



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO
COORDENADORIA DE PROGRAMAS ACADÊMICOS

**CRÍTICAS DE CASTANHEIRA NEVES À TESE DOS DIREITOS DE RONALD
DWORKIN: UM DEBATE SOBRE O CONCEITO DE DIREITO COMO
INTEGRIDADE**

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

FORTALEZA

2013

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

**CRÍTICAS DE CASTANHEIRA NEVES À TESE DOS DIREITOS DE RONALD
DWORKIN: UM DEBATE SOBRE O CONCEITO DE DIREITO COMO
INTEGRIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- G633c Gomes Júnior, Francisco Tarcísio Rocha.
Críticas de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: um debate sobre o conceito de direito como integridade / Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior. – 2013.
138 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Teoria do Direito.
Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.
1. Jurisprudência - Brasil. I. Magalhães Filho, Glauco Barreira (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 340.60981

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR

CRÍTICAS DE CASTANHEIRA NEVES À TESE DOS DIREITOS DE RONALD
DWORKIN: UM DEBATE SOBRE O CONCEITO DE DIREITO COMO
INTEGRIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Doutorando Flávio José Moreira Gonçalves
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus. Tudo o que faço é prova de seu poder
e glória.

AGRADECIMENTOS

À minha família: meus pais, Francisco Tarcísio Rocha Gomes e Maria Lasian Camelo Gomes; e à família dos meus irmãos, Rochelle Camelo Gomes, David Souza Gomes e Maria Júlia Camelo Gomes e Rafael Camelo Gomes, Cimara Vasconcelos de Araújo e João Levi Vasconcelos Camelo Gomes.

À Luciana Gurgel Farias Gondim, minha namorada, sempre presente como protagonista de cada momento em minha vida. Mesmo após esses quase 5 anos de namoro, ainda estamos começando a nossa caminhada juntos. E sua família

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, instituição que me acolheu e a qual devo minha formação humanística e o descobrimento de minha vocação. Além de me proporcionar a oportunidade de atravessar o oceano e “abrir os horizontes” na terra de Camões.

Ao prof. Glauco Barreira Magalhães Filho pelo engrandecedor ano de convivência no Programa de iniciação acadêmica na disciplina “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, juntamente com o Rafael Barros, e pela orientação cautelosa e estimulante nesta monografia. Orgulho-me de me formar sendo seu monitor.

Ao prof. Flávio José Moreira Gonçalves também pela experiência vivida no Programa de iniciação a docência na disciplina “Teoria do Direito”, juntamente com o Renato Vasconcelos, e também pelo incentivo, no início da Faculdade, a um aluno que descobria aos poucos a importância de uma formação teórica consistente na formação jurídica.

Ao prof. Hugo de Brito Machado, que aceitou este humilde convite de um aluno que guarda grande admiração pela sua atuação profissional e acadêmica. Desde quando fui monitor de Teoria do Direito, as obras “Fundamentos do Direito” e “Por que Dogmática Jurídica?” são guia para o descobrimento dos caminhos da Teoria do Direito e da Epistemologia.

Ao prof. Raimundo Bezerra Falcão, que sempre me incentivou nos estudos das letras jurídicas. Inesquecíveis eram suas aulas. A cada leitura, suas obras desvendam novas reflexões, que demonstram a atualidade e inovação de seu espírito científico.

Aos amigos de faculdade, os quais, sempre dividindo os dramas e as glórias de estudantes universitários, conseguiram tornar minha passagem por essa faculdade bem mais divertida e engrandecedora. Em especial ao Alisson e ao Rafael Nogueira, por ajudas de última hora.

A todos os integrantes do Projeto de Extensão Paulo Freire. Como professor e coordenador, pude aprender que a educação vai muito além de transmitir conhecimento. Educar é estar sempre aberto ao aprendizado, tendo a humildade de que o homem nunca aprende sozinho. Além de tudo, os alunos do projeto me fizeram acreditar ainda mais que a Educação é um instrumento de transformação social e política. Não posso esquecer do Adriano Freitas, Kílvia Castro, Diogo Portela, Airton, Davi, Rafael e todos os professores e alunos do projeto.

Aos integrantes do Projeto de extensão Simulação da Organização das Nações Unidas (SONU). Nos intensos momentos em que fui integrante assíduo do projeto, pude aprender a trabalhar em equipe e que sábados e domingos também podem ser dias de muito trabalho e dedicação. Especialmente agradeço a Bruno Saraiva, Thales Veras, Manuela Fleck, Juliana Gomes, Isaac Rodrigues, Felipe Felix, Igor e todos os participantes desse quase “estilo de vida”.

Aos servidores da biblioteca, da coordenação, dos departamentos e da diretoria pelo excelente trabalho e disposição a ajudar quando iniciante e, também, no fim da jornada na graduação.

À instituição Fortlivros. Isso porque o amigo Jothe prefere que divulgue o nome do seu comércio do que o próprio nome. Juntamente com seu irmão Frota, o “senhor Jorge” conseguiu fazer de seu local de trabalho um ambiente de muita provocação. Provocação essa também intelectual. Nossa faculdade deve muito a este livreiro.

A todos que conheci em Coimbra. Aos professores Pinto Bronze, Castanheira Neves, Aroso Linhares, Alexandra Aragão e Jônatas Machado da Universidade de Coimbra, pelos instantes perdidos em conversas com um estudante esforçado, porém iniciante nos caminhos da vida acadêmica.

A todos os amigos que fiz em Coimbra, a cidade dos Estudantes. Quanta injustiça seria se, neste humilde espaço, não lembrasse dos amigos do “Castelo”,

república onde pude conhecer estudantes de quase toda a Europa e além. Obrigado à Marusa Kump, Lisa Thede, Nikos Rekoutis, Giannata, Andrea Ghia, Marta Demurtas, Federica Pisano, Giangi Abroad, Carlo Ciac, Seu Sequeira, Kytka, Kamal, Paolo Vallopi, Khaterine Addison, e todos os outros integrantes. Sem esquecer dos amigos brasileiros, Otavio Ventuniri, João Cunha, Anderson, Gustavo Gil. Não foram poucas as “noites longas”, seguidas de cafés, que passamos juntos. Sem esquecer do George Freitas, meu guia nessa jornada internacional. Sem a sua ajuda, não teria conseguido caminhar por aquelas ladeiras estreitas portuguesas.

RESUMO

Teoria e prática são elementos inseparáveis e complementares. Nesse âmbito, este é um trabalho teórico, mas que pretende auxiliar a construção de uma teoria jurídica que produza um resultado prático adequado. É um trabalho teórico, que visa a prática. Para tanto, analisa-se criticamente as contribuições de Castanheira Neves e Ronald Dworkin. Especificamente, debate-se a pertinência das críticas produzidas pelo primeiro ao segundo. Castanheira Neves constrói uma tese dialética entre o sistema normativo e o problema prático. Com isso, o sistema normativo (princípios, normas, doutrina...) é instrumento para a resolução do caso concreto apenas em suas necessidades. Por outro lado, Ronald Dworkin desenvolve uma tese dos Direitos em oposição ao positivismo de Herbert Hart. Dessa forma, Dworkin busca a construção de uma Tese dos Direitos adequada com a prática jurídica. Castanheira Neves critica a Tese dos Direitos no âmbito em que ela considera que o último fundamento da resolução é o *juste à prática*, enquanto o Jurisprudencialismo defende que o último critério é a resolução justa específica do caso concreto. Defende-se, baseado em Raimundo Bezerra Falcão, que esta é uma crítica inadequada, tendo que vista que o problema só existe dentro de uma totalidade prática. Separar o todo da parte em seu último momento seria uma contradição.

Palavras-chave: Jurisprudencialismo. Castanheira Neves. Ronald Dworkin. Integridade

ABSTRACT

Theory and practice are inseparable and complementary elements. In this context, this is a theoretical work, but it aims to help with the construction of a law theory able to produce an accurate practical result. So, this is a theoretical work which has a practical objective. For this purpose, it is analysed critically the contribution of Castanheira Neves and Ronald Dworkin. Specifically, it is discussed the critics produced by Castanheira Neves for Dworkin's thesis. Castanheira Neves develops a dialectic thesis between the normative system and the practical problem. Consequently, the normative system (principles, norms, doctrine...) is an instrument for the resolution only of the practical problem. On the other hand, Ronald Dworkin develops a Right thesis against the positivism of Herbert Hart. Thus, the construction of a theory that fits with the juridical practice is the objective of Dworkin. The critics of Castanheira Neves about the Rights thesis is based on the ultimate reason for resolution of a practical problem. Dworkin defends that the integrity of the normative system is essential and Castanheira Neves says that only the problem is important. According to Raimundo Bezerra Falcão, these critics are incorrect because the separation of the system and the problem is a contradiction because the problem exists only inside a system.

Keywords: Jurisprudencialism. Castanheira Neves. Ronald Dworkin. Integrity

Brisas quentes a soprar
Correm do rio
Corre para o mar
para o mar, meu coração
terra das moradas e da sensação.

Sala das moradas
lembranças de mil cores
capas a voar e a
fonte dos amores
sonhos ardendo
lágrimas constantes
nós convivendo
em todos os cantos.

Canção cantarolada pela tuna da Medicina em minha primeira visita à Universidade de Coimbra. Parecia narrar a minha curta, porém intensa estadia na cidade dos estudantes...

SUMÁRIO

Introdução	14
1 O Jurisprudencialismo de Castanheira Neves	17
1.1 O campo temático e o problema fundamental da Metodologia do Direito	17
1.2 A racionalidade jurídica como prático-jurisprudencial	22
1.3 O esquema metódico: uma breve introdução	26
1.4 O Jurisprudencialismo como alternativa em tempos de crise	28
2 A Tese dos Direitos de Ronald Dworkin	29
2.1 A crítica ao positivismo de Hart e a diferença entre princípios e regras	29
2.2 O papel político do Direito e a diferença entre princípios e políticas <i>strictu sensu</i> ..	36
2.3 A resposta correta, o romance em cadeia e o juiz Hércules	43
2.4 Uma proposta: o Direito como integridade	49
3 Convergências e divergências entre Jurisprudencialismo e a Tese dos direitos .	54
3.1 Convergências: projetos semelhantes	54
3.1.1 A questão da autonomia do Direito	54
3.1.2 Proximidade de métodos	57
3.2 Divergências: Críticas de Castanheira Neves à Tese dos Direitos	58
3.2.1 Um esclarecimento inicial	58
3.2.2 A integridade é atraente? O ajuste à prática como fundamento último do direito .	60
3.3 Nosso posicionamento sobre as críticas de Castanheira Neves à Ronald Dworkin ..	62
Conclusão	68
Referências	70

Introdução

Só a ANTROPOFAGIA nos une. Socialmente.
Economicamente. Filosoficamente.¹

I

Uma das ideias mais importantes desenvolvidas no século XX foi a da necessidade da realização prática do Direito. Por mais que essa tese tenha sido resgatada da Antiguidade, os dramas vividos pela humanidade no século passado a fortaleceram e criaram um ambiente social e acadêmico propício para o seu desenvolvimento. Isso tudo foi importante para que se pudesse entender que, sem a busca infinita pela realização prática de valores que respeitem o ser humano na sua essência, se cai em tecnicismos propiciadores dos mais variados absurdos morais e éticos. Buscar justificar arbitrariedades morais e éticas em justificativas relativistas é negar a própria essência humana. Isso porque o projeto humano sempre é incompleto, mas também sempre tem o objetivo de realizar ao máximo os valores os quais o fundamentam.

Refletir sobre a importância da prática no Direito não significa esquecer-se do pensamento teórico. Não é coerente buscar praticar algo que não se sabe o que é, nem mesmo refletir sobre algo que não terá nenhuma atividade prática. Por mais que existam filósofos que reflitam sobre questões eminentemente teóricas, tais contribuições teóricas servem para fundamentar práticas futuras, por mais que esse não seja o objetivo. Até mesmo este trabalho, de natureza teórica, não seria possível sem uma experiência prática.

Dessa forma, procura-se defender a importância de um trabalho teórico que, não obstante, está voltado para a prática. Por mais que não tratar-se-á de forma explícita de casos concretos específicos, muito do que é desenvolvido aqui serve de apoio para a prática (ou, pelo menos, tem o intento disso). Questões teóricas são decisivas

¹ ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropófago. In: TELES, Gilberto Mendonça. **Vanguarda europeia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cdrom/oandrade/oandrade.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

diariamente no cotidiano das pessoas e, no âmbito jurídico, não é diferente. Uma decisão judicial, por mais que não seja de forma explícita, trata de questões teóricas essenciais, caso contrário se viveria em um mundo de pragmatismos vazios.

Assim, pensar de maneira teórica não é inútil na prática, ou vice-versa. De fato, a grande questão é tornar possível a prática histórica verdades que já se tem conhecimento há muito tempo. Por isso, não é possível uma adequada realização prática sem o conhecimento teórico adequado, da mesma forma que sem o conhecimento das circunstâncias práticas, não é possível a realização de verdades teóricas.

II

Arnaldo Vasconcelos, em uma palestra na Universidade de Fortaleza, ao comentar sobre os problemas da democracia grega e os das democracias contemporâneas, afirmou: “O ser humano é o mesmo”. Assim, ele demonstrou a possibilidade de entender problemas atuais através do estudo de uma realidade passada. Da mesma maneira, pode-se buscar o diálogo com autores de realidades culturais contemporâneas e diferentes. Por esse motivo, estudar formas diferentes de tratamento de um mesmo problema auxilia a entender os nossos próprios problemas.

Em complemento, também não se pode “importar” técnicas de abordagem ou de solução de problemas sem tratar de adaptações culturais, históricas e problemáticas em caso de mudança de contexto. É importante, no diálogo intercultural sobre qualquer tema específico, saber identificar as formas de desenvolvimento de ideias em um contexto cultural diferente, os limites e os espaços para desenvolvimento.

Para isso, logo, é importante o diálogo entre autores dessas diferentes culturas. Esse método dialético auxilia o desenvolvimento e o diálogo sobre conceitos teóricos, que, na prática, facilitam o estudo mais aprofundado e a avaliação de seus resultados.

Uma postura artística que se assemelha à inspirada aqui é a defendida por Oswald de Andrade em seu desbravador “Manifesto Antropofágico”. Buscando defender uma literatura eminentemente brasileira e globalizada, o poeta retratou em seu manifesto a necessidade de se interpretar as influências estrangeiras à maneira nacional. Seu método era a antropofagia, de inspiração tipicamente indígena. Através da antropofagia cultural, se devoraria o que seria “de fora” de tal maneira que a nossa “digestão” separaria o que seria de útil ou não, artisticamente falando.

Fazendo uma analogia para o âmbito jurídico, pode-se dizer que a antropofagia

jurídica é baseada no diálogo com doutrinas estrangeiras e a “digestão” é o teste da constitucionalidade de tais doutrinas e a adaptação responsável para o contexto jurídico nacional. Assim, teoricamente estar-se-ia aberta a oxigenação do diálogo intercultural, mas sempre voltado para a adaptação desse diálogo à realidade problemática brasileira.

III

Por meio dessa abordagem antropofágica, que ainda necessita de aprofundamento, este trabalho analisa de maneira introdutória as teses de Castanheira Neves e Ronald Dworkin. Nesse sentido, o primeiro capítulo será uma explanação crítica introdutória sobre o Jurisprudencialismo, corrente liderada por Castanheira Neves. Da mesma maneira, o segundo capítulo será uma exposição crítica da Tese dos direitos de Ronald Dworkin. De certa maneira, além de servir de preparação e de fundamentação das teses desses autores para um confronto no terceiro capítulo, os dois primeiros capítulos intentam algo mais: servir de divulgação e de esclarecimento de mal-entendidos teóricos a respeito das teses desses autores.

Ao tratar-se de Castanheira Neves, o âmbito de divulgação sobrepõe-se ao de esclarecimento. Por outro lado, ao tratar-se de Ronald Dworkin, a relação se inverte. Pode-se afirmar até que a existência de várias interpretações equivocadas sobre a teoria dworkiniana serve de explicação para uma maior preocupação com os detalhes desse autor no segundo capítulo.

Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á confrontar as teses de ambos os autores, ressaltando-se suas convergências e divergências, além de uma análise crítica das divergências existentes entre esses autores a partir de um ponto de vista antropofágico.

1 O Jurisprudencialismo de Castanheira Neves

Este capítulo será dividido em quatro tópicos e possui como objetivo fazer uma exposição crítica sobre o Jurisprudencialismo especificamente nos termos de Castanheira Neves. Tal exposição não buscará ser simplesmente preparatória para o que será debatido no capítulo 3, mas também tem o objetivo de divulgar as ideias do autor. Tal intento se justifica pela importância e consistência da tese do autor, assim como na valorização do debate acadêmico em língua portuguesa.

1.1 O campo temático e o problema principal da Metodologia do Direito

Para entender o campo temático da Metodologia do Direito de Castanheira Neves é necessário um esclarecimento² sobre o que seria Metodologia. Dentro de sua construção etimológica grega, a palavra método pode ser dividida em *odos*, que significa o pensamento, o discurso, e *meta*, que significa o caminho para algo além. Assim, método significa o caminho para algo além. Incluindo o termo, *logos*, que significa condutor, razão, pode-se dizer que Metodologia etimologicamente significa uma razão intencional de um método.

A partir daí, pergunta-se: qual a relação entre o *logos* e o método? Para essa resposta o autor explica que há três respostas e utiliza o exemplo do nadador criado por Hegel para explicá-las.

A primeira é a relação de exterioridade construtiva, em que o método é instrumento da razão. Nesse caso, a razão constrói o método *a priori* e de forma instrumental para, posteriormente, apenas aplicá-lo na prática. Utilizando a metáfora do nadador, ele explica que nesse caso o nadador imagina, teoriza e constrói uma teoria abstrata, formal e sem nenhum tipo de teste prévio sobre como se deve nadar e, posteriormente, cai na água e segue apenas o determinado em seu plano prévio. Trazendo para o mundo jurídico, essa é a relação, imaginada por Descartes³, e aplicada no Direito através da Escola da Exegese⁴.

² CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 10.

³ DESCARTES, René. **Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 34.

⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Escola da Exegese. In: **Digesta. Vol.II. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 308. Cf. também: MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**, 3ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 45.

A segunda relação é a de imanência constitutiva, em que a razão é apenas o produto da prática. Assim, de forma oposta a primeira, a razão é apenas fruto do que foi manifestado na prática e o método interno só é reconhecido *a posteriori* através da descrição. Na metáfora do nadador, pode-se entender da mesma forma que um bebê aprender a nadar, ou seja, nadando. Essa relação se mostra no Direito, dentro da experiência jurídica romana na Antiguidade Clássica, em que os jurisconsultos resolviam os problemas, sem teorizar um método para tal⁵.

A terceira relação é a de reconstrução crítico-reflexiva. Nela não há a prescrição de um método prévio adequado e também não há apenas a descoberta *a posteriori* na descrição do método. Aqui a razão vai delimitar os fundamentos, a intencionalidade de uma certa prática para referir, em um atitude criticamente reflexiva, que terá nesses fundamentos o seu horizonte e justificação. Assim, o *logos* não será prescritivo, nem descritivo, mas crítico-reflexivo. Na metáfora do nadador, nesta relação ele decidiria uma direção a seguir e pularia na água. Enquanto ele nada, logo, ele aprende e desenvolve suas habilidades, se adaptando à densidade da água e outros aspectos que só podem se percebidos durante a prática do esporte.

Por fim, pode-se dizer que o autor entende o Direito como algo a ser estudado de forma crítico-reflexiva. Dessa forma, a determinação intencional da perspectiva metódica pode sofrer a influência de contingências histórico-culturais da comunidade, sendo, portanto, aberto à resolução e à realização do Direito no caso prático.

Sabendo disso, adentra-se à questão de saber qual o campo temático para a resolução de um problema jurídico. Nesse momento, é levantada a questão de saber qual a relação do Juiz e do Legislador no problema jurídico, questionando-se se o campo da Metodologia do Direito é de ambos ou não. Desde logo, é necessário levantar a teoria a qual o juiz deve apenas aplicar a lei, sendo proibida sua interpretação. Outra tese é aquela que defende a função do juiz apenas como um funcionário público com competência estratégico-tecnológicas, mas tratar-se-á dessa corrente (Funcionalismo ou Pragmatismo Jurídico) no terceiro capítulo. Voltar-se-á, então, para o Positivismo Exegético.

Criada pela a Escola da Exegese, a tese pela qual o juiz não poderia interpretar a lei não estava sozinha. De forma esclarecedora e concisa (sem esquecer das críticas), Perelman⁶ explica que ela estava junto com a tese da plenitude da lei, da teoria da

⁵ TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Fa7 Editora, 2007, p. 59.

⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 22.

separação dos poderes de Montequieu⁷, entre várias outras que fundamentavam esse entendimento, chegando ao ponto, segundo o autor, de ser criado um dispositivo que transmitia a competência do juiz para o Parlamento em casos de lacunas na lei (o que foi rapidamente revogado, por motivos óbvios). No fim, o que acabou acontecendo foi que juízos de equidade e de interpretação foram produzidos em massa pelos juízes franceses de forma “clandestina”, dado a impossibilidade de proibi-los. Diante desse problema (e da necessidade de superação dele), Castanheira Neves⁸ nos propõe duas principais diferenciações sobre a função do Legislador e do Juiz dentro do problema jurídico.

A primeira é estrutural, em que o Legislador busca, na criação da lei, a criação de uma prescrição que se dirige à ação e que procura servir de parâmetro de condutas e de ordem de organização. De forma diferente, o Juiz, através da sua realização decisória, dirige-se a casos ou problemas concretos para os quais será fundamento e critério normativo segundo o sistema vigente.

Influenciado por essa classificação, Fernando Pinto Bronze⁹, seguindo o as trilhas de Castanheira Neves, propôs a diferenciação entre *thesis*, sistema de regras políticas e sociais, e *nomos*, decisório juízo concreto, entre a realização do Direito pelo Legislador e pelo Juiz. Assim, prossegue o autor, que a nomenclatura adequada para a o estudo do Direito a partir da referência do Juiz seria a Metodonomologia (*meta* + *odos* + *nomos* + *logos*).

A segunda e mais importante diferenciação é a de intencionalidade. A legislação possui um caráter que, além de criar direitos, se caracteriza por definir uma estratégia política e por prescrever uma programação político-social demonstrando, logo, a sua natureza instrumental. Assim, insere-se nesse âmbito a teoria da legislação e a política do direito, mas não a sua realização concreta e normativa. Este âmbito é o do Juiz, que procura, através da sua autonomia, realizar de maneira prática, sem interferências de interesses políticos instrumentais, o Direito.

Essa é, portanto, a área da Metodologia do Direito (ou Metodonomologia), o seu campo temático.

Em relação ao problema fundamental da Metodologia do Direito segundo Castanheira Neves, é necessário destacar o significado da atual crise no direito. Essa

⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 2ª. ed. (Coleção "Os Pensadores") São Paulo: Ed. Abril, 1979, p. 166.

⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 21.

⁹ BRONZE, Fernando José Pinto. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica. In: **Analogias**. Editora Coimbra, 2012, p. 11.

crise se envolve em um contexto de crise da própria Filosofia Geral e, conseqüentemente, repercute na Filosofia do Direito.

De forma rasa e concisa, pode-se dizer que, dentro do contexto da história da filosofia geral, a atual crise que repercute no Direito é a crise do modelo teórico moderno-iluminista. Esse modelo teórico, em que se inspirou a Escola da Exegese já citada, é o modelo criado por Descartes. Esse modelo era baseado no conceito de evidência, tal como explica Perelman¹⁰, na qual a certeza das conclusões era garantida por meio da clareza e distinção das suas premissas. Essa certeza era tal que o pai do Racionalismo Moderno¹¹ destacou que em um debate entre duas pessoas só podem resultar em dois resultados. Ou uma pessoa convence a outra, ou ambas estão erradas. Isso porque aquele que tem razão (segundo os moldes cartesianos) deve poder demonstrar de tal forma a sua certeza que o seu oponente não poderá questionar, ou será chamado de louco. Caso contrário, nenhum dos dois tem razão, tendo em vista que a demonstração da evidência não foi possível.

Esse modelo de ciência foi engolido e superado pelo reconhecimento do mundo da prática como campo de atuação do jurista. O modelo moderno-iluminista de Descartes resultava, no âmbito jurídico, em uma separação que hoje sabe-se impossível, entre Direito, Política e Economia (buscada também por Kelsen¹², mas de forma diferente). Mas o estudo do Direito no mundo prático não é fácil, tendo em vista que o mundo da Economia e da Política são áreas de intensos conflitos ideológicos e de interesses.

Segundo Castanheira Neves, essa relação é complicada tendo em vista que o mundo da economia, que busca pela riqueza, e o da política, em que reina a *voluntas*, são considerados como áreas do irracional valorativo. Dentro de uma sociedade onde se busca a satisfação do interesse individual, em que o cidadão é visto como um consumidor, a Ética e o Direito perdem a sua importância.

Nesse contexto preocupante, a alternativa deve ir além da relação sujeito-objeto tradicional, e deve utilizar a relação sujeito-sujeito mediatizados pelo mundo. Além disso, deve incluir também a relação sujeito-sujeito mediatizada pelo sentido, uma relação transindividual pela qual se reconheça o valor, não a função ou a utilidade. É essa transcendência, que é intersubjetiva, fundamentada no sentido e expressada pelo

¹⁰ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 142.

¹¹ DECARTES, René. **Regras para a direção do espírito**. Lisboa: 70 Edições, 1978, p. 5.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XI.

valor resulta em uma validade, que serve de parâmetro para as relações sociais.

Ressalta, logo, o autor:

Neste setor do universo prático cabe a ética e o direito. A ética, se a relação é puramente de sujeito e sujeito ou de pessoa a pessoa com abstracção do mundo – o casuísmo pode ser exigido pela prudência de uma <ética da responsabilidade>, mas a essência ética postula o absoluto intencional. O direito, se a relação é de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa em mediata referência ao mundo – i. é, relação num contexto social que tem também como dimensões o econômico e o político.¹³

Assim, através da superação do paradigma cartesiano que trouxe a filosofia a uma crise, busca-se evitar a queda em um arbítrio ou na institucionalização da vontade. Nesse sentido, o problema principal da Metodologia do Direito é a limitação do arbítrio, da *voluntas* dentro do mundo prático, após a superação do paradigma sujeito-objeto.

Dentro da prática jurídica, a limitação dessa *voluntas* é feita através do juízo decisório concreto. Seus elementos são o juízo, a decisão e a sua concretude. Na construção desses elementos, o juízo é entendido como julgamento, que possui no discurso o seu *modus operandi* e no raciocínio a sua estrutura lógica, que possui natureza prático-argumentativa. A decisão, por outro lado, é entendida como a escolha entre alternativas, a expressão da *voluntas* no conceito, que deve ser limitada. E a sua natureza concreta, por fim, se mostra na sua especificidade de ser a solução de uma controvérsia prática, mediante uma argumentação racionalmente orientada. Assim, conclui Castanheira Neves sobre a natureza intencional:

Quanto à sua índole intencional diremos que ela atua no que corretamente se dirá *decisão judicativa*. Ou seja, concorrem nessa mediação dois momentos, que não deixam aliás de ser contrários em abstracto. Um exigido pelos princípios capitais no quadro do nosso actual entendimento axiológico e político do direito – da objectividade, da fundamentação e da possibilidade de *contrôle* das decisões jurídicas; o outro, enquanto dimensão que vai na própria natureza do concreto acto mediador. Referimo-nos ao momento de *juízo* e ao momento de *decisão, stricto sensu*.¹⁴

Assim, o juízo decisório concreto possui a natureza de limitação da vontade do seu emissor através da argumentação e da fundamentação. A construção de tal juízo em uma realidade prática é o problema fundamental da Metodologia do Direito.

¹³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A imagem do homem no universo prático. In: **Digesta. Vol.I. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 318.

¹⁴ Idem. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 32.

1.2 A racionalidade jurídica como prático-jurisprudencial

A palavra racionalidade, dentro de sua raiz etimológica latina, vem de *ratio*, que significa relação. No sentido aqui exposto, ela é vista como uma relação entre uma conclusão e seus pressupostos, sejam materiais ou formais. Assim, algo é racional quando é sustentável pela referência a certos pressupostos, através de uma cadeia estrutural de pensamentos. Daí, destaca Castanheira Neves, a antítese entre a razão e emoção, que é intuitiva.

Daí, o autor classifica os diferentes tipos de racionalidade em três modalidades básicas¹⁵. Uma é a racionalidade de exclusiva relação entre proposições num modo de inferência necessária entre elas. A sua validade se afere pela mera possibilidade entre seus elementos proposicionais. Em resumo, essa é a racionalidade lógica ou do discurso lógico. Há também a racionalidade de um discurso de referência objetiva, mediante uma relação ou esquema sujeito-objeto, o qual também pode ser chamado de teórico. A validade dessa segunda racionalidade é medida através da correspondência entre o objeto adequado e a sua formulação teórica prévia. É nessa segunda racionalidade que estão as ciências empírico-analíticas modernas, em que são hipóteses universais explicativas metodicamente comprovadas. Como terceiro tipo de racionalidade há aquele que não se limita à lógica e não se realiza em uma referência teórica ou explicativa, mas em uma atividade comunicativa, em uma relação entre sujeitos segundo o modelo sujeito-sujeito. Nesta última, manifesta-se um discurso argumentativo e dialógico de argumentos. Assim, nesta terceira racionalidade, não se busca a verdade ou uma adequação ou explicação universal, mas uma plausibilidade prático-contextual e razoável-contextual, sendo, portanto, a racionalidade prática.

Inspirado em Max Weber, Castanheira Neves¹⁶ divide a racionalidade prática em axiológica e finalística. A segunda é classificada quando a ação é orientada segundo meios, que são considerados subjetivamente adequados para alcançar objetivos subjetivamente concebidos. Enquanto a primeira é classificada quando se determina através da crença consciente no próprio valor incondicional, em sentido ético, religioso ou outro, independentemente do resultado. Exemplificando, o autor cita que uma escolha é feita segundo a racionalidade finalística quando ela é útil e, axiológica, quando se entende a escolha por correta ou boa.

¹⁵ Ibidem, p. 35.

¹⁶ Ibidem, p. 37.

Em relação à racionalidade finalística, o autor ressalta que a fundamentação, típica da racionalidade prática, cede lugar à instrumentalização ou razão instrumental, o que acaba resultando na aproximação à racionalidade teórica de tal forma que acabam por se confundir. Isso porque, por fim, a racionalidade prática acaba por se tornar uma racionalidade científico-tecnológica, transformando-se em um modelo operatório de uma “engenharia social”.

O autor também faz outra divisão¹⁷ dentro da racionalidade prática, entre racionalidade prática de natureza material e de natureza procedimental. São do primeiro tipo as racionalidades que buscam um fundamento material para suas práticas. Assim, as decisões ou pretensões se consideram válidas porque são racionalmente sustentadas por algo materialmente pressuposto que se entende por dar um sentido positivo à prática, que reflete o seu fundamento. Do segundo tipo, são aquelas racionalidades em que se verifica a legitimação da validade através do respeito a um determinado procedimento. Portanto, no primeiro caso, o importante é o conteúdo e secundário o modo de obtenção, e, no segundo caso, o importante é o modo de obtenção e secundário o conteúdo.

Comparando com a anterior classificação de racionalidade prática, pode-se dizer que a racionalidade prática axiológica sempre será material, e a racionalidade prática finalística sempre será procedimental. Dessa forma, dentro da racionalidade procedimental, os parâmetros deixam de ser o justo, o bom, a validade (axiológica material) e passam a ser o útil, o eficaz, o eficiente e o oportuno.

Discutindo as razões que levaram as teorias procedimentais a considerável popularidade, Castanheira Neves diz que a superação do paradigma moderno-iluminista e a negação de valores absolutos levaram ao sucesso das teorias procedimentais como alternativa contra o total subjetivismo. Esse é o lado positivo das teorias procedimentais, segundo o autor que comenta, mesmo sem se filiar a elas:

Ditas as coisas de outro modo: nesse universo humano prático em que já não haveria lugar para as posições materialmente fundamentantes dos cognitivismos clássicos, só as posições processuais ou procedimentalismos impediram que a alternativa para aqueles cognitivismos fossem o subjetivismo e o relativismo. Apenas o procedimentalismo excluiria o <tudo ou nada> desta alternativa, pois se não são mais possíveis <teorias morais materiais, seriam possíveis <teoria morais procedimentais>(cfr. R. Alexy <Rechtssystem und Praktische>, in Rechtsteories, 18 (1987), p.414 e 418.¹⁸

¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 42.

¹⁸ Ibidem, p. 46.

Após fazer essas observações, o autor destaca que a impossibilidade do alcance a uma ordem de validade substancial perfeita e completa de forma prévia não significa o fim da racionalidade prática material. Assim demonstrando a sua escolha pela fundamentação material:

E o resultado de tudo isto pode enunciar-se nesta brevíssima síntese: os fundamentos materiais práticos – não são, ou deixam de se poderem pensar como entidades absolutas autosubsistentes, como um <ser> ou uma <natureza>, para se reconhecerem antes como autopressuposições humanas de sentido, a expressão do autotranscender fundamentante do homem, através das diversas modalidades referidas ou outras, em que se constituem as suas históricas respostas quer ao <por quê> do sentido e do valor, quer à pergunta pelo bem e o justo, que se suscitam pela sua existência comunitária e enquanto são essas respostas transcendentais <condições de possibilidade> da própria existência convivente de significação humana.¹⁹

Após esses esclarecimentos, falar-se-á especificamente da racionalidade jurídica.

Historicamente, pode-se dizer que os modelos de racionalidade existentes atualmente no Direito surgiram após a crise pelo qual passou a filosofia geral e jurídica, como dito anteriormente. E o resultado dessa crise foi o surgimento de diversas concorrentes correntes de racionalidade, que possuem (talvez) o mesmo espaço de popularidade, ou (pelo menos) não possuem uma popularidade ou supremacia tal como foi o Racionalismo Moderno. Dessa forma, surgiram novas perspectivas e propostas, que assumem novas abordagens de antigos problemas ou problemas completamente novos com diferentes abordagens reflexivas²⁰. Entre essas diferentes normatividades jurídicas, Castanheira Neves classifica em três modalidades.

A primeira, e mais tradicional, é a Teorética. Essa, como há de se presumir, é herdeira do modelo moderno-iluminista, em que se busca *a priori*, ou teoricamente, presumir todos os níveis de realização do direito dentro de um contexto de validade formal e axiomática.

Também há o Funcionalismo Jurídico. Aqui o direito é concebido como instrumento submetido e manipulado por uma racionalidade finalística, funcional e tecnológica. Isso exclui, conseqüentemente, uma índole normativa no Direito, substituindo-a por um domínio das tecnológicas ciências sociais. Isso não significaria, segundo os funcionalistas, em uma total arbitrariedade, tendo em vista que as escolhas seriam feitas beneficiando as soluções mais convenientes socialmente, beneficiando a

¹⁹ Ibidem, p. 47.

²⁰ Id. **A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia**. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 34.

utilidade (Bentham), a eficácia. Há vários tipos de funcionalismo²¹: o social, o sistêmico, o econômico, o tecnológico e o político. Cada um desses procura trazer para o Direito uma racionalidade que não se preocupa com o que é o Direito, priorizando a sua função, onde pergunta-se para que ele serve²².

E por fim, e não menos importante, a racionalidade jurídica prático-jurisprudencial. Esse tipo de racionalidade surge em um contexto de crise do positivismo exegético-positivista, assim como de uma popularidade de modelos argumentativo-procedimentais de legalidade, validade, legitimidade e verdade. Dentro desse contexto, essa racionalidade busca superar o Racionalismo Moderno e surgir como oposição aos procedimentalismos, tendo em vista que eles não são a única alternativa. Defende-se aqui a importância de uma racionalidade material e axiológica no Direito na defesa pela dignidade humana e pela humanização do Direito²³. A proposta que aqui se faz é por uma substituição da ordem natural-transcendente por uma dialética, ressaltando-se a intersubjetividade. Isso porque a submissão do Direito ao Funcionalismo pode resultar em uma adequação à lógica do mercado, ou mesmo à uma massificação social, as quais resultam na reificação do ser humano. Isso, portanto, destituiria o Direito de sua principal função, que é a proteção do indivíduo perante violações à sua dignidade, sua humanidade.

Como última observação, é necessário ressaltar as observações de Fernando Pinto Bronze, que ressalta que a defesa do humanismo e da autonomia do Direito diante do formalismo ou de racionalidades procedimentais não significa a negação da importância da argumentação e do procedimento na construção de uma resposta adequada a um problema prático em um juízo decisório. Assim destaca o autor:

Um verdadeiro Estado-de-Direito material reconhece a jucadura como *viva vox iuris*; empenha-se em institucionalizar um ordenamento processual e, particularmente, um sistema de recursos, tendencialmente eliminadores de todo o arbítrio na atividade dos decidentes; assume os referentes axiológicos fundamentantes do juízo que institucionalmente lhes comete; e respeita a autonomia do pensamento jurídico na constituição da metodologias que o racionaliza. Temos assim, diante de nós, o esboço de um modelo de legitimação consonante com o caráter prático-normativo do direito *hic et*

²¹ Id. Entre o <Legislador>, a <sociedade> e o <juiz> ou entre <sistema>, <função> e <problema> - os modelos actualmente alternativos de realização judicial no Direito. In: **Digesta. Vol.III. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 183.

²² Para um maior aprofundamento sobre a crítica de Castanheira Neves Cf. **Apontamentos complementares de Teoria do Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1998, p.10.

²³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A revolução e o Direito. A situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário. In: **Digesta. Vol.I. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 215.

nunc, distante daqueloutro estrategicamente definido e politicamente imposto que mais ignorava do que afrontava o problema.²⁴

1.3 O esquema metódico: uma breve introdução

O esquema metódico²⁵ proposto por Castanheira Neves possui dois elementos estruturais, o sistema e o problema²⁶. O primeiro se caracteriza por incluir os princípios, positivos, transpositivos e suprapositivos²⁷, em que a intenção axiológico-normativa se assume e, logo, a validade fundamentante se postula, superando o paradigma sujeito-objeto. Também inclui as normas, entendidas como opções político-estratégicas com normatividade positivadas na legislação por vir de uma autoridade competente. Não se esquecendo da jurisprudência, que se define por ser a objetivação e estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta no direito. E, por fim, a doutrina, ou dogmática que, mesmo não vindo de uma autoridade estatal reconhecida, demonstra a sua importância pela fundamentação e argumentação no comentário de problemas práticos concretos.

O outro elemento estrutural é o problema. Ele traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos e para cuja a solução deve servir o juízo decisório, que envolverá a normatividade do sistema anteriormente comentado. Algo que é de extrema importância (e demonstra a abertura do esquema metódico) é que a centralidade da relação entre sistema e problema está no problema. Castanheira Neves²⁸ ressalta que é a partir dele que surgirão os problemas (os questionamentos) que procurarão no sistema a solução (a resposta). Assim, o problema centraliza o esquema, mas o problema tem que ser visto na perspectiva normativa do sistema.

A relação entre sistema e problema é dialética e argumentativa, no sentido de que a intencionalidade do sistema sobre a questão levantada pelo problema não resulta em uma resposta prévia criada e adequada ao caso, o que há é, de fato, o oposto. Isso

²⁴ BRONZE, Fernando José Pinto. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica. In: **Analogias**. Editora Coimbra, 2012, p. 15.

²⁵ Para aprofundamento cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão-de-facto-Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Ensaio de uma reposição crítica. Tomo I: a crise. Coimbra: Amedina, 1967.

²⁶ Id.. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 155.

²⁷ Tema interessante que foi abordado por Castanheira Neves no I Congresso de Filosofia Constitucional realizado em Fortaleza em 2013. Lá, o autor destacou que a limitação dos princípios jurídicos (e da própria juridicidade) à constituição é reducionismo inaceitável. Ele ressaltou que a constituição é, inclusive, a expressão positiva de interesses políticos de determinadas classes sociais e o âmbito do jurídico não pode se limitar a isso. Assim, ele mostrou a importância dos princípios suprapositivos.

²⁸ Ibidem, p. 144.

significa dizer que a resposta é construída na relação dialética entre o problema e o sistema. Sendo importante ressaltar, inclusive, que a justiça concreta do caso concreto deve superar a justiça formal de adequação a um esquema *a priori* estipulado. Isso mostra de forma clara a influência da Tópica de Viehweg²⁹, especialmente no que toca a relação entre sistema e problema no Jurisprudencialismo. De maneira didática, explica Fernando Bronze³⁰:

a “concordância prática” de um determinado juízo decisório não está garantida *en avance*, antes tem que discernir-se problemático-argumentativamente *in concreto*. E, por seu turno, a adequação à específica situação decidenda dessa mesma decisão judicativa não se obtém sem a desoneadora interposição do constituendo sistema da juridicidade vigente, o que conjuntamente significa implicarem-se reciprocamente as duas mencionadas dimensões, perfilando-se cada uma com o pressuposto da outra. Com efeito, se o problema (...) identifica o momento da dinamização do conjunto, o sistema constitui o seu momento de estabilidade. Uma vez, porém, que o caso apenas interessa enquanto problema normativamente significativo, que o sistema só releva atenta a sua intencionalidade problemática e que um e outro se densificam mutuamente, pode dizer-se o problema o núcleo(...).

Sabendo disso, descrever-seá o esquema metódico, mesmo que de forma concisa e breve, apenas para introdução de seu estudo. Esse esquema se traduz em duas questões, a de fato e a de direito.

A questão de fato, primeiramente analisada por ser o problema prático o ponto de partida, possui duas funções: a determinação do âmbito de relevância jurídica e a comprovação dela. Já aqui é possível perceber a relação dialética entre problema e sistema ou entre questão de fato e questão de direito, isso porque a determinação da fundamentação adequada para a comprovação da relevância problemática é matéria da questão de direito. Nessa primeira questão, a prova é o elemento central.

Por outro lado, a questão de direito se divide em questão de direito em abstrato e questão de direito em concreto. A primeira tem por objeto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução do caso concreto. A segunda é o problema da construção do próprio juízo concreto que decidirá o caso. Mas ressalta Castanheira Neves³¹:

Esta distinção é, no mínimo, mais didático-expositiva do que metodológica, já que – como os desenvolvimentos seguintes mostrarão – há uma incidível

²⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo). Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 33.

³⁰ BRONZE, Fernando José Pinto. Breves considerações sobre o estado actual da questão metodológica. In: *Analogias*. Editora Coimbra, 2012, p. 25.

³¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 165.

unidade normativo-metodológica entre as duas questões, como momentos que são da mesma e unitária intenção problemática. É assim que, por um lado, a seleção do critério jurídico não pode desligar-se totalmente do sentido de solução que o caso solicita, só vindo mesmo aquele critério a obter nesta solução quer a confirmação da sua adequação normativa, quer a sua determinação; e, por outro lado, a solução concreta não poderá deixar de ser o resultado da assimilação do critério pelo juízo decisório concreto.

Incluído nesse esquema metódico também há as questões que tratam sobre o determinado sentido a ser adquirido na questão de direito, a intencionalidade de se abordar o problema prático, o momento em que a norma é adequada ao caso, mas, dentro dos limites inseridos, não se poderá adentrar a essas questões.

1.4 O Jurisprudencialismo como alternativa em tempos de crise

Portanto, o Jurisprudencialismo surge como uma alternativa após a crise em que encontra o modelo moderno-iluminista. Ele está em contraposição a outra alternativa que também se insere no âmbito como racionalidade prática, mas como funcionalismo. O seu âmbito é a resolução prática de problemas especificamente jurídicos através do juízo decisório, que mostra a aceitação da *voluntas* do juiz, mas que acredita que através da fundamentação e da argumentação pode-se limitar e “intersubjetivizar tal subjetividade”, nas palavras de Fernando Bronze.

O esquema metódico procura mostrar e orientar a relação entre o sistema e o problema no mundo prático, mas respeitando a autonomia jurídica. Essa relação, dialética, circular ou espiral se opõe, inclusive, ao decisionismo e ao modelo cartesiano de realização do Direito. O juízo decisório é o resultado de uma intensa e dialógica relação entre a questão de fato e a questão de direito, em que a intencionalidade é busca pela autonomia do Direito, mas apenas na resolução de problemas jurídicos, ou seja, não é o direito o âmbito e o instrumento de resolução de todos os problemas da sociedade, mas apenas de seu problema específico dentro da sua racionalidade material e axiológica.

2 A Tese dos direitos de Ronald Dworkin

Este capítulo está dividido em 4 tópicos e objetiva não apenas preparar o leitor para o debate que acontecerá no 3 capítulo. Também é intento demonstrar a importância da leitura da obra de Dworkin em Teoria do Direito relacionada com a obra de Herbert Hart, tendo em vista o melhor entendimento. Por fim, também possui o objetivo de suprir algumas dúvidas iniciais e introdutórias causadas em alguns estudiosos sobre a obra de Dworkin. Tais dúvidas são causadas especificamente pelas ideias de que o autor é jusnaturalista, defendendo a existência de uma única resposta correta e que os juízes devem ser perfeitos como um Hércules. Assim, busca-se colocar tais questões em seus devidos termos.

2.1 A crítica ao positivismo de Hart e a diferença entre princípios e regras

Para analisar de maneira adequada as contribuições dadas à teoria jurídica de Ronald Dworkin é imprescindível comentar as críticas feitas a Herbert Hart, as quais serviram de base para o seu desenvolvimento doutrinário. Infelizmente, não se poderá dar a atenção necessária a esse debate, que até hoje se destaca na academia, devido à natureza deste trabalho científico e dos objetivos nele expressos. Será objetivado neste tópico, no entanto, demonstrar, em relação à Hart, basicamente os motivos que fundamentam a tese de que na obra *The Concept of Law* não é reconhecido a normatividade dos princípios e de que forma a aceitação deles é uma ponte de superação ao positivismo jurídico. Após, para a melhor elucidação do primeiro objetivo, será destacado a teoria dos princípios de Ronald Dworkin.

Segundo o próprio Herbert Hart, o seu livro pode ser entendido como um ensaio de sociologia descritiva (*descriptive sociology*)³². Algo que pode explicar a sua abordagem utilizada no livro é a diferença que o autor define entre externo e interno pontos de vista (*external and internal points of view*)³³. O primeiro é definido como o ponto de vista daquele que participa do fenômeno social analisado, valorizando-se o que o faz sentir-se obrigado a fazer alguma coisa. Enquanto o segundo, busca analisar, a

³² HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Tradução de Armino Ribeiro Mendes, 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 1. Ou no original: HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2^o Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. V.

³³ *Ibidem*, p. 98. Ou no original: *Ibidem*, p. 89.

partir do ponto de vista externo à atividade social, o comportamento (*behavior*) daqueles envolvidos, de tal maneira que possa trazer elementos para a previsibilidade de suas condutas. Didaticamente, Hart exemplifica que a perspectiva externa é como se alguém estivesse observando um sinal de trânsito e interpretasse “a luz como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que vai chover*”³⁴.

Nessa perspectiva (externa), Hart, após justificar as limitações da teoria jurídica de John Austin, busca desenvolver de maneira descritiva alguns conceitos importantes e famosos no mundo jurídico. Será tratado aqui apenas de três, da textura aberta (*open texture of Law*), do poder discricionário (*Judicial Discretion*) e da Regra de Reconhecimento (*Rule of Recognition*). Esses conceitos são interligados diretamente, o que auxiliará a compreensão e provará a sistematicidade e a qualidade da teoria hartiana.

Textura aberta³⁵ é o nome que se dá à abertura de significados possíveis dentro do texto que servirá de base para o juiz na aplicação do direito. O autor explica de forma poética a existência dessa textura aberta, “somos homens, não deuses”³⁶, mas pode se dizer simplificadaamente que as insuficiências da linguagem para prever todas as condutas futuras como o principal motivo. Contudo, se não há como prever todas as condutas futuras, o que pode fazer o juiz ao encontrar um caso não previsto (*hard case*) no corpo normativo?

Nesse questionamento surge o conceito de poder discricionário. Este se define por ser a possibilidade de escolha do julgador dentro de um contexto de indeterminação dos parâmetros jurídicos sobre a correta decisão a ser tomada. Importante ressaltar que a decisão “não é, nem arbitrária, nem mecânica”³⁷, ou seja, discricionariedade não significa, em tese, arbitrariedade, nas palavras de Hart³⁸. Em casos de limitação dos instrumentos normativos jurídicos para indicar uma resposta adequada, outros critérios poderão ser utilizados como o sopesamento de interesses, a racionalidade, a imparcialidade e o equilíbrio. Tudo dentro do poder discricionário do julgador, que não é total, já que limitado pela abrangência semântica do texto do dispositivo normativo.

³⁴ Ibidem, p.90. Ou no original: “the light merely as a natural *sign that* people will behave in certain ways, as clouds are *sign that* rain will come” In: Ibidem, p. 99.

³⁵ Ibidem, p. 135. Ou no original: Ibidem, p. 149.

³⁶ Ibidem, p. 141. Ou no original: “we are men, no gods”. In: Ibidem, p. 128.

³⁷ Ibidem, p. 221. Ou no original: “is neither arbitrary or mechanical”. In: Ibidem, p. 204.

³⁸ Ibidem, p. 159. Ou no original: Ibidem, p. 140.

Por fim, a Regra de Reconhecimento. Antes, para entendê-la adequadamente, é necessário conhecer a diferença entre regras primárias e secundárias. Após criticar a teoria de Austin a qual entendia a regra de direito como ordens de um soberano, Hart propõe outra definição, a divisão entre regras primárias e secundárias. Ao perceber que a teoria de imperativos de um soberano de Austin não explicava casos simples como o surgimento de obrigações entre particulares, Hart desenvolveu a teoria em que as regras primárias seriam aquelas as quais criavam obrigações diretamente para os cidadãos, prevendo condutas e sanções. Por outro lado, as regras secundárias se aproximariam mais das regras de competência, ou de autoridade, em que seria conferido determinado poder de decidir a uma autoridade sobre determinado assunto jurídico ou de criar obrigações dentro de determinadas circunstâncias, no caso dos particulares. Assim, uma regra secundária daria o poder aos particulares de criar obrigações entre si, o que superaria a teoria austiniana.

Nesse contexto surge a Regra de Reconhecimento. As regras secundárias (divididas entre regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento) se relacionam entre si de forma escalonada, ou seja, a Constituição reconhece o Código, que reconhece o Tribunal, que reconhece o juiz para julgar um determinado caso. Tal relação possui um fim na Regra de Reconhecimento³⁹. Esta é caracterizada por ser a última regra (*ultimate*) e suprema (*supreme*). Segundo Hart, essa regra é última no sentido de que não há nenhuma regra superior que a reconheça e é suprema no sentido que todas as outras regras são subordinadas a ela. Assim, a Regra de Reconhecimento seria utilizada para identificar as regras jurídicas através de um teste de pedigree (*test of pedigree*).

Dessa forma, é possível resumir esses conceitos. A Regra de Reconhecimento é aquela que confere unidade e sistematicidade ao ordenamento jurídico, identificando todas as regras jurídicas através de um teste de qualidade (*test of pedigree*). A textura aberta é a teoria pela qual se reconhece a indeterminação do texto jurídico para julgar todos os casos concretos. E, finalmente, o poder discricionário é aquele pelo qual é reconhecido ao julgador a desvinculação do direito positivado (seja precedente ou lei) e a vinculação a outros padrões não-jurídicos, como a razão e a lógica. Dessa maneira,

³⁹ Qualquer semelhança com a Norma Hipotética Fundamental de Kelsen, Cf. HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes, 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 274. Ou no original: HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2º Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 292.

rápida e superficial, se resume o que, segundo Ronald Dworkin, é “a mais influente versão contemporânea do positivismo”⁴⁰.

Antes de analisar as críticas que Dworkin faz à Hart, é necessário destacar três observações sobre os critérios em que serão avaliados os fundamentos de *The Concept of Law*. Primeiramente, para o sucessor de Hart em Oxford o Direito “é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorrem de decisões anteriores do tipo adequado”⁴¹. Isso significa dizer que Dworkin irá avaliar a teoria hartiana no sentido de justificar a coação do Estado perante o cidadão⁴². Assim, mostra-se a importância do Direito como limite ao poder do Estado.

Além disso, também é de essencial importância saber o que se objetiva dizer, segundo Dworkin, quando fazemos a pergunta “O que é o Direito?”. Para Dworkin, quando se faz essa pergunta, “estamos pedindo uma teoria de como utilizar esses conceitos e sobre os compromissos conceituais que isso implica”⁴³. Ou seja, quando pergunta-se o que é o Direito, busca-se uma teoria que sirva de fundamento para a utilização dos conceitos e institutos jurídicos. Não apenas de alguns, mas de todos eles (ou, pelo menos, se busque isso).

Por fim, e não menos importante, deve-se enfrentar uma crítica comum àqueles que tratam sobre o debate entre Hart e Dworkin. Essa crítica destaca que foi algo errado (e até mesmo antiético) por parte de Dworkin a avaliação da teoria de Hart em postulados diferentes daqueles imaginados por ele. Não se concorda com esse posicionamento. Primeiro porque é defensivo em demasia, não produzindo nenhum tipo de contra-argumento da mesma natureza que sirva para o desenvolvimento do debate acadêmico. A Universidade sobretudo é lugar de pluralidade. Segundo porque nele há um gene de ceticismo sobre a comunidade acadêmica e moral. Sobre a comunidade acadêmica porque afasta de um diálogo de maneira exagerada teorias de um mesmo

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Introdução. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XI. Ou no original: “The most powerful contemporary version of positivism”. In: DWORKIN, Ronald. Introduction. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. ix.

⁴¹ Idem. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 116. Ou no original: “is the scheme of rights and responsibilities that meet that complex standart: they licence coercion because they flow from past decisions of the rights sort”. In: Idem. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 93.

⁴² O papel político de tal esquema será abordado no próximo tópico.

⁴³ Idem. Modelo de Regras I. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25. Ou no original: “we are asking for a theory of how we use those concepts and of the conceptual commitment our use entail” In: Idem. Model of Rules I. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 15.

âmbito (pelo menos em princípio, o jurídico) apenas pelo fato de possuírem alguns objetivos diferentes. Também sobre a comunidade moral porque afirma não haver uma maneira de estabelecer um diálogo entre teorias diferentes que tratam de problemas semelhantes. Nas palavras de Dworkin um cético (externo, no caso) acredita que “elas não são descrições que possam ser comprovadas ou testadas, como na física”⁴⁴. De forma simples, uma crítica cética como essa chega à seguinte conclusão sobre a crítica: “Interessantes observações, mas não posso dizer nada a respeito porque não podemos chegar a nenhuma conclusão, já que possuímos objetivos um pouco diferentes e não há uma forma comum de avaliá-los”.

Sabendo disso, é possível seguir para as críticas de Dworkin ao livro *The Concept of Law*. O primeiro alvo é a teoria do poder discricionário. Primeiramente, o autor destaca três sentidos para o termo poder discricionário na linguagem comum, dois fracos e um forte⁴⁵. Um sentido fraco é aquele em que discricionariedade significa que julgar um caso concreto não é uma atividade mecânica, ou seja, é necessária a capacidade de julgar da autoridade. Outro sentido fraco é aquele que significa que uma autoridade julgadora é a última instância de julgamento de um caso. O último sentido é forte, pois a autoridade que possui este poder não está limitada dentro dos padrões de seu cargo, mas está limitado pelos padrões da ética e da razão, não jurídicos. Assim, não há nenhum problema em entender que o juiz possui poder discricionário nos dois sentidos fracos. Mas a grande crítica está em entender o poder discricionário do juiz como sendo em seu terceiro sentido. Isso porque a principal consequência da utilização desse terceiro sentido na prática jurídica é que um juiz que utilizou seu poder discricionário em uma decisão jurídica somente poderia ser criticado por cometer um erro, mas não poderia ser acusado de decidir contra o que era devido por direito a uma parte do processo⁴⁶⁻⁴⁷.

Essa ideia forte de discricionariedade se relaciona perfeitamente com a tese da textura aberta. Isso porque, em casos em que a linguagem não alcance os significados

⁴⁴ Idem. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 98. Ou no original: “they are not descriptions that can be proved or tested like physics” In: Idem. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 80.

⁴⁵ Idem. Modelo de Regras I. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51. Ou no original: Idem. Model of Rules I. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 32.

⁴⁶ Ibidem, p.55. Ou no original: Ibidem, p. 33.

⁴⁷ A partir de teses de limitação do direito como essa, foram criadas famosas teorias. Entra as mais famosas Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.

necessários para resolver o caso concreto (o que é mais comum do que se imagina), o julgador estaria livre para utilizar critérios extrajurídicos⁴⁸. Como resolver essa questão? Há de fato um limite para a vinculação jurídica ao julgador?

Para Ronald Dworkin, a resposta para esta questão está nos princípios. Qualquer teoria jurídica que reconheça a existência de um poder discricionário judicial forte, o qual não será limitado juridicamente, não reconhece os princípios como norma jurídica. Isso porque é a partir dos princípios que serão feitas as críticas relacionadas ao controle jurídico do juiz em suas decisões em casos difíceis. Mas para que isso fique claro, é necessário diferenciar princípios e regras.

De forma resumida Dworkin diz que as regras são aplicáveis da maneira tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), ou seja, dados os fatos que estipula ou a regra é válida para a decisão ou não. Inexiste meio termo⁴⁹. Os princípios, por outro lado, são aplicados através da dimensão do peso (*weight*), ou seja, não há necessariamente a previsão de algum resultado ou fato previamente, mas deve-se analisar a importância dos princípios envolvidos no caso concreto.⁵⁰⁻⁵¹.

Sabendo disso, se pode dizer que, quando um positivista defende o poder discricionário no sentido forte, ele está dizendo que “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõe obrigações a estes”.⁵² Portanto, reconhecer a normatividade dos princípios significa dizer que há padrões jurídicos (os princípios) que possuem poder vinculante e fiscalizador nas decisões judiciais.

A sistematicidade da teoria de Hart permite dizer que as críticas feitas à discricionariedade no sentido forte e à textura aberta também servem para a Regra de Reconhecimento, mas é necessário mais clareza e objetividade. E isso significa enfrentar, nesta etapa do desenvolvimento de nossa breve e superficial exposição, a possibilidade de adequação entre a Regra de Reconhecimento e os princípios jurídicos.

⁴⁸ Necessário contextualizar que esse tipo de caso surge de forma semelhante após a insuficiência dos critérios de resolução de conflitos entre regras expressos por Bobbio. Para saber mais Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 9ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 105.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. Modelo de Regras I. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39. Ou no original: DWORKIN, Ronald. Model of Rules I. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 24.

⁵⁰ Ibidem, p.42. Ou no original: Ibidem, p. 26.

⁵¹ Além disso, também há a diferença no conflito, em que, no caso de regras, sempre haverá um regra excluída do ordenamento, e no caso de princípios haverá uma restrição fundamentada argumentativamente de um sobre o outro, mas isso não acarretará a exclusão de um dos princípios colidentes do ordenamento. Sobre isso Cf. Ibidem, p.43. Ou no original: Ibidem, p. 27.

⁵² Ibidem, p.55. Ou no original: “the legal standards judge cite other than rules are not binding on them” In: Ibidem, p. 34.

Isso porque é importante manter-se firmes aos objetivos que estipulamos no início deste tópico que está relacionado à inabilidade da teoria hartiana em se adequar a esses padrões jurídicos.

Por definição, a Regra de Reconhecimento, pela sua natureza última e suprema, não possui sua normatividade reconhecida por nenhuma outra regra superior. Nesse sentido, ela é a única regra que possui a sua obrigatoriedade advinda da aceitação tácita, ou do costume. E essa relação expressamente observada por Hart, segundo Dworkin, entre a Regra de Reconhecimento e o costume “reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart”⁵³. Isso acontece porque, com isso, não se pode dizer mais que todas as regras possuem sua obrigatoriedade advinda apenas da regra suprema, mas também do costume.

Além disso, Dworkin ressalta que a teoria da regra suprema não reconhece a diferença entre moralidade concorrente (*concurrent*) e moralidade convencional (*conventional*)⁵⁴. Essa diferença ressalta que tipos de condutas são aceitas moralmente como integrantes da Regra de Reconhecimento. Se forem aceitos os costumes que, de fato, prevalecem na sociedade, é possível dizer que mentir faz parte da regra suprema. Mas se for negada a moralidade concorrente e aceita a moralidade como convenção, por mais que se reconheça que a maioria das pessoas mente, a convenção moral diz que mentir é errado e isto é que faz parte da regra última.

Mas porque isso seria importante na análise? Como a relação da Regra de Reconhecimento e esses tipos de moralidade ajudaria a mostrar que tal teoria não abrange princípios jurídicos?

Ela mostra a insuficiência da tese da Regra de Reconhecimento na sua busca por abranger todos os casos ou mesmo abranger os princípios jurídicos. Isso acontece porque as convenções não abrangem todos os casos futuros. Como o próprio Hart disse, não somos deuses e a linguagem possui indeterminações por natureza. Neste instante, pode-se encaixar perfeitamente a textura aberta e o poder discricionário com essa limitação, inclusive, as críticas feitas anteriormente.

Em resumo, ressalta-se que essas críticas sobre a Regra de Reconhecimento, pouco levantadas por aqueles que buscam comentar o tema, concluem que: 1) Nem

⁵³ Idem. Modelo de Regras II. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.69. Ou no original: “chips at the neat pyramidal architecture we admire in hart's theory”. In: Idem. Model of Rules II. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 43.

⁵⁴ Ibidem, p.85. Ou no original: Ibidem, p. 53.

todas as regras buscam a sua obrigatoriedade na Regra de Reconhecimento, nem são reconhecidas através de um teste de pedigree, pois a relação de aceitação da regra fundamental é baseada no costume. Sendo este, logo, em toda sua indeterminação, o fundamento real de várias regras, é possível questionar a (in)utilidade de uma regra última; 2) A moralidade convencional, mais adequada à tese da regra suprema, também não se encaixa na normatividade dos princípios jurídicos, haja vista que as convenções são limitadas por natureza. Isso abre espaço para discricionariedades no sentido forte, o que nega a obrigatoriedade dos princípios.

Portanto, após esses rápidos esclarecimentos, afirma-se que o conceito de Direito de Hart não é adequado para uma justificação de uma atividade política estatal. Isso porque deixar ao juiz a discricionariedade forte de decidir sobre quando há uma justificação adequada para a atuação do Estado através da força. Isso resulta em consequências perigosas para uma democracia. Além de fundamentar, de forma implícita uma teoria política perigosa, o utilitarismo⁵⁵. Teses como a textura aberta, o poder discricionário e o teste de pedigree são interessantes formas de descrever o Direito, mas não demonstram a verdadeira função política de um juiz, o que é (deveria ser) de fato um dos principais problemas de uma Teoria do Direito. Muito menos, reconhecem a normatividade dos princípios, instrumento jurídico de aplicação do direito e de controle democrático das decisões judiciais.

2.2 O papel político do Direito e a diferença entre princípios e políticas

O principal argumento que defende que o julgamento jurídico não é político, ou que sua importância política é restrita, é baseado no conceito de democracia tradicional. Neste conceito, já tratado anteriormente, a soberania popular é representada no Parlamento, o qual, através de seu poder legitimado pelo voto, produzirá as normas (leis) que irão regular a sociedade. Assim, o fundamento que legitimaria qualquer atuação do Judiciário, aqui destacando-se uma corte suprema ou constitucional, seria a análise do respeito à critérios formais ou procedimentais, tais como previstos na Carta Maior, por exemplo, em países de constituição escrita e rígida.

Tal ideia foi superada primeiramente através do caso estadunidense *Malbury vs. Madison*, julgado na Corte Suprema pelo juiz Marshall. Nele, ressalta-se a força de uma Constituição material, que vincula também o Legislativo, além de perceber-se, nas

⁵⁵ Será tema do próximo tópico.

palavras de Paulo Bonavides, “a transição do Estado liberal ao Estado social”⁵⁶. Mas ainda não se destaca especificamente o que isso significa exatamente sobre quais fundamentos de controle constitucional o Estado seria fiscalizado através do Judiciário. Isso porque, além desta, também haveria a fiscalização eleitoral, a administrativa, a partidária, a fiscal entre outras formas.

Surgiram várias versões de controle. Algumas até consideradas “ativistas”, devido ao grau de protagonismo do Judiciário em contraposição à inércia do Legislativo e do Executivo devido às demandas sociais. Algumas versões causaram uma reação de espanto à comunidade e à academia devido ao radicalismo que alcançaram, já que mostravam os juízes como os titulares de efetivação de políticas públicas na sociedade. Essa situação resultou, em um certo momento, em uma acentuada insegurança e incerteza sobre o que se esperar dos juízes. Chegou-se até a defender-se a volta à teoria tradicional de democracia, por ser mais segura. Mas, felizmente ou não, o regresso não é mais possível.

Nesse contexto, Ronald Dworkin propõe uma forma de se entender o papel do Judiciário e, especificamente, dos Tribunais de cúpula ou Cortes constitucionais em uma democracia. O autor propõe que, para um regime político ser realmente considerado democrático, ele deve levar os direitos a sério. Para isso, Dworkin propõe uma “discussão teórica correta dos fundamentos do direito, um programa para deliberação judicial que se possa recomendar aos juízes e usar para avaliar o que eles fazem”⁵⁷, ou seja, uma teoria que sirva de base para os juízes decidirem e para a fiscalização de suas decisões pela sociedade. Nesse sentido, ele reconhece que não é possível exigir dos juízes decisões perfeitas ou a única decisão correta, mas deve-se exigir que eles tentem, que levem os direitos a sério, ou seja, que decidam segundo uma teoria coerente sobre a natureza dos direitos individuais. Nesse sentido, esclarece que deve-se insistir que eles sigam “uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções”⁵⁸. Mas o que significa levar os direitos a sério? Como isso pode ser feito? Esses direitos são claros ou controversos?

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p 103.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 98. Ou no original: “theoretical account of the ground of Law, a program of adjudication we can recommend to judges and use to criticize what they do”. In: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 79.

⁵⁸ Idem. Levando os Direitos a Sério. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 286. Ou no original: “take rights seriously, follow a coherent theory of

Para responder essas perguntas o jurista americano destaca a pluralidade de significados que há quando se utiliza a palavra direito (*right*). Há diversas formas de se usar essa palavra (tanto no inglês, quanto no português), mas Dworkin ressalta que se utiliza a palavra direito no seu sentido forte (e mais importante) quando significa dizer que “seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência”⁵⁹. Ele explica, por exemplo, que se tem um direito no sentido forte a gastar o seu dinheiro em jogos de azar, mesmo sendo melhor gastá-lo de maneira mais adequada ou meritória. Assim, ele procura mostrar a diferença que há entre achar que algo é a coisa certa a ser feita e ter um(a) dever (obrigação) de fazê-lo, ou mesmo entre violar um direito ou não fazer nada de errado em não realizar uma conduta. Alguém pode ter o direito de fazer algo de errado, como no caso do jogo. Continua Dworkin:

Isso é inevitável em qualquer comunidade que reconhece o que é claramente verdadeiro: que as pessoas tem direitos além daqueles que convencionalmente se reconhece, isto é, que possuem direitos que vão além daqueles restritos e estreitos que todos concordam que existem (tradução livre).⁶⁰

Esses direitos são simétricos em casos como os de direitos civil, em que se trata de questões entre dois(ou mais) cidadãos ou empresas e assimétricos em casos como os de direito penal. Tudo isso demonstra que basicamente os direitos (*rights*) são utilizados contra o Estado para proteger o indivíduo de uma intervenção injusta ou injustificada.

Através desse conceito de direitos, não se quer dizer que nunca o Estado deverá não dar o peso adequado a tal direito. Às vezes, isso é possível quando seja necessário proteger o direito de outras pessoas, ou para evitar uma catástrofe. O que não se pode aceitar é que “o governo está justificado ao desconsiderar um direito com base em razões de pouco peso, que seriam suficientes se nenhum direito desse tipo existisse”⁶¹.

what these rights are, and act consistently”. In: Idem. Taking the Rights seriously. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 186.

⁵⁹ Ibidem, p.289. Ou no original: “it would be wrong to interfere with his doing it, or at least that some special ground are needed for justifying any interference”. In: Ibidem, p. 188.

⁶⁰ Ou no original: “That is inevitable in any community which recognize what is plainly true: that people have rights beyond the rights conventionalism recognizes, that is, that they have rights beyond the strict and narrow limits within which everyone agrees what the rights are”. In: Idem. “Natural” Law Revisited. In: **University of Florida Law Review**. Volume XXXIV. Number 2. Miami, 1982, p. 187.

⁶¹ Idem. Levando os Direitos a Sério. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 294. Ou no original: “the Government is justified in overriding a right on the minimal ground that would be sufficient if no such right existed”. In: Idem. Taking the Rights Seriously. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 192.

Ou seja, o Estado não está autorizado a justificar uma intervenção a um direito individual com razões de pouco peso, que se equivalem a caso esse direito não existisse.

Seguindo esse entendimento, prossegue Dworkin dizendo que o Estado também não está autorizado a agir apenas baseando-se no juízo de que seu ato provavelmente produzirá um benefício geral para a comunidade. Isso porque grandes atrocidades contra direitos individuais foram realizadas no passado em nome do bem estar coletivo.

Com esta última fundamentação, o autor se contrapõe ao utilitarismo. Esta tradicional corrente da filosofia política anglo-americana se define por defender como fundamento da moral a utilidade para tornar o maior número de pessoas felizes. Isso significa dizer que um ato é moralmente correto, independente do que seja, se causa a felicidade do maior número de pessoas possíveis. Assim, o Princípio da Máxima Felicidade deveria guiar o ser humano em suas relações políticas. De maneira mais clara, explica Stuart Mill, um dos maiores nomes da corrente:

O crente que aceita como fundamento da moral, a utilidade ou o princípio da maior felicidade, sustenta que as ações são corretas na proporção em que elas tendem a promover a felicidade e, erradas, se elas tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade é considerado o prazer e a ausência de dor, por infelicidade, a dor e a privação do prazer. (tradução livre).⁶²

Neste momento, mostra-se necessário, pois, analisar, mesmo que de forma objetiva, que tipo de situações pode justificar uma não consideração de um direito individual. Anteriormente, foram citadas duas, o respeito aos direitos concorrentes e uma situação de emergência.

Sobre os direitos concorrentes (*competing rights*), afirma-se que é uma conclusão natural após a explanação sobre a teoria dos princípios dworkiniana. Às vezes, algumas restrições a direitos individuais são necessárias não por algum benefício do Estado ou da sociedade como um todo, mas pela concorrência de outros direitos individuais, de cidadãos que também possuem a legitimidade de defendê-los, em circunstâncias fáticas que impossibilitam a adequada realização dos direitos dos envolvidos. Mas é importante ter cuidado. Ter um direito contra o Estado, como especificado, significa dizer que ele deve ser realizado e protegido mesmo que a maioria

⁶² Ou no original: “The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure”. In: MILL, Stuart. *Utilitarianism*. In: **Utilitarianism and On Liberty** Including Mill’s ‘Essay on Bentham’ and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin. Malden, Oxford, Melbourne, Berlin :Blackwell Publishing Ltd, 2003, p. 186.

seja prejudicada. De forma precisa, isso significa dizer que não há um direito da sociedade, ou da maioria de fazer o possível para o seu bem estar geral. Pode haver um direito da maioria, mas esse direito deve ser considerado dentro da individualidade de cada cidadão e não de toda a sociedade, correndo o risco, caso contrário, do sentido forte de direito, ser substituído por um fraco e insuficiente. A título de simplificação, Dworkin propõe um “teste”, que é:

Uma pessoa possui um direito concorrente à proteção, que deve ser contraposto a um direito individual de agir, se ela estiver, por si mesma, enquanto indivíduo, autorizada a exigir proteção de seu governo para o seu direito, sem que se leve em consideração se a maioria de seus concidadãos partilha da mesma reivindicação.⁶³

Nesse contexto, até mesmo se os membros fisicamente vulneráveis de uma comunidade fossem apenas uma minoria, seria plausível dizer que ele tem o direito de proteção.

A outra justificativa é um estado de emergência (*emergency*). Tal emergência deve ser genuína e iminente. Esse argumento é perigoso especialmente na realidade brasileira que possui em seus registros históricos casos como o do plano Cohen. Por isso, deve-se considerar com rigor a avaliação da gravidade do mal que ameaça e a probabilidade de sua real efetivação.

Ainda subsiste, por conseguinte, a questão sobre a identificação desses direitos, já que para serem levados a sério, eles devem ser identificados. Para isso, o sucessor de Hart em Oxford rejeita um modelo baseado simplesmente no equilíbrio entre o bem estar geral e os direitos individuais. Isso porque quando se trata de direitos contra o Estado, se exclui o equilíbrio ou qualquer forma de negociação. Assim, para se levar os Direitos a Sério, é essencial aceitar duas ideias.

A primeira é a ideia de dignidade humana (*human dignity*) baseada em Kant. Ela defende que “existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal

⁶³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.298. Ou no original: “Someone has a competing right to protection, which must be weighed against a individual right to act, if that person would be entitled to demand that protection from this government on his own title, as a individual, without regard to whether a majority of his fellow citizens joined in the demand”. In: DWORKIN, Ronald. Taking the Rights Seriously. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 194.

tratamento é profundamente injusto”⁶⁴. Assim, defende-se que é essencial tratar o ser humano em sua dignidade, como um fim em si mesmo, rejeitando qualquer tipo de ato que não se adéque à sua natureza.

A outra ideia é a de igualdade política. Nesta, reconhece-se o ser humano como pertencente a uma comunidade política e que merece a mesma consideração e respeito que o governo oferece a seus membros mais poderosos. Isso deve ser respeitado de tal forma a desconsiderar os prejuízos ao bem estar geral.

Nesta altura, já é possível voltar ao questionamento inicial sobre o papel político do Direito em uma democracia. Para tanto, uma rápida reflexão é essencial. Em uma democracia é possível dizer que o acesso aos parlamentares deve ser facilitado, tendo em vista a proximidade com aqueles que os colocaram no poder como representantes. Essa proximidade deve servir para pressionar que sejam realmente realizados os interesses daqueles envolvidos e dos mais necessitados. Porém esse modelo possui algumas brechas. Isso porque é possível reconhecer a existência de grupos de pressão poderosos de grupos econômicos diante dos parlamentares. Esse poder de pressão é importante, tendo em vista que o interesse do representante é se reeleger e, sem financiamento, isso não será possível. Mas será que é possível uma instituição passível de pressões dessa natureza tratar de direitos? Seria o Parlamento o local adequado para se levar os Direitos a Sério? Há alguma diferença entre o papel político do Parlamento e dos tribunais?

Uma situação exemplificativa simplória como essa representa a ponta do *iceberg* do que pode ser uma pressão sobre um deputado ou senador para tratar de questões políticas. A permanência de uma situação como essa ou de situações semelhantes em uma instituição vulnerável a elas pode ser perigosa quando se trata de garantir aos cidadãos o seu *status* de ser humano e sua igualdade política. Por isso, é necessário que os direitos individuais sejam resguardados pelos tribunais, instituições (pelo menos esse é o objetivo) resguardadas de pressões populares ou barganhas de grupos financeiros fortes. Assim, a possibilidade de pressões populares, a submissão à vontade da maioria no período eleitoral, entre outros fatores são perigosos já que não tratam todos com igualdade política. Os tribunais, portanto, defendem os direitos das minorias, tanto o de serem tratadas igualmente, como de serem tratadas como um fim

⁶⁴ Ibidem, p.305. Ou no original: “there are ways of treating a man that are inconsistent with recognizing him as a full member of the human community, and holds that such treatment is profoundly unjust”. In: Ibidem, p. 198.

em si mesmo. Assim, o julgamento de questões de direitos individuais pelos tribunais é benéfico para as minorias, já que ganham poder político no sentido de que suas pretensões serão fiscalizadas pelos fundamentos utilizados pelos juízes e não pelo voto da maioria.

Mas que tipos de fundamentos? Dworkin responde:

As questões políticas que o modelo que a tese dos direitos recomenda, no entanto, exigem que as respostas políticas devem ser fundamentadas em princípios, de modo que eles derivem e se compatibilizem com princípios geralmente aceitos e que possam ser testados (tradução livre).⁶⁵

Assim, Ronald Dworkin defende que questões políticas envolvendo direitos, para que sejam levadas a sério, devem ser levadas ao fórum do princípio. Mas o que é um princípio? E de forma este padrão se encaixa na atuação dos tribunais? E no que ele se diferencia da atuação do Legislativo?

Para responder essa pergunta, Dworkin propõe uma distinção que ele considera “The most important message about that theme”⁶⁶, que é a distinção entre princípios e políticas *strictu sensu*. Estes são tipos de padrões que normalmente são utilizados por juízes em questões políticas, mas não são reconhecidos. É denominada política *strictu sensu* aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado no âmbito econômico, político ou social. Enquanto princípio é considerado aquele padrão que deve ser observado, não porque vá promover alguma situação social ou econômica desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade⁶⁷.

Esta diferenciação se conforma, em seu sentido político, à distinção feita anteriormente sobre princípios e regras. A distinção anterior se limita a tratar apenas de questões especificamente jurídicas, o que deixa um vácuo político em sua justificação geral. O conceito de políticas *strictu sensu* aqui exposto serve para suprir esse vácuo. Dworkin explica que “os governos tem objetivos: pretendem tornar as nações que governam prósperas, poderosas, religiosas ou importantes; também querem permanecer

⁶⁵ Ou no original: “The political questions the rights model recommends, however, require that the political answers they receive be both explicit and principled, so that they appeal and their compatibility with principles more generally endorsed can be tested”. In: Idem. *Political judges and the Rule of Law*. In: **A matter of principle**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 30.

⁶⁶ Idem. The interview archive. **BBC**, Player Radio, 25 jan. 2010. Entrevista concedida a Owen Bennett Jones. Disponível em: < <http://www.bbc.co.uk/programmes/p005vc49>>. Acesso em 22 de outubro de 2013.

⁶⁷ Idem. Modelo de Regras I. In: **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Idem. Model of Rules I. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 22.

no poder Usam a força coletiva que monopolizam para este e outros fins”⁶⁸. E esses objetivos são justificados por políticas, já que argumentos baseados nesse padrão buscam apenas a realização de objetivos para a maioria e não para o indivíduo. É característica a utilização desses padrões no Legislativo e no Executivo, locais onde a maioria é soberana. Seria a vontade da maioria, baseada em argumentos de política *strictu sensu*, a resposta da pergunta anterior?

A resposta é negativa. Os tribunais, logo, devem basear seus argumentos em princípios, já que possuem o dever de defender os direitos individuais das minorias, tão menosprezada nos outros padrões, sempre visando a igualdade política e a proteção da dignidade humana. Este é o fórum do princípio⁶⁹.

Em poucas palavras, resume-se as conclusões deste tópico da seguinte forma. O Estado procura realizar seus objetivos de maximização dos benefícios para a sociedade como um todo, mas suas instâncias políticas de decisões dessa natureza são baseadas na soberania da maioria, que utilizam fundamentos baseados em argumentos de política *strictu sensu*. Por isso, para limitar o poder do Estado na realização de seus objetivos há os direitos individuais, fundados em princípios. Esses direitos não buscam algum benefício geral para a sociedade. Seus objetivos são a proteção das minorias em sua dignidade humana, de tal forma que qualquer violação a um direito é um grave dado moral. Da mesma forma, tal violação é um dano em sua igualdade política, de tal forma que auxilie a sua participação política como qualquer outro cidadão. Os tribunais, portanto, devem julgar baseados em princípios, para que levem os direitos a sério e que sejam fiscalizados nesse papel político. Isso não significa dizer que nunca um objetivo social irá sobrepor-se a um direito individual. Essa situação poderá acontecer. O que, de fato, é negado é que isso seja feito apenas com esse fundamento, de que é um objetivo social geral. Um direito individual só poderá ser restringido em um caso de concorrência de direitos individuais de outras pessoas ou pelo risco de um grave dano iminente, que por trás guarda a fundamentação do direito individual de proteção das pessoas pelo Estado. Este é o papel político do Direito, decidir questões no fórum do princípio.

⁶⁸ Idem. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 116. Ou no original: “Government have goals: they aim to make the nations they govern prosperous or powerful or religious or eminent; they also aim to remain power. They use the collective force they monopolize to these and other ends”. In: Idem. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 93.

⁶⁹ Idem. The forum of Principle. In: **A matter of principle**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 66.

2.3 A resposta correta, o romance em cadeia e o juiz Hércules

Como dito no tópico 3.1, para entender qualquer tipo de posicionamento dentro do pensamento de Ronald Dworkin é essencial ter conhecimento de algumas obras e uma delas é a obra de Herbert Hart. Um exemplo disso é a tese da única resposta correta (*right answer*). Isso porque é de forma expressa que o ex-agente do serviço secreto britânico se debruça sobre o tema. Ele diz que “não pode ser *demonstrado* que certa decisão é a única correta”⁷⁰. Suas palavras são claras sobre a sua posição cética a respeito da impossibilidade de demonstração que uma decisão é a correta. Mas seria injustiça suprimir o restante de sua frase, onde ele diz “mas pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial”⁷¹. Assim, apesar dele se mostrar cético sobre a resposta correta, ele diz que por mais que ela não seja passível de demonstração, pode-se aceitar uma decisão racional e imparcial. Nada de novo há aqui. Novamente, ele se mostra descrente em que a interpretação possa levar a uma decisão correta, e, não obstante, esclarece que isso não significa dizer que se cai em um total arbítrio. Esse posicionamento se encaixa perfeitamente na sua teoria do poder discricionário judicial. Defende-se, portanto, a tese da resposta correta como um contraponto à tese do poder discricionário de Hart, em relação à decisão judicial. Nesse sentido, neste tópico, procurar-se-á, primeiramente, destacar especificamente o diálogo com o positivismo hartiano, defensor implícito da tese da demonstração. Posteriormente, será objetivado demonstrar a relação que há entre essa tese e o juiz Hércules, modelo sobre-humano de juiz, que é muito mal compreendido.

Como ressaltado, o Hart parte de uma perspectiva externa para fazer uma descrição social do fenômeno jurídico. Perspectiva externa significa dizer que as análises serão de natureza semelhante a dizer que alguns acontecimentos sociais resultam na probabilidade de que as pessoas tomarão certo comportamento. Nada a mais que isso. Nenhuma justificção. Apenas uma descrição de alguém que não participa da atividade, alguém externo a ela.

⁷⁰ HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes, 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 221. Ou no original: “it cannot be *demonstrable* that a decision is uniquely correct”. In: HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2º Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 205.

⁷¹ *Ibidem*, p. 221. Ou no original: “but it may be made as acceptable the reasoned product of informed impartial choice”. In: *Ibidem*, p. 205.

Nesse sentido, e sabendo das críticas relatadas no tópico 3.1 à teoria hartiana, Dworkin propõe uma atividade para a melhor elucidação de seu posicionamento⁷². Nessa atividade, um grupo de pessoas debate sobre questões envolvendo uma obra literária. Entre as questões, Dworkin diferencia entre as questões desimportantes, como as que questionam em que posição o protagonista dormia, e as verdadeiramente importantes, como as que questionam de que forma entender a importância de determinado personagem na história, o que ele representa, ou mesmo, e principalmente, de que forma ele contribui para fazer com que a obra literária seja melhor com ele do que sem ele. Dentro desses debates, as pessoas utilizam argumentos para fundamentar uma convicção própria, que o seu entendimento sobre determinado personagem ou acontecimento é melhor. Isso porque não há outra forma de chegar a uma conclusão, não há com comprovar ou demonstrar quem esta com a razão.

Caso fosse convidado um filósofo empirista (Herbert Hart) para assistir os debates sem participar da atividade, não seria estranho ele achar que não seria possível encontrar uma resposta correta aos questionamentos. Obviamente, porque não seria possível demonstrar quem teria a razão ou mesmo a possibilidade da resposta correta. Provavelmente, sustentaria que os debates baseados nas interpretações de cada participante seria uma prova de que não haveria uma resposta correta, ou mesmo que nunca haveria a possibilidade alcançá-la, ou, se se alcançasse, não se saberia. Mas, se é tão claro saber que não é possível, qual o motivo das pessoas continuarem debatendo? Qual o objetivo delas acreditarem que podem alcançar uma resposta correta?

Utilizando um exemplo mais prático. Dentro do romance Dom Casmurro de Machado de Assis, Capitu traiu ou não Bentinho? Não houve testemunhas, muito menos há provas demonstráveis de adultério. Sinceramente, acredito que ela foi infiel, mas estou aberto a ouvir argumentos opostos. Até mesmo porque não se pode confiar totalmente em alguém que não lembra que calça vestiu ontem⁷³.

Mas Dworkin destaca que, caso o tal filósofo participasse da atividade (talvez sobre a questão sobre a fidelidade de Capitu), ele teria uma opinião e tenderia para um dos lados do debate (adultério, ou não). E isso não é nenhuma surpresa. Para que

⁷² Atividade que foi comprovada posteriormente por Stephen Guest. Este autor explica que Dworkin e seu colega, Gareth Evans, entre 1973 e 1975, chamavam estudantes de Oxford em ocasiões diferentes para fazer uma experiência na qual seria testado se as pessoas poderiam acreditar em algo mesmo que não fosse comprovado. A conclusão foi que, em ambos os casos, os resultados eram satisfatórios. Cf. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Second Edition. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997, p. 6.

⁷³ ASSIS, Machado de. Dom Casmurro. In: **Obras Completas de Machado de Assis**. vol. I. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. Publicado originalmente pela Editora Garnier, Rio de Janeiro, 1899, p. 58.

reconheça a existência da resposta correta, é necessário participar da atividade. A resposta correta é segundo a atividade, e não de forma externa a ela⁷⁴.

Essa experiência simplória citada e realizada por Dworkin merece restrições. A coerência com a obra é apenas narrativa e não normativa como no Direito, que é muito mais complexa e trabalhosa. Talvez esse exemplo seja um pouco inocente, mas não é ingênuo. Ela explica uma forma de entender o motivo pelo qual as pessoas podem acreditar que há uma resposta a certa questão, mesmo que tal resposta não seja demonstrável. Além da condição de possibilidade da crença: participar da atividade. Com as palavras do autor, ele diz que “um cientista social deve participar de uma prática social se pretende compreendê-la, o que é diferente de compreender seus adeptos a social”⁷⁵.

Assim, Dworkin procura demonstrar que para entender uma prática social argumentativa como o Direito é necessário participar dela, não diferenciando a compreensão da interpretação da prática. De forma mais clara, ele se contrapõe à perspectiva externa de Hart, que resulta em discricionariedades e convencionalismos.

Neste momento da empreitada, considera-se que é necessária uma reflexão que relacione os tópicos deste capítulo entre si. Já foram tratados, no tópico 3.1, os motivos pelos quais a discricionariedade e outras teorias positivistas não são aceitas. No tópico 3.2, por conseguinte, foi proposto, em substituição, que para que sejam levados os direitos a sério é necessário entender os argumentos de princípio como instrumentos vinculativos de justificação da atuação do Estado dentro de uma teoria da decisão judicial coerente e útil para a atividade judicativa e para a fiscalização desta. Essas ideias, por conseguinte, se relacionam com a teoria da resposta correta no sentido em que esta mostra que o fato de pessoas capacitadas debaterem sobre questões jurídicas controversas não significa que não exista a possibilidade de uma teoria coerente que fundamente e que propicie que tais discussões produzam resultados mais satisfatórios nos termos de justificar a atuação do Estado. Assim, de forma consciente, a tese dos direitos de Dworkin é relativamente abstrata, em que se mostram possível os debates

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Não existe mesmo nenhuma resposta correta em casos controversos? In: **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 210.

⁷⁵ Idem. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 67. Ou no original: “scientist must participate in a social practice if he hopes to understand it”. In: Idem. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 55.

entre diferentes concepções, mas que se encaixam em um único conceito mais abstrato⁷⁶. Neste conceito, portanto, há uma resposta correta em tese.

Além disso, a tese da resposta correta procura sustentar sistematicamente esse entendimento contra a tese da demonstrabilidade, de maneira que esses debates mostram a existência de uma crença que há uma resposta correta em teoria, que motiva os interlocutores ao debate, mesmo que isso não possa ser comprovado ou demonstrado.

Mas essas discussões se baseiam em que? Qual o objetivo das interpretações daqueles que estão em debate sobre direitos controversos? Essa reflexão oferece um embasamento para que seja possível esclarecer o significado que possui a interpretação na tese dos direitos.

Para definir interpretação, Dworkin diferencia entre três tipos de interpretação, a conversacional, a científica e a construtiva. A primeira se define por ser aquela que procura entender as reais intenções psicológicas do autor daquilo que se interpreta, por exemplo, em uma conversa. A segunda se define por ser utilizada na descrição de fenômenos físicos, e utiliza critérios específicos para confirmar a adequação deles. Por fim, a interpretação construtiva, adequada para estudar o Direito, é aquela que, a grosso modo, “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”⁷⁷. Ou seja, a interpretação construtiva é aquela que faz da prática ou objeto (artístico) o melhor que ele possa ser dentro do gênero ao qual se imagina que ele pertença. Assim, a grande questão dela é um caso de interação entre o propósito e o objeto.

Mas essa definição de interpretação construtiva⁷⁸ não significa dizer que ela seja totalmente aberta, tendo em vista que a história a qual ela está inserida exerce uma forma de coação sobre os sentidos possíveis dentro do texto, que também serve de limite para o intérprete. Entretanto, isso também não significa que restrinja todos os sentidos possíveis, de forma a restar apenas um. Logo, dentre os sentidos possíveis, deve ser

⁷⁶ Ibidem, p.112. Ou no original: Ibidem, p. 90.

⁷⁷ Ibidem, p.62. Ou no original: “is a matter of imposing purpose on a object or practice in order to make of it the best possible example of the form of genre to which it is taken belong”. In: Ibidem, p. 52.

⁷⁸ Essa interpretação construtiva possui três fases: a fase pré-interpretativa, momento em que se identificariam e seriam definidos as regras e os padrões mínimos de consenso de uma comunidade, a fase interpretativa, em que se justificam os principais elementos encontrados na fase pré-interpretativa de tal forma a se ter a convicção de que a prática não é uma invenção e, por fim, a fase pós-interpretativa ou reformadora, que é o momento em que ajusta-se a ideia daquilo que a prática realmente requer para de adequar na melhor justificativa que a fase interpretativa criou como um equilíbrio entre ambas as fases. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81. Ou no original, Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 66.

escolhido aquele que atribua o máximo de valor à prática, ou mesmo aquele que demonstrar o valor da melhor maneira possível dentro dos limites estipulados pela tradição e pelo texto.

Portanto, é possível dizer que os debates sobre direitos controversos embasados dentro de uma teoria abstrata da decisão judicial que busque ser coerente e justificadora da atuação do Estado se trata a respeito da melhor forma de fazê-lo. Assim, a teoria está sempre aberta a adequações e aprimoramentos que busquem torná-la uma justificativa valorativa à atuação do Estado. Com isso conclui-se que a controvérsia é elemento essencial da tese dos direitos e não demérito.

Outro tema necessário a se tocar quando se fala sobre teoria da decisão judicial é a tese do romance em cadeia. Essa tese é utilizada para explicar a necessidade de coerência da decisão judicial com a história institucional a qual o julgador está inserido. Para tanto, o sucessor de Hart em Oxford utiliza um exemplo em que um grupo de escritores decidem escrever um livro juntos, em que cada autor escreverá um capítulo da história. Não seria absurdo ressaltar que, dentro dessa empreitada, o segundo autor deve interpretar o trabalho feito pelo primeiro autor de tal maneira a continuar a narrativa sem distorcer os seus fundamentos principais. Da mesma forma o terceiro autor em relação ao segundo e ao primeiro e assim sucessivamente. Na experiência, portanto, o último autor terá um grau de criação reduzido em relação ao primeiro, mesmo ainda possuindo um poder de criação importante no desfecho da obra. Da mesma maneira é o juiz no momento de julgar um caso concreto. Ele está submetido às decisões da instituição que integra e à legislação que há na sua comunidade. Essa situação limita a sua atividade e serve de fundamento para a sua decisão, por mais que ele ainda tenha essencial importância na realização do Direito no caso concreto⁷⁹.

Finalmente, é considerado o momento pertinente para se chegar ao último dos objetivos planejados para este tópico: analisar o modelo juiz Hércules. Infelizmente, não se poderá tratar deste tema à exaustão, devido aos limites estabelecidos no tópico, no capítulo e no trabalho como um todo. Todavia, será objetivado tratar o tema de forma a deixar uma explanação geral capaz de se adequar ao que já foi dito anteriormente.

O juiz Hércules é um modelo de juiz criado por Dworkin para tratar sobre os desafios de um juiz em uma sociedade democrática. O máximo de informações que se

⁷⁹ DWORCKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura In: **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235.

pode dizer dentro dos nossos objetivos⁸⁰ é que ele é um jurista com capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas. Além disso, ele é um juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa⁸¹. Ele aceita, inclusive, os pressupostos básicos de qualquer jurisdição (mas, especificamente, refere-se à americana) que são que as leis tem o poder gerar e extinguir direitos jurídicos e que os juízes tem o dever de seguir as decisões anteriores, cujas fundamentações racionais se adequam às especificidades do caso concreto. Mas qual o motivo para criar um juiz com essas características? Como ele se encaixa ao exposto e comentado até aqui sobre a tese dos direitos de Ronald Dworkin?

O sucessor de Hart em Oxford responde de maneira enfática:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas⁸².

Isso significa dizer que, dentro do exposto até aqui, o juiz Hércules tem que justificar suas decisões dentro de um esquema de abstratos e concretos princípios coerentemente concordantes com todos os precedentes judiciais existentes, inclusive identificando seus erros e suas qualidades, assim como justificar com as previsões constitucionais e legais existentes no país. Nada mal para um juiz semideus. Tudo isso pelo motivo de que as pessoas tem o direito de que o Direito seja tratado com uma trama inconsútil (*seamless web*), coerente em todas as suas pontas, por mais que ele não o seja. E é baseado em um modelo com esse que se pode questionar ao juiz sobre a relação de uma decisão com estatutos e precedentes judiciais que ele, talvez, na prática, nem conheça ou tenha ouvido falar.

Dentro dos objetivos deste tópico, é possível dizer que a tese da resposta correta, através de uma experiência prática comunitária, fundamenta a possibilidade de uma comunidade acreditar que exista uma resposta correta sem que haja uma demonstração física de que ela exista. Além disso, tenta provar que a controvérsia é uma forma de

⁸⁰ Interessante dizer que Hercules, no livro *Law's Empire*, chega à Suprema Corte norte-americana (ou ao Olimpo), sobre (o) a qual, infelizmente, não comentaremos neste trabalho. Para saber mais Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 379.

⁸¹ Idem. Casos difíceis. In: **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165. Ou no original: Idem. Hard Cases. In: **Taking the Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 105.

⁸² Ibidem, p. 182. Ou no original: "You will now see why I called our judge Hercules. He must construct a scheme of abstract and concrete principles that provides a coherent justification for all common law precedents and, so far as these are to be justified on principle, constitutional and statutory provisions as well." In: Ibidem, p. 117.

justificar a resposta correta no sentido de que as pessoas que debatem sobre direitos controversos o fazem pelo motivo de acreditar que há uma resposta correta em teoria que fundamenta a controvérsia. Por conseguinte, por mais que isso seja impossível, as pessoas tem o direito de que seus direitos sejam tratados com uma teia inconsútil que justifique a legislação e os precedentes em vigor, destacando suas qualidades e seus defeitos. Empreitada possível apenas por um juiz sobre-humano, mas que cada juiz em um regime democrático que leve os direitos a sério deve buscar.

2.4 Uma proposta: o Direito como integridade

Todo o capítulo até aqui teve o objetivo de apresentar as críticas feitas ao positivismo jurídico (por mais que haja diálogo com outras escolas como a *Critical Legal Studies*, *Law and Economics*, entre outras) e a proposta que o ex-assessor do juiz Learned Hand procurou fazer em substituição. Todavia, por mais que fosse tentado evitar isso, ainda falta uma teoria mais consistente que justifique e unifique todas as propostas feitas ao longo deste capítulo. E, por mais simplório que isso pareça, a unidade é o papel central desta teoria que serve de fundamento e de objetivo político de todas as teorias de Ronald Dworkin. A teoria é a do Direito como integridade (*integrity*).

Na obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin⁸³ conta um história sobre um porco-espinho e uma raposa famosa na Antiguidade Clássica. Nela, há uma raposa que tenta de diversas formas atacar um ouriço. O ouriço, diferentemente, sempre se defende da mesma maneira, envolvido em seus espinhos. A raposa sempre usa a sua criatividade para criar artimanhas e conseguir atacar o ouriço, mas este sempre se defende da mesma forma, entre seus espinhos.

Com essa metáfora, o autor busca demonstrar qual a sua principal preocupação quando trata de Direito, a sua integridade. Na língua portuguesa, esse termo também significa algo bom, honrado ou correto. Mas não é, apenas, nestes sentidos que ele usa o termo. O principal sentido é de integração⁸⁴. E nas suas palavras, “ao longo de todo o

⁸³ Idem. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 13. Ou no original: Idem. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2011, p. 1.

⁸⁴ Percebi esta diferença ao conversar com uma amiga chamada Lisa, uma estudante alemã de Relações Internacionais que conheci em Coimbra. Quando ela me perguntou o que eu estudava em Coimbra, eu respondi (ainda sem muita certeza do que significava): uma tese do Direito como integridade. Os outros participantes da conversa fizeram um sinal de estranhamento, mas ela explicou para eles (e para mim) o significado do termo. Ela disse que significava integração. Naquele momento muitas dúvidas se

livro, afirmo que, na moralidade política, a integração é uma condição necessária da verdade”⁸⁵. Para ele a integração não é apenas formal ou deceparadora de partes essenciais das teorias política, jurídica, moral, ética, social e outras. Essa integridade tem o objetivo de fortalecer as teorias que a envolve, e não prejudicá-la por algo coeso. Também, não é, por fim apenas uma integridade estática, mas dinâmica e participativa.

Ela é participativa especialmente porque pressupõe que a sociedade seja tratada como uma unidade, uma pessoal moral com uma responsabilidade moral em grupo⁸⁶. E o papel dos juízes diante dessa comunidade moral personificada e responsável em uma integridade é manter a integridade dessa comunidade e, também, proteger a participação de todos os cidadãos igualmente considerados nessa comunidade política.

O papel da integridade é mais claramente perceptível quando relaciona-se com outros valores, como a equidade e justiça. A equidade política pode-se entender como a consideração de um valor que reconhece um poder igual a cada um dos indivíduos da sociedade. Daí a consideração da equidade também como justiça no caso concreto, já que considera os cidadãos em sua individualidade. Um exemplo de equidade é o voto eleitoral, que considera um voto para cada cidadão. Por outro lado, a justiça reconhece o resultado das decisões tomadas. Essa qualificação é feita dentro de critérios gerais de justiça. Assim, enquanto a equidade leva em consideração o procedimento, a justiça leva os resultados.

Dentro desses conceitos de equidade e justiça, pode-se dizer que um regime autoritário pode tomar decisões justas, porém não equânimes, assim como uma democracia pode tomar decisões injustas, mas com equidade. Um meio termo entre esses valores é o contratual. Através de um contrato comunitário, não é absurdo supor que todas as partes serão ouvidas e que os resultados serão justos nas medidas que forem acertadas. Não obrigatoriamente totalmente justos para todos, já que em contratos há acordos com concessões, mas ela seria protegida na maior medida possível.

Neste momento, Dworkin muda o discurso⁸⁷. Ele diz que, mesmo quando se lida com situações em que a equidade e a justiça estão sendo respeitadas em um nível

esclareceram para mim e outras surgiram. E, quando ela olhou para mim esperando uma confirmação, não tinha outra coisa a fazer, se não confirmar sua explicação clara, simples e precisa.

⁸⁵ Idem. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012. p. 17. Ou no original: “I argue throughout the book that in political morality integration is a necessary condition of truth”. In: DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2011, p. 5.

⁸⁶ Idem. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 172. → p.208.

⁸⁷ Idem. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 222. Ou no original: Idem. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 183.

razoável, ainda não nos sentimos confortáveis em aceitar algumas decisões, especialmente quando tratamos de direitos. Por exemplo, normalmente não achamos correto que um cidadão que não pague seus tributos corretamente seja penalizado e que um administrador público corrupto não seja. Ou mesmo que os cidadãos em geral possuam o direito de um devido processo penal e a proibição de penas cruéis, e que exista um grupo de extermínio que assassinam suspeitos de roubo sem nenhum tipo de legitimidade. O que nos faz pensar dessa forma? O que nos faz resistir ou, no mínimo, refletir sobre um acordo quando se trata de direitos ou de política como um todo?

A resposta é a integridade. Ela é um valor que pressupõe que a comunidade seja tratada como uma personalidade moral responsável por seus atos e coerente e íntegra em suas atitudes, não abrindo espaços para acordos ou concessões quando se trata de assuntos de moralidade política importantes. Por conseguinte, ela pressupõe integridade na atuação e respeito a uma teoria superior que trata os direitos a sérios, necessitando, logo, de fundamentações baseadas em argumentos de princípios. Nesse sentido, explica Dworkin:

O valor expressivo é confirmado quando pessoas de boa-fé tentam tratar umas às outras de maneira apropriada à sua condição de membros de uma comunidade governada pela integridade política e ver que todos tentam fazer o mesmo, mesmo quando divergem sobre o que, exatamente, a integridade exige em circunstâncias particulares. A obrigação política deixa de ser, portanto, apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade, como em geral a representam os filósofos políticos. Torna-se uma ideia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como o sistema da comunidade à qual pertence.⁸⁸

Dessa forma, ele argumenta que para a integridade é necessário mais que apenas obedecer decisões comunitárias de forma individualmente. Ela se aproxima da ideia protestante de respeito e fidelidade a princípios que todo cidadão tem que identificar como obrigatório para a sua comunidade.

Com belas palavras, também explica o Calsamiglia a ideia de integridade:

El derecho como integridad es un *enfoque* que exige justificar mediante razones el abandono de principios anteriores. La integridad no tolera la irracionalidad. Las normas que componen un ordenamiento jurídico están

⁸⁸ Ibidem, p. 231. Ou no original: “For the expressive value is confirmed when people in good faith try to treat one another in a way appropriate to common membership in a community governed by political integrity and to see each other as making this attempt, even when they disagree about exactly what integrity requires in particular circumstances. Political obligation is then not just a matter of obeying the discrete political decisions of the community one by one, as political philosophers usually represent it. It becomes a more protestant idea: fidelity to a scheme of principle each citizen has a responsibility to identify, ultimately for himself, as his community’s scheme”. In: Ibidem, p. 190.

sostenidas en un conjunto de principios justificadores. El elemento fundamental del derecho no es la norma sino el principio justificador. La fidelidad a la ley es una fidelidad al conjunto de principios que identifican la comunidad.⁸⁹

Assim, o autor destaca que a virtude da integridade não exige apenas um compromisso entre concepções de justiça contraditórias, mas que respondam a uma concepção coerente de justiça pública. Uma sociedade democrática, logo, comenta Calsamiglia, requiere que a coação estatal seja justificada em princípios, tratando a comunidade como uma pessoa moral e exigindo dela integridade moral.

Por fim, do tópico e do capítulo, por motivos de responsabilidade, é necessária a exposição sobre as limitações dessa exposição. Não se trata da relação das ideias de Dworkin com o conceito de justiça de Rawls, não trata de como Hércules vê a integridade entre os temas importantes na obra do autor em Teoria do Direito. Talvez esta breve e incompleta exposição crítica seja, também, introdutória, mas o objetivo principal também é destacar que as ideias deste autor são importantes para as questões que atualmente enfrenta-se no Direito, como será tratado no próximo capítulo. Até mesmo Hart, reconhece a importância da doutrina de Ronald Dworkin, quando diz em uma entrevista que:

(...)su principal logro consiste en Haber demostrado cómo gran parte de los sistemas jurídicos ingleses y americanos se pueden analizar fructífirmamente como si cada uno de estos sistemas fueran El resultado de un único autor coherente y consistente, preocupado por llevar a cabo en El Derecho una específica moralidad política singularmente liberal, en El sentido de que trata a todos los individuos como moralmente legitimados para una igual consideración, considerando los derechos básicos individuales como elementos prioritarios sobre los valores colectivos.⁹⁰

⁸⁹ CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “El concepto de integridad en Dworkin”. **Doxa**. N. 12 (1992). p. 171. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10728>.

⁹⁰ HART, H. L. A. Herbert. Entrevista a . H. L. A. Hart. **Doxa**, Alicante, n. 5, p 347, 1998. Entrevista concedida a Juan Ramón de Páramo Arquieles.

3 Convergências e divergências entre o Jurisprudencialismo e a Tese dos Direitos

Após a exposição de maneira mais didática e simples das teorias de Castanheira Neves e de Ronald Dworkin, é chegado o momento de tratá-las de forma mais analítica e comparativa. Neste momento, buscar-se-á destacar as convergências e divergências entre as doutrinas desses autores que, por mais que seja perceptível um diálogo implícito nos capítulos anteriores, serão expostos aqui. No fim, as críticas feitas por Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin serão analisadas por meio de referencial teórico fundamentado.

3.1 Convergências: projetos semelhantes

Castanheira Neves, antes de tecer críticas, destaca a proximidade entre o seu projeto e o de Dworkin, no sentido em que ambos possuem a concepção de “direito como um projeto axiológico-normativo de constituenda realização”. Com isso, o autor busca destacar a negação de um modelo construído aprioristicamente voltado apenas para a subsunção ou aplicação de conceitos na realidade prática. Dessa forma, mostra-se semelhante em ambos a negação da plenitude jurídica como um modelo apenas de prescrições normativas imperativas. Pode-se analisar de forma mais adequada tais aproximações teóricas através de duas dimensões, a autonomia do Direito e a proximidade dos métodos de realização judicante.

3.1.1 A questão da autonomia do Direito

A autonomia do Direito é um problema recorrentemente analisado por Castanheira Neves, tendo em vista que a defesa por uma visão jurídica do problema do Direito é uma de suas bandeiras. “Ver o Direito como Direito” é uma expressão que, em um primeiro momento, parece ser contraditória e redundante, todavia carrega forte teor significativo. Ela demonstra a necessidade de proteção da ideia do Direito como instrumento de uma adequada realização judicativo-decisória do problema jurídico através dos seus princípios constituidores fundamentais. Explica-se.

Com a crise atualmente atravessada pelo Direito, surgiram fortes tendências na Filosofia e na Metodologia do Direito voltadas para buscar fundamentos sociais para a sua realização. Essa ideia, no início, teve bons resultados, já que aproximava o Direito (em crise) do seu âmbito de atuação, a realidade prática. Assim, não é absurdo dizer que o Direito foi invadido pelos fatos sociais, elementos tão negados quanto importantes na adequada realização jurídica.

Todavia, através dos bons resultados dessa aproximação, acabou surgindo uma importante corrente chamada de Funcionalismo Jurídico⁹¹. Essa corrente se destaca por submeter a normatividade jurídica pela sua capacidade instrumental de disseminar e de realizar objetivos importantes para o bem social comum. Segundo essa corrente, o Direito seria visto como um instrumento de desenvolvimento social e não mais como instrumento de realização concreta jurídica dentro dos princípios da justiça e da proteção da dignidade humana. Nesse sentido, o Direito seria um instrumento de transformação da sociedade, de satisfação de expectativas sociais, de molde da sociedade segundo o bem comum e através de um paradigma de “engenharia social”.

De forma didática, explica o autor:

Neste quadro se propôs, com efeito, a reconstituição da jurisprudence numa perspectiva sociológica, cujo sentido seria exactamente o seguinte. O direito devia ser concebido e o pensamento jurídico constituído “como meio de um fim social e como instrumento do desenvolvimento social” (FRIEDMANN, ob. cit., 297), ou seja, deveriam ser pensados e organizados como um sistema de “contrôle social” que visasse obter, mediante o reconhecimento e a correlativa delimitação dos interesses, o equilíbrio dinâmico de todos os tipos de interesses socialmente discrimináveis e relevantes (interesses individuais, públicos e sociais), estabelecendo simultaneamente os meios adequados à garantia desses mesmos interesses assim reconhecidos e delimitados.⁹²

⁹¹ Necessário destacar que tal “Funcionalismo” não se confunde com a corrente criada por Norberto Bobbio na obra “Da estrutura à função”. Enquanto o autor utiliza o termo para destacar a submissão da normatividade jurídica aos interesses sociais ou de grupos políticos, o autor italiano utiliza o termo para ressaltar a importância do estudo do Direito como estimulador de condutas favoráveis ao bom convívio social, sem renunciar a sua função repressiva (positivismo liberal). Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

⁹² NEVES, Castanheira. **Apontamentos Complementares de Teoria do Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Policopiado, 1998, p. 2.

Também destaca a proximidade do Funcionalismo Jurídico com o utilitarismo, teoria moral a qual defende que o moralmente correto é aquilo que realiza o prazer e a felicidade para a maior quantidade de pessoas possível⁹³.

Após destacar a existência de diversas correntes dentro do Funcionalismo Jurídico, tais como o realismo, a “*sociological jurisprudence*”, a análise econômica do Direito, o funcionalismo sistêmico, entre outras, Castanheira Neves nega tal escola afirmando que ela resulta em um total vazio de critérios normativos, ou mesmo que produz critérios inadequados para uma instituição como o Direito.

De maneira semelhante, Ronald Dworkin comenta sobre o que ele chama de Pragmatismo. Também relacionando com escolas como a análise econômica, o utilitarismo e o realismo, o autor destaca como principal característica dessa escola a defesa da tese de que as pessoas não possuem direitos a serem julgados. Na realidade, continua o autor, essa escola é fundamentada na tese de que, às vezes, os juízes agem “como se” as pessoas tivessem direitos. Assim, o autor explica o “Direito sem direitos”:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura(...)⁹⁴

Para rechaçar essa corrente, Dworkin propõe a sua tese do direito como integridade, em que, resumidamente, se buscam a realização de valores os quais serão fundamento de coerência e de validade do julgamento dos casos e de todo o ordenamento.

A outra corrente que Castanheira Neves⁹⁵ nega é o positivismo jurídico que, resumidamente, não é adequado para a prática do Direito por três motivos. O primeiro é que o Direito não é apenas a repetitiva reprodução do direito abstrato aplicado, ele é uma reconstitutiva realização prático-normativa segundo as exigências do caso concreto. O segundo é que o Direito não é só forma, mas intenção material, muito

⁹³ Idem, p. 3.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 195. Ou, no original: “Pragmatism is a skeptical conception of Law because it rejects genuine, nonstrategic legal rights. It does not reject morality, or even moral and political rights. It says that judges should follow whichever method of deciding cases will produce what they believe to be the best community for the future(...)” In: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 160.

⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 29.

menos a sua índole é apenas cognitivo-analítica e lógico-dedutiva, sendo, de fato, normativo-teleologicamente constitutiva. O último motivo é que o Direito não se confunde com a lei. Muito menos ele será a última instância de assimilação dos critérios necessários à adequada realização casuística. Os critérios surgirão a partir da relação dialógica entre o sistema e o problema concreto dentro dos princípios adequados determinantes dos limites da atuação judicativa.

Dworkin classifica a teoria de Herbert Hart, juntamente com a de John Austin e outros juristas, como uma escola mais abrangente chamada Convencionalismo. De forma simples e direta, Dworkin explica que essa corrente defende a tese de que o direito depende de convenções sociais que toda comunidade complexa possui. Segunda a citada doutrina, tais convenções estabeleceriam temas essenciais das diversas instituições em uma comunidade. No caso do Direito, as convenções estabeleceriam quem poderia elaborar as leis e quem aplicaria. Assim, dentro dessa lógica, explica Dworkin⁹⁶: que “a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito”.

Sem buscar repetir os argumentos já levantados nesta abordagem mais abstrata do positivismo, chamado Convencionalismo, Dworkin defende que a tese central do convencionalismo é fraca, haja vista que dificulta a adaptação do direito a novas práticas sociais. De forma diferente, em um regime pragmatista, através do tempo, seria possível chegar a um certo grau de previsibilidade e, ainda, manter a atualização do direito às transformações sociais sem muitas traumas. Logo, aqui, no mínimo, conclui-se que o Pragmatismo é uma tese mais forte que o Convencionalismo, por mais que ambas sejam negadas.

Como finalização deste tópico, conclui-se que os diálogos que inconscientemente as teses expostas nos capítulos 1 e 2 tiveram não são pura coincidência. De fato, os projetos e as abordagens são semelhantes do ponto de vista teórico, haja vista que ambos defendem um posicionamento em que o Direito deve atuar de forma autônoma e fundamentada. Obviamente, as realidades paradigmáticas de aplicação são bem diferentes, mas é possível perceber que os projetos de análise e as doutrinas rejeitadas são semelhantes. Agora, serão apresentadas as semelhanças.

3.1.2 Proximidade de métodos

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 142. Ou, no original: “ (...) legal practice, properly understood, is a matter of respecting and enforcing these conventions, of treating their upshot, and nothing else, as law.” ” In: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 115.

Outro ponto importante de semelhança prática a se destacar é a proximidade de métodos propostos pelas teorias aqui analisadas. Castanheira Neves⁹⁷ comenta que o seu esquema metódico possui relação direta com as etapas da interpretação construtiva proposta por Ronald Dworkin.

Nesse sentido, o autor explica que, primeiramente, o momento da pré-interpretação, inserida no todo da interpretação construtiva dworkiniana, se equivale ao momento de escolha da norma dentro do seu esquema metódico. Em seguida, o momento chamado de interpretativo por Dworkin se equivale ao momento da estipulação da hipotética normatividade dos critérios jurídicos positivos dentro do âmbito do problema prático. E, por fim, o momento dworkiniano da pós-interpretação se equivale ao momento da satisfação das exigências do caso concreto (ou do problema) através de uma justeza normativa e judicativa.

Também há outra relação semelhante entre ambos os autores quando da relação dialética entre o problema e o sistema no caso de Castanheira Neves e na relação de “equilíbrio” a qual se refere Ronald Dworkin quando fala da relação entre a etapa interpretativa, de estipulação dos fundamentos da prática, e a etapa pós-interpretativa, de aplicação e correção da justificativa na prática.

Neste momento, concluir-se este tópico 3.1 dizendo, juntamente com Castanheira Neves, que “a convergência termina aqui”⁹⁸. Na realidade, pode-se dizer que os autores analisados pertencem à mesma corrente e com projetos semelhantes e esquemas equivalentes. Todavia, faz parte dos objetivos deste trabalho analisar também as divergências e as críticas feitas por Castanheira Neves. Isso será feito no próximo tópico, logo após um rápido esclarecimento considerado necessário pelo autor sobre a teoria dworkiniana.

3.2 Divergências: Críticas de Castanheira Neves à “right thesis”

Castanheira Neves afasta a teoria dworkiniana de tal maneira a não considerá-la adequada para a adequada resolução do atual problema jurídico, fundamentando sua posição. Mesmo assim, ele ressalta que, para que essa crítica seja bem fundada, é necessário fazer um esclarecimento inicial com o objetivo de adequação da teoria aos pressupostos necessários e, nem sempre, adequadamente reconhecidos. Após esse

⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Excurso: Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In: **O actual problema metodológico**. Da interpretação jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 365.

⁹⁸ Ibidem, p. 366.

esclarecimento, poderão ser expostos de maneira coerente e adequada as críticas à Dworkin.

3.2.1 Um esclarecimento inicial

Segundo o autor, é comum aos estudiosos da obra de Dworkin chegar à conclusão de que sua obra é eminentemente hermenêutica. Essa tese não é completamente equivocada.

Não é absurdo relacionar teses como a do romance em cadeia, ou a da resposta correta com a hermenêutica, tendo em vista que a limitação feita pela “tradição” ou “pré-compreensão” ao intérprete em Gadamer, ou pela “história institucional” ao juiz em Dworkin são formas de limitação do arbítrio do juiz no momento da compreensão/interpretação do texto literário ou do texto da norma. No mesmo sentido, a necessidade de continuidade do juiz na metáfora da decisão judicial como “romance em cadeia” em Dworkin e a tese da “fusão de horizontes”⁹⁹ do texto e do intérprete em Gadamer também são semelhantes, até porque mostram a importância da continuidade e do respeito à história da comunidade em que a prática está inserida, sem, entretanto, fechar a possibilidade de sua correção.

Todavia, caracterizar o pensamento de Dworkin apenas no aspecto hermenêutico, para Castanheira Neves:

(...) deixaria inconsiderado, que ocultaria mesmo o fundamental sentido normativo desse pensamento, que não cura apenas de um sentido direito de compreender e determinar histórico-culturalmente, mas de uma validade normativa, aferida por valores, direitos e princípios, que convoca o seu reconhecimento e o seu cumprimento decisoriamente concretos.¹⁰⁰

Dessa forma, busca ser explicado que Dworkin não busca apenas a correta compreensão de sentidos, mas também assumir uma postura crítica e analítica sobre a concretização desse sentido no mundo prático.

Concordando com Castanheira Neves, é possível extrair momentos da obra de Dworkin em que expressamente ele demonstra preocupação com uma correta aplicação do sentido jurídico em casos práticos. Por exemplo, quando ele comenta sobre as opiniões do juiz Hércules sobre determinado caso:

⁹⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 39.

¹⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Excurso: Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In: **O actual problema metodológico**. Da interpretação jurídica – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 365.

Suas opiniões sobre a adequação se irradiam a partir do caso concreto que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos. Ele pergunta quais interpretações de sua lista inicial se ajustam aos casos de danos morais do passado, depois quais se ajustam aos casos de dano acidental à pessoa em termos mais gerais e, em seguida, quais se ajustam aos prejuízos a interesses econômicos e, assim por diante, até encontrar em áreas cada vez mais distantes do caso *Mc Loughlin* original.¹⁰¹

Nesse trecho, é possível perceber a importância do caso concreto no conceito de integridade de Dworkin. A resolução adequada do caso concreto possui papel prioritário no método. Em seguida, analisa-se o ajuste do caso específico com outros naturalmente semelhantes e, posteriormente, enfrenta-se temas mais gerais e abstratos, mas tudo em torno do caso concreto como se fossem círculos concêntricos.

Outro momento em que é expressamente destacada a importância do caso concreto na obra de Dworkin é no momento em que ele tece comentários sobre o seu método de análise de casos concretos na obra *O Domínio da Vida*, em que o autor explica como é a sua “filosofia de dentro para fora”:

Quando raciocinamos de fora para dentro, uma questão prática deve vasculhar nas prateleiras das teorias já prontas para ver qual delas formula, e tenta responder, as perguntas que melhor se ajustam às suas dimensões. Quando raciocinamos de dentro para fora, as teorias são feitas sob encomenda, tendo em vista uma circunstância ou ocasião específica - sob medida, e não *prêt-à-porter*.¹⁰²

Neste trecho, Dworkin demonstra, novamente, a sua preferência pela análise prioritária do caso concreto. E, a partir das questões levantadas por ele, buscar elementos nas teorias. Assim, ele busca uma teoria feita “sob medida” e não uma “*prêt-à-porter*”.

Com esses elementos, concorda-se com o esclarecimento de Castanheira Neves, no sentido de afirmar que Dworkin não busca apenas adequar-se a uma correta e adequada compreensão, mas também a uma adequada aplicação centrada prioritariamente no caso concreto. Assim, a partir deste paradigma, de aplicação da correta interpretação ao caso concreto, serão desenvolvidas as críticas a seguir.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 300. Ou, no original: “ His judgments of fit expand out from the immediate case before him in a series of concentric circles. He asks which interpretations on his initial list fit past emotional injury cases, then which ones fit cases of accidental damages to the person more generally, then which fit damages to economic interests, and so on into areas each further from the original *Mc Loughlin* issue.” In: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986, p. 250.

¹⁰² Idem. **O Domínio da vida**. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 39.

3.2.2 A integridade é atraente? O ajuste à prática como fundamento último do Direito

O entendimento do Jurisprudencialismo segundo Castanheira Neves, como foi visto, nunca foi voltado exclusivamente para o âmbito normativo-hermenêutico ou para o casuístico. A relação dialética entre o sistema e o problema é um dos pontos principais de sua teoria e foi expressamente explicada no seu esquema metódico dessa relação. Todavia, quando se fala sobre o critério último de importância para uma adequada realização do Direito, o autor defende que a normatividade prático-jurídica solicitada pelo sistema deve ser realizada “pela *problematicidade concreta do caso decidendo e que seja normativo-materialmente adequada à sua solução judicativa*”¹⁰³. Isso significa dizer que as exigências do sistema devem ser realizadas no caso concreto, sem nenhum tipo de referência a adequações a outros casos ou a qualquer tipo de ajuste que vá além do restritamente requisitado pelo caso específico em questão.

Dessa forma, o autor busca superar o entendimento de que o problema jurídico pode ser resolvido apenas através da busca por um sentido adequado. Como proposta, Castanheira inclui a necessidade de adequação do sentido especificamente ao caso concreto. Qualquer tipo de ajuste do caso concreto a outro critério geral que sirva de referência fora de suas exigências específicas, torna-se um retrocesso digno de recusa.

Dentro desse contexto, a crítica feita à Dworkin volta-se especificamente ao seu método de avaliação das teorias. Quando este autor coloca em questão as correntes pragmáticas e convencionalistas, ele as utiliza como justificação de uma prática cultural já estabelecida. Ao fazer isso, ele desenvolve as limitações e incongruências de cada uma e elege a melhor. No caso, a sua proposta está no conceito de direito como integridade. Como dito no tópico 2.4, este conceito entende o Direito como um todo integrado e, além disso, este todo necessita de uma consideração da comunidade política em que está inserido como uma personalidade moral e responsável. Com isso, ele procura negar o estrito casuísmo e as incongruências de se aceitar critérios diferentes para casos semelhantes. Assim, Dworkin considera a integridade atraente por se adequar à prática existente, sem deixar de criticá-la.

A crítica de Castanheira Neves está necessariamente na utilização de critérios que o caso específico não exige dentro da construção de uma validade material.

De forma específica, pode-se entender essa crítica como uma consideração da justiça no problema como último critério passível de preocupação por um julgador. A

¹⁰³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 144.

consequência disso não é a desconsideração do sistema na relação dialética com o problema. De fato, teoricamente o que ocorre é que o sistema, dentro do Jurisprudencialismo, passa a não ser influenciado pelo problema de maneira a refletir o utilizado em um caso passado em outro futuro. Ou melhor, o sistema transforma-se de maneira a resolver cada caso novo de maneira individual de tal maneira a largar-se de critérios desenvolvidos anteriormente caso não se conforme ao caso presente na realização da justiça material.

Quando analisa-se a teoria dworkiniana por essas lentes, não é absurdo concluir a sua incongruência. Isso porque o conceito de direito como integridade, desde o nome, é desenvolvido a buscar uma integração normativa tanto de sistema e problema de tal maneira a nunca esquecer a relação com outros casos julgados anteriormente e também os casos que ainda virão. Sem esquecer que os fundamentos e os critérios poderão ser melhorados no sentido de fundamentar da melhor maneira a prática social. De forma expressa, Castanheira Neves destaca:

Não se trata, pois, apenas de integrar a decisão concreta no todo da ordem e da prática jurídicas e de concretamente as compreender na coerência dessa integração, trata-se antes de dar uma solução normativo-juridicamente <justa> (com justiça prático-normativa) ao caso concreto mediante um juízo que mobilize adequadamente, ou segundo as exigências daquela justiça, a normatividade jurídica com o seu critério específico. E é relativamente a esta última questão que se terá decerto de pensar o problema da interpretação jurídica.¹⁰⁴

Portanto, mesmo que dentro de um projeto específico semelhante, em que se busca negar positivismos e procedimentalismos, dentro de um contexto de defesa da autonomia do direito em suas funções específicas de defesa da dignidade humana e da igualdade política, há uma diferença essencial entre as teses do Jurisprudencialismo e da Tese dos direitos.

3.3 Nosso posicionamento sobre as críticas de Castanheira Neves à de Ronald Dworkin

Dentro do ponto de vista jurisprudencialista, a crítica à tese de Dworkin possui coerência. Além disso, a busca pela realização da justiça no caso concreto é um objetivo nobre e se conforma com o problema vivido atualmente na realidade filosófica jurídica. Todavia não se foge ao papel de nos posicionar sobre essa questão, que tanto já nos envolveu. Para tanto, buscar-se-á sempre fundamentar nossos posicionamentos, objetivando não transparecer que este é um caso cabível de discricionariedade teórica. Contudo, antes, ainda é necessário alguns esclarecimentos.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 443.

Tratar do fenômeno jurídico é, de forma indireta, tratar do ser humano. E este, assim como o Direito, possui uma natureza individual e comunitária. A convivência entre esses dois âmbitos, indivíduo e grupo determinam a realidade de compartição de liberdades que é o Direito. Nesse sentido destaca Arnaldo Vasconcelos:

Livre, o homem pertence ao mesmo tempo a dois planos distintos, que não de compor, para que possa realizar seus fins. Como ser individual, é-para-si; na qualidade de ser social, é-para-o-outro. Existir implica coexistir, ou seja, limitação recíproca de liberdade. O modo dessa compartição é dado através de normas. Sociabilidade e normatividade constituem termos essencialmente comprometidos, de implicação mútua. Nesse sentido, também, a vida do homem é sua obra, sua norma.¹⁰⁵

Assim, buscando sempre preservar o maior âmbito possível de liberdades dentro de uma teoria que não nega a natureza metafísica da atual questão jurídica, buscar-se-á fundamentar o posicionamento sobre a questão em destaque. Mas a aceitação da metafísica não significa a negação do aspecto cultural do problema jurídico. Isso porque o Direito é visto como um objeto cultural. Por isso, como todo objeto cultural, o Direito tem referência a um valor específico, muito embora a realização desse valor possa ter deturpações. Assim, explica Glauco Barreira, relacionando com a Justiça e com o Direito Natural:

A estrutura causal dos fenômenos naturais fundamenta a noção de verdade das ciências empíricas. No Direito Positivo, a Justiça, que aparece como seu *telos* orientador, deriva seus princípios da estrutura ética da natureza humana, daí a menção a um Direito Natural.¹⁰⁶

Dessa forma, entende-se que quanto mais o Direito, como objeto cultural, se adéqua à realização da Justiça (ou Direito Natural), seu valor subjacente, melhor ele é. Portanto, a Justiça (ou o Direito Natural) é critério de avaliação e orientação do Direito ao seu caminho adequado.

Essa consideração do Direito como objeto cultural, sendo, logo, instrumento de realização da Justiça se encaixa perfeitamente à sua necessidade de realização prática. Daí, a relação entre os critérios necessários para a resolução dos problemas práticos e o caso em si ser dialética, tal como um *pêndulo*. Esse pêndulo vai, dentro de uma perspectiva hermenêutica, buscar uma relação incessante entre o sistema e o problema, de tal maneira a objetivar uma sintonia entre o método sistemático e o aporético. Assim, explica Raimundo Bezerra Falcão dentro de sua hermenêutica totalizante:

¹⁰⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma Jurídica**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

¹⁰⁶ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Rideel, 2006, p. 39.

A Hermenêutica total infundirá no intérprete o hábito de combinar o *pensamento sistemático e eidético* com o *pensamento tópico e aporético*, assegurando, com o primeiro, elevado grau de manutenção de uniformidade no todo e, com o segundo, a atenção necessária à concretude da situação fática que deseja solucionar. Disso resultará, por certo, estabilidade na evolução. A dosagem correta entre o sistêmico e o tópico será conseguida com ênfase para o sistêmico no tocante aos aspectos formais e genéricos, mas com preponderância do tópico quanto aos aspectos relativos à matéria do caso concreto. Isso é o que chamamos *critério dos pêndulos hermenêuticos*.¹⁰⁷

Uma conjugação da parte e do todo é essencial para a resolução do problema da manutenção do maior grau de liberdade para o ser humano.

Isso não significa dizer que o sistema será o parâmetro para a realização no problema de tal forma a moldar o problema ao sistema. Na verdade, dentro de uma hermenêutica total, o que acontecerá é uma moldagem da norma ao fato. Isso significa reconhecer o papel central do fato, do problema, sem esquecer a importância do sistema. Assim explica Raimundo Bezerra Falcão:

A Hermenêutica não se iludirá apenas com a mecânica de enquadrar o fato na norma. Procurará também amoldar a norma ao fato, dobrando aquela perante este, com sentimento de equidade. É o *princípio da amoldagem da norma ao fato*. Essa providência não neutraliza a estabilidade mínima indispensável, pois, de qualquer forma, o alicerce lá está: a norma, que o é não somente na rigidez da sua linguagem “física”, porém principalmente em sua comunicabilidade de sentido.¹⁰⁸

Detalhando ainda mais esse âmbito, destaca-se que o pensamento sistemático e eidético é baseado em princípios para a busca de critérios adequados e justos, assim como o pensamento aporético e tópico é voltado para problemas. Esses problemas, logo, só são passíveis de resolução dentro do âmbito principiológico determinado no método sistemático. Tudo isso, sem esquecer-se da importância que possui a Ética na realização do Direito, tendo em vista a negação de absurdos lógicos passíveis em um ambiente sem controle corretivo material hermenêutico. Sobre isso, comenta Glauco Barreira:

O raciocínio jurídico deve atuar no mundo concreto, procurar as razões de congruência, assim como correção ética e eficácia dos meios. A razão jurídica é a razão vital e não a físico-matemática. Dentro dessa nova compreensão do raciocínio jurídico é que o juiz pode ser o concretizador dos princípios constitucionais, descobrindo a fertilidade do Direito pela hermenêutica.¹⁰⁹

Importante ressaltar que o conceito de hermenêutica não é utilizado aqui no mesmo sentido que Castanheira Neves utiliza, ou seja, apenas como a busca por uma

¹⁰⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 256.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.257.

¹⁰⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A essência do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Rideel, 2006, p. 54.

teoria de uma correta interpretação. Tanto Raimundo Bezerra Falcão, como Glauco Barreira utilizam um conceito de hermenêutica *lato sensu*, em que é reconhecido o âmbito problemático e concreto da realização do Direito.

Tudo isso dentro de um contexto de proteção e desenvolvimento dos valores da liberdade, da igualdade e da democracia, três valores sob os quais se fundamenta qualquer democracia moderna. Tal como explica Hugo Segundo:

E, além disso, a preservação da liberdade e da igualdade, em um regime, é a fórmula para que se promova, da melhor maneira possível, a dignidade da pessoa humana, entendida de modo a significar que todo ser humano tem potencialidades que não podem ser desperdiçadas, e que todo ser humano tem a responsabilidade de escolher como aproveitar ou desenvolver suas potencialidades(...)¹¹⁰

Agora, após esses esclarecimentos sobre os fundamentos a partir dos quais serão desenvolvidos os posicionamentos, considera-se necessário especificar, mesmo que de forma rápida, a natureza desse “ajuste” o qual Castanheira Neves concentra a sua crítica.

Como foi dito no início do capítulo 2, esta abordagem da teoria de Dworkin está limitada ao seu confronto com as teses de Herbert Hart. Foi feito isso porque considera-se uma escolha adequada devido os limites deste trabalho e a extensão da obra do autor. Ainda considerando as justificativas para esse método, também é utilizado porque considera-se que ele é eficaz para o entendimento da natureza do que seria esse “ajuste” à prática.

Herbert Hart entende que o Direito possui limites e, ao ultrapassar esses limites, o julgador não possuiria critérios jurídicos para decidir. Esse caso, normalmente chamado de *hard case*, fundamentaria o uso da discricionariedade (em sentido forte) pelo juiz, ou seja, o julgado teria o poder de decidir segundo outros critérios, sejam morais, políticos ou sociais. Após criticar de forma veemente essa tese, Dworkin propõe que os princípios são uma forma abstrata para se fundamentar a decisão judicial em um *hard case* ainda dentro de uma perspectiva jurídica. Mas apenas os princípios, para Dworkin, não são instrumentos que estão para o juiz como instrumento para decidir ao seu arbítrio. Eles são importantes porque fundamentam o que já está construído no ordenamento jurídico e na prática social. Assim, a partir deles, deve-se decidir um *hard case* sem desconsiderar outros casos passados e futuros dentro do sistema jurídico e da prática, ou seja, deve-se decidir com integridade.

¹¹⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: ATLAS, 2010, p. 158.

Nesse contexto, a dimensão do “ajuste” surge da seguinte maneira. Em contraposição à tese hartiana a qual em novos casos não há critérios para-se decidir, Dworkin propõe que as práticas as quais já foi utilizado na comunidade normalmente são critérios adequados e importantes. Assim, quando se está perante um caso novo não se deve buscar, de forma abstrata, apenas os sentidos possíveis em uma textura aberta e decidir discricionariamente qual deles é o melhor. Segundo Dworkin, os signos ou textos são apenas expressões de uma determinada prática social que já existe e não deve ser desconsiderada em nenhum momento. Portanto, mesmo que não exista expressamente uma resposta a uma questão jurídica específica, essa questão está inserida em uma prática cultural densa, dentro da qual essa questão deve ser resolvida. Aliás, dentro da prática, como expresso no item 2.3, é que se pode encontrar uma resposta (correta) para o caso. Sobre esse tema, explica Stephen Guest, dando exemplos sobre os termos “democracia”, “direito”, “igualdade” e “liberdade”:

Contudo, como podemos dizer que uma estrutura social equivale a “direito” ou “democracia”, a menos que já tenhamos alguma percepção do que são esses conceitos? Isto é, embora a proposta original pareça ser livre e criativa, talvez por já estar imbuída de visões geralmente aceitas a respeito de “direito” e “democracia”, “liberdade” e “igualdade”, a análise adequada dessas ideias *deve* estar ligada a práticas gerais da fala e do pensamento. (...) (Do contrário, diz, Dworkin, sucumbimos ao “tormento semântico”)¹¹¹

Portanto, não há um poder discricionário (em sentido forte) para se decidir qualquer caso jurídico. Para tanto é preciso observar que só há uma resposta adequada se for considerado o problema em um meio maior, uma prática cultural que dê sentido e importância a esse caso. Assim, este “ajuste” nada mais é do que uma exigência de integridade, de consideração do problema em um meio maior que lhe envolva.

Após essas observações, considera-se o momento adequado para o nosso posicionamento.

A questão teórica que envolve como último fundamento o contraponto entre a realização ao máximo da Justiça no caso concreto, ou, abrindo mão em parte da Justiça, relacionar o caso específico com um todo sistemático é, em parte, vazia. Isso porque o problema só pode ser resolvido dentro de um âmbito principiológico. Não há motivo para se analisar o caso específico de forma separada do todo normativo que está ao seu redor. Isso porque o caso só se torna importante se estiver relacionado em uma prática cultural circundante. Assim, não há que se considerar a oposição entre parte e todo,

¹¹¹ GUEST, Stephen. Introdução à edição brasileira. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.3.

tendo em vista que a parte só é importante quando relacionada com o todo e o papel do todo é a dignificação das partes. Essa relação essencial entre parte e todo deve ser considerada em todos os momentos da realização jurídica, inclusive em seu último fundamento.

É possível perceber no Jurisprudencialismo de Castanheira Neves (especificamente no tópico 1.3, em que foi tratado sobre o esquema metódico) um destaque da relação entre parte e todo, em que o caso só é passível de resolução dentro dos limites principiológicos do sistema. Da mesma maneira em Dworkin, especificamente em seu conceito de Direito como integridade. Contudo, quando Castanheira Neves critica a Tese dos direitos de Dworkin especificamente na consideração do caso concreto em seu último fundamento com o todo normativo, considera-se que tais críticas são inadequadas.

Entende-se dessa forma tendo em vista que, ao considerar como último fundamento a realização da justiça especificamente no caso concreto, Castanheira Neves dá a entender que há uma dicotomia, uma separação essencial entre o sistema e o problema, entre a parte e o todo. O que é um erro. Em todos os momentos da realização do Direito é necessário considerar ambas as dimensões da questão metodológica jurídica, inclusive no seu último fundamento. Desconsiderar a parte em relação ao todo no momento mais importe, em seu último fundamento, também pode resultar em grandes violações á dignidade humana, já que o ser humano só atinge a amplitude de sua natureza em comunidade, em relação com o todo. Da mesma forma, o objetivo do todo é a proteção e a promoção da dignidade das partes. Sobre isso, ensina o Raimundo Bezerra Falcão:

A parte não perde sua dignidade por estar no todo. Este deve ser para ela mais escudo do que prisão. Mais oportunamente de estar bem, no bem-estar proporcionado pelo feixe de apoios dados pelo grupo, do que ameaça de ser esmagada por ele. Mais espaço de auto-realização do homem como indivíduo do que condensação impeditiva de que seja descoberto em sua grandeza. O todo é espaço para a ascensão do indivíduo humano, e não vazio para a sua queda. A parte não se avilta nem se humilha por integrar o todo, desde que não se permita que o todo, ao invés de servir para a sua contemplação individual, reduza-a a simples e anômalo enchimento. Assim, desonrada, não haveria mais parte, porém conteúdo. Matéria.¹¹²

Logo, considera-se que em todos os momentos da realização do Direito é necessário ressaltar e considerar a relação essencial entre parte e todo, de tal maneira que qualquer fuga disso resulta em um erro metodológico.

¹¹² FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 207.

Conclusão

A partir do que foi debatido até aqui, pode-se concluir, de forma sintetizada, que:

1. Uma postura antropofágica no Direito não nega o diálogo com doutrinas estrangeiras. A antropofagia jurídica é uma postura que, mesmo merecendo ser desenvolvida, defende que o diálogo deve ser tratado de maneira a adaptar-se a problemas brasileiros específicos, além de adequarem-se ao modelo normativo-constitucional brasileiro.
2. O Jurisprudencialismo de Castanheira Neves, a partir da dialeticidade entre o sistema e o problema, busca servir como alternativa a um modelo puramente procedimentalista ou positivista. A principal proposta é buscar superar as diferenças entre a hermenêutica e a tópica, especificamente tendendo para o lado da concretização prática de princípios jurídicos previamente estabelecidos.
3. A Tese dos direitos de Ronald Dworkin, a partir da perspectiva utilizada neste trabalho de confronto com a tese positivista de Herbert Hart, busca superar a existência de um poder discricionário forte, baseando seu objetivo na construção de uma teoria que seja viável para a defesa dos direitos dos cidadãos contra utilitarismos. Dessa forma, quando ele desenvolve teses como a da única resposta correta ou a do juiz Hércules, ele não defende a possibilidade de perfeição na realização do Direito. Na verdade, essas teses são modelos de avaliação da atividade judicial, que podem ser usadas pelos próprios julgadores, assim como no controle democrático das suas atividades.

4. A busca por uma conciliação entre a tópica e a hermenêutica é um objetivo presente tanto na obra de Castanheira Neves, como na obra de Ronald Dworkin. Por mais que muitos comentadores não reconheçam essa postura, ela se destaca no conceito de direito como integridade do segundo autor. Da mesma forma, ambos negam o realismo, o procedimentalismo e o positivismo como alternativas viáveis a resolver a atual problemática situação jurídica.
5. As críticas produzidas por Castanheira Neves à Ronald Dworkin são especificamente voltadas à tese sobre o último fundamento da resolução de um caso jurídico. Enquanto o primeiro autor defende que os critérios são voltados apenas às necessidades do caso concreto especificamente considerado, o segundo autor defende que o caso concreto deve ser analisado em relação integrada com outros casos pertinentes naquela situação concreta.
6. Dentro de uma concepção do Direito como objeto cultural, em que ele deve realizar ao máximo o seu valor fundamental (a Justiça), defende-se, dentro da tese da inafastabilidade do todo de Raimundo Bezerra Falcão, que o todo integrante deve ser levado em consideração em todos os momentos na realização jurídica, inclusive em seu último fundamento. Portanto, não se concorda com as críticas produzidas por Castanheira Neves a Ronald Dworkin.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.

ANDRADE, Oswald de. O manifesto antropófago. In: TELES, Gilberto Mendonça. **Vanguarda europeia e modernismo brasileiro: apresentação e crítica dos principais manifestos vanguardistas** .3ª ed. Petrópolis: Vozes; Brasília: INL, 1976. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cdrom/oandrade/oandrade.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2013.

ASSIS, Machado de. Dom Casmurro. In: **Obras Completas de Machado de Assis**. vol. I. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. Publicado originalmente pela Editora Garnier, Rio de Janeiro, 1899.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 9ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRONZE, Fernando José Pinto. **Analogias**. Editora Coimbra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “El concepto de integridad en Dworkin”. **Doxa**. N. 12 (1992). Pág. 171. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10728>>.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão-de-facto-Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Ensaio de uma reposição crítica. Tomo I: a crise. Coimbra: Almedina, 1967.

_____. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

_____. **Digesta. Vol.I. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia.** Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

_____. **Digesta. Vol.II. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia.** Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

_____. **Digesta. Vol.III. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia.** Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

_____. **Apontamentos complementares de Teoria do Direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1998.

_____. **A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia.** Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

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

_____. "Natural" Law Revisited. In: **University of Florida Law Review.** Volume XXXIV. Number 2. Miami, 1982.

_____. **Law's Empire.** Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986.

_____. **The Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution.** Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. The interview archive. **BBC,** Player Radio, 25 jan. 2010. Entrevista concedida a Owen Bennett Jones. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/programmes/p005vc49>.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2011.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Second Edition. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997.

HART, Herbert. **The Concept of Law.** 2º Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. Herbert. Entrevista a . H. L. A. Hart. **Doxa**, Alicante, n. 5, p 347, 1998. Entrevista concedida a Juan Ramón de Páramo Arqueles.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: ATLAS, 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**, 3ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **A essência do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Rideel, 2006.

MILL, Stuart. Utilitarianism. In: **Utilitarianism and On Liberty** Including Mill's 'Essay on Bentham' and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin. Malden, Oxford, Melbourne, Berlin :Blackwell Publishing Ltd, 2003.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Abril, 1979. (Coleção "Os Pensadores").

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: Fa7 Editora, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma Jurídica**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo)