do direito e aplicá-lo sem recorrer a juízos morais. Ambas assertivas estão equivocadas e não podem ser atribuídas ao positivismo de uma maneira geral, e tampouco ao positivismo exclusivo em particular. Isso porque, segundo Marmor, é preciso ter em mente o que o positivismo jurídico representa, qual seja: uma visão que tenciona entender e explicar o que o direito é e o que o torna um instrumento de controle social em especial (MARMOR, 2006:6).

Por isso, não se pode partir das premissas de que o positivismo jurídico defende a separação total entre valor e norma, porque o positivismo jurídico não pretende explicar o conceito do direito reduzindo-o a uma linguagem que não contém conteúdo ou referências à moral. Marmor reitera essa questão no artigo *What Is Law and What Counts As Law? The Separation Thesis In Context* (2017), onde procura estabelecer o cerne do positivismo partindo de um argumento de John Gardner a respeito da validade jurídica das normas, assim, buscando clarificar a relação entre direito e moral no contexto da tese da separação. O argumento é o seguinte: a validade de uma determinada norma jurídica, e, conseqüentemente, seu pertencimento a um dado sistema legal, em última instância, depende única e exclusivamente das suas fontes sociais, o que, por outro lado, implica dizer que considerações de mérito – seja o mérito das normas, seja o da autoridade que as decreta – não guardam qualquer relação com o fundamento de validade jurídica. Esse é o ponto central do positivismo para ele. Logo, podemos dizer que a tese da separação diz respeito a um único aspecto do direito, qual a seja, o da validade jurídica, de modo que não se nega, em absoluto, a relação entre direito e moral, como a presença de princípios morais de uma determinada comunidade figurarem no conteúdo

das normas, o que certamente seria absurdo e despropositado (MARMOR, 2017).

Há ainda uma outra distinção que se faz entre as teorias positivistas no nível metodológico, entre o positivismo normativo, como o de Jeremy Waldron, Frederick Schauer e Tom Campbell, que propõem como o direito deveria ser, com vistas a torná-lo uma prática social melhor; e do positivismo descritivo, como o de Hart, Coleman, Himma, Raz, Marmor Shapiro e Toh, cuja finalidade é oferecer a melhor descrição do direito, sem recorrer a juízos de valor acerca de sua legitimidade enquanto prática social, e, conseqüentemente, sem qualquer pretensão de aprimorar o objeto que é estudado. No entanto, essa vertente descritiva tem sofrido muita crítica, de modo que há teóricos que entendem que o positivismo foi, desde sempre, uma teoria prescritiva, sendo essa a única hipótese plausível de se defendê-lo (BUSTAMANTE, 2015).

Tomemos por contraponto o positivismo de Schauer em sua última versão para melhor ilustrar a metodologia empregada por Marmor. Schauer também compartilha do mesmo *insight* do positivismo exclusivo de diferenciar o direito de outros domínios, descrevendo-o como ele é; sendo que, ao mesmo tempo, ele tenta explicar como essa “diferenciação impacta e explica a maneira peculiar como juízes, advogados e outros operadores do direito argumentam e tomam decisões”. E vai além, ao propor um modelo que, em sua visão, é mais vantajoso relativamente aos demais, o que, por óbvio, revela uma dimensão normativa em sua teoria (STRUCHINER, 2017)<sup>4</sup>.

No entanto, conforme vimos, o traço distintivo das teorias positivistas para Marmor é tão somente fornecer uma explicação para o funcionamento do direito, o que equivale a reduzir os seus fundamentos de validade a fatos sociais, bastando observar que onde existe um sistema jurídico eficaz, a maioria dos participantes reputam as normas como vinculantes. Portanto, é incorreto associar o formalismo ao positivismo, se tivermos em mente que o positivismo de vertente descritiva divorcia as questões sobre a natureza do direito, das questões sobre argumentação jurídica prática e teoria da decisão. É crucial entender que essa explicação, ao tomar por base fatos sociais como os tipos de crenças e atitudes que internamente as pessoas compartilham, não culmina na aceitação pelo teórico do ponto de vista compartilhado por elas, ou que para reconhecer que uma regra social de fato exista, devemos tratá-la como tal

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, BUSTAMENTE, Thomas. In: A BREVE HISTÓRIA DO POSITIVISMO DESCRITIVO. O QUE RESTA DO POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE H. L. A. HART? **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 20 - n. 1 - jan-abr 2015: “O positivismo de autores como Frederick Schauer, Tom Campbell e Jeremy Waldron se apresenta como reconhecidamente “neobenthamista”, no sentido de que esses autores fundamentam o seu positivismo em uma tese normativa, fundada em razões de natureza política e moral acerca de como o direito deve ser construído pelo intérprete”.

(MARMOR: 2006).

## 2.3 Ataques de Dworkin ao positivismo jurídico

### 2.3.1 O argumento de “O Modelo de Regras I”

No *Modelo de Regras I*, nos deparamos com a primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico. O cerne dessa crítica poder ser assim sintetizado: a tradição juspositivista – que no seu sentir encontrava em H.L.A Hart sua mais sofisticada formulação – apresentava uma explicação incompleta do direito ao descrevê-lo como um conjunto exaustivo de regras preestabelecidas. Seu intuito era demonstrar, a partir de casos concretos, que o direito não era composto apenas de regras. Para além destes padrões normativos, existiam outros, com estrutura lógica distinta, os princípios, cuja validade jurídica derivaria de seu conteúdo, isto é, de suas propriedades morais intrínsecas, e não exclusivamente de fatos sociais, como propunham os positivistas de um modo geral.

Portanto, ao explicar o direito como um modelo de regras, essa tradição não explicava satisfatoriamente determinados aspectos da prática jurídica, quando contraposta aos direitos e obrigações dos membros de uma determinada comunidade. As premissas de seu argumento partiam de uma concepção geral de positivismo jurídico frente a essa problemática, concepção esta que ele delimitou em três teses, as quais, em sua visão, representavam o esqueleto da teoria de Hart e dos demais teóricos dessa tradição, sendo elas a (i) Tese do Pedigree, (ii) a Tese da Discricionariedade e a (iii) Tese da Obrigação. Para uma melhor compreensão de sua crítica, é útil apresentar cada uma delas e, em seguida, a forma pela qual se relacionam com alguns dos principais argumentos de Hart.

Com a Tese do Pedigree, Dworkin sustentou que o positivismo, grosso modo, esposava a ideia de que o direito equivale a um conjunto de regras que visa a guiar a conduta humana. Essas regras, que se impõem aos membros de uma comunidade sob o jugo de um aparato coercitivo, seriam identificadas pelos positivistas mediante um teste de pedigree, apto a diferenciar o direito de outros fenômenos sociais. Trata-se de um teste que preconizaria a forma pela qual as regras são adotadas no seio de uma comunidade, e não o conteúdo nelas contido. Assim, é por meio desses testes que os positivistas buscariam identificar as normas jurídicas, de modo a distingui-las de outros sistemas normativos, como o religioso e o moral.

Dessa noção advém a primeira das teses atribuídas ao positivismo por Dworkin<sup>5</sup>. Por certo, ao formular essa tese, Dworkin pretendia capturar a Regra e Reconhecimento de Hart.

Com a Tese da Discricionariedade, ele propõe outra característica comum às teorias positivistas, segundo a qual, na ausência uma regra clara e apta a solucionar um determinado caso concreto, os juízes ou autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas estariam autorizados a decidir não com base no direito, enquanto um conjunto exaustivo de regras explícitas e previamente estabelecidas, mas com base num poder discricionário, que lhes permitiria complementar uma regra existente ou criar uma nova. Em tais casos, os juízes estariam se utilizando de elementos extralegais para alcançar uma decisão diante da insuficiência das regras preexistentes.

Quanto à Tese da Obrigação, ele atribui às teorias positivistas a noção de que todos os direitos e obrigações jurídicas proviriam exclusivamente desse sistema jurídico, mediante a subsunção de situações fáticas a hipóteses previamente estabelecidas nas regras. Logo, dizer que alguém possui uma obrigação jurídica equivale a afirmar que estamos diante de um caso que se encaixa em uma regra juridicamente válida, que, por sua vez, impõe um dever de agir de determinada maneira. Por outro lado, quando o juiz julga com base no seu poder discricionário, ele não estaria dando cumprimento a um dever jurídico ou um direito.

### 2.3.1.1 *A textura aberta do direito em Hart*

Para entendermos melhor o escopo dessa crítica de Dworkin, faz-se necessária uma breve incursão na teoria de Hart. Na obra *O Conceito do Direito* (1961), Hart conceitua o direito como a união de regras primárias e secundárias, onde as primárias regulariam diretamente as condutas da comunidade, estabelecendo direitos e obrigações para os seus membros; ao passo que as secundárias disporiam sobre a forma pela qual as regras primárias seriam criadas, modificadas e extintas, é dizer, seriam regras sobre regras (HART, 1994, p. 79-81). Como exemplo de regras primárias, teríamos aquelas que proíbem matar ou conduzir um veículo além

---

<sup>5</sup> De acordo com Ronaldo Porto Macedo Jr. (2013, p. 160), Dworkin chama de Tese do Pedigree aquilo que os positivistas denominam de Tese das Fontes Sociais, a qual dispõe que os critérios últimos de validade do direito repousam em fatos sobre o comportamento ou crenças de um grupo de pessoas. Essa denominação aparece nos escritos de Joseph Raz e é utilizada por Dworkin na obra *A Justiça de Toga*. Não há, no entanto, consenso quanto à sua formulação entre positivistas. No debate contemporâneo por vezes ele também aparece com a denominação de Tese dos Fatos Sociais (*Social Fact Thesis*), em que pese ser postulada de diferentes formas por uma gama variada de teóricos, dentre os quais podemos citar Wil Waluchow (1994), Kenneth Himma (2001), Andrei Marmor (2006), Scott Shapiro (2007), Kevin Toh (2007), Jeremy Waldron (2009) e John Gardner (2012). No entanto, é digno de nota, conforme já principiava a resposta de Coleman (1982), que nenhum deles defende algo como a tese do pedigree.

do limite de velocidade permitido, na medida em que estabelecem obrigações aos jurisdicionados no sentido de fazer ou se abster de fazer algo; e das secundárias, as que estabelecem a competência do parlamento e os procedimentos para promulgar leis, assim como aquelas que estabelecem a competência do judiciário para julgar as demandas que lhe são submetidas e os procedimentos necessários para a sua consecução.

Essa distinção é importante, porquanto Hart, diferentemente de seu predecessor John Austin, não propôs como fundamento último de validade jurídica os hábitos de obediência a uma autoridade soberana capaz de impor comandos aos seus súditos sob ameaça da coerção, mas uma espécie de regra secundária (a qual denomina de Regra de Reconhecimento), suprema, isto é, que, em última instância, estabelecia os critérios para identificar as regras de um sistema jurídico, que seriam aceitas pela maior parte da comunidade. Assim, em toda comunidade que houvesse um sistema jurídico, haveria, dentre as regras secundárias, uma “regra de reconhecimento”, ou seja, uma regra social que especificaria os critérios formais para identificar as regras do sistema jurídico (HART, 1994, p. 94-96).

A despeito disso, ainda que a Regra de Reconhecimento especificasse os critérios para identificar as normas aplicáveis que compunham o sistema jurídico, haveria situações nas quais, inevitavelmente, não seria possível solucionar um caso com base nas regras preestabelecidas, em virtude daquilo que Hart denomina de “textura aberta” do direito. Segundo ele, essa impossibilidade decorreria dos limites inerentes à linguagem, de modo que não haveria como extrair todos os sentidos possíveis de uma regra e eliminar qualquer traço de vagueza ou indeterminação a partir do seu enunciado normativo. Como o direito é construído por meio da linguagem, haverá casos nos quais o enunciado de uma regra não guiará o sentido de sua aplicação, sobretudo diante de incapacidade humana de prever todas as contingências que possam efetivamente surgir, e com isso circunstâncias não contempladas pelo texto de antemão. Diante dessa limitação, os juízes se veriam obrigados a complementar o direito, preenchendo eventuais lacunas, modificando o escopo de uma regra já existente ou formulando uma nova, com base em um poder discricionário (HART, 1994, p. 123-136).

Dworkin, no entanto, sustenta que, ao fornecer uma tal explicação para o direito, Hart estaria deixando de considerar que existem outros padrões jurídicos que vinculam a atividade judicante, observáveis sobretudo em casos difíceis (*hard cases*), nos quais não se é possível identificar uma regra que seja apropriada para compor a lide. Devemos rejeitar a Tese da Discricionariade, segundo ele, pois, na prática, os juízes, ao depararem-se com uma tal situação, não agem como se estivessem livres para decidir de qualquer forma, como imbuídos

daquilo que ele denomina de discricionariedade judicial forte (DWORKIN, 1976, n.p.)<sup>6</sup>. Existe, para além das regras, pelo menos um tipo distinto de padrão jurídico, os princípios, que vincula a atividade judicante em tais circunstâncias, e cuja recorrente utilização por magistrados pode ser observada em diversos casos concretos. Por decorrência lógica, deve ser rejeitada a noção do direito enquanto um modelo de regras.

### 2.3.1.2 *A distinção entre regras e princípios*

A distinção lógica entre as regras e os princípios está sobretudo na forma pela qual elas guiam as decisões judiciais. Para Dworkin, regras são padrões normativos categóricos, aplicados a forma do “tudo ou nada”, de modo que uma dada situação fática ou se encaixa na hipótese estipulada, e, portanto, a regra se aplica ao caso, ou não se encaixa, e, conseqüentemente, a regra deixa de ser aplicada. Tomemos o exemplo do limite de velocidade de 60km/h permitido para um veículo trafegar em uma rodovia: nesse caso, ou o veículo está trafegando até o limite permitido e, dessa forma, não se sujeita a uma infração de trânsito, ou o veículo ultrapassa o limite permitido, e, portanto, sujeita-se à sanção prevista em lei. As regras podem ter exceções, diz ele, e quanto mais exceções forem previstas em uma regra, mais completo será o seu enunciado normativo. Dessa forma, uma característica das regras é que, teoricamente, elas podem ter todas suas exceções enumeradas aprioristicamente.

Os princípios, assim como as regras, são padrões normativos que apontam para decisões em um determinado sentido, mas de uma forma logicamente distinta, pois não são aplicáveis categoricamente a forma do “tudo ou nada”, e tampouco são passíveis de ser teoricamente enumeradas as situações nas quais eles poderiam incidir. Em vez disto, possuem uma dimensão de peso ou importância que influi no resultado da decisão. Dworkin cita como exemplo a máxima segundo a qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Embora esse princípio aponte em uma direção, ele não estabelece a priori as condições fáticas necessárias para sua incidência em casos concretos.

Por essas razões, não é possível determinar quais conseqüências jurídicas resultariam automaticamente da aplicação de um princípio, como ocorre com as regras. Quando princípios colidem, e em razão de sua estrutura lógico isso comumente acontece, deve-se

---

<sup>6</sup> Cf. SHAPIRO, 2006, p. 16: A interpretação de Dworkin, apesar de razoável, não é a melhor explicação da discricionariedade judicial defendida por Hart. Em sua visão, com a qual concordamos, o próprio Hart oferece uma explicação melhor para sua tese da discricionariedade, ao fundamentá-la como conseqüência inevitável da indeterminação do controle social (*social guidance*), de tal sorte que se mostra impossível transmitir padrões de conduta que a priori forneçam solução para todas as circunstâncias possíveis.

mensurar o peso que cada princípio tem em uma dada situação e optar pelo que seja mais relevante. Por outro lado, caso duas regras colidam (e não é comum que elas colidam), uma delas sempre será inválida, e como regras não possuem dimensão de peso, o conflito somente poderá ser solucionado recorrendo-se a outras regras ou até mesmo a princípios.

Para ilustrar melhor a diferença entre regras e princípios, e para demonstrar por que o positivismo não explicava satisfatoriamente a prática jurídica, Dworkin citou dois precedentes do direito norte-americano. Num deles, o caso *Riggs vs. Palmer*, de 1889, os juízes da Corte de Nova Iorque deveriam julgar se um neto apontado no testamento pelo seu avô faria jus à sua herança, após tê-lo assassinado. Ele nota que, embora a legislação testamentária não dispusesse acerca da proibição do herdeiro em receber a herança em situações como essa, e tampouco o testamento de seu avô, os juízes decidiram que o neto homicida não herdaria, pois as leis e os contratos, segundo a opinião majoritária, deveriam ser submetidos às máximas fundamentais da *common law*, as quais vedavam que alguém se beneficiasse da própria torpeza ou adquirisse propriedade mediante seus próprios crimes. A máxima que ninguém pode se valer da própria torpeza é um exemplo de princípio recorrente na teoria de Dworkin.

### 2.3.1.3 *A discricionariedade judicial e os princípios*

À luz dessas noções centrais, podemos retomar a crítica de Dworkin e acrescentar que naquela ocasião o argumento lançado por ele buscava refutar a tradição do positivismo ao demonstrar que o direito não se esgotava em um sistema de regras, na medida em que juízes também decidiam com base em padrões jurídicos em sua essência distintos, os princípios, que os vinculavam simplesmente em virtude do conteúdo – suas propriedades morais intrínsecas –, e não em razão de uma regra de reconhecimento, consubstanciada em um ou mais fatos sociais que os definissem como vinculantes.

Para Marmor, há duas conclusões importantes que precisam ser consideradas para que se possa entender os argumentos de Dworkin ao postular a existência de princípios jurídicos, quais sejam: i) em primeiro lugar, que o direito não se esgotaria, de modo que os juízes não possuiriam discricionariedade na ausência de regras claras, no sentido sustentado por Hart; ii) em segundo lugar, haveria uma classe distinta de normas jurídicas que não derivariam sua validade jurídica da regra de reconhecimento. Ao se conjugar essas duas observações, chegaríamos na noção de que a validade jurídica dos princípios dependeria em parte de verdades morais, e, assim, na ideia de que algumas normas jurídicas que fazem parte do sistema jurídico, de semelhante forma, dependeriam em parte da moral (MARMOR, 2010, p. 85).



Isso porque Dworkin afirma que, mesmo nos casos em que um princípio fosse vinculante em razão de um teste de pedigree, como uma espécie de suporte institucional por aplicações reiteradas pelas cortes judiciais, não seria possível formular uma regra estável para a sua aplicação com base nos critérios estabelecidos por uma regra fundamental (*master rule*), dada sua estrutura lógica, e por esta razão a Tese do Pedigree deveria ser abandonada. De acordo com Ronaldo Macedo Jr., a relevância do argumento está na ideia de que “os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante (MACEDO JR., 2013, p. 164).

É preciso observar, no entanto, que a leitura feita por Ronaldo Macedo Jr. enfatiza a relação entre esse argumento e as obras posteriores de Dworkin, de modo que, para Marmor, se considerado apenas o *Modelo de Regras I*, não estava claro como esses princípios seriam incorporados ao direito (MARMOR, 2010). O meio de sua incorporação pela argumentação interpretativa ficaria claro a partir de argumentos futuros, como aqueles presentes na coletânea *A matter of principle* (1985) e no *Império do Direito*.

De outro modo, se considerada a crítica do Modelo de Regras I isoladamente, e as divergências entre suas críticas, podemos chegar a uma constatação diferente. Conforme apontou o próprio Dworkin, a principal conclusão que podemos tirar da crítica do *Modelo de Regras I* é que, “ao eleger um teste fundamental para identificar as normas jurídicas, os positivistas estariam confundindo uma parte do conceito do direito pelo todo” (DWORKIN, 2013, n.p., tradução livre).

Há um importante *insight* aqui que destoa do *Império do Direito* e da *Justiça de Toga*. É que essa passagem conflita com o entendimento manifestado em obras futuras, tendo em vista que, naquele momento, Dworkin estava de acordo que o direito seria ditado em parte por um conjunto exaustivo de regras explícitas, cuja validade jurídica, em última instância, repousaria em fatos sociais, embora, claro, entendesse que haveria padrões normativos cuja validade jurídica não derivaria apenas de fatos sociais, mas de valores de moralidade política de uma comunidade, que guiariam as decisões judiciais na ausência de regras.

Foge ao escopo desse trabalho analisar pormenorizadamente as respostas positivistas à primeira crítica de Dworkin<sup>7</sup>. É suficiente para as finalidades aqui pretendidas apresentar brevemente algumas observações. Conforme ensina André Coelho, o teste do pedigree não é defendido por nenhum positivista na forma como Dworkin o propõe, de tal sorte

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, cf.: David Lyons, *Principal legal theories and positivism* (1977).

que até mesmo os positivistas excludentes admitem a criação de normas por analogia, ou seja, a criação de regras derivadas de outras regras, bem como a utilização de princípios morais. Diversamente, a Tese do Pedigree formulada por Dworkin determina que todas as regras são criadas diretamente por fontes autorizadas, ao passo que a Tese dos Fatos Sociais defende que, em última instância, as regras derivam de fatos sociais, sendo lícito supor a existência de regras não formuladas diretamente pelas fontes autorizadas, isto é, de forma indireta (COELHO, 2016, palestra).

Duas respostas positivistas a essas teses são dignas de nota, na medida em que levaram Dworkin a mudar o foco de seu argumento em escritos futuros: Raz, no artigo *Legal principles and limits of positivism* (1972), argumentou que o direito se esgotaria ainda que houvesse princípios morais, tendo em vista que o fato de juízes recorrerem a princípios em determinados casos não os incorporaria ao sistema jurídico. Portanto, a distinção entre esses sistemas normativos (o direito e a moral) permaneceria, da mesma forma que a aplicação de normas estrangeiras em determinadas circunstâncias não faria com que estas fossem incorporadas às normas de um sistema jurídico pátrio (RAZ, 1972). Jules Coleman, por outro lado, admitiu a possibilidade de incorporação de princípios jurídicos, que seriam logicamente distintos das regras, argumentando, no entanto, que, mesmo nesse caso, a validade jurídica desses princípios seria determinada por fatos sociais (MARMOR, 2010).

Nesse sentido, as respostas chegaram a variar entre duas vertentes de positivismo jurídico, com diferentes maneiras de se entender a tese da separação entre o direito e a moral. Por um lado, os positivistas exclusivos, como Raz e Marmor, afirmavam que critérios morais em nenhuma circunstância poderiam ser incorporados ao sistema jurídico. Assim, defenderam que apenas fatos sociais definiriam o direito em última instância, e quando observássemos em sistemas jurídicos julgamentos nos quais critérios morais fossem determinantes, como em casos de controle de constitucionalidade, assim o seria em razão de uma questão de desenho institucional, vale dizer, um fato social, que não encerraria em si uma característica essencial ao conceito do direito. Para os positivistas inclusivos, dentre os quais Coleman e Hart – se considerado o pós-escrito contido na segunda edição do *Conceito do Direito* –, critérios morais poderiam figurar entre os critérios últimos de validade jurídica, desde que a regra de reconhecimento assim estabelecesse, embora esta fosse uma relação contingencial, e não uma característica essencial ao direito.

### 2.3.2 O argumento de “O Modelo de Regras II”

Alguns anos após a publicação de seu primeiro ataque ao positivismo jurídico, em reação às críticas, Dworkin apresenta uma nova objeção. No artigo *O Modelo Regras II*, inicialmente publicado em 1972<sup>8</sup> e também presente na coletânea *Levando os Direitos a Sério* (1977), ele procurou afastar a ideia de que seu propósito em *O Modelo de Regras I* era identificar o direito como um conjunto exaustivo de regras e princípios, como equivocadamente supunham alguns. Conforme afirma, o cerne da crítica estava em demonstrar por que a prática jurídica não era passível de ser explicada unicamente por padrões jurídicos previamente estabelecidos e consubstanciados em fatos sociais (DWORKIN, 2013, n.p).

Ainda com essa finalidade em mente, uma nova objeção é desenvolvida, dessa vez centrada na premissa atribuída ao positivismo segundo a qual direitos e obrigações jurídicas existem em razão da convergência de comportamento e crenças de uma parcela de membros de uma comunidade, quanto ao reconhecimento dos direitos e obrigações, notadamente os juízes e as demais autoridades que aplicam o direito (*officials*). Essa nova objeção busca rejeitar a noção de que os direitos e obrigações derivariam de uma prática social uniforme:

It argues, in its strongest form, that no rights or duties of any sort can exist except by virtue of a uniform social practice of recognizing these rights and duties. If that is so, and if law is, as I suppose, a matter of rights and duties and not simply of the discretion of officials, then there must be a commonly recognized test for law in the form of a uniform social practice, and my argument must be wrong. (DWORKIN, 2013, n.p)

No *Modelo de Regras II*, em suma, Dworkin se lança a tarefa de demonstrar por que a “Regra de Reconhecimento” não explica adequadamente a normatividade do direito (DICKSON, 2007). A lógica guarda semelhança com a crítica empregada pelo próprio Hart à teoria de Austin, quando argumentou que hábitos de obediência eram incapazes de gerar direitos e obrigações. Ao postular que a validade de um sistema não tinha como ser explicada apenas apontando para o hábito dos súditos em obedecer ao soberano, Hart contra-argumentou que o fundamento de validade do direito estava, na verdade, na aceitação da regra de reconhecimento, que nada mais era do que uma regra social (HART, 1994, p. 99-108). É dizer, para um sistema jurídico existir, bastaria que a regra de reconhecimento fosse aceita e praticada pela maior parte dos membros da comunidade, donde se seguiria que o direito estaria fundado em práticas sociais.

---

<sup>8</sup> Social Rules and Legal Theory’ (1972) 81 Yale Law Journal 855-890.

De semelhante forma, uma das ideias centrais de Dworkin em *O Modelo de Regras II* está em apontar que não há como afirmar que regras sociais têm o condão de estabelecer deveres e obrigações jurídicas apenas reconhecendo que aquelas são aceitas e seguidas pela maior parte da comunidade (SHAPIRO, 2010). Para compreender a relevância dessa crítica, é preciso entender cada etapa do seu percurso argumentativo. Em cada uma delas, conforme se verá, Dworkin vai apontar dificuldades diversas que a formulação da regra de reconhecimento enfrentaria, oportunamente apresentando considerações e eventualmente reparos que essa regra social teria de sofrer para, ao menos, tornar-se plausível.

### 2.3.2.1 A Tese da Regra Social

O contraponto de Dworkin tem como ponto partida perguntas que já vinham sendo formuladas desde o *Modelo de Regras I*: em que circunstâncias surgem os direitos e obrigações jurídicas? E mais precisamente, o que faz com que juízes tenham obrigação de decidir de uma forma e não de outra? A resposta que ele extrai do *Conceito do Direito* é que esses deveres existem a partir de regras sociais que os estabeleçam enquanto tais<sup>9</sup>. Essas regras sociais, por sua vez, surgem a partir de práticas convergentes dos membros de uma comunidade, como podemos inferir da passagem adiante:

Deveres existem quando existirem regras sociais que os estabeleçam. Regras sociais existem quando as condições-práticas para tais regras sejam satisfeitas. Essas condições-práticas são satisfeitas quando os membros de uma comunidade se comportam de uma determinada maneira; esse comportamento constitui a regra social e impõe um dever. (...) A existência de uma regra social, e, consequentemente, a existência do dever, é uma mera questão de fato. (DWORKIN, 2013, n.p, tradução minha)

Em primeiro lugar, Dworkin argumenta que não podemos confundir regras sociais, do ponto de vista sociológico, com regras prescritivas, é dizer, que possuam o condão de impor um dever. Assim sendo, a única forma de explicar a existência de deveres a partir de regras sociais seria presumir que elas também estão fundadas em aspectos morais que as tornam prescritivas (SHAPIRO, 2010, p. 14).

Quando Hart fundamenta a validade do direito em uma regra social, a regra de reconhecimento, segundo Dworkin, ele não está apenas afirmando que a maior parte das pessoas a seguem, mas também que elas a aceitam. Se há aceitação é porque essa regra também

---

<sup>9</sup> Noção a qual posteriormente ficou conhecida como Practice Theory of Rules, J. Raz, Practical Reason and Norms, Norms (2nd edn., Princeton University Press, 1990).

está fundada em aspectos morais que impõem obrigações. Com isso, ele propõe que Hart está oferecendo tanto uma teoria geral da obrigação, como uma aplicação específica dessa teoria aos juízes e às decisões judiciais.

Assim sendo, Dworkin divisa duas vertentes dessa teoria que vai chamar de *Tese da Regra Social*: (a) em sua vertente mais forte, essa tese dispõe que toda obrigação moral existe em razão de uma regra social correlata, assim como a aceitação da prática que essa regra descreve; (b) já a vertente mais moderada, dispõe que somente às vezes será o caso de existir uma regra social quando se afirmar a existência de uma obrigação moral. Para Dworkin, não ficou claro a qual dessas vertentes Hart teria subscrito em *O Conceito do Direito*.

Assim, em uma primeira investida quanto a esse ponto, ele argumenta que a *Tese da Regra Social* em sua vertente mais forte não se sustentaria, pois não conseguiria explicar adequadamente todos os casos em que as pessoas apelassem a obrigações morais, ou mesmo os casos nos quais apelassem a regras sociais para defender a existência de deveres. Isso porque, é possível antever situações nas quais se poderia afirmar a existência de obrigações morais sem uma regra social correlata. Ele oferece o seguinte exemplo: um vegetariano pode falar na existência de uma obrigação moral de não comer carne, sem que haja na sociedade uma prática social nesse sentido. E nessa circunstância o vegetariano estaria afirmando que uma obrigação moral já existe, e não que ela deveria existir. Por conseguinte, a única forma plausível de se defender a *Tese da Regra Social* seria mitigando-a para explicar a imposição de obrigação apenas em casos nos quais a comunidade de um modo geral concordar sobre a existência de um tal dever ou obrigação moral, de modo que a tese não se aplicaria ao caso do vegetariano.

A segunda observação é que, mesmo restringindo a tese para os casos em que a maior parte da comunidade concorda sobre a existência de um dever, a teoria de Hart ainda permaneceria problemática pois não distinguiria entre dois tipos de moralidade social, o que Dworkin ilustra a partir duas situações distintas. Na primeira delas, ele utiliza o exemplo da regra de etiqueta de se retirar o chapéu ao entrar na igreja (um dos exemplos de Hart). Nesse caso, diz ele, os fiéis acreditam que cada pessoa deve retirar o chapéu ao entrar na igreja porque assim se convencionou, e, portanto, tratam a concordância em torno dessa prática como razão para invocar a regra. Logo, eles apresentam uma moralidade convencional (*conventional morality*). Eles acreditam que o dever somente existe em função de uma prática social, tratando-se, pois, de uma convenção social.

Na segunda hipótese, ele cita a regra de não mentir. Nesse caso, também há convergência de comportamento e aceitação pela maior parte da comunidade, no entanto, as pessoas acreditam que não devem mentir, e creem que esse dever persistiria ainda que a maioria

mentisse. Logo, quando a concordância não é tratada como condição necessária para se afirmar o dever, eles apresentam uma moralidade concorrente (*concurrent morality*). O dever existiria ainda que não fosse praticado, e, portanto, independe de convenções sociais.

A crítica de Dworkin é que a teoria de Hart não distingue entre essas duas situações. Em ambos os casos as condições práticas são satisfeitas, uma vez que vai haver convergência de comportamento e aceitação de uma regra pela maioria das pessoas, mas somente em uma delas a prática social serviria de fundamento para se afirmar um dever. Mais uma vez a tese precisa ser modificada, para alcançar apenas os casos onde houvesse uma moralidade convencional, de tal sorte que somente nesses casos o dever seria constituído em razão da prática social. Nos demais, os deveres seriam afirmados ainda que não houvesse uma prática social, e com isso não se encaixariam no conceito de regra de reconhecimento. Com isso, ele busca demonstrar que nem todas as obrigações morais dependem de práticas sociais para existir.

Por fim, há ainda uma terceira investida que Dworkin faz: a inadequação da tese persistiria mesmo quando aplicada apenas aos casos de moralidade convencional, ou seja, aos casos nos quais as pessoas considerassem uma prática social como necessária para constituir um dever, como o de retirar o chapéu ao entrar na igreja. Assim, mesmo limitada aos casos de moralidade convencional, a *Tese da Regra Social* não conseguiria explicar as situações em que as pessoas discordassem sobre a abrangência do dever convencional, por exemplo: deveriam os bebês também retirar os bonés? Como afirma:

[...] quando pessoas afirmam a existência de regras normativas, mesmo nos casos de moralidade convencional, elas tipicamente afirmam regras que variam de escopo e detalhe, ou que, em alguma circunstância, iria diferir se cada qual articulasse a regra de forma mais detalhada. No entanto, duas pessoas cujas regras destoam, ou destoariam se desenvolvidas detalhadamente, não podem estar apelando a uma mesma regra social, e pode ser que ao menos uma delas não estará apelando a regra social nenhuma (DWORKIN, 2013, n.p, tradução minha).

Dessa forma, a tese da regra social teria de ser reformulada. Dworkin cita algumas possibilidades: em uma delas, a tese teria de propor a existência de uma regra social a partir de uma formulação verbal de seus deveres, que, por seu turno, possibilitaria divergência ao ser aplicada. Nessa hipótese, assim como nas demais, a tese perderia sua capacidade explanatória conforme proposta por Hart. (DWORKIN, 2013, n.p).

### 2.3.2.2 A Teoria Prática das Regras e a Tese da Convencionalidade

Conforme visto, em sua visão, a regra de reconhecimento não explica a normatividade do direito. Além disso, há outra dimensão de sua crítica que se volta contra a noção de uma prática social convergente como condição necessária e suficiente para se reconhecer direitos e obrigações, tendo em vista que ela não explicaria situações de controvérsia, seja sobre a existência de uma obrigação, ou sobre a sua abrangência. É importante observar que o *Modelo de Regras II* representa a primeira versão de uma crítica que seria aprimorada no *Império do Direito*, denominada por alguns de Tese da Controvérsia<sup>10</sup>.

Em síntese, essa crítica propõe que a “Regra de Reconhecimento” é incapaz de explicar as controvérsias que abundam na prática jurídica, de modo que não só advogados como juízes frequentemente divergem quanto à solução a ser tomada em determinados casos concretos. Na melhor das hipóteses, essa noção seria insuficiente para explicar a validade do sistema jurídico como um todo. Afinal, se é dessa prática social uniforme que em última instância as normas derivam sua validade, como poderia ela explicar apenas os casos em que houvesse um consenso entre as autoridades? Como explicar o fundamento do direito por meio de convenções sociais diante de frequentes desacordos? Como esclarece Kenneth Himma:

[...] toda forma plausível de convencionalismo implica um elemento cognitivo porque uma convenção nunca pode ser estabelecida apenas por comportamento convergente; a existência de uma convenção requer, no mínimo, aquiescência – e isso implica alguma ciência do conteúdo dos critérios de validade. Uma vez que a Tese da Convencionalidade requer entendimento compartilhado do conteúdo dos critérios de validade, a existência de desacordo entre os participantes acerca dos fundamentos do direito apresenta uma quebra-cabeça que requer uma explicação teórica [...]. (HIMMA, 2002, p. 149, tradução livre)

Jules Coleman propõe uma solução para essa objeção no artigo “*Negative and Positive Postivism*”, de 1982, partindo da ideia de que a regra de reconhecimento é uma convenção social, como propunha Dworkin, de modo que é preciso haver entendimento entre as autoridades acerca dos padrões que constituem essa regra, o que, todavia, não preclui desacordos quanto à aplicação desses padrões a casos concretos. Seu argumento partia da distinção entre disputas sobre os padrões que constituem a regra de reconhecimento e disputas

<sup>10</sup> Nesse sentido, aduz MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (2013, p. 190-191): “Em ‘O modelo de regras II’ Dworkin [...] introduz um refinamento teórico a seu argumento, que será ampliado em *O império do direito* alguns anos mais tarde. Nesse artigo, ele apresentou a primeira versão expressa da teoria da controvérsia. Segundo Dworkin, a afirmação de que uma regra de reconhecimento é capaz de servir de critério de validação das regras ou princípios desconsidera o fato de que normalmente as disputas jurídicas envolvem controvérsias acerca da própria regra de reconhecimento”

sobre quais proposições satisfariam esses padrões. No primeiro caso, a disputa seria sobre o conteúdo da regra de reconhecimento, enquanto no segundo, seria sobre sua aplicação (SHAPIRO, 2007). Nesse sentido, os casos narrados por Dworkin deveriam ser entendidos como disputas sobre a aplicação da regra de reconhecimento, e, por essas razões, a crítica de Dworkin não subsistiria (COLEMAN, 1982, p. 139-156).

Além disso, em casos controversos, Coleman admitia a possibilidade de haver uma convenção entre os juízes de julgar as demandas recorrendo-se a princípios morais, os quais seriam tidos como normas jurídicas válidas. Portanto, ainda que juízes divergissem quanto aos princípios morais em casos difíceis, assim estariam agindo em virtude de um fato social, tido pela comunidade como vinculante, o que levaria Dworkin a estar equivocado em ambas objeções, seja no Modelo de Regras I, seja no Modelo de Regras II. Essa perspectiva foi endossada por Hart, conforme se verifica do pós-escrito presente na segunda edição do *Conceito do Direito* (HART, 1994, p. 252-264).

Com efeito, no póstumo e inacabado pós-escrito, Hart aceitou a distinção traçada por Dworkin entre moralidade convencional e concorrente, passando a compreender a Regra de Reconhecimento como uma convenção social<sup>11</sup>. Diversamente das demais regras do sistema jurídico, a regra de reconhecimento seria uma regra judicial costumeira, uma espécie de consenso judicial, cuja existência derivaria da aceitação e da prática convencional de juízes na identificação e aplicação das normas, o que ficou conhecido como a Tese da Convencionalidade (HART, 1994, p. 256). Além disso, Hart também endossou a tese de que princípios morais poderiam ser incorporados ao direito, desde que assim dispusesse a regra de reconhecimento, passando a ser considerado como um positivista inclusivo, a exemplo de Coleman, Himma, Waluchow, Kramer, dentre outros.

---

<sup>11</sup> A Tese da Convencionalidade possui, ainda, duas vertentes: uma forte, a qual sustenta que a regra de reconhecimento impõe deveres às autoridades encarregadas de aplicar o direito, defendida por Coleman, e uma moderada, a qual não admite a existência de tais deveres, defendida por Raz (HIMMA, 2002). Não obstante, essa leitura convencional da regra de reconhecimento não é aceita por outros teóricos. Nesse sentido, cf. Julie Dickson: “[i]nsofar as Hart did accept in the 'Postscript' Dworkin's criticism that the practice theory of rules cannot explain how rules establish reasons for action or duties, then, it would thus seem to have been more in keeping with his position in the 1st edition of *The Concept of Law* if, in response, he had acknowledged that he did not seek to explain the reasons judges have for accepting the rule of recognition as binding, and had made it clear that the elements which he regards as necessary existence conditions of that rule were never intended to supply such an explanation” (DICKSON, 2007, p. 388).



### 2.3.3 O argumento de “O Império do Direito”

No *Império do Direito*, Dworkin consolida uma alternativa à tradição dominante do positivismo a partir de uma reflexão mais aprofundada sobre os aspectos controvertidos da prática jurídica, bem como o meio adequado para explicá-las. Para tanto, ele desenvolve o argumento inicialmente apresentado em *O Modelo de Regras II*, reiterando que o positivismo jurídico é incapaz de explicar as controvérsias presentes em circunstâncias relevantes da prática jurídica. Para além de lançar novas críticas, uma nova vertente na teoria do direito é proposta, alicerçada em um método próprio de se conceber o fenômeno jurídico, que ele chama de interpretativismo (*interpretivism*). Por essas razões, o *Império do Direito* é tido por boa parte da literatura como sua obra prima, por inaugurar uma nova vertente na teoria do direito, paralela ao positivismo jurídico e ao jusnaturalismo, sendo este o marco definitivo da segunda fase do seu pensamento.

Um dos pontos nevrálgicos da crítica ao positivismo repousa no fato de o direito ser apresentado como uma prática social. No *Império do Direito*, ele identifica por que ocorrem e de que tipo são as controvérsias, que seriam causadas pelo caráter argumentativo da prática jurídica. Ao estudar a estrutura dos argumentos utilizados por juristas para reivindicar direitos e obrigações, Dworkin observou dois tipos diferentes de proposições utilizadas na argumentação jurídica. Ele as dividiu em proposições jurídicas de um modo geral (*propositions of law*), enquanto assertivas sobre quais direitos, deveres e poderes que as pessoas afirmam ter; e (b) fundamentos do direito (*grounds of law*), um tipo mais fundamental de proposição jurídica, que serve de pressuposto para que as primeiras sejam consideradas verdadeiras.

A partir dessa distinção, na qual as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas em virtude de proposições mais fundamentais, Dworkin extrai uma outra, que estabelece a diferença entre dois possíveis tipos de desacordos: os empíricos (*empirical disagreements*) e os teóricos (*theoretical disagreements*). Como o nome sugere, os desacordos serão empíricos quando a divergência recair sobre fatos brutos, como no caso de saber se o quórum de determinada emenda constitucional foi ou não atendido, este um fato empírico passível de verificação.

Portanto, a proposição segundo a qual é proibido trafegar acima de 50km/h não pode ser reputada como verdadeira sem que antes os membros do parlamento tenham aprovado uma legislação estabelecendo tal limite de velocidade. Essa última proposição representa um fundamento do direito sobre a qual a primeira se assenta e da qual depende para afirmar-se verdadeira. Nesse caso em particular, qualquer desacordo em torno de sua veracidade pode ser

resolvido recorrendo-se a fatos empíricos, a saber, se uma tal legislação foi de fato promulgada. Esse tipo de desacordo, por óbvio, não apresenta qualquer óbice ao positivismo. Ao contrário, pois, segundo Dworkin, o positivismo propõe que os fundamentos do direito derivam exclusivamente de simples questões de fatos.

Por outro lado, quando a divergência recair sobre questões de moralidade política, como no caso de aferir se segregação racial nas escolas e no transporte público violariam o direito constitucional de igualdade perante a lei, ou ainda, de determinar os limites da liberdade de expressão frente a discursos de ódio em uma democracia contemporânea, os desacordos derivariam dos próprios fundamentos do direito, os quais, por sua vez, não poderiam ser apreendidos apenas com remissão a fatos empíricos. O principal argumento do *Império do Direito* está alicerçado em cima desse tipo de controvérsia que, em sua visão, é bastante frequente na prática jurídica.

O percurso argumentativo que ele divisa, sobretudo no primeiro capítulo da obra, busca demonstrar a inadequação do positivismo e das demais teorias semânticas frente a genuínos desacordos que abundam na prática jurídica, em razão da natureza interpretativa do direito, que é incapaz de ser apreendida pela teoria de Hart. A análise perpassa, assim, casos concretos nos quais Dworkin tenciona demonstrar que a forma de argumentar entre os diferentes atores envolvidos evidencia divergências profundas, concernentes aos próprios fundamentos do direito, que não repousam sobre fatos empíricos (DWORKIN 1986, p. 15-30). Por via de consequência, o seu prognóstico é que, como a cortesia, o direito encerra um conceito interpretativo, que permite diferentes interpretações por parte de quem dele se utiliza. É nesse momento que o autor busca entender a natureza da interpretação e os estágios do processo do que denomina de interpretação construtiva (DWORKIN, 1986, p. 45-86).

No primeiro capítulo do *Império do Direito*, Dworkin elenca duas razões para as teorias positivistas serem incapazes de explicar os desacordos teóricos. A primeira razão decorre de o positivismo esposar uma perspectiva que trata os fundamentos do direito como determinados apenas por fatos históricos, a exemplo de precedentes judiciais e promulgação de leis, o que faz, por via de consequência, que as proposições jurídicas sejam verdadeiras somente em virtude de fatos desse tipo. Por essa perspectiva, o positivismo admitiria apenas desacordos empíricos. Portanto, em sua visão, o positivismo jurídico ressurte como uma teoria que adota o ponto de vista de fatos históricos (plain fact view):

Esta [perspectiva] sustenta que o direito depende apenas de questões de fatos históricos, que o único desacordo plausível sobre o direito é um desacordo empírico sobre o que as instituições decidiram no passado, e aquilo que eu chamei de

desacordos teóricos é ilusório, sendo melhor compreendido como um argumento não sobre o que o direito é, mas sobre o que o direito deveria ser. (DWORKIN, 1986, p. 31, tradução livre)

A segunda decorre do fato de o positivismo ser uma teoria semântica do direito (*semantic theory of law*), que, a princípio, ele descreve como uma teoria que almeja explicar o fenômeno jurídico mediante usos linguísticos compartilhados da palavra “direito”. Segundo esse raciocínio, é característico dessas teorias, de um modo geral, que o conceito de direito está associado a critérios semânticos compartilhados pela comunidade. Podemos observar essa concepção na seguinte passagem:

Filósofos que insistem que todos os advogados seguem certos critérios linguísticos para julgar proposições jurídicas [...] produziram teorias identificando esses critérios. Eu vou chamar essas teorias coletivamente por teorias semânticas do direito. [...] John Austin, por exemplo, [...] afirmou que estava explicando o “significado” do direito. Quando filósofos da linguagem desenvolveram teorias do significado mais sofisticadas, os teóricos do direito ficaram mais cautelosos com as definições e passaram a afirmar que, em vez disto, estavam explicando o “uso” de conceitos legais. (DWORKIN, 1986, p. 32, tradução livre)

É importante observar que as críticas às teorias positivistas inseridas nessa complexa e intrincada obra possuem tanto aspectos metodológicos como substanciais. Dentre eles, seu argumento principal está na inadequação do método positivista, que se mostraria incapaz de explicar a natureza do direito por adotar uma abordagem que se atém a fatos históricos e de jaez convencionalista, isto é, que sustenta que os fundamentos de validade do direito em qualquer comunidade jurídica seriam determinados por decisões passadas e pelo consenso havido entre as autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas (DWORKIN, 1986, p. 7-46).

Em sua visão, o cerne dos desacordos teóricos não repousa sobre fatos empíricos apenas, mas sobre questões abstratas. Daí porque a validade jurídica, em sua visão, não será determinada apenas por fatos sociais, mas sofrerá influência dos valores de moralidade política da comunidade a qual pertencem. Logo, essas noções positivistas seriam incompatíveis com o fato de que os próprios juízes frequentemente divergem sobre proposições fundamentais do direito. Assim, divergem sobretudo em função de o direito ser uma prática argumentativa, que possibilita diferentes interpretações sobre aspectos centrais das normas jurídicas, que não derivariam de fatos sociais. Por essas razões, os desacordos teóricos a que alude não ocorrem porque o enunciado normativo é vago ou indeterminado do ponto de vista semântico, e tampouco porque as autoridades divergem quanto à ocorrência de determinados fatos empíricos, mas pelo fato de o direito ser fundamentalmente um conceito aberto à interpretação.

Interpretar o direito equivale a interpretar uma prática social de modo a apresentá-la sob sua melhor luz, sendo essa a razão de nos depararmos com genuínos desacordos em torno da aplicação das normas jurídicas.

Não obstante, essa natureza interpretativa do direito foi em larga escala ignorada pelas teorias do direito anteriores, as quais Dworkin denominou de teorias semânticas, por entender, grosso modo, que elas adotavam o equivocado pressuposto de que o conceito do direito seria determinado por critérios linguísticos compartilhados, indicando, com isto, que os fundamentos de um sistema jurídico teriam de ser igualmente compartilhados pela comunidade, de tal modo a não permitir divergência em torno de seus aspectos centrais. Todavia, após analisar formalmente a estrutura das proposições jurídicas formuladas pelos juristas em casos paradigmáticos, Dworkin estava convencido do contrário.

É importante notar que, de acordo com esse modelo de interpretação, não há nenhuma diferença, em essência, entre a interpretação de um teórico e a interpretação de um juiz. Ao formular proposições jurídicas, ambos estarão interpretando uma prática social, de modo a mostrá-la sob sua melhor luz, dentro do gênero ao qual pertence (DWORKIN, 1986, p. 52). É dizer, sua tese metodológica toca à própria natureza da teoria do direito, partindo do pressuposto que, para interpretar adequadamente uma prática social argumentativa como o direito, também se faz necessário atribuir-lhe uma finalidade (*point*), o que implica que o teórico não poderá se limitar à condição de um observador externo, esquivando-se de juízos de valor sobre a prática (DWORKIN, 1986, p. 90-96).

Nesse contexto, a teoria do direito não mais se aparta, mas, ao contrário, serve de *prólogo silencioso* a qualquer teoria da decisão. A relação entre teoria e prática é tamanha, que o teórico que pretenda explicar o direito, precisa interpretá-lo do mesmo ponto de vista de um participante dessa prática. Só assim será possível descrevê-la satisfatoriamente. Da mesma forma, toda decisão judicial será para ele, pelo menos em parte, filosofia do direito (DWORKIN, 1986, p 90).

Ou seja, tanto a teoria do direito como o direito enquanto prática social argumentativa serão mediadas pela interpretação construtiva. Nessa esteira, a nível metodológico, podemos resumir seu argumento central na necessidade de se formular uma teoria que se adeque à natureza do direito, enquanto objeto de estudo, implicando na necessidade de se considerar a etapa ou dimensão de adequação (*fit*) do processo de interpretação construtiva. A teoria que ele formula e propõe é ‘o direito como integridade’. A partir dessa concepção, “os argumentos da teoria do direito são melhor compreendidos

enquanto argumentos sobre até que ponto e de que forma decisões [...] passadas justificam o uso da coerção pública” (DWORKIN, 1986, p. 96, tradução livre).

### **2.3.4 O argumento de “A Justiça de Toga”**

Com o *Império do Direito*, o alvo das críticas de Dworkin passa definitivamente a ser o método do positivismo adotado por Hart, ao buscar demonstrar sua inadequação frente a natureza do direito, que seria uma prática social argumentativa. Na coletânea de ensaios *A Justiça de Toga* (2006), ele volta a defender o interpretativismo, respondendo a críticas de uma pletera de teóricos com os quais debateu sobre os fundamentos de sua teoria. Além de apresentar novos argumentos, Dworkin responde ao pós-escrito de Hart, disposto na segunda edição de *O Conceito do Direito*, de 1994, reforçando a inadequação da metodologia descritiva e moralmente neutra, que ele passa a denominar de positivismo analítico.

Por óbvio, a reflexão central ainda permeia a relação entre direito e moral, ou em suas palavras, como e em que medida convicções morais influenciam as decisões judiciais. O debate, que àquela altura já estava revestido de um viés eminentemente metateórico, permanecia debruçado acerca da metodologia mais adequada para explicar o funcionamento do direito, embora, claro, esse método fosse aferido em virtude do caráter ou natureza atribuída ao direito enquanto prática social, logo, em virtude de aspectos substanciais de sua teoria.

#### **2.3.4.1 Uma nova gramática de conceitos**

Dentre os argumentos apresentados na coletânea, observamos uma nova conceitografia, com a qual Dworkin procura distinguir os diversos tipos de conceitos de direito que figuram nos discursos práticos e teóricos, bem como as funções que eles costumam apresentar, a fim de determinar de que forma se adequam a uma teoria sobre a natureza do direito. Como esclarece Ronaldo P. Macedo Jr, trata-se de “um quadro mais amplo e sofisticado dos tipos de conceito” que o termo direito pode ensejar, visando a evitar confusões semânticas em torno do tema (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 241/245).

Nesse sentido, Dworkin afirma que o direito pode figurar no discurso como quatro tipos de conceitos, sendo eles: (a) conceito doutrinal, pelo qual se formulam proposições jurídicas sobre o que o direito de uma comunidade requer, proíbe ou permite; (b) um conceito sociológico, utilizado para descrever o direito de uma perspectiva externa, com o objetivo analisar se uma determinada comunidade possuía direito, a partir de critérios como o uso de

aparato coercitivo; (c) um conceito taxonômico, utilizado por alguns filósofos do direito para distinguir entre padrões jurídicos e padrões morais ou políticos, a partir de numa noção sociológica de direito; e (d) um conceito aspiracional, por meio do qual se busca determinar o que o direito deveria ser a partir de um ideal de Estado de Direito (*rule of law*). Em certas circunstâncias esses tipos de conceitos se interrelacionam.

De toda sorte, ele propõe com o interpretativismo que em certa medida o direito depende de valores que derivam do conceito aspiracional. Embora Dworkin rejeite a ideia de que leis injustas não possam ser válidas, ele defende uma relação moderada entre o conceito de justiça e o de validade jurídica. Portanto, embora sua teoria geral do direito ofereça uma descrição sobre o que é o seu objeto, ao mesmo tempo ela sustenta que determinar o que esse objeto deveria ser é uma etapa importante para que se possa entender como a prática jurídica de fato funciona.

A despeito das interseções entre esses tipos de conceitos, o seu interesse maior reside no conceito doutrinal do termo direito, e é a partir dele que Dworkin busca entender se considerações morais podem o figurar entre os critérios de validade das normas jurídicas, ou dito de outra maneira, se elas podem figurar como condições de verdade (*truth conditions*) das proposições jurídicas. Esse argumento esclarece algumas questões do *Império do Direito*, na medida em que sustenta ser possível analisar o direito como um conceito sociológico, desde que a teoria não tenha por finalidade explicar sua natureza, pois aí seria, segundo ele, uma teoria de pouca relevância.

#### 2.3.4.2 A anatomia de teorias do direito e o caso da Sra. Sorenson

Para saber como os quatro tipos de conceito costumam figurar nas diversas teorias do direito, Dworkin lança mão de quatro estágios ou dimensões que representam artificialmente a anatomia do processo de criação teórica. Decerto, essa anatomia artificial representa uma estratégia para apontar as principais divergências teóricas e eventuais inadequação do positivismo, função esta que era desempenhada pelo modelo de interpretação construtiva no segundo capítulo do *Império do Direito*. Os quatro estágios, quais sejam (i) semântico, (ii) teórico, (iii) doutrinal e (iv) decisional, levam em consideração as questões metodológicas que animam uma teoria geral do direito, trazendo à lume os principais pontos de contenda entre elas, conforme explica:

Qualquer teoria geral deve responder a antiga pergunta do que é o direito. No entanto,

essa pergunta antiga [...] impõe duas questões distintas. A primeira é metodológica: Que tipo de teoria conta como uma resposta a essa pergunta? Teorias gerais do direito são teorias descritivas? Fazem elas parte de análise conceitual? Se assim for, o que faz uma análise de um conceito melhor do que outra? São elas teorias políticas normativas? Se assim for, o que faz com que uma teoria do direito seja diferente de uma teoria do que o direito deveria ser? [...] A segunda pergunta é óbvia. Uma vez que uma teoria do direito tenha assumido uma posição sobre a questão metodológica, ela deve responder a uma pergunta substantiva. Dado o que uma teoria do direito deveria ser, qual teoria do direito seria a mais eficiente? (DWORKIN, 2006, p. 242, tradução minha)

Para compreender a repercussão das diferentes respostas e o de que modo teorias do direito rivais como o positivismo analítico e o interpretativismo repercutem sobre a compreensão da prática jurídica, ele apresenta um caso judicial hipotético, o da Senhora Sorenson, que teria sofrido danos a sua saúde em virtude de um medicamento, que ele chama de “*inventum*”, no qual o papel da moral é posto em evidência:

A senhora Sorenson sofreu graves danos no coração. No entanto, ela não pode provar qual empresa farmacêutica fabricou as pílulas que tomou: sem dúvida, ela tomou pílulas feitas por uma ou mais das muitas empresas que fabricaram *inventum*, mas também sem dúvida não tomou pílulas fabricadas por algumas delas. Ela simplesmente não consegue se lembrar e não consegue descobrir qual era qual. Os advogados da Sra. Sorenson processaram todas as empresas farmacêuticas que fabricaram *inventum* durante o período em que ela tomou esse medicamento; eles argumentam que, diante da impossibilidade de se determinar quantas pílulas, das quais ela tomou, foram fabricadas por cada fabricante, a lei deveria ser entendida para tornar cada uma delas responsável por uma parte de seus danos, na proporção de *market share* das vendas de *inventum* durante os anos pertinentes. (DWORKIN, 2006, p. 7-8, tradução livre)

Os advogados das empresas farmacêuticas contestaram, alegando que, de acordo com a lei, nenhuma delas seria responsável pela reparação do dano, uma vez que não havia sido comprovado qualquer nexos causal, de tal sorte que ela não faria jus a uma reparação, a menos que provasse qual ou quais das empresas teriam sido responsáveis por suas lesões. Assim como fizera nos casos concretos apresentados no *Império do Direito*, Dworkin propôs que nenhum dos advogados desse caso hipotético se utilizou de proposições jurídicas sobre o que o direito deveria ser, mas sobre o que de fato ele era. Não sustentavam suas causas com base numa concepção de justiça, propondo que a lei fosse afastada. Logo, para saber qual lado está correto

em sua reivindicação, a pergunta que se punha era em verdade sobre o que determinaria o direito na jurisdição da Sra. Sorenson.

Após determinar que sua teoria está preocupada com o conceito doutrinal do direito, ele busca diferenciar as diferentes funções que conceitos de uma forma geral podem desempenhar. Assim, no estágio semântico, o primeiro de uma produção teórica, é preciso identificar a função que o conceito doutrinal de direito apresenta: se um conceito *criterial*, como o de homem casado e divorciado; se um conceito *natural*, como tigre e água; ou *interpretativo*, como justiça, democracia e beleza. O conceito interpretativo, assim como o criterial, requer que as pessoas compartilhem uma prática, de tal sorte que as pessoas devem convergir em tratá-lo como um conceito interpretativo, mas diferentemente do criterial, não impõe que também haja convergência em sua aplicação. Conforme expõe, um conceito interpretativo requer uma teoria interpretativa.

É fácil perceber que, na visão de Dworkin, o conceito criterial seria a opção do positivismo analítico quanto ao conceito doutrinal do direito; o natural, do jusnaturalismo; e interpretativo, do interpretativismo. A depender da função alocada nesse primeiro momento, teríamos uma diferente teoria no próximo estágio. Como Dworkin parte de um conceito interpretativo no estágio semântico, ele precisa construir uma teoria que seja apropriada à função escolhida. Portanto, em sendo o direito um conceito interpretativo, as pessoas teriam de interpretá-lo atribuindo-lhe valor e propósito a fim de continuar a prática da melhor forma possível. Nesse caso, a influência da moral será determinante, e, dessa forma, ele busca apresentar o conjunto de valores que melhor justificam a prática. É importante notar que esses valores que justificam a prática serão extraídos do conceito aspiracional de direito, isto é, aquele que versa sobre como a prática deveria ser, a partir da moralidade política de uma comunidade.

No estágio doutrinal, a teoria deve apresentar os pressupostos que tornam verdadeiras as proposições jurídicas. Os pressupostos oferecidos pelo interpretativismo partem dos valores identificados no estágio teórico. Assim, ele sugere que, para determinar o que conta como direito, faz-se necessário oferecer uma interpretação que se baseie no valor de integridade. Portanto, serão verdadeiras as proposições “que derivem de princípios de moralidade pessoal e política que forneçam a melhor interpretação de outras proposições jurídicas geralmente consideradas verdadeiras da prática jurídica contemporânea” (DWORKIN, 2006, p. 14). Por óbvio, uma tal opção implicaria uma diferente forma de abordar o caso da Sra. Sorenson. Não se segue, todavia, que a Sra. Sorenson vai fazer jus à indenização, apenas por se optar pelo direito como integridade.

No quarto e último estágio, o decisional, o teórico deve se debruçar sobre a decisão



a ser tomada, onde surge a questão de saber se o juiz deve agir de forma contrária ao estágio anterior, em razão de a moral requerer que o direito identificado não seja aplicado ao caso concreto. O conceito interpretativo oferecido no estágio semântico pressupõe que as proposições jurídicas identificadas no estágio doutrinal limitam a forma como deve ser exercido o poder judicial, de tal sorte que há expectativa de que elas sejam cumpridas, e somente em situações bastante excepcionais poderia o juiz ignorar o direito.

Conforme nota, o positivismo analítico trataria o conceito doutrinal de direito como um conceito do tipo criterial. No estágio teórico postularia que determinar o que conta como direito independeria de interpretações morais ou justificações políticas. No estágio decisional, seria silente sobre o dever de juízes aplicar ou não o direito identificado no estágio doutrinal, tornando o último estágio uma análise totalmente independente da teoria do direito. Com essa nova heurística, Dworkin reitera o argumento do aguilhão semântico, alargando seu escopo apenas para incluir conceitos do tipo natural, o que, a rigor, não traz qualquer consequência como crítica ao positivismo analítico.

#### *2.3.4.3 O arquimedeanismo do positivismo analítico*

Conforme expomos inicialmente, a teoria de Hart partia de uma reflexão típica da tradição filosófica anglo-saxã, tratando a teoria do direito de forma autônoma à filosofia política, à filosofia moral, à sociologia e à história (COELHO, 2016, palestra). Partia assim de uma distinção entre “o que é” e “o que deveria ser”, apartando o estudo da natureza do direito de estudos normativos, que abordariam questões outras, como teorias da decisão judicial.

Tanto Jeremy Bentham como John Austin partilhavam da ideia de que o estudo da natureza do direito deveria ser mantido separado do estudo daquilo que o direito deveria ser, o qual estava ocupado de uma análise normativa que visava a fornecer argumentos que serviam de parâmetro para melhorar a prática jurídica. Conforme explica Julie Dickson, no caso de Bentham, essa noção era suplementada pela ideia de que, para avaliar a legitimidade do direito, primeiro era necessário entender sua natureza, aquilo que ele era. Nesse sentido, a teoria de Hart também seguia a metodologia proposta por Bentham segundo a qual, para explicar o direito de um modo geral (*what is law*), era preciso empreender uma teoria descritiva e moralmente neutra. Nessa concepção, há ainda uma distinção entre perquirir o que é o direito (*what is law*), da qual se ocupavam as teorias analíticas do direito; e perquirir qual o direito aplicável a um determinado caso concreto (*what is the law*), que era objeto de análise das teorias

da decisão (DICKSON, 2001, p. 6-8).

Em *A Justiça de Toga*, Dworkin classifica esse método como arquimediano, conceito também difundido na filosofia política contemporânea, segundo o qual filósofos debateriam conceitos como democracia por uma perspectiva externa e acima dos valores políticos, éticos e morais. Ele divisa assim dois níveis de discursos. No discurso de primeira ordem, estariam os valores éticos, políticos e morais da prática que é objeto de estudo. No discurso de segunda ordem, o meta-discurso, os filósofos analisariam esses conceitos sem tomar qualquer posição, sem fazer qualquer julgamento valorativo, isto é, sobre o que esses conceitos deveriam ser.

Contrapondo os dois modelos, de um lado, teríamos o método descritivo e moralmente neutro de Hart, cujo objetivo precípua é descrever aquilo que o direito é, sem justificar ou avaliar a legitimidade de determinados sistemas jurídicos, utilizando-se de argumentos de segunda ordem. De outro, teríamos o método de Dworkin, que sustenta que a teoria deve ser interpretativa e repousar sobre questões morais e éticas, propondo que argumentos de primeira ordem são imprescindíveis para explicar o direito adequadamente (DWORKIN, 2006, p. 145). Nesse contexto, a questão central permanece em saber se julgamentos valorativos são inerentes ao próprio conceito de validade jurídica ou não.

Assim, Dworkin estende a mesma crítica que havia feito a Isaiah Berlin ao positivismo analítico, reputando-lhe de arquimediano. Isso porque Berlin propunha oferecer um conceito de democracia também descritivo e moralmente neutro. No entanto, argumenta Dworkin, não é possível fazer uma análise do ponto de vista externo de conceitos políticos como democracia e direito. Isso porque conceitos políticos como direito, democracia e justiça possuem uma estrutura própria, semelhante à de um conceito do tipo natural. Assim, quando nos referimos à água, por exemplo, sabemos que ela possui uma estrutura profunda, que é física (H<sub>2</sub>O). No caso de conceitos políticos, também vai haver uma estrutura, mas que, neste caso, seria normativa. Logo, ao se debruçar sobre liberdade, o teórico teria de assumir uma posição normativa em relação ao conceito. Por essa razão, uma teoria que pretenda explicar a natureza do direito e se abstenha de empregar argumentos morais políticos ao tratar de conceitos como democracia estará fadada ao fracasso.

Diante dessas considerações, Dworkin compreende a teoria dos seguidores de Hart, a exemplo de Raz, como um positivismo taxonômico, que se limita a distinguir os tipos de padrões utilizados na prática jurídica, isto é, se padrões jurídicos ou padrões de outros sistemas normativos, tendo em vista que não negam a utilização de critérios extralegais e tampouco se manifestam sobre a forma como os juízes deveriam aplicar o direito. Não haveria em teorias

assim qualquer relevância prática, o que, em sua visão, explica porque esses filósofos estariam marginalizados no meio acadêmico e profissional, geralmente debatendo entre si.

Para Dworkin, valores políticos são inerentes ao conceito de validade jurídica (*legality*), do qual o conceito de direito é dependente. Conforme reafirma, uma teoria adequada para conceitos interpretativos como o direito, precisa ela própria ser interpretativa, a fim de explicar adequadamente como são identificadas as normas de um sistema jurídico. Para ele, não há como propor um teste que identifique o conteúdo do direito sem ao mesmo tempo justificar uma concepção de normatividade, apenas descrevendo o direito de um ponto de vista externo e moralmente neutro:

[...] não podemos identificar os testes corretos para decidir o que realmente é o direito sem formular e defender uma concepção de juridicidade, e não podemos fazer isso sem decidir o que é realmente bom em relação à juridicidade. Teoria do direito é um exercício substantivo de moralidade política. (DWORKIN, 2006, p. 172, tradução minha)

O argumento que ele oferece em *A Justiça de Toga* é de que não há como diferenciar discurso de primeira ordem de discurso de segunda ordem, como pressupõe positivistas como Hart. Nesse sentido, não há neutralidade por parte do positivismo, cuja concepção de direito, quando pressuposta na solução jurídica de um caso qualquer, irá favorecer o entendimento de que os direitos das partes devem ser determinados buscando-se sempre as tradicionais fontes do direito.

## 2.4 Considerações finais

A partir das divergências entre as críticas de Dworkin, podemos concluir que, diferentemente do *Modelo de Regras I*, no *Império do Direito*, em vez de criticar o positivismo por negligenciar casos difíceis, nos quais os juízes recorrem a princípios morais para solução de determinados casos concretos, este autor vai apontar que o direito é essencialmente interpretativo, por caracterizar-se como uma prática social de caráter argumentativo, e que, por isso, as pessoas engajadas nessa prática social frequentemente divergem sobre proposições mais fundamentais sobre o direito (*grounds of law*), que, por sua vez, incluem também os valores morais e políticos da comunidade em questão, e não apenas fatos empíricos, como decisões políticas passadas, o que o levaria a rejeitar definitivamente a existência de uma regra responsável pelo reconhecimento das normas de um sistema jurídico.

Em a *Justiça de Toga*, Dworkin prossegue na defesa do interpretativismo, dessa vez distinguindo entre diferentes tipos de conceitos, para demonstrar a incompletude do positivismo analítico em responder perguntas, a seu ver, de relevância prática. Por outro lado, reafirma que o método descritivo e moralmente neutro não se sustentaria, uma vez que a normatividade do direito é um conceito político, o que implica que o método, além de falhar, corroboraria que, na aplicação das normas, as fontes tradicionais deveriam ser privilegiadas.

### 3 DESACORDOS TEÓRICOS

Conforme vimos, o principal argumento de Dworkin em *O Império do Direito* é que os participantes inseridos na prática jurídica, incluindo as autoridades que aplicam a lei, divergem sobre quais fundamentos são determinantes para que uma proposição jurídica seja reputada como verdadeira ou falsa, e esses fundamentos não recaem apenas sobre fatos empíricos. Não obstante, para além dos desacordos empíricos (*empirical disagreements*), os quais podem ser explicados satisfatoriamente pela teoria de Hart, há outro tipo específico, para o qual o positivismo analítico se mostraria deficiente. Isso ocorre porque, ao interpretar as leis ou os precedentes, os juízes estariam lançando mão de uma interpretação construtiva, a tomar por base a finalidade (*point*) atribuída à prática por parte do intérprete, no afã de apresentá-la sob sua melhor luz, de modo a fornecer um propósito que melhor a ela se adeque, e que melhor a justifique, a partir dos valores de moralidade política e institucional da comunidade.

Nesse sentido, de acordo com Marmor, a partir do *Império do Direito* há uma notável ruptura com o entendimento manifestado em escritos anteriores, como o *Modelo de Regras I e II*: “pelo menos a partir de meados dos anos ‘80, quando o *Império do Direito* foi publicado, estava claro o bastante que Dworkin não estava mais disposto a presumir que haveria convenções sociais acerca do reconhecimento do direito” (MARMOR, 1998, p. 513). Nesse contexto, o caráter argumentativo do direito, do qual deriva a noção de direito enquanto um conceito interpretativo, é demonstrado por Dworkin a partir da análise de quatro casos concretos, nos quais ele afirma ter evidenciado a ocorrência de genuínos desacordos teóricos.

#### 3.2 Desacordos teóricos em casos concretos

A análise de casos concretos assume uma função ainda mais central no *Império do Direito*, uma vez que o direito é abordado como uma prática social de caráter argumentativo. Em virtude dessa característica, Dworkin se lança à tarefa de analisar formalmente a

argumentação jurídica e demonstrar por que o positivismo, que adota a perspectiva de fatos históricos, distorce o seu objeto de análise por não se adequar à natureza do direito, culminando numa explicação insatisfatória. Ele propõe uma versão mais forte do conceito de ponto de vista interno inicialmente trabalhado por Hart, adotando a perspectiva dos juízes, por enxergar nestes um paradigma útil à demonstração do aspecto propositivo do direito, que é a base de sua teoria do direito.

De um modo geral, esses casos tratam de diferentes concepções de interpretação jurídica tanto de legislações como de precedentes judiciais. Neles, observamos que o teor da divergência entre os julgadores não se volta a questões empíricas, mas divergências que ele reputa de natureza teórica, que, em sua visão, remete a diferentes construções interpretativas dos quais partiam os juízes. São ao todo quatro casos em que a estrutura formal dos argumentos jurídicos é estudada, das quais algumas noções e distinções importantes são traçadas (DWORKIN, 1986, p. 15-30).

### ***3.2.1 O caso de Elmer***

O primeiro dos casos analisados, *Riggs v. Palmer*, já havia sido apresentado de forma sucinta no *Modelo de Regras I. No Império do Direito*, ele ressurgiu sob nova denominação – o Caso Elmer – e com maior riqueza de detalhes. Dessa vez, seu objetivo não será provar a existência de princípios, mas deixar em evidência o caráter argumentativo do direito e a ocorrência de genuínos desacordos teóricos em torno dos fundamentos do direito. Nesse caso, assim como nos demais apresentados, Dworkin entende que a divergência entre os juízes não vai recair sobre a ocorrência de fatos empíricos ou sobre o sentido semântico do texto legal.

Conforme vimos, em 1882, Elmer envenenou o seu avô, pois, sabendo-se legatário da maior parte do seu patrimônio, suspeitava que poderia ser excluído do testamento, pois seu avô estava prestes a casar novamente, assim, privando-lhe de herdar os bens. O homicídio foi descoberto e Elmer sentenciado a uma pena de prisão. Não obstante, as filhas do falecido, as próximas na linha de sucessão, processaram o administrador do testamento, ao argumento de que Elmer, por ter assassinado o testador, não poderia herdar, o que faria com que elas recebessem a herança dos bens em seu lugar. Portanto, em sua visão, quanto aos fatos, não havia qualquer desacordo entre os juízes.

O dissenso no caso de Elmer surge a partir da legislação estadual atinente ao direito testamentário, que era silente quanto ao tema, posto que não dispunha de forma explícita acerca

da exclusão de um legatário em casos de crimes praticados contra o testador. Nesse contexto, o argumento sustentado pelo advogado de Elmer era que ele tinha o direito de herdar, pois assim estava previsto no testamento de seu avô, que era um documento válido, uma vez que satisfazia todas as exigências expressamente previstas na legislação. Além disso, argumentou que se fosse favorável ao pleito das filhas, a Corte estaria substituindo o direito por suas próprias convicções morais, na medida em que a lei nada dispunha sobre tal vedação.

Judge Gray, por um lado, sustentou uma interpretação “literal” dos estatutos, partindo de uma concepção textualista, de modo a garantir expectativa e previsibilidade ao direito testamentário, provendo segurança aos jurisdicionados; sendo, pois, favorável a Elmer. Gray também argumentou que, caso Elmer fosse privado do testamento que lhe fora legado por seu avô, ele sofreria uma dupla punição, tendo em vista que já cumpria pena de detenção pelo crime cometido, e, nessa hipótese, haveria uma violação ao princípio penal segundo o qual não pode haver pena sem prévia cominação legal, o que vedava os juízes modificar a sanção após a ocorrência do fato delituoso.

Judge Earl, por outro lado, apresentou uma perspectiva divergente, alicerçada numa interpretação guiada pelas intenções contrafactuais do legislador, sublinhando uma diferença entre o texto normativo e o estatuto propriamente dito, enquanto um corpo de normas legais. Para Earl, as intenções do legislador deveriam nortear a construção do “verdadeiro” estatuto, não em razão de um contexto histórico, vale ressaltar, mas em virtude de uma conformação com os princípios de justiça, os quais os legisladores certamente teriam em mente ao criar uma lei, de modo a não permitir que ela fosse interpretada de forma isolada, a gerar resultados absurdos, mas que, ao contrário, fosse sistematicamente coerente com o todo. Nesse contexto, propugnou que a legislação testamentária deveria ser interpretada à luz do princípio fundamental segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Foi, por óbvio, desfavorável a Elmer.

### **3.2.2 O caso do ‘Snail Darter’**

O segundo caso apresentado, do Snail Darter, também suscitou diferentes pontos de vista quanto à interpretação de legislações. Um grupo de ambientalistas, incomodados com a alteração da geografia local, que se tornava visualmente desagradável com a construção de barragens, opuseram-se contra a entidade responsável pela obra, a *Tennessee Valley Authority* (TVA), para que fosse sobrestada a construção de uma barragem prestes a ser concluída, orçada em aproximadamente cem milhões de dólares. Os ambientalistas invocaram uma legislação de 1973, que tinha por finalidade a proteção de espécies em extinção, para fundamentar a medida

liminar de suspensão da obra, argumentando que a barragem levaria a extinção o Snail Darter, um peixe de 3cm.

O caso foi parar na Suprema Corte Americana, tendo como opinião vencedora a do Chief Justice Warren Burger, que partia da premissa segundo a qual não cabia ao judiciário alterar o sentido de uma lei se o seu texto fosse claro, por mais absurdo o resultado. Assim, a construção da barragem foi suspensa pela Corte. Diferentemente de Judge Earl no caso de Elmer, Burger tinha em mente uma outra vertente de deferência às intenções legislativas. Nesse caso, analisadas as distintas argumentações jurídicas, Dworkin concluiu que a divergência não recaia sobre fatos empíricos, e nem em saber se a legislação deveria ou não ser seguida. Os julgadores divergiam sobre como a norma jurídica propriamente dita deveria ser construída a partir de um texto normativo emanado do parlamento, tendo como ponto de partida distintas concepções sobre a finalidade do direito, o que culminou em desacordos teóricos.

### **3.2.3 O caso da Sra. McLoughlin**

No caso da Sra. McLoughlin, as divergências na interpretação recaem sobre a interpretação de precedentes. Os fatos mais uma vez são incontroversos. A família da Senhora McLoughlin foi vítima de um acidente de trânsito, no qual, sofreu danos reflexos ao se dirigir ao hospital, duas horas depois, e tomar conhecimento que sua filha havia falecido e seu marido e filho estavam em estado grave. Diante desse cenário, a Sra. McLoughlin processou o motorista, pelos danos emocionais reflexos que lhe foram causados. Pleiteava, assim, para além dos danos causados a sua família, as vítimas diretas do acidente, reparação pelos danos emocionais causados a ela própria.

No entanto, nos precedentes ingleses que reconheciam o direito à indenização por danos reflexos, as vítimas indiretas estavam presentes momento do sinistro. Não era esse o caso da Senhora McLoughlin, que sequer estava no carro ou nas imediações quando o acidente ocorreu. Não obstante, os seus advogados sustentaram que ela fazia jus a uma reparação, argumentando que o fato de ela não estar presente não tinha qualquer relevância para o caso. O primeiro juiz deu razão ao argumento dos advogados do motorista, decidindo pelo *distinguishment* entre os casos, ao argumento de ser imprevisível a ocorrência de dano nesses casos. A Corte de Apelação manteve a decisão, mas em virtude de outros fundamentos, uma vez que tratou o choque de uma mãe ao ver a filha morta como um fato previsível. No entanto, para evitar o congestionamento que casos semelhantes causariam nas cortes de apelação, dentre outros motivos consequencialistas, negaram o direito à indenização. Não satisfeita, a Sra.

McLoughlin recorreu à Casa do Lordes, que anulou o julgado para uma nova apuração, por considerar que os argumentos invocados pela Corte de Apelação não seriam justificáveis.

### **3.2.4 O caso *Brown***

No último caso apresentado, Dworkin se debruçou sobre a contenda instaurada por um grupo de crianças negras que contestaram a segregação entre negros e brancos em escolas públicas nos Estados Unidos na década de '50. Anteriormente, a Suprema Corte já havia decidido que a segregação não violaria o direito à igualdade perante a lei previsto na décima quarta emenda da constituição norte-americana. Como muitos negros haviam morrido em uma guerra recente, a segregação pareceu ainda mais injustificada, o que levou o grupo a intentar uma nova medida judicial. O Chief Justice Earl Warren decidiu de forma diferente do precedente anterior, alegando que a própria ideia de segregar as escolas violaria a igualdade perante a lei, ainda que as instalações fossem iguais.

### **3.1 O direito como interpretação**

A principal conclusão que Dworkin a tira desses casos é que os juízes travaram uma disputa sobre o que dizia a legislação ou sobre as regras a serem extraídas dos precedentes, e não sobre se eles deveriam ser seguidos ou ajustados a uma determinada concepção de justiça, como propunham os positivistas. Tratava-se, para ele, de um embate sobre o que direito era, e não sobre o que ele deveria ser, conclusão corroborada pelo teor dos argumentos divergentes. Segundo ele, os positivistas não apresentaram razões para desconsiderarmos a aparência dessas proposições jurídicas, isto é, de genuínos desacordos sobre os critérios de validade do direito, acarretado por distintas interpretações.

Ressai claro que o conceito de interpretação ocupa um lugar de destaque dentro da configuração do *Império do Direito*. Dworkin distingue a interpretação do direito de dois outros tipos de interpretação, quais sejam: interpretação conversacional e interpretação científica. Se observarmos as semelhanças entre a interpretação de uma prática social argumentativa como o direito e a interpretação artística, veremos que em ambos os casos buscamos interpretar algo criado por pessoas, mas sem nos pautar pelas intenções destas.



Assim, a interpretação do direito não deve ser uma interpretação conversacional, na qual o sentido a ser buscado advém das intenções de um autor, seja ele real ou contrafactual. A interpretação de uma prática social argumentativa também se distingue da interpretação científica porque não está preocupada com causas, mas com propósitos, e esses propósitos, diz ele, são atribuídos pelo intérprete com esteio nos valores presentes na comunidade que abriga a prática, por meio de um processo de construção interpretativa (DWORKIN, 1986, p. 49-65).

A interpretação apropriada para o direito, a arte e a cortesia seria, assim, uma interpretação construtiva. Dworkin procura demonstrar que podemos ter uma melhor compreensão sobre a prática jurídica, se partirmos do conceito interpretativo de direito que ele tem a nos oferecer. Desse modo, com o objetivo de esclarecer certos aspectos dessa prática social, ele nos insta a traçar um paralelo entre o direito a cortesia. Como na coletânea *A matter of principle* (1985), onde fizera uma comparação entre a interpretação no direito e a interpretação na literatura, entre os seus pressupostos, está a noção segundo a qual as proposições sobre o direito não são meramente descritivas e nem meramente valorativas. Elas são, em verdade, interpretativas de uma determinada história jurídica, combinando tanto aspectos descritivos como valorativos, sem se confundir com um ou com outro.

No *Império do Direito*, o paralelo entre o direito a cortesia é desenvolvido, para demonstrar do que se tratam de práticas sociais argumentais, cujas normas estão sujeitas à mudança de percepção da sociedade. Ele oferece um exemplo atual, para demonstrar que algo que antes era considerado lugar comum, como a cortesia de homens em pagar a conta do jantar das mulheres, hoje é considerada uma prática controversa, uma vez que os valores da comunidade mudaram. Assim, a interpretação do direito enquanto prática social também é moral e política em essência, da mesma forma que observamos na polêmica de quem deve pagar a conta de um restaurante nos tempos atuais, tendo em vista que movimentos feministas problematizaram o papel de submissão imposto a mulher.

Por outro lado, é interessante notar as noções que Dworkin dos casos concretos quanto à interpretação das normas jurídicas. No Caso de Elmer (e mais especificamente da opinião majoritária escrita por Judge Earl), há uma importante distinção que ele incorpora ao interpretativismo: trata-se dos dois sentidos pelos quais uma lei (*statute*) pode ser compreendida. No primeiro sentido, lei aparece como sinônimo de um texto ou enunciado normativo, enquanto documento físico que contém palavras impressas e é fruto de atos solenes emanados de um órgão com competência para legislar. No segundo, ele aparece como a “verdadeira” lei, enquanto as normas jurídicas propriamente ditas, que, após a promulgação do documento, são construídas por meio da interpretação que lhes é dada.

Ele oferece um exemplo na literatura para elaborar melhor essa distinção. Assim, no primeiro sentido (de um objeto físico contendo palavras impressas), críticos literários não discordariam que *O sim contra sim* é um poema de 1961 de autoria do poeta João Cabral de Melo Neto<sup>12</sup>. Entretanto, no segundo sentido (enquanto “verdadeiro” poema), observaríamos diferentes interpretações de suas estrofes, que retratam pintores e as mãos – direita e esquerda – utilizadas para pintar. Ora o poema é interpretado como uma homenagem aos artistas cuja estética lhe serviu de influência, com ênfase na metalinguagem e no esgotamento da criatividade em virtude do amadurecimento artístico; ora é interpretado como poema político, associando as mãos aos espectros de ideologia política: a direita ao senso comum, ao já sabido, a esquerda ao desconhecido, que ousa inovar e renovar-se.

Para Dworkin, assim como os críticos necessitam de uma teoria literária para empreender uma análise adequada das obras literárias, também os juristas precisam de uma teoria para interpretar as leis e os precedentes. E uma tal teoria, conforme sustenta, se faz necessária mesmo quando o texto não deixe dúvida do ponto de vista semântico, mesmo que inexista vagueza ou indeterminação quanto aos seus enunciados, porquanto essa teoria é imprescindível para a construção da “verdadeira” lei. A distinção entre esses dois sentidos já é uma evidência da natureza interpretativa que ele atribui ao direito enquanto prática social argumentativa. Daí porque chamar os desacordos de teóricos, e não simplesmente morais.

Uma vez considerado o direito como um conceito interpretativo, a explicação que Dworkin oferece é que os desacordos teóricos são ocasionados por diferentes interpretações construtivas, em um processo de imputar propósito ao objeto interpretado, de modo a torná-lo o melhor possível, dentre do gênero ao qual pertence (DWORKIN, 1986, p. 52). Assim, esses frequentes desacordos sobre os fundamentos do direito ocorrem a partir do propósito que é atribuído à prática pelo intérprete, com base nos variados valores de moralidade política da comunidade. O conteúdo de um sistema jurídico vai depender, portanto, de quais valores da moralidade política mostram a prática sob sua melhor luz na visão do intérprete. Essa é a conclusão que Dworkin chega e que tenta demonstrar a partir da análise dos pivotais.

### 3.3 Convencionalismo e regra de reconhecimento

---

<sup>12</sup> “Miró sentia a mão direita / demasiado sábia / e que de saber tanto / já não podia inventar nada. / Quis então que desaprendesse / o muito que aprendera / a fim de reencontrar / a linha ainda fresca da esquerda. / [...] A esquerda (se não se é canhota) / é mão sem habilidade: / reaprende a cada linha / cada instante / a recomeçar-se. / Mondrian, também, da mão direita / andava desgostado; / não por ser ela sábia: / porque, sendo sábia, era fácil” (Domingos, Juliana de L.; Quadros, Thiago, *Jornal Nexo*, 4 poemas de João Cabral comentados por escritores e críticos, disponível em <<http://www.nexojornal.com.br/expresso>>

Hans Kelsen, assim como Hart depois dele, dois influentes jusfilósofos do século XX, compartilhavam o entendimento de que o direito encerrava um sistema de normas. Assim, ambos postularam que em todo sistema jurídico haveria uma norma que serviria de critério último de validade das demais. Nesse contexto, ambos se lançavam a questão de como explicar o fundamento de validade do direito sem recorrer à autoridade em uma circularidade viciosa. Para Coleman, é esse o problema que marca o princípio de toda teoria do direito, algo que podemos observar de forma clara tanto em Kelsen como em Hart. Conforme explica: “[a reivindicação de uma regra para governar conduta pode ser explicada com remissão a uma regra mais básica de autorização [...], mas, não podemos manter esse tipo de explicação indefinidamente” (COLEMAN, 2001, p. 354/355).

Assim sendo, enquanto Kelsen propunha como solução dessa indefinição uma norma fundamental hipotética, cuja validade seria pressuposta diante da eficácia global de um ordenamento jurídico, a resposta fornecida por Hart estava na ideia de uma regra social – a Regra de Reconhecimento – que seria determinada pelas práticas sociais prevalentes entre as autoridades encarregadas de aplicar o direito (*officials*) de cada comunidade, e pelos próprios jurisdicionados, que tratariam as normas jurídicas emanada dessas autoridades como vinculantes (TOH, 2010).

Portanto, ao contrário de Kelsen, que defendia a ideia de uma norma pressuposta, Hart postulava que o fundamento do direito estava em fatos sociais, concebendo-o como um conjunto de regras constituído em forma de uma estrutura piramidal, em cujo topo estaria a ‘regra de reconhecimento’, que seria uma regra social cujo propósito seria servir de critério formal para identificar as regras que compunham o sistema jurídico, assim pondo fim ao problema da incerteza de regimes jurídicos primitivos. Por essas razões, ele argumentava que em todas nações desenvolvidas que possuíssem um sistema jurídico, haveria uma tal regra suprema, determinada pelas práticas sociais entre os juízes e demais autoridades encarregadas de aplicar o direito, que, por sua vez, identificaria as normas jurídicas, distinguindo-as de princípios morais ou políticos, que pertenciam a outros sistemas normativos, que apesar de relacionados, eram conceitualmente distintos.

Se analisada no contexto histórico na qual está inserida, a regra de reconhecimento é uma das características mais importantes da teoria de Hart, por sustentar que o direito não seria apenas um conjunto de regras, como derivaria também dessas regras seu fundamento de validade, dotando-o de certa autonomia. Aqui, há uma inversão de lógica em relação à teoria de Austin, uma vez que não é o soberano quem cria as regras, mas, ao contrário, *são as regras que*

*criam o soberano*<sup>13</sup> (SHAPIRO, 2010). Portanto, o fundamento do direito não adviria de uma autoridade soberana com poder coercitivo e dos hábitos de obediências dos súbitos, mas de uma ou mais regras de reconhecimento, que seriam constituídas por determinadas práticas sociais.

Não apenas nessa inversão de lógica reside a importância de sua teoria, uma vez que para identificar a distinção entre hábitos e regras sociais, Hart precisou estabelecer a diferença entre aspecto interno e externo. As regras, dizia ele, possuíam um aspecto interno, que consistia na aceitação da comunidade de um modo geral em tratá-la como vinculante, como jogadores de xadrez, que ao mover o bispo de uma forma determinada, tratavam essa regra como um padrão que deveria ser seguido por todos que o jogavam (HART, 1994, p. 56-57). As regras do xadrez eram distintas do hábito e ir ao cinema, sobretudo em virtude desse aspecto interno, uma vez que o aspecto externo, de condutas que são geralmente seguidas, ambos possuíam.

Para melhor ilustrar em que consistia sua explicação da natureza do direito, Hart também distinguiu entre ponto de vista interno e externo, postulando que um observador externo poderia constatar que as regras de uma comunidade eram tratadas como vinculantes pelos membros que a compunham, sem, no entanto, ele próprio aceitá-las. O ponto de vista do observador diferia daquele dos membros da comunidade, que partiam de um ponto de vista interno, na medida em que a maior parte deles aceitavam e tratavam as regras como vinculantes.

Muito embora Dworkin tenha reconhecido que o *Conceito do Direito* representou um avanço em relação à teoria de Austin, por não propor como fundamento do direito fatos de comando e hábitos de obediência, mas “convenções sociais que representavam a aceitação da comunidade em outorgar a certos indivíduos ou grupos de pessoas o poder de criar normas jurídicas” (DWORKIN, 1986, p. 34, tradução livre), a noção de uma regra social como a regra de reconhecimento permanecia problemática em virtude de não precisar ao certo em que consistiria essa “aceitação” da comunidade, que, na visão de Dworkin, de alguma forma relevante estava condicionada a padrões convergentes de se reconhecer o direito em casos concretos.

Conforme expusemos no primeiro capítulo, o argumento em *O Modelo de Regras II* buscava demonstrar a debilidade da regra de reconhecimento – enquanto uma regra constituída por práticas sociais – em explicar a normatividade do direito. Dentre as várias considerações apresentadas, Dworkin afirmou que a única forma plausível seria entender a

---

<sup>13</sup> Cf. SHAPIRO, Scott J (2010): essa eloquente formulação é atribuída a uma fala de Waldron.

regra de reconhecimento como uma regra convencional. Essa crítica foi em parte aceita por Hart, que tal como Coleman, passou a concebê-la como uma regra convencional.

Não obstante, em *O Império do Direito*, Dworkin desenvolveu a segunda parte da crítica do *Modelo de Regas II*, acerca da limitação que enfrentariam critérios de validade convencionais – ínsitos à noção de ‘regra de reconhecimento’ então adotada – diante de frequentes desacordos sobre os fundamentos do direito, que não seriam ocasionados em virtude da indeterminação das normas jurídicas, mas inclusive de seus aspectos centrais, o que ele denominou de casos pivotais, que, por essas razões, distinguiram-se dos casos limítrofes. Assim, a resposta de Hart e Coleman se mostrariam incapazes de explicá-los.

A crítica de Dworkin pretende demonstrar como os frequentes desacordos teóricos evidenciam a falta de convergência em situações relevantes e o dissenso peculiar ao direito. Em se tratando de uma prática argumentativa, na qual abundam controvérsias, a ‘regra de reconhecimento’ se mostraria incapaz de explicar situações nas quais juízes discordam, e cujo fulcro do desacordo não se dá pelo sentido semântico do texto legal ou por fatos empíricos, mas em razão de divergências teóricas em torno de aspectos fundamentais do direito, que seriam valores de moralidade política.

Consequentemente, a causa dos desacordos estaria em interpretações construtivas conflitantes. Portanto, a normatividade do direito seria, em parte, sempre determinada por questões de moralidade política, ínsitas ao processo de interpretação construtiva do conceito de direito. Em síntese, a crítica é desenvolvida para demonstrar que a regra de reconhecimento, enquanto produto de convenções sociais falha enquanto pressuposto de veracidade das proposições jurídicas, diante das frequentes divergências observadas em genuínos desacordos sobre as condições de validade do direito, oriundos da natureza argumentativa do direito enquanto prática social.

### **3.4 Casos pivotais e teorias semânticas**

Conforme visto, a despeito do sentido imediato da crítica remeter ao teor semântico, em torno da noção segundo a qual teorias semânticas pressupunham critérios linguísticos compartilhados em torno da palavra “direito” (DWORKIN, 1986, p. 32), há ainda outra dimensão da crítica que diz respeito ao aspecto consensual em torno dos critérios de validade jurídica, que se mostra independente do primeiro. Aqui, a crítica se volta à incapacidade das teorias do direito de um modo geral em explicar a prática jurídica quando os atores envolvidos engajam em genuínos e profundos desacordos normativos. O problema, portanto, repousa sobre

os critérios últimos de validade de um sistema jurídico serem determinados por convenções sociais, conforme principiava sua crítica no *Modelo de Regras II*.

Dworkin elenca duas defesas positivistas frente aos desacordos teóricos, sendo comum a ambas o pressuposto de que os fenômenos nem sempre são aquilo que aparentam ser, como é o caso da argumentação jurídica. A primeira delas, menos sofisticada em sua visão, propugna que os desacordos são apenas aparentes, de modo que as divergências em torno dos critérios de validade do direito são pretextos utilizados por advogados e juízes para ocultar o fato de estarem divergindo não sobre o que o direito é, mas sobre o que ele deveria ser. Nesta hipótese, o direito estaria sendo reformulado, e os juízes criando normas jurídicas, todavia sob o fingimento (*pretence*) de não ser este o caso, como subterfúgio para não desestabilizar a comunidade e frustrar expectativas, por meio de uma postura insincera perante os jurisdicionados.

Podemos inferir dessa noção que o conceito de direito depende de certos critérios compartilhados pela comunidade para existir, de tal sorte que, quando se estiver diante de situações problemáticas, nas quais as proposições partem de critérios distintos, não mais estaremos tomando como ponto de partida o conceito de direito. Nesse contexto, as proposições dependem desse fator (critérios compartilhados) para serem aferidas como verdadeiras, pois dele também depende o conceito de direito, e para além disto, pressupõe-se que estaríamos diante de lacunas no direito, isto é, casos de penumbra ocasionados pela textura aberta, que são deixados ao crivo do ofício judicante para criar direito onde antes não havia.

A segunda defesa citada por Dworkin admite a existência de desacordos na prática jurídica, mas sustenta que sob este pálio subjaz uma distinção que deve ser considerada pelos estudiosos, qual seja, a diferença entre os usos linguísticos padrões (*standard/core cases*) e os usos limítrofes ou periféricos (*penumbra/borderline cases*). Essa distinção parte da premissa de que as normas que governam a linguagem não são precisas e exatas, e que, por isto, admitem casos de penumbra, nos quais as regras jurídicas não estarão amparadas pelos seus fundamentos centrais, assim possibilitando desacordos verbais quanto à sua utilização em situações limítrofes.

De acordo com essa defesa, os desacordos ocasionados em situações de penumbra não são desacordos sobre o que o direito é, pois, de um ponto de vista teórico, devemos interpretar que em tais hipóteses estará ocorrendo reparações ao direito, tomando por base o que ele deveria ser, uma vez que o fenômeno jurídico será melhor compreendido se restringirmos seu conceito aos usos não problemáticos, contemplados pelos casos centrais do conceito.

Para Dworkin, nenhuma dessas defesas se sustenta. Embora a segunda seja mais sofisticada e pareça explicar os desacordos em casos difíceis, ela também está equivocada, diz ele, pois ignora a distinção entre casos limítrofes (*borderline cases*) e casos pivotais (*pivotal cases*) (DWORKIN, 1986, p. 41-42). Trata-se de uma distinção conceitual relevante, que introduz um novo argumento contra as respostas positivistas para rebater à crítica do *Modelo de Regras II* apresentada por Coleman.

Assim, o argumento dessa nova distinção conceitual é que os desacordos não se restringiriam aos casos sobre a aplicação das normas em situações de penumbra, de modo que também seria possível haver desacordo sobre aspectos centrais, isto é, quando não parem dúvidas de vagueza ou indeterminação sobre o teor dos seus enunciados normativos. Na visão de Dworkin, é o que ocorre em precedentes importantes da *common law*, os quais são referidos “em cortes, salas de aula e periódicos jurídicos como casos centrais que testaram princípios fundamentais, e não como casos marginais que necessitavam de uma delimitação mais ou menos arbitrária” (DWORKIN, 1986, p. 43). O conceito de caso pivotais em certa medida acrescenta complexidade ao tema, pois mesmo em casos fáceis, entendido estes na concepção de Hart, isto é, como casos nos quais a identificação das regras aplicáveis é clara e imediata, seria possível haver genuínos desacordos normativos sobre a solução a ser dada, questão essa que está associada ao que o direito é, não ao que ele deveria ser.

É por esse prisma que Dworkin entende os casos paradigmáticos apresentados no primeiro capítulo do *Império do Direito* (Elmer, Snail Darter, Mcloughlin e Brown), como exemplos de casos pivotais, nos quais os julgadores partiam de valores distintos para interpretar as leis e os precedentes como vistas a identificar as normas aplicáveis àqueles casos. Para ele, os juízes adotaram diferentes critérios quanto aos aspectos centrais das normas analisadas, não em virtude de situações de penumbra, e sim situações nas quais, mesmo diante da concordância quanto aos fatos empíricos e quanto ao sentido dos enunciados normativos, houve divergência quanto a aspectos centrais, os fundamentos do direito (*grounds of law*).

Nessa esteira, se retomarmos a tese central do *Império do Direito*, sobre a natureza interpretativa do direito enquanto prática social, podemos concluir que os desacordos teóricos ocorreram nos casos paradigmáticos relatados porque os juízes partiram de interpretações construtivas distintas, tomando por base proposições jurídicas mais profundas, os fundamentos do direito, relativos, pois, ao próprio núcleo das normas jurídicas, o que levaria a segunda defesa a também estar equivocada. Não se tratava, pois, de um caso periférico ou limítrofe, onde uma linha precisava ser traçada de forma arbitrária.

### 3.5 Agulhão semântico e positivismo jurídico

O termo agulhão semântico é introduzido no início do segundo capítulo do *Império do Direito* (DWORKIN, 1986, p. 46), após os argumentos apresentados no primeiro capítulo. No entanto, como bem observou Marmor, trata-se de um argumento que foi formulado de diferentes formas, o que tornaria difícil traçar uma formulação definitiva sua (MARMOR, 2005, p. 7). Em razão da multiplicidade de sentido que o argumento alberga, as respostas dos positivistas foram as mais diversas, ora voltando-se ao aspecto semântico da crítica, ora ao seu aspecto normativo, concernente às condições de validade do direito e a relação entre o direito e a moral.

A despeito disso, há um consenso que o primeiro capítulo contém uma única crítica, que costuma ser referida como a crítica do agulhão semântico. Também prevalece a noção de que essa crítica diz respeito aos critérios compartilhados para aplicação do conceito do direito, donde se seguiria que a objeção estava associada ao pressuposto supostamente defendido por positivistas que duas pessoas que compartilhem critérios sobre aplicação de um mesmo conceito não podem ter desacordos sobre ele (SHAPIRO, 2007). Shapiro tem outra perspectiva sobre o tema, entendendo pela independência entre esse argumento e a crítica dos desacordos teóricos:

É importante não associar a objeção dos desacordos teóricos com o argumento que Dworkin denomina de “agulhão semântico”. No *Império do Direito*, Dworkin introduz o argumento do agulhão semântico depois de elaborar a objeção dos desacordos teóricos. [...] O agulhão semântico é utilizado para explicar por que positivistas exigem que os fundamentos do direito sejam determinados pelo consenso. Dworkin pressupõe que positivistas insistem no consenso porque tacitamente eles subscrevem a uma semântica criterial, segundo a qual conceitos podem ser compartilhados apenas se os critérios para a correta aplicação dos conceitos forem compartilhados. Portanto, uma semântica criterial para o conceito de direito iria exigir que a comunidade de membros só poderia compartilhar o mesmo conceito de direito – e assim ter um diálogo relevante sobre o direito em questão – se eles compartilhassem os mesmos critérios para aplicação do conceito. Note-se que o argumento do agulhão semântico não é uma objeção ao positivismo se o positivismo não for comprometido com uma semântica criterial (SHAPIRO, 2007, p. 38, tradução livre)

Kevin Toh, por outro lado, parte da ambiguidade associada ao termo “teorias semânticas”, de tal sorte que outras teorias, que não o positivismo analítico, também são inseridas por Dworkin no rótulo de teoria semânticas, em que pese haver pouca ou nenhuma influência da filosofia da linguagem, como é o caso do jusnaturalismo e o pragmatismo. Assim, embora prevaleça o entendimento segundo o qual são semânticas as teorias que buscam explicar o direito por meio de critérios compartilhados pela comunidade – donde avulta o aspecto



semântico (*criterial semantics*) da crítica –, em outros momentos, quando ainda tratava desse mesmo tópico, Dworkin utilizou o termo *truth-conditions* (comumente associado ao sentido semântico das frases, no contexto da filosofia da linguagem) para se referir aos critérios de validade das normas jurídicas, ou seja, à normatividade do direito (TOH, 2005, p. 108).

Nessa esteira de raciocínio, o argumento alarga seu escopo para incluir os desacordos teóricos, na medida em que se refere à possibilidade de desacordos normativos, que ocorrem em virtude de divergências quanto aos critérios de validade das normas jurídicas. Segundo Toh, podemos observar esse teor da crítica na seguinte passagem do *Império do Direito*:

[Hart] afirmou que os fundamentos do direito reside na aceitação, pela comunidade de um modo geral, de uma regra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’), que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade para criar normas jurídicas. Portanto, proposições jurídicas são válidas [...] em virtude de convenções sociais que representam a aceitação pela comunidade de um sistema de regras que empoderam pessoas ou grupos para criar normas válidas (DWORKIN, 1986, p. 34, tradução minha).

Assim, é possível entender que o que Dworkin vai chamar de agulhão semântico remete ao bloqueio que impede as teorias de acomodar a possibilidade de divergência quanto a aspectos centrais ao conceito de direito, que seria um conceito do tipo interpretativo e não criterial. Por outro lado, como parece ter feito Joseph Raz, podemos entender o agulhão semântico como relacionado apenas à crítica do criterialismo, segundo o qual só seria possível haver desacordos quanto à aplicação de um conceito se os participantes partissem dos mesmos critérios, o que todavia, não ocorre na visão de Dworkin, uma vez que é possível haver desacordo em torno do conceito mesmo que os participantes não compartilhem critérios.

### **3.6 Respostas positivistas às críticas do ‘Império do Direito’**

As reações dos teóricos aos argumentos do *Império do Direito* foram as mais variadas, mesmo entre aqueles que entendem que Dworkin ofereceu algum desafio à teoria de Hart, que precisaria ser respondido em alguma medida. No debate contemporâneo, entre aqueles que partilham a ideia de uma teoria positivismo descritivo e moralmente neutro, que estabelece a diferença conceitual entre direito e moral, pugnando que fatos ou critérios morais jamais podem figurar entre os critérios ou condições de validade do direito, há pelo menos quatro respostas distintas às críticas do *Império do Direito*, quais sejam: Joseph Raz, Andrei Marmor, Scott Shapiro e Kevin Toh.

### 3.6.1 A resposta de Raz

No artigo intitulado *Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison* (1998), Joseph Raz avalia as teses lançadas em *O Império do Direito* sobre a natureza da teoria do direito e o argumento do agulhão semântico. Ao apresentar o ‘direito como integridade’, diz ele, Dworkin afirmou que os teóricos estavam equivocados tanto em relação à natureza do direito, como em relação à natureza da teoria do direito. Raz identifica três teses centrais nessas objeções: (i) a teoria do direito é interpretativa; (ii) a filosofia do direito não pode ser uma explicação semântica da palavra ‘direito’; (iii) a teoria do direito representa a parte geral de uma teoria da decisão, funcionando como um prólogo silencioso desta (RAZ, 1998, p. 249).

No que diz respeito as duas primeiras objeções, de acordo com Raz, a teoria do direito realmente possui natureza interpretativa, uma vez que ao fornecer qualquer explicação que seja sobre a natureza do direito, o teórico estará interpretando o objeto de análise, e que, para oferecer uma teoria que seja a mais completa, sistemática, simples, o teórico precisar tomar decisões valorativas (RAZ, 1998, p. 267-268). Por outro lado, embora reconheça que o papel da filosofia do direito não possa ser uma mera explicação de usos linguísticos das palavras, ele observa que esse nunca foi o método de Hart ou de qualquer positivista pós-hartiano. Portanto, Raz está de acordo com as duas primeiras premissas, com uma ressalva quanto à segunda.

Todavia, há um outro sentido pelo qual se pode entender a crítica do agulhão semântico, e este sentido está associado ao pressuposto de que, para formular proposições acerca de um conceito, as pessoas necessitam compartilhar os critérios para a sua correta aplicação. Implica dizer que não se pode haver disputa sobre os critérios de aplicação desse conceito a menos que os critérios para sua correta utilização sejam compartilhados. É o que Dworkin denomina de semântica criterial (criterial semantics), e que recebeu a alcunha de criterialismo. Para Raz, a ideia de criterialismo consiste em:

1. formular uma regra que estabelece as condições para o (correto) uso de um conceito; e
2. tratar uma explicação verdadeira em função de ser uma correta formulação das condições para o uso correto de um conceito que é de fato usado por aqueles que o utilizam. (RAZ, 1998, p. 259)

À luz dessas noções, Raz vai demonstrar a pertinência do aguilhão semântico enquanto crítica à metodologia do positivismo de Hart, de modo que, se refutada a possibilidade de se estabelecer critérios compartilhados para explicações semânticas, também restariam refutadas as análises conceituais, dentre as quais aquela utilizada em *O Conceito do Direito*. Isso porque faz parte da análise conceitual o estabelecimento de regras que definem os critérios para os usos corretos de um conceito, assim como a forma pela qual se dá a relação entre conceitos interdependentes. Em sua visão, é justamente o que Hart fez ao estabelecer o direito, a moral e a coerção como conceitos distintos, mas relacionados, por exemplo. Se explicações semânticas não permitem disputas acerca dos critérios estabelecidos para sua correta aplicação, tampouco a análise conceitual o permitiria.

No entanto, Raz afirma que, ao tratar certos conceitos como passíveis de explicações semânticas, não se segue que as pessoas não possam discordar sobre a aplicação dos critérios em questão. Para ele, o conceito do direito pode ser explicado por meio de critérios compartilhados, e, mesmo neste caso, desacordos em torno de sua aplicação seriam plenamente possíveis. É importante notar, nessa esteira de raciocínio, que ao elencar algumas das características essenciais de um conceito, o teórico não estará, ao mesmo tempo, estabelecendo todas as condições necessárias e suficientes para a sua aplicação.

Uma das razões que leva Dworkin a estar equivocado em seu argumento está na abordagem individualista dos conceitos que ele parece adotar. O argumento do aguilhão semântico conforme desenvolvido por ele (DWORKIN, 1986, p. 33) é um indicativo dessa abordagem. Nesse cenário, presume-se que cada indivíduo adotaria um conjunto de critérios próprio para utilização de um conceito, de tal sorte que se duas pessoas discordam sobre sua aplicação, é porque cada qual está partindo de um conceito distinto, e não porque estariam equivocados quanto à aplicação dos critérios para utilização de um conceito compartilhado.

Para Raz, essa abordagem conceitual individualista não prospera, uma vez que parte do errado pressuposto que os critérios utilizados para o uso correto de um conceito estariam totalmente abarcados pelas regras pessoais adotadas por um indivíduo. No entanto, se considerarmos os critérios que governam o uso da linguagem ordinária de uma comunidade, por exemplo, perceberemos que os critérios para correta aplicação dos seus termos se apoiam em regras convencionais estabelecidas coletivamente. Por essas razões, seria mais adequado adotar uma abordagem conceitual não-individualista, na qual as pessoas possam cometer equívocos quanto aos critérios utilizados para o uso dos conceitos.

Rejeitada a abordagem individualista, chegamos à conclusão de que as pessoas podem ter conhecimento apenas parcial sobre as regras que governam a utilização correta de um

conceito e, conseqüentemente, explicar a possibilidade de desacordos em torno do uso de conceitos criteriais. Não obstante, segundo Raz, não basta que rejeitemos a abordagem individualista para refutar o argumento do agulhão semântico e, com ele, a impossibilidade de desacordos quanto à utilização de conceitos compartilhados. Este autor se utiliza de dois argumentos adicionais: primeiro, o argumento da opacidade ou não-transparência dos conceitos; e depois, o argumento da independência relativa de conceitos interrelacionados.

No primeiro caso, estaremos admitindo a complexidade que conceitos podem apresentar, sobretudo conceitos filosóficos. Há formas diferentes de explicar conceitos complexos, por meio de exemplos distintos, e dificilmente uma explicação desse tipo será exaustiva, de modo a não deixar margem para opiniões divergentes quanto aos critérios para o seu uso correto. Nesse contexto, a opacidade ou não transparência de um conceito é compatível com o fato de que, mesmo havendo regras compartilhadas que governem a sua utilização, pode ser o caso que essas regras não sejam transparentes ao ponto de precluir desacordos quanto aos critérios em questão.

No segundo caso, de conceitos interrelacionados, Raz utiliza o exemplo de “guerra justa” para a ilustrar a possibilidade de desacordos ainda que se parta de um conceito pautado por critérios para sua correta utilização. Assim, pede que imaginemos que o conceito de guerra justa está atrelado a noção segundo a qual uma guerra não pode ser considerada justa a menos que as medidas bélicas empregadas sejam proporcionais aos danos que se pretendia evitar. Nesse contexto, para julgar se houve proporcionalidade em um determinado caso, antes seria preciso avaliar a gravidade dos vários danos envolvidos. No entanto, para entender o conceito de guerra justa, basta entender que neste conceito está contido o requerimento de proporcionalidade. Nessa hipótese, é possível compreender o conceito de guerra justa, ainda que, em determinadas guerras, não venhamos a conseguir determinar se foram justas ou não em virtude da ausência de meios para comparar os danos em questão. Isso não significa dizer que o nosso conceito é incompleto, mas apenas que os critérios para avaliar a gravidade dos danos não fazem parte da regra estabelecida para a correta aplicação do conceito de guerra justa.

De acordo com Raz, ao estabelecer que o positivismo não explica desacordos quanto aos fundamentos do direito, os quais ele entende como desacordos quanto às condições de verdade de proposições jurídicas, Dworkin ignora a independência relativa de conceitos interrelacionados, e não faz qualquer distinção quanto às condições de verdade que podem figurar em proposições e ensejar desacordos, conforme nota:

Dworkin não distingue aqui entre níveis de abstração na descrição das condições de verdade. Tanto a discordância sobre se a proporcionalidade é uma condição de guerra justa quanto a discordância sobre se o custo do reparo é o teste exclusivo da proporcionalidade, são discordâncias sobre as condições de verdade das proposições da forma "assim e assim é [foi, será] uma guerra justa". (RAZ, 1998, p. 270, tradução minha)

Ainda sobre o exemplo de guerra justa, Raz pede que suponhamos que guerra justa é um conceito que pode ser explicado por meio de critérios, ao passo que a noção de proporcionalidade só seria passível de explicação por meio do método interpretativo de Dworkin. Mesmo nesse caso, seria possível haver desacordos teóricos quantos aos critérios corretos para aplicação do conceito de guerra justa, um conceito criterial, uma vez que qualquer desacordo sobre as condições de verdade de conceitos como um desacordo teórico. Conforme ensina, sua refutação não exclui a possibilidade de conceitos que não sejam passíveis de explicações criteriosais, apenas que o conceito do direito pode ser explicado com base em critérios para sua correta utilização.

De acordo com Ronaldo P. Macedo Jr, Raz estaria equivocado em sua análise, não por defender que seria possível compartilhar regras e ainda assim ser possível haver controvérsia na aplicação destas, mas por presumir que aplicação de regras seria uma prática social compartilhada e convencional (MACEDO JR., 2013, p. 195). Não obstante, esse mesmo tipo de refutação poderia ser redirecionado ao *Império do Direito*, ao argumento de que Dworkin não logrou êxito em demonstrar a profundidade e frequências dos desacordos teóricos, e tampouco que o direito, em última instância, não seria determinado por fatos sociais. Não é esse, contudo, o aspecto que pensamos ser o mais importante de se observar na avaliação de Macedo Jr.

Conforme observou Himma, ao formular o aguilhão, Dworkin misturou dois argumentos distintos: "(1) a afirmação de que os fundamentos do direito são exauridos por critérios compartilhados de validade jurídica; e (2) a afirmação de que as condições para a correta aplicação do conceito de direito são exauridas por critérios compartilhados" (HIIMA, 2002, p. 160). Consideramos que essa explicação de Raz se limita à dimensão epistêmica da crítica do *Império do Direito*, portanto à segunda afirmação apenas. Isso porque ele aborda a possibilidade de desacordos quanto à aplicação do conceito de direito, que por sua vez, não está relacionada à aplicação de normas jurídicas a casos concretos, o que seria objeto de uma teoria da decisão, da qual a teoria de Raz não parece se ocupar. Portanto, o problema está em transplantar esse argumento para a crítica dos desacordos teóricos, quando, na verdade, Raz estava analisando questões relativas à natureza da teoria do direito.

### 3.6.1 A resposta de Shapiro

No artigo *The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed* (2007), Scott Shapiro, que àquela altura ainda não havia lançado sua obra prima, *Legality* (2009), já despontava como um dos nomes relevantes da teoria analítica do direito contemporânea, ao reacender o debate, com uma análise acurada e sistemática das disputas travadas entre Dworkin e Hart e seus seguidores, ao longo de quatro décadas. Para Shapiro, àquela altura, o positivismo jurídico ainda não havia formulado uma defesa contundente para a crítica dos desacordos teóricos, permanecendo vulnerável diante desta, que seria a crítica mais importante do *Império do Direito*.

Shapiro cita três hipóteses que poderiam justificar a falta de uma resposta positivista satisfatória para a objeção dos desacordos teóricos. A primeira delas é que os positivistas não teriam distinguido a crítica do *Modelo de Regras I* da crítica do *Império do Direito*, supondo que os argumentos apresentados contra a primeira crítica serviriam para refutar as objeções da segunda, dada a semelhança entre elas. No entanto, embora o núcleo tenha permanecido o mesmo, isto é, a relação entre direito e moral, houve uma mudança dramática entre as críticas formuladas por Dworkin, se cotejados seus escritos de 1967 a 1986, quando publicado o *Império do Direito*. Sua conclusão, é que, embora os positivistas tenham rebatido a crítica dos artigos *Modelo de Regras I e II*, as respostas se mostravam ineficientes em relação à crítica dos desacordos teóricos, que concerniam disputas na prática jurídica sobre o método correto de se interpretar o direito.

A segunda hipótese estaria, a seu ver, na resposta pouco convincente que Dworkin teria fornecido ao argumento de que os juízes e advogados em casos difíceis estariam divergindo não sobre o que o direito é, mas sobre o que o direito deveria ser, portanto, criando ou modificado direito existente por meio de argumentos de reparo (“*argument of repair*”). Este, segundo ele, é um ponto pouco trabalhado no *Império do Direito*, mas diversamente dos exemplos oferecidos por Dworkin, Shapiro acredita que seria possível rebater esse argumento se partíssemos das divergências em certos campos da pesquisa acadêmica, onde teóricos engajam em genuínas disputas sobre a metodologia interpretativa mais apropriada para aplicação de determinados institutos jurídicos<sup>14</sup>. Para ele, teóricos geralmente não tem motivos

---

<sup>14</sup> Há vários exemplos de desacordos quanto à interpretação de institutos jurídicos no Brasil. Podemos citar o caso do agravo de instrumento a partir do Novo Código de Processo Civil, que limitou sua aplicação para um rol taxativo que não contemplava hipóteses tidas pela comunidade como análogas às discriminadas no texto normativo, a

para ocultar a verdadeira natureza de suas atividades, como ocorre com os juízes ou advogados, e nesse caso não seria possível alegar que as disputas seriam em torno do que o direito deveria ser.

Shapiro elenca, por fim, uma terceira hipótese, que diz respeito à confusão entre a crítica do agulhão semântico e a dos desacordos teóricos. Conforme visto, esse autor mantém a independência entre elas, de tal sorte que refutar o agulhão semântico – enquanto um argumento que atribui ao positivismo jurídico a utilização de uma semântica criterial para explicar a natureza do direito – em nada alteraria a crítica dos desacordos teóricos, que diz respeito aos critérios de validade do direito.

A saída que Shapiro enxergou nesse impasse foi semelhante à de Toh, no sentido de que, em vez de o positivista tentar refutar os desacordos teóricos, ele deveria acomodá-los dentro da estrutura do próprio positivismo. Shapiro rejeita a tese segundo a qual os critérios últimos de validade das normas jurídicas adviriam exclusivamente de uma prática social convergente, bem como rejeita a visão dos fatos brutos (*plain-fact view*), a qual dispõe que apenas desacordos empíricos seriam possíveis no direito. Ele propõe, ainda, o abandono de qualquer tese convencionalista de interpretação que preclua a possibilidade de desacordos teóricos.

Assim como Dworkin, Shapiro entende que, para determinar o conteúdo do sistema jurídico, é preciso lançar mão de uma metodologia interpretativa, atribuindo metas e finalidade ao direito, de tal sorte que esses desacordos só poderiam ser compreendidos adequadamente se levado em consideração o engajamento na prática do direito. No entanto, ele sustenta que, no lugar de buscar as soluções desses desacordos na filosofia moral ou política, como propunha Dworkin, o positivista deveria buscar fatos sociais, fatos que representassem os objetivos e valores de um determinado sistema jurídico aos quais a interpretação deveria ser harmonizar, descartando, de pronto, qualquer raciocínio moral. Conforme explica:

Não se pode entender desacordos sobre a metodologia interpretativa, a menos que se estes sejam vistos como disputas sobre o ponto de se envolver na prática jurídica. [...] Além disso, o positivista terá estabelecido os fundamentos sociais do direito de uma maneira que não se baseie em convenções específicas sobre metodologia interpretativa adequada, respondendo assim à possibilidade de divergências teóricas. Desacordos teóricos seriam simplesmente um produto de disputas sobre quais propósitos são de fato os objetivos do sistema ou sobre qual metodologia melhor se harmoniza com esses objetivos. (SHAPIRO, 2007, p. 42, tradução minha)

---

exemplo da hipótese de incompetência relativa. Posteriormente o entendimento foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça para mitigar a taxatividade do rol, com vistas a incluir situações específicas que foram esquecidas pelo legislador ordinário. Esse desacordo em particular, não obstante, pode ser explicado como um caso de indeterminação, a partir da análise apresentada por Marmor em *Philosophy of Law*.

Nesse contexto, Shapiro propõe que o positivista deveria formular uma teoria da interpretação cuja metodologia se adequasse aos cânones do positivismo jurídico, a qual, em sua visão, estaria em considerar os valores objetivos estipulados pelos constituintes (*designers*) do sistema jurídico. Assim, a interpretação deveria buscar os propósitos que melhor explicassem a prática jurídica em questão, e não propósitos que a justificassem. Ele fornece os seguintes exemplos de propósitos, que iriam variar conforme a comunidade: “auto-governo democrático, proteção da liberdade individual, ou poderiam até mesmo ser moralmente suspeitos, tais quais a busca pela implementação da vontade de Deus ou a aceleração da revolução do proletariado” (SHAPIRO, 2007, p. 45).

Nesses casos, argumenta, o direito ainda derivaria o seu fundamentado de validade de fatos sociais, uma vez que os valores objetivos do sistema jurídico seriam preestabelecidos por fatos sociais, os quais o intérprete deveria buscar para que sua interpretação com eles se harmonizasse. É interessante sublinhar nesse contexto que, para Shapiro, a deferência à ideologia dos constituintes (ou na falta destes, à ideologia das autoridades) seria motivada não pela impossibilidade de se alcançar objetividade em questões morais, mas pela razão de ser um sistema jurídico, qual seja: “resolver questões sobre os objetivos específicos que o grupo deve seguir” (SHAPIRO, 2007, p. 46). Ele ressalta que esses objetivos buscam resolver questões complexas, no sentido coordenar o comportamento da população, tais quais:

Quais direitos as pessoas têm e quais merecem proteção legal? Qual distribuição de bens é a distribuição justa? Contra qual métrica moral o comportamento deve ser avaliado? Essas perguntas são suscetíveis de provocar sérias dúvidas e desacordos. É razoável supor que, sem algum mecanismo para estabelecer quais objetivos e valores específicos o sistema jurídico deve perseguir, há um risco significativo de que não ocorra a enorme quantidade de comportamento coordenado necessário para que a lei alcance sua missão moral. (SHAPIRO, 2007, p. 45)

Por essas razões, Shapiro rejeita o método interpretativo proposto por Dworkin em *O Império do Direito*, por considerar que sua interpretação construtiva contraria a própria lógica de se ter autoridades jurídicas em primeiro lugar, ao permitir que os jurisdicionados reabram questões que as autoridades teriam buscado resolver ao conceber (*design*) o sistema jurídico. Disso resulta, que o direito não conseguiria cumprir sua função de guiar condutas, ao possibilitar que os intérpretes engajassem em profundas e abstratas digressões filosóficas sobre questões que têm dividido a humanidade por séculos, liquefazendo os objetivos previamente estipulados.



### 3.6.2 A resposta de Toh

A compreensão de Kevin Toh acerca das críticas do *Império do Direito* se aproxima da compreensão de Shapiro. Por isso, sua resposta segue um percurso argumentativo muito distinto daquele trilhado por Raz e por Marmor, uma vez que não busca defender a possibilidade de critérios convencionais de validade jurídica e desacordos quanto a utilização destes. Seu objetivo é fornecer apontamentos que demonstram a forma pela qual o positivismo de Hart não só acomoda, como também explica satisfatoriamente genuínos desacordos jurídicos (*legal disagreements*), possibilitando, inclusive, distintas concepções sobre a regra de reconhecimento entre aqueles que fazem parte da prática social.

Assim Toh, sustenta haver na própria teoria de Hart recursos para explicar a possibilidade de desacordos normativos, e que a resposta está não em demonstrar que critérios convencionais de validade jurídica permitem controvérsia quanto aos seus conteúdos, mas em delinear a semântica mais adequada para a teoria de Hart quanto aos enunciados jurídicos internos (*internal legal statements*), enquanto proposições normativas feitas do ponto de vista de quem integra a prática jurídica, dentre os quais encontramos também aquelas que se referem à regra de reconhecimento.

Para tanto, incumbe distinguir, conforme Hart propusera (1994, p. 102/103), os enunciados jurídicos internos dos enunciados jurídicos externos: enunciados internos são proposições normativas formuladas do ponto de vista interno à prática jurídica. Assim, não se confundem com os enunciados externos, que são proposições sobre leis e sistemas jurídicos formulados por um observador externo à prática. São enunciados externos típicos do *Conceito do Direito* aqueles utilizados para descrever o direito como a união de regras primárias e secundárias. De acordo com Toh, Eugenio Bulygin, já em 1982, apontava para a questão de que Raz e Dworkin não levavam em consideração essa distinção ao lançar críticas à teoria de Hart. Não obstante, ao se reportar a enunciados sobre a regra de reconhecimento, Hart esclarecia que a natureza desses enunciados se distinguia dos enunciados feitos por um observador externo:

O uso de regras de reconhecimento não declaradas, por tribunais e outros, na identificação de regras específicas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que os utilizam dessa maneira manifestam sua própria aceitação delas como regras norteadoras e, com essa atitude, segue um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo. (Hart, 1994, p. 102, tradução minha)

Para Toh, essa distinção entre ponto de vista interno e externo se amolda ao projeto metodológico que Hart herdou de Jeremy Bentham, cujo objetivo era fornecer uma explicação do direito descritiva e moralmente neutra, isto é, sem incorrer em julgamentos de valor quanto à legitimidade do direito. É por isso que as condições de existência (*existence-conditions*) do direito propostas em *O Conceito do Direito* em nenhuma hipótese pretendem justificar a aderência das pessoas a determinadas normas jurídicas, ou fornecer razões e estabelecer os deveres do ofício judicante. O propósito sempre foi entender, de maneira geral, o que era o direito enquanto fenômeno social. Nisso reside, em sua visão, o equívoco de alguns teóricos em querer atribuir ao positivismo de Hart uma interpretação normativa, contra os sentidos explícitos divisados na obra, como entende ter feito Shapiro e Dworkin, ao tentar extrair de um enunciado externo e descritivo características prescritivas.

Com base nessas particularidades, Toh conclui que Dworkin estaria enganado quanto à incapacidade do positivismo de Hart em acomodar os desacordos normativos, por interpretar de maneira equivocada sua análise quanto aos enunciados internos. De acordo com a tese atribuída por Toh, Hart não estaria fazendo uma análise inteiramente descritiva dos enunciados jurídicos internos, mas uma análise híbrida, a possuir também um cunho expressivista, semelhante àquele empregado por Allan Gibbard, em suas contribuições à meta-ética.

Conforme explica, “expressivismo é um termo cunhado por Gibbard para se referir a um grupo de teorias que buscam explicar o significado de termos normativos e, particularmente, éticos, com uma estratégia específica” (TOH, 2005, p. 79), qual seja, ao abordar um enunciado normativo, o teórico busca determinar o estado mental que um locutor exprime ao formular uma proposição com termos normativos, sem que com isso esteja concordando exatamente com o que está sendo exprimido.

Esse tipo de análise, de acordo com ele, foi pensado justamente para acomodar desacordos normativos. Toh oferece evidência com base em passagens do *Conceito de Direito* e textos anteriores de Hart que sugerem a adoção dessa de compreensão. Reconstruir a análise dessa forma atenderia ao método descritivo e moralmente neutro concebido por Bentham. Assim, partir de uma análise expressivista dos enunciados jurídicos internos, interlocutores poderiam discordar inclusive sobre o conteúdo da regra de reconhecimento.

Portanto, assim interpretada, a análise de um enunciado jurídico interno, como a da regra de reconhecimento, teria a seguinte estrutura:

(AH) Um locutor formula um enunciado jurídico se e somente se:

- (i) expressar sua aceitação de R; e
- (ii) pressupor que R é geralmente aceita e obedecida pelos membros de sua comunidade. (TOH, 200X, p. XX)

Logo, dizer que é um enunciado é expressivista ou não-cognitivista equivale a afirmar que os interlocutores podem ter genuínos desacordos normativos, mesmo quando discordam sobre questões factuais, contanto que utilizem termos normativos no mesmo sentido, isto é, para expressar opiniões normativas com vistas a influenciar as opiniões normativas do outro, e conseqüentemente, suas ações. É o que ele chama de análise normativa oblíqua, que pode ser observada na primeira parte da (AH).

Sua conclusão é que mesmo diante da falta de consenso sobre o conteúdo da regra de reconhecimento, podemos inferir a sua existência, na medida em que os membros de uma comunidade, de um modo geral, tratam as normas jurídicas como vinculantes, pois em última instância estarão reconhecendo em uma determinada prática social os critérios para identificar as normas do sistema jurídico, ainda que em muitos casos não seja possível identificar claramente o conteúdo do direito a ser aplicado (TOH, 2005, p. 117).

### 3.7 Considerações finais

Se consideramos as respostas oferecidas, todas partindo de positivistas exclusivos, perceberemos de pronto a complexidade que o tema suscita. Joseph Raz, por exemplo, não adentrou na discussão acerca da regra de reconhecimento ou da disputa sobre os critérios de validade do direito em situações relevantes. Ele não buscou oferecer um argumento apto a refutar os desacordos teóricos no contexto da prática jurídica. Em vez disso, sua resposta se deu inteiramente no plano meta-teórico, reportando-se ao sentido imediato traçado por Dworkin, isto é, à questão do positivismo se embasar em explicações semânticas criteriosais, sem considerar qualquer peculiaridade atribuída ao direito enquanto prática social.

A princípio, Raz argumenta que o significado das palavras não era relevante para o principal objetivo do positivismo de Hart. Por outro lado, reconheceu que o argumento se voltava contra explicações semânticas criteriosais (*criterial semantics*), e embora não fosse este o método de Hart, se provado correto nesse ponto, também se provaria em relação à análise conceitual ínsita à metodologia de Hart. No entanto, ele conclui que o argumento não subsiste se analisado com mais acuidade, uma vez que o agulhão semântico não levava em conta a possibilidade de uma abordagem conceitual não individualista, como também não considerava a complexidade inerente à análise de conceitos, sobretudo os filosóficos. Sua resposta é útil

para refutar em definitivo a ideia de que o positivismo esposava a uma abordagem conceitual que impossibilitaria desacordos na aplicação do conceito de direito.

Todavia, positivistas exclusivos como Shapiro e Toh entendiam que ainda carecia de esclarecimento as críticas sobre os desacordos normativos. Shapiro separou a crítica do agulhão semântico, entendida como uma crítica critérios linguísticos compartilhados da palavra “direito”, (ii) da crítica dos desacordos teóricos, enquanto crítica sobre os critérios de validade das normas jurídicas ou, nas palavras de Dworkin, sobre as proposições fundamentais do direito, afirmando que até aquele momento os positivistas não tinham fornecido uma resposta adequada aos desacordos teóricos. Sua conclusão é que qualquer abordagem convencionalista que não acomodasse divergências normativas desse tipo deveria ser abandonada.

A análise de Shapiro quanto à independência entre o agulhão semântico – como causa impeditiva para o positivismo não enxergar os desacordos – e os desacordos teóricos, no nosso sentir, mostra-se a mais acertada. De outra ponta, embora sua explicação dos desacordos demonstre independência até mesmo do modelo de interpretação construtiva proposto por Dworkin, suas propostas suscitam uma análise mais profunda, a qual não teremos a oportunidade de explorar nesse trabalho. Em sua visão, para acomodar a crítica, o positivismo teria de propor uma metodologia interpretativa própria, o que significaria reconhecer a necessidade de se atribuir finalidade e valor a prática para que as normas jurídicas pudessem ser interpretadas.

Toh, em artigo no qual lança apontamentos sobre a metodologia do positivismo analítico, entendeu como ambivalente o argumento do agulhão semântico, a compreender tanto a crítica semântica como a normativa, pelo que concluiu, ainda que perfunctoriamente, que a teoria de Hart, se bem interpretada, acomodava essa possibilidade de desacordos normativos sobre os critérios de validade jurídica, o que ele propôs fazer defendendo a forma uma análise normativa oblíqua, adequada para entender o funcionamento de enunciados internos, como a regra de reconhecimento.

#### 4 A RESPOSTA DE MARMOR AO DESAFIO INTERPRETATIVISTA

Na obra *Interpretation and Legal Theory* (1992), baseada em sua tese de doutoramento, Andrei Marmor se lança à análise da crítica apresentada por Dworkin no *Império do Direito*, buscando reexaminar o positivismo hartiano à luz do desafio interpretativista. Ele compreende a crítica do aguilhão como uma refutação do convencionalismo, o que, em sua visão, equivale a noção de que as condições de validade do direito são determinadas por convenções sociais, ou seja, pelo que é “percebido nas regras e práticas que as pessoas de fato seguem”, (MARMOR, 2005, p. 7). Assim, está implícita em sua análise a defesa das regras de conhecimento como regras convencionais.

Em sua perspectiva, um dos pressupostos centrais do *Império do Direito* está na concepção de que o direito é sempre resultado de uma interpretação, e interpretar, por sua vez, pressupõe juízos de valor, o que implica dizer que a tese da separação entre o direito e a moral também não se sustentaria. Esse argumento sobre a natureza interpretativa do direito está ligado a um outro, acerca da metodologia do positivismo analítico, que se mostraria inadequada.

Marmor divisa, então, duas dimensões na crítica do *Império do Direito*, uma metodológica, concernente à natureza da teoria do direito, e uma substantiva, que diz respeito à prática jurídica. Os argumentos em *Interpretation and Legal Theory* abarcam esses dois eixos, dizendo respeito tanto à metodologia quanto à prática social em si. É importante notar que “o conceito de interpretação oferecido por Dworkin desempenha um papel fundamental” em ambos aspectos da crítica, tanto em relação ao método descritivo e moralmente neutro quanto à separação conceitual entre direito e moral vindicados pelo positivismo jurídico (MARMOR, 2005, p. 27). Para entender o primeiro argumento, antes é preciso atentar para os aspectos metodológicos de sua teoria, e as perguntas das quais parte, sobretudo diante da assimetria entre os projetos que esses dois teóricos abraçam.

Dessa forma, os argumentos oferecidos em defesa do positivismo, e todos eles partindo do modelo de interpretação construtiva são os seguintes: (i) a nível metodológico, a rejeição da tese de Dworkin que propõe o fim da distinção clássica entre teoria do direito e teoria da decisão, e com ela a noção de que a interpretação do teórico é a mesma do operador do direito, que desvirtua os propósitos do positivismo jurídico; (ii) a nível substantivo, são dois argumentos: (a) primeiro ele busca demonstrar que, no tocante à identificação das normas jurídicas, o modelo de interpretação construtiva é incompatível com a autoridade institucionalmente reivindicada pelo direito, sustentando que a noção de autoridade do direito enquanto razões excludentes formulada por Joseph Raz precisaria ser refutada para que a interpretação pudesse desempenhar o papel defendido por Dworkin, o que, todavia, não restou demonstrado; e, por fim, (b) defende que nem toda conclusão sobre o que o direito é em casos concretos vai depender da interpretação. Delimitado escopo da crítica do aguilhão semântico na visão de Marmor, é sobre a resposta oferecida que agora passamos a nos voltar.

Em que pese o propósito explícito ser uma defesa do positivismo frente ao desafio contra o convencionalismo lançado por Dworkin, uma parte considerável da obra é constituída de reflexões laterais, que não estão diretamente relacionadas à crítica do Império do Direito conforme compreendida por Marmor, e, portanto, não serão abordadas neste trabalho, senão quando para esclarecer os contornos da resposta oferecida; são exemplos destas reflexões: a análise dos fundamentos epistêmicos da teoria de Dworkin e os limites impostos pela coerência no processo de interpretação (Cap. IV); a análise das teorias que, em oposição ao positivismo, adotam o realismo semântico, como a de Michael Moore (Cap. V); a análise da tese da influência das intenções do legislador no tocante à interpretação do conteúdo das leis (Cap. VIII); a análise da interpretação constitucional, no qual discorre sobre questões normativas como a legitimidade moral do instituto e as formas pelas quais ele deve ser carreado (Cap. IX).

Logo, serão abordados neste trabalho o entendimento de Marmor sobre qual é a principal crítica do Império do Direito (Cap. I), bem como a resposta que ele formula contra os principais aspectos dessa crítica, que, por sua vez, engloba três argumentos, sendo eles: a) a rejeição de que o teórico do direito deve pautar-se pela mesma interpretação do operador do direito, política e moral em essência (Cap. III); b) a rejeição do papel da coerência na identificação das normas jurídicas, frente a autoridade institucionalmente reivindicada pelo direito (Cap. VI); e c) a excepcionalidade da interpretação, o que o leva a conclusão de que, na prática jurídica, nem toda conclusão sobre o que o direito é vai necessariamente depender da interpretação (Cap. VII).

É interessante notar, todavia, que dois dos argumentos (“a” e “b”) estão fundados no conceito geral de interpretação apresentado por Marmor, que, por seu turno, baseia-se na filosofia da linguagem, perpassando os âmbitos da semântica e da pragmática para se chegar no conceito de significado mais adequado, do qual depende o conceito de interpretação que ele oferece como referência e contraponto ao modelo de Dworkin (Cap. II). No entanto, essa reflexão não será aprofundada nesse trabalho, sendo abordada somente no que for necessário para esclarecer os argumentos apresentados contra a crítica de Dworkin.

#### 4.1 O Aguilhão Semântico na Perspectiva de Andrei Marmor

Marmor – assim como Himma o faria anos depois – entendeu que o cerne da crítica do aguilhão semântico deveria ser entendido como uma refutação não do caráter semântico das teorias positivistas – de modo que este, no seu entendimento da época, jamais foi o método proposto por Hart, – e, sim, como uma refutação ao caráter convencional esposado pelo positivismo jurídico. Nessa perspectiva, o aguilhão semântico é tomado por “uma nova versão de uma velha contenda que contrapõe a natureza controvertida da argumentação jurídica ao convencionalismo” (MARMOR, 2005, p.7). A seu ver, o argumento volta-se sobretudo contra a noção de que as condições de validade do direito derivam essencialmente de convenções sociais, e, conforme visto, é a partir desse argumento que busca defender o positivismo jurídico:

[...] se advogados e juízes reconhecem como juridicamente vinculantes não apenas aquelas normas que são identificáveis de maneira incontroversa sob a Regra de Reconhecimento, isto é, se o que eles reconhecem como vinculativo não é apenas o direito advindo de uma fonte social, o convencionalismo acaba sendo falso em seus próprios termos. Em outras palavras, ou o direito não é o que advogados e juízes pensam que é, o que equivale a dizer que o direito não é uma questão de convenções, ou - se é o que advogados e juízes pensam - o convencionalismo é falso, pois eles não veem o direito como puramente uma questão de convenções (MARMOR, 2005, p. 8, tradução minha)

Ou seja, em *Interpretation and Legal Theory*, em sua visão, a noção de teorias semânticas enquanto uma abordagem que busca explicar a natureza do direito por meio dos usos linguísticos da palavra direito não havia ferroadado ninguém (“*it has stung no one*”), se atentássemos para o fato de que Dworkin partiu de uma patente incompreensão acerca do método adotado por Hart. Como observa, a lógica desse argumento poderia voltar-se contra qualquer outra questão filosófica. É o caso da questão central à epistemologia: “o que é o

conhecimento” (MARMOR, 2005 p. 6). Nesse caso, diz ele, o agulhão semântico também poderia ser invocado para acusar os filósofos de disputar sobre exemplos limítrofes ou de fingir disputas, o que seria absurdo em sua visão. Essa noção, segundo, poderia ser utilizada contra a própria análise de Dworkin.

Uma observação lateral é importante. Anos mais tarde, no *artigo Farewell to conceptual analysis (2012)*, Marmor volta atrás, e entende que em certa medida Dworkin estava certo em afirmar a estreita relação entre análise conceitual e análise semântica, embora entendesse que o argumento central do agulhão semântico continuava equivocado. De toda forma, em nada essa alteração afeta os argumentos em *Interpretation and Legal Theory*. Conforme explica:

Eu acho que Dworkin está certo, até certo ponto. Ele estava certo ao assumir que a análise conceitual é, essencialmente, uma investigação linguística. Pelo menos, foi assim concebido pela escola de análise da linguagem ordinária de Wittgenstein, Ryle e Austin, à qual Hart (sem entusiasmo, eu acho) pertencia e da qual ele certamente foi influenciado. Como vimos na citação de Ryle, a ideia de um conceito representa os "funcionamentos das palavras" em seus contextos, e as maneiras pelas quais essas funções estão entrelaçadas com as funções dos conceitos relacionados, com os quais eles interagem em um determinado ambiente. [...] Nada disso serve para justificar o argumento do "agulhão semântico" de Dworkin. [...] A principal suposição de Dworkin, de que o conhecimento do significado de uma palavra necessariamente equivalente ao consenso em julgamentos sobre a aplicação da palavra a todos os casos (não-limítrofes), é algo realmente questionável. (MARMOR, 2012, p. 5-6, tradução livre)

Assim, Marmor viria a conceber o método do o positivismo em Hart não como uma análise conceitual, mas uma análise com o que chama de explicação redutiva do direito, que equivalia a explicar o direito em termos de fatos sociais.

Por outro lado, compreendida a crítica ao positivismo como uma refutação ao caráter convencionalista, Marmor observa que o conceito de interpretação desempenha um papel fundamental nos argumentos apresentados no *Império do Direito*, de tal sorte que, para explicar o direito enquanto prática social argumentativa e para determinar quais são os fundamentos em um dado sistema jurídico, antes de mais nada, é necessário que o teórico lance mão de uma interpretação construtiva, imputando uma finalidade à prática que lhe apresente sob sua melhor luz, o que implica dizer, que, em parte, a moralidade política e institucional de uma comunidade vai ser determinante para identificar os critérios de validade das normas jurídicas. Por esta razão, a explicação do teórico que almeje desvelar a natureza do direito deveria ser normativa na mesma medida.

A fim de demonstrar a influência da interpretação construtiva na natureza do direito enquanto prática social e na teoria do direito, Marmor estrutura o argumento do direito como



integridade' em quatro premissas (MARMOR, 2005, p. 27):

- (i) toda conclusão sobre o que o direito é em um determinado caso concreto é fruto da interpretação;
- (ii) a interpretação, por sua vez, é essencialmente uma tentativa de apresentar o objeto da melhor forma possível, isto é, sob sua melhor luz;
- (iii) logo, interpretar necessariamente envolve considerações valorativas;
- (iv) e, portanto, toda conclusão sobre o que o direito é em um dado caso concreto necessariamente envolve considerações valorativas.

O papel desenvolvido pela interpretação construtiva conflui para a simetria entre o caráter argumentativo da prática social e a natureza da teoria do direito, como podemos observar nas cinco premissas abaixo reproduzidas abaixo, que representam, na visão de Marmor, o argumento metateórico de Dworkin:

- (i) uma teoria sobre a natureza do direito é uma interpretação de uma prática social;
- (ii) qualquer interpretação sobre o que é o direito equivale basicamente a interpretação de uma prática social;
- (iii) logo, tanto os teóricos do direito como os juízes estão engajados na interpretação de uma prática social;
- (iv) a interpretação de uma prática social, como é o caso do direito, tem por finalidade apresentá-la sob sua melhor luz;
- (v) portanto, tanto os teóricos como os operadores do direito estão engajados no mesmo tipo de raciocínio, qual seja, uma tentativa de apresentar a prática jurídica sob sua melhor luz moral.

Como se vê, o modelo de interpretação construtiva se volta os dois aspectos mencionados anteriormente. Dessa forma, Marmor se dedica primeiro a analisar a natureza da teoria do direito no contexto das relações entre teoria e prática, a fim de avaliar se as conclusões meta-teóricas de Dworkin se sustentam (MARMOR, 2005). Depois, busca analisar os argumentos substantivos, no contexto da relação entre direito e moral, voltando-se ao papel da

interpretação no direito. Em ambos os casos, sua resposta parte de uma revisão do modelo de interpretação construtiva. Do mesmo modo, seguiremos esse roteiro, de forma que, para compreender os seus argumentos sobre o papel da interpretação no direito, antes convém entender em que consiste o método e os propósitos de uma teoria, e se de fato um método descritivo e moralmente neutro é viável.

## **4.2 A natureza da teoria do direito proposta por Dworkin**

Conforme visto, a teoria de Hart parte da indagação sobre a natureza de seu objeto de um modo geral (*what is law*), assim se distinguindo das teorias da decisão, que partem da aplicação do direito de uma determinada comunidade, em um determinado tempo (*what is the law*). Com a crítica ao método adotado por Hart, Dworkin não vê mais sentido em distinguir entre uma e outra, postulando que a interpretação do teórico deve ser a mesma interpretação do operador do direito, moral e política em essência, devendo, ainda, servir de norte para teorias da decisão (DWORKIN, 1986, p. 90). Portanto, para Dworkin tanto os teóricos como os operadores do direito estão engajados no mesmo tipo de raciocínio, qual seja, uma tentativa de apresentar a prática jurídica sob sua melhor luz moral. Nesse ponto, a conclusão de Marmor é que essa conexão necessária não se sustenta.

### **4.2.1 O caráter argumentativo do direito e a tese hermenêutica**

Marmor analisa as razões elencadas no *Império do Direito* para sustentar a metodologia interpretativista, movido pela seguinte indagação: “o que se deve saber ou experimentar para que se possa entender uma prática social como direito” (MARMOR, 2005, p. 39). Como já apontando, a resposta de Dworkin está no caráter argumentativo do direito, que lhe leva tomar o direito como um conceito interpretativo. Disso decorre que haverá aspectos essenciais sobre o conceito que serão inteligíveis apenas se adotarmos o ponto de vista interno à prática, razão pela qual o teórico deveria analisar o direito da mesma perspectiva que um juiz encarregado de proferir decisões judiciais.

O argumento de Dworkin que propõe o fim da distinção clássica entre teoria do direito e teoria da decisão, postulando que a interpretação da teoria do direito é a mesma da prática jurídica, política e moral em essência, é denominado por Marmor de Tese Hermenêutica. Uma observação se faz importante quanto à nomenclatura: Marmor a reputa de hermenêutica

não porque essa tese corrobora as ideias da hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, mas porque Dworkin alega ter se inspirado nessa escola (MARMOR, 2005, p. 27).

Assim, de acordo com Dworkin, a interpretação de uma prática social do tipo argumentativo como o direito e a cortesia é peculiar na medida em que as práticas analisadas também são empreendimentos em parte valorativos. A compreensão de Marmor sobre essa concepção é que o caráter argumentativo está associado a práticas que são constituídas por normas e convenções. É por essa razão que o teórico também precisaria fazer seu próprio julgamento dos valores que constituem a prática que pretendesse interpretar.

Há, no entanto, que se diferenciar dois sentidos de influência dos valores quanto ao processo de construção teórica. Dworkin sustenta que a explicação de uma prática social é essencialmente interpretativa, na medida em que o teórico se vê obrigado a fazer escolhas ao identificar os elementos que a constitui, no afã de apresentá-la da melhor forma possível. Nesse ponto, de acordo com Marmor, não há discordância entre eles, e nem mesmo com o próprio Hart, que também estaria ciente da inevitabilidade de valores meta-teóricos, seja em que teoria for.

Sua análise é que nenhuma teoria está totalmente isenta de valores e nenhuma é totalmente descritiva, seja científica ou filosófica. O recorte feito pelo teórico inevitavelmente implicará em juízos de valor. Portanto, o sentido de descritivo e moralmente neutro não deve ser entendido como se o positivismo estivesse totalmente isento de valores morais. Quanto a esse ponto, Dworkin está correto. Não é esse, contudo, o sentido da influência de valores associado ao caráter argumentativo e por via de consequência à natureza da teoria do direito.

O verdadeiro sentido empregado por Dworkin está relacionado a aspectos essenciais do direito que não seriam apreendidos do ponto de vista externo adotado pelo positivismo para descrição do direito. Na visão de Marmor, esses aspectos estão associados à natureza controvertida da argumentação jurídica, portanto, à questão da controvérsia, que, para ele, deriva de duas possíveis causas, uma pertinente à identidade do conceito, e outra decorrente de casos inéditos, nos quais não seria possível repetir a aplicação de uma regra preestabelecida por se tratar de uma questão nova, ainda não contemplada pelas normas existentes.

Ele utiliza o exemplo do vegetarianismo para ilustrar por que a controvérsia não é em si um problema para a metodologia do positivismo analítico no caso da identidade. Quando ele tenta entender do que se trata a prática do vegetarianismo, para, por exemplo, compreender a controvérsia se a ingestão de peixe é ou não proibida, ele vai precisar levar em consideração as perspectivas dos vegetarianos envolvidos com a prática (o ponto de vista interno), como eles a entendem, e os valores que estão associados a ela. No entanto, para isso, ele não precisa ser

vegetariano ou mesmo lançar mão de seus próprios valores e decidir se concorda ou não com os valores da prática sob análise. Uma teoria descritiva poderia simplesmente explicar essa controvérsia afirmando que há duas vertentes de vegetarianismo.

Por outro lado, para Marmor, o positivismo jurídico não nega que para explicar a natureza do direito é preciso levar em consideração o ponto de vista interno dos participantes. No entanto, isso não equivale a empreender uma teoria que esteja em total sintonia com argumentação utilizada por juízes e advogados, mas tão somente que possa explicar os fundamentos do direito em termos de fatos sociais. E para isso, não é preciso adotar o mesmo ponto de vista da prática social e lançar juízos de valor sobre sua legitimidade, ou oferecer um prólogo silencioso para teorias da decisão, mas apenas compreender que os membros da comunidade tratam as regras como razões para agir.

Assim, ele conclui que o fundamento da tese hermenêutica não está no fato de a prática ser argumentativa, isto é, constituída de normas, mas no tipo de raciocínio que tanto operadores do direito como teóricos estariam engajados, isto é, na tentativa de apresentar essa prática sob sua melhor luz moral. Para Marmor, o único fundamento para Dworkin sustentar a relação entre teoria e prática está no modelo de construção interpretativa, uma vez que ao fazer qualquer interpretação de uma prática social como o direito, o teórico precisaria apresentá-lo sob sua melhor luz.

#### ***4.2.3 O Modelo de interpretação construtiva***

O ponto de partida de Marmor ao formular o seu conceito geral de interpretação é semelhante aos aspectos gerais do modelo de interpretação construtiva apresentados por Dworkin: grosso modo, trata-se de impor significado ou sentido a um objeto (MARMOR, 2005, p. 9-28). O conceito geral de interpretação que apresenta em *Interpretation and Legal Theory* deriva do modelo conversacional, mas com ele não se confunde, uma vez que, conforme sublinha André Coelho: “a escolha de sentido é baseada em razões, seja nas razões preferenciais em favor da gramática e da intenção [do autor], sejam nas razões em contrário que, derrotando aquelas primeiras, possam impor-se como mais decisivas” (COELHO, 2018, p. 278).

Dworkin, por outro lado, entende que a interpretação do direito deve ser de tal maneira a apresentar o objeto sob sua melhor luz, dentro do gênero ao qual presume-se que ele pertence. Acrescenta, por fim, que o intérprete está adstrito a história ou formato do objeto, não podendo interpretá-lo de qualquer maneira. Conforme observa Marmor, a Tese Hermenêutica parte da premissa de que a interpretação construtiva deve apresentar a prática sob sua melhor

luz, algo que seria comum tanto ao ofício do teórico como ao do operador do direito. O conceito desse modelo de interpretação pode ser observado na seguinte passagem do *Império do Direito*:

Interpretação de obras de arte e práticas sociais [...] está essencialmente preocupada com propósito e não causa. Mas os propósitos em voga não são (fundamentalmente) aqueles de um autor, mas do intérprete. Grosso modo, interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou prática de modo a torná-la o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual pertence (DWORKIN, 1986, p. 52).

Marmor então destaca três teses sobre a natureza da interpretação que estão presentes no modelo de Dworkin: (a) a interpretação aspira a apresentar o objeto sob sua melhor luz; (b) ela depende dos valores do gênero a qual se vincula o objeto; (c) existem certos limites que determinam as possíveis interpretações que se possa dar a um objeto, como a história e o seu formato. Dessas três características, as duas primeiras são de interesse para a presente análise, que busca compreender a relação entre teoria e prática que Dworkin sustenta, ao propor que ao interpretar o direito, o teórico está adstrito ao mesmo ponto de vista de juízes.

Ao se debruçar sobre essas premissas, Marmor entende que interpretar vai sempre ser uma atividade em parte valorativa, pois, para interpretar um objeto, é preciso avaliar o que torna esse objeto bom ou ruim, e para determinar isso, antes é preciso ter uma ideia sobre os valores do gênero ao qual pertence. Portanto, quanto à segunda característica, ele está de acordo, porquanto admite que não há como interpretar um objeto sem ter em mente algumas perspectivas sobre os valores que lhe são inerentes. No entanto, isso não justifica por que a interpretação tem de apresentar o objeto sob sua melhor luz e tampouco justifica o ponto de vista interno. Na verdade, conforme vimos, a natureza interpretativa da teoria do direito conforme vindicada por Dworkin decorre do caráter argumentativo do direito, e esse, por sua vez, depende do modelo de interpretação construtiva, e mais especificamente, da primeira característica, qual seja, interpretação tem de apresentar um objeto sob sua melhor luz.

No entanto, cabe indagar: por que sob a melhor luz? De acordo com Marmor, Dworkin não parece ter dado uma justificativa detalhada ou satisfatória a essa característica, limitando-se a dar duas pistas, uma das quais em nota de rodapé, onde sustenta que, não fosse assim, inexistiria razão para o intérprete apresentar a interpretação que fez. A segunda pista não é tão explícita e decorre da suposição de haver somente uma alternativa ao modelo de interpretação conversacional, segundo o qual a interpretação deve extrair as intenções de quem criou o objeto que está sendo interpretado. Ocorre que ambas suposições estão equivocadas, na medida em que não existem apenas essas duas alternativas. Essa suposição de que única

alternativa é o modelo de interpretação construtiva ignora as diversas motivações que podem engendrar distintos modelos de interpretação:

Marmor recorda que, entre a concepção extrema de interpretação conversacional, em que o sentido é idêntico à intenção do emissor, e a concepção igualmente extrema da interpretação construtiva, em que o sentido é uma escolha valorativa do intérprete, se encontra uma multiplicidade de alternativas medianas que, seja na arte, seja no direito, costumam ser consideradas mais razoáveis como modelos de interpretação (COELHO, 2018, p. 277).

São duas as razões que o modelo de interpretação construtiva desconsidera e que, para Marmor, tornam inviável a ideia de uma interpretação ter de apresentar o objeto sob sua melhor luz: uma sobre motivação e outra sobre possibilidade. Quanto à motivação, diz ele, nem sempre é uma interpretação tem por motivo ou razão de ser a apresentação do objeto da melhor forma possível. Ele utiliza-se de exemplos na arte, para ilustrar que, diversamente do que sugere Dworkin, é possível lançar uma interpretação que apresente o objeto de diversas formas, como a peça *Hamlet* de Shakespeare, que poderia ser interpretada pelo prisma da psicanálise, ou em um cenário distinto do habitual, adaptando-a para tempos modernos. Essas seriam, a seu próprio modo, interpretações válidas, com motivações distintas, que não a de ser a melhor apresentação da peça de Shakespeare (MARMOR, 2005, p. 29).

Além disso, a questão da possibilidade. Um dos principais motivos de insubsistência dessa característica está na comparação de valores que muitas vezes se mostram incomensuráveis, o que torna a comparação impossível, como já apontado por autores como John Finnis. Ainda que se presuma a objetividade de valores morais, nem sempre haveria como o intérprete apontar uma interpretação que fosse a melhor dentre as possíveis, ainda que de um mesmo gênero, diante das várias dimensões valorativas existentes, onde não é usual encontrar um denominador comum que seja robusto o suficiente para permitir a comparação e consequente eleição de uma interpretação que seja a melhor, *all things considered* (MARMOR, 2005, p. 33). Marmor pede que consideremos as várias dimensões que obras literárias costumam ter. Imaginemos *O Cortiço*, de Aluísio Azevedo, uma obra de múltiplas dimensões, cujas interpretações ora se voltam para os mecanismos de exploração e subordinação entre as classes, ora para a construção e o desenvolvimento da sexualidade, ora para configuração do espaço urbano, o que por vezes culmina na dificuldade ou mesmo impossibilidade de se eleger uma que seja a melhor.

A conclusão a que chega é que o modelo de interpretação construtiva faria todo sentido em optar por apresentar o objeto sob uma certa luz, não sob a melhor. Em sua visão, a

única razão para Dworkin atribuir essa característica à interpretação está na insistência do giro metodológico proposto em sua teoria do direito, de modo que sua teoria geral da interpretação faria todo sentido sem ela. Por via de consequência, Marmor rejeita a noção de que está na natureza da interpretação o dever de apresentar um objeto sob sua melhor luz.

### 3.2.3 A refutação da tese hermenêutica

Uma vez demonstrado a característica do modelo de interpretação construtiva que atribui à interpretação a necessidade de apresentar o objeto sob sua melhor luz não se sustenta, não mais se segue que a interpretação do teórico do direito deve ser a mesma de um juiz ou advogado. Isso porque a Tese Hermenêutica depende dessa característica para sustentar a necessidade de se abandonar o método descritivo e moralmente neutro de um observador externo. A inadequação sustentada por Dworkin não procede, a menos que sejam ignoradas as motivações do positivismo analítico.

Ainda que se partisse do pressuposto que a interpretação deveria apresentar um objeto sob sua melhor luz, não se seguiria que os juízos de valor do teórico seriam os mesmos de um operador do direito, tendo em vista que ‘o melhor do gênero’ (*‘the best of its kind’*) não significa o melhor do ponto de vista moral para todas as teorias indistintamente. O melhor vai depender dos propósitos de cada teoria. Como o positivismo jurídico não tem por objetivo justificar o direito ou pregar obediência às regras, não há fundamento para sustentar que o teórico dessa tradição deve adotar o mesmo julgamento moral das pessoas envolvidas com a prática.

Logo, deve ser abandonada a tese metodológica de Dworkin que propõe que o teórico do direito tem de interpretá-lo de um ponto de vista inteiramente normativo (*full blooded normativity*) para explicar adequadamente sua natureza. O argumento sobre a interpretação construtiva ter de apresentar um objeto sob sua melhor luz se mostra desmotivado e quase sempre impossível de se alcançar, dada as variadas motivações que podem animar uma interpretação, além da incomensurabilidade dos valores. Como desse aspecto depende a sua proposta de fazer desaparecer a diferença entre teoria e prática no direito, não há outra conclusão a não ser refutá-la.

Assim, é importante ressaltar que a interpretação pode ser motivada por diferentes finalidades, e buscar explicar o objeto de diferentes perspectivas. Não há fundamento para embasar a tese de que o direito não pode ser adequadamente descrito do ponto de vista de um observador externo. O positivismo jurídico tem por finalidade descrever a natureza do direito,

o que ele é, e não aborda a questão de determinar por que o direito deve ser seguido ou a forma correta pela qual os casos devem ser decididos, o que evidentemente é uma questão normativa que não faz parte do projeto de Hart ou de seus seguidores, conforme explica Leiter:

Dworkin formula em conjunto a pergunta "Qual é a lei nesta jurisdição?" com a pergunta "Como um caso em particular deve ser decidido?" Os positivistas sempre foram claros que o dever legal de um juiz de aplicar uma lei válida pode ser substituído por considerações morais ou equitativas em qualquer caso particular, e a teoria geral de Hart ("a tese das fontes") de que "leis" se distinguem por sua fonte - por serem promulgadas, por exemplo, por um órgão legislativo ou por figurar na decisão de um tribunal [...] (LEITER, 2007, tradução livre)

Para Marmor, a interpretação faz parte do direito, mas com ele não se confunde, conforme proposto no *Império do Direito* e na *Justiça de Toga*. Certamente, uma teoria do direito deve abordar esse aspecto importante do direito, mas não a ponto de se tornar ela própria uma interpretação jurídica. No caso da teoria analítica do direito, dado o seu escopo, cabe tão somente a descrição filosófica sobre o que significa interpretar na prática jurídica. Nesse contexto, a pergunta que se põe é "por que interpretar?", e não "como interpretar?".

Não obstante, a primeira pergunta ajuda na investigação da segunda, e é por essa perspectiva que consideramos a relevância de investigações filosóficas como a de Marmor. Em sua visão, a interpretação desempenha um papel importante no direito, no entanto, não da forma que Dworkin sustenta. O principal argumento de Marmor quanto à natureza interpretativa do direito está na afirmação de que nem toda regra vai exigir interpretação para que seja entendida, de modo que haverá casos em que as regras poderão ser seguidas e aplicadas sem a necessidade de se encontrar soluções fora dos *standards* jurídicos pré-estabelecidos, ou de lançar mão de juízos morais.

### 4.3 A interpretação no direito

Conforme expusemos no segundo capítulo, subjaz ao interpretativismo a necessidade de sempre se recorrer à interpretação para entender o direito enquanto objeto de estudo, bem como para determinar as normas de um sistema jurídico vigente, processo este que envolve a atribuição de uma finalidade à prática, com vistas a apresentá-la sob sua melhor luz. Disso resulta que a única forma de extrair sentido das normas jurídicas é mediante um processo que é em parte valorativo, o que, considerada sua concepção do direito como integridade, equivale a apresentar uma interpretação que se adegue às decisões políticas passadas e que melhor justifique o aspecto coercitivo do direito.



A leitura que Marmor faz do modelo de interpretação construtiva o leva a duas observações sobre os argumentos do *Império do Direito*: “primeiro que toda conclusão sobre o direito resulta de uma interpretação; e, segundo, que a própria natureza da interpretação é de tal modo que sempre vai envolver considerações valorativas” (MARMOR, 2010, p. 99, tradução livre). Portanto, quanto à natureza do direito e ao papel da interpretação, o argumento de Dworkin precisa satisfazer essas duas premissas para ser considerado verdadeiro. Embora esteja em grande parte de acordo quanto à natureza valorativa da interpretação, conforme vimos, Marmor rejeita a segunda premissa, por considerá-la implausível, o que, em sua visão, leva o argumento como um todo a falhar.

Nesse ponto, o interpretativismo apresenta um desafio ao positivismo, na medida em que tenta demonstrar que, em última instância, o fundamento de validade de um sistema jurídico não pode ser reduzido a fatos sobre as condutas, atitudes e crenças das pessoas, porque, em parte, ela é determinada por verdades de cunho moral. Não apenas a tese da separação é posta em xeque, mas também a tese das fontes sociais. A partir do *Império do Direito*, a crítica destoa do *Modelo de Regras I* de Dworkin, de tal sorte que não se trata mais de apenas uma parte do sistema jurídico que não derivaria da regra de reconhecimento, mas a própria existência da regra de reconhecimento que se liquefaria diante do caráter argumentativo do direito.

Nunca é demais lembrar, conforme tratamos nos tópicos precedentes, que a disputa entre Dworkin e Marmor não é exatamente sobre a natureza da interpretação, que a torna uma atividade parcialmente valorativa, mas sobre o papel que ela desempenha nas condições de validade do direito. Isso porque, para Dworkin, aquilo que o direito é, isto é, o seu conteúdo, resultará sempre de interpretações construtivas. De outra ponta, para Marmor e outros proponentes do positivismo analítico, a interpretação é apenas um dos meios pelos quais se modificam e se criam novas normas, mas, como vimos, em última instância, não em razão do mérito da interpretação, mas dos fatos sociais que lhe servem de substrato.

Não se quer dizer com isto, na visão de Marmor, que o positivismo jurídico afirme que o direito é indiferente aos valores ou propósitos do ponto de vista do desenvolvimento histórico. O que ele sustenta é o aspecto institucional do direito, que leva positivistas a afirmar que não basta que uma regra ou decisão seja moralmente justificável para que ela se torne jurídica e vinculante, sem a decisão de uma autoridade que lhe dê suporte. Portanto, uma das discordâncias entre eles está no papel atribuído por Dworkin à coerência como valor suficiente para se identificar uma norma jurídica, sobretudo a partir da identificação daquilo que ‘é melhor’.

Por outro lado, Marmor contesta a tese de que toda conclusão sobre o conteúdo do direito depende de interpretações construtivas. Ao abordar o papel da linguagem no direito, ele busca demonstrar que há uma distinção conceitual entre compreender e interpretar. Nesse sentido, a interpretação (valorativa por natureza) só se fará necessária quando, em determinadas circunstâncias, a formulação de uma regra deixar dúvidas quanto à sua aplicabilidade. Semelhante às conclusões sobre o conceito de interpretar apresentados no início da obra, aqui ela também será uma atividade excepcional ao padrão de compreender o alcance do significado de uma regra, e parasitária desta. Consequentemente, a premissa metodológica de que toda conclusão sobre o direito depende de interpretação também não procede, e com isto, o argumento sobre a natureza do direito falha, pois dessa premissa depende para se sustentar.

#### ***4.3.1 A Tese da Coerência e o conceito de autoridade em Raz***

Ao oferecer uma teoria interpretativa, Dworkin se propõe a demonstrar que qualquer conclusão sobre aplicação das normas jurídicas em casos concretos vai necessariamente depender de juízos de valor. Para isso, ele precisa afastar a ideia de que interpretar é extrair as intenções do autor, o que, conforme visto, leva a desconsideração do modelo de interpretação conversacional no âmbito da prática jurídica. Para Dworkin, a coerência como valor substantivo desempenha um papel importante no modelo de interpretação construtiva que ele propõe como o mais adequado para a interpretação do direito. Assim, por vezes, através da argumentação jurídica, a coerência vai figurar como valor suficiente para identificar as normas jurídicas, por meio de considerações sobre o que é melhor (*what is best*). É o que Marmor vai denominar de Tese da Identificação Construtiva.

Marmor vai refutar essa tese de Dworkin, sem endossar o modelo conversacional para a interpretação jurídica, segundo o qual o conteúdo da norma está adstrito às intenções do autor, sustentando que as intenções desempenham, sim, um papel importante na identificação das normas jurídicas, o que, vale ressaltar, não equivale a dizer que as intenções desempenham semelhante papel quanto à interpretação do conteúdo dessas normas, isto é, de como o texto normativo deve ser interpretado. Essa noção de que, por vezes, o mérito de uma interpretação construtiva é o bastante para conferir status de norma jurídica a princípios morais e políticos contraria a autoridade institucionalmente reivindicada pelo direito.

Marmor propõe que essa noção está equivocada, tendo em vista que o fator determinante para uma norma ser considerada jurídica deriva das intenções de uma autoridade em tê-las criado como tal. As intenções de uma autoridade como o parlamento ou uma corte constitucional são invocadas não para determinar como o texto normativo deve ser interpretado, mas para identificar as normas jurídicas existentes em um dado ordenamento jurídico. Para entender por que a coerência como valor substantivo não é suficiente para determinar o direito, e para entender o papel da interpretação na perspectiva de Marmor, faz-se necessário entender o conceito de autoridade de Raz, ao qual Marmor subscreve, ainda que com reservas.

#### 4.3.1.1 Autoridade como serviço

Conforme explica Raz, “a autoridade em geral pode ser dividida em autoridade legítima ou *de facto*. Esta última ou alega ter legitimidade ou é tratada como se tivesse, e é eficaz em impor sua vontade sobre muitos dos quais alega ter legitimidade” (RAZ, 1985, p. 296). Assim, qualquer sistema jurídico eficaz possui autoridade *de facto*, o que, em sua concepção, implica dizer que alega ter autoridade legítima sobre os jurisdicionados ou tido como legítimo, ainda que possa falhar em tê-la realmente. Não obstante, nem tudo pode ter autoridade. Uma árvore, por exemplo, não pode ter autoridade, porque não possui capacidade para tanto. Nesse sentido, Raz elenca dois requisitos para que se possa ter essa capacidade:

First, a directive can be authoritatively binding only if it is, or is at least presented as, someone’s view of how its subjects ought to behave. Second, it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which the directive purports to adjudicate. (RAZ apud MARMOR, 2005, p. 87)

Dessa forma, primeiro, é preciso que o agente que alega ter autoridade tenha capacidade de comunicar. Segundo, que as diretivas ou instruções que são comunicadas (regras, princípios, padrões, etc.) possam ser identificadas independentemente das razões que levaram a diretiva a ser emanada. Do contrário, o agente é incapaz de ter autoridade. Para entender melhor esse segundo requisito, diz ele, precisamos entender o conceito de autoridade prática.

Conforme sustenta Raz, quando uma instituição ou uma pessoa dotada de autoridade prática emite uma diretiva, essa diretiva, para os sujeitos, é uma razão para agir. Qualquer pessoa pode emitir uma diretiva, ao fornecer argumentos, e com isso razões para agir, mas estas sem sempre possuiriam autoridade como no primeiro caso. Portanto, há uma

diferença que torna a diretiva dotada de autoridade prática. Raz utiliza o exemplo de um árbitro para explicar quais condições devem ser satisfeitas para caracterizar uma autoridade:

First the arbitrator's decision is for the disputants a reason for action. They ought to do as he says because he says so. But this reason is related to the other reasons which apply to the case. It is not just another reason to be added to the others, a reason to stand alongside the others when one reckons which way is better supported by reason. [...] The arbitrator's decision is meant to be based on the other reasons, to sum them up and to reflect their outcome. [...] The arbitrator's decision is also meant to replace the reasons on which it depends. In agreeing to obey his decision the disputants agreed to follow his judgment of the balance of reasons rather than their own. (RAZ, 1985, p. 297)

A partir desse exemplo, ele identifica as três teses que embasam sua concepção de autoridade: (i) a tese da dependência, (ii) a tese da justificação normal e (iii) a tese da preempção (RAZ apud MARMOR, 2005, p. 88):

A Tese da Dependência:

Todas diretivas emitidas por uma autoridade devem estar baseadas, dentre outros fatores, nas razões que se aplicam aos sujeitos dessas diretivas e às circunstâncias abrangidas pelas diretivas. Vou chamar tais razões de razões dependentes.

A Tese da Justificação Normal:

A forma normal e primária de estabelecer que uma pessoa deve ser reconhecida como tendo autoridade sobre outra pessoa envolve demonstrar que o alegado sujeito é mais provável de cumprir as razões que se aplicam a ele [...] se aceitar as diretivas da alegada autoridade como vinculantes, do que se ele tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente.

A Tese da Preempção:

O fato de que uma autoridade requer a execução de uma ação é razão para sua execução, que não é pra ser somada as outras razões relevantes quando avaliando o que fazer, mas devem substituir algumas delas.

Dessas três teses, Marmor nota que duas delas são necessárias para que um agente ou instituição tenha capacidade de ter autoridade, sendo elas: a tese da dependência e a tese da justificação normal. Esta última, segundo ele, não é tão controversa quanto parece, de modo que ela representa uma condição necessária, mas não suficiente para a legitimidade de autoridades. Quanto à terceira, a da preempção – em sua visão, a mais polêmica das teses –, ela não precisa ser defendida para a refutar a identificação construtiva de Dworkin. Para tanto, diversamente do que propõe Raz, Marmor pede que imaginemos que as diretivas, em vez de excluir outras razões para agir, apenas se some a estas no balanço de razões, como Dworkin parece sugerir no *Império do Direito*. Mesmo nesta hipótese, as razões poderiam ser

reconhecidas como dotadas de autoridade, diferentemente de princípios morais ou políticos. Podemos concluir, nesse contexto, que, nos casos narrados por Dworkin, os juízes estariam fazendo reparos ao direito positivado, criando ou modificando normas jurídicas existentes, algo que não seria negado pelo positivismo jurídico.

O argumento sustentado por Dworkin no *Império do Direito* é que essa concepção de Raz não se adequaria à prática jurídica, em que se possível observar a identificação de normas jurídicas não positivadas em razão de interpretações construtivas. No entanto, Dworkin desconsidera os propósitos explícitos do positivismo, de acordo com Marmor, que ressalta que essa análise de Raz é conceitual, e, por isso, não é voltada para orientar como casos práticos devem ser julgados. Não obstante, dentro do quadro conceitual que ele oferece, em casos que juízes identificar normas e princípios que não emanaram de nenhuma autoridade e cujas argumentações apontam que eles estão seguindo o direito já existente, estaríamos diante da retórica jurídica, que não raras vezes é eles estão na verdade modificando ou criando direito, e então, segundo ele, voltamos a história do fingimento ou simulação.

Conforme explica, para que essas normas jurídicas – que encerram diretivas emanadas de instituições dotadas de autoridade – possam substituir as razões que os jurisdicionados normalmente teriam, como não pagar os tributos que o fisco exige, é preciso que a diretiva independa das razões estipuladas para sua criação, para que os jurisdicionados possam identificá-las como tais:

Nesse caso, Marmor invoca as intenções do autor – seja ela real ou hipotético – não para determinar o conteúdo das normas, mas para identificá-las como jurídicas, por terem sido criadas como tal. Logo, as normas podem ser identificadas como jurídicas por serem a expressão de uma autoridade. Sequer faz sentido propor o modelo de identificação construtiva de Dworkin se a tese de autoridade de Raz não for refutada, o que, na visão de Marmor, não chegou a ocorrer.

Quanto ao papel das intenções legislativas na interpretação do conteúdo da leis, a conclusão na qual chega é estritamente condicional, e parte do conceito de autoridade de Raz, e mais especificamente de sua tese da justificação normal, de modo que só será justificável para o juiz seguir as intenções legislativas relativamente à interpretação das leis na medida em que o parlamento tiver maior expertise sobre a matéria em questão, o que, em sua visão, não é algo muito comum, sobretudo quando considerado o decurso do tempo entre a promulgação de uma lei e o momento de sua aplicação pelo órgão julgador. Para Marmor, quanto mais antiga legislação, menos atraente se torna o intencionalismo. Por outro lado, não há como falar em expertise no âmbito da moral, uma vez que a própria ideia de expertise pressupõe a

possibilidade de procedimentos de verificação, o que é impraticável em relação às questões exclusivamente morais. Assim, conclui que em casos como estes, não haveria razão para considerar as intenções do legislador.

Compreendido que, em sua visão, o direito consiste de diretivas dotadas de autoridade, passamos ao segundo ponto de discordância, e a principal contribuição de Marmor, tida pelo autor como refutação ao argumento central de *O Império do Direito*. Sua resposta é desenvolvida a partir do papel da linguagem no direito, o que lhe leva a traçar uma distinção entre compreender e interpretar, e esta, por sua vez, a noção de que, conceitualmente falando, nem toda conclusão sobre o direito vai depender de interpretação.

#### ***4.3.2 A linguagem do direito: a distinção entre compreender e interpretar***

Conforme demonstramos, para Marmor, as conclusões de Dworkin sobre a natureza do direito enquanto prática social dependem de duas premissas, a saber: (i) que toda conclusão sobre o conteúdo do direito deriva de interpretação; e (ii) que a natureza da interpretação pressupõe julgamentos de valores. A interpretação vai ser valorativa sempre, de modo que o intérprete vai precisar depender dos valores do gênero ao qual o objeto pertence. Estando de acordo com a segunda premissa, resta analisar com mais detalhes a improcedência da primeira.

O principal propósito de Marmor será demonstrar por que não há razão em se postular a onipresença da interpretação no direito, como pretende Dworkin, demonstrando que interpretar será atividade excepcional ao padrão de se compreender o que dizem as normas. Por via de consequência, ele também estabelece como propósito determinar o papel da interpretação e as origens de indeterminação no direito que a suscitam.

A filosofia da linguagem ocupa uma posição central na análise de Marmor, que é influenciado mais precisamente, de uma leitura da obra *Investigações Filosóficas*, do segundo Wittgenstein, sobre o conceito de seguir uma regra, da qual ele extrai a noção de que o ato de interpretar será excepcional e parasitário ao de compreender, de tal sorte que é possível identificar e aplicar regras sem a mediação da interpretação. A razão de ser está no papel que a linguagem exerce no direito, conforme explica:

Law [...] consists of authoritative directives. The content of the law is tantamount to the content that is communicated by various legal authorities. Authorities communicate, of course, in a natural language. Therefore, an understanding of how linguistic communication works and, in particular, how much is actually determined by various semantic and pragmatic aspects of language, is central to an understanding of what law is (MARMOR, 2010, p. 136).

À luz dessa compreensão, ele argumenta que não faz sentido supor que apenas por meio da interpretação (valorativa por natureza) será possível extrair sentido de uma norma jurídica, o que levaria a conclusão absurda de que em nenhuma circunstância as autoridades seriam capazes de entender uma legislação ou precedente sem fazer algum julgamento moral sobre elas. Essa noção subverte a capacidade da linguagem em comunicar. Na maior parte das vezes, argumenta, vai ocorrer justamente o contrário: estando familiarizadas com a linguagem jurídica, a comunicação vai ocorrer de forma não problemática, e as diretivas emanadas por uma autoridade poderão ser compreendidas por outra sem qualquer esforço ou dúvida.

Com isso, ele propõe que façamos uma distinção entre os sentidos associados a interpretação. Em meio à variedade dos usos ordinários da palavra, podemos destacar dois: um amplo e um específico. Em sentido amplo, interpretação pode ser utilizada indistintamente como sinônimo de compreensão, explicação ou teorização. Em sentido estrito, por outro lado, ela não se confunde com qualquer tipo de explicação ou compreensão, mas se apresenta de um modo bastante peculiar, uma vez que tenciona atribuir significado um determinado objeto, que, por sua vez, seja capaz de comportar significados, como um texto ou uma partitura.

Isso porque, num contexto de comunicação, a habilidade que temos de compreender uns aos outros depende de um compartilhamento, ainda que tácito, de compreensão sobre o tipo de conversação e as normas que a governam. Se a comunicação falhar por algum mal-entendido ou desvio das normas, será o caso de esclarecer o sentido convencional, portanto, ato mediado pela habilidade de compreender, não sendo caso de interpretação.

Portanto, interpretar em sentido estrito diz respeito a aspectos da comunicação que não são determinados pelas regras e convenções estabelecidas. Diante dessas considerações, Marmor conclui que compreender uma expressão ou explicar seu significado é diferente de interpretá-la, razão pela qual os termos compreender e interpretar não devem ser utilizados indistintamente. Logo, compreender vai ser uma atividade governada por regras e convenções, ao passo que interpretar vai ser uma atividade excepcional e parasitária à habilidade de compreender, para atribuir significado ao que restou indeterminado.

Conforme esclareceria anos mais tarde, são três as fontes de indeterminação no direito: conflito de normas, indeterminação semântica e indeterminação pragmática, sendo estes os fenômenos que suscitam a necessidade de se interpretar. Não obstante, também pode ser o caso de não haver normas jurídicas que solucionem a disputa, o que vai levar a necessidade de juízes ou cortes preencherem a lacuna. É interessante notar que, em sua visão, está correta a visão do senso comum que o direito é quase sempre claro o suficiente, assim como uma

conversação ordinária, onde grassa na prática forense sobretudo desacordos empíricos (MARMOR, 2010).

Ao elucidar o papel que a interpretação desempenha no direito, Marmor argumenta que interpretar vai sempre ser uma atividade excepcional, em parte criativa, tendo em vista que vai atribuir significado àquilo que em alguma circunstância restou obscuro ou indeterminado. Nesse sentido, a interpretação só se fará necessária quando, em determinadas situações, a formulação de uma regra deixar dúvidas quanto à sua aplicabilidade. Interpretar será uma atividade excepcional ao padrão de entender uma regra, logo, parasitária de nossa habilidade de segui-la sem a mediação da interpretação. Por outro lado, a interpretação adiciona algo novo ao que está sendo interpretado, antes não reconhecido. Para Marmor, a visão segundo a qual o direito invariavelmente está sujeito à interpretação não pode ser aceita. Até porque, para interpretar, antes deve haver leis. Assim, ele argumenta que a distinção proposta por Hart toma parte de uma sofisticada concepção de significado e linguagem.

#### *4.3.2.1 Casos fáceis e difíceis*

Como as regras são constituídas por meio de uma linguagem natural, o significado delas vai depender inicialmente do significado das palavras-conceitos utilizados na sua formulação. Ocorre que, diante da textura aberta da linguagem, haverá casos em que o significado será indeterminado, pois estarão situados no que Hart denomina de zona de penumbra. Em todos os outros, no entanto, a aplicação das normas será óbvia e não problemática, sendo o significado já determinado pelo núcleo da regra. Assim, Marmor vai defender a clássica distinção entre casos fáceis e difíceis, traçando um paralelo com os aspectos da interpretação apresentados anteriormente.

Nesse sentido, a distinção que Marmor faz entre casos fáceis e difíceis é conceitual e esquemática, havendo aí duas considerações que precisamos levar em conta a fim de evitar incompreensões. A primeira é que essa distinção não está relacionada à dificuldade de solucionar casos concretos. Nesse sentido, em um primeiro momento, os termos fácil e difícil podem levar a equivocada presunção de que estão relacionados ao esforço intelectual exigido para se aplicar o direito na prática. Não é esse contudo o critério, mas a existência ou não de indeterminação das regras diante de eventuais contingências.

Ou seja, na prática, pode haver casos que, a despeito de ser possível identificar e aplicar as normas jurídicas sem se recorrer à interpretação, será preciso um esforço intelectual considerável em virtude da complexidade que uma determinada operação pode exigir, exigindo



a conjugação de diversas regras. Devemos ter em mente, portanto, que esses termos dizem respeito tão somente ao fato de haver ou não a necessidade de mediação da interpretação. Assim, serão casos difíceis aqueles onde um ou mais conceito utilizado se localizar na zona de penumbra.

Em segundo lugar, deve ser desconsiderado o espantinho do formalismo atribuído ao positivismo. Hart não defendia que a aplicação de regras era uma questão de inferência lógica enunciada por meio de verdades analíticas. Como o próprio Hart esclareceu, o conceito de lógica e analiticidade aplicam-se às relações entre regras e expressões, não entre regra-mundo. Para Marmor, Hart não estava oferecendo uma teoria de decisão, e sua distinção não pressupunha qualquer argumento normativo sobre o que juiz deveria ou não fazer ao decidir um caso concreto. Por isso, ele reitera que qualquer interpretação que atribua a Hart a necessidade de obediência às regras deve ser rejeitada.

Dworkin, por outro lado, apresenta uma visão distinta em *O Império do Direito*, ao demonstrar como os juízes devem interpretar a legislação sob o manto da integridade no direito, uma concepção que, como vimos, apoia-se enfaticamente no modelo de interpretação construtiva. Apesar de surpreender “ao dar espaço na interpretação da lei para a restrição ao texto, os argumentos de política e as intenções legislativas”, conforme esclarece André Coelho (COELHO, 2018, p. 201), Dworkin destaca que o principal critério de distinção entre casos fáceis e difíceis não está na precisão ou na objetividade da linguagem – embora não desconsidere tais critérios –, mas na existência de bons argumentos que sustentem interpretações conflitantes:

O que Dworkin está propondo, portanto, é que a distinção entre casos fáceis e difíceis vai depender sobretudo dos desacordos teóricos em torno da interpretação de uma lei. Consequentemente, havendo interpretações construtivas bem embasadas, a legislação será considerada obscura, ainda que seja claro o seu sentido. O exemplo do caso *Snail Darter* é um exemplo de caso pivotal, que se encaixa nessas circunstâncias. Essa leitura, por óbvio, vai de encontro à distinção postulada por Marmor, à luz das considerações expostas anteriormente sobre o papel da linguagem no direito.

Ao compreender o direito como um conceito interpretativo e sustentar que o conteúdo do ordenamento jurídico depende da ocasião, e esta, de interpretações construtivas que possam ensejar um legítimo desacordo teórico, Dworkin está alçando a linguagem a um papel secundário. Não é nessa questão, contudo, que reside a verdadeira divergência entre eles. De modo que os positivistas não excluem a possibilidade de deixar de aplicar as normas e se recorrer a princípios morais em circunstâncias como as narradas no *Império do Direito*. Na

verdade, a divergência está na ideia. Para Dworkin, a regra de reconhecimento é implausível, por representar a noção de que convenções sociais fixariam de antemão os critérios para identificar as regras do sistema jurídico, quando na verdade as normas jurídicas são construídas por meio da interpretação da comunidade.

Antes de mais nada, é importante não se descurar dos distintos propósitos de cada teoria. Enquanto Dworkin está preocupado em oferecer subsídios para teorias da decisão, oferecendo tópicos que sugerem como devem os juízes decidir, a partir de uma teoria geral sobre a natureza do direito em sociedades políticas contemporâneas, como os E.U.A.<sup>15</sup>, Marmor está ocupado em elucidar o papel da interpretação no direito, de uma forma geral, no intuito de entender o seu funcionamento conceitual. Portanto, não parte da indagação “como se deve interpretar”, mas de indagações como: “o que significa interpretar no direito”, “quando a interpretação se faz necessária” e “por que ela se faz necessária”.

Em que pese a assimetria entre eles, Marmor, ao responder a essas perguntas, chega a conclusões que são conceitualmente incompatíveis com aquelas defendidas por Dworkin. Por duas razões, a uma, porque determinar o conteúdo do direito não vai depender sempre de julgamentos morais. Em sua visão, embora a interpretação seja uma atividade valorativa por natureza, ela é uma atividade que só se faz necessária quando o conteúdo do direito restar indeterminado. A duas, porque oferecer essa explicação sobre a natureza do direito e o papel que a interpretação nele ocupa é um projeto passível de ser cumprido sem que se lance argumentos, ainda que implicitamente, sobre a legitimidade da prática social descrita, ou sobre a forma como ela deveria ser carreada. Nisso consiste a ideia do método descritivo e moralmente neutro herdado de Jeremy Bentham.

No contexto do debate entre Hart e Lon Fuller, uma objeção em particular chama a atenção de Marmor, que é bastante pertinente ao tema da interpretação. De acordo com Fuller, para entender uma regra, precisamos antes determinar o seu propósito. Assim, a aplicação de regras aos fatos de um caso concreto só é possível a partir de uma interpretação de seu propósito. Em segundo lugar, determinar esse propósito envolve considerações sobre o que exatamente a regra foi criada para resolver, o que implica dizer que é a luz de um ‘dever ser’ que se determinará o que uma regra ‘é’. A ideia que interpretação será sempre necessária para determinar quais atos estão de acordo com uma regra pressupõe uma outra, na qual regras são em si mesmas indeterminadas, havendo aí uma lacuna que só pode ser mediada pela interpretação.

---

<sup>15</sup> Falar sobre universalidade. André, ideal. Raz talvez.

Marmor se utiliza de um argumento da obra *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, sobre o conceito de seguir uma regra, para refutar essa objeção de Fuller. Segundo ele, Wittgenstein concebe a relação entre uma regra e sua aplicação como uma relação gramatical, como uma questão interna à linguagem. Desse modo, seguir uma regra consiste em saber especificar quais ações estão de acordo com ela. Se não é possível compreender qual ação está de acordo com uma regra, a interpretação tampouco será capaz de fazê-lo, pois o que a interpretação faz, em verdade, é substituir a formulação de uma regra por outra. Devemos considerar, no entanto, que seguir uma regra não equivale a uma compreensão completa que seja capaz de resolver todas as dúvidas sobre sua aplicabilidade. Assim sendo, a atribuição de propósito ou valores só se faria necessária em casos de indeterminação, que seriam mediados pela interpretação. Nos demais, seria possível compreender a regra sem qualquer juízo valorativo.

À guisa de exemplificação, podemos observar que via de regra as leis de trânsitos são compreendidas e seguidas sem qualquer esforço; assim como a legislação contratual de maneira geral; as normas atinentes ao processo, como os prazos processuais; a legislação penal, a legislação testamentária. Para que o direito consiga ser eficaz, a comunidade precisa saber ao certo o que ele determina, embora essa certeza não preclua casos de indeterminação, que vão exigir participação ativa dos advogados e das autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas. É nesse cenário que se baseia a distinção entre o núcleo de certeza (*core of certainty*) e penumbra de dúvida (*penumbra of doubt*) ao qual Marmor subscreve, como podemos observar na seguinte passagem de *O Conceito do Direito*:

The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case. None the less, the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the applications of variable standards, do not require from them a fresh judgment from case to case. This salient fact of social life remains true, even though uncertainties may break out as to the applicability of any rule (whether written or communicated by precedent) to a concrete case. (HART, 1994, p. 136)

Um dos exemplos utilizados por Dworkin como indicativo de que o direito encerra um conceito interpretativo é a instituição do casamento, sugerindo que o sentido de tais conceitos está sujeito a uma ponderação sobre os princípios de moralidade política da comunidade. Assim, ao interpretar o direito pelo prisma de quem faz parte dessa comunidade, as pessoas do mesmo sexo afirmariam ter o direito de casar, uma vez que casamento não

representava apenas a união entre pessoas do sexo oposto, como outrora. Ao elaborar essas proposições, elas estariam se referindo ao direito como ele é, não como ele deveria ser.

No entanto, ainda que se considere o conceito doutrinal de direito – o qual está ocupado de proposições jurídicas que buscam aferir o que um determinado sistema jurídico requer, proíbe ou permite – como propõe Dworkin na *Justiça de Toga*, do ponto de vista histórico, sua explicação do funcionamento do direito contrasta com o fato de que esses foram direitos conquistados por meio de pressão social, pelo fato de, à época, não serem institucionalmente reconhecidos. Lutas identitárias, como a luta pelo sufrágio universal, pelo acesso à educação superior, o fim da segregação racial, foram movidas justamente diante da certeza de que os direitos reivindicados inexisiam na prática jurídica de então.

A única forma de tornar a explicação de Dworkin plausível seria abstrair o aspecto institucional do direito. No entanto, o que é o voto se não um direito a participar em práticas institucionais, como a eleição de autoridades encarregadas de representar os interesses da população na definição das normas e políticas que governam a sociedade. E o direito ao casamento, o que seria se não um direito alicerçado em instituições, como vistas a garantir proteção ao núcleo familiar em seus mais variados aspectos, com repercussões no direito de família sucessório, no direito previdenciário, etc.

#### ***4.3.4 Desacordos normativos e convenções sociais***

Ao tratar dos casos concretos citados no *Império do Direito*, Marmor afirma que aquilo que Dworkin chama de desacordos teóricos deriva essencialmente de particularidades dos sistemas jurídicos aos quais os casos concretos citados pertencem. Ele dedica poucos parágrafos para tratar especificamente desse tema, afirmando, de forma bastante sucinta, que, embora desacordos teóricos realmente ocorram na prática jurídica, eles não costumam ter a profundidade das questões abordadas na teoria do direito, como as condições de validade do direito. Podemos inferir que os casos citados por Dworkin dizem respeito a questões particulares relativas a determinadas realidades, como controle de constitucionalidade e a questão da força vinculante dos precedentes em sistemas jurídicos da *common law*. Ainda que por vezes as divergências na prática possam alcançar a profundidade de um debate filosófico da teoria do direito, em sua visão, seria decerto algo raro (MARMOR, 2005).

Assim, é interessante notar que em *Interpretation and Legal Theory* não há uma explicação propriamente dita da forma pela qual as convenções sociais atuam como critérios de

validade jurídica, o que compromete parcialmente sua resposta à crítica do *Império do Direito*, pois o argumento dos desacordos teóricos permanece incólume no que diz respeito à incompreensão que paira sobre a regra de reconhecimento enquanto regra convencional. Nesse sentido, é importante observar a independência não só entre o aguilhão semântico e os desacordos teóricos, mas entre estes e o modelo de interpretação construtiva, como podemos inferir das análises de Toh e Marmor.

Assim, é possível entender a crítica dos desacordos teóricos como independente da tese hermenêutica e do modelo de interpretação construtiva propostos por Dworkin. Vale dizer, mesmo se rejeitarmos a tese de que a teoria do direito seria invariavelmente normativa, poderíamos nos questionar se a indeterminação advinda da textura aberta da linguagem não faria da interpretação um método constante de identificação e aplicação de normas jurídicas, e, nesse contexto, indagar se a interpretação suscitaria ou não a atribuição de propósito e valores ao direito, e a necessidade de uma metodologia interpretativa, nos moldes defendido por Shapiro. Prova maior disto são os artigos *On Convention* (1996) e *Legal Conventionalism*<sup>16</sup>(1998), nos quais Marmor passa a analisar o tipo de convenção que seria a regra de reconhecimento, apresentando mais tarde um conceito distinto de convenção daquele então utilizado por Jules Coleman, justamente para acomodar desacordos normativos e, ao que parece, eventuais juízos de valor em torno da validade das normas jurídicas.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, cf.: COLEMAN (2001): “Andrei Marmor parece acreditar que devemos recorrer a um novo tipo de convenção – que ele chama de convenção constitutiva – de modo a acomodar as questões de desacordo e a relevância do recurso a argumentos valorativos”.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme pensamos ter demonstrado no primeiro capítulo, há pontos de confluência entre as críticas de Dworkin, de modo que, em todas, ele busca determinar a influência da moral nas condições de validade do direito. No entanto, há diferenças relevantes também. No *Modelo de Regras II*, em particular, o enfoque está na debilidade de uma regra social em explicar a normatividade do direito, o que levaria a formulação da regra de reconhecimento a falhar, a menos que fosse considerada como uma regra convencional. Essa segunda crítica levou positivistas a se perguntar que tipo de regra seria essa, se de fato uma regra convencional, se uma regra que impõe deveres, ou que confere poderes a uma determinada parcela de membros da comunidade. Assim, Coleman e, depois Hart, passaram a compreender a regra de reconhecimento como convenções sociais. Marmor, não obstante, não apresenta maiores considerações sobre a regra de reconhecimento em *Interpretation and Legal Theory*.

De toda sorte, no *Império do Direito*, Dworkin passa a argumentar que uma tal regra convencional não explicaria as frequentes controvérsias da argumentação jurídica, por ser o direito uma prática interpretativa, e que toda conclusão sobre direito seria fruto de uma interpretação, que buscaria apresentar a prática sob sua melhor luz moral. Aduzia, assim o que o método do positivismo seria inadequado, por ser descritivo e moralmente neutro. Em *A Justiça de Toga*, ele desenvolve as críticas metodológicas ao positivismo analítico, que seria incapaz de explicar a natureza de um conceito político como o de validade jurídica no direito.

No segundo capítulo, buscamos demonstrar os argumentos centrais às críticas do *Império do Direito*. Ainda que se parta da ideia que o positivismo seria uma teoria semântica, as conclusões de Dworkin quanto ao agulhão semântico não se seguem. Assim, pudemos observar das respostas dos expoentes do positivismo exclusivo a complexidade e riqueza de reflexões que um debate filosófico como o de Hart e Dworkin oferece. São diferentes chaves de leitura, que nos fornece subsídios para compreender melhor o direito como prática institucional. A resposta de Raz, por exemplo, demonstra como o argumento de Dworkin falha enquanto crítica epistêmica. As respostas de Shapiro e Toh são interessantes, a seu próprio modo, por sustentar que os desacordos normativos poderiam e deveriam ser acomodados pelo positivismo, por linhas completamente distintas.

No terceiro capítulo, vimos que a resposta de Marmor se divide em dois eixos que confluem para o modelo de interpretação de Dworkin. Primeiro, ele analisa a premissa segundo a qual tanto os teóricos como os operadores do direito estão engajados no mesmo tipo de raciocínio, qual seja, uma tentativa de apresentar a prática jurídica sob sua melhor luz moral.

Embora Dworkin elucide em boa parte a natureza da interpretação, Marmor argumenta que as conclusões sobre teoria do direito não procedem, de tal sorte que o teórico não precisa interpretar o direito do mesmo ponto de vista interno à prática. Em sua visão, a razão pela qual Dworkin fundamenta essa relação entre teoria e prática está no equivocado pressuposto de que a interpretação tem de apresentar um objeto sob sua melhor luz, sobre qual se assenta o caráter argumentativo do direito postulado no *Império do Direito*. A seu ver, trata-se de uma característica equivocada, de modo que não leva em consideração os distintos motivos que podem ensejar diferentes tipos de interpretação e, por vezes, a impossibilidade de comparação entre elas, diante da incomensurabilidade de valores.

Assim, quanto ao método, por meio do quadro conceitual oferecido por Marmor, não há como responder as perguntas lançadas em *O Império do Direito*, que, é movido por uma preocupação distinta, de apresentar uma teoria do direito que a um só tempo explique a sua natureza e sirva de prólogo silencioso para teorias de decisão, orientando como devem os juízes decidir. Isso não significa que o método do positivismo analítico seja inadequado, mas que, diante das perguntas postas por Dworkin, ele possui importantes limitações, as quais não são negadas por aquele autor. Por outro lado, a menos que os propósitos explícitos do positivismo analítico sejam ignorados, não há como se chegar à conclusão de que as fontes tradicionais do direito devam ser prestigiadas, ou que o sentido literal da interpretação das normas deva ser preponderante.

No âmbito da prática jurídica, o modelo de interpretação construtiva de Dworkin também parte de premissas problemáticas, pois sustenta que, por vezes, o mérito de uma interpretação construtiva será suficiente para identificar normas jurídicas ainda não positivadas. Para Marmor, assim como Shapiro e Raz, o modelo de interpretação postulado por Dworkin não leva em consideração que o direito é uma prática institucional, que pressupõe uma noção de autoridade que é incompatível com a tese da coerência. Assim, Marmor chega à conclusão que interpretação não será sempre determinante para identificar as normas jurídicas, e quando o for, não o será em razão do mérito da autoridade ou do mérito da interpretação oferecida, e, sim, de ela provém, vale dizer, de uma fonte social autorizada.

Portanto, quanto à tese da coerência, a resposta de Marmor segue a mesma linha daquela formulada por Shapiro, de tal sorte que ambos partem do conceito de autoridade de Raz. Assim, uma das ideias centrais ao positivismo exclusivo, com a qual concordamos, é que o direito tem por finalidade guiar a conduta humana; e para que isso seja possível, faz-se necessário que, de um modo geral, as normas jurídicas possam ser compreendidas pela comunidade. Se para alcançar esse desiderato, os jurisdicionados em todas as circunstâncias

precisem interpretar construtivamente o direito, recorrendo-se a princípios de moralidade política da comunidade, como propõe Dworkin, é de se supor prejudicada ou, pelo menos, difícil de se cumprir a função de guiar condutas, sobretudo em sociedades políticas contemporâneas, marcadas por profundos dissensos morais, mesmo se considerarmos apenas o âmbito institucional e as autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas.

Conforme vimos, seu conceito de interpretação também parte do pressuposto de que toda conclusão sobre o conteúdo do direito vai ser mediado pela interpretação construtiva. No entanto, para Marmor, não faz sentido supor que a interpretação – valorativa por natureza – vai se fazer sempre necessária. A filosofia da linguagem é útil como chave de leitura para a distinção entre compreender e interpretar que ele propõe, na qual subjaz uma noção de certa objetividade no direito (que, por óbvio, não é total, e não preclui desacordos), uma vez que regras poderão ser compreendidas em muitas situações sem a necessidade de considerar o propósito para o qual foram criadas ou considerações valorativas, para que se possa extrair sentido dos seus enunciados normativos. Se por um lado, o *direito como integridade* oferece um ferramental que aparenta ser mais adequado para casos constitucionais ou de uniformização de jurisprudência – comumente desempenhados por tribunais superiores –, por outro, ele contraria a lógica cotidiana tanto fora das cortes dentro delas, se observados a maior parte dos casos nas instâncias inferiores.

Não obstante, se levarmos em consideração as respostas de Shapiro e Toh, podemos observar que o modelo de interpretação construtiva de Dworkin se mostra independente da possibilidade de desacordos teóricos. Para Shapiro e Toh, vimos que o ponto de vista interno deve ser considerado pelo positivista, embora não de forma a confundir teoria do direito com teoria da decisão. Para Toh, uma análise normativa oblíqua acomodaria os desacordos. No entanto, no caso de Shapiro, seria preciso propor uma metodologia interpretativa para guiar a interpretação das normas, uma vez que não haveria como interpretar sem atribuir valores e finalidade à prática. Nesse caso, há de se perquirir se uma tal metodologia poderia ser proposta por uma teoria que se pretenda geral e descritiva, o que, não obstante, teria de ser fruto de uma outra reflexão, que não caberia nesse trabalho.

De toda sorte, por mais implausível que seja a proposta de Dworkin, seria oportuna uma explicação de que tipo de convenções sociais seria a regra de reconhecimento, e se esta possibilitaria ou não desacordos quanto aos seus critérios de validade, uma vez que, por se tratar de convenções, conforme ressaltou Himma, presume-se ciência e aquiescência quanto aos seus critérios por aqueles que integram a comunidade. Assim, não é possível concluir se a abordagem convencionalista defendida por Marmor acomoda divergências normativas do tipo admitido por



Shapiro ou Toh, por não sabermos ao certo nessa obra, exatamente como seria as convenções sociais que Marmor tinha em mente como regra de reconhecimento.

À luz dessas considerações, a resposta de Marmor em *Interpretation and Legal Theory* é eficaz em demonstrar a pertinência filosófica e até mesmo prática do positivismo analítico, sobretudo ao lançar luz sobre o papel da interpretação no direito a partir de reflexões sobre a linguagem. Não obstante, ainda que considerada a obra em todo seu contexto, sua defesa do convencionalismo deixou lacunas no tocante à regra de reconhecimento e não responde de que forma a regra de reconhecimento enquanto convenções sociais acomoda (se é que acomoda) os desacordos normativos em torno de seus critérios. Considerados os argumentos de Shapiro e Toh, a resposta de Marmor naquele momento não parece ser sido suficiente para rebater totalmente um dos principais pontos do *Império do Direito*.

## REFERÊNCIAS

BUSTAMENTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. o que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 20 - n. 1 - jan-abr 2015.

\_\_\_\_\_.; COELHO, André; Matos, Saulo (Org.) **Interpretando O Império do Direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

COELHO, André. O positivismo jurídico de Andrei Marmor: convenções e interpretação. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COLEMAN, Jules. Negative and Positive Positivism. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 11, p. 139-164, 1982.

DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oxford: Hart publishing, 2001.

\_\_\_\_\_. Is the rule of recognition really a conventional rule? **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 27, n. 3, p. 373–402, 2007.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, n.1, p. 14-46, 1967.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977a.

\_\_\_\_\_. **A matter of principle**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Justice in robes**. Cambridge, Massachussets: The Belknap Press of Havard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachussets. The Belknap Press of Havard University Press, 2011. 506 p.

FULLER, L. 'Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart', 71 **Harvard Law Review**, 630–72. 1958.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2012.

Hart, H.L.A. **The concept of law**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HIMMA, Kenneth Eimar. Ambiguously stung: Dworkin's semantic sting reconfigured. **Legal Theory**, v. 8, p. 145–183, 2002.

LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. **University of Chicago Law Review**, v. 76, n. 3, p. 1215–1250, 2009.

LYONS, David. Principles, Positivism and Legal Theory. **Yale Law Journal**, vol. 87, p. 415-435, 1977.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory**. 2.ed. Oxford: Hart's Publishing, 2005.

\_\_\_\_\_. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. **USC Legal Studies Research Paper No. 05-16**. Social Science Research Network. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=763844> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.763844> >

\_\_\_\_\_. **Philosophy of law**. Oxford: Hart's Publishing, 2010.

\_\_\_\_\_. Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence). **USC Legal Studies Research Paper No. 12-2**. Social Science Research Network. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1990401>>

\_\_\_\_\_. What Is Law and What Counts as Law? The Separation Thesis in Context. **Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-34**. Social Science Research Network. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3011432>>

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *In: The Yale Law Journal*, v. 81, 1972. pp. 823-854

\_\_\_\_\_. **The Authority of Law**. Oxford Clarendon Press: 1979.

\_\_\_\_\_. **Can There Be a Theory of Law?** Oxford and Columbia University. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1010287>.

SHAPIRO, Scott J. The "Hart-Dworkin" Debate: a short guide for the perplexed. **Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 77, 2007. Disponível em: <<papers2://publication/uuid/F2D38857-5BA3-4557-8A69-BBA3783B7E45>>.

\_\_\_\_\_. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, MATTHEW; HIMMA, KENNETH EIMAR (Org.). **The rule of recognition and the U. S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SMITH, Dale. Agreement and Disagreement in Law. **Melbourne Legal Studies Research Paper**, v. 28, n. 1, p. 183-208, 2015.

TOH, Kevin. Hart's expressivism and his Benthamite project. **Legal Theory**, v. 11, n. 2, p. 75-123, 2005.

TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O Positivismo Jurídico no Século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.