

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

LUÍSA GIULIANI BERNST

**LEITURA MORAL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO?
UM DIÁLOGO ENTRE RONALD DWORKIN E LENIO STRECK**

São Leopoldo

2024

LUÍSA GIULIANI BERNST

LEITURA MORAL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO?

Um diálogo entre Ronald Dworkin e Lenio Streck

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutora em
direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: direito Público

Orientador: Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2024

B531L Bernsts, Luísa Giuliani.
Leitura moral da Crítica Hermenêutica do Direito? Um diálogo entre Ronald Dworkin e Lenio Streck / Luísa Giuliani Bernsts. – 2024.
257 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.
“Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck”

1. Crítica hermenêutica do direito. 2. Interpretativismo.
3. Substancialismo. I. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Silvana Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**A LEITURA MORAL DA CHD: Teoria do direito e as questões substantivas de justiça**” elaborada pelo doutorando **Luísa Giuliani Bernsts**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de outubro de 2024.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Ziel Ferreira Lopes _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Gilberto Morbach _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Francisco José Borges Motta _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto _____ *Participação por Webconferência*

Em memória de Ilca Marisa de Oliveira Giuliani

AGRADECIMENTO À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 por meio do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX).

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi escrito em meio a uma fase da minha vida marcada pela perda de muitas referências. Ironicamente, a busca por sustentar o combate ao ceticismo baseado na premissa de que a (melhor) interpretação de uma prática está atrelada ao seu valor – o qual decorre de uma análise do objeto sob a sua melhor luz –, se estruturou em um momento de muita descrença e escuridão. Acredito sinceramente que a teoria do valor sugere uma maneira de se viver, mas como continuar sendo ouriço quando a vida se mostra tão pouco maravilhosa?

Dworkin inicia a obra *Justiça para ouriços* com essa passagem: “as verdades do bem viver, do ser bom e de tudo o que há de maravilhoso não apenas são coerentes entre si como também se reforçam mutuamente: o que pensamos sobre cada uma dessas coisas tem de resistir, no fim, a qualquer argumento referente às demais que nos pareça convincente. Vou tentar ilustrar pelo menos a unidade dos valores éticos e morais: apresento uma teoria do bem viver e do que precisamos fazer para as outras pessoas e do que não podemos fazer com elas se quisermos viver bem”.

A estruturação de uma teoria do bem viver, a partir da proposta de Dworkin, orienta nossa interpretação dos conceitos morais. E, ainda que o fundamento primeiro desta concepção – a partir dos princípios do respeito por si mesmo e da autenticidade – se desenvolva segundo uma compreensão independente da validação “externa” do ideal de vida digna, não posso deixar de observar que a afirmação de que “o valor existe independentemente da nossa vontade e do nosso poder”, só voltou a fazer sentido pelo suporte que encontrei “nos outros”.

Agradeço, portanto, aos tantos outros que, pelas suas atitudes, me proporcionaram o apoio para seguir em frente e continuar acreditando na existência e na força do “valor”. Em especial agradeço aos meus pais Mauro e Maria Cristina, que nunca mediram esforços para que eu chegasse até aqui e que, mesmo diante dos erros que cometi na minha trajetória, me apoiaram para que eu me (re)construísse todas as vezes; à minha analista Carime, que vem me ajudando nos últimos oito anos na duríssima tarefa de levar a sério um processo (auto) analítico; aos meus amigos de vida e de academia, que estiveram ao meu lado nos bons e maus momentos (aos quais presto homenagem mencionando o Luis Rosenfield, o Adriano Lepper e o Vinicius Melo) e aos meus colegas de pesquisa e amigos (Bianca Roso, Vinicius

Quarelli, Victor Rebello, Matheus Alves, Leonardo Longen, Clarissa Tassinari, Francisco Campis).

Expandi meu mundo e linguagem com a ajuda de algumas pessoas que passaram na minha vida no decorrer dos dez anos desde que entrei na iniciação científica em Passo Fundo. Neste momento, no entanto, não posso deixar de mencionar Luã Jung, com quem, nos últimos três anos, dividi todas as angústias que decorrem de um “gestar”. A parceria, encantamento e admiração que senti por ele estão refletidos neste trabalho (especialmente na primeira parte). A superação da ausência daquilo que morre sem existir no outro e, portanto, não se realiza de fato, por outro lado, me impôs a independência que busquei sustentar no restante da tese.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Lenio Streck, cuja generosidade me proporcionou “gerenciar” o Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, experiência que me ensinou muito sobre a vida e, por sorte, trouxe muitos amigos; e, também, aos meus avaliadores pelos quais nutro enorme admiração em razão da dedicação e seriedade com que conduzem suas pesquisas e um carinho imenso pela importância dos incentivos recebidos para seguir em frente.

Discernir a felicidade possível em seu sentido moderado é um problema da economia libidinal do indivíduo. Sobre este ponto não existe conselho válido a todos; cada um tem que examinar por si mesmo a maneira que pode alcançar a felicidade celeste

Sigmund Freud

RESUMO

O enfrentamento da abordagem da teoria jurídica a partir de um pressuposto de neutralidade metodológica deixou de ser a premissa que conduz à melhor maneira de compreender a filosofia do direito contemporânea. Qualquer teoria nesse sentido deve preocupar-se, portanto, em definir o conceito de direito ao qual se relaciona. Diante dessa imposição, o argumento de Ronald Dworkin em favor de sua teoria interpretativista é desenvolvido com base em um holismo (tese da unidade do valor) acerca de nossas concepções jurídicas, políticas e morais, no sentido destas se fortalecerem mutuamente e apontarem para a interpretação mais íntegra e coerente e, por conseguinte, mais adequada ao conceito de Estado de direito. O propósito deste trabalho é apresentar, a partir do método fenomenológico-hermenêutico, o diálogo entre as teorias Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, e o interpretativismo dworkiniano que, mesmo compartilhando alguns pressupostos, diante das premissas epistemológicas adotadas pelos autores, acabará implicando em diferenças que serão em alguma medida irreconciliáveis, sob pena de descaracterização das duas propostas.

Palavras-chave: Interpretativismo; Crítica Hermenêutica do Direito; Substancialismo;

ABSTRACT

The confrontation with the approach of legal theory based on an assumption of methodological neutrality is no longer the premise that leads to the best way to understand contemporary philosophy of law. Any theory in this regard must, therefore, concern itself with defining the concept of law to which it relates. In light of this requirement, Ronald Dworkin's argument in favor of his interpretivist theory is developed based on a holism (the unity of value thesis) regarding our legal, political, and moral conceptions, in the sense that these mutually strengthen one another and point toward the most integral and coherent, and therefore most adequate, interpretation of the concept of the rule of law. The purpose of this work is to present, through the phenomenological-hermeneutic method, the dialogue between the Critical Hermeneutics of Law theory, by Lenio Streck, and Dworkin's interpretivism which, despite sharing some assumptions, due to the epistemological premises adopted by the authors, will ultimately involve differences that will be, to some extent, irreconcilable, at the risk of distorting both proposals.

Keywords: Interpretivism; Hermeneutic Critical of Law; Substantialism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA.....	20
2.1. GENEALOGIA DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	21
2.2. POSITIVISMO JURÍDICO E DISCRICIONARIEDADE.....	28
2.3. DIÁLOGOS (NEO)CONSTITUCIONAIS.....	36
2.4. APORTES DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO PARA UMA TEORIA VERDADEIRAMENTE PÓS-POSITIVISTA.....	53
3. O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO.....	63
3.1. O GRANDE ATAQUE AO POSITIVISMO JURÍDICO	64
3.2. A CRÍTICA AO CETICISMO: PEDRA ANGULAR DO INTERPRETATIVISMO	79
3.3. O ANTIARQUIMEDIANISMO: DESCONSTRUÇÃO DA TEORIA METAÉTICA	89
3.4. DIREITO E MORAL: INTERPRETAÇÃO VALOR E VERDADE.....	100
4. O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO	109
4.1. LIBERALISMO POLÍTICO ENTRE A ÉTICA E A MORAL	110
4.2. O LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE RONALD DWORKIN	130
4.2.1. O valor da igualdade.....	136
4.2.2. A relação entre liberdade e igualdade	144
4.2.3. A relação entre igualdade e fraternidade (democracia).....	151
4.3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	163
5. A LEITURA MORAL DA TEORIA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	182
5.1. RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO É ANTROPOFÁGICA.....	183
5.2. SUBSTANCIALISMO: A CRÍTICA HERMENÊUTICA É, ANTES, PAU-BRASIL	207
6. CONCLUSÃO.....	240
7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	244

1. INTRODUÇÃO

O conceito de justiça, como bem colocado por Rainer Forst, é, geralmente, simbolizado pela *Justitia*, de olhos vendados, com uma balança e uma espada nas mãos. Cada um desses elementos é uma parte daquilo que torna a justiça a virtude político-moral mais elevada, capaz de determinar a estrutura básica da sociedade. Os olhos vendados representam a imparcialidade, a espada a autoridade e a balança a ponderação¹. Contudo, ao mesmo tempo em que essa representação contribuiu para delimitar o contorno de alguma imagem da justiça, também penetrou no mais íntimo das práticas materiais da cultura, estruturas de comportamento emocional e funções de avaliação ética, condicionando sua percepção histórica e o seu atual sentido interpretativo².

Porque os símbolos possuem a capacidade de mostrar aquilo que não é sensível, a concepção de justiça se dá em função do eco que o sentimento de justo encontra nos símbolos que a rodeiam³. E, por isso, a velha representação da justiça já não é compatível com as questões de nosso tempo e pode ser pensada, por exemplo, a partir da perspectiva de uma teoria da justiça política e social moralmente fundamentada, ou seja, a partir de uma perspectiva que não é neutra. Ainda assim, as normas justas precisam ser ao mesmo tempo imanentes e transcendentais ao contexto, reivindicando validade para uma comunidade particular e suas autocompreensões e instituições, bem como fomentar um olhar moral crítico sobre as mesmas⁴.

Essa repaginação necessária, pode-se dizer, é produto de um ambiente construído após a Segunda Guerra Mundial, quando valores como a ideia de diálogo democrático, cooperação internacional, proteção dos direitos humanos, respeito à diversidade, valor moral de cada indivíduo e os limites impostos ao Estado, ganharam preponderância⁵. Tais questões, que passaram a ser enfrentadas pela teoria do direito

¹ FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 7.

² GONZÁLEZ, José Calvo. **La justicia como relato**. Málaga: Ágora, 2002. p. 14.

³ SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. In: **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

⁴ FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 8.

⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 37-38.

e pela filosofia política contemporânea, perpassam o tema da normatividade nas sociedades democráticas do Estado Democrático de direito.

O desenvolvimento de uma estrutura normativa de princípios que justifique uma determinada perspectiva acerca dos referidos arranjos institucionais vinculados à determinadas concepções de justiça é o ponto de partida de concepções antagônicas, seja no âmbito da filosofia política, seja no âmbito da teoria do direito. Em relação à primeira, vemos, contemporaneamente, o embate teórico entre concepções políticas concorrentes como aquele entre o liberalismo e o libertarianismo, ou entre liberais e comunitaristas. Tais concepções sobre a justiça formuladas no âmbito dessas teorias políticas permeiam a filosofia do direito, o que ocorre muitas vezes de maneira camuflada em razão dos esforços em apresentar o conceito de direito a partir de um pressuposto de neutralidade metodológica.

Nesse sentido se desenvolve a proposta de teoria da interpretação formulada por Ronald Dworkin que, com base na tese da unidade do valor decorrente do holismo acerca de nossas concepções jurídicas, políticas e morais, propõe que, dessa forma, por tais juízos se fortalecerem mutuamente, apontam para veracidade das proposições normativas. Ao aplicarmos este modelo, direito e moral tornam-se indissociáveis tanto na teoria, quando na prática, visto que decisões judiciais, mesmo que inspiradas por princípios jurídicos, ainda são decisões políticas⁶. Ocorre que, enquanto não são esclarecidos os princípios que sustentam determinadas interpretações, não existe certeza de que os argumentos sejam suficientes ou de que os princípios estejam sendo consistentemente aplicados como reforços do ideal democrático.

A interpretação do direito, nas lições de Dworkin, consiste então em compreendê-lo como um corpo de doutrina integrado e coerente cuja prática envolve uma questão não puramente interpretativa, mas interpretativa e associada a avaliações valorativas. Isso porque a melhor concepção de um conceito é aquela que melhor o justifica enquanto prática social normativa real, que mantém certa adequação com um conjunto de práticas socialmente compartilhadas as quais serve como medida ou paradigma. O próprio funcionamento dos princípios, nesse sentido, é um caso especialmente ilustrativo dessa natureza normativa e, portanto, argumentativa e interpretativa que, no âmbito do direito, evidencia a dependência da moral.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 138.

O processo de (re)conhecimento dos princípios que dão suporte a determinada concepção de direito é hermenêutico no sentido de buscar por aquilo que é compartilhado entre uma comunidade de intérpretes, apesar das diferenças históricas e culturais de cada tempo. E, também, interpretativo por assumir que “compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade”⁷. Tais princípios não resolvem os casos práticos, embora constituam a legitimidade da solução e suscitem que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito⁸, relacionando-se, portanto, não só com a legitimidade do direito como, de maneira prática, com a própria jurisdição constitucional.

Muitas vezes, no entanto, ao ser proposta uma revisão dos elementos valorativos que sustentam o conceito de direito e os princípios que os justificam, a partir da filosofia política, parece que se está abrindo espaço para o subjetivismo, o pragmatismo e o utilitarismo, permeados, nos termos de Dworkin, pelos argumentos de política que estabelecem padrões a serem alcançados⁹. Diante de uma realidade como a do Brasil, cuja representação do povo no ambiente legislativo sofre uma crise, o endosso de uma postura valorativa na interpretação parece tornar-se barganha política promovida pelo judiciário em face do natural processo de judicialização da política¹⁰. Se de um lado, a partir da facticidade, exsurtem reivindicações por reconhecimento e novos desafios à jurisdição constitucional, de outro está posta a necessidade de justificação atrelada à legitimidade da atuação do Estado que se desenvolve no âmbito teórico. Dessa forma, assumem ainda mais relevância as discussões teóricas acerca da forma como compreendemos o sentido do direito, bem como das implicações “práticas” que o emprego de determinados métodos de justificação opera na realização do ideal democrático.

Vale mencionar neste momento que, desde o mestrado, venho me ocupando de estudar este elemento político imposto pelo ideal democrático a partir de outro ponto de partida, quando propus uma releitura da teoria de Ronald Dworkin segundo as considerações feministas de Nancy Fraser acerca do nível político implícito nas

⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 17.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 598.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo Martins Fontes, 2010. p. 36.

¹⁰ BERNSTIS, Luísa. **Contrapúblicos interpretativos**: Uma provocação feminista às respostas corretas em direito. Salvador: Juspodvim, 2022.

reivindicações por representação de minorias estigmatizadas. Sustentei tal leitura e o desenvolvimento do conceito de contrapublicidade interpretativa justamente a partir de “uma leitura moral deontológica da Constituição, que pressupõe não a moral majoritária, permeada por preconceitos e assimetrias, mas a moral crítica”, que reconstrói reflexivamente as práticas sociais vigentes assimétricas sem que se confunda com a voz das ruas, consubstanciada em uma moral teleológica¹¹.

Esta foi uma primeira tentativa de articular um enfrentamento à discricionariedade judicial sob uma perspectiva, ainda assim, sensível à realidade das desigualdades que prejudicam a realização da justiça. Acredito que, nesse sentido, o Poder Judiciário exerce papel fundamental na garantia (e efetividade) do direito daqueles que são (re)marginalizado pela política. Contudo, penso que o fundamento de tal debate careça de um nível de complexidade ainda maior do que aquele apresentado nos meus argumentos iniciais. A questão política que funda o direito está intimamente relacionada, como bem coloca Ronald Dworkin, aos fundamentos morais que endossamos em nossas práticas cotidianas. Estes, portanto, devem ser compreendidos a partir de um debate que se erige desde a crítica de Dworkin às iniciativas teóricas que pressupõe um modelo cético e arquimediano de pensamento.

Nesse sentido, a partir de uma concepção filosófica antiarquimediana e, ao mesmo tempo, não relativista, Dworkin sustenta que as concepções de direito, mesmo aquelas marcadas pelo que o autor chama de agulhão semântico, possuem um conteúdo normativo implícito. Este conteúdo pressuposto, por seu turno, diz respeito ao valor político-moral que os juristas e teóricos do direito atribuem à prática jurídica. Como assevera Dworkin, nesse sentido, “advogados e juízes têm, de fato, divergências teóricas. Divergem, por exemplo, sobre o que o direito realmente é, sobre a questão da segregação racial ou dos acidentes de trabalho, mesmo quando estão de acordo sobre quais leis foram aplicadas, e sobre o que as autoridades públicas disseram e pensaram no passado”¹². Em síntese, podemos afirmar que, para Dworkin, os desacordos jurídicos, sejam eles em nível teórico ou prático, são desacordos relativos a princípios justificadores desta prática e tais princípios (conceitos normativos) apontam para a dimensão política que sustenta as relações de determinada comunidade e Estado com seus cidadãos.

¹¹ BERNSTES, Luísa. **Contrapúblicos interpretativos**: Uma provocação feminista às respostas corretas em direito. Salvador: Juspodvim, 2022. p. 118.

¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.8.

A questão que se coloca, dessa forma, é, primeiramente, sobre os desacordos teóricos em direito, os quais, ao se reportarem às afirmações corretas acerca daquilo que o direito realmente é, dizem respeito não apenas a teorias rivais sobre os fundamentos do direito, mas também sobre a melhor forma para identificar esses fundamentos, o que envolve uma disputa metodológica¹³. Definir o direito, portanto, trata-se de aplicar, reforçar e interpretar as normas legais, partindo do pressuposto de que existem várias respostas sobre qual seria a melhor concepção deste acordo pré-interpretativo acerca do que seria o próprio direito¹⁴. Acatar essa assertiva, no entanto, não pode ser justificativa para atribuir poder discricionário aqueles responsáveis pela interpretação jurídica.

A teoria Crítica Hermenêutica do Direito, conforme a proposta do professor Lenio Streck, se desenvolve sobre essa mesma premissa de que, diante do paradigma do Estado Democrático de direito, não é possível que seja atribuído ao responsável pela aplicação das normas jurídicas poder discricionário na interpretação. Contudo, o autor, diante do contexto brasileiro, vai alicerçar sua teoria da decisão judicial na premissa de que, diante da legitimidade de nosso pacto jurídico-político, ou seja, da Constituição, ela deve ser considerada como critério para limitar as arbitrariedades na interpretação do direito. Para justificar sua premissa, o autor irá propor a imbricação entre as teorias Heidegger, Gadamer e Dworkin, como uma proposta antropofágica que engole a filosofia estrangeira e devolve uma teoria brasileira comprometida com o combate ao relativismo na interpretação jurídica e, portanto, com a construção de respostas corretas a partir das decisões judiciais.

Nesse sentido, a teoria Crítica Hermenêutica do Direito deve ser considerada como um marco para a assunção de uma postura crítica dentro dos estudos em direito no Brasil. Seja porque, diante da extensa produção e engajamento do professor Lenio Streck nas últimas quatro décadas¹⁵, tornou-se um marco teórico para a análise dos mais diversos temas vinculados à teoria e à prática jurídica nacional; seja porque, ao

¹³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin e a Teoria do direito: o direito em Desacordo**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 28.

¹⁴STRECK, Lenio. MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) direito e desacordos morais. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 119, p. 253-289., Jul-dez 2019.

¹⁵ O professor Lenio Streck foi Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entre os anos de 1986 e 2014. É professor desde 1996, possuindo um total de 452 artigos publicados segundo o índice de indexação da plataforma do google acadêmico, cerca de 70 obras, além das mais de 880 colunas publicadas somente no espaço do Conjur, maior site jurídico do país. Proferiu mais de 500 palestras entre os anos de 1999 e 2022. O reconhecimento de sua produção também pode ser avaliado segundo rápida pesquisa realizada somente no site do Supremo Tribunal Federal cujo resultado é de 118 citações em acórdãos, 195 em decisões monocráticas e 6 em informativos.

reportar à importância da consideração dos paradigmas filosóficos nos quais estão as teorias jurídicas formadoras do ambiente teórico da dogmática jurídica tradicional, transformou a forma de se interpretar o fenômeno jurídico, o professor Lenio Streck deve ser considerado um dos maiores doutrinadores brasileiros.

Diante da magnitude do projeto desenvolvido pelo autor, proponho um diálogo entre a sua teoria e a proposta de teoria da interpretação oferecida por Ronald Dworkin, assumindo uma postura provocativa no sentido de esclarecer alguns limites que devem ser considerados quando tentamos aproximar as duas teses, sob pena de descaracterização das teorias. Por certo, muitos são os pontos em que podemos realizar uma aproximação entre o interpretativismo dworkiniano e a Crítica Hermenêutica do Direito, tanto que Dworkin é um dos marcos teóricos empregados por Streck para justificar sua proposta de teoria da decisão, especialmente, a partir dos conceitos de coerência, integridade e responsabilidade política. Contudo, como o próprio professor Lenio Streck refere expressamente em seus textos, a Crítica Hermenêutica do Direito não é uma teoria dworkiniana.

A proposta de uma leitura moral da Crítica Hermenêutica do Direito, portanto, será desenvolvida a partir das provações teóricas oferecida por Ronald Dworkin ao desenvolver sua teoria da unidade do valor e terá como intenção tornar evidente quais são os motivos pelos quais, como afirma o professor Lenio Streck, não podemos considerar como dworkiniana a sua teoria. A fim de sustentar essa leitura, diante da necessidade de superação do esquema sujeito-objeto e dos paradigmas filosóficos que o sustentam, empregou-se, como forma de abordagem, o método fenomenológico-hermenêutico, que considera a virada hermenêutica na filosofia como um anúncio de uma mudança na concepção tradicional de conhecimento¹⁶.

Afinal, de acordo com a hermenêutica filosófica, o todo da cultura humana deve ser compreendido como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude¹⁷ e, nesse sentido, a atividade interpretativa ascende de forma a tornar-se parte fundamental para a compreensão das mudanças ocorridas na produção do conhecimento científico após a metade do séc XX. “O

¹⁶ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 11.

¹⁷ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 23.

conceito de fenomenologia hermenêutica passa, assim, a ter, de um lado, o efeito de levar a uma revisão de obras e autores anteriores que passaram a ser vistos sob uma nova luz, em suas concepções de hermenêutica”¹⁸.

Dessa forma, ao interpretarmos aquilo que é o direito, tarefa à qual se dedicam filósofos e juristas, será necessário apontar não somente elementos de uma teoria que dê conta de superar os dogmas do positivismo jurídico, mas que apresentem os fundamentos que, diante do contexto em que se inserem, a colocam como a melhor concepção possível dentre todas as outras. Acredito que a Crítica Hermenêutica do Direito possui, justificadamente, essa pretensão “paradigmática” no âmbito acadêmico nacional, razão pela qual, busquei justificar minha interpretação acerca da teoria de Ronald Dworkin da maneira mais responsável, posto que em alguns momentos será oposta aquela do professor Lenio Streck.

Buscando justificar a minha premissa de que, o integrativismo seria, em alguns momentos, incoerente com o fundamento teórico da Crítica Hermeneutica do Direito, irei apresentar os argumentos desenvolvidos por Dworkin no âmbito do liberalismo igualitário, sua teoria política proposta a partir de uma leitura interpretativa do liberalismo político que culmina na estruturação de uma teoria da justiça; como recurso para evidenciar duas questões centrais que justificariam a minha hipótese. Primeiro, que o holismo metodológico, fundamental para a teoria da objetividade (na) moral é o ponto fulcral do interpretativismo e, dessa forma, manifesta-se em todas as frentes enfrentadas pelo autor (direito, teoria política e filosofia). Segundo, porque, no âmbito do direito, diante dos desacordos teóricos, inerentes a todos os conceitos interpretativos, é a integração entre ética e moral que servirá como fundamento primeiro de sua teoria do direito, na medida em que o conceito de integridade é dela derivado.

Uma vez assumindo, de forma sincera, que minhas considerações são bem justificadas e, portanto, verdadeiras, na medida em que o interpretativismo, diante de sua indissociabilidade da teoria moral desenvolvida por Dworkin, torna-se incompatível com a proposta de teoria da decisão desenvolvida na Crítica Hermenêutica do Direito, proponho que, considerando a “gramática do interpretativismo dworkiniano”, a defesa de um conceito de direito pela teoria de Lenio

¹⁸ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 10.

Streck, diante das imposições do contexto nacional e por se fundamentar na hermenêutica filosófica, conceito dogmático, não interpretativo, mas (puramente) hermenêutico.

2. A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA

Neste capítulo, pretendo apontar para a necessidade de superação do paradigma positivista como premissa para a consolidação do Estado Democrático de direito. Debruçar-me sobre este tema parece, à primeira vista, um pouco distante do objetivo desta pesquisa, cujo enfoque é propor um diálogo entre as teses de Ronald Dworkin e Lenio Streck. Contudo, acredito ser imprescindível fazer tal retomada, na medida em que, como já denunciava, desde os anos 1980, Luís Alberto Warat e também o faz Lenio Streck, a dogmática jurídica tradicional reproduz acriticamente alguns postulados do positivismo. Penso que este fenômeno seja produto da desconsideração, por muitos teóricos, do contexto histórico em que se desenvolveram as teses do positivismo jurídico e dos paradigmas filosóficos em que elas se sustentam.

Me proponho, então, a retomar o positivismo jurídico afim de esclarecer a “origem” dos dois pontos que tomarei como referência para trabalhar algumas interlocuções entre o integrativismo, de Ronald Dworkin, e a teoria da decisão desenvolvida por Lenio Streck, quais sejam, I. o enfrentamento do relativismo e da discricionariedade nas interpretações jurídicas; e II. de que a adequada compreensão do direito se constitui a partir da consideração de um elemento normativo inerente e indissociável de sua fundamentação teórica. Para tanto, a primeira seção será destinada a reconstituir a genealogia do positivismo que, desde o século XIX, fundamenta-se no dogma de que a produção científica deve estar atrelada à capacidade de descrição dos fenômenos fáticos sendo, portanto, sua veracidade igualmente constituída neste nível, ou seja, de forma avalorativa/neutra.

Nesse sentido, intento, da segunda seção, demonstrar que a postura metodológica pretensamente neutra do(s) positivismo(s), embasada no combate ao emprego de argumentos “metafísicos” na interpretação judicial, não dá conta de seu momento de aplicação, o que implica na cisão entre o ato de interpretar e aplicar o direito, o que, por sua vez, acaba relegando a decisão judicial ao decisionismo e à arbitrariedade. Tal postulado, como será visto, tona-se incompatível com a aspiração de justificação/fundamentação normativa imposta ao direito com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial.

Diante dessa constatação, o tema da terceira seção será, então, o enfrentamento da(s) teoria(s) neoconstitucionalista(s) às teses do positivismo jurídico com a reivindicação de validade do discurso jurídico segundo um critério normativo baseado na efetividade dos direitos fundamentais, (re)atribuindo importância ao ato aplicação nas teorizações acerca do sentido do direito. Perante essa formulação, tornam-se os princípios jurídicos o mote para a retomada das discussões sobre a relação entre direito e moral, vinculando a pretensão de validade do ordenamento jurídico à sua justificação.

Ocorre, no entanto, que algumas dessas teorias que postulam a superação do positivismo jurídico, diante dos paradigmas filosóficos sob os quais se estruturam, acabam limitadas no que concerne a efetiva superação da arbitrariedade na interpretação. Este diagnóstico, aprofundado na última seção deste capítulo, é apresentado segundo a perspectiva da hermenêutica filosófica, conforme as provocações articuladas no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito, a fim de estabelecer/esclarecer aquela que considero a principal intersecção entre o integrativismo dworkiniano e a teoria da decisão judicial proposta por Lenio Streck, que é o combate ao relativismo no processo de produção de sentido do conceito de direito.

2.1. GENEALOGIA DO POSITIVISMO JURÍDICO¹⁹

O positivismo é uma postura filosófica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX, a partir da qual o conhecimento da realidade engloba apenas aquilo se justifica/relaciona com os dados empíricos²⁰. Suas teses fundamentais são, conforme Abbagnano²¹,

¹⁹ Este título tem inspiração na estrutura do verbete positivismo jurídico do Dicionário de Hermenêutica do professor Lenio Streck, que pesquisa o positivismo jurídico há décadas e que publicou diversos textos sobre o tema. Merecem destaque, nesse sentido, as obras Verdade e Consenso (2009) e Hermenêutica Jurídica (e)m crise (1999). Ademais, preciso referir que me proponho com este item apenas contextualizar as correntes de matriz positivista que se desenvolveram nos contextos francês, inglês e alemão durante o século XIX, as quais influenciaram e compartilham alguns elementos com as teorias de Hans Kelsen e Herbert Hart que serão abordadas no item subsequente.

²⁰ BARZOTTO, Luiz Fernando. POSTIVISMO JURÍDICO. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 643.

²¹ POSITIVISMO. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 778.

I. A ciência é o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido: portanto, o recurso a causas ou princípios não acessíveis ao método da ciência não dá origem a conhecimentos; a metafísica, que recorre a tal método, não tem nenhum valor.

II. O método da ciência é puramente descritivo, no sentido de descrever os fatos e mostrar as relações constantes entre os fatos expressos pelas leis, que permitem a previsão dos próprios fatos (Comte); ou no sentido de mostrar a gênese evolutiva dos fatos mais complexos a partir dos mais simples (Spencer).

III. O método da ciência, por ser o único válido, deve ser estendido a todos os campos de indagação e da atividade humana; toda a vida humana, individual ou social, deve ser guiada por ele.

No âmbito do direito²², da mesma forma, o positivismo caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a “metafísica” da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos “fatos” e às leis desses fatos, considerados empiricamente. Dessa forma, somente será tida como “científica” a ciência do direito quando, tal como a ciência da natureza, ela se fundar em fatos indubitáveis²³.

Afinal, o desenvolvimento do positivismo jurídico se dá no contexto da superação do absolutismo e consolidação do Estado Liberal, momento em que a realidade social passa a ser pensada a partir do direito²⁴. A vitória da ideia da lei, no século XIX, se assenta em múltiplos fatores, dentre eles a ascensão do capitalismo, a industrialização e o aparecimento do Estado Social. As sociedades complexas de

²² Acerca da caracterização do positivismo jurídico, merece menção a distinção proposta por Norberto Bobbio entre I) como um modo de aproximação ao estudo do direito, II) como uma determinada teoria ou concepção do direito e III) como uma determinada ideologia da justiça. Esclarece o autor: “Por «modo de abordar o estudo do direito» quero dizer algo diferente de «método»: não são, de fato, as ferramentas ou técnicas utilizadas na investigação, relativamente às quais o positivismo jurídico não apresenta quaisquer características peculiares; mas sim da delimitação do objeto de investigação que revela uma certa orientação para o estudo de alguns problemas e não de outros, e uma certa atitude relativamente à própria função da investigação. Por “teoria” quero dizer um conjunto de afirmações interligadas, com as quais um determinado grupo de fenômenos é descrito, interpretado, levado a um nível muito alto de generalização, depois unificado em um sistema coerente: não a forma de abordar uma realidade específica, mas a forma de compreendê-lo, de dar uma descrição e explicação global. Por “ideologia” entendo uma certa postura face a uma dada realidade: esta postura baseia-se num sistema de valores mais ou menos consciente, exprime-se em juízos de valor que tendem a exercer alguma influência sobre a própria realidade, mantendo-a como é se a avaliação for positiva, modificando-a se a avaliação for negativa.” - tradução nossa. In: BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Roma: Laterza, 2011. p. 50.

²³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 45-46.

²⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 18.

economia desenvolvida passam a exigir um elevado grau de segurança jurídica incompatível com os sistemas tradicionais do direito natural²⁵.

A concepção de Estado passa, então, a implicar que “o portador da vontade do Estado emita leis como soberano”²⁶, mas a lei assim legitimada é tão incontestável como o próprio soberano. Altera-se, portanto, o conceito de lei, o qual era uno, reunindo características materiais e formais, torna-se cindido entre o conteúdo da lei e o comando da lei. A validade da lei, por essa perspectiva, passa a depender apenas da observação de um procedimento legislativo formal, não de seu conteúdo²⁷.

Tal fenômeno ganha sistematização, no começo do século XIX, a partir do positivismo primevo²⁸ que, na França, encontra expressão doutrinária e metodológica no legalismo da codificação pós-revolucionária. A denominada Escola da Exegese entendia o direito como o conjunto de textos legais sistematizados nos códigos, com o intuito de possibilitar uma interpretação exegética, que culminava na determinação dogmática de índole lógico-analítica e dedutiva com base no protagonismo do legislador²⁹ e no princípio da completude da lei³⁰.

Essa construção, erigida na inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo fundamentava-se em uma concepção rigidamente estatal do direito, uma vez que as normas jurídicas eram exclusivamente aquelas postas pelo Estado. Tal culto ao texto da lei repercutia na concepção da hermenêutica jurídica como a busca pela vontade do legislador, especialmente na interpretação de casos em que a lei era obscura ou imprecisa³¹.

Na Inglaterra, paralelamente, as origens do positivismo³² se encontram na teoria da codificação desenvolvida por Jeremy Bentham, cujo propósito era garantir

²⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 2005, p. 115.

²⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 2005, p. 115.

²⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 2005, p. 115.

²⁸ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 37.

²⁹ NEVES, Castanheira. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V. II. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 181

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 86.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 86-88.

³² Não posso desconsiderar que, em verdade, o precursor do positivismo jurídico deve ser considerado Thomas Hobbes cuja teoria do contrato social se estabelece a partir de uma concepção de soberania indivisível centrada na figura do Estado (Leviatã) que integra o poder normativo e coercitivo. Nesse

utilidade, completude, cognoscibilidade e justificabilidade à legislação. O grau de “parentesco espiritual” com o pensamento jurídico dos iluministas franceses se expressa na clareza da lei³³ a partir do princípio básico de que só se pode conhecer genuinamente aquilo que é observável e verificável³⁴. Tal pressuposto também é central para o desenvolvimento do utilitarismo, a partir do qual o autor subscreve a distinção entre fato e valor³⁵, na medida em que sua fé no “legislador universal” decorre do fato empiricamente verificável de que cada homem busca a própria utilidade³⁶.

John Austin, discípulo de Bentham, por sua vez, concebeu o “fenômeno jurídico como um comando do soberano cominado com uma sanção em caso de descumprimento desse comando próprio”³⁷. Diferentemente de Bentham, que se preocupou com a dimensão político-normativa dos fenômenos jurídicos, Austin buscou construir uma teoria do direito que identificasse tais fenômenos da forma como efetivamente eram para, então, descrevê-los, razão pela qual, inclusive, lhe é atribuída a fundação da *analytical jurisprudence*, dominante até hoje na teoria do direito anglo-saxônica. Essencialmente, Austin buscou “clarificar o conceito autêntico de direito positivo (...), diferenciando-o de comandos morais, divinos, ou de qualquer outra natureza”³⁸. Compreendia, portanto, como direito as regras criadas e impostas pela autoridade e, diante da incompletude dos códigos³⁹, reconhecia que a prática jurídica,

sentido ver MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2^a ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação).

³³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 92 e 100.

³⁴ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2^a ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 87.

³⁵ Essa distinção fica clara, por exemplo, quando Bentham divide sua teoria do direito em *expository* – aquilo que o direito é: um comando do soberano sustentado por uma sanção – e *censory jurisprudence* – responsável por dizer como o direito, em consonância com o princípio básico do utilitarismo, deve ser. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2^a ed. São Palo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 106

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 92.

³⁷ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2^a ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 120.

³⁸ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2^a ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 110.

³⁹ Merece referência que tal concepção estava vinculada aos postulados da escola histórica do direito, que se desenvolvia na Alemanha, como se verá adiante, e cuja influência é expressa por Austin em seus escritos. Sobre essa questão, ver MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2^a ed. Salvador: Juspodvim, 2021. p.116-120. No que se refere a extensão da interlocução com a teoria germânica, apesar de expressa, é bastante limitada e superficial. Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p 101-104.

por não ser meramente descritiva, possuía papel criativo em face das lacunas geradas pela ausência de positivação⁴⁰.

A mensurabilidade encontrada nas leis, pois, torna-se a característica fundamental do que convencionamos chamar de positivismo legalista⁴¹. Essa expressão, ainda que o legalismo apresente distinções quando observado no interior de uma determinada tradição jurídica⁴², pode-se dizer, restringe a interpretação judicial “a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código)”⁴³. Esse rigor lógico que, como foi visto, teve larga expressão na França e na Inglaterra, também se disseminou na produção teórica alemã.

Na Alemanha, para compreender o desenvolvimento do positivismo, precisamos retornar à Escola Histórica, do século XVII, na medida em que ela foi o expoente da crítica radical ao direito natural⁴⁴. O historicismo alemão aplicado ao direito constituiu o fundamento teórico da Escola Histórica, que, por sua vez, ao definir os sistemas jurídicos, dará origem ao formalismo conceitual propagado pela Escola da Jurisprudência dos Conceitos, cuja retomada ao racionalismo lógico influenciará diretamente as teorias positivistas a partir do formalismo e do empirismo.

A escola histórica afirmava, contra o jusracionalismo iluminista, a natureza histórico-cultural da realidade humana, o que sustentava seu entendimento do direito como uma realidade normativa manifestada na vida historicamente real do espírito de um povo. Dessa forma, o direito passaria a ser concebido como uma entidade cultural de raiz histórica conhecida nos costumes, tradições culturais e instituições histórico-culturais de uma comunidade e não mais como simplesmente norma axiomática racional dedutível⁴⁵. O maior representante da Escola Histórica foi Savigny,

⁴⁰ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2ª ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p.107-121.

⁴¹ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

⁴² STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 122.

⁴³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 124.

⁴⁴ Enquanto no iluminismo a concepção jusnaturalista tradicional (cosmológica) é contraposta pelo abstrato racionalismo lógico (jusracionalismo), o historicismo considera o direito positivo como norma moral posta pelo Estado, mas que inclui o sentido irracional da história e a individualidade humana concebida na pluralidade de todas as variedades possíveis do próprio homem. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p 46.

⁴⁵ NEVES, Castanheira. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V. II. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 203-206.

responsável por definir o sistema jurídico como sistema científico construído a partir dos conceitos jurídicos⁴⁶.

Influenciado por este ideal de sistema, Puchta propôs como método ao direito a *genealogia dos conceitos*, cuja dedução dos conceitos jurídicos seria codeterminada pelo conteúdo, oriundo da filosofia do direito, de um conceito supremo. Superando a construção abstrata que sustentava a relação das regras jurídicas com o instituto jurídico que lhes era subjacente, de Savigny, e colocando no lugar um processo lógico-dedutivo enraizado no racionalismo do século XVIII, foi inaugurada a Escola da Jurisprudência dos Conceitos⁴⁷.

Como produto dessa iniciativa teórica de superação do jusnaturalismo, desenvolvem-se as correntes que consideram o direito como exclusivamente “positivo” e rejeitam como não científica qualquer questão fundada em elementos “supra positivos”, refutando qualquer dependência de sentido material *a priori* ao conteúdo do direito⁴⁸. Primeiramente, essa concepção vai se estruturar a partir da observação fatos sensíveis que, sempre a partir da lei geral da causalidade, reparte-se em dois grandes domínios: aos considerados externos, que percebemos através de sensações mensuráveis, e aos interiores/anímicos, que são os fatos psíquicos integralmente determinados por suas “causas”⁴⁹. Nesse sentido, o direito, por não se encontrar na realidade exterior ou natural, está ou na consciência dos homens, passando a ser considerado como fato psicológico, ou, então, como fato da existência social vinculado ao comportamento dos homens⁵⁰.

Nesse contexto, voltado para a perspectiva prática, o aplicador (juiz) ganha destaque, a ele sendo atribuído papel de criar o direito. Esse é o ponto em que se inter cruzam as duas escolas alemãs do final do século XIX, quais sejam, a da Jurisprudência dos Interesses e do Movimento do direito Livre. A partir da primeira, buscou-se atribuir às questões prático-sociais o papel constitutivo do direito positivo, devendo o mesmo, portanto, ser compreendido e realizado através destas. A partir dessa premissa, o pensamento jurídico passa a ser concebido como ciência prática, deixando o direito positivo de ser apenas objeto de uma mera determinação exegética

⁴⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 19.

⁴⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 22-25.

⁴⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. 49.

⁴⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 47.

⁵⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 48.

ou de uma conceituação sistemática⁵¹. Em Heck, as leis, que constituem essencialmente o direito, são produtos de interesses considerados não como abstrações, mas como fatos. E, por isso, se os interesses dos legisladores constituem a causa dos preceitos legais, impõe-se a tarefa de descobrir com rigor histórico essas causas para que se compreendam tais preceitos⁵².

Na aplicação do direito, a partir da Jurisprudência dos Interesses, substituiu-se progressivamente o método de subsunção dos rígidos conceitos legislativos, fundamentado em termos lógicos-formais, pelo juízo de ponderação de uma situação de fato e interesses em harmonia com os critérios valorativos próprios da ordem jurídica⁵³. Essa versão metodológica ainda guardava relação com o racionalismo, o que marcaria a principal diferença com a Escola do Movimento do direito Livre, segundo a qual, aderindo ao voluntarismo, a interpretação do direito exige uma conclusão substantiva construída como expressão do sentimento jurídico ou de manifestações da vontade do intérprete, independente da lei⁵⁴, não podendo ser considerada científica. Dessa forma, a ciência do direito passa a ser equiparada à sociologia, na medida em se ocupa da “força propulsora” das organizações jurídicas, ou seja, deve analisar os fatos subjacentes ao direito através dos quais ele deverá ser interpretado⁵⁵.

Percebe-se, pois, um traço comum entre todas essas perspectivas do positivismo: ao cingirem o *ser* e o *dever ser*, assumem a concepção de que em direito só há fatos e, portanto, todos os seus critérios de verificação e falseabilidade estão ancorados na esfera dos fatos. Dessa forma, a busca pela objetividade estava atrelada ao afastamento de qualquer juízo de caráter pessoal e contingente da esfera jurídica⁵⁶, deixando de tematizar, contudo, a pretensão de validade do direito⁵⁷. O enfrentamento deste *gap*, através da tentativa de delimitação de um critério de validade ao sistema jurídico, talvez seja o grande traço comum entre os positivismos

⁵¹ NEVES, Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. V. II. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 203-206.

⁵² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 65-66.

⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 47.

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 77-80.

⁵⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 81-86.

⁵⁶ STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 280 e 281.

⁵⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 48.

que irão se desenvolver a partir do século XX. No entanto, a manutenção da cisão entre ciência jurídica (*ser/fato* - interpretado) e questões de moralidade política (*dever ser* - aplicado), irá justificar a atribuição de poder discricionário ao intérprete do direito no momento de sua aplicação, o que buscarei apresentar na seção seguinte.

2.2. POSITIVISMO JURÍDICO E DISCRICIONARIEDADE

A partir da concepção de que a autêntica ciência do direito é a sociologia jurídica, cabendo à ciência jurídica tradicional apenas o papel de auxiliar a jurisprudência dos tribunais, impunha-se uma tomada de “consciência metodológica por parte da ciência do direito”⁵⁸. É neste contexto que Hans Kelsen, buscando estabelecer uma cientificidade autônoma ao discurso jurídico, desenvolve a sua *Teoria pura do direito*, fundamentada na distinção entre juízos de *ser* – aqueles efetivamente verificáveis – e juízos de *dever ser* – aqueles prescritivos⁵⁹. Essa é uma postura vinculada, em certa medida, ao positivismo lógico, de Carnap, segundo a qual só pode ser compreendido o que for suscetível de uma verificação lógica⁶⁰.

A relação entre Kelsen e o Círculo de Viena é explorada em obra temática mencionada por Lenio Streck e Luã Jung no texto *Kelsen e a metaética: empirismo lógico, emotivismo e discricionariedade judicial*⁶¹, no qual referem a rejeição da metafísica e de seus problemas como marca dos textos produzidos pelos autores que compunham o Círculo de Viena⁶². Isso porque, na medida em que se submetia a filosofia à cientificidade, “os objetos da metafísica, como o ser absoluto ou os valores absolutos não poderiam pertencer à ciência”⁶³.

⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 92.

⁵⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 92.

⁶⁰ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 2005, p. 178.

⁶¹ Trata-se do livro JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich (hrsg.). *Logischer Empirismus und reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*. Wien: Springer-Verlag, 2001.

⁶² STRECK, Lenio Luis; JUNG, Luã Nogueira. *Kelsen e a metaética: empirismo lógico, emotivismo e discricionariedade judicial*. In: **Revista da faculdade mineira de direito** - Puc Minas. Belo horizonte, v. 25, n. 50, p. 283-304, 2023.

⁶³ WALTER, Robert. *Der Positivismus der Reinen Rechtslehre*. (In:) JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich (hrsg.). **Logischer Empirismus und reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule**. Wien: Springer-Verlag, 2001. p. 4-5. *Apud* STRECK, Lenio Luis; JUNG, Luã Nogueira. *Kelsen e a metaética: empirismo lógico, emotivismo e discricionariedade judicial*. In: **Revista da faculdade mineira de direito** - Puc Minas. Belo horizonte, v. 25, n. 50, p. 283-304, 2023. p. 287

A teoria do direito de Kelsen, comprometida com os ideais do positivismo lógico, ocupa-se de buscar atribuir rigor científico àquilo que concebe como direito e, na medida em que todos os fatos considerados jurídicos possuem uma dimensão puramente natural (ser) e uma dimensão que se refere ao seu significado (dever ser), há a necessidade de uma operação intelectual que capte o sentido que o homem atribui aos seus atos⁶⁴. A observação dos fatos passa, então, a ser dividida em dois modos independentes entre si e que seguem métodos específicos: explicativo, nos casos de descrição dos fatos a partir de suas causas (ser) e prescritivo quando, a partir de uma norma, se reconhece um conteúdo de dever ser⁶⁵. Os fenômenos conhecidos como jurídicos pressupõem que o direito, no modo de se dirigir aos homens, prescreva, proíba, permita, autorize e, para tanto, pressupõem a existência de normas⁶⁶.

No âmbito da ciência do direito, que não tem a ver com a conduta efetiva do homem, o método se importa da observação do que foi prescrito juridicamente. Afinal, para Kelsen, “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”⁶⁷. O dever ser – sentido subjetivo de qualquer ato de vontade dirigido à conduta de outrem⁶⁸ –, portanto, só poderá ser considerado como norma quando:

- a) O comportamento a que se refere o autor do ato de vontade é considerado como obrigatório não só por este, mas por um terceiro estranho à relação entre o autor e o destinatário do ato.
- b) Quando o querer, cujo sentido é o dever ser, cessou de existir e o sentido subsiste (...)
- c) Quando o destinatário desconhece a existência do ato de vontade e o seu sentido, e ainda assim, considera-se que ele está obrigado, permitido ou autorizado a comportar-se segundo o dever ser expresso no ato de vontade.⁶⁹

⁶⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 34.

⁶⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 92-93.

⁶⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 33.

⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 6.

⁶⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 34.

⁶⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 36.

À vista disso, a ciência do direito deverá ter como objeto apenas o prescrito juridicamente a partir da existência de uma norma jurídica que preveja determinados fatos e lhes atribua efeitos jurídicos⁷⁰, sem possuir relação alguma com a conduta efetiva dos homens, como propunham as teses sociológicas, nem com uma fundamentação na metafísica característica do jusnaturalismo. A obrigatoriedade de uma norma decorre de uma cadeia de validade que culmina em uma norma última, a norma fundamental, que não é uma norma positiva, mas o ponto de partida de um processo de criação normativa que “institui um fato produtor de normas, sem estabelecer materialmente qual deve ser o conteúdo das normas do ordenamento”⁷¹. Na definição de Warat⁷²:

Essa norma pressuposta pelo conhecimento, como regra de formação dos enunciados de teoria do direito, menciona condutas como devidas, sem que este dever tenha uma íntima relação com algum valor ou com instituições transcendentais. Ela constitui simplesmente a exteriorização de uma conexão lógica, a partir da qual se formam os enunciados da ciência jurídica. Deste modo o “dever” exteriorizado pela norma básica não necessita apelar a qualquer intuição sobre valores intrínsecos para expressas as condições de significação das normas jurídicas positivadas. Mediante a utilização da norma básica, a expressão “dever” deixa de ser um conceito referente a valores, para tornar-se um conceito que expressa uma ideia lógica. Certamente o “dever”, como ideia lógica, exige que se apele a outra categoria reguladora do pensamento: a imputação. Essa relação de imputação não se baseia em qualquer observação efetiva da conduta humana, mas sobre o conhecimento de uma norma jurídica, a qual estabelece tal relação enquanto conteúdo da mesma.⁷³

⁷⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 34.

⁷¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003. p. 42.

⁷² Tradução nossa. WARAT, Luis Alberto. Los presupuestos kantianos y neokantianos de la teoría pura del derecho. In: Warat, Luis Alberto. **Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou**, (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 248.

⁷³ Texto original Esta norma presupuesta por el conocimiento, como regla de formación de los enunciados de la teoría del Derecho, menciona conductas como debidas, sin que éste deber tenga una íntima relación con algún valor o con intuiciones trascendentales. Ella constituye simplemente la exteriorización de una conexión lógica, a partir de la cual se forman los enunciados de la ciencia jurídica. De este modo el "deber exteriorizado" por la norma básica no necesita apelar a cualquier intuición sobre valores intrínsecos para expresar las condiciones de significación de las normas jurídicas positivas. Mediante la utilización de la norma básica, la expresión "deber" deja de ser un concepto referido a valores, para tornarse un concepto que expresa una idea lógica. Por cierto que el "deber", como idea lógica, exige la apelación a otra categoría reguladora del pensamiento: la imputación. Tal relación de imputación no se basa en cualquier observación efectiva de la conducta humana, sino sobre el conocimiento de una norma jurídica, que establece tal relación en cuanto contenido de la misma. WARAT, Luis Alberto. Los presupuestos kantianos y neokantianos de la teoría pura del derecho.

Desenvolve-se assim o método na/da teoria jurídica autônomo em relação a quaisquer elementos de ordem metafísica, o que se pode observar, por exemplo, no conceito kelseniano de sanção⁷⁴, elemento essencial da estrutura das normas, que, segundo Warat, “tem somente um valor epistemológico: serve de critério de demarcação entre as normas jurídicas e outros sistemas normativos”⁷⁵. Ao ser considerada conhecimento puro (científico), a teoria do direito não persegue nenhum fim prático, mas busca, pois, excluir de sua consideração tudo o que não esteja relacionado com as normas, que são o seu objeto⁷⁶.

A teoria de Kelsen, portanto, não se preocupa com o conteúdo, mas somente com a estrutura lógica das normas jurídicas, buscando verificar, além da espécie e do modo de conhecimento de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo enunciado jurídico), seu sentido, possibilidades e limites. Nesse sentido, é uma “teoria do conhecimento jus científico”⁷⁷, que busca apreender o conteúdo jurídico do sentido de um certo evento – determinado por leis causais –, o subsumindo a uma norma jurídica que, por sua vez, é válida por ter sido produzida de acordo com outra norma superior a ela⁷⁸.

A validade das normas, dessa forma, não possui um valor substantivo. Está vinculada à sua existência, à maneira de sua criação – que deve ser por meio do emprego de um procedimento previsto no sistema – e, ao seu pertencimento a um ordenamento jurídico de modo que possua caráter vinculante. O sentido (valor) dado aos institutos e preceitos jurídicos, tarefa da qual não se ocupa a ciência do direito, fica relegado à política jurídica, uma vez que o direito não equivale a lei e na maior

In: Warat, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou, (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 248.

⁷⁴ Importante referir que essa postura assumida por Kelsen representa uma ruptura com a teoria clássica da coação – segundo a qual a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas – que sustentava as correntes do positivismo jurídico desde Hobbes. Em Kelsen a coerção passa a ser um elemento essencial da estrutura das normas, na medida em que uma regra é uma regra jurídica porque dispõe de uma sanção e não porque a sua eficácia depende de outra regra jurídica que dispõe uma sanção, o que responderia a objeção do regresso infinito. In: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 156.

⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. In: Warat, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou, (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 232.

⁷⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 93.

⁷⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 94.

⁷⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 95.

parte dos casos, a lei, inclusive, deixa ao intérprete do direito um espaço a ser preenchido mediante um ato de criação⁷⁹ Sobre a interpretação, afirma Kelsen:

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ele se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura geral. (...) A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a "correta", não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do direito, mas um problema de política do direito. (...) A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica⁸⁰

A decisão judicial, dessa forma, assim como a lei, é um ato de vontade que produz direito, mas no âmbito da aplicação/concretização da norma geral⁸¹. A interpretação das normas no âmbito da ciência do direito restringe-se a fixação cognitiva de seu sentido, sendo incapaz de preencher lacunas que surgem diante da sua aplicação. Por este motivo, caberá à autoridade aplicadora escolher discricionariamente entre as interpretações possíveis oferecidas pela ciência do direito, não em nome desta, mas a partir da política jurídica que se dirige à realização de valores como o de justiça⁸². Nesse sentido, como bem refere o professor Lenio Streck:

A "pureza", em Kelsen, é da Ciência do direito e não do direito. Por isso, a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de

⁷⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 2005, p. 182.

⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 390, 391 e 395.

⁸¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 105.

⁸² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito**. Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997. p. 106-107.

conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. Já a descrição das normas jurídicas deve ser feita de forma objetiva e neutral, a que Kelsen chamará de ato de conhecimento, a que produz proposições⁸³.

Essa versão do positivismo abriu, novamente, espaço para a subjetividade do intérprete que, “de forma solipsista, levanta o véu que encobre a resposta que a regra não pode dar”⁸⁴. Essa é uma característica que vai marcar todas as correntes do positivismo contemporâneo e, portanto, presente na versão de H. L. A. Hart, o autor positivista mais influente desde Kelsen. Segundo o autor inglês, o direito é um sistema socialmente instituído através da linguagem, na medida em que é constituído por regras sociais que “compreendem um padrão aceito pelos membros que constituem o grupo social ao qual essas regras dizem respeito”⁸⁵.

Para Hart, revisando o modelo dos sistemas jurídicos baseados em ordens e ameaça⁸⁶ que, pela ausência de normatividade, restavam marcados pela incerteza, caráter estático e ineficiência⁸⁷, o direito deveria ser compreendido como a combinação de regras primárias de obrigação, que impunham uma série de deveres e de abstenções aos cidadãos; e regras secundárias, que se referem às próprias normas primárias, especificando a forma como podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas⁸⁸.

Dentre as regras secundárias, está a regra de reconhecimento que, simples ou complexa, “especificaria algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce”⁸⁹. Nas palavras de Hart,

⁸³ STRECK, Lenio. A pureza do direito kelseniana. In: **Estado da Arte**. São Paulo, 26 nov 2021.

⁸⁴ STRECK, Lenio. **Heremênutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 136.

⁸⁵ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2ª ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Heremênutica, Teoria do direito e Argumentação) p. 140.

⁸⁶ O modelo de regras de Hart surge como contraposição a teorias como a de Austin, para quem o direito seria caracterizado por ordens coercitivas de um soberano ou por hábitos de obediência, isentando-se de normatividade que pode ser descrita por elementos meramente factuais. Para Hart, as regras jurídicas não poderiam ser reduzidas a ordens coercitivas baseadas em ameaças ou em comandos por três razões; por também conferirem poderes, porque no Estado Moderno o criador das leis a elas está submetido e, finalmente, porque nas regras originadas por costume não haveria vontade consciente para sua elaboração. Também não se explica pela ideia do hábito por não responder às questões clássicas: sobre o momento da troca de soberanos, da continuidade da autoridade legislativa e da manutenção da validade dessas normas. MOTTA, Francisco Jose Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodvim, 2017.

⁸⁷ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2ª ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Heremênutica, Teoria do direito e Argumentação) p. 140.

⁸⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.122.

⁸⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.122.

as normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações⁹⁰.

Segundo a regra de reconhecimento, o fundamento de validade das normas reporta-se a uma questão de fato, “estabelecida por sua relação com outra norma independentemente de seu conteúdo ou de seu mérito”⁹¹. E, assim sendo, ela funciona como um padrão unificador e garantidor da identidade jurídica por ser aceita como um fato social e representa o fundamento do sistema jurídico. Assim é introduzida a ideia de validade jurídica⁹², pois onde quer que tal regra seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas disporiam de critérios válidos para a identificação das normas primárias⁹³. E, ainda que o desenvolvimento do direito seja influenciado pela moral, o critério de validade das leis não necessariamente inclui alguma referência a este valor⁹⁴, sendo as proposições jurídicas verdadeiras apenas em razão de convenções sociais que representam a aceitação pela comunidade de um sistema de regras que concede a tais indivíduos o poder de criar leis válidas⁹⁵.

Como refere Luã Jung, Hart segue na mesma direção de Kelsen⁹⁶ na medida em que sua teoria é descritiva no sentido de ser moralmente neutra e sem fins de justificação, não estando vinculada a um sistema jurídico específico. As normas jurídicas possuem uma zona de penumbra na qual transitam diferentes concepções morais, sendo dever do juiz:

⁹⁰ HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: WMF Fontes, 2009, p. 105-106.

⁹¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 160.

⁹² MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Jusprofivm, 2017. p. 99.

⁹³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.130.

⁹⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.239-240.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 42.

⁹⁶ JUNG, Luã Nogueira. Levando Dworkin a sério: uma revisão (crítica) da teoria do direito de Ronald Dworkin. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) – Escola de direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

fazer a melhor avaliação moral que lhe seja possível acerca de quaisquer problemas morais sobre os quais precise decidir. Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está criando o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, já existente, é revelada por um critério moral do direito⁹⁷.

O positivismo hartiano, portanto, encara o direito como uma “simples questão de fato”⁹⁸ na medida em que os deveres jurídicos são criados por regras sociais cuja normatividade/validade é garantida pelo reconhecimento de sua relação com outra regra reconhecida, através da linguagem, como padrão geral de conduta compreensível para os cidadãos⁹⁹. No entanto, independentemente dos cânones (seja o precedente ou a legislação) adotados para a transmissão desses padrões de comportamento, as regras, diante de sua textura aberta, em algum momento, serão imprecisas, na medida em que os próprios cânones são “normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação”¹⁰⁰. Nesse sentido, afirma Warat¹⁰¹:

As palavras da lei não constituem exclusivamente o significado jurídico, não são conteúdos unívocos, nem axiomas de aplicação automática, nem premissas inquestionáveis que, mediante o silogismo lógico, conduzem à conclusões indubitáveis. As normas jurídicas não trazem uma significação unívoca que pode ser reproduzida pela ciência jurídica. A significação jurídica possui emissores e receptores heterogêneos e não está contida de forma unívoca nas normas jurídicas válidas.¹⁰²

⁹⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 309.

⁹⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Jusprofivm, 2017. p. 101.

⁹⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.161.

¹⁰⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.163-164.

¹⁰¹ Tradução nossa. WARAT, WARAT, Luis Alberto. Los presupuestos kantianos y neokantianos de la teoría pura del derecho. In: Warat, Luis Alberto. **Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou**, (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 253.

¹⁰² Texto original “Las palabras de la ley no son constituyentes exclusivos del significado jurídico, no son contenidos unívocos, ni axiomas de automática aplicación, ni premissas incuestionables, que mediante el silogismo lógico, conducen a conclusiones indubitadas. Las normas jurídicas no traen una significación unívoca, que puede ser reproducida por la ciencia jurídica. La significación jurídica tiene emissores y receptores heterogêneos, y no está contenida em forma unívoca en las normas jurídicas válidas.” WARAT, WARAT, Luis Alberto. Los presupuestos kantianos y neokantianos de la teoría pura del derecho. In: Warat, Luis Alberto. **Epistemología e ensino do direito: o sonho acabou**, (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 253.

Por consequência, Hart assume que a linguagem confere discricionariedade ao intérprete quando existirem casos imprevistos. Para resolver tais casos, diante textura aberta dos termos genéricos empregados em uma norma, a estratégia que se deve adotar é que se “escolha entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfazer”¹⁰³. Deixando de tematizar o conteúdo bom - ou mau - de uma decisão judicial, já que na zona de penumbra (ou no campo da discricionariedade) as decisões estão sempre certas.

2.3. DIÁLOGOS (NEO)CONSTITUCIONAIS¹⁰⁴

A primeira versão dos debates acerca da intrínseca incompatibilidade entre o juspositivismo e o constitucionalismo foi apresentada nos anos 1960 por Nicola Matteucci¹⁰⁵. Influenciado pelos estudos de Charles McIlwain, que apontavam para a existência do constitucionalismo apenas onde o conceito de constituição fosse entendido em sentido normativo¹⁰⁶, defendeu uma conotação garantista da constituição, criticando a filosofia analítica italiana, especialmente a teoria formal do direito positivo desenvolvida por Norberto Bobbio¹⁰⁷. Para o autor tal abordagem seria apenas uma versão mais “mais nova, mais moderna e mais perspicaz” da antiga concepção (neutra e apolítica) do positivismo jurídico¹⁰⁸. Contudo, as críticas formuladas por Matteucci não receberam a devida atenção – com exceção da resposta de Norberto Bobbio, que reafirmava a ausência de compatibilidade entre o constitucionalismo e o positivismo – uma vez que coincidiram com o apogeu teórico

¹⁰³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.167.

¹⁰⁴ Novamente faço referência aos estudos desenvolvidos pelo professor Lenio Streck e pelos integrantes do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (ao menos) na última década, cujo diagnóstico de uma má importação do neoconstitucionalismo no âmbito da teoria jurídica brasileira, resultou na substituição do termo “neoconstitucionalismo” por “Constitucionalismo Contemporâneo” a partir da 4ª ed. da obra Verdade e Consenso (2011).

¹⁰⁵ Ver MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno XVII, n. 3, p. 985-1100, 1963.

¹⁰⁶ MARGIOTTA, Constanza. Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Com una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, Bologna: Il Mulino, v. 30, n.2 , p. 387-426, 2000.

¹⁰⁷ TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. **RVMD: Revista do Mestrado em direito UCB**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 406 – 430, jul-dez, 2016.

¹⁰⁸ MARGIOTTA, Constanza. Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Com una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, Bologna: Il Mulino, v. 30, n.2 , p. 387-426, 2000.

do positivismo promovido pelas traduções para o italiano das obras de Kelsen, Hart e Ross¹⁰⁹.

A retomada dessa discussão, ainda que sob outra perspectiva, deu-se apenas nos anos 1990, com o advento do neoconstitucionalismo¹¹⁰. Isso porque somente a partir do constitucionalismo do século XX, que se desenvolveu a partir da difusão de constituições longas e densas¹¹¹, ficou evidenciada uma concepção de sistema político justo atrelado ao respeito/garantia de direitos fundamentais¹¹². Dessa forma, a consecução do ideal democrático apontava para a necessária construção de um modelo teórico que levasse em consideração a questão da normatividade do direito, bem como as razões de sua legitimidade¹¹³, tornando-se incompatível com a proposta teórica do Positivismo Jurídico¹¹⁴, cujos postulados capitais eram a neutralidade e formalidade da lei geral e abstrata.

¹⁰⁹ TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. **RVMD: Revista do Mestrado em direito UCB**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 406 – 430, jul-dez, 2016.

¹¹⁰ Segundo André Karam Trindade, “tal expressão surge no final da década de 90 e é empregada, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Genova: Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. Na verdade, para ser ainda mais preciso, o termo neoconstitucionalismo teria sido utilizado, pela primeira vez, durante a intervenção de Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997.” TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasiliis**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 100.

¹¹¹ Sobre as constituições contemporâneas caracterizadas como extensas, esclarece Guastini, elas “incluem – ao lado das normas relativas à organização do Estado - também uma declaração de direitos, isto é, uma série de normas que disciplinam diretamente as relações entre Estado e cidadãos. Ademais, o que mais conta, no seio das declarações de direitos se encontram frequentemente não somente normas claras e precisas, que conferem direitos de liberdade aos cidadãos, mas também: (a) princípios gerais, que não são suscetíveis à aplicação imediata, mas exigem interpretação e “concretização” por obra do legislador, dos juízes e dos órgãos do Estado em geral; e (b) disposições programáticas, que conferem aos cidadãos não mais direitos de liberdade, mas sim direitos “sociais”, os quais tampouco são suscetíveis à aplicação imediata até que os programas econômicos e sociais previstos pela Constituição sejam realizados por meio de leis”. In: GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 275.

¹¹² POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 79.

¹¹³ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. P. 16

¹¹⁴ Faz-se necessário mencionar

O processo de constitucionalização democrática/neoconstitucional tem seu gérmen na decadência do Estado Liberal de direito (início do século XX) em decorrência do cenário histórico-institucional provocado pela I Guerra Mundial. A emergência das pretensões e finalidades em relação às funções que deveriam ser desempenhadas pelo Estado implicou na superação de uma normatividade formal concebida desde a noção de Constituição como uma folha de papel (Lassale) em direção a um Estado social que absorvesse a programaticidade das normas constitucionais¹¹⁵.

Dessa forma, a busca por mecanismos que oferecessem soluções mais justas e adequadas aos casos concretos tornou-se incompatível com as padronizações inerentes ao Estado Legalista liberal¹¹⁶, especialmente porque esse modelo jurídico – que exigia do Estado a tutela de uma ordem social estática baseada na limitação de poder¹¹⁷ – era incapaz de lidar com os conflitos sociais e econômicos ocorridos a partir

¹¹⁵ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. P. 17.

¹¹⁶ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21.

¹¹⁷ As causas que impuseram a transformação no viés absentista do Estado Moderno Liberal (século XIX), foram elencadas por Streck e Bolzan como sendo “A - A Revolução Industrial e suas consequências de proletarização, urbanização (transporte, saúde, saneamento, moradia), mudança nas condições de trabalho, previdência e degradação ambiental; B - A Primeira Guerra Mundial rompe a tradição do liberalismo econômico, acelerando violentamente a ação de fatores desagregadores. De fato, tal guerra dilata desmesuradamente as exigências de armamento e abastecimento, demonstrando a necessidade do controle integral e coativo da vida econômica, também como reflexo da emergência da Revolução Russa, da Constituição de Weimar (1919) e do constitucionalismo social iniciado pela Constituição mexicana de 1917; C - A crise econômica de 1929 e a Depressão trouxeram embutida a necessidade de uma economia interventiva, em que se reconciliam os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental, que engendram a política social de Roosevelt e o New Deal americanos, uma intensa política de nacionalizações implementada por Atlee, após a II Guerra Mundial, bem como os reflexos da ação de Léon Blum e a Front Populaire, no caso francês; D - A Segunda Guerra Mundial, que impõe a assunção de um papel controlador dos recursos sociais, bem como de uma atitude prática por parte do ente estatal com o objetivo de manter a produção, a distribuição, o controle da economia, etc., não se limitando apenas a uma atitude reconhecedora e repressora (...); E – As crises cíclicas, as quais, já no final do século, apontavam para as fissuras do liberalismo em seu viés econômico, afetando o comportamento da economia, tendo em vista que a ação nefasta dos monopólios e o exacerbamento das desigualdades sociais comprometiam a subsistência do regime; F – Os movimentos sociais rechaçam o dogma de que a livre força do mercado, como uma mão invisível, seria capaz de levar a bom termo o processo econômico. O interesse social é, muitas vezes, incompatível com a livre concorrência; G – Há uma liberdade positiva em lugar da potencialidade (não garantida) liberal, sustentada em suas liberdades negativas – de não impedimento, o que implica a mudança de sentido das liberdades liberais pela incorporação das liberdades sociais ou liberdades positivas. No campo político, não há que esquecer a ocorrência das experiências do nazifascismo, na Europa Ocidental, e o chamado socialismo real na antiga URSS – desfeita após a queda do muro de Berlim em 1989 e o desfazimento do chamado Bloco Soviético dos países do Leste Europeu. A Independência dos países afro-asiáticos, despertando a consciência do subdesenvolvimento e o recrudescimento do nacionalismo, exige a presença do Estado, através de mecanismos de planejamento, como ocorrido na Índia ao final do processo de independência do

da segunda década do século XX. Essa mutação operada na/pela “crise” do Estado Liberal implicou no questionamento de sua capacidade de ordenar adequadamente a vida social e política, sendo imposta sua definitiva superação diante da necessidade de legitimação (social e moral) do fenômeno jurídico em conformidade com a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais a que ele se dirige¹¹⁸.

O advento do constitucionalismo social (Estado Social de direito) impôs a ampliação do conceito normativo de constituição, vinculando as categorias de juridicidade à efetivação de um quadro de valores até então externos ao direito. A concepção de normatividade atribuída à Constituição, portanto, rompe com a imagem positivista do direito (jurídico-formalista) porque assimila ao ordenamento jurídico a necessidade de apreciação da validade do direito em função da promoção da dignidade da pessoa humana através da compatibilização entre a ordem econômica e social¹¹⁹. Contudo, esse modelo, ainda que pregasse a superação de uma percepção formal do direito, não dava solução para a questão da igualdade¹²⁰.

É com a incorporação efetiva da questão da igualdade como conteúdo próprio a ser garantido pelo Estado – o que em certa medida já era visível no modelo anterior (Estado Social/Constitucionalismo social) – que se estrutura o Estado Democrático de direito, marcado, como mencionado, pela assunção de textos constitucionais diretivos e compromissórios, os quais passam a fornecer a efetiva possibilidade de

Império Britânico. É de salientar, ainda, o papel desempenhado pela Igreja Católica na formulação deste “novo liberalismo”. As encíclicas papais que formularam o conjunto teórico que se convencionou nominar “doutrina social da igreja” formaram uma das pilastras desta transformação. A *Rerum Novarum* inaugurou, em 1891, esta formulação, reafirmando a liberdade de contratar, mas vinculando-o a um elemento de justiça natural, anterior e superior à livre vontade dos contratantes, sustentando que o salário deve ser suficiente para o “sustento do operário frugal e de bons costumes” (n. 27). Configura-se, assim, a ideia de qualificação do interesse individual pelo social. Além disso, os desequilíbrios internacionais, bem como algumas outras influências oriundas do século XIX – descobertas científicas, grandes conglomerados fabris, formação de aglomerados urbanos, constitucionalismo e maior participação política, movimentos socialistas, em particular o aparecimento do Manifesto Comunista de 1848 –, formam o cenário apropriado para as mudanças que serão experimentadas pelo projeto estatal liberal”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014. p. 61-63.

¹¹⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. P. 17-19.

¹¹⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. P. 20-21.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014. p. 84.

transformação da realidade¹²¹. Nesse sentido, com a constitucionalização do direito¹²², “o direito Constitucional tende a ocupar o espaço inteiro da vida social e política, condicionando a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, as relações privadas e etc”¹²³. Portanto, as novidades do constitucionalismo se projetam essencialmente em dois aspectos teóricos: as fontes do direito e o problema de sua interpretação e aplicação, segundo o desenvolvimento de uma ciência jurídica “comprometida”, que coloca em questão a separação entre direito e moral¹²⁴.

Observa-se, portanto, que, relacionados ao “princípio da constituição escrita”, que deu origem ao constitucionalismo moderno, dois outros fatores ganham destaque no cenário do Estado Democrático de direito: primeiro a legitimidade da constituição e, em seguida, a função atribuída a ela. Diante da mudança paradigmática operada pelo contexto histórico político do segundo pós-guerra, a legitimidade das normas deixa de estar vinculada a uma fonte exclusivamente formal, passando a reportar-se ao seu conteúdo como resultado do consenso racional dos cidadãos. Quanto a função, passa a evidenciar a necessária garantia dos direitos dos cidadãos e limitação

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014. p. 90.

¹²² Guastini, nesse sentido, apresenta as principais condições para a constitucionalização. São elas I. A existência de uma constituição rígida, que incorpora os direitos fundamentais; II. A garantia jurisdicional da constituição; III. A força vinculante das constituições; IV. A “sobre-interpretação” da constituição; V. A aplicação direta das normas constitucionais. VI. A interpretação das leis conforme a constituição e VII. A influência das constituição sobre as relações políticas. Quanto às repercussões inerentes ao processo de constitucionalização do direito, elenca as: (a) a legislação é condicionada pela Constituição no sentido de que é tendencialmente concebida não mais como uma atividade “livre no fim”, mas como uma atividade “discricionária”, direta a fazer incidir a Constituição. Dito de outra forma: o legislador não pode escolher livremente os fins a perseguir, mas pode somente estipular os meios mais oportunos e/ou mais eficientes para realizar fins heterônomos pré-constituídos: os estabelecidos na Constituição; (b) a jurisprudência é condicionada pela Constituição no sentido de que os juízes têm o poder e o dever de aplicar não somente as leis, mas também a Constituição; (c) por conseguinte, as relações privadas são condicionadas pela Constituição no sentido de que esta disciplina agora não somente as relações travadas entre Estado e cidadãos, mas também as relações, como se costuma dizer, “inter-particulares”; (d) o estilo doutrinário é condicionado pela Constituição no sentido de que a doutrina tende a buscar nela o fundamento axiológico das leis (penais, civis, administrativas, processuais, tributárias etc.) e a expor o seu conteúdo normativo como uma mera revelação dos princípios constitucionais; assim, por exemplo, todo estudo doutrinário sobre qualquer objeto específico (consideremos o direito Contratual) é precedido de uma análise dos princípios constitucionais que regem a matéria em questão (no caso, os contratos). In: GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 272-273.

¹²³ GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 272.

¹²⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 2005.p. 16.

de sua violação pelo Estado¹²⁵. É nesse contexto que se desenvolve o neoconstitucionalismo. Conforme Miguel Carbonell¹²⁶,

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir depois da Segunda Guerra Mundial e sobretudo a partir dos anos setenta do século XX. Trata-se de constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, mas que contêm altos níveis de normas "materiais" ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certas finalidades e objetivos. Ademais, essas constituições possuem amplos catálogos de direitos fundamentais, o que pressupõe um novo marco de relações entre o Estado e os cidadãos, sobre tudo em razão da profundidade e detalhamento dos postulados constitucionais que garantem tais direitos¹²⁷.

A partir dessas constituições democráticas, o ideal de caráter diretivo (sua função de norma diretiva fundamental) ganha proeminência em relação a concepção de rigidez e da "simples" função de garantia de direitos, impondo ao direito papel de orientar os poderes públicos e condicionar os particulares de tal maneira que somente assim se possa assegurar a realização dos valores constitucionais¹²⁸. Essa dimensão de garantias normativas, além de constituírem o fundamento da democracia, passam a apontar para a necessidade da institucionalização de um método constitucional¹²⁹

¹²⁵ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998. p. 25.

¹²⁶ Tradução nossa. CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. (Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 8). p. 160-161.

¹²⁷ Texto original "El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. (Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 8). p. 160-161.

¹²⁸ FIORAVANTTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 4º ed. Trotta: Madrid, 2003. p. 121.

¹²⁹ Nesse sentido ver Friederich Müller "Métodos de trabalho do direito constitucional". Segundo o autor, "Como designação de uma concepção global sistematicamente reflexionante dos modos de trabalho do direito (constitucional), a "metódica" no sentido aqui usado é o conceito abrangente de "hermenêutica", "interpretação", "métodos de interpretação [Auslegung]" e "metodologia" ["Methodenlehre"]. "Hermenêutica" não se refere aqui a tradicional doutrina da técnica retórica na sua aplicação à ciência jurídica, mas às condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito. "Metodologia" significa no sentido tradicional a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas, como e. g. a interpretação gramatical ou sistemática, o procedimento analógico e regras similares. Em contrapartida, "hermenêutica" refere-se à teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos pressupostos epistemológicos e de teoria do direito da

capaz de dar conta, entre outras tarefas, da justificação jurídica que inclui a pretensão de correção do direito¹³⁰.

A perspectiva da interpretação/metódica constitucional, portanto, de acordo com os ideais democráticos, se insere na adequação do processo interpretativo à uma sociedade pluralista, entendida assim como a sociedade aberta dos intérpretes. O ato interpretativo das normas jurídicas passa, então, a carregar a função de colocá-las no tempo, de integrá-las à realidade pública. Essa premissa implica no reconhecimento de que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, sendo necessária a indagação sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional e, portanto, opera uma reconsideração acerca do processo constitucional para que seja estabelecida uma efetiva comunicação entre seus participantes¹³¹.

Compreender a participação plural de intérpretes das normas constitucionais é levar em conta que todas as potências públicas participantes materiais do processo social estão envolvidas no processo interpretativo, sendo ele ao mesmo tempo elemento resultante e formador da sociedade aberta. Uma constituição que estrutura não só o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, uma vez que essas representam um pedaço da publicidade e da realidade pública da constituição¹³². Nesse sentido, as influências, expectativas e obrigações a que os juízes estão

metodologia jurídica. Por fim, "interpretação" ["Interpretation" ou "Auslegung"] diz respeito às possibilidades do tratamento jurídico-filológico do texto, i. é, da interpretação de textos de normas. Ocorre que uma norma jurídica é mais do que o seu texto de norma. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto. Assim a "metódica" no sentido aqui apresentado abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito, mesmo à medida que elas transcendem – como a análise do âmbito das normas, como o papel dos argumentos de teoria do Estado, teoria do direito e teoria constitucional, como conteúdos dogmáticos, elementos de técnica de solução e elementos de política jurídica, bem como constitucional – os métodos de interpretação [Auslegung] ou interpretação [Interpretation] no sentido tradicionalmente restringido". In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 22.

¹³⁰ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. P. 22-23.

¹³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 19.

¹³² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. 33.

submetidos, por exemplo, contém uma parte da legitimação das decisões e evitam o livre arbítrio na interpretação judicial¹³³.

Em vista disso é que a questão da neutralidade do intérprete torna-se incompatível com as demandas impostas pela metódica constitucional. Afinal, os princípios de justiça ou, como refere Susanna Pozzolo, os princípios morais positivados, requerem uma abordagem normativa baseada em um engajamento moral, o que, por sua vez, implica na adoção de um ponto de vista interno à prática interpretativa. Somente a partir da perspectiva “daquele que aceita moralmente o direito como guia para o próprio comportamento e como critério de crítica para o comportamento dos outros, seria possível compreender o que é o direito e o que não é; somente por esta via seria possível *justificar* ações e decisões”¹³⁴.

As exigências interpretativas impostas pelo/ao neoconstitucionalismo, dessa forma, acabam tornando-se dependentes do modo como essa doutrina concebe a Constituição. Como afirma Susanna Pozzolo,

O modo de interpretar a Constituição é estritamente relacionado com o modo de concebê-la, isto é, a metodologia interpretativa e suas exigências conexas não dependem da configuração, por assim dizer, neutra, objetiva ou verdadeira [como impunha a teoria positivista], mas sim de uma específica reconstrução neoconstitucionalista, em particular, da adoção de o modelo *prescritivo da Constituição como norma*; e a partir daí derivam critérios interpretativos específicos, úteis para caracterizar a mesma doutrina neoconstitucionalista (...) a afirmação de uma certa concepção de constituição (neste caso, neoconstitucionalista) determina certas exigências e técnicas interpretativas (como por exemplo, a ponderação de valores) que se convertem em uma prática social e assim contribuem para redefinir ou reconfigurar o objeto interpretado (a constituição)¹³⁵.

Portanto, “a crítica ao direito positivo não representa mais uma crítica externa dirigida sobre a base da adoção de uma teoria moral qualquer ou do bem da parte do

¹³³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 32.

¹³⁴ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 85.

¹³⁵ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 78.

intérprete, mas evidencia defeitos objetivos e internos do próprio sistema, defeitos que não dependem da interpretação, mas são próprios do objeto a ser interpretado. (...) a justiça se transforma em um dos elementos de validade do direito¹³⁶. Tal tendência à satisfação do ideal moral imposta ao direito pelos princípios jurídicos (positivados), transformam o *dever ser* em um tipo de função interna, o que no modelo positivista (direito como simples questão de fato expressado por regras jurídicas) era posto à margem da interpretação do direito¹³⁷.

A atividade judicial, dessa forma, passa a ser o “ponto de equilíbrio entre razão, valores e a vontade das maiorias”¹³⁸, ou seja, a normatividade da constituição torna-se dependente do momento de aplicação/interpretação porque “não adianta haver previsão constitucional de inúmeros direitos se eles não possuem eficácia”¹³⁹. Notadamente esta transformação operada pelo neoconstitucionalismo – garantia do forte conteúdo normativo pela jurisdição – é resultado reunião de elementos de duas tradições constitucionais¹⁴⁰ diversas. A ideia de garantia jurisdicional e uma correlata

¹³⁶ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 83.

¹³⁷ POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 82.

¹³⁸ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25.

¹³⁹ MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2018. p. 28.

¹⁴⁰ Acerca das duas tradições constitucionais que com frequência caminharam separadamente, esclarece Prieto Sanchís: uma primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. En líneas generales, esta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en esse juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más "neutro" de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del más amenazador de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En este esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero – con independencia, ahora, de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano - se trata, en principio, de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política. La segunda tradición, en cambio, concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición la

desconfiança em relação ao legislador, a partir da qual a noção de poder constituinte ganha um matiz mais liberal (limitação das decisões das maiorias), advém do constitucionalismo norte-americano. Da tradição continental, herda um ambicioso programa normativo, o qual supera a exigência de organização do poder mediante o estabelecimento das “regras do jogo”¹⁴¹.

A exigência de que as leis restassem efetivamente compatíveis com o conteúdo das normas constitucionais¹⁴², agregada à efervescência de um novo meio de pautar a aplicação do direito – voltado para a utilização de critérios extravagantes à legislação –, resultou na centralidade exercida pelo judiciário¹⁴³. Tal papel de destaque assumido pela jurisdição constitucional, exigiu o desenvolvimento de uma teoria do direito capaz de explicar os efeitos dessa renovação que marca o direito contemporâneo¹⁴⁴; e, ainda que não haja segurança para apontarmos as características de uma única teoria pós-positivista e neoconstitucional, podemos através da reconstrução do argumentos

Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc. También, en líneas generales, cabe decir que esta es la concepción del constitucionalismo nacido de la revolución francesa, cuyo programa transformador quería tomar cuerpo en un texto jurídico supremo. Sin embargo, aquí la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo; pero, como quiera que ese pueblo actúa a través de sus representantes, a la postre será el legislativo quien termine encarnando la rousseauiana voluntad general que, como es bien conocido, tiende a concebirse como ilimitada. Por esta y por otras razones que no es del caso comentar, pero entre las que se encuentra la propia disolución de la soberanía del pueblo en la soberanía del Estado, tanto en Francia como en el resto de Europa a lo largo del siglo XIX y parte del XX, la Constitución tropezó con dificultades prácticamente insalvables para asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente al gobierno. De modo que este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo: es el poder político de cada momento, la mayoría en un sistema democrático, quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuanto aparece “prometido” en la Constitución.” In: SANCHÍS, Luis Prieto. **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Lima: Palestra Editores, 2007. (Serie Derechos y garantías, 5). p. 112-113.

¹⁴¹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Lima: Palestra Editores, 2007. (Serie Derechos y garantías, 5). p. 114-115.

¹⁴² Cf. FERRAJOLI. **direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁴³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

¹⁴⁴ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97.

apresentados pelas diversas correntes teóricas que se desenvolveram neste paradigma “dizer o que não server para a contemporânea teoria do direito”¹⁴⁵.

Segundo Lenio Streck, são as principais características do neoconstitucionalismo¹⁴⁶:

I. **O pragmatismo.** No âmbito da teoria do direito contemporânea essa postura pode ser considerada como um "quase sinônimo" de realismo e axiologismo. O pragmatismo e suas variantes mantêm uma estreita relação com sua origem "pragmaticista" em Charles Peirce, ou seja, uma filosofia desprovida de fundamentos ontológicos *a priori*. No entanto, remonta ao termo grego "pragma", que significa uma ocorrência, um fato concreto, especialmente algo prático, com efeitos relevantes. As primeiras manifestações pragmati(ci)stas no direito podem ser identificadas no realismo escandinavo (representado por Alf Ross e Olivecrona) e no realismo norte-americano (representado por Wendell, Pound e Cardozo), o que explica a "semelhança" entre essas duas abordagens jurídicas. A partir dessa postura, “o juiz é o protagonista que “resolverá” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos”¹⁴⁷.

II. **O ecletismo (sincretismo) metodológico.** Ao considerar a metodologia como uma teoria do direito, corre-se o risco de comprometer a aplicação do direito sempre que recorrermos a "mixagens" de matrizes teóricas incompatíveis. Essa problemática torna-se particularmente evidente ao se confrontar, por exemplo, a

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 199.

¹⁴⁶ Diante da sedimentação das teorias (neo)constitucionalistas em diversas correntes e das sucessivas críticas que sofreu, na medida em que este trabalho não se propõe a trabalhar especificamente esse tema, apresentarei as principais características desse debate apontadas pelo prof. Lenio Streck quando ele propõe uma leitura do movimento neoconstitucional como superação “tanto à noção liberal como a noção de constitucionalismo social; do mesmo modo, (...) como superador do positivismo jurídico”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 229. Tais características são elencadas mais ou menos a partir da mesma estrutura segundo a leitura de Streck de autores como Susanna Pozzolo, Luis Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini, e aparecem no prefácio supramencionado e no texto “Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo”, publicado na Revista da Ajuris e no periódico Observatório da Jurisdição Constitucional, do IDP. STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 40, n. 132, p. 185-208, 2013. E STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da jurisdição constitucional**, ano 7, n.2 , p. 25-48, jul./dez. 2014.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 209.

hermenêutica filosófica com as teorias da argumentação. Enquanto a primeira fundamenta-se na pré-compreensão (antecipação de sentido) como condição de possibilidade, as segundas operam no nível da explicitação lógico-procedimental. Ademais, enquanto a hermenêutica, ancorada na tradição, defende um antirrelativismo, as teorias da argumentação mantêm a discricionariedade. Não podemos ignorar, nesse sentido, as combinações inadequadas realizadas por alguns autores neoconstitucionalistas entre as posições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, ou entre as teorias de Habermas e Alexy.

III. O principialismo. Essa característica pode ser considerada o ponto de interseção entre direito e moral no neoconstitucionalismo. Nesse contexto, os princípios são entendidos como "pautas axiológicas" ou "mandados de otimização", refletindo a incorporação de "valores" nos textos constitucionais. A Constituição, por sua vez, é vista como uma "ordem suprapositiva de valores", conforme o conceito introduzido pelo Tribunal Constitucional alemão durante o auge de sua prática de "Jurisprudência dos Valores". A distinção estrutural entre regras e princípios tradicionalmente proposta pelo neoconstitucionalismo oferece uma resposta sistemática, mas não resolve a questão da concretização propriamente dita. Isso se deve ao fato de que essa distinção está enraizada na antiga problemática apresentada pelo neopositivismo lógico e sua superação pela filosofia da linguagem ordinária¹⁴⁸.

A realização de uma distinção estrutural (no nível semântico), os princípios acabam assumindo uma posição que lhes retira sua "razão principiológica", transformando-se em meta-regras. Isso resulta na integração dos princípios no sistema jurídico apenas para compensar as insuficiências ontológicas das regras, como ocorre, por exemplo, na teoria da argumentação jurídica. Vale lembrar que, na teoria da argumentação jurídica, os casos fáceis, em que se aplicam regras, são resolvidos pela subsunção (análise sintático-semântica), enquanto os casos difíceis, são resolvidos com os princípios pela técnica (pragmática) da ponderação (embora esta se concretize como uma regra, que também será aplicada por subsunção).¹⁴⁹

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 210.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 214-215.

IV. O estatalismo garantista. Trata-se, essencialmente, do elemento que permite que a democracia se realize no e através do direito, com o Estado funcionando como o *locus* privilegiado e principal agente de transformação das relações sociais, sendo essa característica que garante a existência de mecanismos institucionais para a tutela dos direitos fundamentais. O Estado deixa de ser o "inimigo" dos direitos fundamentais para se tornar seu protetor e promotor de uma sociedade justa e solidária, superando a dicotomia de caráter liberal-individualista que o colocava em oposição com a Sociedade. Esse entendimento terá implicações na discussão sobre a liberdade de conformação do legislador e, conseqüentemente, na definição do que constitui uma "decisão judicial". Se o legislador está vinculado à Constituição – o que representa um grande avanço rumo à autonomia do direito (institucionalização da moral no direito) – de modo semelhante, não haverá espaço para a discricionariedade judicial¹⁵⁰.

V. O judicialismo ético-jurídico. O novo paradigma demanda aos intérpretes do direito a necessidade de elaborar juízos de adequação e justificação com natureza ética, além das técnicas estritamente subsuntivas e jurídicas. Isso porque, à medida que se reduz a liberdade de conformação do legislador – característica central do positivismo – ocorre um deslocamento da tensão em direção ao Poder Judiciário, aumentando, conseqüentemente, o poder dos juízes e dos tribunais que deixam de ser meros “porta-vozes da lei”. Esse fenômeno pode acarretar problemas para a democracia – aspecto que não tem sido devidamente considerado por alguns defensores do neoconstitucionalismo que confundem a exigência de um direito "moralizado" com a "moralização do direito". Portanto, mais do que suscitar um "judicialismo ético-jurídico", é necessário questionar as condições de possibilidade que temos para controlar e racionalizar as decisões judiciais. A teoria do direito, nesse ponto, deve fazer uma escolha: admitir ou não a discricionariedade judicial. Conferir aos juízes um poder discricionário pode representar um retrocesso ao positivismo ¹⁵¹.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 215-216. Refere-se que esta característica não está elencada no texto *Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo*

¹⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 216-217.

VI. O interpretativismo moral constitucional. Essa característica poderia ser interpretada como uma forma de "imperialismo da moral" que se expressa pela influência dos "juízos de valor" nas interpretações do direito. Esse seria um problema para o neoconstitucionalismo, segundo Lenio Streck, se entendermos que a discricionariedade é um elemento indispensável para tal teoria. A fragilização de qualquer teoria que se pretenda "neoconstitucional" ocorrerá se, em primeiro lugar, considerarmos que os juízos morais possam corrigir o direito produzido democraticamente, o que implica na admissão da discricionariedade, um problema que aparece, por exemplo, em Alexy; e, em segundo lugar, se considerarmos que o exercício dessa "intervenção" da moral no direito esteja a cargo de um juiz (sujeito) que, a partir da consciência reflexiva, interprete esses valores e os aplique¹⁵².

VII. O pós-positivismo. O direito do Estado Constitucional, constituído predominantemente por princípios, não seria apto a aproximação 'rígida' e pouco 'dúctil' do método juspositivista, o que resultaria em uma negligência das demandas de justiça (substancial, e não meramente formal) que a prática jurídica traz em si¹⁵³. Nesse sentido, o pós-positivismo (superação do positivismo ou dos diversos positivismos) deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo quando considerado como um "paradigma jurídico". O ponto fundamental é que o positivismo em suas diversas formas nunca se preocupou em abordar o problema central do direito – que é o enfrentamento do problema interpretativo –, pois considerava a discricionariedade judicial (razão prática) como inevitável e incontrolável pelos mecanismos teóricos da ciência jurídica. Isso implica que todas as teorias jurídicas que se situam numa dimensão pós-positivista devem buscar responder o problema das ambiguidades e imprecisões dos textos jurídicos; e, em última análise, lidar com questões inerentes à chamada razão prática¹⁵⁴.

É importante notar que diferentes autores enfrentam esse desafio a partir de distintas orientações jusfilosóficas. Podemos identificar um pós-positivismo de matriz

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 218-220.

¹⁵³ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 69.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 220-221.

analítica, presente em autores como Robert Alexy e seus seguidores na teoria da argumentação jurídica; uma orientação pós-positivista de cunho discursivo-comunicacional, manifesta na teoria do direito de Habermas; uma matriz estruturalista, evidente no pós-positivismo de Friedrich Müller, embora influenciado pela hermenêutica gadameriana; e, finalmente, um pós-positivismo de matriz hermenêutico-fenomenológica, visível nas obras de Ronald Dworkin, Arthur Kaufmann e, em certa medida, Josef Esser. Cada uma dessas vertentes enfrenta o problema da razão prática de maneira diversa¹⁵⁵, o que impacta profundamente cada teoria, pois é a partir desse enfrentamento que se definem questões como validade, legitimidade e o significado conceitual de norma, regra, princípio, etc.¹⁵⁶

Para que uma teoria pós-positivista seja efetiva, dois elementos são indispensáveis: a) plena consciência do nível teórico em que se baseiam as projeções teóricas realizadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode recorrer a misturas teóricas; b) enfrentamento do problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo. Nessa medida, só pode ser considerada pós-positivista uma teoria do direito que tenha efetivamente superado o positivismo a partir do enfrentamento da discricionariedade judicial, ou, dito de outra forma, do solipsismo da razão prática – o que implica na assunção de uma tese de descontinuidade em relação ao conceito de princípio¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Nesse sentido esclarece Streck: a) a validade, por exemplo, apresentará uma feição procedural tanto na teoria analítica de Alexy quanto na teoria discursiva de Habermas - embora, no contexto geral, exista uma diferença qualitativa entre as duas teorias (em favor de Habermas). Enquanto isso, nas teorias de inspiração hermenêutica a validação ocorrerá no âmbito da própria decisão em um sentido contencioso; b) isso implica dizer que, na hermenêutica, a relação de validade não pode nunca ser dissociada da questão da legitimidade (veja-se quanto a isso a questão da autoridade em Gadamer e suas consequências para a construção da hermenêutica filosófica). Também a relação entre direito e moral aparecerá de diferentes modos em cada uma destas teorias, como discutiremos no início deste posfácio; c) desse modo, é preciso reconhecer que nem todas as formas que se intitulam de pós-positivistas realmente superaram o positivismo, mormente se examinado o positivismo a partir de suas características fundamentais (fontes sociais, relação direito-moral e discricionariedade); d) a teoria de Robert Alexy – embora seja caracterizada por ele como uma teoria não positivista (ou pós-positivista) – continua a reconstituir vários dos conceitos do velho positivismo, como se estivesse a celebrar, ainda hoje, a vitória de pirro do positivismo sobre a solipsista razão prática”. In: STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 222-223.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 221-222.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 222-223.

VIII. O juízo de ponderação. A falta de concretização das Constituições programáticas exigiu uma reformulação na teoria dos princípios, levando ao abandono do critério fraco de diferenciação (que considerava princípios e regras como possuindo a mesma estrutura lógica hipotético-condicional, mas com diferentes densidades semânticas) em favor da adoção de um critério forte de distinção, onde os princípios passaram a ser compreendidos com uma estrutura lógica distinta daquela das regras. Esta mudança metodológica submeteu os princípios ao critério da ponderação (enquanto as regras permaneceram sob o domínio da subsunção), abrindo novas possibilidades para a aplicação dos princípios, o que não tardou a resultar na utilização da ponderação como ferramenta para aplicação direta, controlada pela proporcionalidade¹⁵⁸.

Contudo, este movimento não conferiu aos princípios uma suficiência ontológica e semântica e, mais ainda, perpetuou um erro originário: o mundo prático foi incorporado ao sistema e, paradoxalmente, passou a ser compreendido através da abstração inerente à concepção de sistema. Assim, o mundo prático, que é por natureza concreto e pragmático, foi retratado como um conceito abstrato, próprio da ideia de sistema. A percepção inicial de que os princípios careciam de densidade semântica serviu, de certa forma, para conter o avanço do “pamprincipiologismo”, mas o equívoco no diagnóstico da crise conduziu a um aumento da discricionariedade, do decisionismo e da arbitrariedade associados aos princípios. Vale destacar que a teoria da argumentação – de onde a ponderação se originou – não conseguiu escapar do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, situação reconhecida pelo próprio Alexy¹⁵⁹.

IX. A especificidade interpretativa. De acordo com parte da doutrina neoconstitucional (Comanducci e Pozzolo, por exemplo), a interpretação da Constituição demandaria especificidades hermenêuticas distintas das utilizadas para outros “materiais normativos”, na medida em que a linguagem constitucional não pode ser interpretada com os mesmos instrumentos empregados na interpretação do direito infraconstitucional. Contudo essa abordagem se sustenta somente se considerarmos

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 224.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 224 e 226.

a interpretação como uma técnica ou método. No entanto, se compreendermos a interpretação como um ato de aplicação (*applicatio*), sem separação entre compreensão, interpretação e aplicação, então a conclusão é que interpretar é fazer hermenêutica. Nesse sentido, sustentar que o neoconstitucionalismo exige uma "especificidade interpretativa" é reduzir a Constituição a uma mera ferramenta à disposição do intérprete, sendo o método o "momento supremo da subjetividade do intérprete"¹⁶⁰.

X. A ampliação do conteúdo da Grundnorm. A reformulação da noção de legitimidade do direito sugere que a norma fundamental deva incorporar conteúdos morais, defendendo a ideia de que "normas jurídicas injustas não podem ser reconhecidas como normas jurídicas", conforme o argumento da injustiça proposto na fórmula de Radbruch e abordado por Robert Alexy. Não parece adequado, contudo, que o neoconstitucionalismo permaneça subordinado à noção kelseniana de norma fundamental (*Grundnorm*), mesmo que esta seja "redefinida" ou "reformulada". Segundo Lenio Streck, a "inclusão" dos conteúdos morais no direito não depende de um processo que exija um "novo tipo de norma fundamental" porque a moral se institucionaliza no direito, razão pela qual a moral, segundo o autor, não pode ser vista como um elemento corretivo¹⁶¹.

XI. O conceito não positivista de direito. Por essa característica, os princípios constitucionais alçam a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral, apontando para um direito que deve ser, ao contrário da proposta positivista que se limitava a analisar aquilo que o direito é. Essa formulação rompe – a partir da inserção dos princípios entre as fontes do direito – com “o mundo de regras do positivismo”, sendo assim a efetiva condição de possibilidade para o desenvolvimento de uma teoria neoconstitucional¹⁶².

Das características apresentadas como as principais do neoconstitucionalismo apenas algumas podem ser consideradas como elementos efetivos para a superação dos ideais dos constitucionalismos de vertente liberal e social, bem como do

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 226-227.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 227-228.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 228-229.

paradigma positivista, cujos preceitos fundamentais são as fontes sociais, a separação entre direito e moral e o problema da discricionariedade judicial. A relativização em relação ao enfrentamento de qualquer um destes postulados do positivismo torna qualquer formulação teórica dita neoconstitucional incompatível com as demandas do Estado Democrático de direito. Afinal, uma teoria pós-positivista deve propiciar as condições para a efetiva realização dos conteúdos materiais dos textos normativos¹⁶³ sem recair no relativismo e subjetivismo próprios do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência). No contexto brasileiro, esta é a proposta da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, que será objeto da próxima seção.

2.4. APORTES DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO PARA UMA TEORIA VERDADEIRAMENTE PÓS-POSITIVISTA

As contribuições das teorias neoconstitucionais, como visto até aqui, devem ser entendidas como argumentos que apresentam e conduzem à superação do positivismo jurídico. Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica desenvolvida pelo professor Lenio Streck compartilha alguns pontos com essas iniciativas, como por exemplo, a defesa de uma concepção de constituição compromissória e dotada de força normativa, a ideia de que a justiça em uma comunidade política só pode ser considerada a partir da proteção e efetivação de direitos fundamentais e a busca pela preservação da democracia contra irresponsáveis interpretações morais da constituição. No entanto, é preciso ter claro que, ainda assim, as diferenças entre a proposta neoconstitucional (filosofia analítica) e a Crítica Hermenêutica do Direito ficam evidenciadas quando compreendemos que estas teorias se sustentam em paradigmas filosóficos (*standarts* de racionalidade) antagônicos¹⁶⁴.

Com efeito, precisamos reconhecer o papel atribuído à aplicação da filosofia no desvelamento do fenômeno jurídico. Inclusive, é nessa toada que o professor Lenio Streck cunha a noção de filosofia *no* direito em contraposição ao que comumente é denominado filosofia *do* direito. Isso porque, como explica Ernildo Stein¹⁶⁵, a filosofia

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 229 e 233.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010. p. 241.

¹⁶⁵ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2002.

não deve ser considerada apenas um como ornamento (conjunto de textos/citações geralmente utilizadas de forma pontual), nem como orientação (através da qual, sem compromisso com o método, se produz algum texto sobre temas como a moral), mas como fundante de paradigmas de racionalidade, algo que serve para produção de reflexões que se vinculam a uma matriz de inteligibilidade específica, conforme um determinado método e a um determinado projeto filosófico. Nas palavras de Stein,

Quando se espera, no direito, que a Filosofia lhe preste serviços no que se refere ao limite e à fundamentação, o que se quer é encontrar elementos de racionalidade que garantem orientação e espaços de validade intersubjetiva. O estado de coisas que designamos como uma espécie de encontro entre direito e Filosofia pode ser descrito como um vetor ou um standard de racionalidade. Este não pode ser produzido pelo discurso jurídico, nem mesmo pode-se pressupor que esse discurso seja capaz da melhor escolha de um standard de racionalidade. Em todo caso, o direito irá encontrar a partir desse standard uma teoria filosófica capaz de orientar o levantamento de problemas e o conjunto de problemas a serem resolvidos.¹⁶⁶

De acordo com tal perspectiva, qualquer concepção que propugna encontrar na lógica da argumentação, de caráter puramente axiomático-dedutivo, a principal função contributiva da filosofia para o direito viola a diferença fundamental – identificada a partir da revolução kantiana, quando surgiram a teoria do conhecimento e a subsequente superação e inversão da relação objetivista – entre o discurso ordinário, no qual se incluem as linguagens naturais e as linguagens científicas, e o discurso filosófico, que utiliza uma linguagem própria e especializada vinculada à uma matriz de inteligibilidade, ou seja, a um método filosófico específico¹⁶⁷. Dessa forma, as teorias jurídicas contemporâneas, diante dessa condição imposta pela concepção de filosofia como método, caso não se fundamentem sobre sólidos e consistentes aportes filosóficos, estão inevitavelmente fadadas ao insucesso porque a filosofia habita o direito”¹⁶⁸.

Ademais, a teoria do direito, especialmente a partir de uma pretensa consolidação do Estado Democrático de direito, compromete-se com a busca por

¹⁶⁶ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. Injuí: Unijuí, 2002. p. 156.

¹⁶⁷ TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito e as condições de possibilidade para se compreender os fenômenos jurídicos. **Revisa Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XVII, n. 22, p. 258-268, jan./dez. 2013. p. 262.

¹⁶⁸ TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito e as condições de possibilidade para se compreender os fenômenos jurídicos. **Revisa Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XVII, n. 22, p. 258-268, jan./dez. 2013. p. 265.

explicar a legitimidade/legalidade das normas e, portanto, assume um propósito substancial¹⁶⁹, não podendo ser concebida como mera racionalidade instrumental. Nesse sentido, elaborar uma reflexão filosófica neste campo não se resume a aplicar a analítica da linguagem ou a considerar que os grandes desafios jurídicos residem na simples interpretação dos textos normativos. O aspecto crucial é reconhecer que, ao interpretar esses textos, ocorre um fenômeno subjacente que permanece encoberto, mas que influencia profundamente o pensamento jurídico¹⁷⁰. Para Streck,

É preciso compreender que o direito, na medida em que não está imune-blindado contra as transformações corridas no campo filosófico, é um fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional (chamada por *Schnädelbach* de “razão hermenêutica”) e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão. Por isso, “compreender sentido” não é apenas uma consequência, mas o fundamento da própria razão. Visto assim o problema hermenêutico não é apenas universal, mas, ao mesmo tempo, fundamental, isto é, sua solução já reside no âmbito da constituição de entendimento e razão e, desse modo, no campo avançado do problema do conhecimento, que Kant acreditava poder abordar com os meios dos conceitos do entendimento e da razão garantidos. Se, como tal, não existe razão sem compreensão de sentido, então, *o problema do sentido se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento*, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica¹⁷¹.

Essas transformações ocorridas no âmbito teórico podem ser consideradas como “transformações no modo de pensar que acabam marcando épocas diferentes, tão inovadoras são as perspectivas que se apresentam”¹⁷². Precisamos, pois, fazer uma breve contextualização dos paradigmas filosóficos em que se assentam determinadas posturas interpretativas. No *paradigma da filosofia clássica*, tinha-se que os objetos, ou aquilo que era dado ao conhecimento, eram determinantes ao fator organizacional de toda a racionalidade (mito do dado)¹⁷³. Até Kant pensava-se que

¹⁶⁹ Bix, Brian. **Teoria do direito: fundamentos e contextos**. São Paulo: Triant Lo Blanch, 2020. p. 31.

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 465.

¹⁷¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 404.

¹⁷² STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 9.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143.

existia uma relação real entre o ser e a essência – o sentido era dependente dos objetos, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-los¹⁷⁴.

O surgimento do Estado Moderno é marcado pela ruptura histórico-filosófica com o modelo objetivista, que pode ser representada pelo nascimento da subjetividade na busca da compreensão do mundo. Diante deste contexto, no *paradigma da filosofia da consciência*, o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão¹⁷⁵. Nesse contexto, o conhecimento é construído por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos, ou seja, o intérprete é o dono dos sentidos¹⁷⁶.

Ocorre que, no século XX – com a inserção do mundo prático na filosofia promovida pelo giro linguístico –, o paradigma da filosofia da consciência vê-se esgotado. A partir desta guinada, com a invasão da linguagem no campo da filosofia, transfere-se o próprio conhecimento para o campo da linguagem, o que “liberta a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência”¹⁷⁷. Diante deste novo paradigma, para além do elemento lógico-analítico, exsurge uma dimensão de caráter prático-pragmático e, na medida em que é na linguagem que se dá a ação”, ela passa a ser entendida como condição de possibilidade entre ser e objeto, não mais como uma terceira coisa que se coloca entre eles¹⁷⁸.

Nesse sentido, o giro linguístico deve ser compreendido, a partir de Heidegger. De acordo com a hermenêutica filosófica, o todo da cultura humana deve ser compreendido como envolvido num acontecer da historicidade de um sentido que nunca recuperamos em sua plenitude. A atividade interpretativa, assim, ascende de forma a tornar-se parte fundamental para a compreensão das mudanças ocorridas na produção do conhecimento científico após a metade do século XX¹⁷⁹.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 144.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14 e 17.

¹⁷⁹ STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 23.

A teoria hermenêutica, diante desse contexto, assume, por assim dizer, um papel fundamental enquanto reflexão crítica. Diante da afirmação da existência de uma contextualização do conhecimento, com a celebração dos processos interpretativos enquanto meios para a cognição de um processo complexo, a partir dos postulados da hermenêutica filosófica, provoca-se a reflexão acerca da necessidade de devolver à realidade – jurídica ou não – o sentido, a segurança e estabilidade pretendidos¹⁸⁰.

No âmbito do direito é muito comum que as teorias apresentem determinados postulados epistemológicos que representam apenas a consequência da projeção do paradigma filosófico predominante no período histórico em que se desenvolvem¹⁸¹. Nesse sentido, no contexto das revoluções liberais, a legalidade exsurge como proteção do cidadão frente a imprevisibilidade jurídica do exercício do poder pela autoridade, conferindo ao legislador o papel de distribuidor da justiça ao organizar de maneira geral as bases de convivência dos indivíduos¹⁸². O positivismo legalista fundou-se, portanto, na relação estrita entre direito e lei, “tendo o intérprete a tarefa de simples revelação do sentido, nela (lei) alocado por alguma autoridade externa a ele”¹⁸³. Essa postura é produto do paradigma da filosofia clássica, cuja atividade interpretativa é objetivista.

Por outro lado, na proposta do positivismo normativista (e das escolas que lhe deram origem), “o sentido originário da lei e a autoridade de quem a emite cede lugar para a sensibilidade do intérprete que deverá interpretá-la segundo, por exemplo, as finalidades para as quais ela foi criada; os interesses sociais que levaram a sua edição entre outras coisas. Haverá, inclusive os mais extremados que defenderão que a interpretação é um ato de vontade livre daquele que a profere”¹⁸⁴. A adesão a uma postura hermenêutico-interpretativa subjetivista, está vinculada, portanto, ao paradigma da filosofia da consciência. Na contemporaneidade, por outro lado, como adverte Lenio Streck,

¹⁸⁰ AGUIAR E SILVA, Joana. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 63.

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143.

¹⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História – lições Introdutórias**. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 227.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 144.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 144.

O que existe, ainda, é uma imensa dívida social a ser resgatada. Considerando-se que a fórmula do Estado Democrático de direito destina-se, justamente, para instrumentalizar o direito como um *campo privilegiado na concretização dos direitos sociais* mediante um certo grau de deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário, e levando-se em conta que a maioria dos direitos previstos na Constituição ainda não se realizou, é possível afirmar que a dogmática jurídica tem obstaculizado a efetivação/realização desses direitos. Este obstáculo está encravado sobre dois pilares: o primeiro, denominado nos limites destas reflexões como paradigma do modelo (ou modo de produção) liberal-individualista de direito, e o segundo, pela permanência, no plano do imaginário gnosiológico dos juristas, de um *mix* de posturas assentadas na vulgata da filosofia da consciência e no velho objetivismo (realismo filosófico)¹⁸⁵.

Dessa forma, para é preciso esclarecer que, acima de tudo, o imaginário jurídico (senso comum teórico dos juristas) se sustenta sobre uma mera vulgata dos paradigmas filosóficos que sustentaram os movimentos de constitucionalização liberal e social. Nesse sentido, a *vulgata do objetivismo*, refere-se a doutrina aristotélica como baseada única e exclusivamente no essencialismo. (Livros Theta e Zeta da Metafísica).

Para Aristóteles, o conceito de essência estaria intrinsecamente ligado ao conceito de substância. A substância é aquilo que existe em si mesmo e que serve como base para as propriedades e atributos de um objeto. Aristóteles define substância como aquilo que existe de forma independente e que não depende de outra coisa para a sua existência. Em contraste com os atributos ou características que podem mudar, a essência é aquilo que permanece constante e define a identidade de um ser.¹⁸⁶

Por exemplo, na metafísica de Aristóteles, a essência de um objeto é aquilo que o faz ser o que é, em oposição a outros objetos. Se considerarmos um cavalo, sua essência seria a sua natureza fundamental que o faz ser um cavalo e não um outro tipo de animal. A essência do cavalo é, portanto, sua definição intrínseca, que inclui características como ter quatro patas, uma crina, e ser um animal herbívoro.

Tendo isso por base, o estagirita elabora uma teoria das quatro causas, que elucidariam a constituição dos objetos do mundo. A causa material explica a

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 333.

¹⁸⁶ BARNES, Jonathan. Metaphysics. In: BARNES, Jonathan (Ed.). **The Cambridge Companion to Aristotle**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 90-91.

substância de que a coisa é feita, como a madeira de uma cadeira. Já a causa formal define a forma ou a estrutura que define o que algo é. No caso da cadeira, é o design e a forma específica que a torna uma cadeira. Por sua vez, a causa eficiente descreve o agente ou a força que traz a coisa à existência. Para a cadeira, seria o carpinteiro que a constrói. Por fim a causa final narra o propósito ou a finalidade para a qual algo existe. A finalidade da cadeira é, pois, fornecer um assento¹⁸⁷.

Veja-se que a causa final é completamente ignorada por aqueles que, de uma forma ou de outra, aderem à vulgata do objetivismo, que fica adstrita à causa formal. O pensamento aristotélico é absolutamente indissociável de sua teleologia, em especial nas áreas mais práticas do conhecimento, como o direito e, naturalmente, a Ética. Já nas primeiras linhas do *Ética a Nicômaco*, postula o autor:

Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem. Mas observa-se entre os fins uma certa diferença: alguns são atividades, outros são produtos distintos das atividades que os produzem. Onde existem fins distintos das ações, são eles por natureza mais excelentes do que estas.

Ora, como são muitas as ações, artes e ciências, muitos são também os seus fins: o fim da arte médica é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia é a vitória e o da economia é a riqueza. Mas quando tais artes se subordinam a uma única faculdade — assim como a selaria e as outras artes que se ocupam com os aprestos dos cavalos se incluem na arte da equitação, e esta, juntamente com todas as ações militares, na estratégia, há outras artes que também se incluem em terceiras —, em todas elas os fins das artes fundamentais devem ser preferidos a todos os fins subordinados, porque estes últimos são procurados a bem dos primeiros. Não faz diferença que os fins das ações sejam as próprias atividades ou algo distinto destas, como ocorre com as ciências que acabamos de mencionar¹⁸⁸.

Na passagem referida, é possível observar que Aristóteles distingue as ciências teóricas das práticas, de modo que o raciocínio aplicável a elas igualmente se distingue. O raciocínio matemático é absolutamente distinto do ético e jurídico não só pela natureza do seu objeto, mas também (e por conta disso) do seu método e da sua exatidão. É comum a todas as ciências que elas busquem princípios e causas, mas o modo como isso é buscado, segundo Aristóteles, varia de acordo com esses grupos

¹⁸⁷ BARNES, Jonathan. *Metaphysics*. In: BARNES, Jonathan (Ed.). **The Cambridge Companion to Aristotle**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 91-93.

¹⁸⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 9.

mencionados¹⁸⁹. Não se pode, portanto, observar a conduta humana esperando o mesmo nível de precisão com que se define um cavalo ou uma cadeira. É, portanto, uma verdadeira injustiça com a obra de Aristóteles associá-lo a uma corrente tão rasa quanto a vulgata do objetivismo, especialmente quando observamos tamanha complexidade e profundidade dos temas que aborda.

Já a *vulgata da filosofia da consciência* se funda numa releitura desastrosa da história da filosofia, passando de Descartes a Nietzsche com fundamento no sofisma “o homem é a medida de todas as coisas”.

O ponto de partida do subjetivismo moderno é encontrado em René Descartes, cuja obra “*Meditações sobre a Filosofia Primeira*” estabelece a subjetividade como a base da certeza filosófica. Descartes inicia sua investigação com o método da dúvida sistemática, questionando a validade de todas as crenças que não possam ser absolutamente certas. Sua famosa conclusão “*Cogito, ergo sum*” (Penso, logo existo) afirma que a única certeza indubitável é a própria existência do sujeito pensante. Para Descartes, a consciência é o *locus* fundamental da verdade e da realidade, sendo a consciência do eu o ponto de partida para todo conhecimento¹⁹⁰.

Diante do argumento cético Hume sobre a impossibilidade de atribuição de veracidade ao conhecimento fundamentado na consciência, que por si só não é um fato, mas uma mera coleção de percepções¹⁹¹, Kant propõe que o conhecimento é estruturado por categorias *a priori* da racionalidade que moldam a experiência. A consciência, por conseguinte, não seria uma mera receptora passiva de dados sensoriais, mas um agente ativo que organiza e interpreta a experiência. Essa abordagem enfatiza a subjetividade como um fator fundamental na constituição do conhecimento, destacando a importância das estruturas cognitivas que moldam a percepção da realidade¹⁹².

Posteriormente, com Nietzsche, o paradigma subjetivista é levado a um novo extremo. Com sua crítica ao valor absoluto e à verdade objetiva, como exposto em “*Além do Bem e do Mal*”, Nietzsche argumenta que a verdade e os valores são

¹⁸⁹ SILVEIRA, Denis Coitinho. A ética aristotélica das virtudes: compatibilismo entre o universalismo e o particularismo. In: SILVEIRA, Denis Coitinho. **Ensaios sobre Ética: complementaridade entre uma ética dos princípios e das virtudes**. Pelotas: Editora e Gráfica Universitária, 2008. p. 168

¹⁹⁰ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. v. 3. São Paulo: Paulus, 2005. p. 291-294.

¹⁹¹ REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. v. 4. São Paulo: Paulus, 2005. p. 135.

¹⁹² REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. v. 3. São Paulo: Paulus, 2005. p. 359-363.

construções subjetivas, fruto das perspectivas individuais e das vontades de poder, sendo a consciência um campo de disputa para a criação de valores e o sentido da existência dado pela própria criação e interpretação subjetiva¹⁹³.

Como bem resume Streck:

Eis, aqui, o busílis da questão: a grande distinção entre a filosofia da consciência em sentido estrito e a sua vulgata voluntarista patrocinada pela doutrina crítica (sic) do direito. Explico: de Descartes a Hegel e Kierkegaard, a subjetividade é entendida como um ponto onde aparecem os outros entes com os quais entramos em contato. Isso não significa afirmar, de todo modo, que a subjetividade, antes de Nietzsche, não seja relativista. Na Introdução à Filosofia, Heidegger vai dizer que “se a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo ‘subjetivo’, enquanto não houver algo que mantenha uma certa intersubjetividade”. Mas é somente com Nietzsche é que a vontade se torna fundamento, e essa vontade não tem fundamento se não ela mesma, culminando no absoluto relativismo. Pior do que um sujeito que concentra a realidade em si é o sujeito que parece predominar no cenário jurídico atual, o sujeito dono dos sentidos, que nega a realidade externa, o niilista¹⁹⁴.

Dessa forma, a dogmática jurídica tradicional, fundamentada nos dogmas do positivismo e, por consequência, nas vulgatas dos paradigmas filosóficos que os sustentam, almeja um sentido para o Direito revelado pela norma, “como se ela fosse o veículo de essência de coisas e de fatos sociais” e que, no momento de sua aplicação, diante de lacunas e imprecisões próprias da linguagem, a ela sejam atribuídos sentidos de forma arbitrária. Essa aposta metodológica ultrapassada, como foi visto, se constitui mediante o emprego das “regras do método e dos instrumentos lógicos”, bem como da necessidade de cindir os atos de interpretação e aplicação do direito¹⁹⁵.

Contra a cultura de reprodução acrítica de valores, a partir virada linguística, é imposto o enfrentamento da vagueza do direito a partir das regras da língua, do cotidiano e da história. O que implica, como ensina o professor Lenio, que o direito seja compreendido “não como um conjunto de normas com sentidos em-si-mesmos,

¹⁹³ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1996. p. 111-115.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 209.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**. São Leopoldo, n. 2, vol. 4, p.185-192, jul./dez. 2012. p. 188.

latentes, pré-constituídos, mas sim como um conjunto de normas que, permanentemente, reclamam sentidos, onde o processo de produção de sentido é assumido como inexorável”¹⁹⁶. Portanto, uma teoria verdadeiramente pós-positivista deve buscar (re)conciliar o conhecimento prático e o conhecimento teórico como garantia da pretensão/dever de validade do direito. Este é o pano de fundo que deve ser considerado na interpretação considerações que serão desenvolvidas no âmbito deste trabalho.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**. São Leopoldo, n. 2, vol. 4, p.185-192, jul./dez. 2012. p. 188.

3. O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO

Busquei, no capítulo anterior, apresentar e contextualizar como premissa aglutinadora das diversas teorias positivistas que se desenvolveram desde o início do século XIX a pretensão de, a partir da cisão entre fato e norma, vincular a cientificidade (veracidade) da teoria do direito à sua capacidade de descrever, de forma neutra e externa, os fenômenos jurídicos. Até aqui, contudo, mesmo buscando dizer aquilo que o direito *não* deve ser, não me posicionei acerca de qual penso ser a melhor forma de se compreender e justificar o fenômeno jurídico, o que passarei a fazer agora, a partir de Ronald Dworkin, cuja teoria da interpretação se desenvolve a partir do direito, mas acaba repercutindo em uma proposta de teoria moral.

A defesa do conceito de direito como conceito interpretativo, a partir de Dworkin, está vinculada à consideração da existência de um elemento valorativo associado ao propósito da prática jurídica. Essa premissa, que será trabalhada na primeira seção deste capítulo, pode ser apresentada a partir da análise da própria argumentação empregada pelos juristas (especialmente os juízes) e revela a existência de padrões normativos diferentes das regras que conduzem as interpretações à uma resposta correta, não a partir de uma perspectiva linguístico-convencional, ou seja, factual, mas sim valorativa. Nesse sentido, a dimensão normativa do conceito de direito, cuja compreensão envolve a sua aplicação (falando de uma perspectiva hermenêutica), se dá a partir dos desacordos ocorridos entre os seus participantes.

Cumprе salientar, desde logo, que os argumentos que justificam à melhor compreensão do conceito direito, de acordo com a teoria de Dworkin, prenunciam (e são indissociáveis de) sua proposta epistemológica. Posto que, Dworkin, diante de seu diagnóstico de que os positivistas, ao considerarem o direito como conceito criterial, atrelam a validade normativa à questões de fato, violando seu próprio fundamento (distinção entre ser e dever ser/lei de Hume), propõe que o conceito de direito seja compreendido como um conceito interpretativo e, portanto, sujeito ao método por ele apresentado.

Em face da vinculação entre direito e moralidade política, as proposições jurídicas devem ser justificadas segundo a linguagem da moral, posto que sua validade/normatividade decorre justamente dessa relação. Esse argumento se estrutura a partir de uma crítica ao ceticismo de acordo com uma perspectiva teórica

antiarquimediana e holista, à qual é atribuída a designação de “unidade e independência do valor”. Essa postura epistemológica é o alicerce do interpretativismo e foi adotada pelo autor nas críticas que opôs tanto ao positivismo jurídico, quanto à teoria metaética, as quais serão apresentadas, respectivamente, nas seções 2 e 3.

A (correta) justificação de um conceito interpretativo, como é o direito, segundo Dworkin, deve assumir que todas as proposições a ele relativas pertencem ao mundo do valor, razão pela “poderíamos tratar o direito como um segmento da moral”¹⁹⁷. Portanto, a relação entre direito e moral, tema da seção 4, deve se sustentar em uma teoria verdade que atende aos ideais de integridade e de responsabilidade, sendo vinculada as particularidades do campo de investigação a que se refere.

3.1. O GRANDE ATAQUE AO POSITIVISMO JURÍDICO

Ronald Dworkin articula sua primeira resposta às teses positivistas em *Levando os direitos a sério*¹⁹⁸ (1977), opondo-se à afirmação de que a teoria do direito seria incapaz de explicar o porquê dos juízes, quando debatem o conteúdo do direito, vinculam-se a padrões morais¹⁹⁹. Para o autor, a incompatibilidade entre o adequado conceito do direito e o modelo de regras, como proposto por Hart, é reforçada pela própria apreciação da prática habitual dos Tribunais, posto que os juízes recorrem diariamente a essa natureza argumentativa e interpretativa do direito quando fundamentam suas decisões em casos difíceis²⁰⁰.

Inicialmente, o autor caracteriza a tese de Hart a partir de três principais pontos. Primeiro, o direito seria “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”²⁰¹. Segundo, na medida em que essas regras podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos,

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 51.

¹⁹⁸ O artigo que deu origem ao capítulo “Modelo de regras I” foi originalmente publicado em 1967 com o título “The model of Rules” na revista de direito da Universidade de Chicago, vol. 35, ls.1.

¹⁹⁹ SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed**. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 mai 2024. p. 5 e SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed**. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 25.

²⁰⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 28.

também revelando-se coextensivas ao direito, se algum caso não estiver coberto por tais regras, pode ser decidido por alguma autoridade pública a partir de seu discernimento pessoal. Finalmente, na ausência de uma regra jurídica válida, não existiria obrigação jurídica²⁰². Ou seja, quando a decisão não tem o seu conteúdo determinado por uma regra, não será certa ou errada do ponto de vista jurídico²⁰³, o que resume o principal ponto de divergência com Dworkin, que admite a existência de componentes além das regras que conduzem os argumentos dos intérpretes em uma direção *correta*²⁰⁴.

Esses padrões, ou *standards*²⁰⁵ são os princípios²⁰⁶, que “revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica”²⁰⁷. Para Dworkin,

os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. Isto é, o (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa (...) da parte do operador do direito²⁰⁸.

Dessa forma, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”²⁰⁹. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada e por isso são diferentes dos princípios no âmbito de sua aplicação, dimensão e validade. Na aplicação, enquanto as regras se excluem reciprocamente porque diante de “fatos previstos para a incidência simultânea de mais de uma regra, somente uma delas será considerada válida e aplicável”²¹⁰; os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em certa direção e, ainda que necessitem de uma decisão particular,

²⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 28.

²⁰³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

²⁰⁴ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 77.

²⁰⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

²⁰⁶ Convém ter presente a distinção entre princípios e políticas. Os primeiros contemplam um padrão que deve ser observado em razão de suas exigências de justiça ou de equidade ou de alguma dimensão da moralidade, enquanto a segunda abrange um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 36

²⁰⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

²⁰⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 164.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

²¹⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Jusprofivm, 2017. p. 103.

através deles “não se apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”²¹¹. Ademais, mesmo na existência de princípios ou de políticas conflitantes, estes ainda farão parte do ordenamento jurídico e poderão ser decisivos em outros casos²¹².

No âmbito da dimensão, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão do peso ou da importância”²¹³. Quando princípios se opõem, considerando que se trata de uma categoria de normas que não são mais ou menos importantes entre si, aquele que preponderar diante de um conflito deve compreender a força relativa dos demais padrões considerados na argumentação. Tal mensuração sobre qual princípio é mais importante que outro não é exata e pode gerar controvérsias que, para Dworkin, fazem parte do próprio direito. Já as regras são funcionalmente importantes ou não. Uma regra pode ser mais relevante do que outra enquanto parte de um mesmo sistema de regras, de tal modo que uma suplanta outra, em caso de conflito, em razão de sua importância²¹⁴. No entanto, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, devendo ser excluída ou reformulada em virtude de sua menor importância²¹⁵.

Segundo Dworkin, tais questões apontam para duas formas de análise do conceito de obrigação jurídica e cada uma delas reflete nos limites impostos aos intérpretes do direito. Caso seja desconsiderada a obrigatoriedade dos princípios, seria admissível que, na decisão de casos controversos, os juízes tenham a liberdade de aplicar princípios extralegais quando desejarem. Se consideramos que os princípios jurídicos possuem obrigatoriedade de lei e estão incluídos no direito, poderemos afirmar que os juízes, quando não os aplicam, incorrerão em erro²¹⁶.

Nesse sentido, ao se afirmar que um juiz, ao esgotar as regras à disposição, tem poder discricionário (no sentido de que não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade ou da lei²¹⁷), endossamos a tese positivista segundo a qual uma obrigação jurídica existe apenas quando uma regra de direito formalmente estabelecida impôs tal obrigação²¹⁸. Se consideramos o direito como um conjunto de

²¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 40.

²¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 41-42.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 42

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 43.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 43.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 49.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 55.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 70.

regras e princípios, no entanto, uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam sua existência forem mais fortes que as contrárias²¹⁹ porque “os princípios afirmam razões (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com as quais compete”²²⁰.

Diante da existência e obrigatoriedade dos princípios, portanto, não há brechas para a atuação discricionária do juiz, uma vez que sintetizam a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal²²¹ e conduzem as decisões para determinada direção – embora de maneira não conclusiva – a partir da junção de argumentos baseados na história legislativa e judiciária, juntamente com as compreensões compartilhadas por uma comunidade²²².

Em suma, segundo este modelo, os princípios devem justificar as regras estabelecidas segundo preocupações e tradições morais da comunidade²²³. Dessa forma, “a não ser que pelo menos alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, [...] poucas regras poderão ser então consideradas como obrigatórias”²²⁴. Portanto, a validade das normas, não se dá porque alguma instituição competente as promulgou, como se fosse um *teste de pedigree*, como pretende Hart, mas deve ser considerada segundo aquilo que é contextualmente apropriado²²⁵. Afinal, quando

argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p.71

²²⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163.

²²¹ STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 523.

²²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p.56-58.

²²³ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.; HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 76.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 59.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 64.

contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo²²⁶.

Os princípios, dessa forma, sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e em todo caso concreto devem conduzir para a determinação da resposta correta, que dota autoridade as decisões judiciais a partir da legitimidade da solução (justificação normativa), suscitando que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito²²⁷. Ademais, os juízes se valem dos princípios porque eles são “razões substantivas que impõem aos magistrados a obrigação de decidir com justiça”²²⁸.

A partir das provocações de Dworkin, o eixo das discussões sobre a natureza do direito foi dividido em diversas matrizes teóricas²²⁹, passando a versar “mais sobre o significado teórico envolvido na prática argumentativa envolvendo do que propriamente sobre o uso dos princípios pelos juristas”²³⁰. Alguns positivistas - os exclusivistas - aceitaram a caracterização de Dworkin de direito composto por regras e princípios, mas discordaram de sua explicação acerca dos princípios que compõem o direito. Para eles, as normas não são válidas pelo seu conteúdo moral, mas demandam que os princípios também enfrentem um teste de *pedigree social* para integrar o direito²³¹. Na perspectiva de Joseph Raz, o mais influente representante dessa linha, os princípios representam parâmetros extrajurídicos frequentemente

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 65.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 569.

²²⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 164.

²²⁹ Conforme Macedo Júnior, o argumento geral articulado por Dworkin contra o positivismo exigiu “uma nova parafernália filosófica ainda mais complexa”, aglutinando o debate nos seguintes polos: “Por um lado, posicionaram-se os positivistas, divididos entre inclusivistas (ou soft positivists), como H. L. A. Hart, Jules Coleman, Will Waluchow e outros, e exclusivistas (ou hard positivists), como Joseph Raz, Andrei Marmor e outros; de outro lado, estavam interpretativistas, como Dworkin, jusnaturalistas contemporâneos, como John Finnis, Robert George e Germain Grisez, e teóricos da razão comunicativa, como Jürgen Habermas, Robert Alexy e Klaus Günther, todos eles, conjuntamente, também usualmente caracterizados de modo genérico como pós-positivistas. Nesse último grupo caberiam ainda autores que, como Neil McCormick, transitaram de um posicionamento mais próximo ao positivismo inclusivista para uma concepção institucionalista e interpretativa”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 167-168.

²³⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168.

²³¹ SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: A *short* guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 mai 2024.. p. 19. e SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: A *short* guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 28.

usados e não configuram *standards* jurídicos, exceto quando dotados de autoridade²³². O erro de Dworkin, nessa visão, foi considerar que os princípios (morais) são vinculantes como o direito.

Por outro lado, a vertente denominada inclusivista admitia que as explicações de Dworkin acerca dos princípios fossem conceitualmente possíveis, mas negou a sua caracterização do positivismo²³³. Afirmam seus adeptos que os princípios podem ser válidos em virtude de seu conteúdo moral, sem que os compromissos do positivismo fossem deixados de lado²³⁴. Em síntese, aceitavam o argumento hartiano de que o critério de validade jurídica se concentra na regra de reconhecimento que se manifesta por meio de um complexo conjunto de práticas de aplicação do direito por juízes e por outros funcionários do Estado, negando a tese do pedigree de Dworkin. Por outro lado, aceitam que, se por acaso os princípios, em razão de seu conteúdo, tiverem sua força vinculante reconhecida nas práticas convencionais que constituem a base do direito, este poderá envolver princípios jurídicos de natureza moral como direito, e não como meros razões extrajurídicas²³⁵.

À vista de tais considerações, Dworkin, no Modelo de Regras II²³⁶, tenta demonstrar que o positivismo não dá conta de certo tipo de controvérsia que os atores jurídicos frequentemente se deparam no que diz respeito à interpretação do direito, que são as disputas morais. Para tanto, ele argumenta que o direito não se funda

²³² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168.

²³³ Hart pode ser incluído neste grupo porque no pós-escrito do *Conceito de direito* fez uma concessão a crítica de Dworkin, passando a admitir que a regra de reconhecimento pode fornecer testes relacionados não ao conteúdo factual das leis, mas à sua conformidade com valores ou princípios morais substantivos SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: A *short* guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 mai 2024 e SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: A *short* guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

²³⁴ SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: A *short* guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 mai 2024. p. 19. SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: A *short* guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 28.

²³⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

²³⁶ O capítulo “O modelo de regras II” da obra *Levando os direitos a sério* foi publicado a primeira vez em 1972 com o título “Social Rules and Legal Theory” na revista da faculdade de direito de Yale, v. 81, n. 5, p. 55-890.

exclusivamente em fatos sociais, mas tem como pano de fundo a moralidade política, assim como a legitimidade institucional²³⁷. Isso porque,

Quando as pessoas afirmam a existência de regras normativas, mesmo no caso da moralidade convencional, elas tipicamente afirmam que as regras diferem quanto ao seu alcance ou seus detalhes ou, de qualquer modo, que se diferenciam caso cada pessoa articulasse sua regra de maneira mais detalhada. Contudo, duas pessoas cujas regras diferem, ou difeririam, caso fossem elaboradas, não podem estar invocando uma mesma regra social e, pelo menos uma delas, certamente não está invocando regra social nenhuma. Assim ocorre, mesmo que elas estejam de acordo na maioria das questões em que surgem ou podem surgir, quando as regras que elas endossam estiverem em jogo. Desse modo, para que possa sobreviver, a teoria da regra social precisa ser atenuada de uma forma inaceitável. Só será aplicável nos casos em que, como o de alguns jogos, os participantes aceitarem que, se um dever é controverso, não é de forma alguma um dever. Nesse caso, a teoria não se aplica aos deveres judiciais²³⁸.

Em resumo, “ele salienta que uma regra pode existir mesmo onde não exista uma convenção explícita regulando uma situação”, o que ocorre justamente porque a intencionalidade (valor) das práticas integra os elementos constitutivos de uma regra, a qual não pode ser pura convenção. A obrigatoriedade do direito não decorre da identificação de um elemento meramente factual consistente na convergência de comportamentos, como propunha Hart. Nesse sentido, a tese positivista das fontes sociais do direito, que, em Hart é representada pela regra de reconhecimento, implica um déficit de normatividade que acaba por enfraquecer a própria dimensão de validade pretendida pelos positivistas contemporâneos porque não possui dimensão normativa²³⁹.

Surge, então, um novo mote para a crítica de Dworkin ao positivismo: os argumentos jurídicos são inevitavelmente engajados e normativos²⁴⁰. Diante da recorrente divergência acerca dos sentidos das normas jurídicas, tendo em vista que os intérpretes do direito não podem escapar totalmente de uma tradição

²³⁷ SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: A *short* guide for the perplexed. University of Michigan Public Law, Workin Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 mai 2024. p. 27. SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: A *short* guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 42.

²³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 88.

²³⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p.176-177.

²⁴⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 180.

interpretativa²⁴¹, Dworkin defende que a prática do direito é argumentativa²⁴² e sua interpretação construtiva. Isso porque o conteúdo do direito está relacionado ao propósito ao qual se vincula, de maneira que a interpretação visa identificar “o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que [práticas sociais como o direito] pertençam”²⁴³. A relação entre a interpretação jurídica e a busca pelo propósito ao qual o direito está presumivelmente relacionado decorre da tese segundo a qual “há uma rede de juízos interpretativos mais densos conectados a cada juízo interpretativo particular, a qual reflete nossas concepções prévias acerca da delimitação e dos objetivos de cada prática interpretativa”²⁴⁴.

Tal entendimento decorre da premissa adotada por Dworkin de que a melhor concepção de um conceito é aquela que melhor o interpreta enquanto prática social normativa real, que mantém certa adequação com um conjunto de práticas socialmente compartilhadas as quais, por sua vez, servem como medida ou paradigma. Nesse sentido, a forma de argumentação jurídica desenvolvida na aplicação do direito pelos tribunais é fundamentalmente igual à argumentação dos filósofos, variando apenas em relação ao seu grau de generalidade, abstração e talvez sofisticação técnica²⁴⁵. O critério para a definição da melhor concepção também “é construído argumentativamente, por meio de reflexão e construção teórica metodologicamente regulada”²⁴⁶. Logo, a interpretação plausível se constrói de acordo com seu sentido no interior de determinada prática²⁴⁷, devendo a ela se ajustar, atentando para o seu valor²⁴⁸.

A fim de viabilizar a melhor forma de se compreender os conceitos, Dworkin desenvolve o processo de interpretação a partir de três etapas²⁴⁹:

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.75.

²⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.17.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.64.

²⁴⁴ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação) p. 95.

²⁴⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin e a teoria do direito: o direito em desacordo**. São Paulo: Almedina, 2022. p.120.

²⁴⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205-206.

²⁴⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 207.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239.

²⁴⁹ As etapas interpretativas são trabalhadas de forma mais aprofundada por Dworkin na obra “O império do direito” (p. 81-84), no entanto, na medida em que se apresentam como reforço argumentativo à teoria do valor que se contrapõe as teses do positivismo jurídico (cerne deste item) não me ateei a aprofundá-las e apresentarei a formulação genérica dos três estágios interpretativos presente em

Em primeiro lugar, interpretamos práticas sociais quando individualizamos essas práticas, quando empreendemos uma interpretação legal e não uma interpretação literária. Em segundo, interpretamos quando atribuímos sentidos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente. Em terceiro, quando tentamos identificar a melhor compreensão desses sentidos numa ocasião particular²⁵⁰.

A interpretação do direito, segundo Dworkin, consiste, então, em compreendê-lo como um corpo de doutrina integrado e coerente²⁵¹ cuja prática envolve uma questão interpretativa associada a avaliações valorativas²⁵². Isso porque as regras sociais que determinam o conceito de direito, por sua vez, se constituem intersubjetivamente, e as disputas genuínas pelas suas melhores concepções, compreendidas social e valorativamente, comprovam o caráter argumentativo delas²⁵³.

Dworkin, ainda, não reputa a interpretação jurídica como atividade única em seu gênero destinada a descobrir o significado de um texto, mas sim como atividade geral, operada de igual forma em outros contextos. Para defender seu ponto de vista, utiliza-se da analogia pertinente à interpretação literária com a metáfora do romance em cadeia²⁵⁴. A metáfora narra que um grupo de romancistas pretendia escrever um romance, no entanto cada um deveria redigir um capítulo. Eliminando o primeiro, todos tinham a dupla responsabilidade de interpretar e de criar, já que precisariam ler tudo o que já fora escrito para estabelecer o que seria o romance criado até então.

Em direito, da mesma forma, os juízes, ao decidirem novos casos, devem considerar-se uma parte do complexo empreendimento em cadeia, do qual inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história. Com isso, devem interpretar o que aconteceu em nome da coerência, não partir em uma nova direção²⁵⁵, sendo imperioso “atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor”²⁵⁶. Dessa forma, uma interpretação plausível da prática jurídica deve “passar por um teste de

Justiça para ouriços, ainda que as reflexões desta obra tenham uma vinculação à teoria (filosófica) moral de Dworkin, que transcende o debate que travou com os positivistas.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 139.

²⁵¹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 27.

²⁵² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 201.

²⁵³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205.

²⁵⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 35.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.237-238.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.239.

duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor”²⁵⁷. O direito enquanto empreendimento político, caracterização que já é interpretativa, requer uma interpretação que, para Dworkin, “deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”²⁵⁸.

O conceito de interpretação/teoria jurídica, como vimos até aqui, foi estruturado por Dworkin a partir da consideração do elemento valorativo pressuposto nas disputas sobre a (melhor) compreensão de determinada prática social toda a vez em que existe divergência entre seus intérpretes, o que foi ignorado pela semântica criterial do positivismo jurídico. Esse é, genericamente, o pano de fundo das obras *Uma questão de princípio* (1985) e *O império do direito* (1986). Posteriormente, diante das diversas críticas que a ele foram dirigidas, o autor sofisticou seus argumentos em *A justiça de toga* (2006) e *Justiça para ouriços* (2011) na tentativa de demonstrar que os erros cometidos por seus críticos eram resultantes de uma “confusão conceitual” por eles compartilhadas²⁵⁹.

Segundo Dworkin, a ambiguidade semântica da palavra *law* (direito) na língua inglesa é um desafio à própria compreensão do conceito de direito. Entendida em sentido *dogmático*²⁶⁰, refere-se “às condições de veracidade das proposições do direito”²⁶¹; *sociológico* quando busca “designar um tipo específico de estrutura socioinstitucional”²⁶²; *taxionômico* como “um conjunto de padrões distintos [de outros

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.239.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.239.

²⁵⁹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241.

²⁶⁰ Dworkin utiliza a expressão “doctrinal” cuja tradução literal seria doutrinal. Traduzi como dogmático porque me parece mais próximo do leitor, o qual acredito que o conceba segundo sua definição geral: “Que ou quem se pronuncia de forma peremptória, categórica, em geral por acreditar que seu ponto de vista corresponde à única e indiscutível verdade.” (Cf. DOGMÁTICO In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. [São Paulo]: Melhoramentos, c2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dogm%C3%A1tico/> Acesso em 10 mar 2024.) e não como dogmática jurídica. Diferentemente, o professor Ronaldo Porto Macedo utiliza a tradução literal, na medida em que doctrinal é um “conceito que não se identifica com o conceito de doutrinário, mais comum na língua portuguesa, utilizado como sinônimo de dogmática jurídica. Num certo sentido, pode-se afirmar que muitas vezes o conceito dogmático de direito, apresentado nos livros de “doutrina jurídica”, mais se aproxima do conceito sociológico, definido por Dworkin, na medida em que acolhe o princípio da legalidade e o fato da positivação como o ponto de partida dogmático como sua concepção do direito.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 244.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 5.

²⁶² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 6.

padrões costumeiros ou morais, por exemplo] que, em princípio, poderíamos tipificar e contar”²⁶³; e *aspiracional* quando buscamos a “melhor formulação” de um ideal²⁶⁴.

Com base em tais distinções, é possível identificar algumas conexões, que muitas vezes não são recíprocas, entre os sentidos comumente atribuídos à palavra direito. É justamente a partir daí que alguns filósofos são “aguilhoados”, porque, por exemplo, o conceito dogmático de direito “figura os limites do conceito sociológico da seguinte maneira: nada é um sistema jurídico no sentido sociológico a menos que faça sentido perguntar que direitos e deveres o sistema reconhece”²⁶⁵. No entanto, adverte Dworkin, ambos os sentidos (sociológico e dogmático) gozam de status filosófico próprios, sendo, por conseguinte, a natureza dos desacordos e controvérsias a seu respeito distinta. Nesse sentido, refere Ronaldo Porto Macedo:

Na sociologia, por exemplo, poderá haver disputas sobre qual conceito melhor descreve uma prática social em suas complexidades. Contudo, normalmente não se discutirá qual é a concepção de um valor que melhor o interpreta (identifica o seu "sentido ou point" propriamente valorativo) entre os utilizados dentro de uma comunidade. Já com relação ao conceito doutrinal o mesmo não ocorre, uma vez que pode haver controvérsia sobre as condições de verdade de uma proposição jurídica que tratam exatamente de questões interpretativas desse tipo e então estas passam a ter consequências práticas importantes²⁶⁶.

Qualquer compreensão do conceito de direito, portanto, deve enfrentar esse estágio gramatical porque a escolha por um dos sentidos da mesma palavra (law) determina a qual jogo de linguagem (ponto de partida) estamos vinculados e, portanto, qual a maneira correta de empregar nossas justificativas à determinada prática interpretativa. Nesse sentido, a fim de apontar para as pressuposições e práticas que as pessoas devem compartilhar quando a aplicação do conceito (dogmático) de direito é analisada, Dworkin propõe uma distinção conceitual (estágio semântico) que se relaciona e qualifica os sentidos possíveis dessa aplicação, quais sejam, os conceitos criteriais, conceitos naturais e conceitos normativos (ou interpretativos)²⁶⁷.

Os *conceitos baseados em critérios* presumem a concordância das pessoas com alguma “definição – aproximada ou precisa – que estabelece os critérios para a

²⁶³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 8.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 9.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 7.

²⁶⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 249.

²⁶⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 252.

aplicação correta do termo ou frase a eles associados”²⁶⁸. As pessoas só compartilham o conceito de triângulo equilátero quando sabem que esta modalidade de triângulo possui três lados iguais. Esses conceitos podem ser mais ou menos precisos, como no caso do conceito taxionômico ou sociológico de direito e no do conceito de casamento, por exemplo, que abarca várias formas de acordos jurídicos e sociais de diferentes sociedades²⁶⁹. “Elaborar uma teoria desse tipo de conceito significa propor uma definição mais precisa, para uma finalidade específica. Mas seria um erro afirmar que qualquer definição mais precisa apreende melhor do que outra a essência do conceito”²⁷⁰.

Diferentemente, segundo *conceitos de espécies naturais*, “as pessoas compartilham alguns conceitos cujos exemplos têm uma estrutura física ou biológica natural - metais e animais, por exemplo -, ainda que não concordem quanto à natureza essencial dos conceitos ou quanto aos critérios que utilizam para identificar tais exemplos²⁷¹”. Esses conceitos admitem um tipo de análise que não é permitido pelos conceitos baseados em conceitos vinculado a um teste empírico.

Outros conceitos, contudo, funcionam “como conceitos interpretativos que nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a contestar tal constructo”²⁷². Esse tipo de conceito depende da melhor interpretação das regras, convenções e expectativas, bem como de outros fenômenos compartilhados em uma determinada prática, razão pela qual as pessoas devem admitir consensualmente que o conceito seja tratado como interpretativo, sem que necessitem estar de acordo quanto à sua aplicação. “Uma boa teoria de um conceito interpretativo deve ser, em si mesma, uma interpretação de caráter provavelmente polêmico, da prática em que está inserido o conceito”²⁷³.

Segundo a proposta de Dworkin, o conceito dogmático de direito deve ser interpretativo, tornando necessário o desenvolvimento de um “*estágio teórico*” para sua melhor compreensão, o qual se consubstancia como uma “interpretação geral das práticas em que esse conceito aparece”. Nesse estágio são analisados os valores que melhor justificam a prática interpretativa a partir da reflexão simultânea sobre o

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.15.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.15-16.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.16.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.16.

²⁷² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.17.

²⁷³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.19.

conceito aspiracional e dogmático de direito, os quais servirão de guia para a sua continuidade. Portanto, na medida em que o conceito aspiracional de direito nos impõe o ônus de justificar a prática interpretativa de acordo com valores explicitamente políticos, diante da integridade, devemos conceber a prática interpretativa também como um exercício de moralidade política²⁷⁴.

Em face da teoria do valor do direito desenvolvida no estágio teórico, devemos passar ao estágio dogmático, no qual “elaboramos uma descrição das condições de veracidade das proposições de direito à luz dos valores identificados no estágio teórico”²⁷⁵, o que tornaria a pergunta sobre o que é o direito uma questão interpretativa. Nesse sentido, “uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea”²⁷⁶, razão pela qual a moral também está envolvida na identificação daquilo que é o direito nesse estágio.

A justificação do conceito de direito, portanto, deve enfatizar a integridade (valor) e não a eficiência das normas, levando em consideração uma dimensão institucional²⁷⁷, segundo a qual “qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar um lugar de destaque aos princípios de moralidade política que atribuem o poder de legislar a instituições específicas, bem como a outros princípios que limitam esses

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20-21.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 21.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 22.

²⁷⁷ Quando aborda a questão da institucionalidade, Dworkin mais uma vez expressa discordância com a tese positivista da autoridade do direito fundada na positivação. Não pretendo me aprofundar nessa questão, mas não é possível deixar de mencionar, ainda que brevemente, a forma como articula seu argumento: “É importante também salientar que mesmo quando a moralidade aparentemente não desempenha papel nenhum, em face dos constrangimentos normativos fortes que são impostos pela legislação positivada, essa impressão é apenas aparente. Isso porque a moralidade pública está pressuposta nas razões morais que temos para seguir razões “aparentemente absolutamente exclusionárias” quando aceitamos que determinada proibição está claramente expressa na lei - por exemplo, uma norma de trânsito que limita o fluxo de direção dos veículos. Nesse caso, é como se a moralidade dormisse ou permanecesse letárgica, para mostrar-se mais saliente e incidente em situações em que casos difíceis são decididos. Não obstante, mesmo nesse caso banal, não obedecemos às regras de trânsito apenas porque são regras de trânsito. Nós lhes obedecemos porque são regras de trânsito positivadas e não estão em desacordo com os princípios básicos que justificam nossa obediência ao direito em geral.

Esse limite da legalidade com respeito à juridicidade fica manifesto quando pensamos em situações nas quais a desobediência civil é justificável, segundo Dworkin, do ponto de vista jurídicos. As exigências de justificação não se limitam às questões de direito substantivas que estão envolvidas num determinado caso, visto que envolvem também as demandas de justificação dos próprios desenhos institucionais e do funcionamento dos órgãos encarregados de exercer o poder estatal para implementar coercitivamente o direito. Os arranjos institucionais, assim, também têm a sua legitimidade e a sua juridicidade referidas à moralidade política.” In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269.

poderes”²⁷⁸. Para medir o sucesso de uma justificação dos valores de moralidade individual e política, Dworkin propõe uma análise em duas dimensões:

Portanto, podemos distinguir duas dimensões nas quais é possível avaliar o êxito de uma proposta de justificação. Em primeiro lugar, uma justificação deve, ao menos grosso modo, adequar-se àquilo que pretende justificar: para a prática jurídica contemporânea, não seria uma justificação competente afirmar que ela se presta à aplicação de um desígnio divino tal como revelado em um determinado documento bíblico. Ainda que isso fosse um objetivo legítimo e importante a ser adotado pela prática jurídica, não podemos afirmar que se trata do Objetivo de nossa prática jurídica, uma vez que tal afirmação não corresponderia minimamente à verdadeira atividade de juristas e juízes. Em segundo lugar, a justificação de uma prática deve ir além de simplesmente ajustar-se mais ou menos a ela; deve também descrever algum valor suficientemente importante servido pela prática. A afirmação de que essas práticas oferecem uma vida excelente a muitos juristas não justificaria as instituições e as práticas do direito. Embora certamente verdadeira, essa consequência não é valiosa ou importante o bastante para justificar uma prática política de consequências tão extraordinárias²⁷⁹.

A distinção em duas dimensões é, portanto, um recurso analítico (e não fenomenológico) para compreendermos a lógica da interpretação, ainda assim, mesmo o teste da adequação pressupõe a intencionalidade vinculada ao valor da prática interpretada, não sendo apenas um teste mecânico de coerência²⁸⁰. Isso porque as exigências de moralidade política são determinadas por circunstâncias e contextos específicos e influenciam a forma como compreenderemos o último estágio da teoria jurídica, que é o da decisão judicial, “em que se coloca a questão de saber o que as autoridades políticas, das quais se espera que apliquem o direito, devem na verdade fazer em casos específico”²⁸¹. Parece evidente, pois, que, quando entendemos o conceito de direito como interpretativo e vinculado à questão da integridade (política), a teoria dogmática coincide com uma teoria da decisão judicial.

Essa associação é, se seguirmos a lógica do argumento interpretativista de Dworkin, obrigatória porque, se aceitamos a concepção “segundo a qual a coerção estatal exige justificação já no estágio semântico, não se poderá contradizê-la no estágio da decisão judicial. Afinal, a expectativa generalizada e normal é de que as decisões judiciais serão coerentes com as proposições jurídicas que entendemos

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 25.

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 23-24.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 24.

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28.

serem verdadeiras”²⁸². Esse é o ponto nevrálgico que diferencia a concepção dogmática de Dworkin (interpretativa) das teorias positivistas que, ao acolherem conceitos criteriais ou naturais de direito, separam a moralidade do direito e não desenvolvem uma teoria da decisão, seja porque entendem que o estágio judicial é independente e não faz parte da ciência do direito (Kelsen), ou porque acreditam ser possível analisar o conteúdo e a existência do direito a partir da descrição de suas fontes sociais (Hart).

Nesse sentido, é por não reconhecerem os desacordos teóricos que os positivistas incorrem no que Dworkin denomina “agulhão semântico”²⁸³, posto que a tarefa da teoria analítica de matriz positivista visa a *explicar*²⁸⁴ o conceito de direito a partir de uma concepção semântica²⁸⁵. No entanto, a exigência de que os fundamentos do direito sejam determinados por consenso assume uma semântica criterial, segundo a qual somente se compartilham conceitos se o mesmo ocorrer com critérios para sua

²⁸² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 272.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 55.

²⁸⁴ Podemos compreender a diferença entre as propostas a partir da dualidade “explicar” e “compreender”, que, a partir do desenvolvimento da hermenêutica moderna, moldou o debate metodológico entre as ciências humanas e ciências da natureza. Como esclarece Luã Jung “Em que pese a utilização indistinta dos conceitos de explicação e compreensão no cotidiano, estas expressões, como já se delineou, foram vinculadas a conteúdos específicos, principalmente durante o século XIX em diante. Nas ciências naturais, explicamos um evento ao considerarmos ele como um efeito de uma causa, na expectativa de que tal evento se conforme a uma lei. Quando atingimos a subsunção de um evento individual a uma lei universal, nesse sentido, consideramos ter realizado uma “explicação”. Por oposição ao conceito de explicação, associado à possibilidade de se estudar um fenômeno sob a ótica de causa e efeito, temos a compreensão. Uma reconstrução histórica do conteúdo teórico associado a esta expressão seria paralela ao da história da palavra hermenêutica, a qual, por sua vez, tem íntima relação semântica com a interpretação. A questão hermenêutica emerge com as dificuldades e com os conflitos existentes entre teólogos, filólogos, historiadores e filósofos acerca do correto sentido das escrituras sagradas, da correspondência entre palavras gregas, latinas e hebraicas, dos eventos passados e das ideias transmitidas pelos textos clássicos, por exemplo. Sentindo-se limitados pela metodologia positivista, alguns pensadores, principalmente filólogos e historiadores, não apenas protestaram, mas sugeriram uma alternativa metodológica: “(...) segundo eles, a tarefa do historiador consiste em compreender a mente das pessoas que agiram. Para conseguir isso, os historiadores devem se colocar na posição dos atores, compreender seus motivos e até mesmo reencenar suas necessidades”. É a partir desta rearticulação metodológica que pretende tornar as ciências humanas autônomas em relação às ciências naturais que se estabelece especificamente e de maneira mais complexa os problemas acerca da interpretação, seja ela histórica, textual ou, como veremos a seguir, conceitual. As diferentes maneiras de conceber o fenômeno interpretativo vistas anteriormente, incluindo-se a teoria valorativa de Dworkin, são, nesse sentido, formas distintas de propiciar racionalidade a práticas intelectuais que não estão sujeitas à relação causa-efeito. No âmbito destas disciplinas, tais como o direito, a literatura e a história, empregamos, portanto, a expressão compreensão, ao invés de explicação”. Cf: JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço**: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação) p. 115-116.

²⁸⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. P 181.

correta aplicação²⁸⁶. Segundo o integrativismo, ao contrário, a interpretação dos argumentos jurídicos deve se dar dentro do universo do direito e busca apresentar a melhor concepção dentre as possíveis no caso de desacordos teóricos, como veremos a seguir, dessa premissa é que irá decorrer a crítica formulada por Dworkin ao ceticismo na interpretação.

3.2. A CRÍTICA AO CETICISMO: PEDRA ANGULAR DO INTERPRETATIVISMO

A teoria da interpretação de Dworkin fundamenta-se em “seu desejo de um retrato holístico do cidadão, do Estado e do direito”, o que acaba assumindo um caráter de contraposição à cultura acadêmica, jurídica e política do contexto anglo-americano, as quais tradicionalmente encorajam posturas céticas e relativistas²⁸⁷. O próprio contexto teórico em que Dworkin desenvolve sua teoria, a filosofia analítica, estabelece, nesse sentido, uma predisposição à desconfiança em relação à abrangência holística proposta por Dworkin, mais comum entre autores “continentais”.

A consideração da indissociabilidade entre teoria, prática e, por conseguinte, política, no âmbito da construção de uma teoria da interpretação (inclusive do direito), é uma constante nas reflexões presentes em toda a obra de Dworkin. Inclusive, talvez possamos considerar este como sendo o grande argumento contrário à compreensão de seu interpretativismo como uma teoria sedimentada em fases. Ainda que seu argumento tenha, com o tempo, passado a abranger outras dimensões críticas, de forma a desembocar no que podemos denominar de uma “filosofia prática”, que abrange o direito, a ética, a moral e a política, essa construção é coerente com as premissas de sua teoria da interpretação desde sua gênese.

Nesse sentido, é possível observar que já na obra *Levando os direitos a sério* (1977) – período em que Dworkin ainda não tinha estruturado uma teoria da interpretação, o que se deu somente a partir de *Uma questão de princípio* (1985) – a proposta de definir e defender uma teoria liberal do direito²⁸⁸ é erigida através da consideração da dependência das “condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica” e “do modo como as instituições jurídicas que

²⁸⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. P 181.

²⁸⁷ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 295.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. VII. I

nos são familiares deveriam comportar-se”. Dessa maneira, a construção de uma teoria geral do direito conduz ao enfrentamento, de forma interrelacionada, de um elemento normativo – assentado em uma teoria moral e política mais geral, que poderá, por sua vez, depender de teorias filosóficas sobre a natureza humana ou a objetividade moral – e outro conceitual – que faz uso da teoria da linguagem e, portanto, da lógica e da metafísica²⁸⁹.

Essa imbricação entre a teoria do direito e problemas da filosofia que não são especificamente jurídicos, pronunciada desde a primeira obra, exerce, como referido anteriormente, uma espécie de alinhavo entre as críticas e argumentos levantados por Dworkin no desenvolvimento de sua teoria da verdade no âmbito da interpretação, permeando a própria apresentação de alguns conceitos que aparecem e se desenvolvem de acordo com essa dinâmica holística de compreensão dos sentidos. Assim, faz-se necessário compreender a crítica que o autor desenvolve ao ceticismo que, ao assumir diversas abordagens, acompanha os níveis de complexificação dos seus argumentos com o desenvolvimento de sua teoria da interpretação sem, contudo, perder o caráter de unicidade.

A primeira menção expressa ao ceticismo se dá no âmbito da discussão dos casos constitucionais, em *Levando os direitos a sério* (1977), quando o autor apresenta sua defesa a uma “postura liberal na interpretação” que justificaria a interferência de decisões contra majoritárias e progressistas²⁹⁰ da Suprema Corte norte-americana (Warren) a partir do reconhecimento da objetividade dos princípios morais que são pressupostos diante da consideração da existência de direitos morais dos cidadãos contra o Estado (teoria da deferência)²⁹¹. Uma postura cética, neste contexto, contrariamente, apontaria para uma “postura estrita de interpretação” acerca das controvérsias democráticas, respaldando-se especialmente no argumento de

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. IX e X.

²⁹⁰ Dworkin utiliza o termo ativismo judicial, no entanto, em razão do reconhecimento da proposta de Lenio Streck, segundo a qual o ativismo judicial sempre repousa no decisionismo, empregarei o termo progressismo quando me referir a política ativista que “pressupõe uma certa objetividade dos princípios morais; em particular, pressupõe que os cidadãos têm certos direitos morais contra o Estado, como é o caso do direito moral à igualdade na educação pública, ou o direito de ser tratado com equidade pela polícia” In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 217.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 216-217.

supremacia das maiorias²⁹². Portanto, a teoria cética é contrária à teoria da deferência, na medida em que argumenta que

os indivíduos não têm tais direitos morais contra o Estado. Eles têm apenas os direitos jurídicos que a Constituição lhes assegura, e estes direitos se restringem às violações claras e inquestionáveis da moralidade pública que os constituintes devem efetivamente ter concebido ou as que desde então foram estabelecidas por uma sucessão de precedentes²⁹³.

Dessa forma, “a teoria cética e a teoria da deferência diferem drasticamente quanto ao tipo de justificação que supõe, como também quanto às implicações para as teorias morais mais gerais daqueles que professam sustentá-las”²⁹⁴. Para Dworkin, no entanto, em razão da coerência, tanto a questão da moderação (cética), quanto do progressismo judicial, deveria repousar seus fundamentos na teoria da deferência judicial (consideração de direitos contra o Estado)²⁹⁵. Isso porque, ao defender uma “teoria moderada dos direitos morais contra o Estado”²⁹⁶, o autor aduz que o sentido de direitos (ou quais direitos morais os indivíduos têm contra o Estado) não pressupõe hipóteses ontológicas de fundamentação (apelo a democracia), mas “mostra simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam”²⁹⁷ e, por isso, para o desenvolvimento do direito constitucional, demandam sua consideração (isolada) através de “uma fusão do direito constitucional e da teoria moral”²⁹⁸.

Percebemos desde esse momento que a imbricação proposta por Dworkin entre a filosofia moral e a teoria do direito, a qual será “radicalizada” com o passar do

²⁹² Como exemplo desse tipo de argumentação cética moral, Dworkin apresenta o seguinte posicionamento de Hand, discípulo de Oliver Wendell Holmes: “É errôneo pressupor, disse ele, que as alegações a respeito de direitos morais expressam algo mais do que as preferências dos que as fazem. Se a Suprema Corte justificar suas decisões por meio de tais alegações, em vez de tomar por base o direito positivo, estará usurpando o lugar do poder legislativo, pois a tarefa deste poder, que representa a maioria, consiste em decidir que preferências serão dominantes.” In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 219.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 217.

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 217.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 217.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 220.

²⁹⁷ Nesse sentido esclarece Dworkin: “De acordo com essa teoria, um homem tem um direito moral contra o Estado, se pudermos mostrar que este comete um erro ao tratá-lo de uma determinada maneira, ainda que o faça tendo em vista o interesse geral. Assim, por exemplo, uma criança negra tem um direito moral à igual educação, caso seja errado que o Estado não lhe oferecer essa educação, mesmo se para isso o conjunto da comunidade venha a sofrer”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 218.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 218.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 233.

tempo, está relacionada com a premissa de que a prática jurídica compreende (e dela é indissociável) um elemento substancial que impõe uma forma de justificação que considere o valor dessa prática. É dessa maneira que se constroem as respostas corretas fundamentadas não em um conceito estrito de legalidade (argumento cético da democracia/maiorias e basilar em relação ao papel da Suprema Corte quando decide casos moralmente controversos), mas engajado em um ideal (substantivo e objetivo) de justiça.

Esse constructo foi desenvolvido de forma mais estruturada na obra *Uma questão de princípio* (1985), que reúne ensaios de Dworkin sobre algumas questões já enfrentadas na obra *Levando os direitos a sério* centradas na melhor concepção do liberalismo (enfoque do capítulo seguinte) e no enfrentamento de posturas céticas em relação a conexão entre direito e moralidade – especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da existência de respostas corretas à casos genuinamente controversos. O autor, assim, busca reconciliar a teoria política e a teoria do direito com o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial fundamentada não em argumentos de política, mas em argumentos de princípio²⁹⁹, os quais expressam a intencionalidade pressuposta na interpretação.

Nesse sentido, é possível perceber que já em suas primeiras articulações – por exemplo, como foi visto na seção anterior, em “O modelo de regras I” os princípios jurídicos são considerados como argumentos valorativos –, Dworkin adota uma postura contrária à neutralidade do intérprete. Sua resposta a Hart acerca de como deve ser interpretado o conceito de direito é centrada na questão do valor/propósito da prática/interpretação jurídica, argumento que ganha vigor com o desenvolvimento da tese do direito como interpretação, segundo a qual a prática interpretativa e o próprio direito devem ser compreendidos, do ponto de vista construtivo, como uma prática criativa que, assim como se dá na arte, “se preocupa essencialmente com o propósito”³⁰⁰.

²⁹⁹ A distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política foi explicitada por Dworkin na obra “Levando os direitos a sério” – ver nesse sentido “A tese dos direitos – princípios e políticas” in: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 128-141. Para o autor, argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor como um todo se um programa particular fosse seguido, ou seja, são argumentos baseados em objetivos; enquanto os argumentos de princípio afirmam que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior, ou seja, são baseados em direitos. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 63.

Dessa forma, o argumento acerca da interpretação das práticas sociais, categoria em que a interpretação jurídica se encontra, se fundamenta na intencionalidade do intérprete e, portanto, na vinculação que cada ato interpretativo possui com o valor (global) da prática em que está inserido. Essa articulação começa a ser construída especialmente na parte dois “O direito como interpretação” da obra *Uma questão de princípio* (1985), mais especificamente no capítulo 6 “de que maneira o direito se assemelha a literatura”³⁰¹, em que o autor defende, comparando a interpretação jurídica com a desenvolvida no âmbito literário, que a necessidade de mobilização de argumentos valorativamente engajados, na medida em que o direito é profunda e inteiramente político³⁰², decorre da própria prática interpretativa. Dessa forma, é prescrito ao intérprete, diante de suas convicções sobre a integridade³⁰³, que sua justificação se fundamente de acordo com a prática em que está inserido (ajuste - *fit*) e sempre sob sua melhor luz (valor - *value*). A interação desses dois tipos de postura são “não apenas restrições e padrões para a interpretação, mas as circunstâncias essenciais dessa atividade [interpretativa]”³⁰⁴.

Dworkin, então, apresenta uma concepção metodológica interpretativa, segundo a qual qualquer argumento relevante sobre a possibilidade de justificação, verdade ou objetividade em alguma prática intelectual deve ser um argumento interno a essa prática³⁰⁵. O que, segundo seus críticos, acabaria por i. impossibilitar a diferenciação entre inventar e interpretar, posto que as pessoas “pensam que os significados que relatam são “simplesmente dados”³⁰⁶; e ii. impossibilitar a atribuição de veracidade à interpretação, na medida essa metodologia refletiria reações subjetivas do intérprete, tendo em vista a existência de discordâncias acerca do valor estético/político de um objeto (argumento da diversidade)³⁰⁷. Tais críticas se estruturam a partir de dois postulados filosóficos: o relativismo e o ceticismo, os quais, como veremos de forma mais detalhada na próxima seção, são o ponto de partida de Dworkin para o “grande ataque” à teoria metaética.

³⁰¹ Esse capítulo foi originalmente publicado em 1982 com o título “Law as interpretation” na revista *Critical Inquiry*, Vol. 9, n. 2, p. 179-200 e na *Revista de Direito do Texas*, v. 60, onde é feita a menção de que este texto refere-se a um paper apresentado em 1981 na Universidade de Chicago.

³⁰² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

³⁰³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 256.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 256.

³⁰⁵ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 152.

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 252.

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 253.

Neste momento, no entanto, é necessário apresentar como o autor articula suas considerações iniciais sobre esses temas em resposta às críticas dirigidas ao ensaio “De que maneira o direito se assemelha à literatura”³⁰⁸. No que concerne ao relativismo imposto pela compreensão de que os juízos de valor não podem ser demonstrados empiricamente, nem possuem critérios baseados na evidência (como na física ou matemática), Dworkin defende que, ao compreendermos que a consideração do elemento substancial (value) é indissociável do ato interpretativo, formulamos uma “imagem do conhecimento (...) como um conjunto de convicções complexas e inter-relacionadas que confrontam a experiência como um todo coerente”³⁰⁹. Desse modo as convicções interpretativas podem atuar como controles recíprocos, tornando incisivas as afirmações interpretativas³¹⁰, sendo assim critérios que dão sentido a uma interpretação em conformidade com as nossas práticas. Da mesma forma, observa o autor, se dá com a física, a matemática e a lógica, as quais “confrontam a experiência em conjunto, como um sistema interdependente, e não há nenhuma parte desse sistema que não possa, em princípio, ser revista e abandonada se estivermos dispostos e formos capazes de rever o restante”³¹¹.

Quanto ao ceticismo, Dworkin apresenta a impossibilidade de adoção desse tipo de postura para a melhor compreensão do que o direito é e daquilo que ele deveria ser. A questão da objetividade da forma que é trabalhada na teoria/filosofia contemporânea é para Dworkin um “embuste”³¹², posto que fundamenta a objetividade das proposições na necessidade de uma análise neutra e externa à prática interpretativa. Nesse sentido, o autor não teria “nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, e assim por diante”³¹³. Isso porque o sentido de julgamentos morais, estéticos ou interpretativos decorre de sua consideração como parte de um empreendimento coletivo, não

³⁰⁸ No capítulo 7 “interpretação e objetividade”, da obra “Uma questão de princípio”, Dworkin apresenta uma resposta aos seus críticos baseado em seu texto “My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels) please don’t talk about objectivity any more”, publicado em 1983. Os ensaios de seus críticos enfrentados no texto são “Working on the chain gang” (1982) e “Wrong Again” (1983), de Stanley Fish e “Is there a politics of interpretation” (1982), de Walter Benn Michaels.

³⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 255.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 254.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 255.

³¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 258.

³¹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 257.

podendo a atribuição de algum valor de verdade transcender a esse empreendimento³¹⁴. Assim, afirma Dworkin:

Ainda não encontrei nenhuma razão para pensar que qualquer argumento cético sobre a moralidade não seja um argumento moral, ou que um argumento cético sobre o direito não seja um argumento jurídico, ou que um argumento cético sobre a interpretação não seja um argumento interpretativo. Penso que o problema da objetividade, tal como geralmente colocado, é um embuste, pois a própria distinção que poderia dar-lhe significado, a distinção entre argumentos substantivos nas práticas sociais e argumentos céticos sobre as práticas sociais, é falsa. (...) a questão do que 'independência' e 'realidade' constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa. Isso ameaça tornar o ceticismo não inevitável, mas impossível³¹⁵.

Segundo este argumento, o ceticismo geral só é possível como proposição *dentro* da moral. Portanto, Dworkin divide os argumentos céticos em internos, cujas diversas formas de teorias “adotam alguma visão controvertida sobre a finalidade ou natureza da interpretação, como fazem as teorias positivistas, mas adotam uma visão que tem consequências céticas”³¹⁶; e *externos*, que, segundo Dworkin

supõe que pode controlar todos os julgamentos interpretativos confrontando-os com alguma realidade externa cujo conteúdo não deve ser determinado por argumentos que se tornaram conhecidos pela prática, mas que deve ser apreendido de alguma outra maneira. Ele supõe que pode se colocar fora do empreendimento da interpretação, dar aos julgamentos interpretativos algum sentido diferente daquele que eles têm dentro do empreendimento, avaliar os julgamentos assim concebidos de maneira diferente do confronto dos argumentos utilizados contra e a favor deles na interpretação comum, e julgá-los todos falsos ou desprovidos de sentido quando medidos com um padrão supostamente mais objetivo³¹⁷.

O *ceticismo externo*, portanto, seria incoerente porque “não estamos mais lidando com o mito de dois pontos de vista, um ponto de vista interno, a partir do qual um intérprete tem sua própria resposta para questões interpretativas, e um ponto de

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 262.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.262-263.

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265.

vista externo, a partir do qual ele reconhece que tais questões não podem ter resposta”³¹⁸.

Essa “diferença” na forma de justificar a alegação comum ao ceticismo de que não é possível afirmar que uma interpretação pode ser melhor que outra³¹⁹ é enfrentada novamente em *O império do direito* (1986). Dworkin reafirma, ao apresentar seus conceitos de interpretação, que um cético interno se interessa pela substância das afirmações que contesta, partindo da pressuposição de que a interpretação bem-sucedida de uma prática deve oferecer uma unidade que nenhuma interpretação normativa pode oferecer³²⁰. Assim, o ceticismo interno “apoia-se na solidez de uma atitude interpretativa geral para pôr em dúvida todas as possíveis interpretações de um objeto de interpretação específico”, podendo adotar essa postura (cética) também em relação a toda a prática (estética, moral ou política). Contudo, adverte Dworkin que, mesmo baseado em argumentos morais sólidos,

esse tipo de ceticismo interior de total abrangência ameaçaria nosso próprio empreendimento. Pois esperamos desenvolver uma discussão teórica correta dos fundamentos do direito, um programa para deliberação judicial que possamos recomendar aos juízes e usar para avaliar o que eles fazem. Assim, não podemos ignorar a possibilidade de que algum ponto de vista globalmente cético sobre o valor das instituições jurídicas seja, no final, o mais poderoso e convincente de todos; não podemos dizer que essa possibilidade é irrelevante para a teoria do direito³²¹.

A forma interna de ceticismo é, portanto, aquela que devemos temer, posto que o ceticismo externo se quer considera as convicções morais como da mesma ordem das proposições filosóficas sobre a moral³²², sendo uma teoria metafísica e não uma posição interpretativa. O cético externo, “insiste em que elas [as afirmações morais] não são descrições que possam ser comprovadas ou testadas, como na física: nega que os valores estéticos ou morais possam ser parte daquilo que chama (...)de “fundamentos” do universo”³²³.

Por outro lado, a reconstrução dos argumentos céticos a partir de uma interpretação interna de primeira ordem, como a proposta por Dworkin, se dá a partir

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265.

³¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 95.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 97.

³²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 98.

³²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 105.

³²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 102.

da necessidade de consideração da integridade, que traz ao debate jurídico a questão da intencionalidade através dos valores morais/políticos socialmente compartilhados como critério de veracidade da prática interpretativa. É nesse sentido, aliás, que o autor desenvolve em *O império do direito* (1986) a sua interpretação “interna” de três concepções concorrentes entre a teoria do direito: o positivismo, ao qual Dworkin atribui o nome de convencionalismo³²⁴, o *Law and economics*, chamado pelo autor de pragmatismo³²⁵, e a sua própria concepção, o direito como integridade³²⁶.

³²⁴ No sentido da proposta de Dworkin de submeter o positivismo à uma leitura interpretativa, esclareço: “É importante, então, distinguir o convencionalismo da descrição baseada em simples fatos. O convencionalismo é a forma interpretativa do positivismo. Ele argumenta que a melhor interpretação da prática jurídica é que se trata de uma questão de respeitar e aplicar as convenções jurídicas. O que o justifica? Dworkin diz que ele serve o ideal das ‘expectativas protegidas’ oferecendo um ‘aviso justo’ às pessoas sobre o que o direito exige e permite. Em outras palavras, seu objetivo é fazer o direito algo claro para as pessoas... O convencionalismo exige apenas que, para uma convenção existir em um ponto do direito, haja uma simples concordância entre os juristas. Mas a ideia da “concordância simples” constituindo o núcleo do argumento jurídico é muito rasa. Entender este ponto é de importância fundamental para o entendimento de Dworkin e é um tema ao longo de todo este trabalho. Uma maneira dramática de expressar a ideia é observar a diferença entre uma proposição ser verdadeira por convenção e ser verdadeira por convicção independente (ver Capítulo 6). Todos concordamos que é errado torturar bebês, mas os argumentos de que é errado relacionam-se com a substância do ato (“é indescritivelmente cruel porque...”), não com o fato de que é errado porque “todos nós concordamos que é errado”. Este exemplo extraído da natureza do argumento moral por Dworkin tem a intenção de introduzir a ideia de que é por referência à substância dos argumentos que o argumento jurídico, especialmente em casos difíceis, tem caráter importante. (...) Aqui, é muito mais edificante falar, quando os juízes concordam sobre uma questão que se enquadra em suas convicções, de *consenso de convicção* em vez de concordância. E faz melhor sentido supor que são as convicções dos juízes que estão em funcionamento no caso porque isso explicaria mais claramente por que muitas vezes há diferenças de opinião leves, mas importantes, entre os juízes a respeito de questões em que o resultado final - o julgamento ou decisão - é o mesmo. Também explica melhor os tipos de razões que os juízes oferecem a favor de suas visões. Os juízes relatam suas crenças sobre o que são as decisões corretas em termos muito mais complicados do que uma aritmética de convenções. Mas tudo isso é dito não para negar a importância das convenções no direito, ou mesmo em outras áreas em que as regras sociais se aplicam. Está claro que uma parte importante do argumento jurídico, especialmente onde problemas de coordenação ocorrem, consiste em apontar a convenção apropriada.” In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 192 e 198.

³²⁵ No sentido da proposta de Dworkin de submeter o realismo jurídico à uma leitura interpretativa, esclareço O que poderíamos considerar no lugar do convencionalismo? A resposta de Dworkin é que a exigência de maior flexibilidade, que mesmo o convencionalismo modificado não permitiria, poderia ser satisfeita pelo que ele chama pragmatismo. Essa doutrina é apresentada como uma teoria melhor - uma teoria que explica e justifica melhor as nossas práticas jurídicas - do que o convencionalismo. O pragmatismo oferece o maior âmbito para a flexibilidade. Ele nega que decisões passadas criem quaisquer direitos que obriguem o juiz. Portanto, E o que Dworkin denomina concepção ‘cética’ do direito. O pragmatismo, então, deve ser visto como o oposto do convencionalismo. Os juízes agora podem agir com o máximo de flexibilidade ao decidir qual é a melhor decisão, não sendo obrigados por quaisquer convenções. Na prática, porém, o pragmatismo seria menos radical porque os juizes, em muitos casos, recorreriam a decisões passadas para determinar melhor solução. Assim a melhor decisão pode ser simplesmente continuar a prática passada, sendo que a diferença com o convencionalismo seria que um juiz não está obrigado por nenhuma decisão passada, a ser seguida ou sequer a ser levada em conta”. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 199-200.

³²⁶ De forma sucinta, em relação à crítica às correntes mencionadas nas últimas notas de rodapé, define-se o papel da integridade: “o que faz a integridade é a sua capacidade de alcançar a coerência em princípio mantendo o compromisso de tratar as pessoas como iguais. Tanto o convencionalismo como o pragmatismo fracassam porque são, consecutivamente, rígidos demais e arbitrários demais

A mudança de rótulos não representa apenas uma variação taxonômica. O que Dworkin realiza em cada um destes tópicos consiste na inversão da perspectiva externa que aparentemente fundamenta cada uma das doutrinas rivais, formulando-as como se fossem programas de justificação de primeiro nível, isto é: correntes que tentam justificar os limites e o sentido do sistema jurídico a partir de uma perspectiva político-normativa. Essa leitura de Dworkin acerca do positivismo e do realismo jurídico reforça a dependência que qualquer teoria normativa, na medida em que almeja a integridade, possui com os elementos substanciais/valorativos de determinada prática. Nesse sentido, diante da moralidade política é que o direito como integridade supera o pragmaticismo, porque essa versão de ceticismo (pragmático) falha não só em oferecer uma interpretação adequada ao conceito de direito, mas também fracassa em sua justificação³²⁷.

A metodologia do interpretativismo proposta por Dworkin, portanto, impõe o dever de justificação das práticas interpretativas segundo argumentos interpretativos/morais (internos) no âmbito das teorias normativas, razão pela qual, ao contrário do que ocorre em outros departamentos, acaba (con)fundindo-se com o seu objeto. A consideração dos critérios substantivos para a afirmação ou negação da veracidade das proposições interpretativas impõe aos críticos de Dworkin a necessidade de articular argumentos que não podem mais ser peremptórios ou *a priori* e, portanto, neutros a propósito das opiniões morais (ou estéticas, ou interpretativas) correntes³²⁸ porque as teorias normativas demandam por justificação valorativa e não fundamentação fática.

Aquilo que torna uma afirmação moral (ética, jurídica ou estética) *melhor* do que afirmações concorrentes, nesse sentido, não está relacionado à cosmologia, à metafísica, mas a nossa capacidade de exigir e fornecer razões às nossas afirmações. É nesse sentido que, para Dworkin, o ceticismo moral (ético, jurídico e estético) só pode se sustentar a partir de uma perspectiva interna e limitada. O jogo de linguagem do valor, nesse sentido, é autorreferente e mesmo uma posição cética sobre uma crença ou sobre um conjunto de crenças valorativas deve ser interno ao invés de

para exigir que o governo fale como uma só voz a todos os cidadãos. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 214.

³²⁷ GOMES, David; ROSA, Leandro Gomes Penteado. O maior desafio: pragmatismo e personificação. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 107.

³²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 106.

externo a ele. Dessa forma, o ataque à estrutura argumentativa que sustenta o ceticismo na teoria (da interpretação) do direito, objeto desta seção, manifesta-se de maneira semelhante no âmbito de sua teoria da moral, o que passarei a apresentar a partir da crítica dworkiniana à postura arquimediana.

3.3. O ANTIARQUIMEDIANISMO: DESCONSTRUÇÃO DA TEORIA METAÉTICA³²⁹

Em razão da intencionalidade, como vimos, segundo Dworkin, “a situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo que tempo que luta contra elas”³³⁰.

A pretensão de validade da interpretação, portanto, encontra-se no valor das justificações, ou seja, na sua integridade (entendida como virtude política) e não na convencionalidade (positivismo), nem na realidade (pragmaticismo). Essa virada interpretativa, segundo a qual existe verdade no âmbito valorativo (moral), impõe a Dworkin enfrentar a questão filosófica da cisão entre ser e dever ser (lei de Hume³³¹), que, como vimos, sustenta o argumento positivista de que o direito – a interpretação do direito – está restrito aos fatos e somente por isso pode ser descritível e verificável.

³²⁹ Essa abordagem segundo a qual Dworkin propõe um ataque à teoria metaética se estrutura a partir das publicações “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it” (1996) e “Justice for Hedgehogs” (2011). Devo mencionar que a inspiração para esta seção sobre objetividade moral e a nomenclatura “destruição da metaética” estão na obra “O espinho do ouriço: Metaética, Interpretação e Objetividade Moral em Ronald Dworkin”, de Luã Jung.

³³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 75.

³³¹ A lei de Hume é a interpretação do seguinte trecho da obra “Tratado da natureza humana”, de David Hume: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é* e *não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-la aos leitores; estou persuadido de que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes de moralidade, e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão”. In: Hume, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 500.

A interpretação do direito proposta pelos positivistas, para não violar a lei de Hume, separa a teoria da prática. Enquanto existem discursos de primeira ordem sobre a prática em que se apresentam argumentos éticos e morais sobre o que é certo e errado (dever ser); no âmbito teórico (ser), os (meta)discursos se destinam a explorar e classificar as afirmações de primeira ordem, a partir de uma posição externa e, portanto, neutra³³². Contudo, de acordo com o que foi apresentado na seção anterior, a adoção da premissa de que a teoria do direito “baseia-se em julgamentos e convicções morais e éticos”³³³, os quais são indissociáveis da prática interpretativa, é incompatível com a metodologia arquimediana empregada não só pelos positivistas, mas por “boa parte da filosofia contemporânea”³³⁴. Isso porque, na perspectiva de Dworkin

todo argumento – em verdade, todo argumento inteligível – bem-sucedido de que proposições valorativas não são nem verdadeiras nem falsas, deve ser interno ao domínio valorativo, ao invés de arquimediana a esse respeito. Assim, por exemplo, a tese de que não existe resposta certa sobre se o aborto é um mal é ela própria uma afirmação moral substantiva, a qual deve ser julgada e avaliada da mesma forma como qualquer outra asserção moral substantiva; a tese de que não há resposta certa para a pergunta sobre como um artigo

³³² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 201.

³³³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 201.

³³⁴ A crítica de Dworkin a metodologia arquimediana não só em relação à teoria do direito, mas a teoria metaética, que tentarei aprofundar na presente seção, é apresentada de forma sintética no presente trecho da obra “A justiça de toga”: “Apresentei uma argumentação contrária a essa concepção da metaética em um artigo anterior: acredito que as teorias filosóficas sobre a objetividade ou a subjetividade das opiniões morais só são inteligíveis enquanto juízos de valor, conquanto muito gerais ou abstratos’, As afirmações de Hart sobre seus próprios métodos ilustram uma forma de arquimedeanismo um tanto diferente, apesar de análoga, que é mais proeminente na filosofia política e na filosofia jurídica que na filosofia moral. A distinção-chave, repetindo o que já afirmei, dá-se entre níveis de discurso: neste caso, entre os juízos de valor de primeira ordem, substantivos, que as pessoas comuns emitem sobre liberdade, igualdade, democracia, justiça, legalidade e outros ideais políticos, e as análises de segunda ordem, neutras e filosóficas, que são feitas pelos filósofos políticos, As pessoas comuns políticos e jornalistas, cidadãos e presidentes - discorrem acerca da importância relativa desses ideais. Elas discutem se às vezes é necessário transigir com a legalidade, a fim de assegurar o primado da justiça, ou se a liberdade deve às vezes ser limitada a fim de se chegar à igualdade ou de se preservar a comunidade/ Ao contrário delas, os filósofos tentam descrever o que é realmente a legalidade, a liberdade, a igualdade, a democracia e a justiça, isto é, sobre o que as pessoas discutem e divergem. Uma vez mais, o trabalho dos filósofos, em sua opinião, é neutro no contexto das controvérsias. O que a liberdade e a igualdade são, e por que o conflito entre elas é inevitável é uma questão descritiva ou conceitual, e qualquer teoria filosófica que responda a essas questões de segunda ordem é neutra relativamente a qual desses valores é mais importante do que os outros, e em quais circunstâncias qual deve ser preferido ou sacrificado. Essa versão do arquimedeanismo também é equivocada. Defenderei aqui que as definições ou análises dos conceitos de igualdade, liberdade, direito etc. são tão substantivas, normativas e engajadas quanto qualquer das opiniões contrárias presentes nos embates que campeiam em torno desses ideais. A ambição hartiana de uma solução puramente descritiva dos problemas centrais da filosofia do direito é equivocada, assim como as ambições semelhantes de muitos filósofos políticos de primeira linha.” In: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 202-203.

da Constituição deve ser compreendido é uma afirmação jurídica que deve, novamente, ser julgada ou avaliada como outras afirmações jurídicas; a afirmação de que é indeterminado se Picasso ou Braque foi o artista mais criativo é uma afirmação artística ou estética, e assim por diante³³⁵.

Posteriormente, em *A justiça de toga* e em *Justiça para ouriços*, Dworkin representará esta relação entre a teoria do direito e a moralidade política a partir da perspectiva do direito “não como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito com a moral, mas sim como um ramo dela”³³⁶. Essa derivação é crucial para o desenvolvimento de sua teoria política (teoria da justiça), a qual será abordada no próximo capítulo e cuja estruturação estabelece a igualdade como parâmetro à garantia de liberdade. No momento, todavia, faz-se importante destacar que a relação entre direito e moral em Dworkin deriva de sua perspectiva teórica mais ampla, que pode ser considerada como interpretativismo, holismo ou unidade do valor.

É a partir de uma perspectiva de interdependência entre os campos normativos, já aparente em suas primeiras formulações acerca da teoria do direito, que Dworkin, após debater durante tantos anos sobre temas jusfilosóficos centrados na questão do ceticismo interpretativo no âmbito do direito, como, por exemplo, a questão da discricionariedade judicial ou a única resposta correta, que o autor dedicará relevantes textos para debater com a outra face do ceticismo, que se manifesta no âmbito da teoria moral. Destaca-se, desde já, que a crítica ao ceticismo e a defesa da “objetividade” ou verdade moral e jurídica, que se desenvolvem em um paralelismo argumentativo, não está vinculada a uma concepção filosófica metafísica, sobre respostas, conceitos e valores que estão “simplesmente aí”.

Se a crítica ao distanciamento metodológico ao positivismo jurídico se desenvolve, como apresentei até aqui, especialmente nas obras *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio*, *O império do direito* e *A justiça de toga*, é no artigo *Objetividade e Verdade: melhor você acreditar*³³⁷ (1996) e em seu último livro lançado em vida, *Justiça para ouriços* (2011), que Dworkin, desenvolve de maneira mais detida sua crítica ao ceticismo metaético e ao próprio estatuto teórico da metaética enquanto campo da filosofia moral. Para melhor compreendermos a rejeição ou a desconstrução

³³⁵ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. In: **Universitas Jus**, v. 24, n. 13, p.1-31. Brasília, 2013.

³³⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 17.

³³⁷ DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, Vol. 25, No. 2. P. 87-139, primavera, 1996.

da teoria metaética, é importante que revisitemos a proposta desta área de investigação e suas principais correntes, as quais são alvo de um novo “ataque geral” de Dworkin.

A teoria metaética se estrutura, principalmente a partir da primeira metade do século XX, como “o campo teórico que analisa a prática moral a partir de premissas metafísicas, lógicas e/ou linguísticas, estabelecendo através destas áreas filosóficas a possibilidade e os critérios de objetividade e conhecimento moral”³³⁸, ou seja, se desenvolve através da investigação de argumentos de segunda ordem, relativos à condição de possibilidade das proposições de primeira ordem (substantivas) acerca da ética e/ou da moral, que determinam a possibilidade ou impossibilidade de respostas verdadeiras aos problemas morais substantivos sem a pretensão de defender uma ou outra posição substantiva no âmbito dos desacordos morais³³⁹.

O desenvolvimento dessa “filosofia especializada”³⁴⁰ é fragmentado em diversas posições teóricas, podendo, contudo, ser apresentado segundo a divisão entre dois grandes grupos: cognitivistas e não cognitivistas, cujas propostas são definidas por Luã Jung como

O primeiro [cognitivistas] defende, de maneira genérica, que proposições éticas ou morais expressam crenças sobre o estado de coisas no mundo, sendo, assim, aptas à verdade (truth apt). As teorias não cognitivistas, por outro lado, sustentam que proposições éticas ou morais não abrigam qualquer tipo de conhecimento. O discurso ético é uma projeção humana sobre os fatos do mundo. Ou seja, através da ética manifestamos nossos sentimentos, aprovações ou desaprovações sobre a natureza. Nesse sentido, as proposições éticas ou morais não possuem valor de verdade ou falsidade³⁴¹.

Tais conjuntos teóricos se dividem em diversos segmentos, contudo, no âmbito deste trabalho me restringirei a apresentar as teses destacadas por Jung como fontes dos princípios de racionalidade combatidos pela concepção holística de Ronald Dworkin. A primeira delas é o “cognitívismo não naturalista de G. E. Moore”. Moore,

³³⁸ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 48.

³³⁹ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 22.

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 201.

³⁴¹ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 24.

considerado um dos precursores da metaética, direcionou seus argumentos contra as teorias naturalistas da ética. Segundo o autor, “o bem não significa, por definição, nada que seja natural; e, portanto, é sempre uma questão em aberto se algo que é natural é bom”³⁴². Por exemplo: se afirmamos, como pretendem as correntes utilitaristas, que o conceito de bem é definível pelo conceito de prazer, ainda assim podemos questionar se o prazer é bom. Dessa maneira, toda vez que almejamos definir o conceito de bem através de uma propriedade natural (factual), caímos no que Moore chama de *falácia naturalista*³⁴³.

Da mesma forma, “O emotivismo de A.J. Ayer”, recusa as teorias que definem o bem através de um conceito causal natural, considerando que os conceitos éticos como o de bem são indefiníveis. Diante dessa impossibilidade de definição, os conceitos éticos devem ser considerados pseudoconceitos porque não possuem conteúdo descritivo nenhum e, portanto, não possuem valor de verdade ou falsidade. Essa tese encontra vinculação com o pressuposto do positivismo lógico segundo o qual o conceito de verdade decorre de sua própria definição (tautologia) ou de uma constatação empírica. Portanto, a única controvérsia possível sobre assuntos éticos ou morais é sobre a verdade dos fatos acerca dos quais as pessoas expressam os seus “sentimentos morais” e, nesse sentido, o consenso valorativo só é estabelecido a partir da relação com a realidade fáctica. Quando não há um compartilhamento de valores, não só o acordo é impossível, mas também a própria controvérsia³⁴⁴. O emotivismo de Ayer, nesse sentido, caracteriza-se pela perspectiva segundo a qual nossas afirmações morais, que aparentemente descrevem estado de coisas (por exemplo, a escravidão é injusta, a paz é boa, etc.), na verdade representam reações emotivas, projeções subjetivas *sobre* a realidade. Nesse sentido, as afirmações morais, que nada descrevem, seriam melhor expressadas na forma de interjeições. Isso significa que, quando dizemos que a escravidão é injusta, estamos afirmando algo como “eca! Escravidão!”.

³⁴² Este é o argumento da questão aberta (open-question argument – OQA). MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. New York: Prometheus Books, 1988, p. 44. *apud* JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço**: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 26.

³⁴³ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço**: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 29.

³⁴⁴ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço**: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 29-31.

Cabe referir que o emotivismo proposto por Ayer, justamente por estar relacionado com o positivismo de Viena, também guarda semelhanças com a perspectiva do raciocínio prático adotada por Kelsen. Conforme Streck e Jung,

Podemos afirmar, portanto, que, de acordo com a concepção normativa a partir da qual Kelsen concebe tanto nossos juízos morais cotidianos como as prescrições legislativas e judiciais, estas representam (a) atos de vontade e que, nesse sentido, um valor (dever-ser) moral ou jurídico objetivo é dependente de uma autoridade absoluta (Deus, por exemplo); (b) são projeções sobre a realidade, não constituindo, portanto, juízos descritivos acerca da mesma (dualismo ser/dever-ser, fato/norma) e, por fim (c) tais projeções têm uma origem emotiva e não possuem conteúdo cognitivo (são pseudoproposições). Estas características representam o cerne do emotivismo metaético, acima exposto.³⁴⁵

A relação entre o emotivismo metaético e o empirismo lógico (neopositivismo) desenvolvido no Círculo de Viena se estrutura através da influência direta do “Tractatus Logico-Philosophicus”, de Wittgenstein. De acordo com o manifesto do Círculo³⁴⁶, que expressa a sua *concepção científica de mundo*, a proposições que não são analíticas (lógicas ou tautológicas) nem sintéticas *a posteriori* (empíricas), não são dotadas de sentido. Uma vez que as proposições da metafísica, bem como de áreas como a estética e a ética, pretendem informar algo sobre os estados do mundo (não sendo lógicas – verdadeiras por seus próprios termos, nem empíricas – não possuem referência verificável) elas pertencem ao campo das pseudoproposições, que não são nem verdadeiras nem falsas, e devem ser banidas das doutrinas científicas. Em Wittgenstein, essas áreas, a ética e a estética, pertencem ao campo do “místico”³⁴⁷.

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luis; JUNG, Luã Nogueira. Kelsen e a metaética: empirismo lógico, emotivismo e discricionariedade judicial. In: **Revista da faculdade mineira de direito** - Puc Minas. Belo horizonte, v. 25, n. 50, p. 283-304, 2023, p. 298.

³⁴⁶ HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. A concepção científica do mundo – O Círculo de Viena. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. In: **Cadernos de História e Filosofia da ciência – UNICAMP** Campinas: v.10, p. 5-20, 1986

³⁴⁷ “6.41 O sentido do mundo deve estar fora dele. No mundo, tudo é como é e tudo acontece como acontece; não há nele nenhum valor - e se houvesse, não teria nenhum valor.

Se há um valor que tenha valor, deve estar fora de todo acontecer e ser- assim. Pois todo acontecer e ser- assim é casual.

O que o faz não casual não pode estar no mundo; do contrário, seria algo, por sua vez, casual.

Deve estar fora do mundo.

6.42 É por isso que tampouco pode haver proposições na ética.

Proposições não podem exprimir nada de mais alto.

6.421 É claro que a ética não se deixa exprimir.

A ética é transcendental. (Ética e estética são uma só.)

6.422 O primeiro pensamento que nos vem quando se formula uma lei ética da forma “você deve ...” é: e daí, se eu não o fizer? É claro, porém, que a ética nada tem a ver com punição e recompensa, no sentido usual. Portanto, essa questão de quais sejam as consequências de uma ação não deve ter

Podemos afirmar que, se, de um lado, o *Tractatus* de Wittgenstein influenciou sobremaneira o neopositivismo, a segunda fase da obra do autor, representada pelas suas “Investigações filosóficas”, abriu o horizonte a partir do qual se desenvolveu na filosofia de língua inglesa a corrente que Manfredo Araújo de Oliveira denomina de “reviravolta pragmática” na filosofia. Se, de acordo com o Wittgenstein I, a linguagem tinha como única função a representação do mundo a partir da estrutura lógica que era comum entre ambos (teoria pictórica da linguagem), é possível afirmar que o Wittgenstein II rompe com sua própria concepção essencialista acerca do fenômeno linguístico. Em “Investigações filosóficas”, Wittgenstein apresenta uma perspectiva múltipla acerca das funções da linguagem, a partir da qual a representação dos fatos se torna apenas mais uma possibilidade entre diferentes *jogos de linguagem*, que possuem diferentes lógicas ou regras que guiam nossa ação³⁴⁸. É a partir desta perspectiva que autores como Austin, por exemplo, apresentarão uma perspectiva pragmática da linguagem. A ideia de “seguir regras”, nesse sentido, também está presente na obra de Hart e na ideia de regra de reconhecimento proposta pelo autor, o qual era interlocutor da filosofia da linguagem ordinária desenvolvida em Oxford.

O emprego da linguagem não apenas de forma descritiva, mas como forma de realizar ações, revitalizou a possibilidade da construção de um discurso normativo com fundamentos racionais e não apenas emotivos, como proposto por Ayer, inspirado no empirismo lógico. No âmbito da teoria metaética, essa proposta de racionalidade acerca do uso da linguagem encontra expressão no “Prescritivismo universal de R.M. Hare”, que define a (meta)ética como “o estudo lógico da linguagem moral”³⁴⁹. De acordo com Hare, as regras da lógica se aplicam igualmente às

importância. - Pelo me- nos, essas consequências não podem ser eventos. Pois há decerto algo de correto nesse modo de formular a questão. Deve haver, na verdade, uma espécie de recompensa ética e punição ética, mas elas devem estar na própria ação.

(E também é claro que a recompensa deve ser algo de agradável, a punição, algo de desagradável.).

6.423 Da vontade enquanto portadora do que é ético, não se pode falar.

E a vontade enquanto fenômeno interessa apenas à psicologia.

6.43 Se a boa ou má volição altera o mundo, só pode alterar os limites do mundo, não os fatos; não o que pode ser expresso pela linguagem.

Em suma, o mundo deve então, com isso, tomar-se a rigor um outro mundo.

Deve, por assim dizer, min- guar ou crescer como um todo.

O mundo do feliz é um mundo diferente do mundo do infeliz” In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 275 e 277.

³⁴⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2006. P. 137-147.

³⁴⁹ HARE, Richard Mervyn. *The language of morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952, preface. *apud* JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 35.

sentenças descritivas e normativas, consistindo em erro (falácia descritiva) as teorias naturalistas e não naturalistas que consideram que as sentenças normativas descrevem algum tipo de propriedade ao invés de simplesmente expressarem um comando³⁵⁰. E, diante da impossibilidade da dedução lógica de declarações morais a partir de declarações de fato (princípio lógico *p* decorrente da lei de Hume), a linguagem moral deve ser compreendida principalmente a partir de sua característica prescritiva.

Por conseguinte, sendo o discurso normativo uma parte da linguagem valorativa (inserida no amplo conjunto da linguagem imperativa), quando dizemos que determinada ação é boa, não o fazemos no sentido de que ela é socialmente agradável/aprovável, mas de que deve ser realizada independentemente da avaliação de um terceiro. Ademais, os conceitos normativos expressados pelo dever não possuem apenas um conteúdo valorativo; posto que comandos também possuem uma dimensão descritiva, a qual os agentes devem aceitar em situações análogas (o juízo de que roubar é errado me compromete a impor a mesma rejeição a situações de fato caracterizadas como roubo), sob pena de caírem em contradição lógica. Desse elemento lógico implícito em afirmações morais decorre a regra da universalização (princípio *U*)³⁵¹. Para Hare, em síntese, “um argumento moral só pode ser considerado moral *stricto sensu* se respeitar a consistência lógica exigida pelos princípios *p* e *u* concomitantemente”³⁵².

O princípio *U* de que trata Hare reflete um importante aspecto de fundamentação das teorias da justiça contemporâneas. Como veremos adiante, a universalidade de normas morais e jurídicas consiste em um dos principais critérios de justificação da atuação política do Estado para relevantes autores associados ao liberalismo político (Habermas, Rawls, Dworkin, por exemplo). Contudo, ainda que Hare defenda a racionalidade no âmbito do discurso moral, o autor é considerado um não cognitivista, assim como Ayer, porque, embora reconheça o sentido e a consistência lógica das proposições normativas/prescritivas, as quais deixam de ser

³⁵⁰ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 35.

³⁵¹ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 36-37.

³⁵² JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 38.

consideradas pseudoproposições, para o autor, não é possível atribuir a elas nenhum conteúdo de veracidade ou falsidade, como se dá com as proposições da ciência³⁵³. Para a justificação de decisões, torna-se necessário que seja elencada uma cadeia de princípios práticos que se justifiquem através do silogismo lógico.

A partir desta escala normativa, no entanto, quando chegamos ao “último” princípio justificador, não podemos justificá-lo enquanto tal. Nesse ponto, tal como ocorre nos jogos de linguagem de Wittgenstein, cabe-nos apenas aceitar ou negar o jogo de linguagem da moral como um todo (convencionalismo). Se, como vimos, a perspectiva kelseniana acerca da razão prática guarda um paralelo com a teoria metaética de Ayer, é possível, ainda que de maneira incipiente, levando-se em consideração os propósitos deste trabalho, estabelecer uma associação entre o expressivismo universal de Hare, a teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein e a tese de Hart acerca da regra de reconhecimento.

Em Hart, como foi abordado acima, o fundamento de validade do sistema jurídico consiste em um fato social – a aceitação de uma regra, ainda que implícita, por membros de uma sociedade. O convencionalismo normativo desses autores tem como característica a dimensão intersubjetiva da linguagem (moral ou jurídica) e das regras que a estruturam. Muito embora Dworkin esteja inserido e aceite elementos relevantes dessa perspectiva, para o autor, o convencionalismo linguístico recai naquilo que ele denomina de agulhão semântico. Em síntese, a justificação normativa (dever ser) esbarra na convencionalidade (ser), ou, em outras palavras, na sedimentação de jogos de linguagem socialmente constituídos, o que viola, segundo a crítica dworkiniana, a lei de Hume.

Se, para Ayer, há um equívoco generalizado na linguagem moral, que, aparentemente, descreve objetos valorativos enquanto, na verdade, serve apenas para expressar nossas emoções de aprovação ou desaprovação a fatos, e para Hare, a metaética deveria reconsiderar os elementos lógicos da linguagem a partir da perspectiva pragmático-linguística acima destacados, para Mackie, por sua vez, “o principal problema da moral não é linguístico, mas uma questão ontológica”³⁵⁴. De

³⁵³ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 39.

³⁵⁴ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 47.

acordo com Mackie, as pessoas comuns e filósofos morais acreditam sinceramente que, quando afirmam a bondade ou maldade de determinada prática estão descrevendo elementos constitutivos da estrutura da realidade, de maneira que as pretensões morais possuem uma pretensão à objetividade. Esta pretensão, no entanto, é um erro, uma ilusão: não existem fatos morais ou qualquer propriedade na natureza que fundamente os juízos morais. Nesse sentido, Mackie intitula a sua análise metaética de teoria do erro (*Error-theory*). De acordo com o autor,

a negação dos valores objetivos terá de ser apresentada não como resultado de uma abordagem analítica, mas como uma ‘teoria do erro’, uma teoria que, embora a maioria das pessoas, ao fazer julgamentos morais, afirme implicitamente, entre outras coisas, estar apontando para algo objetivamente prescritivo, essas afirmações são todas falsas. É isso que torna o nome ‘ceticismo moral’ apropriado³⁵⁵

Um dos principais elementos do ceticismo proposto por Mackie consiste no argumento da estranheza (*queerness*). Para o autor, se valores objetivos existissem, “eles seriam entidades, qualidades ou relações de um tipo muito estranho, totalmente diferente de qualquer outra coisa no universo”³⁵⁶. Da mesma maneira, se estas entidades estranhas existissem, a maneira pela qual as conheceríamos deveria estar baseada em uma forma de intuição ou percepção totalmente diferente de nossas faculdades conhecidas. Mackie representa, nesse sentido, um exemplo de ceticismo metafísico segundo o qual a possibilidade de objetividade moral é dependente da existência de entidades morais, bem como de nossa capacidade de conhecê-las.

Em síntese, os principais argumentos em favor do ceticismo de Mackie, de acordo com Jung, são: a relatividade ou variação dos pontos de partida do pensamento moral e sua dependência de formas de vida; a peculiaridade metafísica dos supostos valores objetivos; o problema sobre como tais valores poderiam ser consequenciais ou supervenientes a características naturais e, por fim, a dificuldade epistemológica em considerar nosso conhecimento sobre entidades valorativas³⁵⁷.

A tese de Mackie acerca da dependência da existência de entidades metafísicas estranhas para a objetividade moral, como veremos, é um dos principais

³⁵⁵ MACKIE, J.L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. Penguin Books, 1977, p. 35.

³⁵⁶ MACKIE, J.L. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. Penguin Books, 1977, p. 38.

³⁵⁷ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 42.

exemplos que motivam a crítica de Dworkin aos *morons* (em inglês, idiotas) reivindicados por alguns céticos. Para ele, estas entidades de fato não existem, mas o equívoco está em relacionarmos a sua existência à possibilidade de verdade moral.

A crítica de Dworkin a Mackie e aos *morons*, no entanto, consiste em apenas um estágio de seu ataque geral à metaética enquanto projeto teórico. Como vimos, a metaética parte da divisão entre afirmações de primeiro e de segundo nível acerca da moralidade. De acordo com a perspectiva metaética, enquanto as pessoas ordinárias, políticos, ativistas e juristas debatem sobre se determinada ação ou prática é boa ou má (primeiro nível), os filósofos, distanciados do mundo da vida em seus gabinetes e congressos, refletem *sobre* as afirmações morais, analisando o seu sentido linguístico, referência ontológica e condições epistemológicas. A partir desta análise distante e neutra em relação aos conflitos argumentativos de primeiro nível, os filósofos metaéticos pretendem determinar os fundamentos teóricos pelos quais poderíamos acreditar na verdade de nossas crenças morais ou, ao menos, termos consciência de que os grandes problemas práticos que envolvem nossas vidas individuais e coletivas não passam de um *como se*.

A metaética, portanto, guarda como premissa teórica a possibilidade de falarmos sobre o fundamento da moralidade a partir de uma dimensão neutra à própria moralidade. A perspectiva externa a partir da qual a metaética aborda o fenômeno moral é um dos principais pontos de crítica de Dworkin. A partir da tese da unidade do valor, Dworkin propõe que a afirmação ou negação da verdade ou da objetividade moral deve levar em consideração argumentos internos, ou seja, morais. É nesse contexto que Dworkin adjetivará a metaética de teoria arquimediana. O “arquimedianismo” consiste em uma postura filosófica geral segundo a qual a cientificidade ou objetividade de nossas afirmações sobre a realidade devem ter como fundamento premissas neutras em relação ao próprio objeto ou prática investigada.

Em um mundo teórico “colonizado” pela metodologia das ciências naturais, o arquimedianismo filosófico se torna a origem de todo tipo de ceticismo em relação às áreas normativas como o direito e a moralidade. Na maioria dos casos, o ceticismo moral é resultante de um reducionismo que tenta direcionar a investigação moral aos critérios de objetividade aferidos na investigação científica. Como não conseguem, obviamente, identificar na estrutura física do universo fatos brutos em que crenças morais estejam fundamentadas, os pensadores desta área concluem que as afirmações morais não passam de projeções emotivas (Ayer), jogos de linguagem

(Hare) ou equívocos metafísicos crassos (Mackie). Seja no direito, na moral, na ética e na estética, identificamos autores que defendem a fragmentação, o relativismo e a ausência de ordem na dimensão prática de nossas vidas. Contra essas posturas, Dworkin lançara seu espinhoso holismo interpretativo.

Portanto, se os juristas que divergem sobre a melhor interpretação de determinada prática “precisam dar um passo atrás e decidir através de outros argumentos interpretativos”³⁵⁸ qual o propósito de sua interpretação, precisamos enfim conhecer a teoria moral de Dworkin. Afinal, o desenvolvimento de sua teoria da interpretação – a qual se estende ao direito – parte de sua compreensão sobre a própria teoria moral, ou seja, de suas considerações acerca da veracidade de proposições no âmbito valorativo.

3.4. DIREITO E MORAL: INTERPRETAÇÃO VALOR E VERDADE

Podemos afirmar, diante do exposto até aqui que, embora a teoria do direito tenha ganhado densidade com o passar do tempo (e principalmente nas obras de autores como Kelsen e Hart), a proposta positivista de maneira geral guarda consigo pressuposições metodológicas que a fazem refém de si mesma. Como vimos, a partir de Dworkin, em que pese o positivismo jurídico contemporâneo tenha se preocupado em fornecer um critério de validade normativa ao sistema jurídico³⁵⁹, as teorias positivistas fracassam na medida em que apostam na tese das fontes sociais do direito. Por outro lado, ao não considerarem certos padrões normativos (princípios) não necessariamente explícitos como cerne das interpretações jurídicas, os positivistas deixam de fora do sentido do direito uma dimensão importante, a saber, a dimensão prática, em que as pessoas de fato interpretam, aplicam e produzem as normas jurídicas.

Durante a breve análise da metaética e da crítica de Dworkin a mesma, podemos identificar uma postura teórica que guarda semelhança com o positivismo jurídico. Interessada em desenvolver uma teoria *sobre* o estatuto da moralidade (sua

³⁵⁸ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação). p. 118.

³⁵⁹ Esse esforço pode ser exemplificado a partir da tese de Hart do conceito de direito com fito a diferenciá-lo de outros sistemas normativos baseados exclusivamente na coerção, como defendia Austin.

metafísica, linguística, epistemologia etc.), as teorias metaéticas se mantêm indiferentes em relação à prática concreta de interpretação e argumentação sobre conceitos morais. Trata-se, assim, de um discurso de segundo nível, descritivo, neutro em relação a questões substantivas sobre o que é certo ou errado, bom ou mal, justo ou injusto. Ao mesmo tempo em que desconsidera o debate concreto sobre problemas normativos, a metaética contemporânea, na maioria de suas versões, adota uma perspectiva cética sobre a objetividade ou verdade de proposições morais. Estas são, de acordo com as principais teorias metaéticas acima introduzidas, ora indefiníveis, ora projeções sobre a realidade, vinculadas a nossas reações subjetivas, ora equívocos metafísicos grosseiros sobre o que está aí no mundo e que pode ser conhecido.

O ceticismo acerca da argumentação moral, seja no âmbito da metaética ou positivismo jurídico, nos conduz à perspectiva segundo a qual os acalorados debates sobre o conceito de justiça ou sobre conceitos legais não têm nada de verdadeiro a atingir. Proposições normativas, tanto para o positivismo quanto para o ceticismo metaético, não são aptas à verdade (*truth-apt*s). Como vimos, para Dworkin, a postura neutra, de segundo nível, a partir da qual tanto o positivismo quanto a metaética desenvolvem suas análises sobre a possibilidade de verdade (ou falsidade) de proposições normativas, sejam elas jurídicas ou morais, é equivocada se pretendermos compreender tanto a prática do direito quanto a da moral em seu sentido aspiracional.

Levando em consideração a estrutura normativa ínsita à justificação de conceitos interpretativos, Dworkin propõe que o raciocínio normativo é independente de descrições factuais (Lei de Hume), implicando que a construção de sentido na esfera normativa demande por outro(s) conceito(s) normativo(s). Nesse sentido, a interpretação é interpretativa do início ao fim, sendo o campo do valor autorreferente e, portanto, a veracidade das proposições normativas vinculada à justificação construída a partir de argumentos internos à prática interpretada.

A partir desta perspectiva holística e interna, Dworkin desenvolveu em seus últimos trabalhos o tema da objetividade moral, em consonância com a sua tese da única resposta correta em casos jurídicos controversos. Ambas as teses constituem a resposta de Dworkin ao que ele denominou de ceticismo arquimediano ou externo, ou seja: o ceticismo que nega a possibilidade de verdade nos domínios interpretativos como a moral ou o direito a partir de argumentos externos a este domínio, no sentido

acima resumido. Podemos nos perguntar, no entanto, como o próprio Dworkin desenvolve o espinhoso tema de verdade interpretativa ou, em particular, da verdade jurídica e moral, sem cair, ele mesmo, no arquimedeanismo teórico que condena?

Precisamos, para responder a esse questionamento, apresentar, ainda que de forma breve, a abordagem do tema da verdade a partir de algumas concepções filosóficas. Uma dessas concepções é a *teoria da verdade como correspondência*, segundo a qual uma proposição X é verdadeira se, e somente se, X corresponde a um fato. Essa teoria é uma das interpretações mais amplamente aceitas do conceito de verdade, com suas raízes teóricas remontando a Aristóteles, que afirmou: "Falso é dizer que o ser não é, ou que o não-ser é. Consequentemente, quem diz de algo que é ou que não é, ou dirá a verdade ou dirá o falso" (Metafísica Γ 7, 1011b26-27). No pensamento escolástico, essa concepção se expressa pela fórmula *adaequatio intellectus et rei*. Em tempos contemporâneos, a teoria da verdade como correspondência foi formalizada pela teoria semântica desenvolvida pelo lógico polonês Alfred Tarski³⁶⁰.

Outra concepção tradicional da verdade é a teoria da coerência, ou da justificação, que sustenta que a veracidade de um enunciado depende de sua coerência com o conjunto total de enunciados previamente estabelecidos e que o fundamentam. Essa concepção está intimamente ligada ao holismo, tanto na epistemologia quanto na ontologia, no qual a determinação de qualquer ente se dá em função de sua relação com a totalidade, conforme o sentido original da palavra grega *holos*, que significa "todo".

Destaca-se, ainda, a perspectiva pragmatista da verdade. A versão mais simples dessa abordagem associa a verdade à utilidade: uma proposição X é considerada verdadeira se, e somente se, ela for útil em algum aspecto prático. Essas três correntes são apenas as mais tradicionais entre diferentes perspectivas filosóficas e não exaurem o rol de teorias contemporâneas sobre a verdade³⁶¹.

Heidegger, por outro lado, ao empreender uma crítica radical à tradição metafísica, em particular à concepção correspondencialista de verdade, no § 44 de

³⁶⁰ JUNG, Luã Nogueira. Filosofia no Direito (2): o problema da verdade. **Consultor jurídico**, São Paulo, 15 jan 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-15/diario-classe-filosofia-direito-problema-verdade/>

³⁶¹ Para uma análise mais detalhada sobre a teoria de Ronald Dworkin e as teorias contemporâneas da verdade, ver: JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação).

“Ser e Tempo”, propõe uma *destruição (Destruktion)* da tradição metafísica com o intuito de desvelar o que foi perdido desde Aristóteles. Para o filósofo, a verdade não se limita à adequação entre juízo e objeto, mas se constitui como um modo de ser no mundo, intrinsecamente ligado à existência humana. Sua investigação se divide em três eixos: a desconstrução da concepção tradicional, a análise da origem e natureza da verdade e, por fim, a exploração do modo como a verdade se manifesta na experiência do Dasein³⁶².

Para tanto, Heidegger identifica três teses que resumem o conceito tradicional de verdade: 1. A verdade só existe na proposição (juízo); 2. A sua essência corresponde à adequação entre o juízo e o objeto e; 3. Aristóteles indicou que não só juízo é o lugar originário da verdade como definiu verdade como concordância. Partindo desses pressupostos, Heidegger propõe uma definição de verdade não como adequação, mas como desvelamento, repensando a relação/correlação entre ideal/mental e real³⁶³.

Dessa forma, ao invés de romper com a questão da verdade, ele a aprofunda, buscando suas raízes mais profundas. Sua análise, inspirada em Kant, revela que a verdade não é um conceito estático e transcendental, mas uma condição de possibilidade da experiência e do discurso³⁶⁴. Ao interpretar a "Crítica da Razão Pura", ele ressignifica a noção de verdade transcendental, deslocando-a de um plano puramente lógico para uma dimensão existencial. A verdade, para Heidegger, portanto, não é uma propriedade das proposições, mas uma condição de possibilidade da experiência humana no mundo, rompendo com a concepção tradicional de verdade, que a reduz a uma relação de correspondência entre juízo e objeto.

A verdade, para Heidegger, possui uma dimensão mais profunda e originária, transcendendo o nível do discurso explícito. Sua análise, ao radicalizar a leitura kantiana, revela que a verdade não se limita à epistemologia, mas está vinculada à própria constituição do Dasein. Ele propõe uma compreensão hermenêutica da verdade, na qual esta se revela como um processo de desvelamento mais amplo. Ao criticar a concepção kantiana, o autor demonstra que a verdade não é um dado a ser descoberto, mas uma condição de possibilidade da compreensão do ser. Os

³⁶² HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Campinas: Unicamp, 2012. p. 595. (coleção multilíngues de filosofia Unicamp) e HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 282.

³⁶³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 284.

³⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 285.

pressupostos kantianos, embora fundamentais para uma teoria da verdade como adequação, não esgotam a complexidade do fenômeno porque a verdade transcende a epistemologia e se inscreve na própria estrutura da existência³⁶⁵.

Levando em consideração a pergunta acima feita (como Dworkin propõe uma teoria da verdade interpretativa, moral e jurídica, que não seja refém do arquimedeanismo combatido pelo autor?), poderíamos enquadrar a perspectiva interna e holística acerca dos juízos normativos proposta pelo interpretativismo em alguma destas teorias da verdade tradicionais ou mesmo a partir de um interlocução com Heidegger?

Para compreendermos de maneira adequada a resposta para essa pergunta, precisamos ter em conta, primeiramente, que “a maneira como Dworkin situa a sua teoria da verdade é análoga à forma pela qual o autor apresenta a sua teoria da interpretação”³⁶⁶. Como vimos nos tópicos anteriores, para Dworkin, toda interpretação “tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem [diferentes] critérios de valor ou de sucesso”³⁶⁷.

Quando trata especificamente do conceito de verdade, Dworkin argumenta no sentido de que compartilhamos uma variedade de práticas “nas quais a busca e a conquista da verdade são tratadas como valores. Não consideramos invariavelmente bom falar ou mesmo saber a verdade, mas é nosso pressuposto padrão de que ambos são bons”³⁶⁸. O conceito de verdade, nesse sentido, atua como o propósito (ou o valor) ao qual diferentes áreas de investigação visam atender e, nesse sentido, está vinculado a outros valores como, por exemplo, precisão, responsabilidade, sinceridade, autenticidade.

O conceito de verdade, a partir do interpretativismo, é em si um conceito normativo que demanda por justificação em cada instância ou disciplina em que é aplicado. Assim, de acordo com Dworkin, seria útil descobrir um enunciado muito abstrato do conceito de verdade, “uma formulação que fosse independente de todos

³⁶⁵ STEIN, Ernildo. **Seminário sobre a verdade**: lições introdutórias para a leitura do parágrafo 44 de *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1993, *passim*.

³⁶⁶ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço**: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação), p. 144.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 65

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 181.

os domínios intelectuais e explicasse por que os diferentes padrões de busca da verdade nos diferentes domínios continuam sendo, todos eles, padrões de busca da verdade”³⁶⁹. Jung destaca, nesse sentido, a circularidade (positiva) da teoria de Dworkin:

Note-se, todavia, que, neste ponto, podemos notar mais uma vez a circularidade do pensamento de Dworkin. O autor tenta formular um conceito de verdade que abranja, entre outros campos, o campo interpretativo. No entanto, uma vez que, para o autor, o conceito de verdade é ele próprio interpretativo, ele não pode ser formulado sem uma teoria da interpretação prévia. Essa circularidade seria um problema se se estivesse em busca de um “fundamento” para a verdade. No entanto, depois de vermos como o raciocínio interpretativo funciona na concepção de Dworkin, penso que ele não encararia a referida circularidade como uma acusação, mas uma constatação a mais sobre como a interpretação funciona, de maneira circular.³⁷⁰

De qualquer sorte, a proposta interpretativa do conceito de verdade proposto por Dworkin consiste, nas palavras do autor, que “a verdade é aquilo que representa a solução maximamente bem-sucedida a um desafio de investigação”³⁷¹. Com este conceito genérico, podemos desenvolver concepções mais concretas da verdade em domínios distintos, de maneira que o conceito de verdade esteja em correlação com o objeto deste domínio. Assim, em oposição a uma perspectiva monista acerca da verdade, segundo a qual devemos estabelecer um critério unívoco de veracidade para depois constatar quais áreas de investigação são com eles condizentes (como fazem os positivistas lógicos a respeito do critério de verificação, por exemplo), Dworkin adota uma concepção pluralista de verdade, em sentido análogo, podemos dizer, à crítica a univocidade metodológica das ciências naturais presentes em “Verdade e Método” de Gadamer.

Portanto, o desenvolvimento de uma teoria da verdade nos termos propostos por Ronald Dworkin não me parece incoerente com a viragem ontológico-linguística operada a partir da filosofia hermenêutica³⁷², de Martin Heidegger. Sendo possível,

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 184.

³⁷⁰ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação), p. 147.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 185.

³⁷² As possibilidades de aproximação entre essas teorias (Heidegger, Gadamer e Dworkin) foram trabalhadas e aprofundadas por Francisco Borges Motta. Nesse sentido ver MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, MOTTA, Francisco Jose Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (doutorado em

como faz Lenio Streck, “apontar nítidos pontos importantes de convergência”³⁷³. Se, de um lado, temos evidências da influência da obra de Gadamer na proposta de Dworkin³⁷⁴, de outro, quando o Dworkin enfrenta, por exemplo, o convencionalismo, podemos aproximá-lo – o que não pode significar unir porque desenvolvem suas teorias com propósitos diferentes – da filosofia de Heidegger, que rompe com a noção de verdade como adequação, propondo um “desvelar” dos sentidos a partir da experiência e do discurso.

De todo modo, se a verdade é um conceito interpretativo cuja definição depende da particularidade do campo de investigação em que é empregado, a definição da verdade em domínios como o direito e a moral deve ser, portanto, definida internamente a partir desses domínios. A partir desta perspectiva, respondendo à pergunta acima realizada, Dworkin propõe critérios interpretativos acerca da verdade no direito e na moral: de um lado, temos o conceito de integridade e, de outro, o conceito de responsabilidade.

Como vimos, o ideal de integridade, que é, em si, uma virtude política, exige que os órgãos responsáveis pela produção de normas e, nesse sentido, principalmente os juízes, atuem de maneira coerente em relação às decisões do passado. Essa coerência, manifestada por Dworkin a partir da alegoria do romance em cadeia, não se resume à mera coerência lógica, ou à determinação direta de que casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira. A integridade requer coerência de princípios, isto é, a identificação, compreensão e aplicação de princípios instituídos na história político-jurídica a cada caso concreto. O exemplo de Stephen Guest, nesse sentido, é bastante didático:

A ideia de “agir por princípio” é altamente relevante aqui. Andrew será um homem que toma sua decisão segundo o que considera ser a visão moral correta de qualquer questão. Dizer que uma pessoa age por princípio é parte de dizer que uma pessoa tem integridade e,

direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2014. MOTTA, Francisco José Borges. Teorias da interpretação e a leitura moral da Constituição. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

³⁷³ Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 155.

³⁷⁴ Nesse sentido, observa Streck: “penso que a principal confluência das teses gadamerianas e dworkinianas reside na concepção de superação do esquema sujeito-objeto e o modo como tal circunstância se coloca no âmbito da applicatio jurídica, ou seja, a applicatio está exatamente assentada – como condição de possibilidade – na superação desse dualismo. A superação do esquema sujeito-objeto quer dizer “superação da subjetividade assujeitadora”, isto é, ruptura com o sujeito solipsista. Cf. Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 156.

inversamente, e mais frequentemente, dizemos que uma pessoa “sem princípio” é uma pessoa que “carece de integridade”. Você pode confiar que alguém que aja por princípio seja consistente em seus julgamentos, mas apenas na medida em que um princípio assim o exija, de modo que a integridade não é a mesma coisa que a lealdade cega, com a qual a integridade às vezes se confunde.³⁷⁵

Se, por um lado, a integridade consiste em um ideal político/epistêmico a partir do qual podemos avaliar a correção das normas proferidas pela “comunidade personificada” e, nesse sentido, é o padrão a ser buscado na argumentação jurídica, a ideia de responsabilidade moral desenvolvida por Dworkin principalmente em *Justiça para ouriços*, constitui o critério de veracidade de nossos juízos morais. Nesse sentido, Jung comenta que “a responsabilidade possui um valor epistêmico, ou, nas palavras de Dworkin, é por si uma virtude”. Assim, a responsabilidade constitui um marco a partir do qual alguém pode defender razoavelmente determinada convicção: “uma vez que, como foi visto, nossos conceitos e afirmações normativas só podem ser validados ou justificados a partir de outros conceitos, teremos ao fim uma rede complexa de conceitos interdependentes. Quanto mais ramificado, abrangente e coerente for o nosso conjunto conceitual, estaremos, por assim dizer, mais *perto* da verdade”³⁷⁶.

Tanto o ideal de integridade política quanto o de responsabilidade moral, portanto, são desdobramentos da epistemologia integrada proposta por Dworkin acerca do domínio valorativo. O desenvolvimento desta perspectiva epistemológica interna à prática normativa, para o autor, leva-nos ao sopé de seu holismo axiológico pleno: “a fé dos porcos-espinhos na possibilidade de que todos os valores verdadeiros formem uma rede interligada, de que cada uma das nossas convicções acerca do que é bom, correto ou belo desempenhe algum papel na corroboração de todas as nossas demais convicções em cada um desses domínios de valor”³⁷⁷.

O holismo valorativo defendido por Dworkin, pautado na independência epistemológica da interpretação, por sua vez, conduz o autor a rerepresentar a relação entre o direito e a moral. Se em obras como *O império do direito* a moralidade política representava a imposição aos juristas de buscar a justificação do direito a partir do

³⁷⁵ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 81.

³⁷⁶ JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin**. São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação), p. 81.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 128.

seu propósito, em textos como *A justiça de toga* e *Justiça para ouriços*, Dworkin explicita a sua concepção de que o direito é um ramo da moralidade política, sendo esta um ramo da moralidade em sentido geral. Nesse sentido, explicam Mello e Motta

Nessa obra [Justiça para ouriços], Dworkin explicita com clareza o que, de certa forma, vinha ficando sempre mais evidente em seus textos anteriores, especialmente em *Justice in Robes*, publicado em 2006. O autor já não mais considera o direito e moral como sistemas distintos que possuem alguns pontos de interconexão, seja por meio dos princípios de moralidade política, seja por meio da natureza interpretativa da argumentação jurídica. Agora, Dworkin situa o direito como parte do todo representado pelo mundo do valor. Neste sentido muito amplo, o mundo do valor é a instância que define como nós humanos podemos viver uma vida boa, individual e coletivamente. Essa instância, contudo, pode ser compreendida metaforicamente como uma árvore dotada de diversos galhos: a ética, a moral, a moral política e o direito. O direito, por sua vez, é um ramo do galho da moralidade política. Essas subdivisões da estrutura geral do valor coexistem de forma integrada, interagindo e influenciando-se reciprocamente. Não é preciso dizer mais para perceber o quanto o autor aproxima sua concepção jurídica de teorias típicas do pensamento jusnaturalista, sem, contudo, perder a excepcional originalidade da sua concepção não-positivista sobre a natureza do direito³⁷⁸

No entanto, há aqui alguns pontos que precisam ser cuidadosamente separados. Dworkin não iguala o argumento jurídico ao argumento moral. Assim como não o faz em relação aos argumentos políticos. Em vez disso, ele começa pela informação jurídica, o material jurídico pré-interpretativo, e, então, intenta extrair dele o melhor sentido moral³⁷⁹. O próprio autor afirma, nesse sentido que “mesmo quando compreendemos que o direito é um ramo da moral (...), temos de aceitar esta distinção indispensável entre esse ramo e o resto do domínio”³⁸⁰. Buscarei, portanto, apresentar no próximo capítulo a construção e justificação do argumento jurídico proposto por Dworkin no âmbito de dois domínios distintos, quais sejam, da teoria do direito e da teoria política, a fim reforçar que o método interpretativo como proposto pelo autor é indissociável de sua tese da unidade do valor.

³⁷⁸ MELLO, Cláurido Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 22, n. 2. p. 723-753, mai-ago, 2017. p.727.

³⁷⁹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 133.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 179.

4. O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO

Se no capítulo anterior busquei apresentar a conexão entre a teoria da interpretação e a teoria moral, de acordo com a proposta de Ronald Dworkin, apontando para aquele que penso ser o melhor conceito de direito, ou seja compreendido como um conceito interpretativo; neste capítulo defenderei que as interpretações sujeitas ao interpretativismo, vinculam a teoria do direito não só à uma teoria uma teoria moral, mas também à uma teoria política. Essa imbricação torna-se necessária e indispensável para a adequada compreensão do papel que cumpre (e deve cumprir) o ordenamento jurídico em uma sociedade democrática.

O interpretativismo desenvolvido por Dworkin, portanto, deve ser complementado por posições liberais desenvolvidas nos campos da ética e da política³⁸¹. Essa correlação entre filosofia política e teoria do direito é resultado da articulação de um ideal de justiça fundamentado na leitura original que o autor realiza do liberalismo político clássico segundo critérios éticos tradicionalmente atribuídos às correntes comunitaristas, com será visto na primeira seção deste capítulo. Dessa forma, a proposta integracionista entre ética e moral, na qual se funda o liberalismo igualitário defendido por Dworkin, deve ser compreendida segundo a gramática da teoria da interpretação apresentada no capítulo anterior, o que irá acarretar, mesmo diante de uma sociedade plural, na reconciliação entre valores políticos.

O interpretativismo, ancorado na tese da unidade do valor, está em todas as camadas (*all way down*) da teoria de Ronald Dworkin e deve ser compreendido através integridade normativa compartilhada entre os princípios políticos (justo) e os projetos de vida dos cidadãos (bem). Este é o postulado sobre o qual se estruturam tanto a sua teoria política, que clama pela igualdade de distribuição de recursos como virtude soberana da comunidade política, quanto sua teoria do direito, cujo objetivo é estruturar a solução de disputas entre os indivíduos e entre estes e o seu governo, coordenar os esforços individuais e sociais e garantir a justiça³⁸².

Nesse sentido, buscarei na segunda seção deste capítulo apresentar os conceitos centrais desenvolvidos por Dworkin em seu liberalismo igualitário a fim de reforçar minha interpretação de que a integração entre ética e política é o cerne da

³⁸¹ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 13-14.

³⁸² CHUEIRÍ, Vera Karam de. **Filosofia do direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995. p. 100.

proposta de teoria da interpretação desenvolvida pelo autor. Adoto a perspectiva da filosofia política, ainda que ela tenha sido pouco trabalhada no Brasil, porque para justificar sua proposta de redistribuição igualitária de recursos, a qual deve ter função teórica e prática, o autor explicita, a partir de modelos contrafáticos como o do leilão, os postulados da tese da unidade do valor, correlacionando os princípios da liberdade e igualdade como fundamentos de uma postura democrática que almeja a consecução da justiça.

Por conseguinte, a interpretação da prática jurídica (e do conceito de direito) torna-se indissociável da filosofia política. Afinal, como pretendo demonstrar na última seção, seja porque a distribuição igualitária de recursos baseada na integração de valores se justifica pela busca da mesma integridade normativa que almeja a interpretação do direito, seja porque, diante dos conflitos entre princípios jurídicos, sua proposta de teoria política é que vai sugerir qual o princípio que se ajusta a um “sentido mais agudo de justiça” e, portanto, deve conduzir a interpretação do juiz.

4.1. LIBERALISMO POLÍTICO ENTRE A ÉTICA E A MORAL

Ao reconhecermos a abertura do direito para a moral como imposição relativa ao paradigma pós-positivista, os princípios constitucionais assumem a função de “albergar as demandas políticas e sociais que se fazem presentes dentro de determinado período histórico”³⁸³. Sob esta perspectiva, tornam-se, portanto, “os vínculos políticos que criam a moralidade pública contemporânea”³⁸⁴, ou seja, passam a ser demandas morais que assumem forma de direitos fundamentais positivados, mas que, diante de sua origem valorativa, são indeterminados em seu sentido específico (tanto em seu conteúdo individual, quanto na sua inserção no sistema constitucional)³⁸⁵.

Conforme sugerido na seção sobre os diálogos (neo)constitucionais, a grande inovação do constitucionalismo moderno (democrático) é o reconhecimento da estreita relação entre direito e moral e, principalmente, frente às imposições da

³⁸³ LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007. p. 234.

³⁸⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Filosofia Constitucional**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2017. p.45.

³⁸⁵ LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007. p. 234.

história, da impossibilidade de se pensar um desvinculado do outro. Contudo, como também já foi esboçado anteriormente, esse laço com a moralidade política implica desafios grandiosos àqueles que se dedicam a refletir a normatividade do ordenamento jurídico. Isso porque, diante do pluralismo – ou da ausência de um sentido unívoco ou universal – acerca das possíveis interpretações dos princípios, corre-se o risco de (novamente) deixar para as interpretações subjetivas (ou melhor, subjetivistas) a determinação de seu conteúdo. Tal questão ganha ainda mais relevância (prática) quando consideramos que as cortes constitucionais são chamadas a decidir sobre o sentido desses princípios em casos moralmente controversos³⁸⁶.

Essa reformulação do direito (teórica e prática), impõe uma nova forma de (re)conhecer o ordenamento jurídico, que deve ser baseada na assunção de um modelo prescritivo e não mais descritivo dos fenômenos que regula. A teoria geral do direito, diante do paradigma positivista, estava ancorada numa forma de “saber científico, cuja maior preocupação foi a descrição do direito a partir do próprio direito, desconhecendo, por não ser objetiva, qualquer influência externa na construção da ciência jurídica”³⁸⁷. Ocorre que a redefinição do sentido do direito imposta pela consideração de seu elemento normativo vai preocupar-se em associá-lo a ideia de justiça “para dar conta das demandas decorrentes da necessidade de tratar racionalmente os problemas morais”³⁸⁸. É nesse diapasão que se constituem as teorias da justiça contemporâneas, como bem coloca Eduardo Habermas em seu Dicionário de filosofia do direito:

Qual é natureza de uma sociedade justa? Quais critérios devem reger a distribuição de recursos sociais escassos numa estrutura social? O que se deve fazer quando interesses de indivíduos diferentes não podem ser plenamente satisfeitos? Responder a essas indagações é tarefa da teoria da justiça, disciplina que resulta da aliança entre

³⁸⁶ LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007. p. 234.

³⁸⁷ LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007. p. 235.

³⁸⁸ LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007. p. 235.

diversas áreas do conhecimento, principalmente a Filosofia, a Economia, a Política e o direito³⁸⁹.

O enfrentamento de tais questões pelas teorias da justiça contemporâneas articula-se no âmbito da filosofia política e perpassam o tema da normatividade em sociedades plurais, diante do paradigma do Estado Democrático de direito. Nesse sentido, sob o prisma da preocupação com a realização dos ideais de liberdade, igualdade e de cooperação social, são teorizados os arranjos institucionais de democracias constitucionais já existentes a fim de se problematizar a realização da justiça. Dessa forma, o reflexo da desigualdade de poder político e econômico repercute diretamente nas disputas teóricas e políticas acerca das concepções de justo (moral) e de bem (ética).

O retorno da ética às pautas de reflexão filosófica, pode-se dizer, compartilha o mesmo contexto que promoveu o desenvolvimento das teorias “pós-positivistas” do constitucionalismo contemporâneo. Conforme assinalam Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo,

De fato, um mundo que ficou sem referências absolutas, sem verdades últimas (racionais ou teológicas) que permitam fundamentar suas ações; um mundo que presencia desconcertado os mais vertiginosos câmbios em matéria tecnológica e científica; um mundo atônito diante da barbárie das duas guerras mundiais e das complexas contradições do sistema econômico que impera, pede a gritos uma discussão valorativa que lhe permita compreender e avaliar os novos fenômenos que enfrenta e, por sua vez, encontrar alternativas para a convivência pacífica e justa entre homens que já não compartilham um único horizonte de perspectivas morais³⁹⁰.

Afetada por esse panorama, a filosofia moral (re)torna a reconhecer o caráter perspectivo dos discursos humanos e aponta para a necessidade de construção de uma reflexão (teórica) que permitisse avaliá-los e debatê-los, tornando evidentes não

³⁸⁹ RABENHORST, Eduardo, R. TEORIA DA JUSTIÇA. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 804.

³⁹⁰ Texto original “En efecto, un mundo que se ha quedado sin referentes absolutos, sin verdades últimas (racionales o teológicas) que le permitan fundamentar sus acciones; un mundo que presencia desconcertado los más vertiginosos cambios en materia tecnológica y científica; un mundo que se enfrenta atónito a la barbarie de las dos guerras mundiales y a las complejas contradicciones del sistema económico imperante, pide a gritos una discusión valorativa que le permita comprender y evaluar los nuevos fenómenos a los que se enfrenta y a su vez encontrar alternativas para la convivencia pacífica y justa entre hombres que no comparten ya un único horizonte de perspectivas Morales”. In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 17.

só os seus fundamentos, mas a necessidade de considerar o elemento valorativo que permeia essa discussão³⁹¹. Isso porque, até o começo dos anos 1970 “as águas da ética e da filosofia políticas estavam extraordinariamente calmas”³⁹². O desenvolvimento das teorias metaéticas (análise e fundamentação dos juízos de valor) estruturou-se sob a premissa cética em relação a possibilidade de atribuição de um fundamento racional à moral. Grosso modo, os juízos de valor acabavam relegados à subjetividade (desejos, preferencias, interesses ou emoções), de forma que as teses desenvolvidas pelos autores que se ocupavam do tema diferenciavam-se apenas na forma de apresentá-lo³⁹³, como vimos no capítulo anterior.

Esse ceticismo metaético implicou numa *pax philosophica* no âmbito das teorias éticas (reflexão sobre a correção ou bondade moral de ações e instituições), posto que implicava que as questões normativas (de primeira ordem/de valor) não poderiam ser abordadas por disciplinas com pretensão de objetividade, devendo ser relegadas, então, a prédica moralista, política ou religiosa³⁹⁴. Nesse período, a única exceção à ausência de reflexão normativa no âmbito da filosofia era o utilitarismo que, assim como as teorias metaéticas, associava os juízos de valor à questões subjetivas³⁹⁵, partindo de um só pressuposto: “a busca de prazer ou bem-estar, que são complementados com uma série de cálculos empíricos, os quais permitem sua materialização”³⁹⁶.

A “tranquilidade” que se instaurou no âmbito das discussões filosóficas foi rompida pelo resgate do legado kantiano acerca da prioridade do justo sob o bem³⁹⁷,

³⁹¹ CAMPS, Victoria; Presentación. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 11-28. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2). p. 19.

³⁹² NINO, Carlos Santiago. Ética analítica contemporânea. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 131-152. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2). p. 131.

³⁹³ NINO, Carlos Santiago. Ética analítica contemporânea. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 131-152. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2). p. 131. Abordei, de forma parcial, a teoria metaética no item 3.3. O ANTIARQUIMEDEANISMO: DESCONSTRUÇÃO DA TEORIA METAÉTICA.

³⁹⁴ NINO, Carlos Santiago. Ética analítica contemporânea. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 131-152. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2). p. 132.

³⁹⁵ NINO, Carlos Santiago. Ética analítica contemporânea. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 131-152. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2). p. 132.

³⁹⁶ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 19.

³⁹⁷ A consideração da justiça é essencial para a filosofia do direito posto que, para Kant, deve ser o seu mote. O autor preceitua que “uma doutrina do direito simplesmente empírica (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que talvez seja bela, mas, que pena!, não tem cérebro”.

o que implicaria “que o justo diz respeito àquilo que é correto, ou seja, normas de justiça universalmente válidas, independentemente do compromisso dos indivíduos com valores específicos, ou seja, independentemente das concepções de bem particulares”³⁹⁸. Nestes termos, a moralidade não pode ser definida a partir de resultados específicos, mas pelo exercício racional da autonomia individual, devendo ser guiada por “leis” que estabeleçam *a priori* o uso da liberdade, segundo imperativos necessários e universais acerca da conduta humana³⁹⁹.

Esse retorno ao liberalismo kantiano, contudo, se dá de maneira crítica, adequando as estruturas básicas de justiça às circunstâncias que envolvem o homem contemporâneo⁴⁰⁰ – múltiplas visões morais no interior de uma mesma comunidade, sociedades multiculturais, projetos de vida incomensuráveis⁴⁰¹. A retomada da racionalidade e do cognitivismo moral no âmbito das discussões teóricas sobre a justiça, encabeçada por autores como John Rawls, no contexto anglo-saxão, e Jürgen Habermas e Karl Apel, no alemão, se converte em uma necessidade urgente⁴⁰² consubstanciada na construção de um discurso público democrático engajado em equilibrar os distintos projetos de bem viver.

Ressalte-se que essa matriz, própria da disciplina, pode ser percebida já no início da Doutrina do direito. De fato, nos §A, B e C da Introdução a essa obra, Kant distingue lei [Gesetz] de direito [Recht]. Com efeito, a partir deste ponto ele pode diferenciar uma doutrina do direito positivo – ou seja, uma doutrina do direito cuja preocupação é a lei [Gesetz, ius] no sentido da lei positiva, – de uma doutrina do direito que tem por objeto o direito justo [Recht, iustum]. O especialista da primeira [iurisconsultus] seria o conhecedor do que “dizem ou disseram as leis [Gesetz] em um certo lugar e em um certo tempo” (quid sit iuris). O especialista da segunda seria o filósofo, visto que este buscaria o fundamento [Grundlage], ou seja, “o critério universal com que se pode conhecer em geral tanto o justo quanto o injusto (iustum et iniustum)”. Cf. LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007. p. 236-237.

³⁹⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Filosofia Constitucional**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2017. p. 54.

³⁹⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Filosofia Constitucional**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2017. p. 54.

⁴⁰⁰ Sobre as diferenças da filosofia moral antiga e moderna diz Rawls: “Concordemos em que existe essa diferença entre a filosofia moral antiga e moderna. Como conclusão, pois, diremos: os antigos se perguntavam acerca do caminho mais racional para a verdadeira felicidade, ou para o sumo bem, e inquiriam sobre como a conduta virtuosa ou as virtudes enquanto aspectos do caráter – as virtudes de coragem e temperança, sabedoria e justiça, que são elas mesmas boas – relacionam-se com o sumo bem, quer como meios, quer como componentes, ou ambos. Ao passo que os modernos se perguntavam primordialmente, ou ao menos em primeiro lugar, sobre aquilo que consideravam prescrições impositivas da justa razão, e sobre os direitos, deveres e obrigações aos quais estas prescrições davam origem. Só depois voltavam sua atenção aos bens que estas prescrições nos permitiam buscar e apreciar.” Cf. RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 04.

⁴⁰¹ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 21.

⁴⁰² THIEBAUT, Carlos. **Los limites de la comunidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 9.

Sob esse escopo, a busca por princípios universalizáveis e *a priori* repercute no enfrentamento, pelos teóricos liberais, de eventuais maiorias autoritárias ao oferecer critérios independentes em relação a convenções particulares. Contudo, conforme apontado pelos comunitaristas, diante de uma sociedade globalizada e multicultural, a atenção às distintas visões de mundo e manifestações normativas que reclamam pelo reconhecimento e pela participação na formulação de regras que regulam a vida comum⁴⁰³ denotam os limites do projeto racionalista.

É nesse diapasão que se erige, desde os anos 1980, o debate entre liberais, como, por exemplo Rawls, Dworkin, Nagel e Scanlon, filiados à tradição kantiana, e comunitaristas, como Sandel, MacIntyre, Walzer e Taylor, cuja reivindicação de uma moral substantiva, recupera visões que, no âmbito da ética, foram apresentadas por Aristóteles e Hegel⁴⁰⁴. Diante da multiplicidade e complexidade das teorias desenvolvidas no âmbito deste debate, acredito ser pedagógica a proposta de análise

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz; JUNG, Luã Nogueira; BERNSTES, Luísa Giuliani. Comunitarismo e liberalismo: implicações do debate para a teoria do direito. **Revista Brasileira de direito**, Passo Fundo, vol. 18. n. 2, p. 1-20, mai-ago, 2022.

⁴⁰⁴ Necessário mencionar que “La polémica entre liberales y comunitaristas no es nueva. Se trata de un replanteamiento de las críticas románticas a la ilustración y de los cuestionamientos de Hegel a la propuesta kantiana. Abordar las múltiples facetas de esta discusión excede las posibilidades de este trabajo; sin embargo, podríamos indicar algunas de sus más relevantes aristas a partir del elemento común a todas ellas: el contextualismo. En primer lugar, podemos mencionar las diferencias en relación con el origen y configuración de la moral. Mientras la ilustración defiende la racionalidad y formalidad de los principios morales, Hegel y los románticos argumentan en favor de la sustantivización de los mismos, a partir de las determinaciones espaciales y temporales de las distintas sociedades. En segundo lugar, el debate entre Kant y Hegel se centra en la manera como se concibe la identidad individual. Mientras la ilustración concibe la concreción de la identidad subjetiva como un proceso individual y aislado, el romanticismo y Hegel evidencian la imposibilidad de eludir ciertos horizontes de perspectivas comunitarios (territorio, lenguaje, religión, etc.) para la configuración de la misma. Es decir, que el proceso en que se determina quién se es y cuál es el proyecto de vida que se desea está siempre afectado por las condiciones que determinan a las sociedades donde se habita. En tercer lugar, las diferencias entre la ilustración y el romanticismo se centran en el conocimiento. Mientras estos reivindican la construcción histórica y lingüística del saber, aquella lo considera como producto de una razón neutral que se despliega desde y por sí misma. En cuarto y último lugar, podemos mencionar las diferencias en torno a los intentos por concebir y construir una organización social. Los románticos y Hegel critican a los ilustrados por fundamentar las propuestas de las estructuras básicas de la sociedad más allá del contexto, mientras que abogan por la concreción de alternativas que tengan en cuenta las circunstancias históricas que determinan las sociedades, y los procesos de valoración, argumentación y socialización morales que se llevan a cabo en su interior. En síntesis, podríamos decir que en las críticas de Hegel y el romanticismo a la propuesta moral kantiana prevalece un fuerte rechazo frente a los principios morales abstractos y universales, derivado de las fundamentales diferencias en la interpretación de la forma en la que se constituye el sujeto. Si para Kant el sujeto se concebía de manera separada a sus circunstancias materiales, un hombre en abstracto, Hegel, enfatizará en la construcción dialéctica de la subjetividad, esto es, en la necesidad de obtener el reconocimiento del otro para poder erigirse como sujeto. Como consecuencia de este giro, se negará la concepción de una moral universal y abstracta, para indicar en cambio, su carácter meramente contextual”. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 23-24.

em dois planos, conforme a proposta de Charles Taylor⁴⁰⁵, centrados respectivamente, em questões ontológicas e questões de promoção.

No nível ontológico, encontram-se as questões de justificação⁴⁰⁶, que fazem referência aquilo que é aceito como última instância de argumento para dar conta da vida social. Nesse domínio, a discussão se coloca entre o *atomismo*, que defende a prioridade do indivíduo frente à sociedade, justificando as estruturas sociais a partir dos elementos que configuram os indivíduos e propugnando a compreensão dos bens sociais nos termos das concatenações de bens individuais; e o *holismo*, a favor da prioridade da sociedade frente ao indivíduo, do todo em relação às partes⁴⁰⁷. No plano da promoção, por sua vez, concerne às práticas e posturas políticas adotadas pelos indivíduos na vida social⁴⁰⁸, figurando de um lado o *individualismo*, baseado na defesa dos direitos e liberdades dos sujeitos, e de outro, o *coletivismo*, que sustenta a prevalência dos direitos e bens da comunidade em face dos individuais⁴⁰⁹.

Em linhas gerais, diante dessa estrutura, liberais são os teóricos que, no plano ontológico, estão preocupados em estabelecer a concepção de um homem livre, capaz de senso de justiça, que representa, “de maneira muito geral, a ideia é a de que, dadas instituições básicas justas e dado para cada pessoa um montante equitativo de bens primários (como requerido pelos princípios de justiça), supõe-se que os cidadãos sejam capazes de ajustar seus fins e aspirações à luz daquilo com que podem razoavelmente arcar”⁴¹⁰. A partir deste constructo, no plano da promoção, propugnam uma separação entre o público e o privado, além de um espaço político neutro e regido por princípios de justiça acordados de forma imparcial. Ganham importância, assim, os direitos individuais, cuja “função primordial seria a de

⁴⁰⁵ Texto original “We can call these, respectively, ontological issues and advocacy issues.” TAYLOR, Charles. *Cross-purposes: the liberal-comunitarian debate*. In: ROSENBLUM, Nancy L. **Liberalism and the moral life**. Massachusetts: Harvard University Press, 1989. p. 159.

⁴⁰⁶ LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 24.

⁴⁰⁷ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 24.

⁴⁰⁸ LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 24.

⁴⁰⁹ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 24.

⁴¹⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. **Lua nova**, Florianópolis, n. 25, p. 25-59, 1992.

estabelecer os limites da esfera pública e assegurar a autonomia privada do indivíduo frente ao Estado, garantindo-lhe a legitimidade”⁴¹¹.

Nesse sentido, Rainer Forst, chama a atenção para três valores fundamentais e abstratos constituintes do liberalismo: “liberdade pessoal, pluralismo social e constitucionalismo político”⁴¹², os quais seriam justificados por três argumentos, quais sejam

a) os princípios liberais podem ser primeiramente justificados na sua função como proteção e garantia da liberdade pessoal como ‘liberdade negativa’, isto é, a liberdade da tutela política no que se refere ao modo como se deve viver;

b) diante de oposições irreconciliáveis entre os cidadãos no que diz respeito às suas concepções de vida boa, os princípios liberais podem ser entendidos como um acordo para fazer predominar a tolerância recíproca em questões éticas da mesma;

c) os princípios liberais podem ser entendidos como normas que são justificadas por um consenso universal entre aqueles que vivem sob essas normas. Expressam, portanto, um interesse universal.⁴¹³

O estatuto liberal, de acordo com essa formulação, é criticado pelos comunitaristas, como refere Forst, também a partir desses dois planos (ontológico e de promoção), na medida em que “primeiro, é afirmado que a teoria liberal se apoia numa visão específica individualista de vida boa, que exclui a priori outras alternativas; e segundo, critica-se que essa visão do bem é problemática em função de seu caráter atomista”⁴¹⁴. Nesse sentido, as teses comunitaristas se fundamentam, no plano ontológico, na necessidade de desmarcar a suposta neutralidade dos princípios de justiça e suas variantes⁴¹⁵, apontando para a inadequação do conceito liberal de

⁴¹¹ LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça.** São Paulo: Landy, 2005. p. 25.

⁴¹² FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e do comunitarismo.** São Paulo: Boitempo, 2010. p. 46.

⁴¹³ FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e do comunitarismo.** São Paulo: Boitempo, 2010. p. 47.

⁴¹⁴ FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e do comunitarismo.** São Paulo: Boitempo, 2010. p. 72

⁴¹⁵ Nesse sentido é a crítica de MacIntyre quando refere que “Está claro que, nas circunstâncias reais da nossa ordem social e política, A e B vão discordar com relação a políticas e políticos. (...)se as circunstâncias econômicas forem, ou vierem a ser, tais que seja preciso sacrificar os projetos de A pelos de B, ou vice-versa, torna-se claro que A e B têm opiniões acerca da justiça que não são apenas logicamente incompatíveis entre si, mas que — assim como as crenças dos partidos quanto às controvérsias de que falei no Capítulo 2 - invocam ponderações incomensuráveis com as apresentadas

sujeito moral, baseada no individualismo⁴¹⁶; e no plano da promoção, diante da insuficiência do conceito liberal de sociedade, que pressupõe a associação de indivíduos livres e independentes, sem fortes vínculos⁴¹⁷, pretendem que as questões de justiça devem eclodir no interior da comunidade, que descobrirá as repostas em suas rotinas implícitas e, portanto, centradas obrigatoriamente no bem comum⁴¹⁸.

Dessa forma, as críticas articuladas pelos comunitaristas sobre a separação entre moral e política⁴¹⁹, especialmente no que concerne à descontinuidade entre a

pelo partido adversário A incompatibilidade lógica não é difícil de identificar. A afirma que os princípios da aquisição e do direito justos estabelecem limites para as possibilidades de redistribuição. Se o resultado da aplicação dos princípios da aquisição e do direito justos é a desigualdade flagrante, tolerar tal desigualdade é um preço que se precisa pagar pela justiça. B afirma que os princípios da justa distribuição impõem limites à aquisição e ao direito legal. Se o resultado da aplicação dos princípios da justa distribuição é a interferência — por meio de tributação ou recursos como a desapropriação — no que até o momento se acreditavam nesta ordem social serem aquisição e direito de posse legítimos, tolerar tal interferência é um preço que se precisa pagar pela justiça. Podemos observar em passant — será importante mais tarde — que, tanto no caso do princípio de A quanto no do princípio de B, o preço para uma pessoa ou um grupo de pessoas que recebam a justiça é sempre pago por outrem. Assim, diferentes grupos sociais identificáveis têm interesse na aceitação de um dos princípios e na rejeição do outro. Nenhum dos princípios é social ou politicamente neutro.” Cf. MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Bauru: EDUSC, 2001. p. 411-412.

⁴¹⁶ “Este individualismo, defendido por los liberales, trae como efecto la disgregación, la dispersión de los seres humanos pertenecientes a una co-munidad, imposibilitando la creación de espacios intersubjetivos que permitan la concreción de proyectos colectivos con verdadero arraigo en los sujetos y en los grupos a los que estos pertenecen” Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 28.

⁴¹⁷ Taylor, nesse sentido propõe a substituição da a primazia do indivíduo pela primazia da comunidade. O que, para Ruth Abbey “não é sugerir que indivíduos não importam nessa perspectiva, nem que a identificação do poder das forças sociais que lhes dão forma é equivalente a dizer que todos os indivíduos são totalmente determinados pela sociedade. Mais, o ideal liberal do indivíduo de tomar uma distância crítica dos valores sociais, costumes e tradições é do ponto de vista do comunitarismo, uma posição possível graças a uma cultura que valoriza o condutor e promove o raciocínio crítico e pensamento independente. O interesse de Taylor aqui é chamar atenção para um aspecto fundamental da identidade individual, que vem do fato de pertencer a uma comunidade”. Texto original: “This is not to suggest that individuals do not matter in his outlook nor that identifying the power of social forces that shape them is tantamount to claiming that all individuals are wholly determined by society. Rather, the liberal ideal of the individual taking a critical distance from her society’s values, customs and traditions is, from the communitarian point of view, a position made possible by a wider culture that values and promotes critical reasoning and independent thinking. Taylor’s concern here is to draw attention to a fundamental aspect of individual identity, which comes from the fact of belonging to a community.”. Cf. ABBEY, Ruth. **Charles Taylor**. Teddington: Acumen, 2000. (Série philosophy now) p. 105.

⁴¹⁸ LOIS, Cecilia Caballero. Da união social à comunidade” o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e democracia**: entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 25.

⁴¹⁹ Nesse sentido, terei de discordar da leitura feita por Luã Jung quando considera que o enfrentamento da cisão entre moral e ética marcantes na teoria liberal foram enfrentados apenas nos trabalhos mais recentes de Ronald Dworkin. Cf. JUNG, Luã Nogueira. A filosofia política de Ronald Dworkin: objetividade moral, liberalismo político e crítica comunitarista ao atomismo liberal. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 9. n.1, p. 111-130, julho de 2016. p. 120 e 125. A articulação da tese da continuidade aparece no trabalho de Dworkin pelo menos desde os anos 80 quando publicou a série de artigos What is Equality e Liberal Community (1989) os quais foram reproduzidos nas obras Foundations of liberal equality (1990) e, posteriormente, em A virtude Soberana (2000).

órbita pública e privada defendida pelos liberais, retomam o papel do sujeito e da construção de sua identidade (self) pela autocompreensão enquanto agentes morais⁴²⁰. Nesta senda, as considerações comunitaristas, especialmente a partir de Michael Sandel,⁴²¹ apontam para em indivíduo liberal descontextualizado, que torna-se esquizofrênico, uma vez que “enfrentam uma situação paradoxal, pois no seu círculo mais íntimo atuam condicionados por uma determinada posição moral, mas ao sair para espaços públicos, para espaços políticos, devem deixá-la de lado, esquecer essa perspectiva e converterem-se em seres moralmente neutros, guiados unicamente pelos princípios de justiça”⁴²².

Essa constatação, que opera no nível da promoção, é sustentada, no plano ontológico, a partir do questionamento do atomismo, porque, para os comunitaristas, o indivíduo passa a existir a partir da sociedade e nela está o horizonte de perspectivas inevitáveis, posto que é nela está imerso o sujeito⁴²³. Portanto, “o que o sujeito “é” está condicionado pelas determinações materiais da sociedade em que vive”⁴²⁴. Assim, o plano ontológico e da promoção se inter cruzam porque,

⁴²⁰ Este é o tema central da obra “As fontes do self: a construção da identidade moderna”, de Charles Taylor, publicado em 1989.

⁴²¹ Nas palavras de Sandel: “Argumenta-se que o liberalismo está errado na medida em que a neutralidade não é possível, dado que, por mais que nos esforcemos, jamais seremos capazes de escapar por inteiro aos efeitos das nossas condicionantes. Todos os ordenamentos políticos encarnam, por isso, alguns valores, contexto em que as questões que emergem são as de se saber de quem são os valores que prevalecem, e quem ganha e quem perde em resultado da sua adopção. A apregoada independência do sujeito deontológico é uma ilusão liberal. Não entende a natureza fundamentalmente “social” do homem, nem o facto de sermos seres condicionados “do princípio até ao fim”. Não há nenhum ponto de isenção, nenhum sujeito transcendental capaz de se erguer fora da sociedade ou fora da experiência. Somos em cada momento aquilo em que nos transformamos, um concatenado de desejos e de inclinações, sem que nada reste para habitar um domínio numenal. A prioridade do sujeito só pode significar a prioridade do indivíduo, influenciando assim a concepção em favor dos valores individualistas familiares à tradição liberal. A justiça parece ser primária apenas porque este individualismo dá tipicamente lugar a reivindicações que colidem umas com as outras. Os limites da justiça situar-se-ão, portanto, na possibilidade de se cultivar as virtudes subjacentes à cooperação, tais como o altruísmo e a benevolência, as quais tornam o conflito menos dramático. No entanto, estas virtudes são precisamente aquelas que têm menores probabilidades de desabrochar numa sociedade alicerçada sobre pressupostos individualistas. Em resumo, a falsa promessa do liberalismo é o ideal de uma sociedade governada por princípios neutros. Afirma valores individualistas ao mesmo tempo que procura uma neutralidade que jamais poderá alcançar”. Cf. SANDEL, Michael. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 33-34;

⁴²² Texto original “Estos sujetos se enfrentan a una situación paradójica, pues en su círculo más íntimo actúan condicionados por una determinada posición moral, pero al salir a los espacios públicos, a los espacios políticos, deben dejar a un lado, olvidar esa perspectiva y convertirse en seres moralmente neutros, guiados únicamente por los principios de justicia”. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 28.

⁴²³ TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Massachusetts: Harvard University Press, 2003. p. 1-13.

⁴²⁴ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 30.

a moralidade se constrói a partir das condições materiais de cada uma das sociedades, portanto, não aceitam a imagem ilustrada de um sujeito puramente racional, desencarnado, que fundamenta a moral. É assim que os comunitaristas propõem um retorno ao concreto, as bases comunitárias, como única fonte de ideias morais capaz unir os indivíduos e vencer a anomia que caracteriza nossa época. Do mesmo modo, e como havia-se mencionado anteriormente, esta moralidade materialmente sustentada é a única opção para estabelecer os princípios de justiça: dessa maneira não cabe pensar o justo se não como uma forma do bem⁴²⁵.

Em face das críticas comunitaristas, os pensadores liberais articulam contra-argumentos que, centrados nos níveis propostos por Taylor, consideram, no plano ontológico, o superdimensionamento do papel atribuído à comunidade na formação da identidade individual e das estruturas sociais, o que acarretaria, no plano de promoção, um alto risco de anulação da autonomia dos indivíduos na escolha da forma de viver bem (liberdade positiva). Dessa forma, diante da prevalência da sociedade em detrimento do indivíduo, a postura comunitarista implicaria na homogeneização dos sujeitos a partir dos postulados morais e de justiça que prevalecem em uma comunidade⁴²⁶, formulação que seria incompatível com a realidade plural das sociedades contemporâneas⁴²⁷.

Ainda que tenham formulado um “contra-ataque”, muitos dos autores liberais reconheceram algumas debilidades em suas argumentações e, diante do

⁴²⁵ Texto original “Para esta corriente, la moralidad se construye a partir de las condiciones materiales de cada una de las sociedades, por tanto, no aceptan la imagen ilustrada de un sujeto puramente racional, desencarnado, que fundamenta la moral. Es así como los comunitaristas plantean un retorno a lo concreto, a las bases comunitarias, como única fuente de ideas morales capaz de cohesionar a los individuos y vencer la anomia que caracteriza a nuestra época. Del mismo modo, y como se había mencionado antes, esta moralidad materialmente sustentada es la única opción para fundar los principios de justicia: de esta manera no cabe pensar lo justo sino como una forma del bien”. In BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 30.

⁴²⁶ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 32.

⁴²⁷ Em relação as possíveis concepções de pluralismo, refiro, quando se faz vinculado à diversidade de concepções individuais acerca da vida boa, assume o viés do liberalismo; por outro lado, quando concebido desassociado da diversidade das concepções *individuais* sobre o bem, mas sim como a multiplicidade de identidades *sociais*, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico, está vinculado ao comunitarismo. Vale mencionar, nesse sentido, que Rawls não atribui qualquer conotação valorativa ao pluralismo, concebendo-o como o fato de que em qualquer democracia existe uma enorme diversidade de interesses pessoais e concepções de mundo, não sendo garantida, desta forma, estabilidade em uma sociedade democrática. Para o autor, o pluralismo não é uma mera conjuntura histórica, mas intrínseco a qualquer regime democrático. Isso porque a característica permanente da cultura pública de uma sociedade democrática é a convivência de várias doutrinas compreensivas e razoáveis. Cf CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea**. 5ª ed. Andradina: Meraki, 2020. p. 18, 83 e 87.

pluralismo⁴²⁸ reivindicado pelos comunitaristas, operaram uma reestruturação de suas teses sobre distinção entre moral e ética com o intuito de indicar como é possível, no plano da moralidade, chegar a “acordos sobre pontos fundamentais” (consensos), que independem das diferenças no plano da eticidade e que asseguram a neutralidade do Estado. Em decorrência dessa reação imposta pelo enfrentamento da questão da comunidade⁴²⁹ é que as versões de Rawls e Dworkin acerca do pensamento liberal começam a ficar evidentes⁴³⁰.

Nesse sentido, poderíamos considerar que, a partir do debate liberais-comunitaristas, ainda que defenda um liberalismo puro no plano político/de promoção, Dworkin irá desenvolver uma “teoria híbrida” no plano filosófico (ontológico), a partir da qual em certo sentido⁴³¹, buscará superar a proposta de primazia do justo (moral) em relação ao bem (ética), estabelecendo entre esses dois polos uma relação fundacional⁴³², de modo a apresentar uma “versão substantiva (...) do pensamento liberal fortemente carregada de concepções éticas e políticas”⁴³³.

O liberalismo igualitário proposto por Dworkin está centrado na sua interpretação dos princípios liberais, segundo uma estrutura semelhante a divisão em eixos articulada por Taylor. No plano político (de promoção), “os princípios, ainda que sejam mais gerais, abstratos e sistemáticos que as ideias cruas, são, no entanto, princípios políticos. São princípios que dão pautas de amplo espectro para o uso do poder político coercitivo”⁴³⁴; enquanto no plano filosófico é articulada a “explicação

⁴²⁸ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 33-34.

⁴²⁹ Segundo Thiebaut dois tipos de razões levaram os liberais a se preocupar com o conceito de comunidade. “Entre las razones reactivas podríamos situar, en primer lugar, aquellas que tienen que ver con lo que de verdad haya en las críticas del comunitarismo al pensamiento liberal” e as que decorrem das necessidades internas das próprias teorias liberais acerca do enfrentamento das questões éticas e políticas. Cf. THIEBAUT, Carlos. Sujeto liberal y la comunidad: Rawls y la unión social. **Estudios Políticos**, Medellín, n. 10, p. 37-55, jan-jun, 1997. p. 39-40.

⁴³⁰ THIEBAUT, Carlos. Sujeto liberal y la comunidad: Rawls y la unión social. **Estudios Políticos**, Medellín, n. 10, p. 37-55, jan-jun, 1997. p. 40.

⁴³¹ Faz-se imperioso nesse momento referir algo que enfrentarei com mais atenção no decorrer do trabalho: no âmbito de justificação de direitos e liberdades individuais Dworkin irá defender uma forma de argumentação deontológica (justo em primazia do bem).

⁴³² BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 51.

⁴³³ THIEBAUT, Carlos. Sujeto liberal y la comunidad: Rawls y la unión social. **Estudios Políticos**, Medellín, n. 10, p. 37-55, jan-jun, 1997. p. 40.

⁴³⁴ Texto original “los principios, aun siendo más generales, abstractos y sistemáticos que las ideas crudas, son, sin embargo, principios de todo punto políticos. Son principios que dan pautas de amplio espectro para el uso del poder político coercitivo”. In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 50.

ontológica ou epistemológica que pretende dar conta da adoção dos princípios que se formularam para o plano político”⁴³⁵. Nesse sentido, adverte Dworkin:

A interpretação política do liberalismo deve preceder, pelo menos expositivamente, a sua interpretação filosófica. Mas, evidentemente, os eixos de interpretação interagem na construção global de uma filosofia política. Quando desenvolvemos uma concepção política do liberalismo estamos antecipando o eixo filosófico ou fundacional. Escolhemos, na medida do possível, uma concepção de liberalismo que, na nossa opinião, está enraizada nos nossos compromissos intelectuais gerais. E a própria investigação dos fundamentos nos dará a oportunidade de reconsiderar e rever a concepção política cujos fundamentos buscamos⁴³⁶.

Poderíamos, a partir dos eixos propostos por Dworkin, aduzir que o liberalismo é uma corrente de pensamento que, no plano político, se estrutura a partir dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade e exige que o Estado seja neutro em relação as perspectivas morais pessoais dos cidadãos. Já no plano filosófico, explicam Bonilla e Jaramillo,

O liberalismo recorre à figura do contrato como mecanismo de legitimação do esquema político que propõe. As diferenças entre as diversas propostas liberais residem, então, na forma como se especifica o conteúdo de cada um dos princípios políticos e no peso relativo atribuído a cada um deles, ou seja, no peso de cada um em relação aos outros. Isto afetará necessariamente o argumento apresentado como base dos princípios políticos. Assim, se, por exemplo, se considerar que a liberdade dos homens deve prevalecer sobre a igualdade, um contrato em que os homens concordam em garantir a liberdade será usado como justificativa, em detrimento da garantia dos demais direitos que derivam dos demais princípios liberais⁴³⁷.

⁴³⁵ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 42.

⁴³⁶ Texto original “La interpretación política del liberalismo debe preceder, al menos expositivamente, a su interpretación filosófica. Pero, evidentemente, los ejes de interpretación interactúan en la construcción global de una filosofía política. Cuando desarrollamos una concepción política del liberalismo estamos anticipando el eje filosófico o fundacional. Elegimos, hasta donde podemos, una concepción del liberalismo que, en nuestra opinión, arraigara en nuestros compromisos intelectuales generales. Y la investigación misma de fundamentos nos dará la oportunidad de reconsiderar y revisar la concepción política cuyos fundamentos buscamos”. In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 52.

⁴³⁷ Texto original “el liberalismo recurre a la figura del contrato como mecanismo de legitimación del esquema político que propone. Las diferencias entre las diversas propuestas liberales residen, entonces, en la manera como se especifica el contenido de cada uno de los principios políticos y el peso relativo que se asigna a cada uno de ellos, esto es, el peso de cada uno frente a los demás. Esto incidirá necesariamente en el argumento que se plantee como fundamento de los principios políticos. Así, si por ejemplo se considera que la libertad de los hombres debe prevalecer sobre la igualdad, se

Dworkin, nesse sentido, deve ser considerado um liberal porque se inscreve dentro da tradição que assume que o Estado deve configurar-se atendendo aos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, contudo se distancia dessa vertente na forma de fundamentá-los e na maneira que concebe a neutralidade do Estado. Isso porque, para o autor, a adoção do que denomina de estratégia de continuidade⁴³⁸, impõe a necessidade da consideração e premissas não morais relativas a uma ética liberal igualitária⁴³⁹ incompatível com a metáfora do contrato social que asseguraria a legitimidade do esquema político liberal⁴⁴⁰.

empleará como justificación un contrato en el que los hombres acuerden garantizar la libertad, a costa de la garantía de los demás derechos que se derivan de los otros principios liberales”In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 42.

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In: DARWALL, Stephen. **Equal freedom**. Michigan: The university of Michigan Press, 1995. (Selected Tanner lectures on humans value). p. 207-209.

⁴³⁹ LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça**. São Paulo: Landy, 2005. p. 31.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, vale mencionar que Dworkin apresenta duas formas de contratualismo os fáticos e os morais. No trabalho irei discorrer sobre o debate que o autor trava com John Rawls (contratualismo moral), no entanto, não posso deixar de trazer as características e críticas que ele apresenta ao contratualismo fático. Nesse sentido, conforme Bonilla e Jaramillo “la idea de encontrar la legitimidad de un determinado esquema de organización política en un contrato tiene su primera formulación en las obras de Hobbes, Locke y Rousseau(...). Las características básicas de este tipo de contractualismo son tres. La primera es que estos autores parten de la descripción de una situación en la que no existe el Estado, situación a la que llaman estado de naturaleza. (...). Así, los hombres, guiados por la inclinación, se orientan hacia la búsqueda del placer y la eliminación del dolor de una manera atomizada y utilizando todos los medios a su alcance —básicamente sus atribuciones físicas y mentales particulares. Esto los lleva a una situación de completa inseguridad en donde sus bienes más preciados pueden perderse fácilmente (...). La segunda característica puede sintetizarse de la siguiente manera. De acuerdo con los autores mencionados, al llegar a esta situación indeseable (guerra o esclavitud) los individuos decidirían suscribir un contrato original mediante el cual se superaría la incertidumbre a la que se han visto abocados. Se propone entonces, concentrar el poder en un ente soberano que puede ser una sola persona (Hobbes), la mayoría del grupo social (Locke) o la voluntad general (Rousseau). A pesar de que tal contrato conlleva la limitación de las capacidades y derechos "naturales" de cada uno de los asociados, la renuncia que esto implica se ve compensada por los beneficios en materia de seguridad individual. Además, aunque limitados, los derechos, siguen estando vigentes como garantías del individuo frente al soberano. La tercera característica es que, en virtud del contrato, los asociados se comprometen a actuar de conformidad con los mandatos del soberano. Esto los obliga a abandonar su natural tendencia a actuar por inclinación, por lo menos en las órbitas dominadas por el contrato (esfera pública). La fundamentación de los principios políticos liberales se sustenta, entonces, en el supuesto de que si el Estado no existiera se caería en un estado de naturaleza y en que, dadas esas circunstancias, los individuos aceptarían suscribir un contrato social/ De modo que si bien nadie ha firmado efectivamente ningún contrato, todos los hombres deben adecuar su conducta al contenido que este tendría hipotéticamente, pues en últimas, todos estarían dispuestos a comprometerse con él. Para Dworkin la explicación de los contractualistas fáticos resulta problemática. | Considera que no tiene sentido afirmar que los individuos deben sentirse obligados por un contrato que nunca han suscrito. Bajo la forma contractual, solo genera obligaciones la efectiva manifestación de voluntad en los puntos en que coincidan las partes. Un contrato imaginado como el que proponen estos autores, no tiene ninguna fuerza vinculante y es por lo tanto, inútil para los fines propuestos. Además, Dworkin agrega que no existe nada que garantice que el contenido del contrato hipotético sería similar al del contrato que se firmaría en realidad. Por lo que nada garantiza que los principios políticos liberales se acojan en

A proposta de interpretação do liberalismo oferecida por Dworkin pode ser abordada a partir do debate que o autor trava com John Rawls. Isso porque a teoria de Rawls deriva diretamente da ideia de contrato social (liberal)⁴⁴¹ a proposição de um procedimento que garantisse o uso legítimo do poder público⁴⁴². Tal procedimento, por sua vez, na sua primeira versão apresentada na obra *Uma teoria da justiça* (1972), vincula-se à uma concepção de justiça como equidade, visto que foi constituído com o intuito de buscar princípios de justiça mais razoáveis definidos a partir do acordo mútuo entre indivíduos em situação de igualdade⁴⁴³. Ao formular a posição original⁴⁴⁴ e o véu da ignorância⁴⁴⁵, Rawls pretende demonstrar que, guiando-se por essas condições e de acordo com seu auto interesse, as pessoas racionais escolheriam os dois princípios de justiça apontados por ele, quais sejam:

primeiro: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja com um sistema similar de liberdade para as outras pessoas”⁴⁴⁶;

segundo: “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”⁴⁴⁷.

Com a publicação da obra *Liberalismo político* (1993), Rawls modifica sua ideia de justiça como equidade para uma concepção política de justiça consubstanciada na

um eventual contrato”. In: In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 41-45.

⁴⁴¹ Um esboço desse tipo de contratualismo encontra-se na obra de Kant, onde o contrato social aparece como uma ideia meramente regulativa sem nenhum conteúdo empírico. Nesse sentido, “la idea del contrato social mantendría su indiscutible crédito; pero no como um *factum* (...), sino solo como principio racional para juzgar toda constitución jurídica pública em general”. KANT, Immanuel. **Teoría y práctica**. Madrid: Tecnos, 2011. p. 44.

⁴⁴² PINTO, Gerson; Lemos, Fabrício. O diálogo entre Habermas e Rawls os fundamentos da justificação pública democrática em sociedades pluralistas. In: **Quaestio Iuris**, v. 12, n.2, pp. 198-224. Rio de Janeiro, 2009.

⁴⁴³ PINTO, Gerson; Lemos, Fabrício. O diálogo entre Habermas e Rawls os fundamentos da justificação pública democrática em sociedades pluralistas. In: **Quaestio Iuris**, v. 12, n.2, pp. 198-224. Rio de Janeiro, 2009. p. 200.

⁴⁴⁴ “A posição original é o status quo inicial apropriado para garantir que acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos”, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 21 e 163.

⁴⁴⁵ Por trás do véu da ignorância as pessoas “desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 166.

⁴⁴⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 73

⁴⁴⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 73

busca por conclusões justificadas sobre a melhor maneira de estabelecer as instituições políticas com fundamento no equilíbrio reflexivo⁴⁴⁸. A partir desta concepção, além dos princípios de justiça serem escolhidos com base nas restrições do véu da ignorância, eles devem corresponder aos juízos ponderados sobre justiça em equilíbrio reflexivo. Se não houver tal correspondência, devem ser revistas as restrições na situação contratual até que se chegue a um acordo que gere princípios que estejam em equilíbrio reflexivo com os juízos ponderados sobre a justiça. Dessa forma, o dispositivo do contrato deve estar em equilíbrio reflexivo com o restante das crenças particulares sobre a justiça auxiliando na determinação e justificação de quais princípios devem ser escolhidos entre as opiniões divergentes. Esta concatenação fundamenta-se na premissa de que as crenças morais influenciam a justificação dos princípios que tenham por base uma teoria moral⁴⁴⁹.

A incorporação deste argumento político por Rawls vai ser o ponto de partida da crítica de Dworkin. Primeiro, porque pensa que não são as crenças morais que dão força categórica aos princípios de justiça, posto que, mesmo que as razões morais familiares nos proibam de prescindir os interesses dos demais para que persigamos os nossos, não nos diz que sejamos imparciais ou que ignoremos nossas preferências⁴⁵⁰. Segundo, porque diverge da base filosófica que sustentaria o equilíbrio reflexivo de Rawls.

Nesse sentido, Dworkin tenta aproximar o argumento de Rawls de sua concepção acerca do construtivismo kantiano porque acredita que ambas as teorias estão embasadas na responsabilidade que os indivíduos, ou pelo menos as autoridades, têm de adequar os juízos particulares nos quais fundamentam suas decisões em direção a um programa coerente de ação⁴⁵¹. A exigência de que as decisões tomadas em nome da justiça se deem com base em princípios, para o autor, “requer que os homens integrem suas instituições e subordinem algumas delas, quando necessário, a essa responsabilidade”⁴⁵². Dessa forma, para Dworkin, distante de uma postura cética ou relativista, o modelo construtivo pressupõe que os indivíduos irão defender com tamanha sinceridade as convicções que os levaram a adotá-lo, que

⁴⁴⁸ RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993. p. 25

⁴⁴⁹ SILVEIRA, Denis. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. **Trans/Form/Ação** v. 32, n.1. São Paulo, 2009. p. 149.

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 73.

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 250.

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 252.

atos ou sistemas políticos que confrontam o que existe de mais profundo em tais convicções, por serem injustos, devem ser criticados⁴⁵³.

O construtivismo, na leitura de Dworkin, não nega, assim como não afirma, a condição objetiva de nenhuma convicção acerca da justiça, mas insiste na coerência como uma exigência que independe da veracidade dessas convicções e da moralidade política – ao contrário do que pressupõe o modelo antagônico (natural)⁴⁵⁴. A justificação/construção resultante da “busca por coerência” é que vai estabelecer os padrões públicos que devem ser seguidos, possibilitando, ainda, que tais princípios sejam testados, discutidos ou que prevejam as ações de funcionários públicos, vedando o apelo à instituições singulares, que poderiam mascarar o preconceito ou o interesse pessoal. A forma de encarar as instituições a partir de um “ponto de vista mais público”, pelo modelo construtivo, é o que marca a diferença entre este e o modelo natural que “considera as instituições do ponto de vista pessoal do indivíduo que as sustenta, e que as vê como diferentes observações de realidade moral”⁴⁵⁵.

Diante da versão do construtivismo apresentada por Dworkin, a técnica do equilíbrio reflexivo seria, em sua análise, um processo de mão dupla, através do qual são realizados ajustes entre teoria e convicção até que se chegue no melhor ajuste possível, a fim de produzir princípios que são relativos de pelo menos dois modos⁴⁵⁶. Primeiro, porque intentam a justificar a melhor teoria da justiça a partir de uma lista finita e suficientemente curta de teorias⁴⁵⁷; e, segundo, porque propõe resultados relativos ao âmbito do acordo inicial entre aqueles que, conjuntamente, estão submetidos a esta técnica e, portanto, irá fornecer, na medida que haja a transformação das intuições confiáveis, resultados diferentes para diferentes grupos ou para o mesmo grupo em diferentes momentos⁴⁵⁸.

As convicções, portanto, deverão ser rejeitadas na posição original, não por serem *a priori* falsas, mas por não poderem ser justificadas dentro de um programa que as reconcilie com outras convicções através de um conjunto de princípios

⁴⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 253.

⁴⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 253.

⁴⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 253.

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 258. Tal relatividade, no entanto, coloca-se não como contraposição à uma concepção de objetividade moral, mas contrária a uma concepção de veracidade transcendental ou externa ao próprio procedimento de justificação.

⁴⁵⁷ O próprio Rawls admite que a relação inicial de teorias possíveis, se expandida muito além da lista que ele considera, conteria uma teoria de justiça melhor que seus dois princípios. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 258.

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 258.

plausível e coerente⁴⁵⁹. Sob essa perspectiva, o recurso procedimental da posição original, de Rawls, na leitura de Dworkin, é entendido como um esquema expositivo para testar os resultados de certos princípios morais e políticos presumidos como verdadeiros, uma vez que se baseiam em direitos naturais, como refere o autor,

Parece justo admitir, portanto, que a teoria subjacente à posição original deve ser algum tipo de teoria baseada em direitos. Há um outro modo de colocar a questão, que até agora tenho evitado. Deve haver uma teoria baseada em conceitos de direitos que são naturais, no sentido de que não são produtos de nenhuma legislação, convenção ou contrato hipotético. Tenho evitado essa expressão porque ela tem, para muitas pessoas, associações metafísicas que a desqualificam.⁴⁶⁰

Em síntese, podemos dizer que a (re)leitura proposta por Dworkin do construtivismo kantiano inverte o programa normativo de Rawls porque impõe a necessidade de justificação ao próprio procedimento de justificação, razão pela qual o véu da ignorância e consenso sobreposto não poderiam ser metodologicamente neutros⁴⁶¹, mas sim baseados na assunção prévia em favor de determinados valores. Nesse sentido, o autor refere que

qualquer teoria baseada em direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produto de uma legislação deliberada, ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume. [...] Logo, podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 260.

⁴⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 273.

⁴⁶¹ Essas ferramentas que atribuiriam a neutralidade que a esfera pública demanda, acabariam por tornar o liberalismo uma esquizofrenia ética e moral. Segundo Dworkin, “aparentemente, el liberalismo nos pide que ignoremos los instintos y los afectos en ocasiones políticas que son centrales para el resto de nuestras vidas. Insiste en que distribuyamos nuestra solicitud con exquisita igualdad, que no nos ocupemos más de un hermano que de un extraño, que desterremos las fidelidades especiales que todos sentimos respecto de la familia, o de nuestra particular comunidad, vecindario e institución. Nos pide que anestesiemos nuestras convicciones más profundas y potentes acerca de la fe religiosa, de la virtud moral y de cómo vivir. El liberalismo, pues, parece una política de la esquizofrenia ética y moral; parece pedirnos que nos convirtamos, en y para la política, en personas incapaces de reconocernos como propias, en criaturas políticas especiales enteramente diferentes de las personas ordinarias que deciden por sí mismas, en sus vidas cotidianas, qué quier en ser, qué hay que alabar ya quién hay que querer”. In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 57-58. Nesse sentido também ver DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. (Publicação original: DWORKIN, Ronald. Liberal Community. **California Law Review**, Califórnia, vol. 77, n. 3, p. 479-504, 1989) Essa consideração, como podemos perceber, está muito próxima das críticas comunitaristas que Taylor articulou contra o liberalismo.

enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.⁴⁶²

Ainda assim, o construtivismo moral, de John Rawls, segundo o próprio autor, consiste no desenvolvimento de um procedimento de justificação de princípios que estruturam uma sociedade democrática e liberal de forma independente da objetividade moral pressuposta na articulação de Dworkin. A sua teoria da justiça como equidade, esclarece Rawls, se desenvolve não com base em um direito natural, como propõe Dworkin, mas a partir de

concepções idealizadas de certas ideias intuitivas fundamentais, como aquelas da pessoa como livre e igual, de uma sociedade bem ordenada e do papel público de uma concepção de justiça política, e como conectar essas ideias intuitivas fundamentais com a ideia intuitiva ainda mais fundamental e abrangente da sociedade como um sistema justo de cooperação ao longo do tempo de uma geração para a seguinte⁴⁶³.

Essa abordagem, para Rawls, tem o propósito prático de construir o acordo entre os cidadãos e não postula uma concepção “verdadeira” de justiça. Para assegurar esse acordo, o autor irá recorrer ao método de esquiva (*avoidance*), o qual consiste em “tentar, o máximo possível, evitar disputas filosóficas, assim como disputas morais e religiosas”⁴⁶⁴, posto que o consenso público acerca dessas questões não é possível sem que o Estado infrinja liberdades básicas⁴⁶⁵. Propõe, então, que o princípio da tolerância, consolidado desde a Reforma Protestante, seja aplicado à própria filosofia, com o intuito de que tais controvérsias fiquem limitadas ao campo político, o que “não é motivado por uma postura cética ou indiferente em

⁴⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 274 – 281.

⁴⁶³ Texto original: “This question is raised by Ronald Dworkin in the first part of his very illuminating, and to me highly instructive, essay ‘Justice and Rights’ (1973), reprinted in *Taking Rights Seriously*. (...) He thinks that this natural right lies as the basis of justice as fairness and that the original position serves as a device for testing which principles of justice this right requires. This is an ingenious suggestion, but I have not followed it in the text. (...) I think of justice as fairness as working up into idealized conceptions certain fundamental intuitive ideas such as those of the person as free and equal, of a well-ordered society, and of the public role of a conception of political justice, and as connecting these fundamental intuitive ideas with the even more fundamental and comprehensive intuitive idea of society as a fair system of cooperation over time from one generation to the next”. In: RAWLS, John. *Kantian Constructivism in Moral Theory*. In: FREEMAN, Samuel. **John Rawls**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 346

⁴⁶⁴ Texto original “To secure this agreement we try, so far as we can, to avoid disputed philosophical, as well as disputed moral and religious, questions” In: John. *Justice as Fairness: political not metaphysical*. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, p. 223-251, Verão, 1985. p.230.

⁴⁶⁵ RAWLS, John. *Justice as Fairness: political not metaphysical*. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, p. 223-251, Verão, 1985. p.230.

relação as reivindicações das doutrinas abrangentes; em vez disso, surge do fato do pluralismo, por esse motivo significa que em uma sociedade plural a razão pública não pode ser efetivamente estabelecida de outra maneira”⁴⁶⁶.

Nesse ponto, a divergência de Dworkin, retorna ao primeiro nível de sua crítica: o liberalismo não pode se restringir a enfrentar essas questões controversas que definem o que é justo somente no âmbito político (público) porque não é o engajamento em uma moral coletiva que torna os princípios categóricos, mas a sua consideração da justiça a partir da ética⁴⁶⁷. Portanto, contra o método da esQUIVA, o autor propõe o modelo do desafio⁴⁶⁸, a partir do qual devemos considerar o apelo ético da tese platônica de que a justiça e a bondade não podem entrar em conflito⁴⁶⁹ de acordo com um critério integracionista⁴⁷⁰, que “proporcionaria uma defesa especialmente forte, não só do liberalismo em geral, mas da igualdade liberal como melhor concepção do liberalismo⁴⁷¹.

Sob essa perspectiva, os princípios políticos devem ser considerados normativos da mesma maneira que os interesses (bem-estar) críticos: uns definem a comunidade política que devemos ter, os outros como deveríamos vive-la. Nossa busca por alicerces éticos é, por conseguinte, a procura por integridade normativa⁴⁷².

⁴⁶⁶ Texto original “the acceptance of this limit is not motivated by scepticism or indifference to the claims of comprehensive doctrines; rather, it springs from the fact of pluralism, for this fact means that in a pluralist society free public reason can be effectively established in no other way” in: RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 7, n. 1, p.1-25, Primavera, 1987. p. 8.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 367-362.

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 116-118, DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 353-355 e DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In: DARWALL, Stephen. **Equal freedom**. Michigan: The university of Michigan Press, 1995. (Selected Tanner lectures on humans value). p. 259.

⁴⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 337.

⁴⁷⁰ O critério integracionista leva a crer que os costumes, as crenças e a religiosidade de seus membros determinam os mesmos valores da coletividade. Cf. LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 35. Nesse sentido, cumpre referir que Dworkin, ainda que não seja um republicano, vai desenvolver a concepção de republicanismo cívico liberal a partir da concepção de unidade de agência e unidade prática, que apresentarei no item 4.2.3 deste capítulo.

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 337.

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 343; DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 102. e DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In: DARWALL, Stephen. **Equal freedom**. Michigan: The university of Michigan Press, 1995. (Selected Tanner lectures on humans value). p. 233.

A construção desses alicerces repercute na estruturação de uma teoria política capaz de explicar o lugar da justiça na sociedade⁴⁷³ e sobre ela, então, poderemos conceber uma teoria aspiracional do direito.

4.2. O LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE RONALD DWORKIN

Para que possamos compreender de forma adequada a interpretação do liberalismo político e, portanto, da teoria política desenvolvida por Ronald Dworkin, necessitamos retomar o que considero a chave de leitura de seu pensamento: sua proposta de teoria da interpretação baseada na unidade do valor. Sustentei que o melhor conceito de direito se estrutura a partir dessa premissa epistemológica e que, ao adotá-la, necessariamente precisamos endossar sua repercussão no âmbito da teoria moral. Muito provavelmente aqueles que conhecem a produção de Dworkin, tendo em vista que anteriormente apresentei a tese da unidade do valor a partir das obras *A justiça de toga* e *Justiça para ouriços*, devem ter sentido falta de qualquer menção à discussão que Dworkin travou com Isaiah Berlin.

Retomarei, então, a tese da unidade do valor a partir desse debate com o intuito de justificar a posição de Dworkin de que não podemos defender uma teoria de justiça sem defender uma teoria da objetividade moral⁴⁷⁴. Optei por apresentar a divergência entre raposas e ouriços nesse momento porque ela se estrutura justamente a partir do conflito (ou não) de valores políticos essenciais ao liberalismo político: a liberdade e a igualdade. Dessa forma, como veremos adiante, os argumentos lançados por Dworkin no sentido de que “os valores morais e éticos dependem uns dos outros e a verdade sobre eles resulta de interpretá-los e apresentá-los à sua melhor luz, ou seja, como parte de uma concepção que permita as melhores condições possíveis para a promoção de uma vida boa”⁴⁷⁵, são também o fundamento do seu igualitarismo liberal⁴⁷⁶.

⁴⁷³ DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 111, p. 55-69, jun, 2005. p. 66.

⁴⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 5.

⁴⁷⁵ MELLO, Cláurido Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 22, n. 2. p. 723-753, mai-ago, 2017. p.740.

⁴⁷⁶ Nesse sentido, mais uma vez preciso enfatizar que acredito ser impossível compreender a produção de Dworkin à sua melhor luz como sedimentada em fases. O argumento da objetividade moral está presente desde seus primeiros escritos reunidos em *Levando os Direitos a sério*. É a teoria da interpretação baseada na unidade de valor que sustenta cada um dos embates teóricos que ele vai

A metáfora do ouriço foi apresentada pela primeira vez por Dworkin no seminário intitulado *Justiça para ouriços*, ministrado na Columbia University, em 1998. Essa conferência está diretamente relacionada ao desenvolvimento de sua teoria da moralidade política apresentada na obra *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade* (2000), cujo esboço, como vimos na seção anterior, podemos perceber em *Foundations of Liberal Equality* (Tanner Lectures) (1990)⁴⁷⁷. Conforme anuncia o próprio autor,

Naquelas palestras, argumentei que uma teoria da moralidade política, como a formulada neste livro [A virtude soberana], devia localizar-se dentro de uma teoria mais geral dos valores humanitários da ética e da moralidade, do status e da integridade do valor, e do caráter e da possibilidade da verdade objetiva. Devemos desejar uma teoria plausível de todos os valores políticos fundamentais da democracia, da liberdade e da sociedade civil, bem como da igualdade - que mostre que cada um deles é oriundo e expressa em todos os outros uma teoria que perceba a igualdade, por exemplo, não apenas como compatível com a liberdade, mas como um valor que o indivíduo que prezasse a liberdade também prezaria. Sobretudo, devemos desejar que uma teoria com todos esses valores expresse compromissos ainda mais fundamentais com relação ao valor de uma vida humana e com relação à responsabilidade de cada indivíduo de descobrir esse valor em sua própria vida.⁴⁷⁸

Essencialmente, esses objetivos contrariam, não só o liberalismo político de Rawls, como vimos na seção anterior, mas a tese do pluralismo de valores, de Isaiah Berlin, que afirma que os valores políticos importantes constantemente entram em conflito. Dworkin, no entanto, só vai dirigir de forma expressa e direta seus argumentos contra a teoria de Berlin no capítulo “Pluralismo Moral”, da obra *A justiça de toga* (2006), onde apresenta o pensamento de Berlin a partir da citação de trechos do livro *The Crooked Timber of Humanity: chapters in history of ideas*⁴⁷⁹, que reúne oito ensaios

enfrentar durante sua vida. Em relação à teoria do direito contra o positivismo e o pragmatismo; na filosofia contra a metaética; e na teoria política contra a tradicional abordagem do liberalismo.

⁴⁷⁷ O livro *Ética privada e igualitarismo político* utilizado como referência neste trabalho é a tradução dessa obra para o espanhol.

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XIV.

⁴⁷⁹ O que fica claro é que os valores podem entrar em conflito. Eles podem facilmente entrar em conflito no íntimo de um único indivíduo. E disso não se conclui que alguns devam ser verdadeiros, e outros falsos. Tanto a liberdade quanto a igualdade estão entre os principais objetivos perseguidos pelos seres humanos ao longo de muitos séculos. Mas a liberdade total para os lobos significa a morte para os cordeiros. Esses choques de valor constituem a essência do que eles são e do que nós somos. Se nos disserem que essas contradições serão resolvidas em algum mundo perfeito onde todas as coisas boas estarão, em princípio, harmonizadas entre si, devemos responder aos que nos fazem tal afirmação que os significados por eles atribuídos às palavras que, para nós, denotam valores

do autor, onde é sustentado que é inevitável que os valores políticos entrem em conflito, diante do pluralismo moral, razão pela qual, inclusive, não podem ser harmonizados por teorias que almejam “um todo perfeito”.

Posteriormente, na obra *Two concepts of liberty*, Berlin, segundo Dworkin, retoma “de modo mais ameaçador”⁴⁸⁰ o tema da atração pelo ideal do todo perfeito, dizendo que ela, apesar de falsa, poderia ser duradoura e importante, mas que “permitir que tal necessidade determine a nossa prática é um sintoma de uma imaturidade moral e política igualmente profunda e mais perigosa”⁴⁸¹. Esse perigo deve ser compreendido à luz da metáfora, desenvolvida por Berlin em *The Hedgehog and the Fox*, a partir do verso “A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa”, do poeta grego Arquíloco. Ela se consubstancia na antítese entre a postura atribuída aos teóricos ouriços (monistas), “que relacionam tudo a uma única visão central, um sistema mais ou menos coerente ou articulado, por meio do qual compreendem, pensam e sentem um único princípio organizador universal, em termos do qual tudo o que são e dizem adquire significado”⁴⁸²; e aos teóricos raposas (pluralistas) que são

aqueles que perseguem muitos objetivos, frequentemente não relacionados e até contraditórios, conectados, se é que o são, apenas de forma factual, por alguma causa psicológica ou fisiológica, sem serem relacionados por nenhum princípio moral ou estético; esses últimos levam vidas, realizam atos e abrigam ideias que são mais centrífugas do que centrípetas. Seu pensamento é disperso ou difuso, movendo-se em muitos níveis, captando a essência de uma vasta variedade de experiências e objetos pelo que eles são em si mesmos, sem, consciente ou inconscientemente, tentar encaixá-los ou excluí-

conflitantes, não são iguais aos nossos. Se sofreram alguma transformação, desconhecemos por completo os novos sentidos que assumiram. A noção do todo perfeito, a solução definitiva na qual todas as coisas boas coexistem, parece-me não apenas inatingível - o que constitui um truísmo -, como também conceitualmente incoerente. Entre os grandes bens, existem alguns que não podem viver juntos. Trata-se de uma verdade conceitual. Estamos condenados a escolher, e cada escolha pode significar uma perda irreparável. Cf. BERLIN, 1990, p. 12-13 *apud* DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga** São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 149-150.

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga** São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 150.

⁴⁸¹ BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. In: Henry Hardy (ed). **Liberty: incorporating four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 217

⁴⁸² Texto original “who relate everything to a single central vision, one system less or more coherent or articulate, in terms of which they understand, think and feel-a single, universal, organizing principle in terms of which alone all that they are and say has significance” In: BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox: an essay on Tolstoy’s views of history**. Londres: Weindefeld & Nicolson, 1953. p. 1.

los de qualquer visão interior única, imutável, abrangente, por vezes autocontraditória e incompleta, e, em alguns momentos, fanática.⁴⁸³

Em defesa dos teóricos ouriços, Dworkin contrapõe o argumento de Berlin afirmando que o pluralismo também pode ser perigoso porque “assim como os tiranos têm tentado justificar grandes crimes recorrendo à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quando está a seu serviço”⁴⁸⁴, outros crimes morais tem sido justificados pela ideia “de que os valores políticos importantes entram necessariamente em conflito, que não se pode defender nenhuma escolha entre eles como a única escolha correta e que os sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis”⁴⁸⁵.

O destaque dado ao debate que travou com Berlin acerca da unidade do valor se justifica porque Dworkin considerava sua formulação do pluralismo “mais complexa e interessante” que a de um cético comum, afinal, “ele acreditava que os valores são, de fato, objetivos, mas também que existem conflitos insolúveis entre os valores verdadeiros”⁴⁸⁶. Nesse sentido, Berlin identificaria um conflito efetivo, por exemplo, entre os valores da igualdade e da liberdade na decisão a respeito de uma eventual tributação dos ricos em função da necessidade de redistribuição para os pobres. A promoção da igualdade (social), nesse caso, resultaria na violação da liberdade de alguns e o contrário (promoção da liberdade mediante a não tributação) corresponderia a uma violação da igualdade. Segundo sua percepção, ambos os valores são autênticos e, em si, inconciliáveis, de modo que a comunidade política sempre cometerá um erro moral ao tomar uma decisão⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Texto original “those who pursue many ends, often unrelated and even contradictory, connected, if at all, only in some defacto way, for some psychological or physiological cause, related by no moral or aesthetic principle; these last lead lives, perform acts, and entertain ideas that are centrifugal rather than centripetal, their thought is scattered or diffused, moving on many levels, seizing upon the essence of a vast variety of experiences and objects for what they are in themselves, without, consciously or unconsciously, seeking to fit them into, or exclude them from, a n y o n e unchanging, all-embracing, sometimes self-contradictory and incomplete, at times fanatical, unitary inner vision.” In. BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox: an essay on Tolstoy's views of history**. Londres: Weindefeld & Nicolson, 1953. p. 1-2.

⁴⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga** São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 150-151.

⁴⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga** São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 151.

⁴⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga** São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 152-153.

⁴⁸⁷ MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 22, n. 2. p. 723-753, mai-ago, 2017. p. 731.

Para Berlin, no mundo das experiências, somos constantemente confrontados com a pluralidade de valores morais e políticos, os quais entram em conflito sem que haja possibilidade de superá-lo a partir de mecanismos racionais. Nesses casos trágicos, inerentes à condição humana, estaremos condenados a escolher um valor em face de outro, sendo, por conseguinte, o monismo uma pretensão filosófica ingênua e irrealizável e o pluralismo a única maneira de promoção do valor da liberdade posto que seu significado reside justamente na possibilidade de escolher livremente valores e fins⁴⁸⁸. Nesse sentido, merece menção a diferenciação inaugurada por Berlin⁴⁸⁹ entre o sentido negativo de liberdade, que consiste na possibilidade dos homens atuarem sem intervenção de nenhum outro homem ou grupo de homens; e positivo, baseado na possibilidade de se autogovernar.

Em relação a possibilidade de conflito entre valores, Dworkin defende que esses conflitos serão possíveis a depender da maneira que os valores são considerados. Contudo, na medida em que compreendemos de forma adequada os valores é possível atender um valor sem que haja a violação de outro⁴⁹⁰. Nesse sentido, o autor afirma

É claro que podemos definir as várias virtudes políticas de maneira tal que conflito seja de fato inevitável. Suponha que definamos igualdade da maneira que certos socialistas definiram: igualdade significa todos terem a mesma riqueza independentemente das escolhas que façam sobre trabalho ou lazer ou consumo ou investimento. Podemos definir a liberdade da maneira que John Stuart Mill e Isaiah Berlin definiram: a liberdade de uma pessoa é a sua liberdade de fazer o que quer que queira fazer livre de interferências de terceiros. Então certamente teremos um conflito entre liberdade e igualdade.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 22, n. 2. p. 723-753, mai-ago, 2017. p. 739.

⁴⁸⁹ Conforme referido por Bonilla e Jaramillo, “Ahora bien, entendiendo la libertad en su sentido normativo, es posible diferenciar lo que sería una libertad negativa y una libertad positiva. Esta distinción fue formulada por primera vez por Isaiah Berlin en una conferencia dictada en la Universidad de Oxford en 1958. En ella, Berlin afirmó que la libertad en su sentido negativo debía entenderse como la posibilidad de actuar sin interferencia de ningún otro hombre o grupo de hombres’. La libertad en su sentido positivo, por el contrario, sería la posibilidad de actuar según las propias determinaciones, es decir, la posibilidad de autogobernarse”. In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 90.

⁴⁹⁰ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 52.

⁴⁹¹ DWORKIN, Ronald. Do Values Conflict? A hedgehog’s approach. **Arizona Law Review**, Arizona, vol. 43, pp. 251-259, 2001. p. 253.

Esses conflitos serão possíveis, então, somente naqueles casos em que aos valores forem atribuídas definições simples (*flat*)⁴⁹². Os valores, no entanto, quando considerados como conceitos interpretativos, devem ser definidos politicamente a partir de seu sentido normativo, conforme explica Dworkin, “utilizamos igualdade em seu sentido normativo (...) precisamente para indicar o aspecto ou os aspectos em que o falante acha que as pessoas deveriam ser iguais, ou tratadas do mesmo modo, por questão de justiça”⁴⁹³. Liberdade, igualdade, justiça, direito, portanto, são todos conceitos interpretativos, conseqüentemente, para interpretá-los da forma adequada, devemos abandonar seus sentidos simples (*flat*) e buscar justificá-los politicamente⁴⁹⁴, a partir do interpretativismo. Essa concepção reforça a importância da chave de leitura que propus no começo da seção: a teoria da interpretação de Dworkin é desenvolvida e aplicada em sua teoria política como método e como fonte de justificação.

Dworkin, ao submeter o liberalismo ao seu interpretativismo, assume que ele consiste numa moral política constitutiva que permaneceu a mesma, em linhas gerais, ao longo de certo tempo e que continua, até hoje, sendo influente na política⁴⁹⁵. No entanto, diferente dos liberais clássicos, que tendem a atribuir preponderância ao valor da liberdade na justificação de seus empreendimentos teóricos, Dworkin tenta apresentar os princípios da liberdade e igualdade de forma complementar⁴⁹⁶, dando destaque à igualdade, assumida como “o nervo do liberalismo”⁴⁹⁷. Isso porque, para o autor, nenhum governo poderá ser legítimo a menos que demonstre igual consideração e respeito pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e dos quais reivindique fidelidade, sendo portanto, a consideração igualitária “a virtude soberana da comunidade política”⁴⁹⁸.

A consideração do sentido normativo da igualdade na teoria de Dworkin, não implica, no entanto, somente em uma concepção abstrata desenvolvida no plano

⁴⁹² DWORKIN, Ronald. Do Values Conflict? A hedgehog's approach. **Arizona Law Review**, Arizona, vol. 43, pp. 251-259, 2001. p. 254.

⁴⁹³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 165. e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987, p. 9.

⁴⁹⁴ ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 59.

⁴⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 279.

⁴⁹⁶ DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 111, p. 55-69, jun, 2005. p. 66.

⁴⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 272

⁴⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. I.

ontológico, mas também, no nível da promoção, que o *valor (point)* da igualdade seja considerado como a igual distribuição de recursos⁴⁹⁹. Essas duas faces (teórica e prática) da igualdade, exsurtem da teoria política desenvolvida pelo autor, a qual será abordada sob as seguintes perspectivas I. o valor da igualdade, II. a relação entre igualdade e liberdade; e III. a relação entre igualdade e fraternidade (democracia).

4.2.1. O valor da igualdade

Uma das características do liberalismo (contemporâneo) é sua preocupação com a desigualdade de distribuição de riquezas inerente às modernas nações industriais e, portanto, seus defensores são partidários de programas de redistribuição cuja finalidade seja diminuir essas diferenças⁵⁰⁰. Ainda que esses recursos já estejam distribuídos nas sociedades, para Dworkin, o debate teórico acerca de qual *deve ser* a forma de distribuição justa deve servir de parâmetro orientador das decisões a serem tomadas nesse sentido, sendo justificado em razão da “desconfiança gerada pela atual distribuição de recursos e a dúvida se ela pode ser considerada adequada às exigências de justiça”⁵⁰¹. Sua teoria, cujo enfoque, então, almeja a igualdade, irá se estruturar a partir de dois pressupostos. Primeiro, em relação ao papel do Estado, o qual deve atuar de maneira a tornar a vida de seus cidadãos melhores, mostrando que considera de forma igual a vida de cada um⁵⁰². Segundo, na medida em que a teoria política da justiça descreve os ideais e os princípios que devemos aceitar como base para a ação coletiva, a ética (liberal) deve fazer parte de qualquer fundamentação que tenha este propósito⁵⁰³.

A adequada formulação de um esquema igualitário, para Dworkin, deve levar em consideração as concepções de igualdade defendidas pelos teóricos do igualitarismo, apresentadas pelo autor a partir de “duas teorias gerais da igualdade distributiva”:

⁴⁹⁹ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 59.

⁵⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 49.

⁵⁰¹ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 56.

⁵⁰² DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987. p. 7.

⁵⁰³ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 54.

A primeira (que chamarei de igualdade de bem-estar) afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar. A segunda (igualdade de recursos) afirma que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos. Cada uma dessas duas teorias, conforme as enunciei, é muito abstrata, porque, como veremos, há muitas interpretações da definição de bem-estar, e também diversas teorias sobre o que se poderia considerar igualdade de recursos. Por conseguinte, mesmo nessa forma abstrata, deve estar claro que as duas teorias oferecem conselhos diferentes em muitos casos concretos⁵⁰⁴.

A defesa da concepção baseada na igualdade de recursos é justificada pelo autor a partir de três argumentos. O primeiro deles, parte da consideração de que a definição de bem-estar é demasiadamente subjetiva, de maneira que torna impossível distinguir algum parâmetro que permita comparar os níveis de satisfação das diferentes pessoas até que se seja resolvido o problema prático acerca da justa distribuição de maneira a evitar a desvalorização da concepção de bem-estar dos outros⁵⁰⁵⁵⁰⁶. Assim, a introdução de métrica mais ou menos objetiva, que seria a do arrependimento razoável (*reasonable regret*), dependeria da prévia distribuição adequada de recursos⁵⁰⁷. Ou seja, somente quando perguntamos às pessoas acerca do que lhes infringe um arrependimento razoável, diante da designação de uma quota igual de recursos, é possível estabelecer se são iguais em seu bem-estar⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 4-5. e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part I: Equality of Welfare. **Philosophy and Public Affairs**, Nova Jersey, vol. 10, n. 3, p. 185-246, 1981.

⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 10.

⁵⁰⁶ O exemplo apresentado por Bonilla e Jaramillo sobre esse argumento é o seguinte: “Si, por ejemplo, se les pregunta a dos personas, Juan y Sandra, qué tan felices son con la vida que llevan y se les plantea una escala de calificación, sería muy dudosa la conclusión a la que se llegase (cualquiera que esta fuese) comparando los resultados, pues no podría establecerse a ciencia cierta cuál es el valor que cada uno le asigna a cada uno de los niveles en la escala. Juan y Sandra podrían escoger el mismo valor en la tabla de evaluación, sin embargo esto no aseguraría que los dos estén igualmente satisfechos con la vida que llevan.” In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 58.

⁵⁰⁷ Na tradução da obra *A virtude soberana*, o tradutor optou pelo termo lamento, no entanto, acredito que arrependimento seja mais adequado.

⁵⁰⁸ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 58. Esclarecem os autores que o conceito de “realmente importante” refere-se ao conceito de bem viver das pessoas e é a resposta para a pergunta sobre como as pessoas qualificam suas vidas como um todo, levando em consideração a “totalidade” seus projetos e não cada meta específica a que tenham se proposto. (nr nº 10).

O segundo argumento está centrado na ideia de que a definição dos projetos de vida e, com isso, das possibilidades de bem-estar, depende do conhecimento prévio dos recursos indivíduos dispõe, posto que a ausência dessa informação pode implicar em escolhas irrealizáveis ou apenas parcialmente realizáveis, o que acarretaria na diminuição dos bem-estares. Dessa forma, para que seja efetiva a igualdade de bem-estares, deveríamos partir de uma situação em que os recursos já estivessem distribuídos para que, então, fossem realizadas transferências adicionais aqueles que possuem menos recursos que o necessário para alcançarem o seu bem-estar. Contudo, tendo em vista que os recursos disponíveis são limitados, dificilmente seria possível realizar as transferências necessárias para satisfação das necessidades e desejos de todos⁵⁰⁹.

Finalmente, o último argumento lançado contra a igualdade de bem-estar é articulado a partir da concepção ética defendida pelo autor contraposta a ética utilitarista em, pelo menos, três frentes. Primeiro porque, diante da impossibilidade de consideração dos interesses críticos⁵¹⁰, a concepção baseada no bem-estar restringe o fundamento da igualdade aos interesses individuais volitivos⁵¹¹. A segunda refere-se ao caráter de competitividade⁵¹² habitualmente atribuído ao bem-estar, o qual tornaria possível sua distribuição quando, em verdade, seria moralmente inaceitável a desvalorização da vida de algum cidadão em razão da melhora do bem-estar de outro⁵¹³. A terceira, por sua vez, é refletida pela própria concepção de bem e valor humano que, a partir do modelo do desafio proposto por Dworkin, sustenta a ética liberal.

⁵⁰⁹ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 59.

⁵¹⁰ Possuem um sentido normativo: se referem às conquistas ou experiências que deveríamos desejar porque, caso não as obtivéssemos, nossas vidas perderiam parte de seu valor. Cf DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p.31.

⁵¹¹ identificam-se com os meros desejos sem distinção. Cf. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 31.

⁵¹² Para Dworkin tal concepção baseada na competitividade significa: "La medida en que algunos consigan tener lo que de hecho desean dependería manifiestamente de la medida en que otros tengan lo que desean. Y no dejaría de tener su atractivo la idea de que tratar a las personas como iguales significa organizar las cosas, o bien de modo que el bienestar de todos sea el mismo, como sostiene el igualitarismo bienestarrista, o bien de modo tal que la comunidade prospere globalmente, haciendo, como el utilitarismo, que el éxito y el fracaso de todos y cada uno cuenten por igual." In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 167.

⁵¹³ Ao contrário, a ética liberal considera que a vida de cada um deve ser melhorada quando os outros possam levar uma boa vida adequada à circunstâncias justas. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 60.

Nesse sentido, o *modelo do desafio*, que possui caráter ecumênico⁵¹⁴, refere que a boa vida deve ser medida de acordo com o projeto (desafio) individual que cada pessoa formula para si partindo de um “ponto de vista aristotélico de que uma boa vida possui um valor inerente de um exercício executado com destreza”⁵¹⁵. Assim, para Dworkin, a vida de um indivíduo será boa quando ele conseguir “resolver” com habilidade o desafio que autonomamente traçou para si⁵¹⁶. Por este motivo, ao atribuírem a decisão (institucionalizada) acerca do que deve ser considerado uma boa vida aos funcionários públicos e, assim, privarem os cidadãos da escolha autônoma de seu projeto de vida, as teorias da justiça que se baseiam no bem-estar acabam operando um desvio no papel atribuído ao poder público, violando a máxima da liberdade de escolha acerca valores éticos em que o liberalismo político se sustenta.

Diante das deficiências constatadas por Dworkin nas teorias igualitárias baseadas na garantia de bem-estar, o autor irá assumir que as pessoas devem ser iguais em relação aos recursos⁵¹⁷ que controlam, sendo esta a variável que deverá ser distribuída de forma igualitária. Propõe, para aferir a consecução da igualdade – ainda que idealmente – o *teste da cobiça*, o qual implica que nenhum membro da comunidade cobice⁵¹⁸ o conjunto total de recursos que possui outro membro⁵¹⁹. Para que seja compreendida a importância desse teste, o autor propõe o seguinte exercício imaginário:

Suponhamos que um grupo de náufragos vai parar em uma ilha deserta que tem recursos em abundância e é desabitada, e que o grupo talvez só venha a ser resgatado depois de muitos anos. Esses

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.e DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 53-54.

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 116.

⁵¹⁶ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 61.

⁵¹⁷ Na teoria de Dworkin, os recursos devem ser considerados de maneira instrumental. São unicamente de meios indispensáveis com os quais as pessoas podem desenvolver seus projetos de bem viver. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 66. Essa é uma concepção muito diferente da proposta tradicionalmente na economia segundo a qual recursos são vetores para o bem-estar: pessoas querem recursos para melhorar o seu bem-estar e, reciprocamente, qualquer coisa que melhore o bem-estar é tratada como recurso. Cf. RIPSTEIN, Arthur. Liberty and Equality. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 90.

⁵¹⁸ A cobiça deve ser compreendida como um conceito econômico e não psicológico. Cf. DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 87.

⁵¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 87 e DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 83-83.

imigrantes aceitam o princípio de que ninguém tem direito prévio a nenhum dos recursos, mas que devem ser divididos igualmente entre todos. (Ainda não perceberam, digamos, que talvez fosse sensato manter alguns recursos como propriedade comum de qualquer Estado que venham a criar.) Também aceitam (pelo menos provisoriamente) o seguinte teste da divisão igualitária de recursos, que chamarei de teste de cobiça. Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem a seu próprio quinhão⁵²⁰.

Diante desse cenário hipotético, Dworkin, a fim de superar o teste da cobiça, já em princípio descarta a possibilidade da força ou do azar influenciarem o método de distribuição de recursos impessoais, isso porque tais variantes, por não dependerem do engajamento das pessoas, geram injustiças. O primeiro desafio para a justa repartição se estrutura, então, a partir da suposição de que todos os bens podem ser divididos em um número de pacotes equivalente ao número de pessoas que participariam da experiência e que tais pacotes possuirão o mesmo “valor” de recursos. Contudo, tal divisão só seria possível como produto da determinação do conteúdo de cada pacote por um agente mediante tentativa e erro, mágica ou trocas excêntricas⁵²¹, o que, por sua vez, poderia gerar sensações de injustiça⁵²².

Para garantir o êxito do teste da cobiça, Dworkin irá, então, utilizar o “artifício representativo”⁵²³ de um leilão⁵²⁴ para demonstrar que somente será igualitária e justa a distribuição de recursos quando as pessoas forem livres para escolhê-los⁵²⁵. Dessa forma, o autor propõe:

⁵²⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 81 e DWORKIN, Ronald. What is Equality. Part II: Equality of Resources. **Philosophy and Public Affairs**, Nova Jersey, vol. 10, n. 4, p. 283-345, 1981. p. 292.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 82-85.

⁵²² Tal sensação ocorreria, por exemplo, quando o agrupamento de recursos diferentes a partir da tentativa e erro gerar no indivíduo a crença de que, se tivesse escolhido os recursos contidos no pacote que recebeu, o teria feito de forma diferente da estabelecida; ou, mediante a troca dos recursos por bens de uma mesma classe através da mágica ou de trocas excêntricas), os participantes considerarem que, se tivessem a possibilidade de escolher entre uma multiplicidade de recursos/bens, o fariam de acordo com seus projetos de vida e não segundo o arbítrio do repartidor. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 65-66.

⁵²³ MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 22, n. 2. p. 723-753, mai-ago, 2017. p. 743.

⁵²⁴ Esse recurso é baseado no leilão proposto por Leon Walras como mecanismo econômico desenvolvido a partir da análise do equilíbrio geral levando em conta não uma concepção baseada na constância das demandas variáveis (*ceteris paribus*), mas na interrelação das variáveis econômicas existentes. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 68.

⁵²⁵ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 66.

Suponhamos que o responsável pela divisão entregue a cada imigrante um número grande e igual de conchas de mariscos, que são suficientemente numerosas e sem valor intrínseco para ninguém, para usarem como fichas em um mercado do seguinte tipo. Cada objeto da ilha (sem incluir os próprios imigrantes) é enumerado como lote a ser vendido, a não ser que alguém avise ao leiloeiro (o responsável pela divisão) de seu desejo de fazer um lance por alguma parte de um objeto, por exemplo, uma parte de determinado terreno e, nesse caso, tal parte se torna um lote independente. O leiloeiro propõe, então, um conjunto de preços para cada lote e descobre se tal conjunto de preços se adapta a todos os mercados, isto é, se haverá apenas um comprador por aquele preço, e todos os lotes serão vendidos. Caso contrário, o leiloeiro ajusta os preços até alcançar um conjunto que se adapte a todos os mercados. Mas o processo não para porque os imigrantes continuam livres para alterar seus lances, mesmo quando já se tiver alcançado um preço inicial aceitável, ou para propor lotes diferentes. Contudo supondo que, com o tempo, até esse processo lento chegue ao fim, todos se declarem satisfeitos e, conseqüentemente, os bens sejam distribuídos⁵²⁶.

No âmbito teórico, a suposição da possibilidade de alcance de uma situação de completa satisfação das pessoas com os bens adquiridos ensejaria no encerramento do leilão e, portanto, forneceria uma resposta completa⁵²⁷ e capaz de enfrentar o problema da justiça no que tange à adequada distribuição (inicial) de recursos⁵²⁸. No entanto, após essa divisão igualitária inicial, os cidadãos começarão a produzir e “trocar” seus recursos de forma que vantagens/recursos pessoais (talento, sorte, saúde, por exemplo) não “tardarão em destruir, inclusive, nossa inicial igualdade de recursos materiais”⁵²⁹. Em face deste desvio, Dworkin propõe “estratégias compensatórias que reparem, até onde seja possível, as desigualdades de recursos pessoais e de sorte”⁵³⁰, evidenciando que uma sociedade igualitária deve ser uma sociedade livre, na medida em que a igualdade liberal depende de mecanismos

⁵²⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 83-84.

⁵²⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 81 e DWORKIN, Ronald. What is Equality. Part II: Equality of Resources. **Philosophy and Public Affairs**, Nova Jersey, vol. 10, n. 4, p. 283-345, 1981. p. 287.

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 88-89.

⁵²⁹ DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 89

⁵³⁰ Texto Original “estrategias compensatorias que reparen, hasta donde sea posible, las desigualdades de recursos personales y de suerte”. DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 89; e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987.

econômicos e políticos que revelam os verdadeiros custos de oportunidade dos recursos pessoais⁵³¹.

Nesse contexto, e reforçando a tendência claramente liberal da teoria de Dworkin, ganhará destaque sua “interpretação” acerca do papel do mercado (instituição social) na regulação das relações econômicas entre os indivíduos. Para o autor, no mercado, assim como no leilão, os indivíduos atuam segundo a liberdade de escolha, de forma que o conceito de custos de oportunidade pode seguir em vigência a partir da determinação de preços pela oferta e demanda. No entanto, mais uma vez, o autor, ao atribuir ao mercado o papel de solucionar a desigualdade de distribuição de recursos pessoais, diverge do liberalismo clássico, que defende um mercado livre⁵³² de toda a intervenção⁵³³.

A postura assumida por Dworkin na interpretação do mercado, ou mesmo a partir do modelo de leilão, evidencia seu compromisso com elementos do “liberalismo clássico” porque se justifica na premissa de que os indivíduos, diante do princípio da liberdade, são capazes de escolher de forma autônoma seus próprios projetos de vida e, portanto, devem assumir as consequências do modo de vida escolhido, sendo injusta, por exemplo, a transferência de recursos de quem produz mais para quem produz menos⁵³⁴. Por outro lado, ao reconhecer a existência de desigualdades entre

⁵³¹ Acerca da igualdade liberal, podemos compreender de forma clara a defesa de Dworkin em relação a sua indissociabilidade ao princípio da liberdade no seguinte trecho: “a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe deem ou não mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que esta em instrumento da liberdade: as duas ideias, pelo contrário, fundem-se em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração.” In: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 160-161.

⁵³² Na formulação de Dworkin, a intervenção estatal deverá ser orientada simplesmente na direção da realização do princípio igualitário abstrato concretizado nos princípios políticos da igualdade de recursos, da liberdade e da comunidade. Por conseguinte, toda a forma de paternalismo estatal deve ser rechaçada diante da negação da igualdade como bem-estar, porque esta implicaria que os funcionários do Estado definam o que é uma vida boa, o que prejudica que as pessoas tenham a possibilidade de definir seu próprio “desafio”; e, por outro lado, porque o reconhecimento do valor de uma vida boa depende da valorização que o indivíduo que a vive faz dela. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 73. Concretamente, essa intervenção pode acontecer com a distribuição de incentivos diversos da parte do Estado, produzindo leis, planos sociais, e reformas políticas que incorporem a ética liberal. Cf. MONTARROYOS, Heráldo Elías. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. **Universitas jus**, Brasília, v. 24, n.1, p.89-118, jan-jun 2013. p. 95.

⁵³³ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 73.

⁵³⁴ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 74-75.

os recursos pessoais, uma vez que eles também acabam dependendo da sorte⁵³⁵, o autor relativiza a imperatividade do princípio da liberdade, propondo uma redistribuição de recursos a partir da consideração dos riscos assumidos pelos indivíduos independentemente das suas escolhas.

Nesse sentido, o *modelo do seguro hipotético*⁵³⁶ considerado como o parâmetro de redistribuição, tem como objetivo, sem promover discriminações ou paternalismo, equalizar as oportunidades das pessoas que terão dificuldades, por exemplo, de trabalhar e possuir renda por razões que independem de sua vontade. Essa articulação, ao considerar os riscos da perspectiva de cada indivíduo e não de forma abstrata na sociedade⁵³⁷, enfraquece a pretensão de neutralidade e universalidade em que legitimariam o princípio da liberdade. Todavia, a partir da tese da unidade do valor, Dworkin irá reformular o fundamento do projeto liberal, conforme será apresentado a seguir, vinculando sua justificação ao interpretativismo e, portanto, à necessidade de consideração da interrelação dos princípios na construção de seus sentidos.

⁵³⁵ Dworkin considera que existem dois tipos de sorte, a sorte de opção e a sorte bruta. “sorte por opção diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas - isto é, a ganhos e perdas de alguém que aceita um risco isolado que devia ter previsto e poderia ter recusado. A sorte bruta diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas. Se eu comprar uma ação na bolsa e ela subir, então minha sorte por opção vai bem. Se eu for atingido por um meteorito cujo curso não fora previsto, meu azar é bruto (embora pudesse ter saído do local imediatamente antes da queda, se tivesse alguma razão para saber onde ele cairia). Obviamente, a diferença entre essas duas formas de sorte pode ser representada como uma questão de grau, e podemos não ter certeza quanto a como descrever determinado revés. Se alguém teve câncer no decorrer de uma vida normal e não houve nenhuma decisão em especial que indicasse uma aposta no risco da doença, podemos dizer que a pessoa sofreu de má sorte bruta. Mas, se a pessoa fumava muito, então talvez seja preferível dizer que fez uma aposta e perdeu.” In: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 91.

⁵³⁶ Dworkin propõe uma opção de modelo de seguro baseado nas pessoas mais destacadas em uma determinada arte ou ofício, o que tornaria muito improvável a possibilidade de realização desse tipo porque a maioria das pessoas não possui o talento das referências em suas áreas. Sugere, então, uma segunda opção para o problema dos seguros contra a falta de habilidades e talentos. Este modelo de seguros usa como padrão para medir o risco a população média e, com essa alternativa, é possível obter o efeito necessário para obter uma eventual aplicação prática. De um lado, diminui-se o risco a ser segurado, já que não serão tantas as pessoas que terão a possibilidade de incorrer no sinistro, ou seja, possuir um talento inferior ao da média da população. Por outro lado, e como consequência direta do anterior, o valor do prêmio será reduzido. Desse modo, aumentam as chances de existência real de um sistema de seguros desse tipo. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 83. e DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 90-104.

⁵³⁷ MONTARROYOS, Heraldo Elias. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. **Universitas jus**, Brasília, v. 24, n.1, p.89-118, jan-jun 2013. p. 96.

4.2.2. A relação entre liberdade e igualdade

Ao apresentar a teoria política desenvolvida por Ronald Dworkin, no começo do capítulo, referi a tese da unidade do valor como a justificativa, no nível ontológico, da asserção feita pelo autor de que, ao contrário do que é defendido pelo pluralismo, os princípios políticos não entram em conflito. Em minha análise, tal articulação decorre do próprio método interpretativo proposto desde suas primeiras publicações porque, diante da integridade, os princípios, sejam no âmbito da teoria do direito ou da filosofia política, são justificados (interpretados) a partir de uma rede de valores endossados de forma autêntica pelas pessoas que consideram o valor (intencionalidade) da prática que estão interpretando.

No âmbito da teoria política, portanto, a tese da unidade do valor estaria refletida na concepção dworkiniana de que o princípio da liberdade não possui um valor independente, como algo que tem valor em si mesmo, mas sim definido reciprocamente com o valor da igualdade, de forma que seria impossível contrariar um deles sem, ao mesmo tempo, contrariar o outro⁵³⁸. Essa perspectiva é característica das teorias do *laissez-faire*, que historicamente situadas, consideram como igualitária a distribuição de recursos realizada dentro de um marco de proteção das liberdades individuais⁵³⁹.

Dessa forma, a integração da liberdade na definição de justiça distributiva⁵⁴⁰ torna-se constitutiva de qualquer proposta normativa de teoria política. Dworkin, buscando esclarecer este postulado, irá recorrer mais uma vez à metáfora do leilão imaginário, agregando a ela o que denomina de “*versão da ponte*”⁵⁴¹ para representar o sistema de liberdades e proibições que estabelecem a melhor relação entre o princípio da liberdade e o princípio da igualdade (igual distribuição de recursos)⁵⁴². Isso porque, como bem referem Bonilla e Jaramillo,

⁵³⁸ . BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 88.

⁵³⁹ . BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 92.

⁵⁴⁰ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 68.

⁵⁴¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 199-202 e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987. p. 147.

⁵⁴² BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 93 e 94.

Para que o leilão tenha algum sentido, os participantes devem saber o que podem fazer com os bens que irão adquirir e o que não podem fazer com eles. Se não tiverem certeza sobre esse aspecto, o teste da inveja nunca poderá ser aprovado. Ou seja, os participantes do leilão precisam conhecer qual é o sistema base de liberdades e restrições; caso contrário, não podem ter certeza sobre os projetos de vida que estão ao seu alcance. Se não houver certeza sobre a viabilidade dos projetos de vida, os custos de oportunidade serão distorcidos e, com eles, a igualdade na distribuição⁵⁴³

O parâmetro para definir esse sistema de liberdades e proibições, em um mundo ideal⁵⁴⁴, é traçado a partir dos princípios da abstração, da segurança, da correção, da autenticidade e da independência. O princípio da abstração se baseia na ideia de que o leilão deve garantir que os custos de oportunidades sejam verdadeiros, isso é, que reflitam realmente os custos que os projetos de vida eleitos pelos indivíduos⁵⁴⁵, determinando, portanto, que os bens sejam leiloados da forma mais

⁵⁴³ Texto original “para que la subasta tenga algún sentido, los participantes deben saber qué pueden hacer con los bienes que han de adquirir y qué no pueden hacer con ellos, pues, si no tienen certeza en este aspecto, el test de la envidia nunca podrá ser aprobado. Es decir, los participantes en la subasta deben conocer cuál es el sistema base de libertades y restricciones, de otra manera no pueden tener certeza sobre los proyectos de vida que están a su alcance. Si no existe certeza sobre la viabilidad de los proyectos de vida, los costos de oportunidad se verán distorsionados, y con ellos la igualdad en la distribución”. In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 93.

⁵⁴⁴ Dworkin reconhece que o modelo de princípios que propõe para regular o leilão funcionaria apenas em um mundo ideal (ideal mundo ideal), que se contrasta com o a aplicação deste modelo para reformar o mundo real (mundo real ideal) e com o mundo em que nossas vidas realmente acontecem (real mundo real). A questão que se coloca é que as “transições” entre esses mundos irá operar uma relativização da rigidez com que o autor considera a proteção das liberdades no mundo ideal. Buscarei apresentar a articulação do autor nesse sentido no corpo do texto, no entanto, acho importante evidenciar este ponto neste momento porque denota a preocupação de Dworkin em considerar o papel da teoria (perspectiva filosófica) como modelo de justificação da igualdade, o qual irá repercutir nas transformações da sociedade que almeja a justa distribuição de riquezas. Algo nesse sentido pode ser observado na entrevista que ele concedeu à Octávio Ferraz publicada na revista *Novos Estudos (CEBRAP)*. DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. [entrevista cedida a] Octávio Ferraz. **Novos Estudos (CEBRAP)**, São Paulo, n.77, p. 233-240, mar, 2007.

⁵⁴⁵ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 96. O exemplo apresentado pelos autores é esclarecedor. Veja-se: “Pense, por exemplo, no caso da madeira. Se a madeira for leiloadada na forma de móveis, esse recurso só pode ser adquirido por quem deseja ter móveis de madeira, pois esses de alguma forma satisfariam as exigências do seu projeto de vida. Quem quisesse a madeira para fazer esculturas ou para construir uma casa de campo não teria nenhuma opção, pois a madeira, na forma de móveis, simplesmente não atende às suas preferências e ambições. Se, ao contrário, a madeira fosse leiloadada em sua forma original, sem ter sido transformada, aqueles que quisessem fazer esculturas ou construir uma casa com ela teriam uma opção adicional.” Texto original: “Piénsese, por ejemplo, en el caso de la madera. Si la madera se subasta bajo la forma de muebles, ese recurso solo puede ser adquirido por quien desee tener muebles de madera, porque estos de alguna manera satisfarían las exigencias de su proyecto de vida. Quien deseara la madera para hacer esculturas o para construir una casa de campo, no tendría ninguna opción, pues la madera, bajo la forma de muebles, simplemente no se acomoda a sus preferencias y ambiciones. Si, por el contrario, se subastara la madera en su forma original, sin haber sido transformada, quienes quisieran hacer esculturas o construir una casa con ella tendrían una opción adicional.” In: BONILLA, Daniel;

abstrata possível como um “forte pressuposto a favor da liberdade de escolha”⁵⁴⁶. Essa liberdade só poderia ser limitada (no plano ideal) por razões decorrentes dos princípios da segurança e da correção⁵⁴⁷, os quais ensejariam, respectivamente, em “restrições à liberdade necessárias para oferecer segurança física suficiente às pessoas e controle suficiente sobre suas próprias propriedades para lhes permitir elaborar planos e projetos, e realizá-los”⁵⁴⁸; e “para [possibilitar] a descoberta dos custos de oportunidade que a abstração reconhece como genuína”⁵⁴⁹.

JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 96.

⁵⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 200 e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987. p. 27-28.

⁵⁴⁷ Novamente trago o exemplo dado por Bonilla e Jaramillo “Para entender melhor como funciona o princípio de correção, podemos supor que uma das partes no leilão — A — deseja adquirir um lote para plantá-lo com trigo em uma área destinada a ser residencial, devido aos gostos e preferências das outras pessoas que compraram lotes na área. Se essas pessoas fossem suficientemente numerosas e bem organizadas, poderiam pressionar coletivamente para adquirir o lote que falta para completar a área. No entanto, os custos para se organizar dessa maneira poderiam ser tão altos que não poderiam ser assumidos por elas. Além disso, poderia ser que o leiloeiro não conhecesse as intenções das partes ou que A estivesse enganando a todos. Também poderia ocorrer que A comprasse o lote para construir uma casa, mas, após o leilão, decidisse vendê-lo para alguém que deseja usar o lote para plantar trigo. O princípio de correção permitiria, então, que o leiloeiro limitasse a liberdade de escolha de A, assumindo que os custos organizacionais fossem inexistentes e que houvesse um conhecimento perfeito da situação de todos os participantes e dos recursos. Nesse cenário, a resposta seria que os demais habitantes da área comprariam os lotes para construir casas residenciais. Assim, o princípio de correção permitiria garantir um resultado que, de outra forma, não seria obtido — já que no leilão existem externalidades e custos organizacionais — por meio de limitações na liberdade de escolha”. Texto original” Para entender mejor cómo funciona el principio de corrección, podemos suponer que una de las partes en la subasta —A— quiere adquirir un lote para sembrarlo con trigo en un sector destinado a ser residencial, debido a los gustos y preferencias de las otras personas que han comprado lotes en el sector. Si estas personas fueran lo suficientemente numerosas y bien organizadas, podrían presionar colectivamente para adquirir el lote que falta para completar el sector. Sin embargo, los costos de organizarse de esta manera serían tal vez tan altos que no podrían ser asumidos por ellos. Adicionalmente, podría ser que el subastador no conociera las intenciones de las partes o que A los estuviera engañando a todos. También podría ocurrir que A compre el lote para construir allí una casa, pero finalizada la subasta decida venderlo a alguien que quiere utilizar el lote para sembrar trigo. Pues bien, por el principio de corrección el subastador podría limitar la libertad de elección de A si dado el supuesto de que los costos organizacionales fueran inexistentes, y que hubiera un conocimiento perfecto de la situación de todos los participantes y de los recursos, la respuesta a la que se llegaría sería la de que los demás habitantes del sector comprarían los lotes para construir en ellos casas de habitación. El principio de corrección, entonces, permitiría asegurar un resultado que de otra manera no se obtendría —ya que en la subasta si existen externalidades y costos organizacionales- a través de limitaciones en la libertad de elección”. In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 99.

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 201 e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987. p. 26.

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 213. e DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987. p. 50

Os princípios da autenticidade e da independência, que possuem grande repercussão na concepção de Dworkin sobre a ética⁵⁵⁰, por sua vez, estão diretamente relacionados com o princípio da abstração porque embasam o ajuste dos recursos que as pessoas podem empregar para a realização de seus projetos de vida. Isso porque esse ajuste não depende do julgamento sobre a destinação que o indivíduo pretende dar aos recursos que dispõe, mas, conforme refere Dworkin, do

verdadeiro custo de oportunidade de qualquer recurso transferível [que] é o preço que os outros pagariam por ele num leilão cujos recursos fossem oferecidos da forma mais abstrata possível, isto é, na forma que permita a maior flexibilidade de adaptação a planos e preferências⁵⁵¹.

O princípio da abstração, portanto, ao almejar “equilibrar entre si os interesses da maioria e da minoria”, tem sua definição atrelada a um critério de neutralidade (verdadeiro custo de oportunidade), no qual razões morais e verdades religiosas (hegemônicas e homogeneizantes) não devem ser consideradas⁵⁵². Dessa forma, é imperioso que os participantes do leilão tenham a possibilidade de formar, com antecedência, uma personalidade autêntica⁵⁵³. Do contrário, os preços seriam distorcidos de forma mais contundente do que quando o princípio da abstração é violado pelo estabelecimento do programa de lances em função daquilo que as pessoas querem para si⁵⁵⁴. Nesse sentido, para Dworkin,

A autenticidade ideal requer as oportunidades mais completas possíveis, não porque as pessoas estejam sempre mais propensas a fazer escolhas sensatas com mais tempo, mas porque suas escolhas não devem depender de sua personalidade, e da personalidade alheia, com cuja formação permaneçam insatisfeitas. Assim, o parâmetro de uma distribuição ideal seria, inicialmente, não permitir restrições, tanto antes do leilão inicial quanto depois dele, às

⁵⁵⁰ Na obra *Justiça para ouriços*, Dworkin irá destinar um capítulo para tratar da “integração” entre o ideal de vida boa e de viver bem – também presente na obra *Foundations of Liberal Equality* – através do princípio da dignidade humana que engloba os princípios do respeito próprio e da autenticidade (uma das dimensões da autenticidade é a independência). DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 217 e ss.

⁵⁵¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 205.

⁵⁵² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 210-211.

⁵⁵³ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 99.

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 218.

oportunidades de formar, ponderar ou advogar convicções, apegos ou preferências⁵⁵⁵.

As convicções pessoais protegidas pelo princípio da autenticidade estão relacionadas a consciência, religião, trabalho, relações interpessoais ou gostos e preferências, devendo ser asseguradas pelos direitos de liberdade, por exemplo, de culto, expressão, de silêncio no interrogatório; e, tendo em vista que são o resultado das escolhas pessoais (autênticas), impõem que o risco a elas inerente (equivoco ético) deva ser suportado pelos indivíduos⁵⁵⁶. Nesse sentido, a igualdade de recursos é neutra com relação às preferências e protege, com o princípio da abstração, “convicções morais ou religiosas impopulares”⁵⁵⁷. No entanto, diante de uma sociedade permeada por preconceitos de sexo e raça, por exemplo, os quais ensejam desvantagem na distribuição de recursos, afim de “colocar as vítimas em uma posição o mais próxima da que ocupariam caso o preconceito não existisse”⁵⁵⁸, se constituiu o princípio da independência, que deve ser considerado não como um paliativo das falhas resultantes do esquema de igual distribuição de recursos, mas como consequência “de uma característica muito mais feral dessa concepção de igualdade”⁵⁵⁹.

A “aplicação” desses princípios para reformar a realidade (mundo real ideal) deverá considerar as dificuldades políticas (déficit de equidade) que este processo implica⁵⁶⁰. Para enfrentar essa questão, que se instaura no nível da promoção, Dworkin propõe uma “teoria do aprimoramento”, que considera os déficits de recursos e de liberdade para definir “a quantidade ou o grau pelo qual [a pessoa] tem menos do que teria, ou está em circunstâncias piores do que estaria, em um sistema ideal de distribuição igualitária em sua comunidade”⁵⁶¹. Nesta senda, enquanto o *déficit de*

⁵⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 218.

⁵⁵⁶ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 100.

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 219.

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 221.

⁵⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 221.

⁵⁶⁰ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 102.

⁵⁶¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 223-224.

*recursos*⁵⁶² é a diferença existente entre os recursos que uma pessoa possui e os que ela teria se tivesse ocorrido um leilão, parâmetro que é constituído por meio de comparações entre as pessoas⁵⁶³. O *déficit de liberdade*⁵⁶⁴, por outro lado, se consubstancia quando as liberdades de que uma pessoa desfruta são inferiores às que teria se, em sua comunidade, tivesse sido adotado um sistema de liberdades e proibições baseado nos princípios referidos anteriormente. O parâmetro, portanto, deverá ser estabelecido a partir da comparação entre duas pessoas que sofrem diferentes proibições⁵⁶⁵ e entre duas pessoas que estão sujeitas à mesma proibição (*déficit incomensurável*⁵⁶⁶).

A proposta de promover a distribuição simétrica de recursos a partir do leilão é um modelo contrafático e, portanto, irrealizável. Contudo, Dworkin, buscando aplicar no mundo real seus pressupostos teóricos, oferece um programa prático de “ganhos gerais em igualdade”⁵⁶⁷, cujo objetivo é diminuir, de fato, a desigualdade. As medidas formuladas nesse sentido, em face da multiplicidade de situações particulares que agravam as diferenças entre os indivíduos independentemente de suas escolhas, não poderão ser direcionadas a reduzir o déficit total de igualdade existente em uma comunidade – obtido somando os recursos da comunidade e comparando-os com a

⁵⁶² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 225-226

⁵⁶³ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 103. A partir deste critério seria possível afirmar que, por exemplo, uma pessoa indigente tem um déficit de recursos maior do que uma pessoa pobre, mas não indigente.

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 226-228

⁵⁶⁵ Por exemplo, a uma pessoa é proibido pintar as unhas de vermelho, e à outra é proibido assistir a aulas na universidade. Parece evidente que o déficit de liberdade da segunda pessoa é muito maior do que o da primeira, sua vida será afetada de maneira muito mais grave, suas possibilidades serão reduzidas, e seu projeto de vida será interrompido. Essa medida é feita de maneira comparativa (não dedutiva), não sendo possível, por exemplo, aferir o déficit de liberdade resultante da proibição de uma pessoa de pintar as unhas de vermelho sem referência a outra proibição ou situação de liberdade. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 104-105.

⁵⁶⁶ Por exemplo, em relação a duas pessoas às quais é proibido escrever artigos para revistas de opinião política, não é possível estabelecer, em termos de igualdade de recursos, qual é o valor do déficit que essas pessoas sofrem. Não seria relevante, nesse caso, se uma pessoa quisesse dedicar sua vida à crítica política e a outra não, pois essa consideração implica distinções no plano do bem-estar e não no da igualdade de recursos. De fato, se uma pessoa quer dedicar sua vida à crítica política, certamente será mais infeliz do que a outra que não deseja seguir essa atividade. No entanto, ambas serão igualmente limitadas em relação à possibilidade de escolher um projeto de vida. As duas são proibidas de fazer crítica política por meio da escrita; ambas têm uma possibilidade a menos de escolha. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 105.

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 228-230.

quantidade desejada –, pois isso implicaria o uso dos recursos de maneira a maximizar seu valor financeiro geral⁵⁶⁸. Ao contrário, as providências tomadas devem melhorar a condição de algumas pessoas (redução do déficit), sem aumentar o déficit de recursos de outros cidadãos, nem introduzir restrições à liberdade além daquelas consideradas no plano teórico⁵⁶⁹.

Por certo, algumas medidas de distribuição, em face da realidade, podem não alcançar perfeição que corresponde ao modelo ideal igualitário, mas deverão buscar ao máximo aproximar-se dele⁵⁷⁰. Nesse sentido, ao considerar a existência de situações em que nenhuma mudança adicional tecnicamente possível (como os seguros compensatórios) conduzisse à distribuição ideal⁵⁷¹, Dworkin propõe um esquema de *distribuições igualitárias defensáveis*, a partir do critério de “probabilidade em que nossa comunidade, caso se convertesse à igualdade de recursos, alcançaria tal distribuição”⁵⁷². Esse programa, no entanto, não se constitui através de atitudes instantâneas, mas se desenvolve no tempo, ajustando-se às novas circunstâncias dos indivíduos da comunidade⁵⁷³, o que acaba transformando a própria concepção de déficit de liberdade.

Se antes (no mundo real ideal) o déficit de liberdade era a diferença entre a liberdade que os indivíduos podem desfrutar e aquela que possuiriam no mundo ideal

⁵⁶⁸ Esse tipo de medida, que seria proposto pelos utilitaristas igualitaristas, implicaria, por exemplo, que alguns recursos fossem retirados de poucas pessoas pertencentes à classe mais pobre e distribuídos para reduzir o déficit de igualdade de mais pessoas que estão em uma classe menos pobre. Dessa forma, o déficit geral da sociedade seria reduzido, o que satisfaria os postulados utilitaristas, mas contrariaria o ideal da igual distribuição de recursos. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 106

⁵⁶⁹ Um exemplo que Dworkin propõe para ilustrar esse tema é a introdução de um imposto de renda progressivo que serviria para financiar um programa de ajuda aos desempregados. Com esse imposto, não se aumentaria o déficit de liberdade de ninguém, não se imporiam novas proibições, mas sim se reduziria o déficit de recursos de um setor da população. Com essa medida, o déficit de recursos de ninguém seria aumentado, pois aqueles que teriam que pagá-lo, os ricos, não têm déficit de recursos, e o pagamento do imposto não geraria um déficit. Outros tipos de medidas também seriam passíveis de aplicação, mas teriam que ser submetidos a exames cuidadosos para verificar se estão realmente direcionadas a melhorar a situação daqueles que têm déficit de recursos. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 106.

⁵⁷⁰ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 180.

⁵⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 231.

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 233.

⁵⁷³ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 107.

(leilão), diante da aplicação do seu projeto (real mundo real), o *déficit de liberdade* deve ser considerado como a diferença entre a liberdade que os indivíduos desfrutam na “vida real” e aquela que teriam segundo a distribuição igualitária defensável eleita, diante da possibilidade de materialização, como parâmetro⁵⁷⁴. Dessa forma, alguns constrangimentos à liberdade que seriam vedados no mundo ideal pelos princípios que regulam o leilão, no real mundo real teriam a capacidade de produzir igualdade⁵⁷⁵, desde que não ensejem na vitimização dos indivíduos.

A justificativa, portanto, para a restrição da liberdade de um cidadão, segundo o liberalismo igualitário considerado como uma teoria do aprimoramento que almeja à justiça, ou seja, que considera ambos os lados da equação liberdade-igualdade, é o *princípio da vitimização (principle of victimization)*⁵⁷⁶. Afinal, uma pessoa só será vitimizada quando o valor de sua liberdade for menor, no real mundo real, do que seria em uma distribuição igualitária defensável (ideal mundo real)⁵⁷⁷. A teoria da justiça distributiva (igualdade na distribuição de oportunidades e recursos), no seu nível prático (de promoção), impõe que a medida da liberdade seja a consideração da situação mais igualitária defensável posto que, se uma restrição no real mundo real (desigual) não viola uma liberdade garantida no ideal mundo real (igualitário), não há vitimização⁵⁷⁸.

4.2.3. A relação entre igualdade e fraternidade (democracia).

Apresentei o princípio da igualdade oferecido pela teoria política de Dworkin (liberalismo igualitário), de acordo com sua proposta interpretativa, como um parâmetro para a realização da justiça através da integração entre elementos da ética e da moralidade pública. Em sua dimensão concreta, como desenvolvi nas seções anteriores, observamos que a igualdade deve ser considerada como igual distribuição

⁵⁷⁴ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 108.

⁵⁷⁵ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 180.

⁵⁷⁶ Na tradução de A Virtude soberana optou-se pelo termo princípio do sacrifício. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 240-246.

⁵⁷⁷ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 109.

⁵⁷⁸ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 182.

de recursos (e não como bem-estar) intrinsecamente relacionada com a realização da liberdade. Contudo, tal princípio possui uma dimensão abstrata que se reporta a legitimidade do governo ao impor que todos os cidadãos sejam tratados de forma igualitária, ou seja, com a mesma consideração pelo Estado. A interpretação do princípio da igualdade sob essa luz “influirá não só no projeto de todas as instituições fundamentais do governo, mas também nas decisões específicas tomadas por essas instituições”⁵⁷⁹.

Dworkin, nesse sentido, partirá de dois pressupostos para justificar (interpretar) a distribuição de poder político em uma comunidade. O primeiro é a necessidade de representação, que deriva da ideia de que as sociedades contemporâneas, devido ao seu tamanho e complexidade, requerem para o seu funcionamento a presença de autoridades que tomem as decisões em nome dos cidadãos, pois seria impossível um governo em que cada decisão tivesse que ser tomada por toda a comunidade. O segundo, que é a democracia, encontraria respaldo no consenso em torno dos benefícios dessa estrutura de governo⁵⁸⁰, parecendo “óbvio que uma sociedade dedicada à igual consideração deva ser uma democracia”⁵⁸¹.

Dessa forma, devemos nos perguntar qual tipo de democracia, que inclua um esquema de representação, é o que melhor se ajusta ao valor do princípio igualitário abstrato⁵⁸². Devemos assumir, para enfrentar essa questão, que a democracia (assim como justiça, direito, igualdade, liberdade) é um conceito interpretativo e está sujeita a várias interpretações que dependerão do propósito atribuído a este conceito. Nesse sentido, esclarecem Bonilla e Jaramillo,

Em geral, entende-se por democracia uma forma de governo em que as decisões de maior importância para a vida pública são tomadas por funcionários que foram eleitos pelos cidadãos. No entanto, esse conceito é muito abstrato e não consegue responder aos múltiplos questionamentos que surgem em torno da maneira como os diversos

⁵⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 253. Nesse sentido, ver também DWORKIN, Ronald. What is Equality: Part IV: Political Equality. **University of San Francisco Law Review**, São Francisco, vol. 22. n. 1, p. 1-31, 1987.

⁵⁸⁰ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p.112.

⁵⁸¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 254. A publicação original do capítulo “Igualdade política”, que compõe a obra *A virtude soberana*, deu-se em 1987 na Revista de direito da Universidade de São Francisco. DWORKIN, Ronald. What is Equality: Part IV: Political Equality. **University of San Francisco Law Review**, São Francisco, vol. 22. n. 1, p. 1-31, 1987.

⁵⁸² BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 113.

grupos de interesse devem ser representados, de quanto poder esses representantes podem ter, de quais funcionários devem ser eleitos e quais podem ser simplesmente nomeados, etc. Para resolver essas questões mais concretas, são propostas diferentes interpretações da democracia, dependendo da faceta que se queira destacar⁵⁸³.

Dworkin irá sugerir duas maneiras de classificação as interpretações possíveis do conceito de democracia a partir, de um lado, de uma concepção de dependência, que considera o julgamento sobre a forma democrática a partir de seus resultados substantivos⁵⁸⁴; e, de outro, de uma concepção de separação, que independentemente dos resultados substantivos, está preocupada que o poder político seja distribuído de forma igualitária, assumindo que os resultados serão os melhores simplesmente porque resultam de tal processo⁵⁸⁵. Nas palavras de Dworkin,

O primeiro enfoque oferece o que chamarei de interpretação ou concepção dependente de democracia, pois presume que a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração. Nessa perspectiva, as principais características da democracia - sufrágio quase universal, liberdade de expressão e tudo o mais - justificam-se porque a comunidade na qual o voto é generalizado e a expressão é livre terá mais probabilidade de distribuir recursos materiais e outras oportunidades e valores de maneira equânime. (...) O segundo enfoque produz o que chamarei, pelo contrário, interpretação ou concepção separada de democracia. Ele faz questão de que julguemos a equidade ou caráter democrático de determinado processo político por meio do exame de características desse processo apenas, só perguntando se ele distribui poder político de maneira igualitária, e não quais resultados ele promete produzir. Uma concepção separada pretende explicar e justificar nossos principais pressupostos acerca da democracia dessa maneira austera. Assim, ela argumenta que a liberdade de expressão, bem como o sufrágio amplo e irrestrito, ajuda a tornar mais igualitário o poder político⁵⁸⁶.

⁵⁸³ Texto original: "Sin embargo, este concepto es muy abstracto y no es capaz de dar respuesta a los múltiples interrogantes que surgen alrededor de la forma en que los diversos grupos de interés deben ser representados, de cuánto poder pueden tener estos representantes, de cuáles funcionarios deben ser elegidos y cuáles pueden ser nombrados simplemente, etc. Para resolver estas cuestiones más concretas se plantean distintas interpretaciones de la democracia, dependiendo de la faceta que quiera resaltarse." In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 113.

⁵⁸⁴ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p.114.

⁵⁸⁵ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p.114.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 255-256.

Essencialmente, a diferença entre essas concepções se estabelece na medida em que, para uma (dependente), as consequências do processo são o guia para sua formulação concreta, enquanto para a outra (separada), tais consequências são irrelevantes, sendo importante apenas que o poder político tenha sido distribuído de forma igualitária. A adoção dessas concepções terá repercussão na forma de garantir a igualdade no processo político, pois presumem que ele deverá atender determinados objetivos⁵⁸⁷. Isso porque a comunidade que aceita o princípio igualitário abstrato deverá considerar que o processo político precisa atender à adequada distribuição de recursos e de participação na atividade política para que seja coerente com a melhor interpretação do conceito de democracia.

Nesse sentido, ganha proeminência a reflexão acerca das possíveis consequências relativas às finalidades participativas, que decorrem “do caráter e da distribuição da própria atividade política”⁵⁸⁸. Dworkin irá elencar três “classes” de consequências cujo enfrentamento deverá conduzir a melhor a concepção de democracia. As consequências simbólicas⁵⁸⁹, de caráter meramente declarativo, se referem ao efeito que a participação no processo político (decisão coletiva) opera nos indivíduos; as consequências agenciais⁵⁹⁰, que vinculam a política (esfera pública), para cada indivíduo – com convicções, experiências e gostos próprios –, à sua própria experiência moral; e as consequências comunitárias⁵⁹¹, que evidenciam o compromisso do indivíduo com a comunidade em razão do sentimento de que, ao atuar na vida pública, se sente parte daquela comunidade, sendo também responsável pelas decisões que ela toma⁵⁹². Uma vez consideradas, tais consequências evidenciam que

A diferença entre as duas concepções de democracia não é, então, que uma saliente as consequências participativas e a outra as consequências distributivas, mas, pelo contrário, que uma ignora, ao passo que a outra torna crucial todas as consequências. A concepção

⁵⁸⁷ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p.114.

⁵⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 257.

⁵⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 257.

⁵⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 257.

⁵⁹¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 257.

⁵⁹² BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p.115.

dependente obscurece a diferença entre entrada e saída, entre a igualdade política e os outros aspectos da teoria igualitária, inclusive suas finalidades participativas. Presume que essas devem ser elaboradas e inspecionadas juntas, como partes interligadas de uma concepção geral em que nenhuma parte se sustenta totalmente sozinha. A concepção separada, por outro lado, faz questão de uma divisão nítida entre a igualdade política e todas as outras formas de igualdade substantiva. Trata a igualdade política como uma dimensão distinta da igualdade, com sua própria medida, que é o poder político⁵⁹³.

De acordo com tal perspectiva, constituída a partir da diferença na consideração das finalidades participativas, Dworkin irá reconhecer que a concepção separada é a mais popular porque “quase todos presumem que democracia significa poder eleitoral simétrico (...), que o governo da maioria é, portanto, o sistema nervoso da democracia e qualquer falha na regra majoritária é antidemocrático”. Essas suposições, como bem observa o autor, terão repercussão na discussão acerca da legitimidade da Suprema Corte para atuar na revisão de decisões dos legisladores democraticamente eleitos⁵⁹⁴. Contudo, mediante uma adequada consideração das dimensões e formas de igualdade de poder político, o autor irá defender “concepção mista de democracia, que extrai características tanto da estratégia dependente quanto da separada”⁵⁹⁵.

Precisamos, se considerarmos que a democracia é uma questão de igualdade de poder político, contemplar suas duas dimensões constituídas “não só horizontalmente, comparando o poder dos diversos cidadãos ou grupos de cidadãos, mas também verticalmente, comparando o poder individual do cidadão com o de cada autoridade”⁵⁹⁶. Caso seja garantida somente uma das dimensões, a concepção separada (mais popular), cairia em um dilema desde o início: “se insistir apenas na igualdade horizontal, na igualdade entre governados, suas exigências mais rígidas podem ser atendidas por tiranias claramente antidemocráticas. Se também exigir igualdade vertical, então é completamente irreal”⁵⁹⁷.

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 258.

⁵⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 260.

⁵⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 261.

⁵⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 262.

⁵⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 263.

A fuga deste dilema se constitui a partir da consideração do impacto e da influência que os cidadãos possuem (probabilidades subjetivas) na política. O poder político de impacto refere-se as próprias possibilidades que um indivíduo possui de influenciar decisões políticas independentemente de suas conexões, poder de convencimento, carisma ou manobras desonestas, enquanto o de influência opera diante da capacidade de do indivíduo de conduzir/guiar outros a concordarem com suas decisões⁵⁹⁸. Assim consideradas, adverte Dworkin

A igualdade de impacto não consegue fornecer uma concepção separada pura de democracia. Ela pede demais na dimensão vertical da política, e demasiadamente pouco na horizontal. A igualdade de impacto pode muito bem ter papel importante em uma concepção mista, separada e dependente, como uma meta a ser buscada quando e enquanto as outras considerações permitam. E, como veremos, tem um papel em qualquer concepção dependente pura que seja plausível. No entanto, para que a concepção separada pura tenha êxito, precisa ter a influência, e não o impacto, como meio de avaliação do poder político. A igualdade de influência, contudo, não parece desejável, como padrão exclusivo, na dimensão vertical. Exigiria sacrifícios demais à independência e outros valores das autoridades. Nem parece desejável como padrão exclusivo na dimensão horizontal. Devemos, evidentemente, remediar as injustiças distributivas responsáveis por grande parte das desigualdades de influência política da nossa própria época. Mas não podemos almejar a igualdade de influência além da retificação dessas injustiças nítidas, pois os meios que teríamos à disposição violariam outras características desejáveis da sociedade igualitária que parecem mais importantes. Segue-se que não podemos manter uma concepção separada pura de democracia⁵⁹⁹.

Diante das evidentes debilidades da concepção separada de democracia (centrada no critério majoritário de legitimidade) em justificar os poderes de influência e impacto⁶⁰⁰, Dworkin passará a apresentar “um esboço de uma concepção

⁵⁹⁸ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 116.

⁵⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 275-276.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, esclarecem Bonilla e Jaramillo “Dworkin rejeita essa concepção de democracia (a independente) porque considera que a igualdade de poder político não é um ideal político em nenhuma de suas dimensões e formas. No que se refere à igualdade de impacto no nível horizontal, ele aponta que seria um ideal pouco exigente; em uma ditadura totalitária, por exemplo, todos os cidadãos teriam o mesmo poder de impacto: nenhum. No nível vertical, por outro lado, a igualdade de impacto seria impossível se aceitarmos o pressuposto da representação, pois esse tipo de igualdade implicaria que as decisões deveriam ser tomadas por todos os cidadãos. Além disso, a igualdade de influência no plano vertical seria completamente ilusória e, no plano horizontal, anularia o livre desenvolvimento da personalidade, pois desestimularia significativamente a possibilidade de optar por uma vida dedicada à atividade política”. Texto original: “Ahora bien, Dworkin rechaza esta concepción de democracia (la independiente) porque le parece que la igualdad de poder político no es un ideal político en ninguna de

dependente de democracia que ofereça um lugar importante, embora limitado, à igualdade de impacto, mas nenhum para a igualdade de influência”⁶⁰¹. Essa concepção corresponderia às características fundamentais da democracia e ofereceria a justificação para as mesmas por intermédio de princípios que apontam “o que na verdade significa, em detalhe, a democracia”.⁶⁰²

Precisaremos, diante do desafio de interpretar a democracia, rerepresentar as metas/consequência dos valores participativos (finalidades participativas). As *metas simbólicas*⁶⁰³ consideradas a partir do “sentimento que uma pessoa possui de pertencer a sua comunidade política”⁶⁰⁴, são definidas, geralmente, pelo direito ao voto, que é uma questão de impacto político⁶⁰⁵. O sentimento de representação no âmbito institucional através do voto é de suma importância para uma democracia e se manifesta na consideração idêntica do valor político (o voto de todos possui o mesmo valor). No entanto, só poderemos falar dessa igualdade de forma preliminar, uma vez que dependerá de cada sociedade determinar como fará com que, no nível simbólico, todos os seus membros sintam que têm o mesmo impacto⁶⁰⁶.

sus dimensiones y formas. En lo que se refiere a la igualdad de impacto en el nivel horizontal, señala que sería un ideal poco exigente; en una dictadura totalitaria, por ejemplo, todos los ciudadanos tendrían el mismo poder de impacto: ninguno. En el nivel vertical, por el contrario, la igualdad de impacto sería imposible si aceptamos el presupuesto de la representación, pues este tipo de igualdad implicaría que las decisiones deben ser tomadas por todos los ciudadanos. Por otro lado, la igualdad de influencia en el plano vertical sería completamente ilusorias y en el plano horizontal, anularía el libre desarrollo de la personalidad, en el sentido de que desestimularía mucho la posibilidad de optar por una vida consagrada a la actividad política.” In: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 117.

⁶⁰¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 275.

⁶⁰² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 275.

⁶⁰³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 275-278.

⁶⁰⁴ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 118.

⁶⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.276.

⁶⁰⁶ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 119 e DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 276. Dworkin irá analisar a igualdade de impacto representada pelo voto a partir da história e convenções norte-americanas, que rechaçariam qualquer violação desse preceito. Bonilla e Jaramillo, por sua vez, observam que na Colômbia indígenas e negros possuem uma cota de participação no Congresso. No contexto brasileiro, não posso deixar de mencionar o Projeto de Lei 1951/21 que já foi aprovado pelo Senado e aguarda ser pautado no plenário da Câmara dos deputados que propõe a alteração do Código Eleitoral para estabelecer reserva de cadeiras na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais. Cf. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1951/2021**. Dispõe sobre reserva da Câmara dos

As consequências de agenciamento (*valores agenciais*⁶⁰⁷) se referem ao grau de integração que deve existir entre a vida moral de um indivíduo e a sua atividade/vida política. Para que sejam concretizadas, necessitam a garantia da liberdade de formar e expressar opinião e da oportunidade de influência, que não deve ser considerada como igualdade poder de influência, mas sim que meios de participação política devem ser amplos o suficiente para que qualquer pessoa que deseje acessá-los possa fazê-lo. Da mesma forma, os meios de divulgação da propaganda política e da opinião devem ser de fácil acesso para todos os setores⁶⁰⁸.

Antes de apresentar as consequências comunitárias, que também estão vinculadas ao âmbito de participação, seguindo a ordem do argumento de Dworkin⁶⁰⁹, devemos considerar as consequências distributivas (*valores distributivos*⁶¹⁰) das decisões políticas. Para que seja possível estabelecer um acréscimo na “precisão” das decisões políticas, devemos levar em conta que elas são de duas classes/tipos. Enquanto umas envolvem questões sensíveis à escolha, cuja solução correta, por questão de justiça, depende do caráter e da distribuição de preferências na comunidade política, ou seja, dependem da consideração de seu impacto na vida dos cidadãos; outras referem-se a questões insensíveis à escolha, sendo a decisão correta substancialmente independente de quantas pessoas querem ou aprovam tal decisão⁶¹¹.

Dessa forma, questões sensíveis à escolha, relativas às medidas distributivas, devem ser tomadas levando em consideração seu custo-benefício, podendo a igualdade na distribuição dos recursos ser garantida e justificada por meio da igualdade de impacto político no plano horizontal. No entanto, em relação as questões

Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais serão preenchidas por mulheres. Autoria: Senador Angelo Coronel. Brasília, DF: Senado Federal, 2021.

⁶⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 278-280.

⁶⁰⁸ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin**: o caso da liberdade de expressão. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 187 e DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 119-120.

⁶⁰⁹ O autor está enfrentando a distinção de concepções de democracia segundo o critério da probabilidade subjetiva de interferência no processo político, posteriormente irá apresentar a diferença de concepções segundo as formas assumidas pela ação coletiva.

⁶¹⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 281-282.

⁶¹¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 282

insensíveis à escolha, Dworkin rejeita abertamente a possibilidade de que sejam tomadas por uma maioria que utiliza um raciocínio de tipo utilitarista⁶¹². Obviamente, as pessoas irão discordar sobre quais temas são sensíveis ou não a escolha, “mas a questão de segunda ordem de se qualquer questão de primeira ordem é sensível ou insensível à escolha é, em si, insensível a esta”⁶¹³, competindo, portanto, aos juízes constitucionais decidi-las.

Outra maneira de distinguir duas concepções de democracia, para Dworkin, é a partir de como entendemos a ação coletiva. Nesse sentido, a democracia será estatística se a unidade de ação for o indivíduo e, portanto, a ação coletiva for explicada como a soma das ações das pessoas individualmente consideradas⁶¹⁴. Portanto, a abordagem mais razoável de democracia estatística deveria corresponder a uma concepção de democracia como igualdade de poder político, na qual o relevante é como o poder político está distribuído dentro do processo, e não seus resultados⁶¹⁵, assemelhando-se a uma concepção independente da democracia, que, conforme visto, foi previamente descartada pelo autor.

Por outro lado, a democracia será comunitária caso se compreenda que quem age publicamente é a coletividade como um todo. A justificação dessa concepção de deve levar em consideração que “ação coletiva não depende da prioridade ontológica da comunidade sobre o indivíduo, mas de um certo tipo de atitude compartilhada entre os indivíduos”, cujo fundamento não é metafísico, mas de prioridade ética⁶¹⁶. Considerando que “agimos de forma consciente, com a sensação de que o que fazemos é importante e pode ser feito bem ou mal”, precisamos distinguir duas suposições sobre a unidade de ação. Primeiro, assumimos uma *unidade particular de responsabilidade*, que se refere à pessoa ou grupo a quem o crédito ou descrédito, sucesso ou fracasso, da ação se deve⁶¹⁷. Em segundo lugar, assumimos uma *unidade*

⁶¹² BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 122.

⁶¹³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 282

⁶¹⁴ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p.

⁶¹⁵ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 123.

⁶¹⁶ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 335 e 336.

⁶¹⁷ Os exemplos trazidos pelo autor são a culpa coletiva do povo alemão diante das atrocidades cometidas pelo nazismo, o sentimento dos jogadores de uma equipe de baseball em relação ao sucesso ou fracasso do time e o pensamento dos músicos de uma orquestra no sentido de considerar seu sucesso diante do todo. Cf DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the

particular de julgamento, que se refere à pessoa ou grupo cujas convicções sobre o que é certo ou errado são as apropriadas para usarmos ao fazer essa avaliação moral⁶¹⁸.

Conhecendo essa diferença, estamos aptos a distinguir duas formas de ação coletiva que irão sustentar o argumento de Dworkin contra as críticas de que as “concessões” que fez ao comunitarismo, no sentido considerar que a “vida da comunidade confunde-se com a do indivíduo”⁶¹⁹, implicariam definitivamente na negação do princípio liberal da neutralidade⁶²⁰. Para o autor, na *ação coletiva monolítica*, a unidade de responsabilidade seria a mesma unidade de julgamento e corresponderia à comunidade⁶²¹. Já “no caso de ação coletiva integrada, enquanto as atitudes compartilhadas dos participantes criam uma unidade coletiva de responsabilidade, elas não criam uma unidade coletiva de julgamento: a unidade de julgamento permanece completamente individual”⁶²².

Dessa forma, a adoção do critério integracionista, ao contrário do que é defendido pelo liberalismo clássico, reforçaria a aspiração por neutralidade, na medida em que, por um lado, permite que os indivíduos preservem a unidade de julgamento, ou seja, que mantenham a capacidade de formular seus próprios projetos de boa vida, e, por outro lado, exclui da esfera da comunidade as ações que não poderiam ser entendidas como coletivas⁶²³. Nesse sentido, refere Dworkin

people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 335. Menciono que o exemplo da orquestra é retirado e readaptado da obra *Uma teoria da Justiça*, de John Rawls, conforme referido por Dworkin.

⁶¹⁸ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 335.

⁶¹⁹ LOIS, Cecilia Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 33.

⁶²⁰ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 123. Em certo sentido, já abordei a discussão em torno do princípio da neutralidade quando apresentei o debate entre comunitaristas e liberais e a redefinição que propõe Dworkin no sentido deste ser garantido pela igualdade na distribuição de recursos. Essa articulação é importantíssima e perpassa a justificação do autor contra os argumentos homogeneizantes e majoritários que são endossados pelo liberalismo político e muito populares na sociedade.

⁶²¹ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 336.

⁶²² Texto original “In the case of integrated collective action, while the shared attitudes of participants create a collective unit of responsibility, they do not create a collective unit of judgment: the unit of judgment remains thoroughly individual”. In: DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 336.

⁶²³ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 124

o argumento comunitário que surge da integração (...) afirma que os atos políticos não esgotam a vida comunitária de uma nação. O argumento supõe [por exemplo] que a comunidade política também tem uma vida sexual; que as atividades sexuais dos cidadãos particulares se combinam de certa maneira para formar a vida sexual da nação, da mesma forma que as atuações individuais dos músicos se combinam para dar forma a uma apresentação orquestral, e que os atos concretos dos cidadãos e dos funcionários de uma comunidade se combinam em uma legislação. Pois isso ser verdade é a única possibilidade de que a vida de um cidadão seja manchada pelas práticas sexuais de outro.⁶²⁴

Essa estrutura de argumentação, como podemos perceber, reflete, mais uma vez, a defesa de Dworkin da continuidade/integração entre ética e moral, premissa que penso ser o fundamento último do interpretativismo. Nesse sentido, a melhor concepção de democracia é a combinação entre o compartilhamento pelos cidadãos da responsabilidade pelas decisões políticas tomadas pela comunidade, que se referem as questões públicas; e a manutenção da liberdade de julgamento acerca da melhor forma de vida, que é uma questão individual⁶²⁵. O que, por sua vez, implica que a interpretação das instituições democráticas seja considerada a partir de sua função, que é estruturar a interação do indivíduo com a comunidade, presumindo que, em respeito aos princípios da participação, da relevância e da independência, os quais serão apresentados em seguida, “elas dão aos cidadãos individuais uma participação no coletivo, um interesse nele e independência em relação a ele”⁶²⁶.

Assim, o *princípio de participação*⁶²⁷, de forma muito semelhante ao desenvolvido na unidade de agência, proporia que cada membro da comunidade deve ter a possibilidade de influir nas decisões da comunidade, sem que essa participação possa ser limitada por pressupostos sobre sua habilidade ou seu valor para a

⁶²⁴ Texto original “El argumento comunitario no que surge de la integración, que estamos explorando, afirma que los actos políticos no agotan la vida comunal de una nación. El argumento supone que la comunidad política también tiene una vida sexual; que las actividades sexuales de los ciudadanos particulares se combinan de cierta manera, para formar la vida sexual de la nación, de la misma manera que las actuaciones individuales de los músicos se combinan para dar forma a una actuación orquestral y que los actos concretos de los ciudadanos y los funcionarios de una comunidad se combinan en una legislación, pues que esto sea verdad es la única posibilidad de que la vida de un ciudadano se vea mancillada por las prácticas sexuales de otro.” Cf. DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 170

⁶²⁵ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 190

⁶²⁶ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 337.

⁶²⁷ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 338

comunidade. Com este princípio, estariam validadas as opções de sufrágio universal e o direito de todos os cidadãos a serem eleitos para cargos públicos. Também se justificaria a defesa das liberdades políticas clássicas, como a liberdade de expressão e de associação, pois ninguém pode influir nas decisões se não tiver a possibilidade de expressar livremente suas opiniões⁶²⁸.

O *princípio de relevância*,⁶²⁹ por sua vez, estabelece que as decisões da comunidade devem refletir uma igual consideração por todos os membros da comunidade, o que implica que as decisões devem ser coerentes com os ideais de igualdade de recursos e de liberdade. Baseia-se na convicção de que, para sentir-se membro de uma coletividade, o indivíduo deve perceber que sua vida é tão importante para o sucesso da comunidade quanto a vida de qualquer outro⁶³⁰.

Finalmente, o *princípio de independência*⁶³¹ postula que os indivíduos dentro da comunidade devem ter a possibilidade de formar suas próprias convicções de maneira reflexiva e individual em matéria política, moral e ética⁶³². Esse princípio é que irá diferenciar a ação comunal integrada da monolítica e deriva uma justificativa adicional para a proteção das liberdades políticas que são estruturais à democracia e para o ideal liberal da tolerância, que permite ao cidadão viver conforme suas convicções sobre temas que são de atribuição de seu julgamento individual⁶³³.

Diante das considerações trazidas nessa seção, podemos afirmar que, para Dworkin, o princípio liberal clássico da fraternidade deve ser interpretado de forma interrelacionada com a concepção de democracia dependente e comunitária, cujo objetivo deve ser o de promover o reconhecimento dos indivíduos como iguais, respeitando o princípio igualitário abstrato, sem que seja violada a sua capacidade de autonomia/independência ética. Essa é a premissa que sustenta, na filosofia política (liberalismo igualitário), tanto a melhor leitura do princípio da igualdade como

⁶²⁸ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 126.

⁶²⁹ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 339-340.

⁶³⁰ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 126.

⁶³¹ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990. p. 340

⁶³² BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996. p. 127.

⁶³³ ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014. p. 191-192.

distribuição igualitária de recursos, quanto a sua “influência” na realização do princípio da liberdade, repercutindo, portanto, na interpretação/justificação de sua teoria do direito (direito como integridade)⁶³⁴, que será exposto na próxima seção.

4.3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE

O desenvolvimento da concepção de direito como empreendimento interpretativo, conforme apresentei na primeira seção do capítulo anterior, é um contraponto às teorias semânticas (sobretudo ao positivismo) e parte da premissa de que “a prática jurídica é argumentativa e o direito enquanto fenômeno social deve ser analisado neste contexto: na e pela sua prática” para que seja possível desvelar o sentido do direito como dimensão simbólica da justiça⁶³⁵. É sob este pano de fundo que a questão da integridade vai ganhar proeminência, posto que impõe um compromisso da comunidade em tratar todos os seus cidadãos como iguais⁶³⁶, especialmente porque, para Dworkin

O direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais ou individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e o seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas. (...) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do direito, como o dos acidentes, deve demonstrar o seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve⁶³⁷.

Torna-se notório, então, que o argumento jurídico está fundamentalmente preocupado com o argumento público⁶³⁸. Como referido anteriormente, a interpretação do direito consiste no resultado da tensão entre duas dimensões de argumento: a primeira abarca o ajuste em relação ao que é aceito como direito estabelecido, enquanto a outra refere-se ao sentido das questões substantivas de

⁶³⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão judicial no Common Law: Utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 172.

⁶³⁵ CHUEIRÍ, Vera Karam de. **Filosofia do direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995. p. 103.

⁶³⁶ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 77.

⁶³⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 239

⁶³⁸ Necessário esclarecer que o uso da expressão público não significa institucionalizado. A passagem referida é o encerramento do capítulo “a integridade e o argumento jurídico” utilizado para introduzir o capítulo “a integridade e a comunidade”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 77.

moralidade política, ou seja, de valor⁶³⁹. Portanto, a interpretação de qualquer ramo do direito, entendida como o esforço do Estado em tratar as pessoas de modo igual⁶⁴⁰, deve exprimir seu valor em termos políticos, o que impossibilita que seja atribuída ao intérprete uma postura neutra, afinal este possui compromisso com determinada concepção de justiça que advém do valor de sua interpretação⁶⁴¹. Essa asserção encontra especial importância no âmbito da crítica, mencionada anteriormente, contra a postura clássica liberal, cujo ideal de neutralidade, diante da descontinuidade entre ética e moral, promoveria o “consenso” necessário para atribuir-lhe um caráter categórico⁶⁴².

O ponto do *direito como Integridade*, então, diante da tese da continuidade entre ética e moral, reside na ideia de que, ao se exigir o mesmo do Estado ou da comunidade⁶⁴³, transforma-se a integridade em um ideal político. E, ao se aceitar a integridade como virtude política, assim como é a justiça e a equidade, haverá um argumento geral e não estratégico para reconhecer os direitos juridicamente tutelados⁶⁴⁴, cujas repercussões podem ser práticas e também de natureza moral. Práticas quando a sociedade política promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva, protegendo a comunidade contra a parcialidade, a fraude e as outras formas de corrupção oficial ou quando resulta na transformação orgânica operada pelo emprego de princípios nas decisões⁶⁴⁵. De natureza moral, quando, por exemplo, se aceita que os julgamentos pessoais e públicos sobre questões de direito devem se ajustar às práticas institucionais não apenas porque se deve supor a unidade da comunidade, mas porque essa unidade se fundamenta em princípios⁶⁴⁶, presumindo-se que as atitudes políticas individuais tornam os indivíduos autores das decisões políticas tomadas pelos governantes⁶⁴⁷.

⁶³⁹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 52.

⁶⁴⁰ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 60.

⁶⁴¹ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 102.

⁶⁴² DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 64 e ss.

⁶⁴³ Considerados como agentes morais, no sentido de que o Estado, mesmo quando seus cidadãos estejam divididos quanto à natureza exata dos princípios de equidade e de justiça, aja segundo um conjunto único e coerente de princípios. Cf DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202.

⁶⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 202-203.

⁶⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 229

⁶⁴⁶ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 59.

⁶⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 229-230.

Dessa forma, a identificação que as decisões políticas transcendem os atos formais tomados pelos entes públicos e atingem a esfera privada, segundo Dworkin, leva (ou pode levar) à identificação total entre indivíduo e a comunidade. O critério integracionista conduz a compreensão de que os costumes, as crenças e a religiosidade dos membros de uma comunidade determinam os mesmos valores da comunidade⁶⁴⁸. Conseqüentemente, o entendimento de Dworkin acerca da comunidade é importante para a sua concepção de argumento jurídico⁶⁴⁹, uma vez que, em sua visão, quando se afirma que uma comunidade é fiel a seus próprios princípios em detrimento de uma moral convencional ou popular ou às crenças e às convicções da maioria dos cidadãos, reitera-se que ela abarca seus próprios princípios, os quais se pode honrar ou desonrar, assim como o fazem as pessoas em sua esfera privada⁶⁵⁰.

A integridade, ao demandar de cada cidadão uma postura coerente com a organização comum da justiça com a qual se compromete em virtude da cidadania, promove a união da vida moral e política dos cidadãos, bem como amplia a dimensão moral das decisões políticas explícitas. Ao aquiescer que as autoridades agem em nome de uma comunidade da qual somos todos membros – com uma responsabilidade que, portanto, se compartilha – reforça-se o caráter de culpa coletiva quando agem de modo injusto⁶⁵¹. Com isso, a obrigação política passa a representar para os cidadãos uma responsabilidade para com um sistema de princípios que lhes cabe identificar⁶⁵². Nesse sentido, na perspectiva de Dworkin,

Os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados [...]. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra

⁶⁴⁸ LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo.** A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005. p. 35.

⁶⁴⁹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 88.

⁶⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 204.

⁶⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 212.

⁶⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 230.

forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política⁶⁵³.

A importância da integridade se baseia, portanto, em nossa intuição moral de que são inaceitáveis compromissos incoerentes⁶⁵⁴, designados por Dworkin de “leis padrão tabuleiro” ou “estratégia conciliatória”, que seriam justificadas com fundamento em uma alocação equitativa do poder político entre diferentes posições morais⁶⁵⁵. Nesse sentido, Dworkin irá referir o conturbado debate acerca da proibição/permissão do aborto. Seria muito difícil justificar uma decisão que permite o aborto para grávidas nascidas em dias pares e proíbe para as nascidas em dias ímpares, seja por questão de justiça, seja por questão de equidade⁶⁵⁶. É preciso dizer o porquê nossas intuições se justificam em razão da imposição à nossa comunidade de “uma exigência particularmente forte de responsabilidade política sobre as decisões coletivas que concernem aos nossos direitos e deveres de cidadãos”⁶⁵⁷. Assim como os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo, para Dworkin

A integridade é nosso Netuno. A explicação mais natural de por que nos opomos às leis conciliatórias apela a esse ideal: dizemos que um Estado que adota essas conciliações internas age sem observar princípios, ainda que nenhuma autoridade que tenha votado pela conciliação (ou que a aplique) tenha feito alguma coisa que, a julgar seus atos individuais pelos padrões correntes da moral pessoal, não deveria ter feito. O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Se tivesse salvado alguns, escolhidos ao acaso, não teria violado nenhum princípio do qual necessita para justificar outros atos. Mas um Estado age desse modo quando aceita uma solução conciliatória salomônica; o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado⁶⁵⁸.

⁶⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 255.

⁶⁵⁴ BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e o fundamento da comunidade política: uma análise do capítulo 6 de *Law's Empire*. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 118.

⁶⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 216 e ss.

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 222.

⁶⁵⁷ BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e o fundamento da comunidade política: uma análise do capítulo 6 de *Law's Empire*. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 119.

⁶⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 222-223.

A comunidade de princípios, portanto, reafirma que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína quando aceitam que são governadas por princípios comuns, afastando a justificação da autoridade do direito em regras criadas por um acordo político. Com efeito, a política torna-se uma arena de debates sobre os princípios que a comunidade deve adotar como sistema e quais ideais devem ser postulados quando se trata de justiça, de equidade e de devido processo legal⁶⁵⁹. Essa noção de que integramos uma comunidade de princípios legitima a coerção oficial no sentido de que aceita a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de modo global e fundado em princípios⁶⁶⁰.

Diante do contexto de uma comunidade de princípios, a integridade assume dois níveis: como princípio da integridade na legislação, que informa os legisladores de que simples barganhas entre justiça e imparcialidade não estão corretas; e como princípio da integridade no julgamento, diz aos juízes e aos advogados que façam com que suas decisões e seus argumentos se integrem ao corpo do direito existente⁶⁶¹. O princípio da integridade no julgamento “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”⁶⁶².

As decisões que consagram a garantia de direitos refletem-se, portanto, como a melhor luz da prática jurídica a partir do momento em que se pressupõe que a comunidade aceitou o princípio que garante tal direito⁶⁶³. Dessa forma, as proposições jurídicas serão verdadeiras “se decorrerem de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea”⁶⁶⁴. Não obstante, a integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade. A coerência se dá de forma horizontalizada ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade faz vigorar. Insiste que o direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito das decisões do passado, mas

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 254.

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 258.

⁶⁶¹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 51.

⁶⁶² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

⁶⁶³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271-272.

⁶⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga** São Paulo; WMF Martins Fontes, 2010. p. 22.

também, em sentido mais amplo, o sistema de princípios necessários à sua justificação⁶⁶⁵.

Por consequência, o *direito como Integridade* apenas se volta para o passado quando o seu enfoque contemporâneo assim o determina, pretendendo justificar a atividade dos primeiros políticos, facultando-se o emprego de seus argumentos, bem como se demonstrando que “a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”. Portanto, os princípios se ajustam a certa parte complexa da prática jurídica e a justificam, oferecendo uma maneira atraente de ver na estrutura da prática a coerência de princípio que a integridade requer⁶⁶⁶. Nesse sentido, a interpretação do direito se insere na categoria das interpretações criativas, que vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, vez que pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições ora interpretadas. Sendo assim, o juiz é igualmente autor e crítico, pois introduz acréscimos na tradição que aprecia⁶⁶⁷.

Eis mais uma vez a metáfora do romance em cadeia: o intérprete/romancista deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se forma aos poucos, não como um novo começo, mas como continuidade. Sua construção deve ser testada em duas dimensões: uma da adequação, para que sua interpretação flua durante todo o texto e agregue poder explicativo geral; e outra de justificação, que determina qual das leituras possíveis melhor se encaixa na obra⁶⁶⁸. Pode-se afirmar que este é um ato de interpretação reconstrutiva e, por isso, se difere o projeto teórico de Dworkin de teorias rivais que aspiram ser interpretações do direito (convencionalismo e pragmatismo)⁶⁶⁹, posto que o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração⁶⁷⁰.

Tem-se que é justamente na dimensão valorativa que, para Dworkin, as questões substantivas se inserem no processo interpretativo, haja vista ser esse o exato momento em que se introduzem os juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se

⁶⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 274.

⁶⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 274.

⁶⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275.

⁶⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 277-278.

⁶⁶⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 140.

⁶⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 273.

poderia esperar que o romance expressasse (hipótese estética)⁶⁷¹. Esses juízos, no entanto, não se desprendem das questões formais atinentes à primeira dimensão, determinante quando mais de uma leitura parece encaixar-se ao romance e qual será aquela que melhor se ajusta ao todo ou ao conteúdo. A metáfora se mostra significativa, pois abarca os limites das convicções do romancista/intérprete e aponta para um ponto importante (já abordado anteriormente) da teoria dworkiniana: o holismo interpretativo. A visão holística determina que o critério interpretativo deve ser interno ao próprio empreendimento artístico que o romance expressa; e concebido de forma integrada⁶⁷².

Essa será a chave para o enfrentamento da questão da dificuldade de se apontar para uma resposta correta nesse tipo de interpretação, diante das várias possíveis inerentes à pluralidade de concepções estéticas/éticas de cada sujeito (céticas). Justamente por estar inserido no empreendimento interpretativo e concebê-lo como um todo integrado essa questão, apesar de possível, é improvável, especialmente no âmbito do direito, que é uma realidade complexa, dinâmica e historicamente rica⁶⁷³. E, ainda que nos confrontemos com a inegável possibilidade (interminável) de reinterpretção do material jurídico, a plausibilidade prática de continuar insistindo em novas interpretações é esgotável. Mesmo que não exista definitivamente apenas uma resposta certa, em termos práticos, “isto não faria diferença para o intérprete do direito, que, diante da complexidade do direito, sempre deveria orientar a sua interpretação para a busca da melhor resposta, isto é, da resposta correta”⁶⁷⁴.

Portanto, a necessidade de justificação assume papel relevante quando a análise preliminar de um juiz não conseguir fazer prevalecer uma dentre as suas interpretações da lei ou do julgado; compete-lhe, então, escolher entre as

⁶⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 278.

⁶⁷² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 146.

⁶⁷³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 151.

⁶⁷⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 152.

interpretações aceitáveis, questionando-se qual delas se apresenta como a melhor luz, do ponto de vista da moral política, da estrutura das instituições e das decisões da comunidade. Nesta senda, “sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si”⁶⁷⁵.

As diferentes dimensões do trabalho de um juiz são sensíveis a seu juízo político. Suas convicções sobre adequação, seja na primeira dimensão ou seja em competição com o conteúdo, são políticas e não mecânicas. Por conseguinte, os juízes divergirão sobre aquilo que é o direito de sua comunidade⁶⁷⁶, mas o compromisso com a integridade, quando para os juízes os ideais da equidade e da justiça entrarem em conflito, os impedirá de decidir livre e arbitrariamente a solução do conflito⁶⁷⁷. Essa restrição à substância se situa na dimensão da adequação, o que, portanto, representa a limitação de um tipo de convicção política a outro na avaliação geral sobre qual interpretação torna uma manifestação de atividade política a melhor possível em termos gerais, considerando-se todos os aspectos⁶⁷⁸.

Ademais, o *direito como integridade* compele os juízes a admitir, tanto quanto possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios que devem ser aplicados nos novos casos que se apresentem, a fim de que as situações individuais sejam justas e equitativas, segundo as mesmas normas. Essa coerência de princípio se associa à doutrina da responsabilidade política, na qual se entendem os direitos políticos como criações tanto da história quanto da moralidade⁶⁷⁹, de forma que as decisões judiciais os efetivem, inspiradas por princípios, e não por política⁶⁸⁰. É preciso, então, destacar que decisões políticas – que almejam à igualdade – devem ser dadas no âmbito do Poder Legislativo, enquanto questões que versam sobre direitos – que almejam coerência de princípio – são decididas pelos juízes⁶⁸¹.

“Os juízes devem fazer novos julgamentos sobre o direito das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas

⁶⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 305-306.

⁶⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 306.

⁶⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 307.

⁶⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 307-308.

⁶⁷⁹ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107

⁶⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo :WMF Martins Fontes, 2010. p. 133.

⁶⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão judicial no Common Law: Utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 187.

tomadas no passado que a elas se opõe”⁶⁸². Conseqüentemente, uma interpretação visa a evidenciar aquilo que é lido à sua melhor luz possível, e, por conseguinte, em se tratando de qualquer parte do direito, deve levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como se executaram. A partir da concepção de *direito como integridade*, os juizes têm responsabilidade para com a comunidade de princípios, isto é, devem argumentar com base nos princípios, assim procedendo em detrimento de decisões fundamentadas em políticas, também sendo-lhes exigível que esclareçam por quais motivos as partes têm direitos ou deveres legais não positivados que foram aplicados⁶⁸³.

Depreende-se dessa articulação que a argumentação que fundamentada em princípios pode oferecer justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente quando demonstrável a compatibilidade com decisões anteriores que não foram reformadas e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas (critério de justiça). No caso de argumentos de política, não aconteceria o mesmo, haja vista que ao descrever um objetivo, juizes ou legisladores não necessitariam de coerência nem com as decisões passadas nem com as futuras, vez que não precisariam ser compreendidas como sustentação da mesma política, diferentemente do que ocorre com os argumentos de princípio⁶⁸⁴. Como bem coloca Porto Macedo,

Dworkin recorda em diversas passagens que o direito como integridade demanda que os juizes reconheçam que o direito é um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade que devem ser aplicados de maneira igualitária em casos semelhantes. Esta ideia pressupõe a compreensão do direito como uma prática enraizada numa comunidade de princípio. Tal advertência deixa claro, desde logo, que os princípios devem prevalecer sobre as políticas, sempre que entrarem em colisão⁶⁸⁵.

A coerência, pois, significa “coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse

⁶⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 136..

⁶⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 292.

⁶⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 137-138.

⁶⁸⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 155.

princípio”; as regras devem ser consistentes com os princípios que balizam uma decisão⁶⁸⁶. Para confirmar a aplicação prática de sua teoria, Dworkin permitiu-se mais uma metáfora: a do Juiz Hércules, um jurista de sabedoria, de paciência e de sagacidade sobre-humanas que ilustra tarefas inerentes à jurisdição. Entre outras atribuições, compete-lhe construir um sistema de princípios abstratos e concretos que forneça justificção coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e também esquemas que justifiquem as disposições constitucionais e legislativas⁶⁸⁷. Sua extraordinária capacidade não é voltada à introspecção, mas à compreensão do direito como totalidade, o que indubitavelmente implica que justifique suas convicções sobre questões de moralidade política, levando em consideração a história institucional e aquilo que os demais juizes do passado e do presente fizeram para além da produção legislativa. Nesse sentido, adverte Dworkin

A história política da comunidade será portanto uma história melhor, imagina ele [o juiz Hércules], se mostrar os juizes indicando a seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juizes guiados pela integridade, e se mostrar os juizes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade. Além disso, as opiniões judiciais formalmente anunciadas nos repertórios jurídicos são, em si mesmas, atos da comunidade personificada que, sobretudo quando recentes, devem ser incluídos na esfera da integridade". Essas são algumas das razões pelas quais ele de certo modo prefere uma interpretação que não seja muito recente, nem muito divorciada daquilo que os juizes e outras autoridades do passado disseram e fizeram. Mas ele deve comparar essas razões com suas mais sólidas convicções políticas sobre o valor moral relativo das duas interpretações, e, se acreditar que a interpretação é muito superior a partir de tal perspectiva, acreditará estar aperfeiçoando o direito ao optar por ela, mesmo à custa das considerações mais processuais. Adequar-se ao que os juizes fizeram é mais importante que adequar-se ao que eles disseram⁶⁸⁸.

Uma vez que Hércules assim procede em seu ofício, não pode ser considerado como alguém que decide sozinho⁶⁸⁹. Na verdade, ele figura como uma réplica de Dworkin à discricionariedade, a partir de quem se examinam melhores respostas em

⁶⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 139.

⁶⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 182.

⁶⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 297.

⁶⁸⁹ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78.

direito. Logo, as tarefas de Hércules contemplam as mesmas de todos os juristas que tenham a pretensão de defender um direito justo, íntegro e coerente⁶⁹⁰.

Dworkin advoga que “as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido”⁶⁹¹, pressuposto intimamente atrelado à concepção de Estado de direito por ele defendida - qual seja, uma visão centrada nos direitos⁶⁹². Tal pressuposto também “exige, como parte do ideal do direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” e presume a existência de direitos e de deveres morais dos cidadãos entre si e de direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste, ainda, que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no direito positivo, para que possam ser impostos quando exigidos por cidadãos individuais, “por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido”⁶⁹³.

É com base no ideal de direito centrado em direitos que posturas quanto às prestações jurisdicionais serão formuladas, devendo um juiz que segue essa concepção, num caso controverso, tentar idealizar algum princípio que, em sua percepção, capte os direitos morais das partes que são pertinentes ao caso em questão, de forma que tal princípio não seja incompatível com a legislação⁶⁹⁴. Nesse contexto, Dworkin arremata:

Assim, um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais contrários diretamente em questão são, cada um deles, compatíveis com a legislação⁶⁹⁵.

Essa premissa instiga o questionamento acerca da legitimidade do Judiciário para decidir questões políticas, uma vez que os juízes não são eleitos para seus cargos e não deveriam tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou a expandir o repertório legal, “pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular”⁶⁹⁶. No entanto, nos dizeres de Dworkin, “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões

⁶⁹⁰ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 79.

⁶⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.3.

⁶⁹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.7.

⁶⁹³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.7.

⁶⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.15.

⁶⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.16.

⁶⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

sobre direitos⁶⁹⁷, tendo em vista a constante pressão política que grupos politicamente poderosos exercem sob os legisladores. Ainda, muito embora a insatisfação com determinada decisão judicial com frequência esteja associada à crítica ao emprego de argumentos de política e, por consequência, à instituição que a produziu, não se pode afirmar que desse fato decorra o aumento da desobediência a tais decisões⁶⁹⁸.

A partir dessa construção, começam a ser delineadas as razões pelas quais Dworkin concebe a democracia como um empreendimento em parceria no qual as decisões da maioria não são, só por esse fato, legítimas, fazendo-se necessário que essas decisões atendam a certas condições, por meio das quais se garanta a preservação da dignidade de todos os atingidos - em especial, os integrantes das minorias⁶⁹⁹. É justamente em razão da equidade - ou seja, de que a democracia pressupõe igualdade de poder político - que a concepção dworkiniana de democracia ganha relevância não só para sua teoria política, mas também para o direito.

Ao assumir que “nenhuma democracia proporciona igualdade genuína de poder político”⁷⁰⁰, Dworkin reconhece a inexistência de paridade na disputa pela garantia de direitos individuais entre grupos com mais e menos poder político. Depreende, pela concepção de Estado de direito centrada nos direitos, que os cidadãos teriam “o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos”⁷⁰¹ que, uma vez reconhecidos por um Tribunal, passariam a ser exercidos, “a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”⁷⁰². Nesse sentido, refere o autor

Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência [das decisões para o âmbito do judiciário], pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais

⁶⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 27.

⁶⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

⁶⁹⁹ MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica democrática: a leitura moral da Constituição e o Novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.259-260.

⁷⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

⁷⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

⁷⁰² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas⁷⁰³.

O fórum do princípio, sustentáculo da concepção centrada nos direitos como ideal político, assim, confirma que a justiça configura uma questão de direito individual, não somente do bem público⁷⁰⁴; e que, apesar de não ser possível o comprometimento com a certeza das decisões, assegura que as reivindicações dos indivíduos serão constante e seriamente consideradas a seu pedido, reforçando o senso de justiça e o ideal sob o qual estão enraizados os valores políticos da democracia e do Estado de direito de que o governo irá tratar as pessoas como iguais⁷⁰⁵.

Outrossim, o objetivo democrático de igualdade de distribuição de recursos justifica o posicionamento adotado por Dworkin no debate de questões constitucionais, ao defender o método da leitura moral da constituição, a partir do qual insere a moralidade política e as incertezas no âmago do direito Constitucional, propondo que juízes, advogados e cidadãos interpretem os dispositivos abstratos que expõem os direitos dos indivíduos perante o governo e os apliquem considerando que fazem referência a princípios morais de decência e de justiça⁷⁰⁶. Essa assertiva conduz o desenvolvimento de um significado sofisticado de democracia central na teoria de Dworkin, que, combatendo a premissa majoritária, representa a prática constitucional norte-americana e a maior contribuição por ela legada à teoria política (sujeição do governo à princípios e não somente à lei)⁷⁰⁷

Desse postulado é que decorre a possibilidade da leitura moral da Constituição, segundo a qual os princípios contidos na Declaração de Direitos comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos:

O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quais quer liberdades individuais que forem para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente

⁷⁰³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 32.

⁷⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39.

⁷⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38.

⁷⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

⁷⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.

declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião⁷⁰⁸.

Cumpra, dessa forma, aos juízes interpretar a Constituição e conseqüentemente aplicar princípios coerentes com um ideal de justiça, não sendo limitadas às opiniões concretas dos constituintes⁷⁰⁹, em oposição ao que preconizam os originalistas, cuja concepção de correta interpretação está intimamente relacionada à intenção original dos autores do texto constitucional. Diante da integridade, a interpretação adequada da Constituição toma como objeto tanto o texto, quanto a prática do passado, tentando unificar fontes distintas (moralidade política) e oferecendo diretrizes para decisões futuras⁷¹⁰.

A leitura moral, ao exigir que os juízes estabeleçam juízos atuais de moralidade política, encoraja juristas e juízes a interpretarem a Constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. Contudo, a fidelidade ao texto constitucional e ao direito pressupõe a demonstração das verdadeiras bases formadoras de juízos, com o intuito de permitir maior participação popular nas discussões, esperando que os juízes elaborem argumentos mais sinceros e fundamentados em princípio, de forma a serem combatidas possíveis arbitrariedades⁷¹¹. O que, por sua vez, não implicaria em uma argumentação ativista e, portanto, pragmaticista, justamente porque o ajuste à cultura constitucional, diante da equidade, garante a consideração de direitos que operam como trunfos contra as maiorias no sentido de serem características mais estáveis e abstratas da cultura política nacional⁷¹².

Dworkin sinaliza a possibilidade de que se alcance uma solução coletiva para as questões de controvérsia política de maneira que ela possa ser aceita com dignidade por todos, sem que se recaia em um ativismo judicial, tipicamente pragmaticista, na medida em que, diante da integração dos valores/virtudes constitucionais operada pela integridade⁷¹³, não realizar-se-ia somente a justiça, mas

⁷⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

⁷⁰⁹ MAUÉS, Antonio Moreira. A Constituição: Hércules sobe e desce do olimpo. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 223.

⁷¹⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 168.

⁷¹¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 57.

⁷¹² MAUÉS, Antonio Moreira. A Constituição: Hércules sobe e desce do olimpo. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 226.

⁷¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 390.

as várias virtudes que compõe a moralidade política de uma comunidade⁷¹⁴. Sua análise acerca do debate sobre o aborto nos Estados Unidos – como referido anteriormente e já trabalhado por mim de forma mais aprofundada⁷¹⁵ – é elucidativa pois para o autor a controvérsia em torno deste tema é, na realidade, centrada não na questão polarizada acerca dos direitos e dos interesses do feto, mas na discussão sobre como e por quais motivos a vida humana tem valor intrínseco, bem como quais são as implicações de assumir essa concepção nas decisões pessoais e políticas sobre o aborto⁷¹⁶.

Para o autor, o que sustentaria as divergências sobre a questão do aborto seriam as “diferenças profundas quanto à importância moral relativa das contribuições natural e humana à inviolabilidade das vidas humanas individuais”⁷¹⁷, com os extremos dos posicionamentos possíveis representados pela preponderância do investimento biológico, de um lado, e do investimento humano, do outro⁷¹⁸. Por consequência, para Dworkin,

Os conservadores e os liberais divergem não porque um dos lados rejeite totalmente um valor que o outro considera fundamental, mas porque adotam posições distintas – quando não drasticamente distintas – quanto à importância relativa desses valores, que ambos admitem ser fundamentais e profundos⁷¹⁹.

No que se refere às exceções resultantes de “concessões mútuas e conciliações” (padrão tabuleiro) inerentes à busca do equilíbrio, Dworkin afirma que, enquanto aqueles que adotam posturas mais conservadoras podem, por exemplo, admitir exceções quanto à prática de aborto em casos de estupro - mesmo defendendo o investimento divino ou natural na vida humana -, os liberais, que tendem a ser mais permissivos no que concerne às exceções ao princípio de que o aborto é condenável, asseveram sua permissão quando “o nascimento de um feto resulta em

⁷¹⁴ MAUÉS, Antonio Moreira. A Constituição: Hércules sobe e desce do olimpo. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 226.

⁷¹⁵ Ver BERNST, Luísa. **Contrapúblicos interpretativos**: Uma provocação feminista às respostas corretas em direito. Salvador: Juspodvim, 2022

⁷¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 33.

⁷¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126.

⁷¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 127.

⁷¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 130.

um efeito deletério sobre a qualidade de vida”. Torna-se aceitável o aborto, então, para os liberais moderados, sob o argumento de que um feto que venha a nascer possa viver uma vida repleta de frustrações, ou para os mais radicais, sob a premissa dos efeitos da gravidez e do parto sobre a vida das mães e de outros membros da família⁷²⁰.

Diante da incapacidade dessas posturas conciliatórias de afastar “argumentos inautênticos” – os quais hora pendem para à equidade e hora para a justiça – da justificação de decisões coletivas que concernem aos direitos e deveres dos cidadãos, precisamos dizer por que nossas intuições se justificam para beneficiar a todos, inclusive as minorias que não possuem poder político paritário. Conforme referido, tal fundamento reside no valor que atribuímos à integridade como comunidade política⁷²¹, decorrente de uma pretensão coerentista que aponta para a verdade. De acordo com Bustamante

Podemos fundamentar o valor da integridade, portanto, nas responsabilidades que os membros da comunidade jurídica têm quando eles se enxergam segundo o valor da fraternidade e assumem como suas as obrigações associativas que derivam do vínculo comunitário com os seus concidadãos⁷²².

Necessário explicitar, mais uma vez, que essa articulação está intimamente relacionada com os conceitos desenvolvidos no âmbito da teoria política proposta por Dworkin. Remonta, portanto, a “flexibilização” da postura liberal, diante das críticas opostas pelos comunitaristas, consubstanciada na atribuição à comunidade da capacidade de se expressar como uma voz coletiva⁷²³. Se no interpretar artístico a hipótese estética é o critério para justificação do valor da prática, no âmbito do direito

⁷²⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129-139.

⁷²¹ BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e o fundamento da comunidade política: uma análise do capítulo 6 de *Law's Empire*. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 122 e 123.

⁷²² BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e o fundamento da comunidade política: uma análise do capítulo 6 de *Law's Empire*. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 126.

⁷²³ Como referi é a crítica relativa ao atomismo liberal, em especial as formuladas por Charles Taylor, MacIntyre e Walzer ao trabalhos de John Rawls que, conforme Porto Macedo, no âmbito da teoria do direito dworkiniana, repercute na introdução das prioridades locais dentro da interpretação. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 163.

ele é traduzido na hipótese política, que impõe a avaliação da adequação dos juízos de moralidade política às diversas aspirações, práticas e discursos relevantes de uma comunidade⁷²⁴.

Isso posto, depreende-se a inexistência de fórmulas para a tomada de decisões concretas, sendo possível apenas, na melhor das hipóteses, esquematizar a estrutura argumentativa que direciona pessoas a determinadas decisões. A leitura dos argumentos sob a perspectiva dworkiniana de que o aborto simboliza uma questão moral acerca da sacralidade da vida humana (que é pessoal/particular e não pública) contribui para a “ideia de que a comunidade real é possível a despeito de tantas e tão profundas divisões religiosas”⁷²⁵. Ou seja, embora o governo possa regular o comportamento das pessoas com a finalidade de “proteger o espaço moral público em que vivem todos os cidadãos”, questões éticas relativas ao bem viver repercutem na impossibilidade/illegitimidade deste impor a proibição da interrupção da gravidez sem uma justificação adequada⁷²⁶.

Nesse sentido, os objetivos antagônicos perseguidos pelo governo podem ser, de responsabilidade, quando pretende que seus cidadãos tratem as decisões relativas ao aborto como questões de importância moral política e que reconheçam que os valores intrínsecos fundamentais estão em jogo nessas decisões e decidam reflexivamente; e de conformidade, quando intui que as decisões sejam tomadas fundamentadas na opinião da maioria⁷²⁷. Nesse sentido, assevera o autor

O direito à autonomia procriadora tem um lugar importante não apenas na estrutura da Constituição norte-americana, mas também na cultura política ocidental em termos gerais. A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como a responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções. [...] De fato, a premissa mais básica da democracia ocidental – a de que o governo seja republicano, e não despótico – incorpora um compromisso com essa concepção de dignidade. Em sentido amplo, o princípio de autonomia

⁷²⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 160.

⁷²⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 138-139.

⁷²⁶ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 209.

⁷²⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 210.

procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática⁷²⁸.

Em suma, a argumentação enfatiza várias razões para que as pessoas não sejam indiferentes umas para com as outras. “Em conjunto, as decisões individuais criam um ambiente moral que inevitavelmente influencia o que os outros podem fazer”⁷²⁹, de forma que a integridade constitucional se revela tão importante. O processo interpretativo, sublinha-se, decorre de práticas sociais compartilhadas nas quais o indivíduo está inserido, sendo possível alcançar a verdade na interpretação quando se interpreta uma prática social e se identifica o seu propósito. E, como não se pode exigir concordância entre os cidadãos, deve-se exigir deles responsabilidade moral na medida em que se propugne que as diversas interpretações concretas alcancem uma integridade geral e que cada uma dessas interpretações “suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente por nós abraçada”⁷³⁰.

A imbricação entre teoria da justiça, filosofia e teoria do direito é o cerne da proposta holista e integrativa de Dworkin que, desde o início, como vimos, se estrutura a partir da conexão entre a linguagem jurídica e a linguagem moral. Como Porto Macedo,

Em Império do direito, Dworkin defende a ideia de que em determinado momento da interpretação do direito Hércules é convocado a identificar reconstrutivamente a teoria da justiça (substantiva) dentro da qual estão imersas (*embedded*) as práticas jurídicas e políticas de uma comunidade. Neste momento é necessário identificar qual é a hipótese política que confere sentido (a intencionalidade ou *point*) das práticas coercitivas legítimas que caracterizam o próprio direito. Este tipo de análise claramente identificava a conexão entre a linguagem do direito e a linguagem da moral política. Tal ideia viria a ser reforçada em sua defesa da "Leitura Moral da Constituição" em obras intermediárias como O direito da Liberdade, de 1996⁷³¹.

⁷²⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 233.

⁷²⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 233.

⁷³⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 109.

⁷³¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 166.

Na prática interpretativa, portanto, “os juízes terão de recorrer a convicções políticas formadas também de forma inconsciente e não apenas através do uso indisciplinado e filosófico da razão”⁷³². A defesa deste postulado, que é extremamente polêmico, repercutirá na (re)articulação da tese da unidade do valor não só como demonstrativa da “prioridade” de determinados valores em relação a outros para a melhor compreensão dos conceitos interpretativos que justificam a interação política/pública da sociedade (e a legitimidade do direito), mas como esses valores são necessários para que possamos realizar projetos bem-viver (ética). Muitos autores classificam esse “passo além” como uma mudança relevante do pensamento de Dworkin, na minha interpretação, no entanto, o empreendimento teórico que se consolida com a publicação da obra *Justiça para ouriços* (2011) é uma continuidade/aprofundamento do integrativismo holista que aparece, pelo menos, desde a publicação do *Foundations of Liberal Equality* (1990) e do artigo *Objetividade e verdade* (1996).

Independente dessa questão é a consideração de Ronald Dworkin como um dos principais filósofos do direito contemporâneo, e, de que no Brasil, poucos são os trabalhos sobre teoria do direito e direito constitucional que não se respaldam em sua produção. Se, por um lado, trata-se de um filósofo refinado em razão da influência da filosofia analítica anglo-saxã, por outro, suas abordagens são plurais, abarcando a filosofia da linguagem, a filosofia política, a filosofia moral e ética, a teoria do direito e o direito constitucional⁷³³. Diante do ambicioso projeto deste autor, pretendo apresentar a influência (e seus limites) que o interpretativismo dwokriniano exerceu na Teoria Crítica Hermenêutica do Direito, do professor Lenio Streck, que é indiscutivelmente um dos teóricos do direito mais relevante e popular no contexto nacional. O último capítulo deste trabalho será dedicado à essas reflexões.

⁷³² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 164.

⁷³³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. in: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

5. A LEITURA MORAL DA TEORIA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Nos capítulos anteriores, busquei apresentar a obra de Ronald Dworkin sustentando que sua teoria da interpretação, sobre a qual se estruturam suas asserções sobre, pelo menos, direito, filosofia e política, pressupõe a consideração do valor de determinada prática para sua adequada interpretação. Essa premissa acabará constituindo uma “epistemologia integrativa”, dependente da ontologia, segundo a qual a veracidade dos conceitos interpretativos (como são o de direito e justiça, por exemplo) se sustenta em uma rede integrada de valores (unidade de valor). Intentei articular essa questão dando enfoque ao papel desempenhado pela integridade que, tanto na moral, quanto na ética, impõe ao intérprete a responsabilidade de coerir seus juízos pessoais (éticos) com a moralidade pública, sem desconsiderar a particularidade da prática em que cada conceito está inserido.

A proposta de uma leitura moral, na teoria de Ronald Dworkin, partindo dessa “epistemologia integrativa”, “rompe com a indeterminação do direito e estipula que alguns direitos fundamentais apresentam uma instância de compromisso entre os direitos morais conquistados historicamente, a autonomia dos indivíduos e as condições que possibilitam a democracia”⁷³⁴. Assumindo que, este também seja o objetivo da proposta de teoria da decisão judicial desenvolvida na Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, proponho no desenvolvimento do presente capítulo, explicitar onde estão situados os pontos que afastam o seu projeto do empreendimento moralizante do interpretativismo dworkiniano.

Isso porque, diante das imposições relativas ao contexto em que a teoria do direito brasileira se desenvolve, seja pelas demandas inerentes a uma realidade de desigualdades econômicas e sociais de um país de modernidade tardia, seja pela má representação dos cidadãos no âmbito do Poder Legislativo, ou mesmo da própria tradição do nosso sistema jurídico (*civil law*), para interpretar o que é o direito e, portanto, aquilo que ele deveria ser, o professor Lenio Streck irá articular sua proposta de teoria da decisão judicial antropofágica, que engole Heidegger, Gadamer e Dworkin, para devolver uma matriz teórica oposta à arbitrariedade nas interpretações judiciais.

⁷³⁴ LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça.** São Paulo: Landy, 2005. p. 46.

Dessa forma, a aposta que o professor Lenio Streck faz no pacto político-jurídico representado pelo nosso texto constitucional como limite hermenêutico, justifica uma proposta de teoria da interpretação que, segundo os aportes da filosofia hermenêutica, irá atribuir à autonomia do direito o papel de manutenção da democracia. Essa postura, contudo, acaba afastando seu conceito de direito daquele defendido por Ronald Dworkin como sendo interpretativo, sem implicar, no entanto, que, por este motivo, a Crítica Hermenêutica do Direito esteja sustentada em um ceticismo moral. Essa proposta de interpretação da teoria do professor Lenio, a partir de um diálogo provocado pela “epistemologia” de Dworkin será, portanto, o tema deste capítulo.

5.1. RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO É ANTROPOFÁGICA

*Antropofagia. Absorção do inimigo sacro. Para transformá-lo em totem. A humana aventura. A terrena finalidade*⁷³⁵.

O movimento modernista nas artes e literatura no Brasil teve a antropofagia como uma de suas bandeiras de justificação de seu projeto⁷³⁶. O projeto antropofágico, enquanto bandeira, constituiu o pilar ideológico e o fundamento do movimento modernista brasileiro, quebrando com os padrões estéticos e culturais estabelecidos. Ao defender a possibilidade de construir um nacionalismo crítico, fundamentado nas experiências europeias, mas reinterpretado à luz da realidade brasileira, os artistas modernistas propunham uma devolução transformada de elementos culturais, visando a construção de uma identidade nacional autêntica. Essa ruptura representou um paradigma na produção artística e literária, marcada pela experimentação e pela superação do formalismo.

O Manifesto Antropófago de Oswald de Andrade pretendeu inaugurar uma produção artística verdadeiramente nacional, mesmo que para isso fosse necessário canibalizar os colonizadores. "Tupi, or not tupi: that is the question". Dessa forma, a

⁷³⁵ ANDRADE, Oswald. Manifesto Antropofágico. **Revista de antropofagia**, São Paulo, ano 1, n.1, maio, 1928.

⁷³⁶ BERNSTES, Luísa Giuliani. O ofício do professor e sua repercussão no modo-de-ser antropofágico da Crítica Hermenêutica do direito. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). **Um tributo a Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, de Lenio Streck – 25 anos depois**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p.128.

arte moderna, tal como defendida pelos antropófagos, passaria a transcender os padrões e as institucionalidades estéticas vigentes, abrindo caminho para novas formas de expressão. Essa concepção encontra eco no discurso de abertura da Semana de Arte Moderna, proferido por Graça Aranha. Segundo o artista, a arte:

É a realização da nossa integração no Cosmos pelas emoções derivadas dos nossos sentidos, vagos e indefiníveis sentimentos que nos vêm das formas, dos sons, das cores, dos tatos, dos sabores e nos levam à unidade suprema com o Todo Universal⁷³⁷.

Ao desvincular a arte da noção tradicional de beleza, fundada em convenções sociais e históricas, Aranha propõe uma nova estética que valoriza a subjetividade e a experiência individual. A beleza, nesse contexto, não é um conceito pronto e imutável, mas sim uma construção cultural dotada de um determinado grau de relativismo. Essa concepção, defendida também por outros modernistas, serve como uma referência fundamental para que possamos compreender a atividade antropofágica. Ao valorizar a perspectiva do sujeito, a arte passa a abrir espaço para a pluralidade de interpretações e desafia as noções predefinidas de beleza e verdade.

A arte, ao representar a realidade, também nos revela aspectos da nossa própria condição humana. Ao proporcionar uma abertura não só para o que é, mas também para o que poderia ser ou poderia ter sido, confere êxito ao processo de descrição da realidade que, diante de seu caráter prescritivo, proporciona condições transformativas, sendo tal fenômeno, inegavelmente (e no mínimo), provocativo⁷³⁸. No âmbito de sua interação como direito, departamento que muitas vezes se apresenta como um sistema abstrato e distante da experiência cotidiana, essa característica se torna uma ferramenta poderosa para concretizá-lo, porque introduz elementos subjetivos e sensoriais na interpretação jurídica, ou seja, a arte contribui para uma compreensão mais humana e contextualizada do direito⁷³⁹.

⁷³⁷ ARANHA, Graça. A emoção estética na arte moderna. In: ANDRADE, Mario de; CARPEAUX, Otto Maria. **Modernismo** – do surgimento no mundo à explosão do movimento no Brasil. São Paulo: Faro, 2021.

⁷³⁸ BRUNER, Jerome. **Fabricando histórias: direito, literatura, vida**. São Paulo: letra e voz, 2014. P. 62.

⁷³⁹ O estudo do direito e Literatura no Brasil tem essa como uma de suas premissas. Poderia citar diversos autores, inclusive o professor Lenio Streck, que defendem essa “capacidade” da literatura/artes de ser uma ferramenta muitas vezes melhor que os manuais para a compreensão do direito. Optarei por fazer referência ao texto que apresenta de forma didática e clara as possíveis relações entre essas áreas do saber. Dessa forma, busco homenagear meu orientador de Trabalho de Conclusão de Curso, que é um dos expoentes do “direito e Literatura” no Brasil e que teve imensa influência na minha escolha pela trajetória academia. TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta de

Nesse sentido, o direito, assim como a arte, é uma construção humana, sujeita a interpretações e transformações. Ao reconhecermos essa “dimensão artística” do fenômeno jurídico, percebemos que ele também é produto da nossa capacidade de criar e transformar a realidade. A atitude antropofágica proposta pelo movimento modernista, portanto, não é limitada ao ato físico de comer, mas representa um processo de absorção e transformação, o qual, quando aplicado na interpretação do direito, tendo em vista a pretensão de universalidade que o legitima, para que produza sentido, precisa pretender-se, no mínimo, antirrelativista.

Devemos, então, para realizar qualquer antropofagia no âmbito da teoria do direito considerar a noção gadameriana de fusão de horizontes, segundo a qual a interpretação – qualquer uma, inclusive a jurídica – não é um ato isolado, mas um processo dialógico que envolve o intérprete, o texto e a tradição. As pré-compreensões do intérprete desempenham um papel fundamental na construção do significado. Ao mesmo tempo, o encontro com o texto provoca uma atualização dessas pré-compreensões, ampliando seu horizonte de compreensão⁷⁴⁰. No âmbito do direito, a antropofagia, ao incorporar elementos de diversas tradições jurídicas (ou não jurídicas) em diálogo, sempre, com a experiência dos sujeitos, potencializa esse processo de fusão de horizontes, enriquecendo a compreensão deste fenômeno.

Diante desse processo dialógico e dinâmico entre o intérprete e o texto, mais uma vez com suporte na noção gadameriana de fusão de horizontes, devemos ter em conta, que toda interpretação está enraizada em um contexto histórico e cultural específico, sendo impossível abstrair-se completamente das imposições da tradição. A atividade interpretativa, portanto, implica em uma constante negociação entre as nossas pré-compreensões e os sentidos presentes no texto, o que exige uma autoconsciência histórica por parte do intérprete. Em certo sentido, apresentei essa premissa como o ponto de partida para a construção de uma teoria do direito verdadeiramente pós-positivista e, ainda que de forma sucinta, a influência que a adoção dessa postura filosófica teria operado nas teorias de Lenio Streck e de Ronald Dwokrin.

Magalhães. **direito e Literatura**: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta; NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

⁷⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

Neste momento, retomo esse postulado como um dos pontos de partida para a adequada compreensão de uma “metodologia antropofágica” (intertextual) que postula traçar os limites do “lugar da palavra”. Seria impossível abordar esse tema sem mencionar Luis Alberto Warat, afinal, em sua obra (e a partir dela), através da proposta de transdisciplinaridade e subversão da dogmática jurídica tradicional, a “metodologia antropofágica” se manifesta de forma contundente e explícita, por exemplo, na obra “A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos”⁷⁴¹.

Ao estabelecer uma metáfora que confronta dois modelos de jurista: o racional e dogmático (Teodoro) e o marginal e desejoso (Vadinho), Warat estrutura narrativa da obra, que dialoga com a literatura e o cinema, subvertendo os padrões tradicionais da escrita jurídica e, mediante a articulação de ideias de forma poética, convida o leitor a uma reflexão crítica sobre a natureza da ciência jurídica. Esse estímulo waratiano ao senso crítico pela referência à literatura é uma das faces do agir antropofágico. Seria, inclusive, possível ficarmos restritos a essa contribuição, especialmente, ao abordar a leitura antropofágica oferecida pela Crítica Hermenêutica do Direito, porque Warat ele foi um dos mestres de Lenio Streck.

Contudo, me parece ser possível (e necessário) referir que o empreendimento teórico estruturado pela crítica waratiana surrealista e carnalizante, ainda que tenha como objetivo romper com tradições, estabelece alguns limites a interpretação. Warat, ao reportar-se à importância da intertextualidade na construção dos sentidos, não deixa de considerar o papel da contextualização histórica/cultural, nesse sentido, para o autor

a intertextualidade fica definida como um somatório de "culturalectos" que precisam ser identificados na medida em que funcionam como mecanismo de pressuposição dos enunciados - como uma prática estruturante, isto é, como um processo de produção dos sentidos. Gosto de chamar a esse território estruturante, a essa prática significativa ou atmosfera simbólica: lugar da palavra. Ela seria metaforicamente um espaço individual do qual emergem as enunciações. Com relação à intertextualidade, particularmente a situo como uma câmera de ecos que precisa ser sentida em uma dupla direção: como lugar de enunciação e como história. Enquanto história, ela é uma visão que permite encarar o saber na sociedade e a sociedade como saber. A intertextualidade é uma produtividade onde

⁷⁴¹ WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul: Fisc, 1985.

se operacionaliza a polifonia das significações. Trata-se, enfim, de uma matriz anônima, onde se dá o trabalho do significado⁷⁴².

Este limite retoma e evidencia a outra face da antropofagia do modernismo brasileiro: ao mesmo tempo em que absorvia diversas influências externas, buscava a construção de uma identidade cultural autônoma. Os maiores expoentes desse movimento priorizavam as formas de vida regionais, demonstrando que a antropofagia pode ser um instrumento para a afirmação da identidade, e não para a sua dissolução, de maneira semelhante à fusão de horizontes gadameriana. Nesse sentido, da mesma forma que Oswald de Andrade canibalizou Shakespeare – à moda dos tupis com os poderes coloniais – como forma de conceber uma arte genuinamente brasileira, uma teoria do direito genuinamente brasileira também pode (e deve) incorporar os avanços e progressos que autores estrangeiros.

Assim, como fizeram Oswald e Tarsila nas artes, a Crítica Hermenêutica do Direito parte de fundamentos filosóficos estrangeiros para inaugurar, respeitando o horizonte de sentido, ou seja, o nosso contexto, uma teoria jurídica adequada à modernidade tardia em que se insere o Brasil. A incorporação das ideias de Heidegger, Gadamer e Dworkin à construção de uma teoria jurídica brasileira, portanto, considera os contextos históricos e culturais específicos de cada autor e do próprio sistema jurídico nacional, visando identificar os elementos que podem ser adaptados e aqueles que demandam uma reelaboração mais profunda.

A construção de uma teoria jurídica nacional exige um processo de adaptação e transformação das ideias estrangeiras, de modo que elas possam responder às peculiaridades do contexto brasileiro, sendo, portanto, a sua incorporação indiscriminada, sem uma análise crítica e contextualizada, um equívoco metodológico. A antropofagia jurídica, nesse sentido, se apresenta como uma estratégia metodológica capaz de conciliar a pretensão de universalidade normativa do direito com a especificidade da realidade local que, tal como nos oferece Lenio Streck, deve reconhecer a distância temporal (Gadamer) entre o intérprete e a obra jurídica, bem como a distância espacial, decorrente das diferenças culturais e históricas entre as diversas formas de vida.

⁷⁴² WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: Warat, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade., (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 105.

A tarefa do intérprete, portanto, consiste em superar as barreiras linguísticas e culturais que separam as diversas formas de vida⁷⁴³, elemento que pode ser evidenciado a partir, por exemplo, da afirmação de Wittgenstein sobre a impossibilidade de compreender um cachorro que falasse nossa língua⁷⁴⁴; não apenas importando conceitos, mas, antropofagicamente, digerindo-os e transformando-os em algo novo e original.

A linguagem jurídica, como qualquer outra linguagem, está profundamente enraizada em uma determinada forma de vida, moldando os conceitos, as categorias e os valores que a compõem. Nesse sentido, ao propor a incorporação de elementos estrangeiros à tradição jurídica brasileira, o exercício antropofágico exige uma compreensão profunda das "formas de vida" envolvidas nesse processo. Ao interpretar um texto jurídico estrangeiro, o intérprete precisa estar atento às diferenças entre sua própria forma de vida e a forma de vida que gerou aquele texto. A fusão de horizontes, nesse contexto, implica em um diálogo entre diferentes "formas de vida", buscando identificar os pontos de convergência e divergência, a fim de construir uma interpretação que seja ao mesmo tempo "fiel" ao texto original e relevante para a realidade brasileira.

A importação indiscriminada de teorias jurídicas estrangeiras, sem considerar as especificidades do contexto brasileiro, como bem denunciada por Streck, reforça ainda mais a necessidade de desenvolver uma teoria do direito que seja capaz de dar conta dos desafios da interpretação jurídica no país. A partir de uma análise aprofundada da obra de autores como Heidegger, Gadamer e Dworkin, a Crítica Hermenêutica visa desenvolver uma teoria do direito que seja capaz de responder aos problemas genuínos da sociedade brasileira, sem perder de vista a importância da

⁷⁴³ "23. Mas quantos tipos de sentenças existem? Talvez asserção, pergunta e ordem? – Há inúmeros desses tipos: inúmeros tipos diferentes de emprego de tudo o que chamamos de "sinais", "palavras", "sentenças". E essa multiplicidade não é nada fixa, dada de uma vez por todas; mas novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, poderíamos dizer, passam a existir, e outros envelhecem e são esquecidos. (Nós podemos ter uma imagem aproximada disso nas mudanças da matemática.) A expressão "jogo de linguagem" deve enfatizar aqui que o falar de uma linguagem é parte de uma atividade ou de uma forma de vida.(...)" Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996 (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein). p. 35.

⁷⁴⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996 (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein). p. 201. Preciso mencionar que este exemplo é retirado da parte II (TS 234) do *Investigações Filosóficas*, sobre filosofia da psicologia, que foi excluída da obra a partir da sua 4ª edição. Essa exclusão é decorrente da grande discussão entre os editores, posto que a obra foi publicada após a morte do autor, acerca de suas intenções com a publicação do IF. Para uma compreensão adequada, ver SILVA, Filício Mulinari e. Sobre a "parte ii" das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein: das possíveis abordagens de leitura. **Synesis**, Petrópolis, v. 11, n. 1, p. 20-38, jan/jul 2019.

tradição jurídica e da construção de um saber jurídico próprio. A desconsideração dos aspectos históricos, políticos e sociais inerentes à produção jurídica estrangeira impede uma compreensão aprofundada desses conceitos e pode levar a distorções em sua aplicação, comprometendo a eficácia e a legitimidade das decisões judiciais e, dessa forma, de todo o direito.

Um exemplo prático do desafio antropofágico – já apontado por Lenio Streck há tempo⁷⁴⁵ – é a afirmação, como por diversos processualistas civis, de uma transição do sistema jurídico brasileiro, baseado no *civil law*, para um sistema fundado em precedentes, aproximando-se do sistema *common law*. Para esses autores, o fato da legislação pátria introduzir “precedentes” vinculantes, afastaria a precedência da legislação, instituindo um sistema de precedentes, como seria o caso nos países de tradição anglo-saxã. Em sua definição

Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria-prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem. Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios - isto é, vinculantes⁷⁴⁶.

Não bastasse a clara inconstitucionalidade que marca a tentativa de conferir caráter vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, atribuindo-lhes a função de interpretar e definir o sentido dos textos normativos, de modo que os demais juízes e tribunais estariam obrigados a seguir esses “precedentes” (independentemente de seu conteúdo), e limitando sua atuação à simples aplicação dessas decisões, ainda que contrárias à lei ou à Constituição⁷⁴⁷; tal tese é incoerente com o conceito de precedentes advindos da tradição do *common law*. Naquele contexto, “os precedentes

⁷⁴⁵ Nesse sentido ver STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodvim, 2021. e PRECEDENTES. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 343-350.

⁷⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.1005.

⁷⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodvim, 2021. p. 44.

não são construídos para, a partir de teses, vincular julgamentos futuros”⁷⁴⁸, muito menos se sobrepõe a lei.

Nesse sentido, veja-se o julgamento do caso *Jesinoski v. Countrywide Home Loans, Inc.* (574 U.S. 259)⁷⁴⁹, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão unânime relatada pelo Justice Antonin Scalia – conhecido por seu apego aos precedentes e filiação originalista, sobre este tema, inclusive, debateu com Ronald Dworkin –, conclui exatamente o oposto. O caso versou sobre uma lei federal norte-americana que simplificou o procedimento de rescisão de contratos de empréstimo, exigindo para tanto apenas a notificação do mutuante para ciência da intenção do mutuário de rescindir o contrato. O mutuário exerceu esse direito no limite do prazo legal por via extrajudicial – uma carta –, o que foi rejeitado pelo seu banco. Um ano após, o mutuário tentou novamente rescindir o seu contrato pela via judicial, tendo seu pleito indeferido, uma vez que o direito teria sido exercido fora do prazo de três anos referido anteriormente. Por essa razão, foi interposto recurso à Suprema Corte, que concedeu *certiorari* e aceitou decidir o caso.

Na decisão, a Suprema Corte afirmou que, muito embora a tradição secular do *common law* estabelecesse como requisitos para a rescisão contratual a devolução do objeto ou uma decisão judicial,

nada em nossa jurisprudência, nem nenhuma ferramenta de interpretação estatutária, exige que uma lei do Congresso seja interpretada como implementando seu análogo mais próximo da *common law*. Cf. *Astoria Fed. Sav. & Loan Assn. v. Solimino*, 501 U.S. 104-109 (1991). O claro significado da seção 1635(a) é que um mutuário precisa apenas fornecer notificação por escrito a um credor para exercer seu direito de rescisão. Na medida em que a seção 1635(b) altera o processo tradicional para desfazer tal transação rescindida unilateralmente, este é simplesmente um caso em que a lei estatutária modifica a prática da *common law*⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodvim, 2021. p. 22.

⁷⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Jesinoski v. Countrywide Home Loans**. Washington, 2015. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/574/259/>> Acesso em: 10 mai 2024.

⁷⁵⁰ Texto original “nothing in our jurisprudence, and no tool of statutory interpretation, requires that a congressional Act must be construed as implementing its closest common-law analogue. Cf. *Astoria Fed. Sav. & Loan Assn. v. Solimino*, 501 U. S. 104–109 (1991). The clear import of §1635(a) is that a borrower need only provide written notice to a lender in order to exercise his right to rescind. To the extent §1635(b) alters the traditional process for unwinding such a unilaterally rescinded transaction, this is simply a case in which statutory law modifies common-law practice.” Cf. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Jesinoski v. Countrywide Home Loans**. Washington, 2015. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/574/259/>> Acesso em: 10 mai 2024.

É por essa razão que não basta apenas “importar” uma doutrina jurídica estrangeira de forma acrítica e descontextualizada. Ao interpretar “soluções” estrangeiras, devemos considerar (levar a sério) o contexto em que ela está inserida e, também, as condições da nossa realidade. Não podemos aplicar teses à nossa realidade (local) sem compreender o contexto de onde foi importada, nem as demandas inerentes à nossa realidade. Por isso o exercício antropofágico é essencial. Tomando isso em conta, a Crítica Hermenêutica do Direito surge como uma proposta antropofágica da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer, articulada com interpretativismo de Dworkin para uma teoria da decisão judicial (ou do direito) aplicável ao Brasil.

Em um primeiro momento, a estruturação de uma “resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”, intenta demonstrar a incompatibilidade entre “esquemas interpretativos-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos” e a interpretação do direito no Estado Democrático de direito. Nesse sentido, se constitui como oposição a proposta Habermasiana de que a (única) resposta correta não depende de seu conteúdo, mas da adequação do discurso de aplicação em relação à norma previamente validada (exame contrafático), ou seja, para Streck, será resultado de “uma decisão cuja racionalidade não depende do fundamento racional da norma que deve ser aplicada, uma vez que essa problemática já estará resolvida em um discurso distinto e anterior, que é o discurso da validade da norma. A norma mais apta estará previamente dada, a partir dos requisitos estabelecidos pela teoria do discurso para a obtenção da validade da norma aplicável”⁷⁵¹.

Para Lenio Streck esse “ideal de norma perfeita” é metafísico, porque pretende “capturar a essência das coisas a serem designadas a partir da análise contrafática”⁷⁵². Ainda que os intérpretes seguissem todos os requisitos procedimentais expostos na teoria de Habermas, poderiam formular diferentes respostas para a questão posta, na medida em que a validade/correção se dá pelo

⁷⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 361.e 362.

⁷⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 362.

procedimento, o qual seria incapaz de dizer qual seria a “melhor” resposta⁷⁵³. Essa possibilidade de articulação de várias respostas se constitui a partir da cisão entre interpretação e aplicação, que é explicitada por Streck no seguinte questionamento

se a resposta de determinado caso se dá a partir de uma adequação de uma situação concreta a um discurso de validade e se este se constrói a partir de “condições quase ideais”, depois de esgotadas “todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição” e assim ficar “estabelecida a aceitabilidade dela”, *a questão que se coloca é: como antever as possibilidades de aplicação, se o discurso de fundamentação é prévio e as situações de discussão são “quase ideais”?*⁷⁵⁴

A hermenêutica filosófica, como referi no desenvolvimento deste trabalho, no entanto, impõe a impossibilidade de cisão entre o ato de aplicar e o ato de fundamentar porque na aplicação já está presente a fundamentação. “Ambos – fundamentação (ou se se quiser, a justificação) e aplicação – operam a partir de um mesmo lugar: do modo-de-ser-no-mundo, que é impossível esconder”⁷⁵⁵. A atribuição de veracidade aos enunciados justificada no “acordo potencial de todos os outros” desconstitui a substancialidade (conteudística) e, portanto, não é ontológica porque a linguagem, nesse modelo, pode ser manipulada pelos participantes⁷⁵⁶. A impossibilidade do intérprete atribuir sentidos (e chegar a múltiplas respostas) diferentes daqueles expressos no “conteúdo/substância” das normas remonta a discussão sobre a relação entre texto e norma (sentido do texto). De acordo com Streck, uma cisão entre eles abriria espaço para o subjetivismo, enquanto uma identificação (colagem) respaldaria um formalismo de cunho objetivista, razão pela qual entre texto e norma há uma diferença (ontológica), porque os sentidos são temporais, ocorrem na incidência do tempo⁷⁵⁷. Essa articulação é um dos grandes diferenciais da Crítica Hermenêutica do Direito, como bem observa Streck

⁷⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 365.

⁷⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367

⁷⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367.

⁷⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 367-368.

⁷⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

quando trabalho a *diferença* entre texto e norma, não estou me referindo a um texto (enunciado linguístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na “realidade”), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei etc.). Nos pressupostos aqui tratados, texto e norma *não são* coisas separadas (cindidas estruturalmente). Texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro. E não é tarefa do intérprete “extrair um sentido oculto do texto”, como defendem algumas posturas axiológicas. Não! Definitivamente, não! Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras concepções hermenêuticas –, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos “sem coisas”⁷⁵⁸.

A interpretação de um texto (fato) não se limita a reprodução dos sentidos que nele estão contidos, mas está vinculada a facticidade em que se insere o intérprete, sem que sejam desrespeitados os conteúdos de base do texto (que sempre dizem algo). Isso significa que os textos já trazem em si um compromisso, o qual regula qualquer enunciado relativo a ele. O “como hermenêutico” (esse compromisso) é que fundamenta o nosso modo prático de ser-no-mundo. Nas palavras de Streck

Esse modo de ser-no-mundo já é sempre uma dimensão de mundo que nos determina e que trazemos conosco. “*Ser-no-mundo*” é uma dimensão que é, ao mesmo tempo, hermenêutica e apofântica. Ou seja, a partir da diferença ontológica é impossível cindir o elemento hermenêutico do elemento apofântico. É nessa diferença que se dá o sentido, donde é possível afirmar que a incindibilidade do “como hermenêutico” do “como apofântico” é a garantia contra a atribuição arbitrária de sentidos assim como a atribuição de sentidos arbitrários⁷⁵⁹.

Nesse sentido, não podemos considerar os textos (eventos) e suas interpretações sem que antes já tenhamos lhe atribuído (nosso) significado, o que se dá em virtude de sua aplicação (*applicatio*) concreta ou imaginada. Este é, inclusive, para Streck, o fundamento da coerência e da integridade do direito, incompatível com a concepção de que “o universal possui uma existência autônoma, sendo, como tal, plenamente cognoscível”⁷⁶⁰. No entanto, o autor rechaça⁷⁶¹ interpretações

⁷⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

⁷⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 371.

⁷⁶⁰ O autor, neste ponto, faz referência à obra *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, de Ian Schapp.

⁷⁶¹ Streck também se opõe as teorias realistas/axiológicas que, me parece, implicariam na concepção que separa texto e norma admitindo a tese metafísica de que os conceitos podem ser constituídos em

normativas-objetivistas (causal-explicativas), que entificam a Constituição porque elas “tratariam o fenômeno jurídico por intermédio de suficiências ônticas”⁷⁶², o que, por sua vez, poderíamos associar à uma espécie de “naturalismo da linguagem”, que atribuí ao intérprete o papel de “extrair” do texto seu sentido imanente (como se o texto carregasse, de forma reificada, o seu próprio sentido)⁷⁶³.

O sentido da Constituição (texto), ao contrário de representar uma suficiência ôntica, só pode só “acontecer” (ser compreendido) a partir do “ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais”⁷⁶⁴. Dessa forma, adequada aplicação da Constituição, para Lenio Streck, depende de compreendermos a Constituição como Constituição, o que se dá quando

primeiro, a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida;

segundo, examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e por nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), damo-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional);

terceiro, constatamos que os direitos fundamentais sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm;

quarto, compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social);

quinto, percebemos que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade;

sexto, percebemos que a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que “toma” lugar no mundo social-jurídico,

abstrato (discursos de justificação acerca da validade a partir do princípio “U?”), independentemente das coisas às quais se referem, com o que os sentidos seriam acopláveis às “coisas ainda sem sentido”. Cf. VC 373. Como minha proposta é trabalhar as relações e divergências “hermenêutica” de Streck e Dworkin em suas formulações acerca de respostas corretas em direito, darei enfoque para a questão das interpretações normativistas-objetivistas nas quais, penso que estariam incluídas as considerações de Dworkin.

⁷⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 372.

⁷⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 372-373.

⁷⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 373.

estabelecendo um novo “dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição”; e, antes desta, outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, *mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição*⁷⁶⁵.

A apreensão adequada do sentido da Constituição (como Constituição) esclarece, então, que uma resposta será correta quando, depois do exame de coerência e integridade, estiver adequada à Constituição, ou seja, quando respeitar os limites hermenêuticos por ela impostos. Nesse sentido, a Constituição “muito embora [seja] fundamento *stricto sensu* da validade do sistema jurídico, não pode ser considerada uma categoria fundante, ou uma premissa maior, de que se possa (simplesmente) deduzir sentidos”⁷⁶⁶. Se assim fosse, e na medida em que estamos falando sobre a possibilidade de verdade na interpretação jurídica, ela assumiria uma dimensão metafísica (clássica), que, como mencionei do desenvolvimento dos primeiros capítulos deste trabalho, é incompatível com as imposições de justificação inerentes ao próprio paradigma do Estado Democrático de direito.

A “tradição” do Estado Democrático de direito, entendida como “consolidação de um modelo de constitucionalismo que transforma ou sustenta as transformações das sociedades contemporâneas”, impõe que a interpretação da Constituição implique na consideração do “conteúdo ético assumido pelo texto constitucional no plano deste paradigma”⁷⁶⁷. A justificação, que atribui valor de verdade à interpretação do direito, portanto, necessita de critérios racionais que possibilitem ao sujeito apropriar-se daquilo que compreende (pela tradição). Lenio Streck irá apresentar uma leitura hermenêutica do princípio da integridade (como virtude política, como proposto por Dworkin, como sendo este critério. Nas palavras do autor

Portanto, nossa estruturação de sentidos – na busca da resposta a determina- do problema jurídico – deve obedecer a uma integridade que, segundo Dworkin, é algo como uma terceira virtude percebida em uma comunidade política, ao lado da justiça e da equidade (ele a coloca ao lado, também, do “devido processo legal (...) No plano da hermenêutica, a integridade equivale ao respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial

⁷⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 374.

⁷⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 377.

⁷⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 381.

especificidade: se queremos dizer algo sobre um texto (*que nunca é algo em abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico*), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição, fruto de um “contrato” pelo qual, para usar as palavras de Ost, fizemos promessas a nós mesmos⁷⁶⁸.

A reinterpretção da integridade oferecida pela Crítica Hermenêutica do Direito, conforme a proposta de Streck, cujo objetivo é demonstrar a veracidade das proposições jurídicas segundo um critério hermenêutico, se sustenta na

compreensão do fenômeno jurídico a partir da síntese hermenêutica da pré-compreensão do intérprete, que falará desde a sua intersubjetividade (integridade de sentidos). Se a verdade objetiva tinha um sentido ontológico (clássico), a verdade hermenêutica terá um sentido ontológico, resultante da diferença ontológica, em que ser e ente não estão cindidos (subjetivismo) nem colados (objetivismo)⁷⁶⁹.

Segundo o autor, isso se justifica na medida em que “o “conceito” de verdade está ligado à possibilidade de elaborar juízos autênticos (legítimos), que dependerão de nossa pré-compreensão. Se nos movemos no mundo a partir de nossa inserção em determinado paradigma, a compreensão (interpretação) que fazemos sobre o direito (para ficar na especificidade) dependerá dessa questão metodológica”⁷⁷⁰. Essa “inserção no mundo prático”, que impõe limites às interpretações subjetivistas, seria, segundo Streck, o ponto de aproximação entre a hermenêutica filosófica e a teoria de Dworkin.

A integridade que, para Dworkin, conduziria a interpretação, por meio da justificação, para a (única) resposta correta, de acordo com a abordagem expressamente alinhada à hermenêutica filosófica adotada pela Crítica Hermenêutica do Direito, no entanto, é limitada pela Constituição, de maneira que a resposta correta será aquela que foi melhor justificada em conformidade com a norma constitucional. Nos termos do autor

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 882.

⁷⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 384.

⁷⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 384

Para diferenciarmos minimamente as duas teses, há que se dizer que uma é feita para o common law e a outra para o civil law. A de Dworkin tem a hermenêutica filosófica implícita. A minha é explícita e agrega Dworkin. Há muitas parecenças entre Dworkin e Gadamer, como venho explicando de há muito. Veja: eu não estou dizendo – e nunca disse – que Dworkin é gadameriano. Sempre disse que há coisas em comum e existem algumas coisas que Dworkin buscou em Gadamer. Há apenas duas menções de Dworkin a Gadamer. Mas o conceito de direito de Dworkin se aproxima sobremodo da hermenêutica. A coerência e a integridade têm relação com a tradição e a autoridade da tradição propostas por Gadamer⁷⁷¹.

Dworkin e Gadamer, cada um ao seu modo, cada um à sua maneira, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não-relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão (a principal delas é a incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por Dworkin como por Gadamer). (...)

Dworkin demonstra, em *O Império do direito*, como ele mobiliza a identificação das práticas jurídicas com sua leitura sob a melhor luz, atendendo na decisão a uma adequação institucional e a uma melhor justificativa substantiva (...).⁷⁷²

Cada tomada de decisão deve se articular ao todo coerente do direito, mantendo uma consistência com os princípios constitutivos da comunidade. Dworkin se compromete com decisões judiciais corretas por intermédio da coerência e integridade normativas.

Em relação ao que eu digo, Dworkin coloca a questão da resposta correta como one right answer, traduzida por muitos como única resposta certa. Eu digo que o que devemos buscar é “a” resposta correta, nem a única, nem uma entre várias. A melhor interpretação. Eis, então, uma questão relevante: o papel da Constituição e sua força normativa. Dworkin não pensou em uma Constituição como a nossa. Por isso, por aqui é até mais fácil fazer a reconstrução da história institucional e fazer a parametricidade constitucional⁷⁷³.

A antropofagia realizada por Streck da tese da resposta correta, analisada sob o prisma das imposições contextualizadas do constitucionalismo contemporâneo, parte da impossibilidade da cisão entre fato e norma, de aplicar e interpretar, ao

⁷⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 61.

⁷⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 62.

⁷⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 64.

mesmo tempo que considera as especificidades do nosso sistema jurídico (*civil law*). Quando sustenta sua teoria no antirrelativismo filosófico das teorias de Dworkin e Gadamer, engole o estrangeiro para devolver ao contexto brasileiro a possibilidade/necessidade de respostas (interpretações) corretas. Isso porque, conforme referido anteriormente, a necessidade de controle das decisões judiciais (interpretações do/no direito), para Lenio Streck, deriva da viragem linguística operada pela hermenêutica filosófica. Este seria, inclusive, um dos pontos apontados por ele como aproximação entre Gadamer e Dworkin quando, por exemplo, ele refere

A dificuldade na tradução apofântica da integridade se deve ao fato de que o fenômeno chamado por Dworkin de integridade é um fundamento não metafísico, longe de um “princípio epocal” (*inconcussum veritatis*). A integridade pode ser traduzida como um existencial, portanto. Eis, assim, a relação de Dworkin com o substancialismo. Veja-se, nesse sentido, a preocupação metódica de Dworkin, percebida quando ele tenta descrever os passos de Hércules, exigindo a colocação desse elemento entre o acontecer e o acontecido. Desse modo, a integridade foi colocada por ele entre o acontecer e o acontecido, tentando justificar esse último. No fundo, a virtude não é ela, porque, a rigor, não há nada entre o acontecer e o acontecido, mas sim o “estar aberto a ela”. O existencial seria, então, o que ele tenta explicar com a virtude da integridade, e não a integridade em si. Daí a alusão a Netuno, um planeta que foi descoberto “antes de ser visto”. Por isso, é razoável concluir, em Dworkin, que o modo como ele demonstra a presença da integridade a traduz como um “existencial”, cuja ausência de descrição apofântica (ôntica) nos angustia. E essa angústia é a todo momento refletida por ele⁷⁷⁴.

Essa aproximação, no entanto, deve ser analisada com cautela por (pelo menos) dois motivos: primeiro porque não é unânime, como bem refere Streck⁷⁷⁵; e, segundo, porque pode implicar em um ônus capaz de descaracterizar a teoria de Dworkin que, como acredito tenha se percebido até aqui, é bastante original e, conforme o próprio autor afirma, nenhuma das tentativas de classificações se adequa de forma exata ao interpretativismo, “porque todas estão eivadas da assunção errada de que existem questões filosóficas importantes sobre o valor que não devem ser respondidas com juízos de valor”⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 386.

⁷⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 155.

⁷⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 23.

De qualquer modo, a classificação/leitura do interpretativismo como não causal e, portanto, ontológico também é sustentada por Stavropoulos na enciclopédia de Stanford, quando afirma que

o interpretativismo é uma tese sobre a explicação fundamental ou constitutiva dos direitos e obrigações jurídicas (poderes, privilégios e noções correlatas) ou, resumindo, sobre os fundamentos do direito (*grounds of law*). Em sentido relevante, alguns fatos fundamentam outros quando o segundo obtém em virtude do primeiro; e a relação entre dois fatos é explicativa em um senso de determinação constitutiva não causal, metafísico⁷⁷⁷.

De maneira semelhante, ao abordar a teoria da interpretação de Dworkin, refere Francisco Borges Motta

a interpretação não é algo que se dá em abstrato, não é uma atividade que possa se desenvolver independentemente de se selecionar um gênero interpretativo particular e concreto. Dworkin ilustra esse argumento com um exemplo: suponha que você seja chamado a interpretar o significado de manchas de luz coloridas, projetadas numa parede. Você não conseguiria sequer começar a interpretar essas manchas sem que fizesse algumas suposições prévias a respeito delas. Você teria de decidir, exemplificativamente, se vai tratá-las como uma mensagem extraterrestre, como uma luz projetada por um artista, ou como alguma outra manifestação, criada de outro modo ou com outro propósito. Somente então - segue o autor norte-americano - você conseguira começar a construir uma interpretação. Ou seja, você precisaria selecionar um gênero interpretativo antes mesmo de conseguir começar a interpretar (você interpreta algo "como" algo!)⁷⁷⁸.

Também, Lenio Streck

no paradigma da linguagem pressupõe uma certa "objetividade", que nada mais é do que o reconhecimento da facticidade (por isso é que se pode falar em ontologia da facticidade, ou em hermenêutica da facticidade). A hermenêutica (fenomenologia hermenêutica) é uma cadeira que se assenta entre o objetivismo e o subjetivismo (Stein). Nem uma *adequatio intellectum et rei*, nem uma *adequatio rei et intellectum*. Em uma linguagem heideggeriana, o ser não é um ente: ele só existe para dar sentidos aos entes - que, se tornam assim

⁷⁷⁷ Texto original "Interpretivism is a thesis about the fundamental or constitutive explanation of legal rights and obligations (powers, privileges, and related notions) or, for short, about the grounds of law. In the relevant sense, some fact grounds another when the latter obtains in virtue of the former; and the relation between the two facts is explanatory in a non-causal, metaphysical sense of constitutive determination" STAVROPOULOS, Nico. LEGAL INTERPRETATIVISM. In: ZALTA, Edward Z. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>. Acesso: mai 2024.

⁷⁷⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 174.

presentes. O ente, portanto, não é algo em si, assim como o ser também não pode ser visto: o sentido se dá. Ele exsurge. E isso é assim por causa da diferença ontológica. Dworkin trata do objetivismo moral a partir da tese de que há coisas consolidadas pela tradição. O que ele chama de objetividade deve ser entendido como o sentido consolidado pela tradição (autêntica) de uma dada sociedade. Pois quando dizemos que algo é (por exemplo, uma árvore), isso não quer dizer que sejamos objetivistas, somente porque uma árvore é uma árvore em qualquer lugar. O hermeneuta poderá dizer que uma árvore é uma árvore em face de (ou do) a priori compartilhado. E esse é o caso de Dworkin quando fala do objetivismo dos juízos morais⁷⁷⁹.

De maneira menos enfática, Ziel Ferreira Lopes, ao enfrentar o possível fundamento metafísico que sustenta a “existência” de direitos nos ordenamentos jurídicos, refere que Dworkin “está tentando imitar a estratégia “quietista” de John Rawls, está empregando o termo metafísica num sentido comum ao debate filosófico americano, como algo que gera comprometimentos ontológicos”⁷⁸⁰. Contudo, a premissa compartilhada pelos autores acima referidos (e por mim) de que o interpretativismo de Dworkin, especialmente no que se refere à sua teoria do direito (direito como integridade), quando almeja objetividade estaria fundamentado num “a priori compartilhado”/ontológico, é negada pelo professor Thomas Bustamante. Nesse sentido, referem Gomes e Rosa

como afirma Thomas Bustamante, a concepção do direito como integridade em R. Dworkin não depende de, nem guarda qualquer relação possível com, nenhuma metafísica. Se, por um lado, a concepção do direito como integridade rejeita o mero subjetivismo e a pura discricionariedade que emerge como seu corolário, ela não requer, por outro lado, nenhum resseguro ontológico para a objetividade por ela pretendida: é no interior de nossas práticas de pensamento e comunicação linguística que essa objetividade - que não é dada *a priori* - se constrói.⁷⁸¹

Antes de apontar e tentar enfrentar os fundamentos apresentados por Bustamante para justificar à sua crítica ao conceito de “interpretativismo jurídico” defendido por Stavropoulos – é nesse contexto que ele enfrenta a questão da

⁷⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Apud* MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 167.

⁷⁸⁰ LOPES, Ziel Ferreira. Onde habita o juiz hércules? uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese (doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2020., nr. 71, p. 44.

⁷⁸¹ GOMES, David; ROSA, Leandro Gomes Penteado. O maior desafio: pragmatismo e personificação. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 112.

ontologia –, preciso mencionar que a noção de que o interpretativismo não precisaria de qualquer “resseguro ontológico”, “dado *a priori*”, parece desconsiderar que a virada linguística operada pela filosofia hermenêutica justamente esta fundamentada na desconstrução da concepção de verdade (objetividade) como adequabilidade. O desvelar hermenêutico (existencial) é produto da interpretação contextualizada e intersubjetiva, que, diante do círculo hermenêutico, uma vez inserido o sujeito no ato interpretativo, não há como pensar em uma objetividade “dada” anteriormente ao compreender do sujeito, cuja linguagem (*a priori*) compartilhada impõe restrições, mas não “objetifica” a interpretação. A possibilidade de “construir” uma interpretação que não seja subjetivista/arbitrária se dá exclusivamente diante desse limite ontológico que reside na linguagem compartilhada.

Feita essa ressalva em relação ao que devemos considerar como ontológico, que é muito diferente da ontologia proposta pela metafísica clássica, precisamos conhecer quais os fundamentos apresentados por Bustamante para evitar a definição de interpretativismo jurídico trazida na enciclopédia de Stanford. Segundo o autor,

A definição de Stavropoulos de “interpretativismo jurídico” deve ser evitada por quatro razões. Primeiro, é incapaz de distinguir a Tese do Sistema Único, comumente defendida por Dworkin e Greenberg, da Tese Interpretativa, que é a visão que Dworkin defende sobre como quaisquer normas morais são determinadas; segundo, é apresentado como uma tese metafísica ou uma ontologia geral do direito, e esta não é a posição apoiada por Dworkin, que pensa que a interpretação jurídica é necessária apenas enquanto estivermos considerando um conceito doutrinário de direito; terceiro, assume uma precedência da moralidade em relação ao direito, o que é impreciso uma vez que lemos o direito e a moralidade como um sistema normativo único; e, finalmente, o conceito de “interpretativismo jurídico” de Stavropoulos nada diz sobre como as verdades morais são resgatadas e o raciocínio moral é conduzido⁷⁸².

Acerca das considerações elencadas, penso que, como referi ao encerrar o capítulo sobre o conceito de direito, Dworkin, ainda que afirme que o direito seria um ramo da moral, não iguala os dois campos no que diz respeito à sua justificação. Argumentos morais e argumentos jurídicos possuem dimensões diferentes. Quando Dworkin articula um “método” para adequar a interpretação construtiva “ao estudo do

⁷⁸² BUSTAMANTE, Thomas. Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian Response to Mark Greenberg’s Moral Impact Theory of Law. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Ontario, v. 32, Issue 1, p. 5-43, 2019. p. 5.

direito enquanto prática social”⁷⁸³, define um momento “pré-interpretativo”, em que “são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”⁷⁸⁴. Dessa forma, mesmo que esteja inserida no mesmo sistema normativo (moral), a justificação de enunciados do direito deve considerar a especificidade desta prática⁷⁸⁵ e, ainda que seja impossível considerar que esta fase pré-interpretativa como neutra, somente em um segundo momento é que as questões de valor (moral) devem ser consideradas na justificação (ou não) da prática interpretada. O que, como refere Dworkin, afeta a tarefa do intérprete da seguinte maneira

Ela [atividade interpretativa] precisa de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática, a fim de definir os dados brutos de sua interpretação na etapa pré-interpretativa; a atitude interpretativa não pode sobreviver a menos que membros da mesma comunidade interpretativa compartilhem, ao menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses a propósito disso. Ela também precisará de convicções sobre até que ponto a justificativa que propõe na etapa interpretativa deve ajustar-se às características habituais da prática, para ter valor como uma interpretação dela e não como invenção de algo novo. (...) Uma vez mais, não pode haver uma disparidade muito grande entre as convicções de diferentes pessoas sobre tal adequação; só a história, porém, pode nos ensinar o que deve ser visto como excesso de discrepância. Finalmente, essa pessoa vai precisar de convicções mais substantivas sobre os tipos de justificativa que, de fato, mostrariam a prática sob sua melhor luz, e de juízos sobre se a hierarquia social é desejável ou deplorável, por exemplo. Essas convicções substantivas devem ser independentes das convicções sobre adequação que descrevemos há pouco; do contrário, estas últimas não poderiam exercer coerção sobre as primeiras, e, ao final, a pessoa não poderia distinguir entre interpretação e invenção. Mas, para que a atitude interpretativa floresça, essas convicções não precisam ser tão compartilhadas pela comunidade quanto a noção do intérprete acerca dos limites da pré-interpretativa, ou mesmo quanto a suas convicções sobre o devido grau de adequação⁷⁸⁶.

O “resseguimento ontológico” da teoria da interpretação de Dworkin encontra-se, então, fase pré-interpretativa. Ainda que em relação aos conceitos interpretativos – como são, por exemplo, os de direito e justiça – não existam regras/critérios

⁷⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 81.

⁷⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.81.

⁷⁸⁵ Fazendo uma analogia à arte, Dworkin refere que nesta fase “o texto de Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances”. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.81.

⁷⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 83-84.

semânticos para definir seu uso apropriado⁷⁸⁷, existem explicações históricas que demonstram a continuidade de uma determinada instituição, ainda que ela tenha sofrido mudanças e adaptações⁷⁸⁸. Nesse sentido, Dworkin aponta para a importância dos paradigmas como requisitos para a interpretação de determinado conceito, pois estes devem ser “tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático”⁷⁸⁹. No entanto, devemos observar que, mesmo considerados como referência, “nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”⁷⁹⁰.

Percebe-se, pois, que os limites da prática interpretativa não são nem precisos, nem seguros, pois a fase pré-interpretativa também exige interpretação e justificação. Contudo, esclarece Dworkin ao abordar conceitos interpretativos mais complexos como o de justiça

Compartilhamos a mesma percepção pré-interpretativa dos limites aproximados da prática na qual nossa imaginação deve exercitar-se. Usamos essa percepção para distinguir as concepções de justiça que rejeitamos, ou mesmo deploramos, das posições que não consideraríamos concepções de justiça mesmo que nos fossem apresentadas como tais. Para muitos de nós, a ética libertária é uma teoria da justiça sem atrativos. Mas a tese de que a arte abstrata é injusta não é nem mesmo carente de atrativos; é incompreensível enquanto teoria da justiça, pois nenhuma exposição pré-interpretativa competente da prática da justiça engloba a crítica e a avaliação da arte⁷⁹¹.

Quando refere as concepções que os filósofos defendem no âmbito das teorias da justiça, Dworkin é enfático “Não há nada neutro nessas concepções. Elas são interpretativas mas há nelas compromisso, e é deste último que, para nós, provém seu valor”⁷⁹². Me parece, portanto, equivocada a afirmação de que a interpretação do conceito de direito deva ser desvinculada de um “nível ontológico”. Em verdade, me

⁷⁸⁷ No caso da discussão se o romance Moby Dick é um livro ou um folheto esses critérios são possíveis. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 84.

⁷⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 85.

⁷⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 88.

⁷⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 89.

⁷⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 92-93.

⁷⁹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 93.

parece, inclusive, que a necessidade de articulação de justificativas que considerem o valor da prática interpretada decorra deste nível posto que, ainda que possamos divergir sobre qual a concepção que a ela melhor se ajusta, devemos considerá-la como/a partir de uma prática comum. Veja-se que, ainda que eu tenha referido anteriormente a necessidade de “separar” os projetos dos hermeneutas daquele desenvolvido por Dworkin, não posso deixar de fazer menção expressa a uma “coincidência linguística”, nas palavras de Dworkin

O exercício [interpretativo] em questão é de descoberta, pelo menos neste sentido: descobrir qual ponto de vista das questões importantes que discutimos se ajusta melhor às convicções que, juntos ou individualmente, temos e conservamos a propósito da melhor avaliação de nossas práticas comuns⁷⁹³.

Quando abordei a questão da verdade no direito, apresentei brevemente o projeto filosófico de Heidegger dizendo que ele propõe uma definição de verdade não como adequação, mas como desvelamento. Mesmo que consideremos a existência de algum nível de diferença entre o sentido da palavra desvelar e descobrir na língua portuguesa, o que me parece que também acontece na língua inglesa com as palavras *discovery* e *unveil*, elas são consideradas palavras sinônimas⁷⁹⁴. Nesse sentido, o interpretação do direito que o autor propõe parte de um conceito “dogmático”, sendo, no entanto, a diferença que marca sua proposta daquelas defendidas pelos positivistas, a consideração de seu valor (moral), para que ele seja adequadamente compreendido impõe um exercício aspiracional (construtivo), que é comum a todos os conceitos interpretativos (direito, moral, justiça, cortesia etc)⁷⁹⁵.

Ademais, não podemos esquecer que Dworkin faz menção a Gadamer na obra *O império do direito*, como referido por Lenio Streck e utilizado por mim para adentrar na crítica ao arquimedeanismo. Necessário, então, explicitar que, em muitos aspectos,

⁷⁹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 108. Texto original: “For the exercise in hand is one of discovery at least in this sense: discovering which view of the sovereign matters we discuss sorts best with the convictions we each, together or severally, have and retain about the best account of our common practices”. In: DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 86.

⁷⁹⁴ Desvelar. 1. Mostrar(-se), retirando o véu que cobria algo; descobrir(-se). Cf. DESVELAR. DOGMÁTICO. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. [São Paulo]: Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/2NmM/desvelar-2/> Acesso em 10 mar 2024. *unveil verb* /an'veil/ 1. to **remove** a **veil** (from eg a face) trad. descobrir. Cf. UNVEIL. In: CAMBRIDGE dictionary. Inglês-português. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/unveil> Acesso em mar 2024.

⁷⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 411.

a teoria da interpretação jurídica de Dworkin compartilha, ainda que com especificações conceituais e ao seu próprio estilo expositivo, pressupostos hermenêutico-filosóficos desenvolvidos por Gadamer em “Verdade e Método”. Como sabemos, em sua célebre e paradigmática obra de 1960, Gadamer critica a hermenêutica (jurídica) de Emilio Betti e defende que a aplicação é apenas a outra face da compreensão de textos, ao invés de um momento segmentado e posterior à compreensão do significado, como propunha o italiano⁷⁹⁶.

Nesse sentido, destaca-se a ênfase de Dworkin ao momento da aplicação como determinante do significado dos conceitos jurídicos, morais e estéticos. Contudo, a menção mais direta a Gadamer encontrada na obra de Dworkin é realizada em uma extensa nota de *O império do direito*, em que o norte-americano, após repercutir a crítica de Gadamer a Dilthey, faz uma menção favorável à crítica de Habermas a Gadamer. Isso porque, de acordo com Gadamer, Dilthey, embora tenha contribuído de sobremaneira no sentido de destacar a necessidade de reflexão metodológica autônoma por parte das ciências do espírito em relação às ciências naturais, teria sido vítima do cientificismo de sua época e, com isso, caído na armadilha da consciência histórica que consegue se desvencilhar de seu contexto e olhar para os períodos históricos sob uma perspectiva neutra, objetiva, o que nos encaminharia ao historicismo. Em contraposição, o autor propõe sua hermenêutica filosófica como uma alternativa que não nega os efeitos da tradição no processo de compreensão da história e das ciências humanas como um todo, mas que, ao contrário, encara a determinação da tradição como uma condição positiva da interpretação⁷⁹⁷. Habermas, por sua vez, acusa Gadamer e a sua hermenêutica filosófica de ser complacente com a tradição, limitando a possibilidade de crítica à ideologia⁷⁹⁸.

Na nota de *O império do direito* em que Dworkin faz referência direta a este debate, entre hermenêutica e teoria crítica, como mencionei, o autor parece ser

⁷⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 483-487.

⁷⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 498.

⁷⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987. Para aprofundar esse debate, ver TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 2006. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006.

favorável à crítica de Habermas⁷⁹⁹. No entanto, sua manifestação nesse trecho pode ser interpretada como contraditória com o que o próprio autor subscreve no corpo do texto acerca da hermenêutica filosófica, onde, aparentemente, reconhece acertadamente que a hermenêutica filosófica não deixa de ter consigo uma dimensão crítica à tradição, ainda que vislumbre seu papel determinante no processo interpretativo. Nos termos de Dworkin

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas⁸⁰⁰

Feitas tais considerações sobre a possibilidade de aproximação entre a hermenêutica filosófica e a tese de Dworkin (especialmente no tocante à sua teoria do direito), é necessário que enfrentemos o segundo problema que anunciei ao abordá-la. Em muitos momentos a aposta em uma leitura “estritamente” hermenêutica pode acabar descaracterizando o projeto interpretativo de Dworkin (unidade do valor). Da mesma forma, ler a Crítica Hermenêutica do Direito à luz do integrativismo pode resultar na violação da autonomia do direito, que, “antes de tudo, funciona como uma blindagem contras as próprias dimensões que o engendra(ra)m”, sendo, portanto, para Streck, condição *sine qua non* da democracia. Até aqui apresentei as relações e convergências entre as teses de Lenio Streck e Ronald Dworkin. Na próxima seção, buscarei demonstrar que, ainda que a Crítica Hermenêutica do Direito e o direito como integridade compartilhem um ponto de partida e de chegada, suas teses se sustentam

⁷⁹⁹ Como bem coloca Coelho, “Ao que parece, no debate Gadamer-Habermas, Dworkin toma o lado de Habermas no tocante à bilateralidade do aprendizado entre autor e intérprete, mas toma o lado de Gadamer no tocante à inultrapassabilidade da tradição, com a qual o intérprete mantém uma relação de pertença e afastamento, ajustamento e conflito, sem poder aspirar ao tipo de transcendência imanente que Habermas propõe que existe”. Não irei adentrar na questão de fundo desse debate que, segundo a leitura de Coelho, “Dworkin parece interpretar mal o debate entre os alemães, porque adere ao imanentismo contextualista de Gadamer apenas por considerar que toda transcendência requereria aquele ponto arquimediano que ele recusa; no entanto, mais adiante, quando admitir que, recuando das decisões aos princípios que as inspiraram, é possível ser fiel aos princípios sem ser fiel às decisões, Dworkin convidará exatamente ao que Habermas, no debate com Gadamer, chama de transcendência imanente”. No entanto, importante referir que a postura adotada por Dworkin em relação ao debate Habermas-Gadamer demonstraria que este não se filia à tradição hermenêutica, apenas a refere na medida em que são coincidentes. Cf COELHO, André Luiz Souza. Dworkin e Gadamer: qual conexão?. **PERI**, Florianópolis, v.6, n.1, p. 19-43, 2014.

⁸⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 74-75.

em argumentos que são em alguns pontos irreconciliáveis, de forma a impossibilitar a realização de uma leitura moral da teoria streckiana, sob pena de descaracterizá-la.

5.2. SUBSTANCIALISMO: A CRÍTICA HERMENÊUTICA É, ANTES, PAU-BRASIL

*Realizada essa etapa, o problema é outro. Ser regional e puro em sua época*⁸⁰¹.

A teoria do direito de Dworkin deve ser lida a partir da integração dos nossos valores morais, políticos e éticos como condição necessária da verdade⁸⁰². Sabemos que a integração total é impossível, nunca parecerá correta ou autêntica, “no entanto, quanto mais larga for a rede que podemos explorar, mais longe podemos levar esse projeto”, que se operacionalizará a partir da responsabilidade⁸⁰³ e culminará na afirmação de que “o valor tem verdade e que o valor é indivisível”⁸⁰⁴. Não retomarei os pontos em se sustentam essa tese, tendo em vista que já os apresentei nos capítulos anteriores como o autor emprega sua teoria da interpretação no âmbito da filosofia, da política e do direito. Algumas vezes, no decorrer deste trabalho referi expressamente que, pelo menos na minha leitura, não seria possível “categorizar” ou dividir o empreendimento teórico de Dworkin em fases. Essa asserção estaria justificada, até então, na medida em que, por exemplo, desde a obra *Levando os direitos a sério*⁸⁰⁵ é perceptível sua crítica contundente ao ceticismo político e moral.

⁸⁰¹ ANDRADE, Oswald. Manifesto pau-brasil. **Correio da Manhã**, Rio de Janeiro, n. 9.147, ano XXIII, 18 mar. 1924. Disponível em < <https://memoria.bn.gov.br/DOCREADER/docmulti.aspx?BIB=089842>> Acesso em set 2024.

⁸⁰² DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 17.

⁸⁰³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 200.

⁸⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 27.

⁸⁰⁵ Refiro especialmente os capítulos casos constitucionais, onde Dworkin afirma “O fundamento alternativo de um programa de moderação é uma teoria da deferência judicial. Ao contrário da teoria cética, essa teoria supõe que os cidadãos têm direitos morais contra o Estado, além dos que o direito expressamente lhes garante. Contudo, essa teoria assinala que o caráter e a força desses direitos são discutíveis, e afirma que instituições políticas, outras que os tribunais, são responsáveis pela decisão sobre quais direitos haverão de ser reconhecidos” ; e a justiça e os direitos, no qual propõe a leitura dos princípios de justiça articulados por Rawls segundo “O modelo construtivo [que] não pressupõe nenhum ceticismo ou relativismo. Ao contrário, afirma que os homens e as mulheres que raciocinam nos termos do modelo irão defender, com sinceridade, as convicções que os levaram a adotá-lo, e que essa sinceridade se é extensiva à crítica de atos ou sistemas políticos que agridem o que existe de mais profundo nessas convicções, por considerá-los injustos. O modelo não nega, assim como não afirma, a condição objetiva de nenhuma dessas convicções; é, portanto, compatível com a ontologia moral que o modelo natural pressupõe, ainda que, enquanto modelo de raciocínio, não a exija”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 217 e 253.

O leitor deve ter notado que até aqui fiz poucas referências a obra *Justiça para ouriços* enquanto expus, de forma compartimentada, os “ramos” do interpretativismo. Essa “estratégia” teve como objetivo evitar algumas controvérsias que, acredito, ficarão em evidência neste momento. O professor Ziel Ferreira Lopes expressou de forma precisa as questões que, de certa forma, posterguei o enfrentamento

Teria Dworkin exagerado no seu combate ao positivismo, traído seus pressupostos interpretativistas e se desviado para um novo tipo de jusnaturalismo? Na pior das hipóteses, alguém poderia ver nessa tese até mesmo a ruína do interpretativismo. Se todas as premissas que Dworkin estabeleceu ao longo dos anos levarem mesmo a essa conclusão, e se ela se mostrar uma má compreensão da relação entre direito e Moral, a teoria de Dworkin ficaria comprometida, mesmo em suas versões anteriores. Assim, o interpretativismo morreria ao ir longe demais na sua tentativa de provar que o direito não pode ser questão de pura convenção⁸⁰⁶.

Como pretendo demonstrar nesta seção é possível perceber incompatibilidades latentes entre a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, segundo a qual “não é possível conceber a possibilidade de uma “correção posterior” da validade jurídica por uma legitimidade externa, uma espécie de moral coletiva”⁸⁰⁷; e o interpretativismo de Dworkin, cujo “ápice ou desvio” é consolidado com a publicação do *Justiça para ouriços*. Passarei, então, a (re)apresentar alguns pontos de sua teoria do/sobre o direito conforme articulados naquela obra. Necessário, antes, reafirmar o que referi na seção anterior: ainda que algumas questões sejam inconciliáveis⁸⁰⁸, existem pontos de convergência que sustentam o diálogo entre as duas teorias.

⁸⁰⁶ LOPES, Ziel Ferreira. O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?. **direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 58, p. 460-480, jan./jun. 2021. p. 461.

⁸⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 509. Bem verdade que de acordo com a tese de Dworkin a “moral geral” não seria um fator externo de correção posto que não há uma divisão entre questões de primeira ordem (internas) e de segunda ordem (externas), como referi no capítulo sobre o conceito interpretativo de direito. Contudo, me parece necessário reforçar que o interpretativismo leva em consideração justamente “a integração é uma condição necessária da verdade” DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 17.

⁸⁰⁸ Essa impossibilidade de conciliação, até onde tenho notícia, não foi aprofundada por Lenio Streck, no entanto é referida desde a obra *Verdade e Consenso* quando ele afirma que a única resposta correta é um paradoxo: uma impossibilidade hermenêutica, sendo “assim, embora a proximidade das teses de Dworkin e Gadamer (em comum, entre outros pontos, o rechaço da distinção entre descrição e avaliação, em Dworkin, e o processo unitário da compreensão, em Gadamer), entendo que o diferencial em favor da hermenêutica filosófica – ou, melhor, na leitura que dela procuro fazer a partir da Crítica Hermenêutica do direito – reside na diferença ontológica, que nada mais é do que um axioma que comanda a antecipação de sentido (o texto só é no seu sentido, e o sentido só é no seu texto, fenômeno que se dá sempre em um mundo prático, ou, se se quiser, na situação concreta do caso jurídico). Cf.

Defender o conceito de direito como interpretativo, no modelo que propõe Dworkin, implica na assunção de que existem trunfos (direitos naturais – não metafísicos) que os cidadãos possuem contra o Estado independentemente de sua previsão legal⁸⁰⁹, o que decorre de uma concepção de rede integrada de valores que se sustenta, como vimos anteriormente, na justificação moral e interdependente dos princípios/valores políticos⁸¹⁰. Para Dworkin,

Dado que o conceito doutrinal de direito é um conceito interpretativo, qualquer análise desse conceito deve começar com a identificação das práticas políticas, comerciais e sociais nas quais esse conceito figura. Essas práticas implicam que as pessoas tenham, entre outros direitos políticos, direitos com uma característica especial: estes são direitos legais, porque podem ser impostos a pedido numa instituição política decisória, como um tribunal. Construímos uma concepção do direito - uma descrição das bases necessárias para suportar a reivindicação de um direito implementável a pedido desse modo -, encontrando uma justificação dessas práticas numa rede integrada mais vasta de valor político. Ou seja, construímos uma teoria do direito, da mesma maneira que construímos uma teoria dos outros valores políticos - da igualdade, da liberdade e da democracia⁸¹¹.

Essa concepção de teoria do direito se justifica porque, para o autor, o direito é um ramo da moralidade política, mas, ainda assim, distinto deste campo⁸¹². Devemos, para promover/reconhecer essa diferenciação, levar em consideração a institucionalização. Direitos morais pessoais, são diferentes de direitos políticos que, por sua vez, são diferentes dos direitos jurídicos (legais e legislativos⁸¹³). Estes últimos

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 394.

⁸⁰⁹ Este é o ponto que estrutura anteriormente, inclusive, a divergência com Rawls acerca do construtivismo kantiano. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 273.

⁸¹⁰ É possível perceber que este argumento também é basilar para o desenvolvimento dos conceitos, por exemplo, de democracia e justiça no âmbito de sua teoria.

⁸¹¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 413.

⁸¹² DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 414.

⁸¹³ Esclarece Dworkin, “os direitos legislativos são os direitos de os poderes legislativos da comunidade poderem ser exercidos de certa maneira: para criar e administrar um sistema de ensino público, por exemplo, e para não censurar a expressão política. Os direitos legais são aqueles que as pessoas podem exercer quando necessário, sem outra intervenção legislativa, em instituições decisórias que dirigem o poder executivo do xerife ou da polícia. (...) Os direitos legislativos têm de esperar pela sua vez; numa democracia, os humores da política determinarão que direitos legislativos serão exercidos e quando. Os direitos legais estão sujeitos a humores diferentes, mas, em princípio, permitem que os membros individuais da comunidade garantam aquilo que querem através de processos diretamente disponíveis. Os direitos legislativos, mesmo quando reconhecidos, não têm força imediata; os direitos legais, depois de reconhecidos, são imediatamente aplicáveis, quando necessário, através de instituições decisórias e não de instituições legislativas”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 414-415.

conduzem a compreensão (e estruturação) das teorias políticas – que tratam dos direitos legislativos – e do direito, que tratam dos direitos legais, mas que também acabam sendo teorias política porque devem estabelecer as condições em que “as pessoas adquirem direitos e deveres genuínos que sejam aplicáveis quando necessário”⁸¹⁴.

Para Dworkin, “nada há de misterioso ou de metafísico nesta forma de aplicar o direito à nossa estrutura [integrativa], não pressupõe forças emergentes. Nem – isto é fundamental – nega o caráter distinto das questões sobre o que é e o que deveria ser o direito”⁸¹⁵. Para esclarecer essa afirmação, o autor recorre ao exemplo da moral da família, posto que quando analisamos a “autoridade familiar”, considerando a sua história, não podemos dizer que este não seria um código moral, porque as razões para a “submissão” de um indivíduo à “tradição familiar” são essencialmente morais e estruturam a moral familiar. Se a autoridade (pai) violar esses princípios – por exemplo, impondo injustificadamente um padrão diferente – não só será algo surpreendente, como também injusto. Mesmo que seja reconhecida a especificidade da moral de cada família, baseamos nossas considerações a partir de princípios de moralidade mais geral, razão pela qual qualquer interpretação “recorre à convicção moral”⁸¹⁶.

Se este exemplo for transportado para o âmbito do direito, sua substância, que concerne à própria divergência entre positivismo e interpretativismo, deixa de ser conceitual, tomando, para o autor, forma política, isso porque

Um positivista político global necessitaria de argumentos que explicassem por que razão a justiça nunca deve ser levada em conta, quando se decide como é que o direito constitucional ou substantivo de uma comunidade política deve ser interpretado, e é difícil imaginar onde poderia arranjar esses argumentos. No entanto, um tipo de positivismo mais restrito e mais seletivo, defendido segundo bases políticas, pode parecer convincente para algumas pessoas. Um positivista pode afirmar, por exemplo, que os estatutos ambíguos ou vagos devem ser lidos da maneira que a legislatura que os adotou teria, muito provavelmente, decidido se se confrontasse com a escolha. Poderia dizer que fazer a interpretação depender assim de um teste histórico aumentaria a previsibilidade; que, embora esse teste não eliminasse a incerteza e a controvérsia, poderia reduzi-las substancialmente. Ou pode dizer que permitir que legisladores há muito eleitos decidam questões políticas, mesmo que

⁸¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 415.

⁸¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 416.

⁸¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 416-418.

contrafactualmente, é mais democrático do que confiar essas questões às sensibilidades morais de juizes contemporâneos não eleitos⁸¹⁷.

A contraposição a essa postura pode ser resumida a partir do enfrentamento proposto pelo autor ao dilema entorno da necessidade de aplicação de uma lei injusta, cujo exemplo é o dever de aplicação da Lei do Escravo Fugitivo que, embora “má”, era uma lei válida. Para Dworkin, o impasse seria esvaziado diante da adoção da postura integrada porque, de acordo com esta perspectiva, ele não estaria centrado na questão da validade e, portanto, da obrigatoriedade de aplicação, da lei, como defendem os partidários da divisão entre os sistemas do direito (neutro) e a moral (valorativa). O direito à decisão judicial baseado na integração dos sistemas não nega que os proprietários dos escravos possuíam o direito (moral) político de exigir seus escravos de volta, no entanto ele era “coberto por um trunfo (...) uma emergência moral”⁸¹⁸. Quando consideramos essa perspectiva “e vemos a lei como uma parte distinta da moral política, temos de tratar os princípios estruturantes especiais que separam a lei do resto da moral política como princípios políticos que necessitam de uma leitura moral”⁸¹⁹.

Segundo o autor, os constitucionalistas norte-americanos tem debatido a leitura dos princípios mais abstratos (liberdade de expressão e de religião, por exemplo) como princípios morais, no entanto, no que se refere a interpretação das cláusulas mais específicas do texto constitucional, elas costumam ser vista como dependente do contexto histórico e não de valores morais⁸²⁰. Contudo, esta seria uma postura compatível apenas com o modelo separado de sistemas porque para Dworkin – e assim ele encerra o capítulo sobre o direito:

a história parece muito menos relevante quando admitimos que a interpretação constitucional visa compreender melhor as palavras da Constituição como provisão para o governo justo. As circunstâncias do século XVIII eram totalmente diferentes daquelas que qualquer nação hoje enfrenta e, nessa altura, a prática era, em boa parte, regida por padrões morais e políticos que há muito rejeitamos. Por conseguinte, temos de fazer o nosso melhor, dentro dos limites da interpretação, para tornar a lei fundamental americana aquilo que o nosso sentido da justiça aprovaria, não porque tenhamos, por vezes, de comprometer a

⁸¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 418. Notas de rodapé suprimidas.

⁸¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 420.

⁸¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 422.

⁸²⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 423.

lei com a moral, mas porque isso é exatamente o que a própria lei, convenientemente compreendida, requer.⁸²¹

Portanto, podemos apontar para um primeiro ponto de incompatibilidade do interpretativismo com a Crítica Hermenêutica do Direito, que é a tese (defendida desde O modelo de regras II) de que a separação entre direito e moral em dois sistemas normativos diferentes não se sustenta porque “se o direito e a moral são dois sistemas separados, é uma petição de princípio supor que a melhor teoria descritiva do direito depende dessas questões morais. Implica que já tomámos uma posição contra o positivismo”⁸²².

Essa seria, no entanto, uma incompatibilidade parcial, tendo em vista que Lenio Streck subscreve a tese de Habermas sobre a cooriginariedade entre direito e moral, sendo, para o autor o direito e a moral

classes distintas – mas não cindidas – de normas que se complementam mutuamente, dirá Habermas. Há uma cooriginariedade que se transforma em complementaridade. Em outras palavras, trata-se de uma incindibilidade, que, no plano da hermenêutica filosófica, ocorre como uma diferença ontológica (*ontologische diffe- renz*). (...)

Veja-se: são exatamente as contingências históricas que fazem com que a moral se institucionalize no direito (mas sem servir de instrumento para legitimar uma busca de “valores” escondidos debaixo dos textos jurídicos). Essa institucionalização dá-se a partir da faticidade (ou, se se quiser, do *a priori* da faticidade). (...)

É nesse sentido que se dá a transição da moral para o direito. E essa transição somente poderia se dar a partir de uma intersubjetividade reconhecedora de direitos recíprocos na sociedade (veja-se que não é gratuito o nome do sujeito que domina o esquema sujeito-objeto na modernidade: o *Selbstsüchtiger*, o sujeito egoísta, o que “se basta”, o sujeito da consciência de si do pensamento pensante, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento). Melhor dizendo, essa transição – que ocorre pelo contingenciamento histórico – pode ser percebida pelo grau de preservação e garantia dos direitos sociais-fundamentais nas legislações democráticas construídas a partir do segundo pós-guerra.

Numa palavra, direito e moral possuem esse “ponto de estofo” (para usar uma expressão de Lacan) – que pode ser chamado de “cooriginariedade”, “complementaridade” ou “razão hermenêutica-estruturante-que-impede-a-cisão-entre-o-direito-e-a-moral” – porque

⁸²¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 424.

⁸²² DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 412.

o direito do Estado Democrático de direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não (mais) “sobrevive” como “território da convencionalidade jurídica” sem compromisso com a faticidade e a historicidade. A moral não é (mais) uma instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está nesse “ponto de estofo” referida “ao direito gerado democraticamente” e juridicamente institucionalizado⁸²³.

É possível perceber que existem algumas similaridades entre a concepção de Dworkin e de Streck, especialmente, no que se refere ao elemento “intersubjetivo” acerca dos padrões morais que conduzem ao reconhecimento de direitos fundamentais, os quais são institucionalizados a partir da Constituição. Dworkin, como vimos, não nega o reforço que a institucionalização atribui aos direitos morais e, inclusive, desde *Levando os direitos a sério*, assume que “a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema”⁸²⁴.

A fusão de questões jurídicas e morais instituída pelos textos constitucionais impõe o respeito a determinados padrões complexos de moralidade como, por exemplo, a igualdade. Este é, inegavelmente, um elemento comum entre as duas teorias. No entanto, também dele decorre sua diferença fundamental, que é o ponto de onde deriva a necessidade de controle das decisões judiciais (dever de dar respostas corretas)⁸²⁵. Para Streck, essa é uma questão vinculada ao compromisso inerente à uma “moralidade institucional”/pública, que é das imposições do paradigma do Estado Democrático de direito, o qual (somente) se “torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios – produzidos democraticamente – introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo”⁸²⁶.

⁸²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263-264.

⁸²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 166.

⁸²⁵ Essa é uma questão não somente relativa à aplicação do direito. Como é sabido, a integridade política tem a função de definir o conceito de direito, onde não só a questão da decisão judicial é importante, mas também a legislação posto que a “intenção” deste ideal é garantir a legitimidade do poder político estatal. Me restringirei a questão da decisão judicial pois acredito ser esta a temática basilar para a Crítica Hermenêutica do direito que não se propõe, ao meu ver, a ser uma teoria política enfrentando questões acerca da adequada forma de elaboração da leis e organização do Estado.

⁸²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99.

Ao contrário, para Dworkin, o dever de dar respostas corretas é decorrente da integração entre ética e política (entre o privado/pessoal e o público) que, ainda assim, são distintas uma da outra. Enquanto a moral é o estudo de como devemos tratar as pessoas, a ética é o de como viver bem⁸²⁷. A tese da unidade do valor imbrica a concepção de validade/legitimidade do direito, a partir do interpretativismo, a uma moralidade política substantiva, que justifica nossas obrigações. Para Dworkin, “tendemos para a moralidade da mesma forma que tendemos para outras dimensões do respeito próprio”⁸²⁸. Nesse sentido, o projeto interpretativo pretende encontrar “algum padrão ético - alguma definição do que é viver bem - que nos guie na nossa interpretação dos conceitos morais”⁸²⁹. Isso porque, para Dworkin

Só é possível explicar a importância de uma vida boa se percebermos que a criação de uma vida boa contribui para se viver bem. Somos animais conscientes, com desejos, instintos, gostos e preferências. Não há mistério sobre por que razão devemos querer satisfazer esses desejos e servir esses gostos. Mas pode parecer misteriosa a razão por que devemos querer uma vida boa num sentido mais fundamental, uma vida de que nos podemos orgulhar quando os desejos são satisfeitos, ou até se não forem satisfeitos. Só podemos explicar essa ambição depois de reconhecermos que temos a responsabilidade de viver bem e de acreditarmos que viver bem significa criar uma vida que não é apenas agradável, mas boa nesse sentido fundamental⁸³⁰.

Dworkin propõe uma releitura (extremamente controvertida) do construtivismo kantiano⁸³¹, a partir de uma filosofia moral que é essencialmente interpretativa nos modelos das teorias de Platão e Aristóteles⁸³². O imperativo categórico kantiano, que impõe a construção dos nossos juízos morais perguntando que princípios morais devemos querer como máximas a serem seguidas, não só por nós, mas por todas as pessoas⁸³³, para o autor, não pode se dar a partir de uma perspectiva neutra “uma vez que qualquer interpretação de uma tradição política tem de escolher entre concepções muito diferentes daquilo que a tradição incorpora - que qualidades ou

⁸²⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 24

⁸²⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 26

⁸²⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 199

⁸³⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 204-205.

⁸³¹ Abordei essa questão no debate que o autor trava com Rawls, cuja teoria inegavelmente influencia seu pensamento, cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 163.

⁸³² DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 110

⁸³³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 74

propriedades devem ter os cidadãos «livres e iguais», por exemplo-, que fazem parte dos dados brutos da história e da prática. Tem de escolher entre estas, considerar algumas superiores e, assim, fornecer uma justificação mais satisfatória que outras”⁸³⁴.Essa concepção é derivada do que o autor denomina “princípio de Kant” segundo o qual

para que o valor que encontro na minha vida seja verdadeiramente objetivo, tem de ser o valor da própria humanidade. Tenho de encontrar o mesmo valor objetivo nas vidas de todas as outras pessoas. Tenho de me tratar como um valor em si mesmo e, por isso, com respeito próprio; do mesmo modo, tenho de tratar todas as outras pessoas como fins em si mesmos. O respeito próprio exige também que me trate a mim mesmo como autónomo numa aceção dessa ideia: tenho de aceitar os valores que estruturam a minha vida⁸³⁵

Essa autonomia, que está fundamentada, em Kant, num tipo de “universalismo muito menos exigente” pelo imperativo categórico, seria correspondente à definição proposta por Dworkin de responsabilidade moral⁸³⁶, que, a partir da ligação entre ética e moral, seria capaz de tornaria as afirmações de Kant “mais convincentes”. A ousadia da leitura que propõe da teoria de Kant é expressada pelo próprio autor quando refere que

Admito que ignorei completamente a argumentação que muitos académicos kantianos consideram ser fortemente distintiva e importante: a sua metafísica e a teoria da razão articulada nas suas críticas. Nas primeiras duas secções da sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant pensava ter mostrado que a autonomia só é possível se formos capazes de agir segundo a lei moral, cuja forma ele descrevia. Na terceira secção, empreendia a defesa dessa possibilidade contra a ameaça do determinismo. No mundo fenomenal que ocupamos, o mundo da ciência, a autonomia parece impossível, porque, neste mundo, as nossas ações são determinadas por acontecimentos prévios que estão fora do nosso controlo. Mas também habitamos outro mundo - o mundo em si, e não como se nos apresenta. Na natureza do caso, não podemos descobrir a natureza desse mundo numenal, mas podemos e devemos admitir que, nesse mundo, temos a liberdade que possibilita a autonomia e a moral. Kant dizia que a responsabilidade e o determinismo são incompatíveis. No capítulo anterior, afirmei que esta ideia é errada. Se Kant tivesse aceitado uma posição compatibilista, teria visto a responsabilidade

⁸³⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 77.

⁸³⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 273.

⁸³⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 274.

judicatória como um fenómeno inteiramente explicável no seio daquilo a que chamava mundo fenomenal⁸³⁷.

A postura compatibilista/integrativa assumida por Dworkin, sustentada pela continuidade entre ética e moral, e, portanto, por sua leitura original do construtivismo kantiano, pode ser considerada como um ponto que, paradoxalmente, separa e liga sua teoria à Crítica Hermenêutica do Direito. Se endossasse a leitura tradicional do construtivismo, como faz Rawls, por exemplo, seria incompatível com a tese de Streck, porque como “constructo contrafático”, assim como a situação ideal de fala habermasiana, o interpretativismo não passaria “de um tipo ideal e, portanto, não encontrável em lugar nenhum”⁸³⁸. Nesse sentido, esclarece Streck

ao invés de proporcionarem a síntese intersubjetiva em que emerge o sentido (porque os sentidos não estão mais nas coisas e nem na mente), promovem, queiramos ou não, uma espécie de retorno do esquema dedutivista, uma vez que, cindidos, os discursos de fundamentação, por serem prévios, têm a função de servirem, contrafaticamente, de categorias para o enquadramento (adequação) das situações concretas, que, assim, podem ser vistas como fatos (faticidade) “ainda sem sentido”, à espera do devido acoplamento⁸³⁹

Acredito que Streck tenha flexibilizado a crítica aos modelos contrafáticos, como parâmetro posto que em texto mais recentemente publicado uso o “giro copernicano de Kant” para justificar o problema em torno da reivindicação da realidade em essência⁸⁴⁰. De qualquer sorte, como referi anteriormente, este também acaba sendo o elemento de incompatibilidade das duas teorias porque, diante do caráter interpretativo e aspiracional do conceito de direito defendido por Dworkin, buscamos uma integridade pura, cujo valor é considerado integralmente no domínio da moralidade política substantiva e, portanto, independe de sua institucionalização. Diante desse contexto, a dimensão de ajuste (fit), importantíssima para a teoria de

⁸³⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 275.

⁸³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203

⁸³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

⁸⁴⁰ “Desde logo, é necessário lembrar que, desde o giro copernicano de Kant – o qual, em sua Crítica da Razão Pura, afirmava a impossibilidade de apreensão da realidade como numeno, restando-nos, portanto, apenas o phaenomenon – tentar reivindicar a realidade em essência é algo no mínimo problemático, principalmente se esta reivindicação não é acompanhada da devida problematização filosófica.” STRECK, Lenio. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 199/2023, p. 1-16, Nov – Dez, 2023. p. 7.

Streck, “já não desempenha força gravitacional para a interpretação”⁸⁴¹. Conforme refere Neiva

História institucional e justificação moral interagem na resposta dada a quais são os fundamentos do direito. Mas o empuxo moral é forte o suficiente para se refletir no uso do conceito de direito em contextos distintos, nos quais nos reportamos a um determinado ideal de moralidade política que acreditamos que nossa comunidade deveria atingir, ainda que não o tenha feito. A atitude protestante sugerida por Dworkin afirma que os nossos valores, relevantes para a determinação do que o direito é, também indicam os caminhos para que possamos mudar (e talvez melhorar) a prática que atualmente temos de acordo com os ideais que ela própria sugere e busca realizar. O conceito doutrinal precisa prestar contas com as restrições institucionais de nossa prática. Mas o conceito aspiracional, para o qual a integridade inclusiva é relevante, não tem essa necessidade. Ele representa um ideal de moralidade política para uma comunidade que, tal como a nossa, é governada pelo direito⁸⁴².

Resta a saber: está é uma formulação adequada à realidade brasileira?

Até o momento não expliquei o porquê afirmei no título desta seção que a Crítica Hermenêutica do Direito é Pau-Brasil e, em verdade, o que significaria ser Pau-Brasil. Para justificar a aproximação entre a hermenêutica e a tese de Dworkin, referi uma proposta antropofágica aos moldes do movimento modernista na arte e na literatura brasileira que se desenvolveu desde 1922. A fase antropofágica, inaugurada com publicação do *Manifesto antropofágico*, de Oswald de Andrade, em 1928, foi antecedida e é decorrente da consciência cultural, princípio estrutural das vanguardas modernistas, imposta por uma visão antropológica gestada na fase denominada Pau-Brasil⁸⁴³. A publicação do *Manifesto da Poesia Pau-Brasil*, no jornal carioca *Correio da Manhã*, em 1924, é o marco do processo de abasileiramento do Brasil⁸⁴⁴. Como refere Gil,

a noção de regional, no pensamento de Oswald, tende a escarçar o sentido “tradicional” de regionalismo na medida em que não o

⁸⁴¹ NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 250.

⁸⁴² NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 251-252.

⁸⁴³ BELLUZZO, Ana Maria de Moraes. O surto modernista. In: BELUZZO, Ana Maria de Moraes (org). **Modernidade**: vanguardas artísticas na América Latina. São Paulo: Memorial UNESP, 1990. p. 20.

⁸⁴⁴ ANDRADE, Carlos Drummond de. **Carlos & Mário**: correspondências de Carlos Drummond de Andrade e Mário de Andrade. Rio de Janeiro: Bem-Te-Vi, 2002, p. 20.

compreende como “localismo exótico”, curteza de visão social e carência de “meios expressivos”, mas procura abarcá-lo como linha de continuidade e de constituição do próprio nacional, quase que de modo indistinguível a esse⁸⁴⁵.

Nesse sentido, a afirmação de que o fenômeno antropofágico não é instrumental e que não intenta “gadamerizar”, “heideguerizar” ou “dworkinizar” o direito brasileiro⁸⁴⁶, poderia muito bem ser recolocada a partir da ideia de que, para antropofagizar teorias estrangeiras, assim como a vanguarda modernista, é necessário, antes de tudo, o endosso ao estatuto do movimento Pau-Brasil. Antes de engolir o estrangeiro para devolver algo novo e abasileirado, foi necessária a construção de um nacionalismo (oposto à concepção ufanista e racista defendida pelos conservadores Plínio Salgado e Menotti del Picchiado, do Verde-amarelismo/Escola da Anta) nativista, que apresentava a poesia nacional como produto cultural de exportação, o que fica claro desde as primeiras estrofes do *Manifesto Pau-Brasil*

A poesia existe nos fatos. Os casebres de açafão e de ocre nos verdes da Favela, sob o azul cabralino, são fatos estéticos.

O Carnaval no Rio é o acontecimento religioso da raça. Pau Brasil. Wagner submerge ante os cordões de Botafogo.

Bárbaro e nosso. A formação étnica rica. Riqueza vegetal. O minério. A cozinha. O vatapá, o ouro e a dança⁸⁴⁷.

Lenio Streck, ao apresentar a Crítica Hermenêutica do Direito, na obra *Compreender direito – hermenêutica*, reafirma esse aspecto “nativista” de sua teoria, sendo explícito que, mesmo ao se aproximar do direito como integridade, sua teoria não é dworkiniana porque não partilha o todo daquela obra. Em suas palavras,

é preciso dizer que a CHD tem como fundamento filosófico a Filosofia Hermenêutica (Heidegger), a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) e no

⁸⁴⁵ GIL, Fernando Cesaria. Breves notas sobre um campo em conflito: ainda sobre o regionalismo e o modernismo. In: CORDEIRO, Rogério; BONOMO, Daniel; PASINI, Leandro (orgs). **Aberto para balanço**: ensaios de revisão crítica do modernismo brasileiro. Belo Horizonte: Fino Traço, 2022. P. 160.

⁸⁴⁶ QUARELLI, Vinicius. **O que é isto** – a crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck? São Paulo: Juspodvim, 2024. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação) p.50.

⁸⁴⁷ ANDRADE, Oswald. Manifesto pau-brasil. **Correio da Manhã**, Rio de Janeiro, n. 9.147, ano XXIII, 18 mar. 1924. Disponível em < <https://memoria.bn.gov.br/DOCREADER/docmulti.aspx?BIB=089842>> Acesso em set 2024.

plano da Teoria do direito compartilha de/com elementos da teoria integrativa de Ronald Dworkin.

Mas é necessário fazer uma ressalva: os referidos pensadores, cada um em seu nível de contribuição epistêmica, foram incorporados antropofagicamente para constituir a CHD. Ou seja, não é Heidegger e nem Gadamer simplesmente aplicados ao direito, de modo direto/instrumental. Isso seria um equívoco, uma vez que ambos não trataram diretamente das especificidades do fenômeno jurídico. Deste modo, contribuem enquanto cosmovisão básica.

No mesmo sentido, a CHD apesar de se aproximar da ideia do direito como integridade (*law as integrity*), não é uma teoria dworkiniana. Se assim fosse, teria que partilhar o todo da obra de Dworkin – o que não ocorre – assim, não seria outra teoria, mas apenas uma aplicação do jurista norte-americano à realidade brasileira.

Assim, resultando de (des)leituras antropofágicas, a CHD se constitui como uma matriz autônoma, não escondendo seus aportes basilares e o(s) seu(s) lugar(es) de fala⁸⁴⁸.

São esses aportes basilares (nativistas) que, inclusive, justificam que a postura de Streck ao defender que antropofagia jurídica não deve se degenerar em autofagia. Esse elevado grau de autonomia⁸⁴⁹ atribuído ao direito é um dos pontos centrais da Crítica Hermenêutica do Direito que, apesar de assumir, diante da “cooriginariedade”, o indissociável entrelaçamento entre direito, moral, política e economia, impõe que “o direito não pode ser corrigido por juízos morais”⁸⁵⁰. Essa necessidade de autonomia, para Streck, é decorrente de um contexto em que o desenvolvimento de um “constitucionalismo adequado” se constitui como premissa para a realização de direitos substantivos que, mesmo “legislados”, não são cumpridos. Segundo o autor,

A tese de um constitucionalismo adequado – que defendo juntamente com autores como Gilberto Bercovici – procura resgatar as especificidades das Constituições e sua capacidade dirigente e compromissória (...), apontadas para o resgate das promessas da modernidade, circunstância que assume papel fundamental em países como o Brasil, em que sequer a legalidade formal é cumprida, e sem

⁸⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 46.

⁸⁴⁹ Ver AUTONOMIA DO DIREITO. In STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 31-40

⁸⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 31.

que a esfera pública tenha condições de se desenvolver, pela absoluta ausência do cumprimento dos direitos substantivos⁸⁵¹.

É nesse sentido, também, que irá se justificar a defesa de Streck do constitucionalismo dirigente (Canotilho) nos países de modernidade periférica. Ele parte do pressuposto de que os Estados periféricos não conseguiram ultrapassar o projeto da modernidade, mais especificamente, não passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são projetados na sociedade global com esse *déficit*. Dessa forma, se avulta pertinente a permanência de uma capacidade compromissória-dirigente do texto constitucional apta a revelar uma Teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia ou uma Teoria da Constituição dirigente-compromissória adequada a países periféricos, que “deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas”⁸⁵², que constituiriam os substratos constitucionais específicos da Teoria, que se encontraria alicerçada no núcleo básico que alberga “as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático e (Social) de direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais.”⁸⁵³

Apesar da Constituição representar um marco no avanço democrático e de proteção aos direitos humanos, muitas vezes não se traduz em melhorias reais nas condições de vida da população, especialmente para os grupos mais vulneráveis, considerando seus aspectos interseccionais⁸⁵⁴, que, diante de sua subordinação, são excluídos da deliberação no âmbito da esfera pública oficial⁸⁵⁵. Isso porque, a consideração do Estado Democrático de direito como um *locus* privilegiado na ordem global hierárquica cuja democratização passa pela democratização do Estado, faz

⁸⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 203.

⁸⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 387.

⁸⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 133-135.

⁸⁵⁴ A interseccionalidade reconhece que a vida das pessoas é moldada por suas identidades, relacionamentos e fatores sociais. Estes se combinam para criar formas cruzadas de opressão. Esses processos são caracterizados por cargas múltiplas, ou seja, são marcadores sociais que as fazem suportar um sistema injusto e discriminatório. Em essência a interseccionalidade “é uma maneira de pensar sobre a identidade e sua relação com o poder”. CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics. **University of Chicago Legal Forum**, Chicago, v. 1989. Issue 1, article 8, p. 138-167, 1989.

⁸⁵⁵ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 40. Ver também FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007 e FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

com que a Constituição assuma papel importante quando ela se apresenta aquiescida pela função de inclusão. Nesse sentido, Streck refere-se ao papel da justiça constitucional nos seguintes termos

em países de modernidade tardia, como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes legislativo e executivo no cumprimento do catálogo de direitos constitucionais (mormente no âmbito do direito à saúde, à função social da propriedade, ao direito ao ensino fundamental etc.), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões. Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial preocupada com a democracia. E democracia quer dizer controle das decisões judiciais, uma necessária prestação de contas. accountability⁸⁵⁶.

A justiça constitucional, portanto, concede lugar de destaque ao Poder Judiciário que, diante da jurisdição constitucional, inaugura meios de controle da atuação política. A força normativa da Constituição, cuja realização depende, em certa medida das decisões judiciais, é produto de um contexto histórico no qual, como asseveram Streck e Motta, é imposta aos juristas uma mudança de postura porque

a experiência de uma Constituição com forte carga social trazia um desafio novo aos juristas brasileiros, habituados ao legalismo ou à defesa de uma legalidade alternativa, para resistir ao autoritarismo. As promessas de vida boa haviam passado para dentro da “lei das leis”, o que exigia uma mudança de postura dos juristas, tanto dos tradicionalistas quanto das correntes críticas. Os primeiros deveriam admitir que a aplicação do direito não é autoevidente, mas envolve princípios justificadores que vão além dos ideais de uma parcela reacionária da população. Os segundos deveriam abandonar o direito alternativo e aceitar disputar interpretações dentro do direito legitimamente produzido. Ambos deveriam aceitar o direito como esse empreendimento coletivo, que não exclui os adversários, mas faz deles parceiros de debate⁸⁵⁷.

Diante disso, Streck coloca em exame crítico o papel e a forma assumidos pela jurisdição constitucional no Brasil, tendo, inclusive, neste contexto sido “criada” a Crítica Hermenêutica do Direito, com a publicação, em 2002, da primeira edição da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* (atualmente apenas *Jurisdição*

⁸⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.

⁸⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Pensar**: revista de ciências jurídicas. Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020. p. 9.

Constitucional)⁸⁵⁸. O DNA da Crítica Hermenêutica do Direito se apresenta, portanto, como uma crítica ao ativismo judicial forjado no Brasil após a promulgação da Constituição Federal (1988) que aposta num “constitucionalismo da efetividade”⁸⁵⁹, o que representa, nos termos de Streck, “uma mistura de realismo e altas doses de subjetivismo”⁸⁶⁰, atentando contra o bom funcionamento da democracia, como bem refere o professor

Todo o esforço da sociedade para que o Poder Judiciário conquistasse autonomia funcional não deveria ser compreendido como uma abertura para que os juízes exercessem uma “liberdade” interpretativa sobre a Constituição. Para isso é importante que os magistrados percebam sua condição de servidores que devem decidir sempre por princípio e nunca por livre escolha (política, moral, ideológica etc.). Isso é condição essencial para o bom funcionamento de uma democracia. Mas não é isso que se percebe. Há uma espécie de relativismo filosófico que cresce dia a dia, e o direito, que tem a função de Imitação do poder, serve como catalizador e impulsionador de uma “ilimitação”, para usar a crítica do clássico de Bernd Rüthers⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ QUARELLI, Vinicius. **O que é isto** – a crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck? São Paulo: Juspodvim, 2024. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação) p.50.

⁸⁵⁹ Importante ressaltar neste momento uma nota de rodapé (n. 118) da obra Verdade e Consenso sobre a correlação que o professor Lenio faz entre “Constitucionalismo da efetividade” e uma dimensão teleológica da justificação do direito: “as críticas feitas à distinção estrutural entre regra e princípio e ao conceito semântico de norma têm a preocupação, no plano de uma teoria do direito comprometida com a decisão jurídica, de evitar uma espécie de constitucionalismo da efetividade, vale dizer, uma espécie de constitucionalismo finalístico ou teleológico. Com efeito, é inimaginável que se desconsidere a importância das reflexões acerca da jurisdição constitucional realizadas por juristas [brasileiros] (...), todos voltados para a concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir de uma dogmática constitucional consistente e aprofundada. Não esqueçamos que o Brasil carecia, pós-Constituição de 1988, de uma dogmática constitucional apta a concretização constitucional. De vários modos e sob diversos pontos de vista e matrizes teóricas, foram sendo construídas maneiras de enfrentar essa ruptura paradigmática ocorrida no constitucionalismo brasileiro. Houve, portanto, consideráveis avanços nesse sentido. O que pretendo apontar é que, ao se fazer uma distinção estrutural “regra-princípio” e jogá-la para o âmbito da semântica, são possíveis (sempre) vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontam para a concretização dos direitos, valendo referir, por exemplo, o modo como a razoabilidade e a proporcionalidade podem proporcionar resultados absolutamente distintos para casos similares. Ou seja, minha preocupação é com a questão da abertura que uma distinção que antecede o problema concreto pode causar. Isto, ratifico, não implica desconsiderar as contribuições importantíssimas e sofisticadas dos autores citados, mas apenas aponta para uma análise que pretende tornar ainda mais efetiva a doutrina constitucional brasileira. Há algo que não é problematizado pela distinção estrutural e que, contudo, causa-lhe problemas profundos de legitimidade democrática, qual seja: o sujeito solipsista da modernidade e o problema do “controle dos sentidos” (semânticos). Disso decorre a possibilidade de que a concretização efetuada a partir da distinção estrutural possa desvirtuar-se em uma não concretização, na medida em que esta – a concretização – fica entregue ao protagonismo dos juízes e tribunais. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 584.

⁸⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 35.

⁸⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito**. São Paulo: Dialética, 2023. p. 86

A impossibilidade de punir um juiz pela sua atividade interpretativa, como apontado por Rui Barbosa⁸⁶², não implica a ausência de critérios para avaliar a qualidade de uma interpretação. Nesse sentido, Streck propõe a *tese da resposta adequada à Constituição*⁸⁶³ “uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”⁸⁶⁴, partindo da premissa de que “todos os jurisdicionados possuem o direito fundamental a obter uma resposta correta, isto é, uma decisão que esteja de acordo com a Constituição”⁸⁶⁵. Assim, o autor evidencia a diferença entre escolher, que está no plano da razão prática, e decidir, que se fundamenta na responsabilidade política e intersubjetividade. Quando um juiz decide, de acordo com Streck, deve suspender seus pré-juízos e preconceitos, o que não enseja num novo modelo de juiz boca da lei, mas sim que haja algum mínimo de previsibilidade na atividade interpretativa que “advém da aplicação do direito, e não da moral”⁸⁶⁶.

Perceba-se, pois, que a teoria da decisão proposta por Lenio Streck se sustenta em uma base diametralmente (e substancialmente) oposta à proposta de Ronald Dworkin. Isso porque, no mesmo sentido que o autor propõe sua crítica a John Rawls em relação a afirmação de que os princípios jurídicos são categóricos porque são construídos a partir de um critério de neutralidade, no âmbito da interpretação judicial, é justamente o engajamento sincero dos intérpretes em suas intuições (pré-juízos) que, face aos desacordos, irá impor a necessidade de justificação. A busca por integridade normativa, portanto, em virtude da responsabilidade, implica num processo de justificação construído, em que pese almejar a veracidade, através da coerência interna e do ajuste das intuições subjetivas à moralidade política da comunidade e às suas instituições.

⁸⁶² Cf. BARBOSA, Rui. **O júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fundação casa de Rui Barbosa, 1976. (Coleção Obras Completas de Rui Barbosa, VOL. XXIII. 1896 TOMO III)

⁸⁶³ RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 379-400, STRECK, Lenio Luiz. Capítulo 11 A (in)determinabilidade do direito e a (necessidade da) busca de resposta(s) correta(s). Da explicação causalista ao compreender antecipador - **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 360-447.

⁸⁶⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 433

⁸⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 54

⁸⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 54-55.

Assim, na melhor das interpretações, a proposta de Lenio Streck estaria alinhada com a teoria da interpretação de Dworkin e, portanto, de seus conceitos de coerência e integridade, em alguns momentos, os quais, na maioria independem de sua vinculação às premissas da hermenêutica filosófica. Primeiro, quando, junto de Canotilho, propõe que a Constituição seja compreendida de tal forma que os preceitos definidores de direitos fundamentais não possam ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política⁸⁶⁷, cujo alargamento não sustentável de sua força normativa *directa* é fruto de situações necessariamente carecedoras de *interpositio* legislativa⁸⁶⁸. Segundo, quando sustenta que, no caso do Brasil, tendo em vista a nossa extensa e programática norma constitucional e, portanto, a positivação de princípios substantivos, os quais, por sua vez, são responsáveis por elevar “o patamar da obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral”⁸⁶⁹, a este “pacto político-jurídico” é atribuída a função de justificação ética do direito e do Estado. Para Streck,

Mutatis mutandis, trata-se daquilo que Elias Diaz denomina justificação ética do direito e do Estado, na medida em que os textos constitucionais (típicos do Estado Democrático de direito) contêm as possibilidades e os comandos de concretização de uma série de direitos humanos básicos derivados da liberdade, porém também da igualdade e da solidariedade (direitos fundamentais sociais), considerados totalmente imprescindíveis e que não devem sacrificar-se a outras diferentes instâncias transpersonalistas às vezes “alegadas como superiores”. Desse modo, vê a Constituição como grande pacto social de caráter fundamental e institucional, que sintetiza esse espaço de convergência entre legitimidade democrática e justiça material. A Constituição resultante desse (novo) paradigma, a legitimidade que a origina, com liberdade e com autonomia moral e a justiça material em que aquela se reconhece são, em princípio,

⁸⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo**. In: Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 13.

⁸⁶⁸ É o que acontece, registra Canotilho, “com a acrítica transparência do princípio a aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, (...) § 1º, da Constituição Brasileira a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais.” NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-facto e questão-de-direito**. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 586 e CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo**. In: Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 13.

⁸⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 393

segundo Diaz, as melhores vias para construir uma teoria ética e uma teoria crítica da justiça⁸⁷⁰

Da mesma maneira, quando Streck refere o papel normativo/prescritivo desempenhado pela metáfora do juiz Hércules para a teoria do direito

Vale dizer, Hércules funciona como um arquétipo para descrever de que modo é possível afirmar uma teoria dos direitos. A questão aqui passa por uma diferença entre o "que" e o "como", ou seja, mais do que simplesmente descrever de que modo os variados tipos de juízes se comportam quando exararam suas decisões, importa saber "como" devem se comportar quando examinam o direito com responsabilidade política. Esse "como" depende da observação de certos aspectos que vão além de um mero traço de personalidade ou inclinação subjetiva. Depende de uma concepção abrangente do direito que seja construída a partir do conjunto de princípios que incorporam a moralidade da comunidade política. Ou seja, há sempre algo "não empírico" que escapa dessa análise comportamental pretensamente "objetiva". E é justamente esse "algo mais" que faz toda a diferença⁸⁷¹.

Contudo, quando afirma que Dworkin, ao enfrentar a incapacidade de aplicação da regra de reconhecimento (Hart) para identificação de direitos relativos à comandos normativos indeterminados, diferentes, portanto, das regras, “parece buscar fora do ordenamento jurídico o que já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira”⁸⁷²; inverte o método interpretativo proposto a partir do viés integrativo que concede à integridade valor político, dando maior peso à adequação e não ao valor (que “naturalmente” existe na comunidade, antes de qualquer institucionalização). Tal modificação estaria justificada para Streck porque “na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como “corretivo” para os “impasses” interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente”⁸⁷³.

Essa contradição substancial entre as duas teorias fica ainda mais evidente quando Lenio Streck explica o que é decidir por princípios (pergunta 97 da obra *Hermenêutica, Jurisdição e Constituição*)

⁸⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 393

⁸⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito**. São Paulo: Dialética, 2023. p. 92.

⁸⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 393-394.

⁸⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 394

Já falei muito disso e escrevi mais ainda. Meu lema é: precisamos de uma teoria da decisão porque juiz decide por princípios, e não por política. (...) os julgamentos não podem ser feitos conforme a cabeça do juiz. De novo: quando levamos uma questão ao juiz, não nos importa o que ele tem dentro dele; o que importa é que nos diga o direito a partir daquilo que está “do lado de fora”. Esse lado de fora é o direito.

Como é decidir por princípios? Dou um exemplo. Sócrates é tentado por Críton para fugir. Ele não foge por uma razão de princípio. Princípio é um “não”. E pode ser um “sim”. Mas não é um “não” mais ou menos. E tampouco um “sim” mais ou menos. Isto é, por mais tentadora que seja a situação, deve-se agir por princípio. Por isso, princípio não é qualquer coisa. Por isso, a “afetividade” não é princípio, mas a “ampla defesa”, sim. Princípio é deontológico, porque atua a partir do código lícito-ilícito. É por isso que não se pode brincar com os princípios.

Mas, veja: esta é a posição sobre o papel do direito e dos princípios a partir daquilo que denomino *Crítica Hermenêutica do Direito*. Nela, o direito não admite correções morais ou políticas. (...)

Para compreender melhor ainda, vejam a propaganda dos Tubos Tigre, na TV e no Rádio. O personagem age por princípio. A concorrência tenta de tudo para que ele mude de produto. E ele diz: “Não”. Bingo! Para quem não entendeu: Se a lei e a jurisprudência dizem que, diante de tais e tais requisitos, o paciente deve ser solto, por mais tentador que seja deixá-lo preso, o julgador deve decidir por princípio, dizendo não à tentação e sim à liberdade! Querem mais exemplos? Acho que não é necessário. (...) Um amigo que age por princípio não “pega” a namorada do melhor amigo, por mais bonita e tentadora que ela seja. Mesmo que haja uma enorme afetividade... Não trair o amigo é deontológico (normativo); desejo e afetividade são, aqui, política. Metaforizando: juiz decide por princípio, e não por política. E nem por moral. Moral é uma questão interna. direito tem caráter vinculante. E vem de fora. Para ser bem simples: é o direito que deve filtrar a moral, e não o contrário. Com esta “fórmula” você evita a tentação da barbárie interior⁸⁷⁴.

No entanto, como acredito ter demonstrado durante a exposição de teoria de Ronald Dworkin, os princípios jurídicos são deontológicos (categóricos) para o autor justamente porque são justificados pela consideração do valor político substantivo, respeitando o “critério” da integridade e coerência, que é “intuído” subjetivamente pelos intérpretes. Este é o ponto nevrálgico de todos os ataques articulados por Dworkin. No âmbito da filosofia política, com seu igualitarismo liberal; no âmbito da filosofia, com a necessidade de desconstrução da metaética e na teoria do direito,

⁸⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2 ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 189-190.

com o a proposição de um conceito aspiracional. A releitura do construtivismo kantiano, que influencia a justificação dos princípios, inclusive os jurídicos, é tão controversa, quanto fundamental à teoria do ouriço. Diante da tese de “compatibilidade” entre ética e moral, não existe um ponto arquimediano para a interpretação adequada, todos os juízos são substantivos (de primeira ordem). Não poderia, portanto, o direito estar do lado de fora e, por isso, corrigir a moral e conduzir à verdade na interpretação.

Essa controvérsia, então, coloca em risco aquilo que estava “assentado” até aqui. É possível realizarmos uma leitura hermenêutica da teoria de Ronald Dworkin? O interpretativismo de Dworkin, em razão da unidade do valor, é compatível com a pretensão de universalidade nos padrões da hermenêutica gadameriana⁸⁷⁵? Dworkin não teria superado o esquema sujeito-objeto? Green estaria certo, a justificação do direito pelo interpretativismo seria uma falácia⁸⁷⁶? A verdade almejada pelo

⁸⁷⁵ Conforme refere Streck “Embora a frase “*ser que pode ser compreendido é linguagem*” não esteja no início de *Verdade e Método*, entendo que é por ela que se pode/deve começar a analisar a sua obra e a sua pretensão hermenêutica. De pronto, a partir disso, é possível dizer que Gadamer parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*,⁸⁷⁵ na qual o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples-presença. *A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age*. Daí ser possível “extrair três teses que, de certo modo, Gadamer defende com relação a isto: *primeiro*, o objeto hermenêutico é determinado linguisticamente, ou ainda, o objeto hermenêutico é constituído pela lingualidade; *segundo*, o processo hermenêutico, o processo de compreensão e interpretação é também determinado pela linguagem; *terceiro* a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica”.⁸⁷⁵ Ou seja, a existência de uma relação com o mundo (relação sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*. Daí que a apropriação dessa totalidade (linguística, é dizer, a linguisticidade – *Sprachlichkeit* – do ser) é possível, então, pela interpretação. Nisso reside a própria pretensão de universalidade da hermenêutica de Gadamer.” In: STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

⁸⁷⁶ Conforme Green “Usar a teoria interpretativa do significado para justificar uma teoria interpretativa da lei não é menos um erro do que usá-la para derivar uma teoria interpretativa do ouro ou das convenções. No entanto, é exatamente isso que Dworkin faz. Chamemos esse erro de “falácia de Dworkin”. In: GREEN, Michael S. Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law. **Virginia Law Review**. Charlottesville, N. 8 . Vol. 89. p. 1897-1952, dez. 2003. p. 1918. Dworkin mesmo irá elaborar uma resposta para essa crítica em A justiça de Toga a qual, acredito até aqui tentei enfatizar. O autor refere que “É claro que isso é uma falácia. Mas é preciso dar-lhe outro nome, porque não sou responsável por ela e, na verdade, muito me empenhei em alertar contra ela. Acredito piamente que o conceito doutrinário de direito é um conceito interpretativo, e também acredito que as condições de veracidade das proposições de direito são interpretativas nesse sentido. Mas não acredito que a segunda dessas crenças decorra da primeira. Ao contrário, passei três capítulos de meu livro O império do direito examinando outras teorias bastante diferentes sobre as condições de veracidade das proposições de direito que, afirmei, também são compatíveis com a abordagem do conceito doutrinário como interpretativo. Uma delas é uma forma de pragmatismo jurídico, a teoria cuja discussão aprofundi em uma parte anterior deste livro. Outra é a que chamei de convencionalismo, que é uma versão do positivismo jurídico apresentada no mesmo espírito que descrevi no Capítulo 6, isto é, como sendo, ela própria, uma interpretação da prática contemporânea. Afirmei que minha resposta interpretativa à questão colocada no estágio doutrinário da teoria jurídica é melhor porque oferece a melhor interpretação desse tipo, não porque o conceito doutrinário seja, ele próprio, um

interpretativismo de Dworkin possuiria apenas uma “justificação ornamental” e, portanto, não seria verdadeira?

Recentemente o professor Lenio Streck me desafiou a apontar na obra de Dworkin onde estaria justificada a minha leitura de o autor “referenda uma hermenêutica regional e/ou perspectivada”. Para o professor Lenio Streck, se assim o fosse, tornaria o interpretativismo incompatível com a hermenêutica filosófica, contudo, acredito que essa incompatibilidade não seja categórica. Existem pontos de convergências entre as teorias – como penso ter apresentado na seção anterior – e as diferenças entre elas não devem ser considerada rupturais especialmente porque são empreendimentos teóricos que, a meu ver, não enfrentam os mesmos desafios (filosóficos).

Da mesma forma que acredito que é um erro afirmar que Lenio Streck é um cético interno, como rotula Dworkin aqueles que “recorre[m] a juízos mais abstratos sobre a moralidade, de maneira a negar que alguns juízos mais concretos ou aplicados sejam verdadeiros”⁸⁷⁷; penso ser errado dizer que o fato de Dworkin considerar que as interpretações, inclusive as oficiais, devam ser sensíveis à realidade, não enseja num relativismo ou na possibilidade de atribuição arbitrária do sentido pelo intérprete. Dworkin faz referência expressa a esse nível de “sensibilidade” dos juízos interpretativos quando refere que,

O juízo interpretativo tem de ser naturalmente sensível a diferentes condições económicas, a características políticas e culturais diferentes e a histórias diferentes. Deve ser sensível a estas diferenças, porque afetam claramente a interpretação - um esforço para perceber a preocupação e o respeito iguais ou a indiferença a estes ideais - que é considerada a mais rigorosa⁸⁷⁸.

Outro exemplo, não de uma interpretação perspectivada, mas sim regionalizada, aparece na obra menos polêmica *O império do direito*, quando o autor, ao tratar da questão dos desacordos inerentes à identificação dos diversos princípios que conduzirão à interpretação correta, refere que os juízes poderão divergir sobre a “prioridade local” de determinados princípios. Em tal circunstância, “o seu juízo deve procurar quais são os departamentos do direito que mais diretamente se ajustam (*fit*)

conceito interpretativo”. In: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 319-320.

⁸⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 43

⁸⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 346

ao tema e problema em questão (...) não deve[ndo] seguir cegamente os critérios convencionalistas usualmente fixados pela dogmática jurídica⁸⁷⁹. Para Dworkin

Hércules admite essa maneira de explicar a questão da divisão do direito, e elabora sua doutrina da prioridade local de acordo com ela. Concede à doutrina sua maior força no momento em que os limites entre as áreas tradicionais do direito refletem princípios morais amplamente aceitos que diferenciam tipos diferentes de falta ou de responsabilidade, e o conteúdo de cada área reflete esses princípios morais. A distinção entre direito civil e direito penal passa bem por essa prova. Suponhamos que Hércules pensa, ao contrário da opinião da maioria das pessoas, que o fato de alguém ser obrigado a pagar indenização é tão mau quanto ser obrigado a pagar uma multa, e que, portanto, a distinção entre direito penal e civil é frágil quanto aos princípios. Ainda assim, ele vai acatar a prioridade local. Não afirmará que o direito penal e civil deve ser tratado como um único ramo do direito; não afirmará que a culpa de um indiciado precisa apenas ser estabelecida como provável, em vez de razoavelmente provada, porque a norma provável corresponde ao ramo consagrado tão bem quanto a qualquer outra⁸⁸⁰.

No que se refere a autoridade dos departamentos do direito, como bem observa Porto Macedo, esta “não deriva da convenção ou do puro dogma, mas antes da *rationale* que subjaz a sua configuração”. Já no que concerne à necessidade de consideração determinadas perspectivas (práticas/reais) pelo intérprete, o ônus de justificação seguindo os critérios de integridade e coerência desempenha papel central na determinação da resposta correta (verdadeira). Porto Macedo refere que “essa formulação contém duas postulações filosóficas importantes”. Primeiro, a enunciação de uma pretensão coerentista de verdade, segundo “a existência de uma comunidade de princípios subjacentes à ordem social na qual se enraíza o direito a ser interpretado” e que pressupõe a capacidade dela “se expressar como uma voz coletiva”⁸⁸¹.

Penso que, a essa altura, seja possível perceber que a teoria da interpretação de Dworkin é interpretativa “*all the way down*” (até o fim), como bem referem Motta e Streck ao proporem a releitura do debate entre Hart e Dworkin para criticar os

⁸⁷⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 161.

⁸⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 302

⁸⁸¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 162-163.

positivismos interpretativos⁸⁸². Acrescento à esta formulação, contudo, a ideia de que ela é desde o começo e até o final interpretativa e, para explicar o porquê desse acréscimo, terei de retomar alguns pontos já apresentados neste trabalho.

Já na obra *Levando os direitos a sério*, vemos o prenúncio de seu empreendimento teórico: “Precisamos, portanto, de uma explicação da **interação da moralidade pessoal e da moralidade institucional** que seja menos metafórica e explique essa interação constante de maneira mais satisfatória (g.n.)”⁸⁸³. A tarefa de Hércules é, pois, tecer a teia inconsútil, é “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 legislativas (g.n.)”⁸⁸⁴.

A explicação que devemos fornecer à teoria do direito é apresentada também na mesma obra, de forma muito semelhante no âmbito da justificação de uma teoria da justiça – e aqui é notável a influência de Rawls na teoria de Dworkin –, a partir de um "equilíbrio reflexivo" entre nossas crenças morais comuns, irrefletidas, e alguma estrutura teórica que poderia unificar e justificar essas crenças comuns”⁸⁸⁵. Nesse sentido, refere Dworkin, “suponhamos que tentemos justificar esse processo **estabelecendo uma posição filosófica sobre a relação entre teoria moral e intuição moral**. A técnica do equilíbrio pressupõe o que se poderia chamar de **teoria da "coerência" da moralidade** (g.n.)”⁸⁸⁶. Para justificá-lo, Dworkin, propõe o modelo construtivo, que

Trata as **intuições de justiça** não como indícios da existência de princípios independentes, mas antes como traços estabelecidos de uma teoria geral a ser construída, como se um escultor se propusesse a esculpir o animal que melhor se ajusta à pilha de ossos que por acaso encontrou. Esse modelo "construtivo" não pressupõe, como faz o modelo natural, que os princípios de justiça tenham uma existência fixa e objetiva, de modo que as descrições desses princípios devam ser verdadeiras ou falsas de alguma maneira padronizada. Não pressupõe que o animal que se amolda aos ossos realmente exista. Parte do pressuposto diferente - e, sob certos aspectos, bem mais

⁸⁸² STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de direito*, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018. p. 80.

⁸⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 136.

⁸⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p.182

⁸⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.p. 242

⁸⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. 249

complexo - de que **homens e mulheres têm a responsabilidade de adequar os juízos particulares que lhes servem de base para a ação a um programa coerente de ação ou, pelo menos, que as autoridades que exercem o poder sobre outros homens tenham esse tipo de responsabilidade (g.n.)**⁸⁸⁷.

Grifei algumas partes dos trechos citados para tentar tornar ainda mais claro o meu argumento de que o interpretativismo dworkiniano é indissociável (desde o início) da tese da continuidade/integração entre ética e moral. Não podemos dizer que teorias são “inteiriças”/inconsúteis, mas devemos esperar que um filósofo que leve seu projeto a sério as trate como fosse. O integrativismo pode não ser verdadeiro “de fato”, na medida em que não dispomos de critérios “empíricos” para atribuir-lhe este tipo de veracidade, contudo, não sendo pelo critério da responsabilidade⁸⁸⁸ defendido por Dworkin, podemos considera-lo como uma teoria científica válida, porque

a validade (verdade) de uma teoria que se pretende científica repousa na sua capacidade de cumprir as funções a que se destina, sendo tais funções “1. Uma T. deve constituir um esquema de *unificação sistemática* de conteúdos diversos; o *grau de abrangência* de uma T. é um dos elementos fundamentais na avaliação de sua validade; 2. uma T. deve oferecer um conjunto de meios de *representação conceitual e simbólica* dos dados de observação. Sob esse aspecto, o critério ao qual deve satisfazer é o de *economia dos meios conceituais*, vale dizer, simplicidade lógica; 3. uma T. deve constituir um conjunto de *regras de inferências* que permitam a previsão dos dados de fato. Este é considerado hoje uma das tarefas fundamentais das T. científicas, e a capacidade de previsão de uma T. é critério fundamental para avaliá-lá”⁸⁸⁹.

Neste momento, acreditando que já justifiquei a minha leitura de que, num nível significativo, existe uma incompatibilidade entre as teses de Streck (a reboque a hermenêutica filosófica) e de Dworkin, retomo as possibilidades de uma (re)conciliação do ponto que considerei como sendo aquele compartilhado entre os autores, qual seja, A necessidade de respostas corretas no direito, isso porque como bem refere Streck

⁸⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. 249-250

⁸⁸⁸ Expresso na introdução do *Justiça para ouriços* “A responsabilidade intelectual sobre o valor é, em si mesma, um valor importante e, por isso, temos de abordar uma grande variedade de questões filosóficas que normalmente não são tratadas num mesmo livro” In: DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 13.

⁸⁸⁹ Cf. TEORIA. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 953.

a discussão sobre a possibilidade e necessidade de respostas corretas no direito tem raízes na história da filosofia e na própria discussão fundamental sobre a verdade. Não por acaso, o debate jurídico contemporâneo retoma a luta contra os diversos tipos de ceticismo, tentando não reincidir no seu oposto ingênuo que defenderia fundamentos últimos e absolutos para o conhecimento⁸⁹⁰.

Necessário, então, que seja retomada a teoria da verdade que acabará surgindo, paradoxalmente, como um problema e uma solução para o nosso impasse teórico. Segundo Streck, “a verdade, no direito, é fruto de interpretação construtiva em meio a uma prática intersubjetiva que só se dá em sua facticidade. Nem positivismo, nem realismo; nem objetivismo, nem subjetivismo”⁸⁹¹. Contudo, nesse contexto, para aferição da veracidade das proposições jurídicas, o autor classificará sua teoria como um “cognitivismo ético”, cujo discurso de segunda ordem está estabelecido “por uma tradição autêntica, a partir dos quais se pode determinar a objetividade de uma proposição enquanto proposição jurídica”. Essa postura seria incompatível com o empreendimento teórico de Dworkin como um todo (e acredito que essa é a melhor leitura de sua teoria) porque é arquimediana, assim como seria, segundo a proposição de Dworkin, a imbricação entre relativismo e o seguinte diganóstico apresentado pelo professor Lenio Streck:

cada uma tem a sua verdade, segundo a sua *forma mentis*, sob o influxo dos seus próprios interesses e das suas paixões. E é só pela experiência e controle crítico dos seus constantes pontos de vista ‘que se pode chegar àquela verdade do juiz’, que é depois aquela que vale para o ordenamento jurídico⁸⁹².

O valor político da interpretação do direito é marcadamente antiarquimediano, porque insere o intérprete na prática jurídica e remonta as possíveis ligações entre Gadamer e Dworkin, como referido anteriormente, através da intencionalidade relativa à interpretação de um sujeito nela inserido e influenciado pela história. Penso que, à primeira vista, é adequada e “reconciliadora” a interpretação de Jung sobre a influência da hermenêutica gadameriana na teoria de Dworkin quando afirma que “Os

⁸⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 59.

⁸⁹¹ **Cognitivismo e não cognitivismo moral** STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 59.

⁸⁹² STRECK, Lenio. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 199/2023, p. 1-16, Nov – Dez, 2023. p. 7.

"propósitos" que situam a interpretação podem ser traduzidos como os preconceitos no sentido que Gadamer atribui a essa palavra, ou seja, vetores que guiam de maneira normativa o olhar do intérprete para os objetivos de sua prática"⁸⁹³.

Da mesma forma, podemos reconciliar a Crítica Hermenêutica do Direito e o interpretativismo, quando Streck, a partir de Gadamer, afirma que "quem interpreta já compreendeu e sempre tem uma pretensão de verdade"⁸⁹⁴. Me parece que a pretensão de veracidade de valores morais (de primeira ordem) enunciados pelos intérpretes, conduzem todo o modelo interpretativo proposto por Dworkin, inclusive, a necessidade de coerência (de princípio) relativa ao integrativismo. Isso porque quem interpreta, já intuiu, e lança seus argumentos acreditando sinceramente que suas crenças são verdadeiras.

No que concerne à capacidade de atribuição valor de verdade às interpretações, "a hermenêutica filosófica se coloca onde não temos nem o puramente empírico, o puramente lógico como fundamento, aquilo que é afirmado dentro de um contexto rígido, nem aquilo que pode ser estabelecido tendo por base o fundamento último (*fundamentum inconcussum*), mas aquilo que se dá na fluidez da própria história, da própria cultura" Do que decorre a leitura de Streck de que "Dworkin, ao elaborar a tese da resposta correta, só consegue lograr seu intento ao abraçar a tese interpretacionista/interpretativista. E esta se coloca no âmbito desse lugar intermediário, em que nem o sujeito é assujeitado e nem o sujeito é assujeitador"⁸⁹⁵.

Ademais, quando abordei, na seção "direito e moral: interpretação valor e verdade", a partir de Jung, a possibilidade de uma circularidade (positiva) do pensamento de Dworkin - o que seria bastante atacável porque o próprio Dworkin refere que, no âmbito da dependência da teoria imposta à melhor concepção de direito como interpretação, a circularidade dos argumentos implicaria na impossibilidade de distinguir o interpretar e o inventar⁸⁹⁶ - pressupus, "à sua melhor luz", o conceito de

⁸⁹³ JUNG, Luã Nogueira. [Hermenêutica filosófica e direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin](https://www.conjur.com.br/2021-set-11/diario-classe-hermeneutica-filosofica-direito-dialogo-entre-gadamer-dworkin/#_ftn5) **Consultor jurídico**, São Paulo, 11 set 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-11/diario-classe-hermeneutica-filosofica-direito-dialogo-entre-gadamer-dworkin/#_ftn5

⁸⁹⁴ HERMENEUTICA JURÍDICA. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

⁸⁹⁵ VERDADE. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 394 e 442.

⁸⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 254.

círculo hermenêutico da hermenêutica filosófica que acredito ser conciliável com a proposta interpretativista. Conforme define o professor Streck,

o círculo hermenêutico trata da constante projeção que o intérprete realiza em relação ao objeto – projeção que é fruto de suas pré-compreensões, de sua historicidade – e, na medida em que esta projeção se choca com o objeto em questão, há o retorno crítico à própria projeção inicial. Abre-se uma possibilidade de autoconsciência da historicidade do intérprete. Gadamer chama de “consciência da história efetual” (*wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*). É por isso que falamos que a circularidade hermenêutica é positiva, e não a má circularidade em que os preconceitos se apropriariam e deformariam o texto interpretado⁸⁹⁷

Mais uma vez, tanto para Streck (e a hermenêutica filosófica), quando para Dworkin, a verdade não é uma formulação única e definitiva. Isso se dá porque, conforme Streck, “o circuito da interpretação permite que tanto o sujeito quanto o objeto contribuam para a compreensão, e a prática interpretativa é sempre renovada, não há um ponto de chegada definitivo, como a conclusão de um raciocínio lógico. (...) Ela [a verdade] se faz dentro de situações determinadas, históricas e pessoais”⁸⁹⁸. Não me parece que, se analisada de maneira otimista, a proposta de uma interpretação perspectivada infrinja esse postulado de renovação (reflexiva) da tradição⁸⁹⁹. É neste contexto, inclusive, que acredito que o valor da integridade política (pura) se torna mais evidente e necessário como critério para as decisões judiciais. O que, em certa medida, estaria no mesmo sentido do que afirma Streck na seguinte passagem:

Correta, pois, a advertência de Dworkin, ao lembrar que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, *nenhum argumento é melhor do que o outro e de que o raciocínio jurídico é uma perda de tempo*. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a ideia inerente ao conceito de direito em si

⁸⁹⁷ STRECK, Lenio. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 199/2023, p. 1-16, Nov – Dez, 2023. p.2.

⁸⁹⁸ LITERALIDADE. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 189.

⁸⁹⁹ Desenvolvi o conceito de contrapúblicos interpretativos visando justamente essa possibilidade de compatibilização. Ver. BERNST, Luísa. **Contrapúblicos interpretativos**: Uma provocação feminista às respostas corretas em direito. Salvador: Juspodvim, 2022

de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam*⁹⁰⁰.

Outra possibilidade de reconciliação seria a (parcial) concessão feita por Streck ao liberalismo igualitário/igualitarismo liberal (teoria política) como fonte de legitimidade do direito – coerção do estado e, apesar de longa, vou fazer a referência na íntegra para não correr o risco de poluir com a interpretação defendida até aqui

São dois campos distintos. Moral não corrige o direito. Se admitíssemos correções morais, o direito deixaria de ser direito. Claro, alguém poderia dizer: mas o direito a fazer escolhas morais é um direito legitimamente protegido pelo próprio direito. É verdade. Uma leitura de Dworkin vai ajudar a deixar isso mais claro. O direito só é legítimo quando seus fundamentos observam os princípios da dignidade humana, a saber: o reconhecimento do valor objetivo de toda vida humana e a garantia da autenticidade, quer dizer, de uma autonomia na eleição daquilo que é valioso para cada um de nós.

Traduzindo estes abrangentes princípios de moralidade política para o direito, chegamos a outros dois: a igualdade de tratamento ou o dever de igual consideração e respeito por parte do Poder Público em relação ao membro da comunidade; e o dever de respeitar a responsabilidade pessoal de cada indivíduo pelas suas próprias escolhas, a observância de uma esfera de não intervenção.

Então, retomando: sim, é verdade que o dever de respeitar as escolhas morais, as decisões individuais a respeito de alguns assuntos (em síntese, questões éticas), é algo juridicamente protegido. Mas essa proteção não está solta no ar: ela tem uma história e um contexto a serem, igualmente, levados em consideração quando se faz uma afirmação deste tipo.

Não é qualquer escolha moral que conta com proteção jurídica; para merecer esta proteção, a escolha deve, ela também e em primeiro lugar, obedecer às restrições inerentes à dignidade humana. Perdoem a digressão, mas pensem nisto: quando alguém diz "eu tenho o direito de fazer isto", ele está invocando o direito em seu favor. E o direito é coisa distinta da moral, é algo que depende não apenas da moralidade privada, mas daquela moralidade política, construída intersubjetivamente.

(...)

⁹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 499.

Numa palavra, ainda: os juristas devem se dar conta - apesar de isso ser difícil de explicar - que quando alguém berra "mas eu tenho o direito à liberdade religiosa", ou coisa assim, há uma estrutura pré-concebida, um sistema (Dworkin diria "de princípios") na qual se ajusta, se encaixa, a afirmativa. Do contrário, ela nada significa. Eu só posso "ter um direito" em um Estado em que os direitos são respeitados; e o fundamento para respeitá-los é, sim, moral. Essa fundamentação é circular. Por perceber isso é que Dworkin trabalha com a metáfora da árvore em detrimento do que ele chama de *two systems view*, que ele admite ter adotado nos seus primeiros textos, Repito: difícil de explicar; mas é iluminador.⁹⁰¹

Diante desta última leitura mais abrangente de Streck, podemos inferir que algumas incompatibilidades entre a formulação do igualitarismo liberal (puro), aprofundada na obra *A virtude soberana*, e o postulado pelo autor como critério de legitimidade do direito. No entanto, penso ser possível compatibilizá-la com a *integridade inclusiva* (diferente da integridade pura) trabalhada na obra *O império do direito*. Isso porque é inegável que, além das decisões substantivas sobre os resultados dos processos políticos (distribuição de encargos, direitos, deveres e responsabilidades), o direito também é composto de um conjunto específico de *restrições institucionais*. A relevância dessas restrições muitas vezes depende da posição ocupada pelo agente responsável por tomar decisões políticas. Dworkin oferece dois exemplos claros: as doutrinas dos precedentes e a supremacia legislativa.⁹⁰² Nesse sentido, e levando em conta a possibilidade de compartimentação,

A supremacia legislativa, que obriga Hércules a aplicar as leis, meso quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneiras distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato⁹⁰³

Para Dworkin, decisões substantivas envolvem questões como a distribuição de recursos (por exemplo, impostos) ou o estabelecimento de esquemas de justiça

⁹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito**. São Paulo: Dialética, 2023. p. 108-109 e 110-111

⁹⁰² NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 237.

⁹⁰³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 483.

(como a criminalização de determinadas condutas). No entanto, o direito abrange mais do que isso: também inclui escolhas institucionais, que fazem parte dos materiais jurídicos. Ignorá-las significaria desrespeitar a integridade do sistema jurídico⁹⁰⁴. Isso porque as doutrinas dos precedentes e da supremacia legislativa, por si só, não determinam o conteúdo do direito ou o significado de uma parte da prática jurídica em relação a esse conteúdo, pois elas mesmas fazem parte dessa prática. O texto claro de uma norma deve ser aplicado pelos juízes (ou seja, nesses casos, eles devem reconhecer que o texto claro da lei corresponde ao direito aplicável) não apenas por conta da supremacia legislativa, mas pela relevância que essa supremacia adquire no contexto do modelo da integridade.⁹⁰⁵

Diante do exemplo privilegiado que representa a teoria política para a virtude da justiça, centrada, em Dworkin, na igual consideração e respeito (distribuição adequada de recursos), Neiva aproxima do contexto brasileiro.

A Constituição Brasileira adota um princípio de igualdade com forte viés redistributivo. Um juiz pode reconhecer esse princípio e desejar que o legislador ou o constituinte adotem medidas que concretizem essa igualdade, como a implementação do imposto sobre grandes fortunas para financiar programas sociais e promover a distribuição de renda. No entanto, mesmo acreditando que essa seria a medida ideal do ponto de vista da justiça, o juiz estaria violando a integridade do direito ao considerar que esse imposto já existe no Brasil, ou que o Estado poderia cobrá-lo sem a aprovação de uma lei específica⁹⁰⁶.

A virtude da integridade política, base do modelo do direito como integridade, procura incorporar de forma coerente as demandas dessas três virtudes (equidade, justiça e devido processo legal). No entanto, não é possível negar que, dentre elas, a Justiça tem uma posição privilegiada, posto que é justificada na virtude soberana. Para compatibilizar as exigências das três virtudes (da justiça, equidade e do devido processo), dos contornos da prática jurídica (que inclui escolhas institucionais como

⁹⁰⁴ NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 242.

⁹⁰⁵ NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 240.

⁹⁰⁶ NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 241

questões moralmente relevantes) e a força gravitacional da justiça substantiva, Dworkin introduz a distinção entre integridade inclusiva e integridade pura⁹⁰⁷.

No entanto, quando consideradas em relação à justiça, os juízes se deparam com outro tipo de integridade. Um juiz poderia se perguntar: "E se fosse possível ignorar todas as restrições institucionais e focar apenas na justiça e na coerência entre os princípios jurídicos que permeiam o sistema?". Essa reflexão revela o que Dworkin chama de integridade pura, que convida os juízes a imaginar como o direito seria se pudessem buscar coerência apenas nos princípios de justiça, sem as limitações das escolhas institucionais. A integridade pura, assim, autoriza os juízes a desconsiderar essas escolhas e buscar coerência com base na virtude da justiça nas decisões substantivas da comunidade.

O princípio adjudicativo que governa nosso direito aplica a integridade *inclusiva*: isso exige que um juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada. A ressalva "tanto quanto possível" reconhece o que já vínhamos percebendo, que a devida atenção a uma dessas virtudes, numa demonstração geral do direito, implicará às vezes um acordo quanto ao nível de integridade que pode ser alcançado em outro (...) Tal conceito convida-o a considerar o que o direito seria se os juízes fossem livres simplesmente para buscar coerência nos princípios de justiça que permeiam e unem as diferentes áreas do direito.

O direito que temos, o direito contemporâneo e concreto para nós, é determinado pela integridade inclusiva. Esse é o direito do juiz, o direito que ele é obrigado a declarar e colocar em vigor. O direito contemporâneo, entretanto, contém um outro direito que delimita suas ambições para si próprio; esse direito mais puro é definido pela integridade pura. Compõe-se de princípios de justiça que oferecem a melhor justificativa do direito contemporâneo, posto que não são vistos a partir da perspectiva de nenhuma instituição em particular, abstraindo, desse modo, todas as restrições de equidade e de processo que a integridade inclusiva exige. Essa interpretação purificada se dirige não aos deveres distintos de juízes ou legisladores, ou a qualquer órgão ou instituição política, mas diretamente à comunidade personificada. Declara como as práticas da comunidade devem ser reformuladas para servirem, de modo mais coerente e abrangente, à visão de justiça social que parcialmente adotou, mas

⁹⁰⁷ NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 244

não estabelece qual a função que cada autoridade possui nesse grande projeto⁹⁰⁸.

A proposta de Lenio Streck, vejamos, está muito mais vinculada ao conceito dogmático de direito quando afirma que

Outro aspecto que deveria merecer maior atenção - e constrangimento epistemológico - é a insistência do Judiciário no sentido de que possuímos um "sistema de precedentes", sem que tenhamos ainda claro o próprio conceito de precedente; na prática, os Tribunais Superiores constroem precedentes para o futuro, por meio de teses, que, olhadas detalhadamente, mostram-se normas gerais e abstratas, com detalhamentos que jamais seriam feitas pelo legislador; do mesmo modo, usa-se o instrumento da interpretação conforme à Constituição como meio para legislar, editando-se novos textos jurídicos⁹⁰⁹.

Podemos, então, compatibilizar a proposta da Crítica Hermenêutica do Direito com a “gramática” de Dworkin, o que não deixa de considerar as tantas outras afinidades entre as duas propostas, especialmente, no que se relaciona à hermenêutica filosófica. No início desta seção referi que Ronald Dworkin, na obra *Justiça para ouriços*, considera que existem duas grandes teorias que postulam definir o conceito dogmático do direito. A interpretativista, por ele defendida, e a positivista. Por maior que tenha sido o meu esforço para demonstrar a coerência interna do argumento do autor e que eu reconheça a “elegância do ouriço”; acredito que a empreitada teórica desenvolvida pelo professor Lenio Streck, diante do contexto brasileiro, é paradigmática e pensando sinceramente que interpretações “regionalizadas” não devam ser de plano desconsideradas – muito pelo contrário, penso que agregam complexidade às espirais do círculo –, tendo sido a Crítica Hermenêutica do Direito uma teoria desenvolvida a partir da nossa realidade, a Resposta adequada à Constituição é a verdadeira resposta correta. Nesse sentido, postulo que, no âmbito da teoria nacional, passemos a defender um conceito de direito, nem interpretativista, nem positivista, mas dogmático hermenêutico.

⁹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 484-485.

⁹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito**. São Paulo: Dialética, 2023. p. 230.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabendo que todas as interpretações não são finitas, minha parada e, espero que também, o ponto de partida que ensejou o desenvolvimento da presente pesquisa, se encontrem na afirmação de que a realização do ideal de justiça depende do desenvolvimento de perspectivas teóricas, especialmente no âmbito do direito, engajadas em romper com os dogmas do positivismo jurídico. Este talvez seja o principal elemento compartilhado entre as propostas do professor Lenio Streck e de Ronald Dworkin. Por mais audaciosa que tenha sido a escolha do tema que, em certo sentido, coloca em evidência a incompatibilidade teórica entre os postulados centrais do interpretativismo e da Crítica Hermenêutica do Direito, espero ter sido, ao menos, responsável na leitura que propus e na forma que apresentei as teorias abordadas neste trabalho.

Reconheço, também, a complexidade e abrangência das teses que coloquei em diálogo, as quais se estruturam a partir de paradigmas de racionalidade advindos da filosofia que, diante de sua complexidade, mereceriam um maior aprofundamento. Contudo – e me parece que a estrutura desta tese reflita este argumento –, penso que seja necessária a consideração das justificativas articuladas no âmbito do liberalismo igualitário proposto por Dworkin para compreendermos adequadamente o “point” de sua teoria da interpretação como um todo e, especialmente, da que se refere ao (melhor) conceito de direito. Muito provavelmente essa proposta não seja a leitura mais ortodoxa da obra de Dworkin, mas acredito que ilumine alguns pontos extremamente controversos da tese da unidade do valor que acabam sendo trazidos ao debate (apenas) a partir da obra *Justiça para ouriços*.

Nesse sentido, refiro que a proposta de integração entre ética e moral, basilar para a teoria abrangente dos valores desenvolvida/aprofundada em sua última publicação em vida (*Justiça para ouriços*), na qual o autor faz referência expressa às teorias políticas de Platão e Aristóteles como um “terceiro nível” à análise interpretativa, foi esboçada desde o princípio do desenvolvimento de sua teoria política (liberalismo igualitário). Isso porque, como foi apresentado, ainda que endosse os princípios clássicos do liberalismo político (liberdade, igualdade e fraternidade), busca fundamentá-los não na moralidade pública, como faz Rawls, por exemplo, mas numa ética liberal igualitária, segundo a qual justiça (moral) e bondade (ética) não podem entrar em conflito.

A metáfora da árvore sempre referida quando tratamos da teoria do valor desenvolvida em *Justiça para ouriços*, a partir da qual Dworkin apresenta o direito como um ramo da moralidade política que, por sua vez, é um ramo da moral pessoal (ética), já aparece na obra *O império do direito*, quando o autor apresenta os conceitos de interpretação e defende que as concepções (éticas) dos indivíduos representam compromissos que, por óbvio, não são neutros e atribuem valor à interpretação de conceitos como o de direito, justiça e democracia. Portanto, “a coisa muito importante sabida pelo ouriço” é, para Dworkin, este valor construído a partir da integração entre ética (concepções) e moral (conceitos).

Por este motivo, a aproximação entre a hermenêutica filosófica e o interpretativismo é possível (somente) porque essas teorias compartilham os pressupostos da virada linguística, mas o seu limite (afastamento) é estabelecido pela própria tese da unidade do valor. Da mesma forma – e daí decorre minha insistência em um olhar da teoria do direito dworkiniana a partir de sua teoria política – o liberalismo igualitário compartilha um “chão comum” com a proposta de John Rawls, por exemplo, mas dele se afasta justamente pelo valor de sua interpretação do liberalismo ser resultante da integração entre ética e moral.

Insisto neste ponto (integração entre ética e moral) porque penso que ele seja a chave para compreendermos o interpretativismo proposto por Dworkin, especialmente, se estivermos comprometidos com uma interpretação nos moldes propostos pelo autor desde seus ensaios iniciais: buscando analisar o objeto à sua melhor luz, levando em consideração sua intencionalidade (substância). O percurso teórico percorrido por Dworkin, cujo ponto de partida foi a teoria do direito, se estruturou, inicialmente, no modelo tradicional dos dois sistemas normativos (Modelo de regras I) para afirmar que o direito inclui não somente regras, mas princípios justificativos da prática jurídica. Essa análise a partir de dois quadros normativos foi flexibilizada logo em seguida (Modelo de regras II – ambos os ensaios foram publicados na obra *Levando os direitos a sério*).

A leitura mais difundida, pelo menos no Brasil, de que a teoria abrangente dos valores proposta por Dworkin ganha robustez somente com a publicação da obra *Justiça para ouriços*, talvez encontre fundamento na afirmação do próprio autor naquela obra de só teria percebido completamente a natureza do modelo que propõe quando começou “a pensar nas questões mais abrangentes deste livro”. Tal afirmação geralmente acaba associada ao desenvolvimento da tese da objetividade moral/

independência do valor – como vimos articulada de forma mais consistente já na publicação do ensaio “filosófico” *Objetividade e verdade: melhor você acreditar* (1996). Contudo, sob a perspectiva do ouriço, que sabe “uma grande coisa”, a teoria do valor se justifica (também) na tese da unidade/holismo valorativa, desenvolvida desde sua teoria (da moralidade) política, ainda tímida nas obras *Levando os direitos a sério* (1977) e *Uma questão de princípio* (1985), mas de forma mais contundente e explícita nas *Tanner lectures Foundations of Liberal Equality* (1990), posteriormente publicado na obra *A virtude soberana* (2000).

Em relação ao liberalismo igualitário, cujo enfoque utilizo para reforçar meu argumento de que a integração entre ética e moral (unidade do valor) é onde reside a consistência e inovação do interpretativismo e, desde muito cedo, esteve vinculada ao desenvolvimento da teoria do direito de Dworkin, na medida em que, desde *O império do direito*, a moralidade política figura como critério do uso aspiracional do conceito dogmático e interpretativo de direito. Isso porque é na teoria política que a legitimidade do direito se estrutura a partir de dois pressupostos: primeiro, do relativo ao papel do Estado, o qual deve atuar de maneira a tornar a vida de seus cidadãos melhores, mostrando que considera de forma igual a vida de cada um. Segundo, na medida em que a teoria política da justiça descreve os ideais e os princípios que devemos aceitar como base para a ação coletiva, a ética (liberal) deve fazer parte de qualquer fundamentação que tenha este propósito.

Para o autor, por conseguinte, o liberalismo não pode se restringir a enfrentar essas questões controversas que definem o que é justo somente no âmbito político (público) porque não é o engajamento em uma moral coletiva que torna os princípios categóricos, mas a sua consideração da justiça a partir da ética liberal. Nesse sentido, na teoria da interpretação apresentada em *O império do direito* vincula-se a continuidade das instituições no decorrer da história, o que é essencialmente hermenêutico, mas a atividade do teórico(intérprete) é prática (no sentido aristotélico) e, portanto, influenciada por pontos de vista. Essas concepções devem ser fundamentadas para que sejam consideradas verdadeiras mediante a interação entre as dimensões de adequação e valor dos argumentos consideradas como exigências de moralidade política e, portanto, determinadas por circunstâncias e contextos específicos.

Nesse sentido, o direito como conceito interpretativo nos moldes como defende Dworkin irá influenciar o último estágio de sua teoria do direito, que é o da decisão

judicial. Isso porque as decisões estão relacionadas com a premissa de que a prática jurídica compreende (e dela é indissociável) um elemento substantivo (valor) que impõe uma forma de justificação que considere o empreendimento à sua melhor luz, o que conduz à construção de uma resposta correta, fundamentada não em um conceito estrito de legalidade (argumento da democracia/maiorias, que fundamenta uma postura cética em relação ao papel da Suprema Corte em decidir casos moralmente controversos), mas engajado em um ideal (substantivo e objetivo) de justiça.

Se, para Dworkin, cuja teoria jurídica se desenvolve no âmbito da tradição do *common law*, a integridade é um critério de legitimidade da interpretação judicial vinculado à prática e, portanto, a realização da justiça a partir de um ideal de moralidade política que transcende a institucionalidade; para Lenio Streck, este critério, diante da realidade brasileira, é a Constituição Federal – estatuto jurídico do político, de caráter compromissório e dirigente, que garante a autonomia necessária para a garantia da democracia em países de modernidade tardia e com imensa desigualdade social e de participação política.

Nesse sentido, a aproximação entre as teorias interpretativista e a Crítica Hermenêutica do Direito, como propõe o professor Lenio Streck é possível no nível teórico de compreensão do conceito dogmático de direito que, segundo Dworkin, estaria polarizado entre positivismo e interpretativismo. Contudo, se aderirmos completamente ao paradigma hermenêutico, o que parece bem justificado diante das imposições do contexto brasileiro, o integrativismo perde seu *point* porque as diferenças (limites) entre as matrizes filosóficas em que estão alicerçados tais empreendimentos teóricos, impõe o abandono do ponto central do argumento de Dworkin: a capacidade de justificar as práticas interpretativas mediante o ajuste (valorativo) de “concepções” em “conceitos”.

Finalmente, postulo que passemos a compreender o conceito dogmático de direito, a partir da Crítica Hermenêutica, não como um conceito interpretativo, nem positivista, mas como um conceito essencialmente hermenêutico.

7. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBEY, Ruth. **Charles Taylor**. Teddington: Acumen, 2000.

AGUIAR E SILVA, Joana. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Carlos & Mário**: correspondências de Carlos Drummond de Andrade e Mário de Andrade. Rio de Janeiro: Bem-Te-Vi, 2002

ANDRADE, Oswald. Manifesto Antropofágico. **Revista de antropofagia**, São Paulo, ano 1, n.1, maio, 1928.

ANDRADE, Oswald. Manifesto pau-brasil. **Correio da Manhã**, Rio de Janeiro, n. 9.147, ano XXIII, 18 mar. 1924. Disponível em <
<https://memoria.bn.gov.br/DOCREADER/docmulti.aspx?BIB=089842>> Acesso em set 2024.

ARANHA, Graça. A emoção estética na arte moderna. In: ANDRADE, Mario de; CARPEAUX, Otto Maria. **Modernismo** – do surgimento no mundo à explosão do movimento no Brasil. São Paulo: Faro, 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 9.

BARBOSA, Rui. **O júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fundação casa de Rui Barbosa, 1976. (Coleção Obras Completas de Rui Barbosa, VOL. XXIII. 1896 TOMO III)

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A decisão judicial no Common Law: Utilidade, maximização de riqueza ou integridade? In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

BARNES, Jonathan. Metaphysics. In: BARNES, Jonathan (Ed.). **The Cambridge Companion to Aristotle**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2003.

BARZOTTO, Luiz Fernando. POSTIVISMO JURÍDICO. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BELLUZZO, Ana Maria de Moraes. O surto modernista. In: BELUZZO, Ana Maria de Moraes (org). **Modernidade**: vanguardas artísticas na América Latina. São Paulo: Memorial UNESP, 1990.

BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox**: an essay on Tolstoy's views of history. Londres: Weindfeld & Nicolson, 1953.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: Henry Hardy (ed). **Liberty**: incorporating four essays on liberty. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BERNSTS, Luísa Giuliani. O ofício do professor e sua repercussão no modo-de-ser antropofágico da Crítica Hermenêutica do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). **Um tributo a Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, de Lenio Streck – 25 anos depois**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

BERNSTS, Luísa. **Contrapúblicos interpretativos**: Uma provocação feminista às respostas corretas em direito. Salvador: Juspodvim, 2022.

BIX, Brian. **Teoria do direito**: fundamentos e contextos. São Paulo: Triant Lo Blanch, 2020

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Roma: Laterza, 2011. p. 50.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. El igualitarismo liberal de Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **La comunidad liberal**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1951/2021**. Dispõe sobre reserva da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais serão preenchidas por mulheres. Autoria: Senador Angelo Coronel. Brasília, DF: Senado Federal, 2021.

BRUNER, Jerome. **Fabricando histórias**: direito, literatura, vida. São Paulo: letra e voz, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. Law, Moral Facts and Interpretation: A Dworkinian Response to Mark Greenberg's Moral Impact Theory of Law. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Ontario, v. 32 , Issue 1, p. 5-43, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas. A integridade e o fundamento da comunidade política: uma análise do capítulo 6 de Law's Empire. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CAMPS, Victoria; Presentación. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 11-28. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo**. In: Cadernos de direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. (Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 8).

CHUEIRÍ, Vera Karam de. **Filosofia do direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea**. 5ª ed. Andradina: Meraki, 2020.

COELHO, André Luiz Souza. Dworkin e Gadamer: qual conexão?. **PERI**, Florianópolis, v.6, n.1, p. 19-43, 2014.

COGNITIVISMO E NÃO COGNITIVISMO MORAL. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El canon neoconstitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. (Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 8)

CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics. **University of Chicago Legal Forum**, Chicago, v. 1989. Issue 1, article 8, p. 138-167, 1989.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 111, p. 55-69, jun, 2005.

DESVELAR. DOGMÁTICO. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. [São Paulo]: Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/2NmM/desvelar-2/> Acesso em 10 mar 2024.

DOGMÁTICO. In: MICHAELIS moderno dicionário da língua portuguesa. [São Paulo]: Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/dogm%C3%A1tico/> Acesso em 10 mar 2024.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Do Values Conflict? A hedgehog's approach. **Arizona Law Review**, Arizona, vol. 43, pp. 251-259, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court. **Alberta Law Review**, Edmonton, vol. 22, n. 2, p. 324-346, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. Foundations of liberal equality. In: DARWALL, Stephen. **Equal freedom**. Michigan: The university of Michigan Press, 1995. (Selected Tanner lectures on humans value).

DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. [entrevista cedida a] Octávio Ferraz. **Novos Estudos (CEBRAP)**, São Paulo, n.77, p. 233-240, mar, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Liberal Community. **California Law Review**, California, vol. 77, n. 3, p. 479-504, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, Vol. 25, No. 2. P. 87-139, primavera, 1996.

DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. In: **Universitas Jus**, v. 24, n. 13, p.1-31. Brasília, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. What is Equality: Part IV: Political Equality. **University of San Francisco Law Review**, São Francisco, vol. 22. n. 1, p. 1-31,1987.

DWORKIN, Ronald. What is equality? Part I: Equality of Welfare. **Philosophy and Public Affairs**, Nova Jersey, vol. 10, n. 3, p. 185-246, 1981.

DWORKIN, Ronald. What is equality? Part III: the place of liberty. **Iowa Law Review**, v.1, n. 73, p. 1-54, 1987.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Jesinoski v. Countrywide Home Loans**. Washington, 2015. Disponível em: <
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/574/259/>> Acesso em: 10 mai 2024.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI. **direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FIORAVANTTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 4º ed. Trotta: Madrid, 2003.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GIL, Fernando Cesaria. Breves notas sobre um campo em conflito: ainda sobre o regionalismo e o modernismo. In: CORDEIRO, Rogério; BONOMO, Daniel; PASINI, Leandro (orgs). **Aberto para balanço**: ensaios de revisão crítica do modernismo brasileiro. Belo Horizonte: Fino Traço, 2022.

GOMES, David; ROSA, Leandro Gomes Penteado. O maior desafio: pragmatismo e personificação. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

GONZÁLEZ, José Calvo. **La justicia como relato**. Málaga: Ágora, 2002.

GREEN, Michael S. Dworkin's Fallacy, or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law. **Virginia Law Review**. Charlottesville, N. 8 . Vol. 89. p. 1897-1952, dez. 2003.

GUASTINI, Riccardo. A “constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. A concepção científica do mundo – O Círculo de Viena. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. In: **Cadernos de História e Filosofia da ciência – UNICAMP** Campinas: v.10, p. 5-20, 1986.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Campinas: Unicamp, 2012. (coleção multilíngues de filosofia Unicamp)

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2015.

HERMENEUTICA JURÍDICA. In: n: STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de **Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos. 2.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

JUNG, Luã Nogueira. A filosofia política de Ronald Dworkin: objetividade moral, liberalismo político e crítica comunitarista ao atomismo liberal. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 9. n.1, p. 111-130, julho de 2016.

JUNG, Luã Nogueira. Hermenêutica filosófica e direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin **Consultor jurídico**, São Paulo, 11 set 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-11/diario-classe-hermeneutica-filosofica-direito-dialogo-entre-gadamer-dworkin/#_ftn5

JUNG, Luã Nogueira. Filosofia no Direito (2): o problema da verdade. **Consultor jurídico**, São Paulo, 15 jan 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-15/diario-classe-filosofia-direito-problema-verdade/>

JUNG, Luã Nogueira. Levando Dworkin a sério: um guia de leitura. **Consultor jurídico**, São Paulo, 24 set 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-24/diario-classe-levando-filosofo-ronald-dworkin-serio-guia-leitura/>.

JUNG, Luã Nogueira. Levando Dworkin a sério: uma revisão (crítica) da teoria do direito de Ronald Dworkin. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) – Escola de direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/luã_jung.pdf. Acesso em: 10 abr 2023.

JUNG, Luã Nogueira. **O espinho do ouriço: Metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin.** São Paulo: Juspodvim, 2023. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação)

KANT, Immanuel. **Teoría y práctica.** Madrid: Tecnos, 2011.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, XXXX.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do direito.** Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1997.

LITERALIDADE. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

LOIS, Cecília Caballero; DUTRA, Delamar José Volpato. Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Jürgen Habermas. **Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, n. 55, p. 233-252, dez. 2007.

LOIS, Cecília Caballero. Da união social à comunidade”o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico liberal de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecília Caballero. **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo.** A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça. São Paulo: Landy, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História – lições Introdutórias.** 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

LOPES, Ziel Ferreira. O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?. **direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 58, p. 460-480, jan./jun. 2021

LOPES, Ziel Ferreira. **Onde habita o juiz héracles?** uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese (doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2020.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentário a integridade no direito (império do direito – capítulo VII). In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos.** Belo Horizonte: Arraes, 2018.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. in: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin e a teoria do direito: o direito em desacordo**. São Paulo: Almedina, 2022.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Bauru: EDUSC, 2001.

MARGIOTTA, Constanza. Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Com una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, Bologna: Il Mulino, v. 30, n.2 , p. 387-426, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, anno XVII, n. 3, p. 985-1100, 1963.

MAUÉS, Antonio Moreira. A Constituição: Hércules sobe e desce do olimpo. In: In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

MELLO, Cláurido Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, vol. 22, n. 2. p. 723-753, mai-ago, 2017.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro "A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade". **Universitas jus**, Brasília, v. 24, n.1, p.89-118, jan-jun 2013.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2ª ed. São Paulo: Juspodvim, 2021. (Coleção Hermenêutica, Teoria do direito e Argumentação)

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Filosofia Constitucional**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2017.

MOTTA, Francisco Jose Borges. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática. 2014. Tese (doutorado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica democrática: a leitura moral da Constituição e o Novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEIVA, Horácio. Justiça, integridade inclusiva e escolhas institucionais. In: COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito: ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

NEVES, Antonio Castanheira. **Questão-de-facto e questão-de-direito**. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967

NEVES, Castanheira. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V. II. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NINO, Carlos Santiago. Ética analítica contemporânea. In: CAMPS, Victoria; GUARIGLIA, Osvaldo; SALMERÓN, Fernando (ed). **Concepciones de la ética**. Madrid: Trotta, 1992. p. 131-152. (Enciclopédia Ibero-americana de filosofia do direito, v.2).

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PINTO, Gerson; Lemos, Fabrício. O diálogo entre Habermas e Rawls os fundamentos da justificação pública democrática em sociedades pluralistas. In: **Quaestio Iuris**, v. 12, n.2, pp. 198-224. Rio de Janeiro, 2009.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

RABENHORST, Eduardo, R. TEORIA DA JUSTIÇA. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

- RAWLS, John. **História da filosofia moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Lua nova**, Florianópolis, n. 25, p. 25-59, 1992.
- RAWLS, John. Justice as Fairness: political not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton, v. 14, n. 3, p. 223-251, Verão, 1985.
- RAWLS, John. Kantian Constructivism in Moral Theory. In: FREEMAN, Samuel. **John Rawls**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, vol. 7, n. 1, p.1-25, Primavera, 1987.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. v. 3. São Paulo: Paulus, 2005
- RIPSTEIN, Arthur. Liberty and Equality. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.
- ROSA, Leonardo Gomes Penteado. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2014.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 2005.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Lima: Palestra Editores, 2007. (Serie Derechos y garantías, 5).
- SANDEL, Michael. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed**. University of Michigan Public Law, Working Paper n. 7, fev 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Acesso em 27 mai 2024.
- SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: A *short* guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur. **Ronald Dworkin**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.
- SILVA, Filício Mulinari e. Sobre a “parte ii” das Investigações Filosóficas de Wittgenstein: das possíveis abordagens de leitura. **Synesis**, Petrópolis, , v. 11, n. 1, p. 20-38, jan/jul 2019.

SILVEIRA, Denis Coitinho. A ética aristotélica das virtudes: compatibilismo entre o universalismo e o particularismo. In: SILVEIRA, Denis Coitinho. **Ensaio sobre Ética: complementaridade entre uma ética dos princípios e das virtudes**. Pelotas: Editora e Gráfica Universitária, 2008.

SILVEIRA, Denis. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. In: **Trans/Form/Ação** v. 32, n.1. São Paulo, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir. In: **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.

STAVROPOULOS, Nico. LEGAL INTERPRETATIVISM. In: ZALTA, Edward Z. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2011. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>. Acesso: mai 2024.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. Injuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 1996.

STEIN, Ernildo. **Seminário sobre a verdade: lições introdutórias para a leitura do parágrafo 44 de Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luis; JUNG, Luã Nogueira. Kelsen e a metaética: empirismo lógico, emotivismo e discricionariedade judicial. In: **Revista da faculdade mineira de direito** - Puc Minas. Belo horizonte, v. 25, n. 50, p. 283-304, 2023. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/direito/article/view/29599>. Acesso em: 16 jul. 2024.

STRECK, Lenio Luiz; JUNG, Luã Nogueira; BERNSTES, Luísa Giuliani. Comunitarismo e liberalismo: implicações do debate para a teoria do direito. **Revista Brasileira de direito**, Passo Fundo, vol. 18. n. 2, p. 1-20, mai-ago, 2022.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?. **Pensar: revista de ciências jurídicas**. Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito** – hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2 ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no direito**. São Paulo: Dialética, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

STRECK, Lenio Luiz. Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodvim, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 40, n. 132, p. 185-208, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**. São Leopoldo, n. 2, vol. 4, p.185-192, jul./dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. **Observatório da jurisdição constitucional**, ano 7, n. 2 , p. 25-48, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio. A pureza do direito kelseniana. In: **Estado da Arte**. São Paulo, 26 nov 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/pureza-kelsen-streck/#:~:text=A%20%E2%80%9Cpureza%E2%80%9D%2C%20em%20Kelsen,sua%20%E2%80%9Caplica%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D%2C%20normas.>

Acesso: 15 mar 2023

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. MORBACH, Gilberto. (Autonomia do) direito e desacordos morais. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 119, p. 253-289., Jul-dez 2019.

STRECK, Lenio. Um manifesto antirrelativista: só há interpretações porque existem fatos, regras e princípios a serem interpretados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 199/2023, p. 1-16, Nov – Dez, 2023.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAYLOR, Charles. Cross-purposes: the liberal-comunitarian debate. In: ROSENBLUM, Nancy L. **Liberalism and the moral life**. Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

THIEBAUT, Carlos. **Los limites de la comunidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

THIEBAUT, Carlos. Sujeto liberal y la comunidad: Rawls y la unión social. **Estudios Políticos**, Medellín, n. 10, p. 37-55, jan-jun, 1997.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta de Magalhães. direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta; NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **direito & Literatura**: reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito e as condições de possibilidade para se compreender os fenômenos jurídicos. **Revisa Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XVII, n. 22, p. 258-268, jan./dez. 2013.

TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito: com Gadamer, contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente a teoria do direito contemporâneo. 2006. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. **RVMD**: Revista do Mestrado em direito UCB, Brasília, v. 10, n. 2, p. 406 – 430, jul-dez, 2016.

UNVEIL. In: CAMBRIDGE dictionary. Ingles-português. Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/unveil> Acesso em mar 2024.

VERDADE. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. 394.

WALTER, Robert. **Der Positivismus der Reinen Rechtslehre.** (In:) JABLONER, Clemens; STADLER, Friedrich (hrsg.). *Logischer Empirismus und reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule.* Wien: Springer-Verlag, 2001. p. 4-5. *Apud* STRECK, Lenio Luis; JUNG, Luã Nogueira. Kelsen e a metaética: empirismo lógico, emotivismo e discricionariedade judicial. In: **Revista da faculdade mineira de direito - Puc Minas.** Belo horizonte, v. 25, n. 50, p. 283-304, 2023. p. 287

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: Warat, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade.**, (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: Fisc, 1985.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. In: Warat, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou,** (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Los presupuestos kantianos y neokantianos de la teoria pura del derecho. In: Warat, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou,** (coord.): Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 248.

WIAECKER, Franz. **História do direito Privado Moderno.** Lisboa: CALOUSTE GULBENKIAN, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas.** São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996 (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.