

DWORKIN E A INTERPRETAÇÃO DE RAWLS COMO FILÓSOFO DO DIREITO

DWORKIN AND THE RAWLS' INTERPRETATION AS LEGAL PHILOSOPHY*

MARCOS ROHLING**

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, BRASIL

Resumo: A obra de Rawls é, certamente, um manancial de possibilidades e interpretações, no contexto da filosofia contemporânea. Dworkin, do mesmo modo, é um dos mais notáveis pensadores do direito. A propósito das críticas que sofreu Rawls de que teria dado pouco tratamento ao direito, Dworkin procura interpretar as principais contribuições do filósofo de Harvard à filosofia do direito. Nesse ínterim, confrontando o positivismo jurídico e o interpretativismo, sustenta que a teoria de Rawls estaria inclinada a recepcionar mais uma teoria do direito interpretativista do que uma positivista. Assim, o artigo apresenta a interpretação de Rawls como um filósofo jurídico levada a efeito por Dworkin avaliando se, realmente, a teoria de Rawls é mais compatível com o positivismo jurídico ou com o interpretativismo.

Palavras-chave: Dworkin; Rawls; Direito; Positivismo Jurídico; Interpretativismo.

Abstract: Rawls's work is certainly a walth of possibilities and interpretations in context of contemporary philosophy. Dworkin, likewise, is the most remarkable thinkers law. The purpose of the criticisms that Rawls suffered that would have given slightly treatment to law, Dworkin seeks to interpret the main contributioins of the Harvard philosopher to legal philosophy. Meanwhile, confronting legal positivism and interpretativism, argues that Rawls's theory would be more inclined to greet an interpretive theory of Law than a positivist. Thus, this paper presents the interpretation of Rawls as a legal philosopher carried out by Dworkin assessing whether, indeed, Rawls's theory is more compatible with legal positivism or with interpretativism.

Keywords: Dworkin; Rawls; Law; Legal Positivism; Interpretativism.

* Artigo recebido em 16/09/2012 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 17/10/2012.

** Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Bacharelado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1426156565430729>. E-mail: marcos_roh@yahoo.com.br.

1. Introdução

No pensamento político contemporâneo, o filósofo norte-americano John Rawls pode ser considerado como o grande revitalizador da filosofia política, e, por consequência, de questões correlatas. A obra *A Theory of Justice*, 1971, constitui inegavelmente um clássico e suas obras posteriores são certamente vistas como marcos na reflexão ético-política contemporânea. De fato, Rawls suscita, através de sua teoria da concepção da justiça como equidade – *justice as fairness* –, um leque exorbitante de questões inventariadas às mais variadas áreas do saber como o direito, a ciência política, a economia, a psicologia entre outras, reabilitando, por conseguinte, a filosofia política como *locus* à discussão dos prementes conceitos do pensamento político-social. Além disso, se é verdade que a obra de Rawls levantou muitos críticos, também é verdade que levantou e notavelmente inspira a muitos mais defensores.

Dentro desse contexto insere-se Ronald Dworkin, considerado como um dos principais expoentes contemporâneos da filosofia do direito liberal no mundo anglo-americano. Dworkin, na medida em que é influenciado por Rawls, também se torna seu crítico, defendendo em matéria política um *igualitarismo liberal*. Além disso, Dworkin insere-se na esteira crítica ao positivismo jurídico, posto oferecer uma teoria conceitual alternativa, uma teoria normativa da aplicação do direito, cujo centro nevrálgico reside na noção de princípio, ou seja, sua caracterização e distinção.

Este artigo tem por escopo, a pretensão de apresentar, propedeuticamente e sem exaurir o tema, a interpretação que Dworkin faz de Rawls como um teórico do direito a partir da obra *Justice in Robes*. Rawls, como se pode inferir, não intentou a elaboração de uma teoria do direito, pelo menos não do ponto de vista sistêmico. O intento de Dworkin coloca-se numa análise da teoria rawlsiana como contribuinte à formação de uma teoria do direito. Assim, toma-se como referencial para essa empresa filosófica o texto, cujo título é “*Rawls and Law*”, produzido pelo professor de Oxford.¹

O texto será estruturado em três momentos, a saber, a apresentação das ideias centrais de Dworkin bem como sua crítica ao positivismo jurídico, num primeiro momento, e a interpretação que faz do direito, em Rawls, a partir de *Justice in Robes*, num segundo

¹ Esse texto foi inicialmente produzido para um congresso, idealizado pela *Furham University*, intitulado *Rawls and Law*, no qual foram apresentados diferentes trabalhos acerca da presença, influência e contribuição da obra de Rawls, como um todo, no direito. Posteriormente, o texto, que leva o nome do título do congresso, foi recolhido e adaptado à obra *Justice in Robes*, lançada em 2007 – e que, doravante, será citada JR.

momento. O texto é finalizado, num terceiro momento, com breves apreciações acerca da possibilidade de o pensamento de Rawls recepcionar uma teoria positivista ou uma teoria interpretativista do direito.

2. Dworkin, o Positivismo Jurídico e o Direito

O foco da presente discussão é a interpretação que Dworkin faz de Rawls como um filósofo do direito. Mas, para que esse intento seja levado a efeito, pelo menos, de forma incipiente, deve-se laconicamente expor algumas das principais ideias de Dworkin quanto ao direito. Segundo Guest, a teoria jurídica de Dworkin é tal que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes², abordando, por conseguinte, explicitamente as questões e os legados de Fuller e Hart e desenvolvendo uma metodologia interpretativa dotada de um programa político defensivo das ideias de equidade, do processo legal justo e dos direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade, ideias essas todas pertencentes a uma perspectiva liberal da política, da ética e do direito.³

Morrison, inclusive, chega a arguir que esse projeto de Dworkin é, em parte, defensivo e, em parte, inspirador, posto se colocar como uma tentativa de revitalizar a perspectiva da legalidade liberal em face dos desafios que sobrevieram às sociedades ocidentais, assim como procurar oferecer uma *moralidade de aspiração*, tal como pretendia Fuller, haja vista a crise de confiança que, no contexto dos anos 70, assolou o mundo ocidental, sobretudo em relação às suas instituições.⁴ É tão verdade que, segundo se observa, a proposta de Rawls da *justice as fairness* se destina em primeiro plano às instituições da estrutura básica da sociedade, pois que “*a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamentos*”.⁵ Nesse contexto, a teoria do direito não poderia mais ser pensada tão somente como uma *filosofia jurídica*, o que exigiu de várias correntes de pensamento o posicionamento de que o direito devia ser colocado no contexto social para ser devidamente

² GUEST, *Dworkin*, 07.

³ MORRISON, *Filosofia do Direito*, 469.

⁴ É importante dizer que, acerca da relação entre Dworkin e Fuller, autores como Guest estão seguros de que, embora existam relações entre a *moralidade interna do direito* e a *integridade*, disso não se segue haver necessariamente uma influência direta. “*Há uma tradição no pensamento teórico nos Estados Unidos que espera teorização sobre o que acontece nos casos duros ou ‘difíceis’, sejam as dificuldades criadas por regras vagas ou particularmente ‘influenciado’ por algum jurista específico, da mesma maneira que seria errado dizer que Hart foi grandemente ‘influenciado’ por Bentham.*” GUEST, *Dworkin*, 12.

⁵ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, § 1, 3-4.

compreendido. Ademais, como consequência dessa crise, a ideia liberal do estado de direito precisava de maior clareza e reformulação para manter sua credibilidade intelectual.

Sob esse bojo político-social, o que estava em questão, em verdade, constituía-se num “*problema metodológico central que remetia à questão da objetividade [que pode ser exposto nos seguintes termos]: como a autoridade da filosofia jurídica podia ser (res-) estabelecida diante do declínio do objetivismo que o positivismo parecera oferecer?*” E mais:

Se a filosofia jurídica de Hart nos levava inquestionavelmente a um projeto empírico que ele não pôde prosseguir, de que modo se poderia criar uma metodologia que pudesse defender a ideia de direito como um sistema sem cair no relativismo conceitual que, por exemplo, fora aceito por Kelsen, ou sobreviver ao desafio cético colocado pelos Estudos Jurídicos Críticos? A filosofia jurídica liberal poderia ser reformulada, ou só manteria sua coerência se simplesmente ignorasse todos os questionamentos?⁶

A obra de Dworkin, assim, coloca-se como uma tentativa de interpretação do direito, abalado pelas incertezas, quanto à fundamentação, decorrência daqueles problemas inicialmente apontados. Assim, é evidente que existe no projeto de Dworkin a pretensão de estabelecer, quanto ao direito, a objetividade tendo em vista uma interpretação do direito que permita estabelecer ordem, estruturando, por conseguinte, sua diversidade.

O projeto de Dworkin, como crítica do positivismo, portanto, se consubstancia no *interpretativismo*, cujo cavalo de batalha é dado pelos conceitos de *integridade* e *coerência*.⁷ Para Dworkin, e isso é primordial na compreensão de sua empresa filosófica,

[...] a interpretação do direito significa ver o direito como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade (que não se confunde com a intencionalidade dos legisladores). Para ele, a descrição da dimensão da normatividade do direito pressupõe e requer a incorporação de uma dimensão interpretativa.⁸

⁶ MORRISON, *op. cit.*, 496.

⁷ Como indica Volpato Dutra, para Dworkin, a coerência exerce um papel primordial na integridade no sistema jurídico. Nesse sentido, contrapõe-se a uma teoria, como a de Raz, que discrimina dois tipos de coerência, a saber, do ponto de vista do conteúdo, como o utilitarismo, e do ponto de vista da origem, como a norma fundamental de Kelsen. Disso, um sistema coerente sob o ponto de vista da origem não precisa ser coerente sob o ponto de vista do conteúdo, ou vice-versa. “*Considerando que o conteúdo do direito é em parte determinado pela política e dados os caprichos da política não há razão para esperar que a lei seja coerente em sentido amplo.*” VOLPATO DUTRA, *Manual de Filosofia do Direito*, 118.

⁸ MACEDO JR. *Como Levar Ronald Dworkin a Sério ou como Fotografar um Porco-Espinho em Movimento*, In: GUEST, **Ronald Dworkin**.

O direito seria, nesse sentido, uma interpretação criativa a partir de princípios presentes na estrutura jurídica, no qual a coerência aparece como norte indicador da atividade jurídica. Em outras palavras, a tese da aplicação do direito calcada no conceito de integridade visa a dar racionalidade à aplicação do direito. Nessa tarefa, opõe-se i) ao utilitarismo, tal como Rawls, porque maltrata a igualdade e, ii) ao positivismo porque defende a) a discricionariedade do juiz para com os casos difíceis e, b) à repetição mecânica para os demais casos em nome do princípio de segurança.⁹

A teoria do direito desenvolvida por Dworkin, formulada como alternativa às teorias positivistas (sobretudo, Hart) e realistas do direito (sobretudo, as vinculadas ao pragmatismo americano), principalmente as primeiras, tendo em vista que procura descrever um empreendimento complexo, tal qual o direito, toma por base conceitos que se remetem a práticas socialmente convergentes e compartilhadas de reconhecimento desse mesmo empreendimento. Nesse contexto, se obriga a atentar para as regras sociais que a definem, haja vista procurar compreender o sentido de um conceito socialmente compartilhado, de tal sorte que o entendimento da objetividade depende da sua adequação com o uso socialmente compartilhado do conceito, fixado por suas regras sociais de uso.

É importante que se diga que, para o autor, uma concepção é melhor que outra quanto mais se ajusta aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito sendo, por conseguinte, capaz de descrever mais coerentemente as práticas paradigmáticas. Além disso, uma interpretação é melhor que outra quando em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional, e não por haver um número maior de aceitação.¹⁰

3. Dworkin e a interpretação de Rawls como um filósofo do direito

Os vínculos entre Dworkin e Rawls, em relação à justiça, são claramente mais fortes do que suas divergências.¹¹ A este propósito, vale dizer que Dworkin preocupa-se, no plano da filosofia política em aperfeiçoar uma visão como a proposta por Rawls, mas compartilhando com ele muitos dos seus pressupostos fulcrais. Resta saber se essa convergência se sustenta, também, no plano da teoria e filosofia do direito. Vale ressaltar que Rawls mesmo nunca escreveu nada exclusivamente direcionado à teoria do direito, como é o caso de Dworkin.

⁹ VOLPATO DUTRA, *Justiça como Integridade: Dworkin e o Princípio da Coerência na Aplicação do Direito*, 13-8, In: **Phrónesis**, Campinas, v. 8, n.º 2, p. 11-32, jul./dez., 2006.

¹⁰ MACEDO JR. *Como Levar Ronald Dworkin a Sério ou como Fotografar um Porco-Espinho em Movimento*, In: GUEST, **Ronald Dworkin**.

¹¹ GARGARELLA, *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, 65.

Isso, contudo, não impossibilita a conjectura acerca de que tipos de contribuições a teoria política da justiça de Rawls ofertaria à teoria e à filosofia do direito.

É evidente, portanto, como pressupõe Dworkin, a influência da teoria de Rawls em nosso tempo, porquanto políticos de todo o mundo citarem suas ideias e juízes referenciem seu trabalho. Sendo esse o caso, pode-se falar, por um lado, do impacto que o trabalho filosófico de Rawls já causou sobre o direito e sobre a lei de diversos países, e por outro, do impacto que sua teoria ainda causará mediante os questionamentos que alguns de seus conceitos-chaves, por exemplo, o *princípio da diferença*, recomendaria ao perguntar quais alterações na lei fiscal americana deveriam ser realizadas.¹²

Embora Dworkin reconheça que essas modalidades sejam interessantes para discutir as ideias de Rawls e o contributo ao *direito*, o autor afirma tratá-la por um outro viés: concebe Rawls como um filósofo do direito haja vista as mencionadas evidências, em sua teoria, de aspectos relacionados à teoria do direito.¹³ Naturalmente, embora Rawls não se considerasse um filósofo do direito, existem importantes discussões relacionadas ao âmbito do direito em seu trabalho, pois que o filósofo de Harvard escreveu abstratamente sobre a filosofia política como um todo, considerando-se, nesse contexto, a filosofia do direito como uma sub-área da filosofia política de tal modo que existem em seu bojo questões tradicionais da jurisprudência.¹⁴ Assim, por conta de Rawls ter tratado de conceber a *justiça como equidade* como uma concepção de justiça aplicável à uma sociedade democrático-constitucional, poderia contribuir imperiosamente aos problemas da teoria do direito.¹⁵

Dworkin considera que uma teoria da justiça, como uma teoria do direito satisfatória, deva conseguir responder a algumas questões que são tradicionais, a saber: i) que tipo de metodologia é capaz de definir o direito e que concepção deste resulta da filosofia de Rawls?; ii) o que é substantivamente o direito?; iii) como se deve comportar o juiz no problema dos casos difíceis; iv) questão do controle de constitucionalidade; e, v) o que pode ser exigido pelo direito pode ser objetivamente verdadeiro, e não apenas subjetivamente verdadeiro? Sendo

¹² DWORKIN, *Rawls and Law*, In: **Justice in Robes**, 241.

¹³ O termo usado por Dworkin é *lawyer*, substantivo este que designa um indivíduo versado no direito, seja como advogado, um assessor jurídico, ou ainda, um advogado com autorização para atuar e fazer a sustentação pública em determinados tribunais. Assim posto, com este termo, o autor pretende referir-se aos estudiosos e praticantes do direito, os quais através da reflexão e da prática, não apenas discutem, mas contribuem para a análise das principais questões da teoria do direito. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, 1.

¹⁴ DWORKIN, *JR*, 241.

¹⁵ É relevante ter presente que Rawls mesmo nunca se considerou como tal. Mas, por conta de ter versado amplamente sobre a filosofia política e ser a teoria jurídica e a filosofia do direito um segmento daquela, a teoria da justiça como equidade incorre em aspectos que tocam em questões próprias à teoria do direito e à filosofia do direito, os quais Dworkin procura evidenciar. DWORKIN, *JR*, 241-2.

assim, são essas as questões que, nos escritos de Rawls, o autor vai procurar encontrar respostas para poder ver as contribuições deste para a filosofia e a teoria do direito.

3.1. O que é *metodologicamente* o Direito

Em linhas gerais, perguntando-se pela *natureza do direito*, Dworkin desenvolve um raciocínio, mediante o qual procura sustentar que a construção teórica rawlsiana traz consigo uma concepção de direito que é mais bem traduzida no *interpretativismo*, isto é, na noção de que o direito efetivamente resulta compreensível a partir da interpretação conceitual de cada caso. Sendo assim, partindo-se da primeira questão, a saber, qual metodologia é capaz de responder o que é o direito – isto é, teorias gerais sobre o direito que afirmam quando uma proposição sobre direitos e deveres legais é verdadeira –, Dworkin afirma que tradicionalmente se têm duas principais: o *positivismo* e o *interpretacionismo*. Conforme dá a entender, afirma que uma teoria geral do direito, como aquela que defende os filósofos positivistas jurídicos, sustenta que uma proposição de direito somente é verdadeira em virtude de fatos sociais.¹⁶ Sendo assim, para que exista um entendimento sobre os critérios apropriados a ser utilizados para decidir se uma proposição de direito é verdadeira, os juristas devem alcançar certo consenso – posto que, em contrário, falariam às paredes –, o qual uma teoria geral do direito deve ter por escopo descrever. Nesse sentido, ela deve nos dizer o que é o direito dizendo quais critérios os juristas efetivamente usam para identificar as proposições de direito verdadeiras ou bem fundamentadas.¹⁷

Se esse for o caso, uma teoria do direito, conforme sustenta Dworkin, seria mais bem compreendida como um exercício descritivo no sentido de uma sociologia do direito – o que, conforme acastela, se se tomar descritível nesse sentido tornaria qualquer teoria do geral do direito dificilmente explicável.¹⁸ Mas, então, como entender, em linhas gerais, uma teoria geral

¹⁶ DWORKIN, JR, 244.

¹⁷ DWORKIN, JR, 245. “It should tell us what law is by telling us what tests lawyers actually use to identify true or sound propositions of law.”

¹⁸ Como exemplo, Dworkin traz à baila a *tese das fontes* de Hart, através da qual este filósofo sustenta que as proposições de direito são verdadeiras quando podem ser inferidas de decisões explícitas tomadas por instituições legalmente constituídas – como é o caso de assembleias legislativas, as quais, mediante convenção, são autorizadas a tomar tais decisões. Sendo assim, se um jurista puder mostrar que se pode inferir, daquilo que um legislativo competente afirmou, aquilo que alguém pretende como direito, ele terá demonstrado que esse alguém realmente tem o direito. Caso não decorra de nenhuma instituição autorizada, ela não será verdadeira. A par disso, Dworkin, embora Hart tenha insistido que essa tese seja realmente descritiva, não no sentido do modo como os juristas falam e empregam a palavra direito, assim como uma descrição daquilo que os juristas admitem pertencer ao conceito de direito, afirma que os juristas não chegam a um consenso sobre essa tese das fontes, do que decorre que não se pode ter um juízo similar. DWORKIN, JR, 245.

do direito? Neste particular, Dworkin argumenta que a análise de Rawls do conceito de justiça é proveitosa, pois ele não presumiu que todos os que compartilham e utilizam o conceito de justiça compartilham algum entendimento substancial anterior acerca do que torna uma instituição justa ou injusta, mas, ao contrário, insistiu que os indivíduos têm concepções de justiça radicalmente diferentes, admitindo, porém, que eles compartilham um certo entendimento muito abstrato que transforma todas essas concepções em concepções de justiça, e não de outra virtude qualquer, apesar de ser esse entendimento comum extremamente frágil e praticamente vazio de conteúdo real.

Na verdade, Dworkin tem em conta que, na análise do conceito de justiça, Rawls utiliza-se de um método interpretativo, o *equilíbrio reflexivo*, mediante o qual se tenta criar princípios que tenham certo alcance geral, harmonizando-os, por sua vez, aos julgamentos concretos sobre o que é o justo e o injusto inicialmente. Assim, mudam-se tanto as concepções particulares dos indivíduos sobre os princípios quanto sobre os julgamentos concretos, ou sobre ambos, na medida em que se torne necessário chegar a um ajuste interpretativo.¹⁹

Nesse contexto, a proposta de Dworkin é que se reformule o método do *equilíbrio reflexivo*²⁰ para a filosofia do direito. Para tanto, em primeiro lugar, propõe que sejam identificadas aquelas coisas que, aparentemente, nem é preciso esclarecer que fazem parte do direito, pois que todos já se lhe estão familiarizados²¹, aos quais nomina de *paradigmas de direito*. Pode-se criar, em seguida, o outro pólo de um equilíbrio interpretativo, tendo-se em vista que se compartilha um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel que o conceito de justiça desempenhava para Rawls. Segundo afirma, esse é o conceito de direito que, quando enfatizado politicamente, repousa sobre a descrição do conceito de legalidade ou de estado de direito.

À luz dessa apreciação, argui no sentido de que pode-se agora, então, tentar criar uma concepção adequada de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade que equilibre os

¹⁹ DWORKIN, JR, 246.

²⁰ O *equilíbrio reflexivo*, inegavelmente, uma das muitas inovações de *A Theory of Justice*. Como ressaltam Kukathas e Pettit, ao propor o método do equilíbrio reflexivo para a teoria da justiça e para a ética em geral, Rawls não se assumia como impulsionador de algo novo ou revolucionário, mas, antes, encarava a proposta como um regresso das preocupações analíticas da ética do século XX ao estilo de argumentação encontrado na grande tradição da filosofia ética e política, em que se destacava, sobremaneira, a obra de Sidgwick. KUKATHAS & PETTIT, *Uma Teoria da Justiça e Seus Críticos*, 21. De modo geral, o equilíbrio reflexivo, em *A Theory of Justice*, tem por objetivo comprovar paulatinamente a plausibilidade dos princípios de justiça ao contrapô-los com as próprias convicções e proporcionar orientações concretas. RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, §4, 22-3.

²¹ Entre essas coisas estão o limite de velocidade, o código tributário, as regras de propriedade cotidianas, os contratos, as leis penais, entre outras tantas que, de forma geral, são sabidamente entendidas como pertencentes à esfera do direito.

diferentes pressupostos individuais pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais da moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade. É por essa via que se poderá inscrever uma teoria sobre as condições de veracidade das proposições de direito em uma concepção mais ampla do valor que se considera interessante. Nesse sentido, afirma,

Uma teoria positivista do direito apresentará uma tese das fontes, que é sustentada por uma concepção positivista da legalidade que, por sua vez, é sustentada por uma teoria mais geral e apropriada da justiça. Esse modelo interpretativo fornece a melhor maneira de se entender os argumentos apresentados pelos principais filósofos do direito. Em certo sentido, a filosofia jurídica assim concebida é descritiva porque começa com algum tipo de entendimento sobre o que é tido como certo pela comunidade à qual se destina, mas em outros sentidos é substantiva e normativa porque procura alcançar um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente. Já de início, portanto, a obra de Rawls é uma contribuição fundamental para o autoentendimento da filosofia do direito.²²

Assim sendo, uma das principais conclusões de Dworkin é a de que o conceito de direito, quando enfatizado politicamente, repousa sobre o conceito de legalidade ou de estado de direito – já analisados anteriormente. Além disso, nota-se que a caracterização desse método para a filosofia do direito: é descritivo, porque assentado em algum entendimento anterior, mas é também, substantivo e normativo, tendo em vista a obtenção de um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente. Desse modo, a primeira questão elencada por Dworkin resulta respondida.

3.2. O que é *substancialmente* o Direito

A segunda questão – a de que é substantivamente o direito – tem um aspecto substantivo que pode ser traduzido no seguinte sentido, como, de fato, faz Dworkin: que entendimento do direito – entendimento positivista ou de outra natureza – é mais bem-sucedido como concepção do conceito de legalidade? Remetendo-se ao constructo rawlsiano da posição original, Dworkin supostamente pede aos representantes para escolherem, além dos princípios de justiça, uma concepção de legalidade, a partir de uma lista simplificada, como efetivamente Rawls também faz. A lista consta de duas opções, a saber: uma descrição positivista simplificada de legalidade, que identifica que os juízes utilizem um critério particular

²² DWORKIN, JR, 349.

para as verdadeiras proposições de direito; ou uma descrição não positivista interpretativa e simplificada.

Na formulação de Dworkin, a descrição *positivista* simples insta os juízes a aplicarem regras criadas pelo poder legislativo na medida em que elas não sejam nem se possam tornar ambíguas, mediante consulta à história legislativa e a outras fontes oficiais de intenção legislativa. Ademais disso, quando as regras estabelecidas e interpretadas apenas nesse sentido não são suficientes para decidir o caso, os juízes devem declarar que o direito não oferece nenhuma resposta e, a partir daí, legislar por conta própria para preencher a lacuna existente, isto é, exercem o poder discricionário. Todavia, o exercício da discricionariedade dá-se de modo singelo, pois que eles devem legislar de maneira modesta e limitada e, não bastasse isso, ainda do modo como acreditam que o poder legislativo vigente legislaria, se estivesse incumbido da solução do problema. Noutros termos, através do poder discricionário, os juízes, na via positivista, devem fazer o que acreditam que o parlamento pertinente teria feito.²³

No caso da descrição *interpretacionista* simples, por sua vez, Dworkin argumenta que os juízes devem aplicar as regras criadas pelo poder legislativo, interpretadas da mesma maneira: quando houver uma lacuna, os juízes não devem legislar como o poder legislativo o faria, mas devem tentar identificar os '*princípios procedimentais e substanciais de justiça*' que melhor justificam o direito da comunidade como um todo e aplicar esses princípios ao novo caso.

Na opinião de Dworkin, nas condições descritivas da posição original, os representantes escolheriam, como Rawls pressupõe que seja, a justiça como equidade, rejeitando, decorrentemente, o utilitarismo. Essa escolha em favor dos dois princípios de justiça, um dos quais dá prioridade a certas liberdades fundamentais, parece indicar naturalmente, que eles também escolheriam o *interpretacionismo* em detrimento do *positivismo*, pois em longo prazo, seria uma aposta melhor para se alcançar a justiça, em pequena e grande escala. Além disso, os princípios da justiça exigem níveis sucessivos de detalhamento para sua implementação, isto é, a *sequência de quatro estágios*. Para Dworkin, no estágio constitucional, os representantes exigem que as instituições sejam projetadas de modo a produzir, com maior probabilidade possível, os resultados que os dois princípios fundamentais determinam. No estágio legislativo, por seu turno, os representantes exigem que essas instituições tomem decisões mais específicas sobre leis e diretrizes políticas, orientadas por princípios mais específicos de justiça a serviço dos princípios básicos.

²³ DWORKIN, JR, 247-8.

Assim posto, como entende, os representantes vão sentir-se atraídos pela ideia de um judiciário com poderes e responsabilidades independentes assim como pela ideia do controle de constitucionalidade. Sentir-se-ão igualmente atraídos pela ideia de que os juízes também devem exercer uma supervisão menos enérgica, mas ainda assim importante, da aplicação e do desenvolvimento cotidiano do direito por parte dos poderes legislativos. Ainda assim, a ideia adicional de que eles devem exercer esse poder, tendo em vista a igualdade perante a lei, é almejada, isto é, insistindo que, na medida em que assim o permita uma doutrina bem fundada da supremacia legislativa, quaisquer princípios inferidos a partir do que o legislativo fez em prol de alguns grupos também possam estar ao alcance de todos. Portanto, os representantes terão esse motivo forte para favorecer uma concepção *interpretacionista* do direito que considera que as pessoas têm o direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinam especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações.

Nesse caso, o interpretacionismo salienta que a coerência é a melhor proteção contra a discriminação. Embora Dworkin afirme que Rawls efetivamente não criou esse argumento a favor do interpretacionismo, nem mesmo a respeito de qualquer concepção de direito, é também verdade que endossou o princípio que sustenta o interpretacionismo ao longo da discussão em torno do estado de direito. No lastro de Fuller, Rawls afirma, ao tratar do preceito da isonomia, que as autoridades legais devem “[...] *fundamentar as distinções que fazem entre pessoas, mediante uma referência aos princípios e regras legais pertinentes*”²⁴, de tal sorte que, assim, esse preceito do sistema jurídico põe em relevo a coerência, pois,

Em qualquer caso particular, se as regras forem algo complicadas e pedirem interpretação, pode ficar fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que o número de casos aumenta, torna-se mais difícil construir justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos. A exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as regras e para justificativas em todos os níveis. Fica, por fim, mais difícil formular os argumentos racionais para julgamentos discriminatórios, e a tentativa de fazê-lo torna-se menos convincente [...].²⁵

Como evidenciado naquela ocasião, Dworkin entende que os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis são responsáveis pela coerência, não simplesmente

²⁴ RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, § 38, 260.

²⁵ RAWLS, *op.cit.*, § 38, 260.

com doutrinas específicas aqui e ali, mas, da melhor maneira possível, com a coerência baseada em princípios que abrangem toda a estrutura do direito. Assim, embora se possa objetar que, apesar da afinidade histórica, um positivista não precisa ser necessariamente um utilitarista, e que, portanto, os representantes poderiam escolher essa caracterização do papel de um juiz – isto é, que não seja positivista e, mesmo assim, esteja disposto, nos casos difíceis em que acredita ter o poder discricionário –, Dworkin argumenta que essa concepção parece não levar em conta o fato de que os juízes, mesmo quando visam unicamente à justiça, divergem frequentemente acerca do que é a justiça, e que os próprios juízes podem ser influenciados por ideias preconcebidas, preconceitos ou os outros inimigos da justiça imparcial.

Sendo assim, ao optarem por uma concepção de direito, as pessoas não têm por que pensar que uma decisão em seu próprio caso irá refletir melhor a justiça, seja qual for a concepção que dela se tenha, se os juízes forem livres para desconsiderar a coerência baseada em princípios com aquilo que outras autoridades públicas e juízes fizeram, do que se lhes for pedido que respeitem a coerência baseada em princípios. Assim as pessoas podem muito bem pensar que estão mais bem protegidas contra a arbitrariedade ou a discriminação se não instruírem os juízes a fazer justiça do modo como a vêem, mas procurarem discipliná-los insistindo que eles dêem o melhor de si para respeitar a coerência baseada em princípios do modo como eles a vêem. Portanto, quanto à segunda questão, da apreciação que Dworkin faz, resulta que as partes escolheriam – e isso responde substancialmente o direito, quanto à ação dos juízes caso a caso, quando inexistirem provisões legais, isto é, lacunas no direito – o interpretacionismo como concepção de direito que mais se mostra consoante à legalidade. Disso, o direito resulta da interpretação norteadada pelo critério da coerência, como preceitua, de certo modo, o próprio Rawls.

3.3. Os *Hard Cases*: As Limitações do Raciocínio Jurídico

Ocorre, contudo, que pode ser ainda perguntado como se devem comportar os juízes diante dos casos difíceis ou das lacunas do direito. Segundo Dworkin, nos termos da simples combinação do positivismo e do utilitarismo, os juízes devem introduzir novas formas de

juízo para preencher as lacunas do direito, mas a combinação determina o caráter desse raciocínio judicial ao sustentar que os juízes devem tentar fazer o que o legislativo teria feito.²⁶

O *interpretacionismo*, assim como outras teorias jurídicas, por sua vez, também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura. Há, porém, alguma limitação ao tipo de princípios que os juízes podem citar ao elaborarem esse equilíbrio interpretativo, isto é, ao justificarem o histórico do direito como um todo? Dworkin afirma que, para os juízes, pareceria, sem dúvida, errado empregar determinados tipos de argumentos, como seus interesses pessoais ou interesses de algum grupo ao qual estejam ligados, posto que essa limitação óbvia parece ser parte da própria ideia de justificação. Mas, ainda assim, poderão apelar às suas convicções religiosas, caso as tenham, ou às doutrinas de sua igreja, caso pertençam a alguma? Em resumo, quais são os argumentos que os juízes podem usar nos casos difíceis?

Há, quanto esta questão, a doutrina da *razão pública*, que parece dar alguma direção a essa questão no pensamento de Rawls. Embora essa seja a impressão, na opinião de Dworkin, conforme sua tratativa, redundando na negação de que ela possa ser entendida como o norte para a questão dos casos difíceis. Para tanto, o autor elenca alguns argumentos que a excluem desse tipo de argumentação. Em linhas gerais, esses argumentos são condensados no fato de que a doutrina da razão pública se sustenta, de certo modo, na dificuldade da distinção entre valores políticos e convicções morais abrangentes. Em razão dessa dificuldade, Dworkin defende que a doutrina da razão pública não é adequada para desenvolver uma concepção de legalidade e de decisão judicial.²⁷

Conforme Dworkin afirma, em termos gerais, podem-se encontrar os limites necessários ao argumento judicial na concepção de direito que os argumentos gerais de Rawls sugerem, a saber, o interpretativismo. Isso se justifica por conta de que o interpretativismo

²⁶ DWORKIN, JR, 251.

²⁷ DWORKIN, JR, 252-4. Vale dizer que alguns autores parecem ser contrários aos argumentos professados por Dworkin, quanto a essa questão. Gargarella, por exemplo, embora questione que a deliberação judicial seja um paradigma da razão pública quanto ao exemplo correto de raciocinar quando da resolução de um problema social fundamental, reconhece que a razão pública é a razão adequada para isso, sustentando que o mérito de Rawls está em ter assinalado os aspectos essenciais da discussão nesta área. Entretanto, este autor desenvolve algumas objeções, quais sejam: a perspectiva excludente ou elitista que aparece para caracterizar o modelo, quanto à adoção de decisões imparciais; a dificuldade e, mais ainda, o valor de limitar a discussão pública tal como Rawls propõe; as indesejáveis implicações de dependência das ideias tal como a de 'razoável'; a natureza conservadora de limitar os próprios argumentos a aqueles que pertencem a 'concepção política pública'. GARGARELLA, *John Rawls, La Razón Pública y el Papel del Poder Judicial*, 290-6, In: **Praxis Filosófica**, Nueva Serie, N° 26, Enero-Junio, 2008, 287-296.

resulta suficiente para as pretensões de definir a legalidade e a decisão judicial. Uma vez que seja assim, as convicções religiosas não podem fazer parte de uma justificação geral e abrangente da estrutura jurídica de uma comunidade pluralista, liberal e tolerante.

3.4. Constitucionalismo e Controle de Constitucionalidade

A instituição do controle judicial de constitucionalidade, sob a qual os juízes nomeados têm o poder de declarar nulas as leis aprovadas pelo poder legislativo e outras instituições representativas em razão de elas violarem as garantias dos direitos individuais, é frequentemente entendida como antidemocrática porque permite que alguns juristas não eleitos e praticamente indestituíveis ignorem os veredictos criteriosos e amadurecidos dos representantes eleitos.²⁸

Como Dworkin faz ver, Rawls abordou essa tradicional questão em seus escritos, mesmo que de forma não tão expressiva. Antes de adentrar as discussões propriamente, o autor faz duas observações, as quais, pela importância à argumentação, merecem atenção. A primeira delas é que, em sua opinião, Rawls deixa claro que, de acordo com a concepção da justiça como equidade, as diferentes instituições de uma comunidade, criadas no nível constitucional – à luz dos princípios escolhidos sob o véu de ignorância – são escolhidas com uma disposição de espírito voltada para a *justiça perfeita* e não para a *justiça procedimental*. Ainda, segundo ele, o que se tem em conta é que os princípios de justiça estabelecem as *liberdades básicas e a sua prioridade*. Portanto, a questão a ser decidida no estágio constitucional é de natureza instrumental, qual seja, que sistema de instituições é mais bem equipado para proteger essas liberdades? Como indica, entre as liberdades iguais que as instituições devem proteger, encontram-se as liberdades políticas – que incluem o direito ao voto e à participação política. Entretanto, Rawls afirma, como indica, em *Justice as Fairness: A Restatement*, que essas e outras liberdades devem ser vistas, elas mesmas, como *quase instrumentais*. Ou seja, elas se impõem como essenciais para o desenvolvimento e o exercício das duas capacidades morais fundamentais: i) a capacidade de conceber um *senso de justiça* e de agir de acordo com ele, e ii) a capacidade de conceber uma *concepção de bem*, e de agir de acordo com ela.²⁹

Como Dworkin interpreta, isso quer dizer que, embora as pessoas tenham um direito básico a procedimentos amplamente democráticos, pois os direitos amplos de votar e

²⁸ DWORKIN, JR, 255.

²⁹ DWORKIN, JR, 255.

participar da política são clara e inevitavelmente necessários ao desenvolvimento dessas capacidades morais, essas pessoas, contudo, não têm nenhum direito básico de que as instituições democráticas sigam qualquer propósito particular, ou tenham qualquer poder particular. Noutros termos, a questão consiste, antes, em saber qual estrutura e poder parlamentar apresenta as melhores perspectivas para assegurar os outros resultados desejados ou determinados. Disso se segue que não há nada na concepção rawlsiana de justiça que sustente a chamada *objeção majoritária ao controle de constitucionalidade*, pelo menos em sua forma mais abrangente. Há que se dizer, contudo, que, no âmbito constitucional de interpretação, a teoria de Rawls deixa espaço para a objeção mais leve: a de que o sistema norte-americano de constitucionalismo e controle judicial de constitucionalidade não pode ser justificado instrumentalmente, e que as liberdades básicas – inclusive as liberdades políticas – seriam mais bem servidas por algum outro sistema, que poderia ser a pura soberania parlamentar ou um caso misto como no Reino Unido – depois da promulgação da Lei de Direitos Humanos, que permite ao Parlamento, em seus atos legislativos, violar os direitos especificados por essa Lei, desde que declare explicitamente sua intenção de fazê-lo. Como Dworkin entende, todavia, Rawls parece expor argumentos os quais indicam que ele sustenta o modelo norte-americano³⁰, pois fomenta as capacidades morais básicas do povo que, em geral, não apenas endossou a Constituição original como também apoiou e fiscalizou seus principais progressos desde então.³¹

A segunda observação, menos prolixa, é que Rawls chama atenção para um outro modo pelo qual o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade ajudam, em vez de limitar, o desenvolvimento das duas capacidades morais, qual seja: o fato de a Suprema Corte agir como *foro* de princípio estimula e põe em foco a discussão política pública de questões morais cruciais. Agindo assim, a suprema corte estaria contribuindo para o desenvolvimento dessas capacidades morais por meio de questões morais essenciais, vitais para o âmbito social.³²

Após essas observações, Dworkin retoma a questão: não a legitimidade do controle de constitucionalidade, mas a sua estratégia apropriada. O autor passa, então, a arrolar alguns argumentos acerca do papel do controle de constitucionalidade. Segundo Dworkin, a Suprema Corte é frequentemente pressionada a reconhecer um direito constitucional concreto que não

³⁰ Como exemplo, argüi que Rawls distingue entre soberania parlamentar e popular, e afirma que o modelo norte-americano é compatível com a soberania popular. DWORKIN, JR, 255-6.

³¹ DWORKIN, JR, 255-6.

³² DWORKIN, JR, 256.

reconheceu antes, e cujo reconhecimento, enquanto direito, é muito questionado pelas pessoas de bom senso do país. Se ela reconhece e aplica esse direito, sua decisão será objeto de um descontentamento maciço, e até mesmo sua posição e legitimidade poderão ser questionadas.³³

Nesse contexto, há muitos prós e contras acerca do que ela deveria fazer. Uma primeira posição afirma que a Corte deveria recusar-se a reconhecer o novo direito a fim de dar ao processo político mais tempo para considerar os méritos da questão por meio da política e das decisões locais, que poderiam variar de estado para estado e que, portanto, poderiam produzir um tipo de experiência naquilo que pode ser chamado de *laboratórios dos diferentes estados*; uma segunda que ela o poderia fazer em alguns casos, graças ao seu juízo restrito de admissibilidade; uma terceira, que ela poderia recusar-se a julgar um caso que a forçasse a decidir questões básicas de direitos individuais por considerar mais sensato deixar que tais questões introduzam-se mais tarde no cenário político. Entretanto, na maioria dos casos, um ou mais tribunais inferiores terão se referido à questão de modo a exigir que a Suprema Corte decida se a Constituição assegura o direito pretendido, de tal modo que a estratégia passiva ou cautelosa exigiria que a Corte afirmasse a inexistência do direito controverso reivindicado – como o fez no caso do suicídio assistido.³⁴

Dworkin, contudo, sustenta que Rawls, em seus escritos, desenvolveu um argumento poderoso, decisivo e objetivo contra esse argumento da cautela, qual seja, o de que *a decisão judicial da Suprema Corte estimula o desenvolvimento das duas capacidades morais*, notadamente, a capacidade para uma concepção de bem e capacidade de senso de justiça. Esse argumento parece aplicar-se tão completamente aos casos que geram dissensão quanto aos menos dramáticos.³⁵

A par disso, essa seria a via para justificar o controle de constitucionalidade não como legítimo, mas, como estratégico, pois fomentaria o desenvolvimento das capacidades

³³ Dworkin aponta que essa foi a situação em *Brown vs. Board of Education* e em outros casos anteriores de discriminação racial na década de 1950, e outros mais recentes de suicídio assistido, assim como no caso da prece nas escolas e nos casos de aborto. DWORKIN, JR, 256.

³⁴ Dworkin evoca a ocasião em que Rawls participou da petição dos filósofos em prol do direito de suicídio assistido. Naquele momento, como sugere, Rawls *qualificou como bom o argumento da cautela* do mesmo modo que, em 1973, a Corte reconheceu o direito limitado ao aborto – o que por certo não significa que Rawls tenha terminado por considerá-lo como convincente. DWORKIN, JR, 257.

³⁵ Perguntando-se se havia outra direção, o autor questiona se Rawls poderia ter apelado à virtude da civilidade, nos termos do dever de civilidade, sustentando que é melhor não tomar decisões que pareçam ofensivas à parte perdedora. Para essa questão, nos termos em que ela é caracterizada, o autor afirma que as decisões pareceriam igualmente ofensivas à parte perdedora se lhes fossem impostas pelos poderes legislativos estaduais, em vez de pelos tribunais. Além disso, continua, a civilidade tem em vista um mero *modus vivendi* rejeitado por Rawls por considerá-lo inadequado. DWORKIN, JR, 258-9.

morais das pessoas. Certamente, e Dworkin enfatiza isso, se a autoridade da Suprema Corte ou do tribunal como um todo estivessem sendo questionada efetivamente a via seria outra.

3.5. Os Conceitos de Verdade e de Objetividade

A última das questões que Dworkin propõe é a da *objetividade*, e diz respeito, especialmente, ao *estado de direito*. Conforme o autor, uma objeção frequentemente feita aos louvores do estado de direito sustenta que as decisões judiciais, particularmente nos casos difíceis, não podem ser descrições de nenhuma verdade objetiva, mas apenas expressões do estado de aprovação ou desaprovação psicológica de quem as tomou. Como Dworkin mesmo caracteriza, embora seja uma conhecida concepção cética da moral e de outras esferas do valor, ela tem uma importância prática particular para o direito, pois se considera que oferece um argumento substantivo em diferentes controvérsias.³⁶

Para desenvolver seu argumento, Dworkin recupera uma discussão desenvolvida por Rawls, em *Political Liberalism*, na qual este teria apresentado uma concepção de objetividade considerada apropriada às reivindicações políticas, boa parte da qual também se aplica às alegações de direito sujeitas à controvérsia. Em tal contexto, Rawls arguia que a objetividade, no sentido atribuído ao termo, não depende de nenhum pressuposto de que o raciocínio político ou jurídico é um caso de percepção. Noutros termos, isso quer dizer que uma afirmação política ou jurídica só pode ser objetivamente verdadeira quando uma crença de que é verdadeira é, de fato, causada pela situação que ela expõe.

A questão aqui é delineada nos seguintes contornos: não se trata de uma questão de psicologia ou neurologia cognitiva, trata-se do fato de que uma proposição pode enunciar ou não verdades objetivas em função de seu conteúdo, pois ela afirmará uma verdade objetiva se afirmar que sua verdade independe da crença ou da preferência de quem quer que seja.³⁷ À luz

³⁶ Dworkin elenca os seguintes exemplos: saber se as pessoas têm o dever moral de obedecer às leis, ou se o controle de constitucionalidade da legislação majoritária é defensável.

³⁷ Considere-se uma proposição controversa, como por exemplo, a de que os fabricantes de um medicamento perigoso: eles são responsáveis pelos danos, perante o direito, de maneira proporcional à sua participação no mercado, no caso de causar dano? Essa proposição pode ser objetivamente verdadeira? Nesse exemplo, assim como de modo geral, o que Dworkin quer ilustrar é a que a objetividade está no conteúdo, na possibilidade de arrolar razões substanciais em sua defesa. Nesse sentido, nesse exemplo, uma proposição afirmará uma verdade objetiva se afirmar que sua verdade independe da crença ou da preferência de quem quer que seja: que, no estado atual do direito, os fabricantes seriam responsáveis mesmo que os juristas pensassem de modo diverso. Assim, essa afirmação será ou não bem sucedida conforme os argumentos jurídicos, isto é, razões substanciais que levem as pessoas a pensar que os fabricantes continuariam sendo responsáveis mesmo que os juristas pensassem de modo diferente. Portanto, nesse exemplo, se se achar que as razões dos indivíduos para pensar dessa forma são

disso, o fato de uma afirmação ser ou não ser bem sucedida no âmbito jurídico dependerá exclusivamente dos argumentos jurídicos que puderem ser apresentados em seu favor.

Assim entendida, a *objetividade* não depende de um pressuposto metafísico que pareça popular entre os *realistas morais*, tendo em vista sustentarem que uma proposição só pode ser objetivamente verdadeira se, além das razões substantivas que se puder oferecer para acatar a proposição, ela também estiver fundamentada em algum tipo de realidade que extrapole essas razões. Para Dworkin, essa fundamentação metafísica é desnecessária, posto que as razões substantivas, por si só, já seriam suficientes. Há, isso sim, que se cuidar com o isolamento dessas razões: elas não devem ser isoladas, mas suficientemente sistemáticas³⁸, isto é, ancoradas por uma estrutura teórica que as endosse.

Ora, ao defender para Rawls essa concepção de objetividade, muito semelhante, por sinal, àquela que ele mesmo desenvolve, Dworkin rechaça, por um lado, o ceticismo moral – que nega a impossibilidade de proposições serem conhecidas – e, por outro, o realismo moral – que exige, além de razões substantivas para acatar uma proposição, um fundamento metafísico para essa razão. A objetividade, seria, portanto, segundo interpreta o filósofo na obra de Rawls, definida em função do conteúdo: a verdade está em correspondência com a independência de crença e de preferências nas razões substantivas.

4. Interpretativismo ou Positivismo Jurídico?

Quando da conclusão do artigo, posteriormente integrado ao seu livro *Justice in Robes*, Dworkin dizia que assim como os pensadores até então tinham seus *Kants*, também agora procurariam ter as *bênçãos* de seus *Rawls*. Obviamente, isso não é sem nenhuma pretensão, pois mesmo um olhar desatento facilmente perceberia que as teses a que chegou são aquelas que, resumidamente, ele defende ao longo de seu sistema.

Entretanto, para, além disso, o que se deve questionar é se realmente o pensamento de Rawls recepcionaria, entre duas tradicionais teorias do direito, o interpretativismo ou o positivismo jurídico, alguma delas.³⁹ E, de fato, entre ambas, sobretudo pela semelhança quanto à rejeição do utilitarismo, como aspecto normativo de uma teoria do direito, a teoria da

boas razões, deve-se também pensar que a proposição de que os fabricantes são responsáveis é objetivamente verdadeira. DWORKIN, JR, 260.

³⁸ DWORKIN, JR, 260.

³⁹ Evidentemente, estão excluídas aqui outras tradicionais fontes para teorias do direito, como as do *realismo jurídico* e as do *jusnaturalismo*, afirmada recentemente, sobretudo, por Finnis, em *Natural Law and Natural Rights*.

justiça de Rawls estaria mais próxima do interpretativismo de Dworkin do que do positivismo, seja ele de Kelsen, de Hart, ou mesmo, de Raz.

Poder-se-ia, ainda, questionar, tendo em vista a separação do aspecto conceitual e normativo de uma teoria do direito, a união indissolúvel entre positivismo e utilitarismo e, admitindo-se isso, aceitar que uma teoria pode ser positivista sem ser, evidentemente, utilitarista. Mesmo assim, nesse caso, a teoria de Rawls poderia recepcionar o positivismo jurídico? Existiria algum elemento intrínseco a obra de Rawls que impedisse tal imbrincamento?

Certamente, a teoria de Rawls permite muitas discussões. E, em muitos aspectos, inclusive, permite diálogo com o positivismo jurídico.⁴⁰ Entretanto, entende-se que, sendo a teoria da justiça de Rawls caracterizada pelos princípios de justiça e que, sendo esses fortemente marcados pela moral, o positivismo jurídico não seria recepcionado pela teoria da *justice as fairness* claramente por conta de uma de suas teses mais caras, a saber, a *separabilidade entre direito e moral*, através da qual o direito tem que ser definido sem que elementos morais sejam envolvidos.

Ademais dessa tese, como Volpato Dutra indica, o positivismo jurídico defende que o direito se constitui de regras bem definidas, não comportando princípios, em nome da certeza ou segurança jurídica. Os casos difíceis resolver-se-iam por meio da discricionariedade do juiz, uma vez que onde há arbítrio do juiz não há lei.⁴¹ Ora, é evidente que as principais instituições da estrutura básica da sociedade sejam orientadas pelos *princípios de justiça*, donde se segue que o sistema jurídico, por ser perpassado pelas principais instituições dessa estrutura, seria caracteristicamente marcado pelos princípios de justiça para ser justo. Portanto, o direito caracterizado pela teoria de Rawls seria, desde o início, composto por pelo menos, dois princípios, a saber, os princípios de justiça, opostamente ao que sustenta o positivismo

⁴⁰ Conforme Nay, o próprio Dworkin, inicialmente, afirmou que a obra de Rawls não se afastou suficientemente do positivismo jurídico, pois pareceria ilusório basear a justiça distributiva na utilização racional e sistemática de regras formais registradas em códigos jurídicos, constituições, leis e regulamentos. NAY, *História das Idéias Políticas*, 500. Todavia, é bem verdade que Rawls se utiliza da legenda linguística desenvolvida por Hart. Mas, o elemento a ser analisado é a justiça formal, essencial para o surgimento do *estado de direito*. A justiça formal é aplicada ao sistema jurídico, emergindo daí o *estado de direito* (o *império da lei*), o qual deve proteger as liberdades básicas, aquelas definidas pelos princípios de justiça, os quais são, igualmente, o núcleo da justiça distributiva. Evidentemente, a proposta de Rawls, por associar os princípios de justiça à administração regular da justiça, fazendo surgir o estado de direito, é uma clara superação dos positivismos de Kelsen e de Hart, assim como do jusnaturalismo processual de Fuller. Isso, por sua vez, não impede as aproximações teóricas e conceituais. RAWLS, *A Theory of Justice*, § 38, 235.

⁴¹ VOLPATO DUTRA, *Justiça como Integridade: Dworkin e o Princípio da Coerência na Aplicação do Direito*, 14, In: *Phrónesis*, Campinas, v. 8, n° 2, p. 11-32, jul./dez., 2006.

jurídico.⁴² Convém dizer que isso não invalida que um positivismo mais moderado, diga-se assim, não seja capaz de ser recepcionado pela teoria da justiça de Rawls. Isso, todavia, não aconteceria sem alguns problemas internos, o que é mais brando, se comparado ao arcabouço teórico de Dworkin, mediante o qual compreende o direito.

À luz disso, é mais bem provável que as teses de Dworkin do *interpretativismo* sejam mais defensáveis pela teoria de Rawls do que as do positivismo jurídico. Isso, como se disse, se justifica em função dos pressupostos e implicações conceituais das teorias de Dworkin e de Rawls, sobretudo, no que diz respeito às relações entre direito e moral.

5. Considerações Finais

Na teoria do direito contemporânea, a duradoura tranquilidade do positivismo jurídico não mais se coloca como outrora, embora versões mais sofisticadas deste tenham sido formuladas por autores como Hart e Raz, pensadores como Dworkin foram importantes para manter o debate acerca de qual teoria do direito é mais bem estruturada para dar conta desse fenômeno social. Certamente, nessa senda, compreende-se o renascimento da tradicional doutrina do direito natural, a qual tem em Finnis sua mais elevada expressão hodiernamente.

Ao longo dessa pesquisa, procurou-se apresentar inicialmente as principais características do pensamento jurídico de Dworkin, atentando para a relevância que têm os conceitos de *integridade* e *coerência*, bem como as ideias e conceitos mais relevantes do texto em que toma por objetivo analisar o pensamento de Rawls e as contribuições para a teoria do direito. A integridade e a coerência oferecem um núcleo para entender-se a atividade de aplicação do direito num contexto em que a objetividade havia perdido seu prestígio de outrora.

Em síntese, com base no quadro de questões que uma teoria do direito deve dar conta, Dworkin sustenta que os escritos de Rawls conduziram a:

⁴² Se se entender o *positivismo* como um dispositivo de segurança para nortear a discussão, *A Theory of Justice* comporta perfeitamente o positivismo jurídico, como fica bem claro na indicação de Rouanet: “Rawls introduz portanto a questão da justiça social, ao mesmo tempo que a combina com um Estado democrático de Direito. Ora, se o positivismo se identifica ao Estado, e a justiça social é compatível com um Estado de Direito, logo o positivismo, em sua versão mais moderada, pode ser compatibilizado com a justiça social?” ROUANET, *Positivismo Jurídico versus Justiça Social?*, In: <http://grupoeticaejustica.wordpress.com/textos/positivismo-juridico-versus-justica-social/>, acessado em 25/04/12. Todavia, desde a perspectiva interna, um modelo *positivista exclusivista* e, mesmo, algumas versões *inclusivistas*, não seriam compatíveis com uma sociedade bem ordenada, segundo o modelo de Rawls, tendo em vista o choque entre moral e direito no âmbito da operação, aplicação e definição do direito.

- i) uma doutrina em parte *descritiva* e, em parte, *interpretativa*, valendo-se do método do *equilíbrio reflexivo*;
- ii) uma doutrina antipositivista quanto a definição substancial do que é o direito;
- iii) a teoria da integridade, quanto ao problema dos casos difíceis, rejeitando, inclusive, a doutrina da *razão pública*;
- iv) a visão de que o controle de constitucionalidade seria mais uma questão de estratégia constitucional do que de legitimidade, pois estimula o desenvolvimento das capacidades morais;
- v) e o entendimento de que o direito exige e reconhece pode ser objetivamente verdadeiro, e não apenas verdadeiro subjetivamente, em função do conteúdo e das razões substanciais.

Quanto à recepção do positivismo jurídico ou do interpretativismo, deve-se procurar ter presente que Rawls tenciona considerar os princípios que norteariam as principais instituições da estrutura básica da sociedade que, por extensão, dariam legitimidade ao sistema jurídico. Esses princípios norteadores da ordem jurídica, em função da filiação à tradicional doutrina do contrato social, seriam os princípios da justiça. Através desses princípios, os quais formam o núcleo da concepção da justiça como equidade, base da moralidade pública numa sociedade bem ordenada, Rawls recupera as imbricações entre o direito e a moral, outrora alvejadas e refutadas pelo positivismo jurídico. Os princípios da justiça aplicam-se às instituições, estabelecendo, desse modo, no plano do ordenamento jurídico, um padrão para elaborar a constituição e as leis assim como servirem de base, primeiro, à aplicação por parte dos juízes, e, segundo, à avaliação dos próprios cidadãos acerca da justiça dessas instituições. Ora, dessa perspectiva, a obra de Rawls é mais próxima, considerando entre duas concepções tradicionais da teoria do direito, do interpretativismo do que do positivismo jurídico, pois permite a conexão entre direito e moral.

Como referenciado, essas teses são defendidas, no âmbito da filosofia e da teoria do direito pela teoria jurídica de Dworkin. Isso, contudo, não invalida a pretensão de recepção e a conjectura, sobretudo, dada a importância que tem a filosofia rawlsiana. Embora se possa dizer que Dworkin, de forma eloquente, procura respaldar suas teses na teoria de Rawls, inegavelmente, como outrora com Kant, doravante, Rawls será *convocado* a dar confirmação às mais variadas teses filosóficas das mais distintas searas.

Referências Bibliográficas

- DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma Questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition, Chicago: Chicago University Press, 1969.
- GARGARELLA, John Rawls, *La Razón Pública y el Papel del Poder Judicial*, In: **Praxis Filosófica**, Nueva Serie, N° 26, Enero-Junio, 2008, 287-296.
- _____. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KUKATHAS, Chandras & PETTIT, Philip. “Uma Teoria da Justiça” e Seus Críticos. Gradiva: Lisboa, 1995.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo P., *Como Levantar Ronald Dworkin a Sério ou como Fotografar um Porco-Espinho em Movimento (Apresentação)*. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pos-Modernismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NAY, Olivier. *História das Idéias Políticas*, Petrópolis: Vozes, 2007.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Collected Papers*. (Org. Samuel Freeman) Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.
- _____. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ROUANET, Luís P. *Positivismo Jurídico versus Justiça Social?*, In: <http://grupoeticaejustica.wordpress.com/textos/positivismo-juridico-versus-justica-social/>, acessado em 25/07/11.

VOLPATO DUTRA, Delamar J. *Justiça como Integridade: Dworkin e o Princípio da Coerência na Aplicação do Direito*. In: **Phrónesis**, Campinas, v. 8, n° 2, p. 11-32, jul./dez., 2006.
_____. *Manual de Filosofia do Direito*, Caxias do Sul: EDUCS, 2008.