

O DEBATE HART-DWORKIN RELIDO À LUZ DA CRÍTICA SOCIAL

André Luiz Souza Coelho & Julia Ávila Franzoni***

Resumo: Explica seis pontos fundamentais do debate entre Hart e Dworkin e relaciona este debate com dois problemas relevantes para uma teoria social crítica. Os pontos do debate são distribuídos em três círculos. O círculo externo diz respeito à existência de um (regras) ou de dois (regras e princípios) padrões jurídicos, bem como à existência e abrangência de uma regra de reconhecimento. O círculo intermediário toca nos temas do sentido, amplitude e inevitabilidade da discricionariedade judicial e da relação entre Direito e moral. O círculo interno, por fim, envolve o problema dos desacordos teóricos e da diferenciação entre dois tipos (descritivo e interpretativo) de teoria do Direito. Já os problemas relevantes para uma teoria social crítica são, primeiro, suas relações com os estádios do capitalismo em geral e do liberalismo em especial; e, segundo, suas respectivas posições acerca das conquistas das lutas jurídicas subalternas do Séc. XX.

Palavras-chave: HLA Hart; Ronald Dworkin; Debate Hart-Dworkin; Crítica social.

THE HART-DWORKIN DEBATE REREAD IN THE LIGHT OF SOCIAL CRITICISM

Abstract: It explains six key points in the debate between Hart and Dworkin and connects the debate to two issues relevant to critical social theory. Discussion points are split in three circles. The outer circle concerns the existence of one (rules) or two (rules and principles) legal standards, as well as the existence and scope of a recognition rule. The middle circle touches on the themes of the meaning, breadth, and inevitability of judicial discretion and the relationship between law and morality. The inner circle, finally, involves the problem of theoretical disagreements and the differentiation between two types (descriptive and interpretive) of legal theory. The relevant problems for a critical social theory are, first, its relations with the stages of capitalism in general and liberalism in particular; and second, their respective positions concerning the achievements of the subaltern legal struggles of the 20th century.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA, 2005), Mestre e Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, 2012, 2017), com doutorado sanduíche de um ano na Goethe Universität Frankfurt, sob supervisão do Prof. Dr. Klaus Günther. Professor Adjunto IV de Teoria do Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Brasil. Membro do grupo de pesquisa Estudos Jurídicos Críticos e do grupo Pura Teoria do Direito. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1567-2593>. Contato: prof.andrecoelho@gmail.com.

** Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), Brasil. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em Direito do Estado e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Visiting Fellow do Law & Theory Lab na Universidade de Westminster (2016-2017). Advogada Associada e Conselheira Diretora da Organização de Direitos Humanos Terra de Direitos; pesquisadora afiliada do Law & Theory Lab da Universidade de Westminster e integrante da rede INCT Observatório das Metrôpoles. É líder do Grupo de Pesquisa Labá - Direito, Espaço e Política, desenvolvendo investigações nas áreas de Teoria e Filosofia do Direito, Geografia Jurídica Crítica, Políticas Públicas e Território. Integra a Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP) e o Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1808-0179>. Contato: juliafranzoni@direito.ufrj.br.

Keywords: HLA Hart; Ronald Dworkin; Hart-Dworkin debate; Social criticism.

EL DEBATE HART-DWORKIN RELEÍDO A LA LUZ DE LA CRÍTICA SOCIAL

Resumen: Explica seis puntos clave en el debate entre Hart y Dworkin y vincula este debate con dos temas relevantes para la teoría social crítica. Los puntos del debate se distribuyen en tres círculos. El círculo exterior se refiere a la existencia de uno (reglas) o dos (reglas y principios) estándares legales, así como a la existencia y alcance de una regla de reconocimiento. El círculo central toca los temas del significado, amplitud e inevitabilidad de la discreción judicial y la relación entre em Derecho y la moralidad. El círculo interno, finalmente, involucra el problema de los desacuerdos teóricos y la diferenciación entre dos tipos (descriptivo e interpretativo) de teoría jurídica. Los problemas relevantes para una teoría social crítica son, primero, sus relaciones con las etapas del capitalismo en general y del liberalismo en particular; y, segundo, sus respectivas posiciones sobre los logros de las luchas jurídicas subalternas del siglo XX.

Palabras clave: HLA Hart; Ronald Dworkin; Debate Hart-Dworkin; Crítica social.

1 Introdução

O debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, a maior controvérsia da teoria do Direito no final do Séc. XX, parece, à primeira vista, analítico e apolítico. É como se duas teorias, uma inglesa e positivista, descritiva, convencionalista e circunscrita a regras, a outra norte-americana e pós-positivista, interpretativa, divergencialista e celebratória de princípios, disputassem o primado epistêmico de fornecer a melhor imagem do que o Direito é. As teses de cada oponente soam técnicas, os argumentos se mostram complexos e áridos, os lados não compartilham uma linguagem comum nem se entendem sobre o que o outro quis dizer¹. Por vezes, a sensação de esterilidade abstrata e vacuidade prática se torna insuportável². Neste texto, contudo, defenderemos que há pelo menos dois aspectos políticos ocultos que informam o debate e interessam a quem tenha preocupações sociais críticas.

O primeiro é que as teorias de Hart e de Dworkin representam tentativas influentes de formular, em linguagem intrajurídica (na *episteme* jurídica), dois estágios históricos do Liberalismo jurídico: o estágio da igualdade formal, correspondente ao liberalismo clássico, em que regras positivas e convenções práticas que se pretendem politicamente neutras

¹ SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed*. Available at SSRN 968657, 2007, p. 1-6.

² LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence. *Am. J. Juris.*, v. 48, p. 17, 2003. E também CULVER, Keith. Leaving the Hart-Dworkin Debate. *The University of Toronto Law Journal*, v. 51, n. 4, p. 367-398, 2001.

asseguram a todos a mesma liberdade legal; e o estágio da igualdade compensatória, correspondente ao liberalismo igualitário, em que as regras positivas se complementam por princípios não escritos carregados na história institucional e as interpretações jurídicas, que se sabem múltiplas e politicamente orientadas, disputam primado sobre a totalidade do Direito³. Essa transição política é vertida como transição epistemológica, servida na linguagem da “melhor formulação conceitual” e da “melhor compreensão das práticas”, o que ajuda a disfarçar o fato de que, dada a conexão histórica entre teoria do Direito e Liberalismo, ser ou não a teoria dominante na teoria do Direito depende do sucesso maior ou menor em vestir com a *episteme* jurídica as arbitrariedades legitimadas de cada forma do Liberalismo. Fazer transições políticas passarem como transições de *episteme* jurídica é, aliás, um *modus operandi* típico do Liberalismo. Neste sentido, o debate Hart-Dworkin pode ser visto como debate político intraliberal.

O segundo é que o contraste entre a teoria positivista inglesa e a teoria pós-positivista norte-americana reflete ainda outra diferença. Dados o tempo e lugar em que a teoria de Dworkin estava gradualmente sendo construída (anos 60-80), ela já tinha a pretensão de dar conta de (e legitimidade a) uma série de vitórias políticas que grupos subalternos tinham alcançado a partir da plataforma expansiva dos direitos e da força criativa do judiciário⁴. Essas vitórias apostaram na dupla estratégia de (a) invocação, contra o resultado mais previsível da aplicação das regras, de argumentos morais e políticos persuasivos no círculo de certa comunidade jurídico-política, voltando o Direito contra si mesmo para quebrar sua linearidade dedutiva, e de (b) disputa dos significantes centrais relevantes (liberdade, igualdade, democracia, oportunidades, responsabilidade etc.), introduzindo concepções novas, concorrentes com as tradicionais do liberalismo clássico, capazes de mobilizar novas intuições políticas e construir novos padrões de justiça⁵. Ambas as estratégias são, a nosso ver, os referentes concretos ocultos informadores dos conceitos de princípios jurídicos e desacordos teóricos. Lida dessa maneira, a teoria de Dworkin pretende dar conta dessas vitórias populares, num formato, porém, que as reelabora em termos de avanços do aprendizado histórico do Liberalismo, em vez de vê-las tais como de

³ Uma caracterização semelhante dos liberalismos de Hart e Dworkin, feita, contudo, para propósito bem distinto, está em PLAUCHÉ, Geoffrey Allan. *Moral Legislation and Democracy: The Devlin-Hart-Dworkin Debate Revisited*. In: 2006 Annual Meeting of the Medical Political Science Association. 2006.

⁴ KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication* [fin de Siècle]. Harvard University Press, 2009, p. 157-179.

⁵ MCCANN, Michael. Law and social movements: Contemporary perspectives. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, v. 2, p. 17-38, 2006. E também LEVITSKY, Sandra R. *Law and social movements: old debates and new directions*. The Handbook of Law and Society, 2015, p. 382-398.

fato foram, isto é, como resultados da luta organizada em torno de agendas estratégicas, que tiveram no Liberalismo então reinante um de seus principais adversários resistência em contrário. Há, portanto, uma dinâmica de reformulação do fruto de lutas antiliberais como se fossem ganhos obtidos graças à evolução do próprio Liberalismo.

Esses dois fenômenos, o de disputa de *epistemes* jurídicas que são veículos das mudanças políticas do Liberalismo e o de incorporação dos frutos de lutas subalternas antiliberais como desenvolvimentos do próprio Liberalismo, informam o pano de fundo político do debate entre as teorias de Hart e Dworkin.

Partindo desta constatação, gostaria de apresentar as partes do debate Hart-Dworkin como uma série de círculos concêntricos: No círculo mais externo, o desacordo sobre a existência de princípios e a detectabilidade destes últimos por uma regra de reconhecimento; no círculo intermediário, o desacordo sobre a discricionariedade e a relação, contingente ou necessária, entre Direito e moral; e, finalmente, no círculo mais interno, o desacordo sobre desacordos teóricos e tipos, descritivo ou interpretativo, de teoria do Direito. Após esta apresentação, voltaremos ao problema dos dois fenômenos políticos ocultos e falaremos em maior detalhe da transição do Liberalismo formal para o igualitário e da incorporação das vitórias subalternas.

2 O círculo mais externo: Princípios e regra de reconhecimento

Em *O Modelo de Regras I*, Dworkin atribui a Hart a tese de que o Direito é formado exclusivamente de regras e que estas podem ser detectadas por meio de um teste formal de validade, um “teste de pedigree” como ele o chama, que deixa de lado questões de conteúdo e se concentra exclusivamente na fonte que produziu a regra⁶. Para provar que ambas as teses estão erradas, Dworkin nos introduz dois casos, os casos Elmer e Henningsen, em que os juízes tomaram decisões (contra Elmer, a favor de Henningsen) opostas às que teriam tomado se aplicassem só as regras (a favor de Elmer, contra Henningsen) e justificaram tais decisões em princípios não escritos (de que os criminosos não podem se beneficiar de seus crimes e de que os fabricantes de produtos perigosos devem ter responsabilidade especial), até então não formulados em qualquer fonte jurídica obrigatória⁷. Dworkin complementa a introdução dos casos com uma distinção conceitual entre regras e princípios, segundo a qual

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27-28.

⁷ *Ibidem*, p. 37-38.

as regras são padrões de tudo ou nada que, quando entram em conflito, terminam em exceção ou exclusão, enquanto os princípios são padrões com dimensão de peso que, quando entram em conflito, dão precedência ao princípio que tem mais peso – o que, segundo Dworkin, provaria que ambos os tipos de padrões são estruturalmente distintos e não redutíveis um ao outro⁸.

Isso provaria que ambas as teses atribuídas a Hart estavam erradas, pois o Direito não seria formado apenas de regras, mas também de princípios, e o conteúdo inteiro do Direito não tem como ser definido por um teste de pedigree que olha apenas para a fonte, porque os princípios, por vezes não escritos e não formulados em qualquer fonte formal, são obrigatórios devido ao seu conteúdo, e não à sua fonte.

Para responder a esta primeira provocação, Hart, em seu *Pós-Escrito*, opta pela estratégia do mal-entendido, isto é, mostra não que os argumentos de Dworkin não refutam as teses que lhe tinham sido atribuídas, mas que estas últimas não correspondem ao que ele havia dito em *O Conceito de Direito*. Admitindo que deveria ter dado mais atenção aos princípios, Hart explica que seu conceito de regras nada tem a ver com padrões de tudo ou nada (aliás, a textura aberta, que ele atribui a todas as regras, já impediria tal caracterização), sendo, em vez disso, o de práticas sociais seguidas com sentido interno de obrigatoriedade. Sendo assim, aquela diferença estrutural e não redutibilidade que os princípios teriam em relação a padrões de tudo ou nada (o conceito de regra de Dworkin), eles não teriam em relação ao conceito de regra de Hart: Se, em dada comunidade, os princípios são seguidos na maior parte do tempo pela maioria das pessoas, então, são práticas sociais; se são tais que a desobediência a eles seria motivo de crítica, que esta crítica se basearia em eles serem padrões obrigatórios e que houvesse pressão social para obedecê-los, então, eles teriam sentido interno de obrigatoriedade e em nada difeririam das regras de que *O Conceito de Direito* tanto havia falado⁹.

Quanto à regra de reconhecimento, o mal-entendido se repete, explica Hart, porque *O Conceito de Direito* não tinha caracterizado tal regra secundária como um teste de pedigree que atentava somente à fonte das regras, mas como um teste de validade que, sendo uma prática social dos juristas, era flexível o bastante para variar de lugar a lugar e de época a época, podendo abarcar os mais diversos critérios, desde os mais formais até os mais

⁸ *Ibidem*, p. 39-46.

⁹ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 321-325.

materiais. Nem mesmo critérios morais estariam excluídos, pois é possível que em certas comunidades jurídicas (por exemplo, as que têm constituições escritas rígidas com uma lista de direitos fundamentais, com linguagem carregadamente moral, que passam a ser critérios de validade para todas as regras infraconstitucionais), certos critérios morais se tornassem parte da regra de reconhecimento. Dessa forma, a suposta indetectabilidade dos princípios por uma regra de reconhecimento que falha em atentar para o conteúdo deixaria de existir. Pelo contrário, diz Hart, se Dworkin menciona que os princípios não escritos aplicados nos casos Elmer e Henningsen estavam, contudo, implicitamente presentes em decisões jurídicas do passado, isto significa que este pertencimento implícito ao Direito (o chamado “apoio institucional”) é o critério de validade dos princípios (separando os princípios juridicamente obrigatórios dos que só o são moralmente, por exemplo). Se este for o caso, até mesmo os princípios têm um teste de validade, o qual nada mais seria que uma regra de reconhecimento para eles¹⁰.

Ao adotar esta estratégia de resposta, Hart deixa de lado argumentos importantes com que Dworkin havia reforçado sua posição em *O Modelo de Regras II*. Neste texto, Dworkin afirma que, por trás de seus argumentos sobre regras e princípios e sobre um teste de pedigree, havia outras preocupações, mais profundas, que eram seu verdadeiro alvo na crítica a Hart. Em primeiro lugar, Dworkin rejeita a distinção entre identificação e aplicação do Direito, isto é, entre um primeiro momento, prévio a decisão de casos concretos, em que se pode determinar de modo exaustivo qual é o conteúdo atual do Direito e um segundo momento, no curso dos casos concretos, em que aquele conteúdo será meramente aplicado para decidi-los. A questão sobre regras e princípios é, na verdade, uma questão sobre o fato de que o conteúdo do Direito, isto é, os padrões a partir dos quais decisões jurídicas podem ser tomadas, está sempre ainda por ser definido, pois é sensível a duas coisas¹¹: (a) à influência que nosso ideal do que o Direito deve ser exerce sobre nossa visão do que ele atualmente é; e (b) a uma série de argumentos morais e políticos que só podem ser discutidos uma vez que sejam levantados no curso da argumentação jurídica em casos concretos. Não se trata da distinção conceitual-analítica entre regras e princípios, mas da distinção entre a visão do conteúdo prévio fechado, anterior à aplicação e imune à argumentação, e do conteúdo sob perpétua negociação política, construído na aplicação e mediante argumentação. Os casos Elmer e Henningsen não devem ser vistos como prova de que, ao

¹⁰ *Ibidem*, p. 326-331.

¹¹ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 113-125.

aplicar o Direito, o conteúdo jurídico previamente fixado contém tanto regras quanto princípios, e sim como prova de que não há nenhum conteúdo jurídico previamente fixado que não possa ser renegociado na troca argumentativa, de modo que regras previamente fixadas podem ser desconsideradas e princípios até então não formulados podem tornar-se decisivos. Portanto, não é possível fazer identificação do conteúdo do Direito que seja prévia à aplicação; ou melhor, toda identificação prévia à aplicação é apenas provisória e renegociável argumentativamente, não fornecendo nenhuma garantia sobre a decisão final dos casos concretos.

Já sobre a regra de reconhecimento, a questão mais profunda, segundo a explicação do Modelo de Regras II¹², não é saber se ela se baseia exclusivamente na fonte ou considera também o conteúdo, mas sim mostrar que, se casos como Elmer e Henningsen tiveram decisões colegiadas divididas entre os que eram a favor da aplicação seca das regras, por mais injusto que fosse o resultado disso, e os que eram a favor do afastamento das regras em vista de princípios não escritos tão ou mais obrigatórios que elas, isso prova que ambos os grupos de juristas não compartilham do mesmo teste de validade sobre o que conta como conteúdo jurídico obrigatório. Uma vez que Hart concebe a regra de reconhecimento para ser uma convenção, isto é, um padrão que é obrigatório para cada um não por ser substantivamente correto, mas exclusivamente pelo fato de ser seguido também por todos os demais, esta regra, para existir, depende de que (a) todos os juristas observem o mesmo teste de validade para certificar-se sobre a juridicidade das regras e (b) este acordo seja puramente convencional, sem componentes morais e políticas que o reforcem (ou que o enfraqueçam ou até modifiquem, dependendo do caso concreto). Os casos Elmer e Henningsen, como inúmeros outros semelhantes a eles, provam que os juristas têm profundos desacordos sobre os critérios de validade e que estes desacordos têm raízes em distintas concepções do que o Direito é (por exemplo, um instrumento de segurança ou um instrumento de justiça, a aplicação formal de regras ou a realização de certos compromissos morais etc.), que são, por sua vez, apoiadas em argumentos morais e políticos. O acordo universal e convencional que a regra de reconhecimento exige para existir simplesmente não se verifica no Direito. Ou, se quisermos formular esta divergência em termos novamente de não separação entre identificação e aplicação, podemos dizer: Qualquer acordo universal convencional que os

¹² *Ibidem*, p. 93-108.

juristas pareçam ter no momento da identificação do Direito se dissolve diante da pressão dos argumentos morais e políticos da aplicação do Direito.

3 O círculo intermediário: Discricionariedade e relação entre Direito e moral

Na rodada seguinte, o alvo de Dworkin é a tese da discricionariedade e a separação conceitual entre Direito e moral no nível da validade. Dworkin atribui a Hart a tese segundo a qual, quando as regras prévias do Direito não são capazes de determinar para certo caso concreto um único resultado (ou seja, quando são indeterminadas), o juiz encarregado da decisão tem autorização para escolher entre distintas interpretações da regra ou distintos resultados à luz de várias regras (ou seja, o juiz tem discricionariedade)¹³. Para Hart, segundo Dworkin, casos (de resto, inevitáveis) de indeterminação se tornam sempre casos de discricionariedade.

Dworkin se contrapõe a isso, em *O Modelo de Regras I*, dizendo que, uma vez que se admita a existência de princípios, a discricionariedade deixa de existir¹⁴. Mesmo que as regras que se aplicam a certo caso sejam indeterminadas, deixando alternativa entre várias interpretações ou resultados, os princípios que se aplicam ao mesmo caso darão suporte a uma alternativa ou à outra, apontando ao juiz qual delas é, do ponto de vista do Direito, obrigatória. O juiz, neste caso, estaria obrigado a decidir em conformidade com esta alternativa. É claro que não existe nenhum critério mecânico para determinar quais princípios estão em jogo em cada caso, quais princípios dão suporte a qual das alternativas disponíveis nem qual grupo de princípios tem, no fim das contas, mais peso que o outro. Tudo isso depende da interpretação que o juiz faça do caso e dos princípios em jogo. Se é verdade que os princípios garantirão que, para cada caso que se apresente à decisão, existe uma, e só uma, resposta correta, é também verdade que esta resposta correta não é conhecida de antemão nem pode ser determinada por um teste mecânico, só nascendo no interior da interpretação que o juiz faça do caso e sendo, portanto, na verdade, a “única resposta correta à luz da configuração interpretativa que o juiz considerou ser a melhor possível para o caso que tinha que decidir”. Os princípios não tornam os casos difíceis plenamente previsíveis nem as decisões deles plenamente uniformes entre vários juízes, mas tampouco Dworkin havia prometido este resultado. Desde *O Modelo de Regras I*, ele jamais prometera superar a discricionariedade no sentido 1, isto é, a existência de critérios abertos sujeitos a

¹³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴ *Ibidem*, p. 50-63.

interpretação e que podem levar a diferentes conclusões. Ele havia prometido exorcizar a discricionariedade no sentido 3, isto é, da ausência de critérios, da escolha aberta e indiferente entre alternativas, deixada aos caprichos das preferências daquele que está responsável por decidir. Na medida em que os princípios, mesmo que ainda sejam critérios abertos à interpretação, eliminam a ausência de critérios, eles eliminam este tipo de discricionariedade, incompatível com a tese dos direitos.

Já no tocante à separação entre Direito e moral, a versão da tese de Dworkin que aparece em *O Modelo de Regras I* é ainda incipiente e dependente da refutação das teses anteriores: Dworkin afirma que, dado que a “validade” de que fala a teoria de Hart é uma simples aprovação pelos critérios da regra de reconhecimento e dado que esta aprovação leva em conta a fonte, e não o conteúdo, ela não se aplica aos princípios, que não seriam, então, “válidos” (no sentido desta validade formal), mas obrigatórios em sentido diverso da validade, obrigatórios em razão de seu conteúdo. Isso comprometeria uma conhecida estratégia da tese da separação entre Direito e moral em Hart, a estratégia com que este supostamente teria triunfado sobre Fuller, que é a de conceder que existem relações importantes entre Direito e moral nos âmbitos do conteúdo, do propósito e da aplicação, mas insistir em que, no nível da validade, a separação seria absoluta: Para que uma norma seja juridicamente válida, ela não precisa ser moralmente correta; para que seja moralmente correta, não precisa ser juridicamente válida. Ora, raciocina Dworkin, mesmo que se aceitasse a separação no nível da validade, uma vez que há padrões jurídicos (os princípios) cuja obrigatoriedade não apenas não se dá na forma de validade como também leva em conta sua força moral para determinar sua obrigatoriedade jurídica, a referida separação deixaria de existir, pois, para os princípios, ser moralmente correto é um requisito importante (mesmo se não exclusivo) para ser juridicamente obrigatório.

Ao responder a estas críticas em seu *Pós-escrito*, Hart recorre agora a uma estratégia diferente: não mais à estratégia do mal-entendido, mas à estratégia dos tipos distintos de propósitos epistêmicos. Sobre a discricionariedade, Hart faz questão de lembrar que sua teoria do Direito em *O Conceito de Direito* é descritiva, e não prescritiva, motivo por que, ao falar da discricionariedade, ele a está constatando como fato, e não a defendendo como norma¹⁵. Hart está constatando que a discricionariedade existe e é inevitável (devido às indeterminações do Direito), e não defendendo que ela seja correta ou desejável, tampouco

¹⁵ HART, *O Conceito de Direito*, cit., p. 335-359.

que não exista qualquer tensão entre ela e ideais como os direitos subjetivos ou o estado de direito. Tais tensões, por sua vez, podem existir e ser problemáticas, requerendo crítica ou reforma do Direito, sem que por isso se deva negar a existência da discricionariedade, caso ela seja, à luz do Direito como ele é e se aplica agora, um fato incontestável. A tese de que os princípios diminuem ou eliminam a discricionariedade não deve ser levada a sério, pois ela só pode estar negligenciando o fato de que, sendo princípios mais indeterminados que regras, eles só podem contribuir para o aumento da discricionariedade – jamais para seu controle. Um sistema de regras e princípios é ainda mais discricionário que um formado só de regras.

Sobre como fica a separação entre Direito e moral no caso dos princípios, o *Pós-escrito* propõe um argumento interessante¹⁶: Dworkin só tem a impressão de que os princípios liberais igualitários do Direito norte-americano são “obrigatórios devido à força moral de seu conteúdo” porque ele, como liberal igualitário norte-americano, concorda pessoalmente com eles. Se imaginarmos um liberal igualitário como Dworkin tendo que decidir casos e aplicar princípios de um sistema jurídico como o iraniano, o cubano, o chinês ou o norte-coreano (princípios como a desigualdade de status entre homens e mulheres, a vedação da propriedade privada dos meios de produção ou a subordinação da liberdade de expressão aos interesses do povo), parece claro que ele faria uma distinção mais nítida entre os princípios “corretos devido à força moral de seu conteúdo” (aqueles em que Dworkin, como liberal igualitário, acreditaria) e os princípios “obrigatórios no sistema jurídico que sou obrigado a aplicar” (que seriam bem distintos). O mesmo se pode dizer de um católico ortodoxo, um conservador retrógrado, um comunista convicto ou um anarquista militante que precisassem aplicar o Direito norte-americano, caso este seja tão liberal igualitário quanto Dworkin acredita que ele é: tal aplicador do Direito norte-americano aplicaria *a muito contragosto* princípios como da liberdade de expressão ampla (sob restrição única de “perigo real e iminente” à ordem social), do regime dos trimestres para a autorização do aborto ou da proteção à propriedade privada (a despeito de seus usos individualistas), considerando-os obrigatórios naquele sistema jurídico não “devido à força moral de seu conteúdo”, mas a despeito da falta dessa força moral, devido apenas ao fato de que aquele sistema se comprometeu historicamente com princípios moralmente incorretos. Uma vez que se adota a perspectiva do juiz moralmente não alinhado com seu sistema jurídico, fica claro que o

¹⁶ *Ibidem*, p. 331-335.

verdadeiro critério da obrigatoriedade dos princípios é, sim, um critério de validade que não recorre a considerações morais substantivas, mas apenas ao que conta como tendo força moral em certo sistema jurídico, em razão de seu apoio institucional, isto é, de já estar presente, ainda que implicitamente, no histórico de decisões do passado. Continuará a haver, mesmo no caso dos princípios, uma separação entre os princípios que o aplicador considera moralmente corretos e os princípios que ele, como funcionário comprometido com a reprodução do sistema jurídico para o qual trabalha, precisaria reconhecer como juridicamente obrigatórios ou “válidos”, não em razão da força moral de seu conteúdo, mas em razão de seu apoio institucional. A tese da separação entre Direito e moral no nível da validade permaneceria intacta, com a única diferença de ter que distinguir entre o modo como se aplica às regras e como se aplica aos princípios.

Este parece ser um daqueles casos em que os diferentes pontos de vista a partir dos quais Hart e Dworkin escolhem ver o Direito influenciam diretamente o que eles veem no tocante a ambas as questões acima. Hart, em *O Conceito de Direito*, associa-se ao ponto de vista interno, que é o ponto de vista do destinatário que trata as regras jurídicas não apenas como possibilidades de sanção (o ponto de vista externo do “bad man”, o “homem mau”), mas como fontes de obrigação, isto é, que está disposto a considerar sua obrigação fazer o que quer que as regras jurídicas mandem fazer; o destinatário que quer obedecer ao Direito e só precisa que o Direito lhe diga qual o exato padrão de conduta a que quer que ele obedeça (o “puzzled man”, o homem confuso, que quer obedecer ao Direito mas precisa de informação sobre o que fazer)¹⁷. Para esse destinatário obediente e desinformado, quando as regras são indeterminadas e deixam duas ou mais alternativas de decisão, não resta outra posição que não esperar pela decisão que o juiz da causa fará por uma ou outra das alternativas, a qual, mesmo que pareça justificada para o juiz que a escolhe, será imprevisível para este destinatário, parecendo-lhe discricionária na medida em que, nas mãos de outro juiz, poderia ter sido outra. Da mesma forma, se, em sua resposta a Dworkin sobre a força moral dos princípios, o juiz que Hart tem em mente leva adiante este ponto de vista interno, então, estará disposto a aplicar o Direito apenas porque este foi assim estabelecido pelas regras (ou, se se segue Dworkin, pelas regras e princípios), não importando, neste raciocínio, qual a sua avaliação moral sobre o Direito estabelecido. Mesmo que seja, em suas crenças morais pessoais, um liberal igualitário como Dworkin, não fará qualquer diferença para ele

¹⁷ *Ibidem*, p. 98-101.

aplicar o Direito que se alinha (como o norte-americano) ou que não se alinha (como o norte-coreano) com tais convicções, pois ele reproduzirá, não aquilo em que acredita, mas o que é obrigatório em vista das regras e princípios do sistema que aplica.

Já Dworkin, em vez de adotar este ponto de vista passivo do destinatário obediente e desinformado, adota o ponto de vista ativo do juiz, que vê nas regras jurídicas prévias um ponto de partida, mas não de chegada, do processo de aplicação do Direito à solução de casos concretos. O juiz de Dworkin, quando verifica que as regras são indeterminadas, não simplesmente desiste do Direito e passa para a escolha discricionária, mas, em vez disso, persevera na interpretação do Direito, mobilizando o material jurídico disponível e os argumentos morais e políticos pertinentes ao caso para chegar à resposta que, de seu ponto de vista, o Direito impõe como obrigatória¹⁸. Para ele não há discricionariedade porque, diante da indeterminação, a obrigação de interpretar e chegar à única resposta correta persiste. Para ele não há separação entre Direito e moral porque, ao aplicar um Direito que está em perpétua renegociação argumentativa à luz de razões morais e políticas, ele precisa levar a sério estas razões (o que é diferente de acreditar pessoalmente nelas ou concordar pessoalmente com elas), seguindo a trilha de sua elaboração mais coerente e de sua interpretação mais atraente e vendo onde essa trilha o leva em termos da decisão do caso concreto. Se um comunista convicto, que despreza a instituição da herança, julgar o caso Elmer e considerar que o princípio do respeito ao testamento e do não-benefício dos criminosos têm força moral no sistema jurídico que está aplicando, vai ter que seguir a trilha mais coerente e atraente de ambos os princípios e concluir, como a maioria do tribunal, que, considerados os pesos dos princípios, Elmer não pode herdar. Este não deixa de ser um raciocínio moral só porque o juiz que o fez não concorda com os princípios morais que estão em jogo. O que importa aqui não é a fenomenologia da crença, mas a lógica da argumentação.

4 O círculo mais interno: Desacordos teóricos e tipos de teoria do Direito

Finalmente, o círculo mais interno da discussão entre Hart e Dworkin é informado pela diferença dos tipos de teorias que eles fazem e como estes diferentes tipos de teoria dão conta do fenômeno dos chamados “desacordos teóricos”. Como é Hart o primeiro a trazer

¹⁸ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., Cap. 4.

este ponto à tona, vale a pena, neste caso, inverter a ordem da apresentação dos argumentos e tratar primeiro de Hart, depois de Dworkin.

Hart afirma, no Pós-Escrito, que faz uma teoria descritiva do Direito, enquanto Dworkin faz, segundo Hart, uma mistura confusa de teoria descritiva e prescritiva¹⁹. A teoria de Hart seria descritiva porque não se propõe a falar do Direito que deve ser, mas do Direito que é. É verdade que, para falar do Direito que é, ela recorre a uma distinção entre foco e penumbra do conceito de “Direito”, considerando certas manifestações do Direito como foco (basicamente, o Direito europeu moderno) e outras como penumbra (como o Direito medieval, tribal e internacional)²⁰. É duvidoso o quão neutra é esta seleção dos casos exemplares, visto que ela se mostra etnocêntrica, privilegiando sistemas jurídicos com diferenciação em relação ao pano de fundo religioso e cultural e com regras secundárias que visam a torná-lo funcionalmente autônomo (e contribuindo para que sistemas não europeus e não modernos sejam vistos como defeituosos ou “primitivos”). Porém, em relação aos casos exemplares, a teoria se manteria descritiva na medida em que se abstém de juízos de aprovação ou desaprovação baseados em comparação do Direito que encontra no mundo com aquele que gostaria de encontrar por força de algum ideal normativo.

Já Dworkin, segundo Hart, não pratica o mesmo tipo de autocontenção valorativa. Por um lado, propõe-se, tal como um teórico descritivo faria, a fornecer uma imagem fiel do que o Direito é e de como ele funciona. Por outro lado, não separa esta imagem fiel do que o Direito é de seu ideal pessoal de como o Direito deveria ser. Dworkin, segundo Hart, confunde o Direito norte-americano real, o qual corresponde em parte sim e em parte não ao liberalismo igualitário que Dworkin defende, com um Direito norte-americano desejado, que correspondesse plenamente aos ideais normativos de Dworkin. Como Hart diz em outro texto²¹, Dworkin relê a história inteira do Direito norte-americano como uma marcha evolutiva que, movida exclusivamente por seu compromisso interno com a igualdade, foi superando estágio após estágio de suas concepções parciais e equivocadas, até chegar, finalmente, após as grandes mudanças jurídicas dos anos 60-80, ao liberalismo igualitário. O estágio atual, com não mais que raríssimas exceções, já corresponderia plenamente ao liberalismo igualitário de Dworkin, de tal modo que Hércules, o juiz imaginário que aplica

¹⁹ HART, *O Conceito de Direito*, cit., p. 300-306.

²⁰ *Ibidem*, p. 7-10.

²¹ HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americano pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*: H. L. A. Hart. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

a teoria dworkiniana e é liberal igualitário, se sente perfeitamente em casa na Suprema Corte. Com isso, Dworkin deixa de fazer a devida distinção entre as características e posições que o Direito norte-americano tem e as que Dworkin gostaria que ele tivesse, levando a que Dworkin trate como juridicamente equivocadas posições que boa parte dos juristas norte-americanos consideraria padrão (como o direito de portar armas e o direito de decorar repartições públicas com símbolos religiosos) e como juridicamente obrigatórias posições que estes mesmos juristas considerariam aberrações heterodoxas (como o direito ao discurso de ódio e o direito a eutanásia em caso de consentimento informado prévio). Hart, como bom liberal clássico, considera que este tipo de confusão deve ser evitado, sob pena de que, por confundi-lo com o Direito ideal, acabemos dando ao Direito real uma aprovação imerecida. É para que possamos fazer vigilância e crítica moral do Direito que precisamos distinguir entre o que é e o que deveria ser.

É claro que, para considerar que uma teoria pode limitar-se a “constatar” e “descrever” o Direito tal como ele é, é preciso que Hart acredite que este fato social objetivo, o “Direito como ele é”, existe e pode ser conhecido. É exatamente deste ponto que Dworkin duvida. Dworkin não vê a si mesmo como alguém que quer impor o seu ideal jurídico como se fosse descrição objetiva do Direito. Ele se vê como alguém que articula sua teoria em dois níveis: por um lado, o reconhecimento de que não existe o “Direito como ele é”, de que o que o Direito é está perpetuamente em disputa e é objeto de desacordo cotidiano na prática entre juristas que têm diferentes ideais jurídicos; e, por outro, a defesa de um ideal jurídico entre muitos como sendo superior a todos os outros, não com base em argumentos neutros e descritivos que teriam que ser aceitos como fato, mas com base em argumentos morais e políticos que merecem debate, que podem ser comparados com outros, aceitos ou rejeitados, criticados e reelaborados. Trata-se de reconhecer, por um lado, que o Direito, em vez de uma prática consensual e convencional, é uma prática divergencial e argumentativa, em que o que é ou não juridicamente obrigatório está em perpétua negociação entre visões e ideais rivais (esta é sua teoria interpretativista do Direito); e de posicionar-se, por outro lado, em favor de certa visão e ideal particular, que Dworkin considera que valha mais a pena que outros em termos morais e políticos (esta é sua defesa do chamado “Direito como integridade”).

É isto que Dworkin chama de teoria interpretativa: não uma teoria que confunde descrição e prescrição, e sim uma que constata que, dada a dependência inevitável do que vemos que o Direito é em relação ao que acreditamos que ele deveria ser, uma “descrição”

monolítica do Direito é impossível. Uma teoria com descrição única do Direito como fato ignoraria o fenômeno a que ele chama, em *O Império do Direito*, de “desacordos teóricos”²²: Quando juristas parecem discordar só sobre proposições jurídicas particulares (“Elmer tem direito à herança”, “Henningsen não tem direito a indenização”), mas na verdade têm um desacordo mais profundo, um desacordo sobre os fundamentos do Direito, sobre os critérios que tornam proposições jurídicas verdadeiras ou falsas. Teorias deste tipo, que ignoram os desacordos teóricos e tratam o Direito como algo único não disputado, são chamadas por ele de “teorias semânticas”, teorias que foram aferoadas pelo “agulhão semântico”, a tendência de supor que, para que exista uma prática comum entre vários participantes, é preciso que todos eles tenham a mesma concepção sobre o que essa prática é e como ela funciona. Se isso fosse verdade, a função da teoria descritiva seria, então, trazer à tona essa concepção universalmente compartilhada da prática que torna possível que os participantes dela se entendam entre si e a levem adiante. Uma vez que, segundo Dworkin, o agulhão semântico é um equívoco, porque existem práticas cujos participantes têm concepções diversas do que ela é (ter a mesma concepção sobre a prática não é requisito da participação na mesma prática) – práticas contestadas, sob disputa e negociação constantes – então, o Direito, sendo uma dessas práticas contestadas, não pode ser objeto de uma teoria descritiva. O desacordo teórico é uma “circunstância do Direito”, um fato cuja desconsideração fere de morte qualquer teoria do Direito.

Nas poucas linhas do *Pós-escrito* que Hart dedica ao tema dos desacordos teóricos, tudo que ele tem a dizer contra Dworkin se resume a duas coisas: (a) que sua teoria (a de Hart) não é uma “teoria semântica”²³ porque, como ele deixa claro no primeiro capítulo de *O Conceito de Direito*, ele não está interessado no mero esclarecimento semântico do termo “Direito”, e sim em elaborar um conceito de Direito que ao mesmo tempo não contradiga nossas intuições compartilhadas sobre o Direito e que responda às três questões persistentes da teoria do Direito, a saber, sobre a relação entre Direito e coerção, sobre a relação entre Direito e moral e sobre a natureza e centralidade das regras na prática jurídica. Portanto, sua teoria pretende ir bem além de um esclarecimento semântico, motivo por que não é uma teoria semântica.

²² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3-10.

²³ HART, *O Conceito de Direito*, cit., p. 306-309.

Neste ponto, Hart parece não ter compreendido (ou não ter querido compreender) o que Dworkin quer dizer com uma “teoria semântica”: ele confundiu uma teoria que é vítima do aguilhão semântico, isto é, que acredita que todos os participantes de uma prática têm que ter uma mesma concepção sobre a prática, com uma teoria que quisesse fazer mero esclarecimento semântico do sentido do termo “Direito”.

A segunda coisa que Hart tem a dizer sobre os desacordos teóricos é que (b) não se deve confundir os acordos convencionais básicos entre os participantes da prática jurídica, necessários para que esta prática faça sentido e possa ser levada adiante, com os desacordos interpretativos sobre o Direito e práticos sobre as decisões de casos concretos, que dividem os participantes em campos opostos sobre o que o Direito requer em certo caso ou sobre como o caso deve ser decidido, sem que este desacordo prejudique sua visão comum do que o Direito é e de como ele funciona²⁴. Hart parece considerar que sua concepção convencionalista da regra de reconhecimento e do conteúdo válido do Direito é relativamente imune ao que ele chama de desacordos interpretativos e práticos. Uma coisa é o que o Direito é no nível da identificação, que pode ser descrito de maneira convencional e estável, como um sistema bem determinado “na vitrine”, antes do uso, imaculado pelas contingências e disputas da aplicação. Outra coisa são os desacordos interpretativos e práticos que surgem quando “se quebra a vitrine”, que puxam o Direito para um lado e para o outro, deixando-o torto, rasgado e esburacado ao sabor dos interesses e agendas dos que pretendem fazer uso dele. Assemelha-se a uma dicotomia platônica entre o paraíso beatífico da identificação e o inferno barbárico da aplicação.

Neste ponto, as visões de Hart e de Dworkin se alinham com duas maneiras como o Liberalismo jurídico quis fazer sentido das transformações jurídicas das décadas de 60-80: Hart, em sintonia com a experiência inglesa, as vê como fenômenos externos à natureza do Direito, como perturbações e desvios que se encontram na prática (sobretudo na prática norte-americana), mas que em nada comprometem a visão mais tradicional do Direito liberal como um sistema produzido pelo legislativo e aplicado pelo judiciário, mesmo que esta aplicação judiciária explore, em diferentes medidas, as margens de discricionariedade que a indeterminação do Direito lhe proporciona; já Dworkin, em sintonia com a experiência norte-americana, vê aquelas transformações como parte do que o Direito é e de como ele normalmente funciona, concebendo-o como prática fundamentalmente contestada,

²⁴ *Ibidem*, p. 312-321.

atravessada de desacordos teóricos que tornam qualquer concepção consensualista e convencionalista insustentável.

5 O que não vai dito (1): Duas formulações do Liberalismo jurídico

A transição política do Liberalismo jurídico, do liberalismo clássico ao igualitário²⁵, a qual, segundo estamos sustentando, o debate Hart-Dworkin converte para a *episteme* jurídica, deve ser vista como uma transição em três níveis:

- (A) Substantivamente, no nível do Direito como norma, como transição de normas que protegem liberdade legal e igualdade formal (registrando na *episteme* jurídica a forma do capitalismo burguês-industrial) para normas que restringem liberdade legal em nome de igualdade compensatória (registrando na *episteme* jurídica a forma do capitalismo administrado de bem-estar);
- (B) Processualmente, no nível do Direito enquanto prática criativa, como transição da sede de produção do Direito, de ser majoritariamente o legislativo e só excepcionalmente o judiciário (nos casos de antinomias, lacunas etc.) para ser compartilhadamente o legislativo quanto às hipóteses gerais na forma de regras e o judiciário quanto ao ajustamento casuístico a partir de princípios; e
- (C) Epistemologicamente, no nível do Direito enquanto teoria, como transições de teorias descritivas, que assumem o Direito como fato e pressupõem a convergência de concepções, para teorias interpretativas, que assumem o Direito como prática contestada e pressupõem a divergência de concepções.

Esta lista sugere diversas relações que precisariam ser esclarecidas em maior detalhe do que é possível neste texto. Sugere que as mudanças das formas do capitalismo no domínio econômico levam a mudanças das concepções normativas de sociedade que legitimam estas formas capitalistas no domínio político, que, por sua vez, levam a mudanças das teorias do Direito no domínio jurídico, que vertem essas concepções políticas para a *episteme* jurídica correspondente, como na tabela seguinte.

²⁵ Para o contraste entre liberalismo clássico e igualitário, ver VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, p. 05-27, 2002, e ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014 (Tese, Doutorado em Direito).

Tabela 1 – Debate Hart-Dworkin nos níveis econômico, político e jurídico

Nível Econômico	Nível Político	Nível Jurídico		
Estágio do Capitalismo	Tipo de Liberalismo	Substantivo (Normas)	Processual (Criação)	Epistemológico (Teoria)
Capitalismo burguês-industrial	Liberalismo clássico	Regras que protegem a liberdade legal e a igualdade formal	Legislativo (Judiciário só para exceções)	Descritiva Positivista Convergençial Convencional
Capitalismo administrado de bem-estar	Liberalismo igualitário	Regras e princípios que justificam o sacrifício de liberdade legal para igualdade compensatória	Legislativo para padrões gerais (regras) e Judiciário para ajuste casuístico (princípios)	Interpretativa Pós-positivista Divergençial Argumentativa

Simplificadamente, o capitalismo burguês-industrial era um sistema econômico de altíssima exploração e desigualdade. A exploração dependia, para sua reprodução, da proteção à propriedade privada e ao intercâmbio contratual (que, no domínio político, entram sob a rubrica “liberdade legal”), enquanto a desigualdade dependia, para sua invisibilização, da presunção da igualdade de oportunidades do mercado, que requereria do Direito só a igualdade formal, de direitos e de tratamento (que, no domínio político, entram sob a rubrica “igualdade formal”), rubricas ambas que informam o núcleo normativo do liberalismo clássico. No domínio jurídico, isso se traduz, no nível substantivo, em normas que privilegiam a liberdade legal e a igualdade formal; no nível processual, numa concentração da criação normativa no legislativo de democracias representativas liberais, formadas de membros das elites econômicas e culturais (primeiro por causa do sufrágio censitário e, depois, do ciclo vicioso do financiamento eleitoral) que podiam legislar segundo o “imaginário do liberalismo” (e mantê-lo não perturbado) e permanecer separados e alienados das demandas populares, mesmo depois que estas começaram a organizar-se para reivindicar. Ao judiciário, ao contrário, se confiava a missão de receber demandas que eram janelas de constatação da exploração e da desigualdade, mas dar a tais demandas um tratamento distanciado, conceitual e formalista que reproduzia as normas legislativas independentemente de sua falta de ajuste político e social à realidade a que se aplicavam. Para treinar o judiciário nesta direção, o nível teórico do Direito tinha que produzir uma teoria, o positivismo, que se limitasse a descrever o Direito “tal como ele era” (isto é, tal como o imaginário liberal o concebia e o produzia), expulsando incursões críticas e recomendações transformativas.

De outro lado, o capitalismo administrado de bem-estar surge de uma dupla tentativa, no domínio econômico, de evitar o fim do capitalismo: primeiro, conter os ciclos

de crise do capitalismo clássico por meio de um Estado intervencionista que controla câmbio, inflação e tributação e que amplia o aparato público para setores estratégicos; segundo, conter as reivindicações anticapitalistas dos trabalhadores superexplorados e das camadas mais pobres excluídas, desempregadas e incapazes de prover para necessidades básicas por meio de legislações protetivas e sistemas previdenciários e assistenciais. Ambas as mudanças requerem, no nível político, uma crítica dos excessos da liberdade legal e da insuficiência da igualdade formal, transitando para um esquema de igualdades compensatórias que justificam tanto a ampliação interventiva do Estado quanto as políticas de proteção, previdência e assistência com base na ideia de que o mercado é bom apenas se restringido, gerido e remediado pelo Estado. No domínio jurídico, a mudança chega, no nível substantivo, com normas que sacrificam liberdade legal em nome de igualdade compensatória; no nível processual, com o compartilhamento da produção do Direito entre legislativo, responsável pelos padrões gerais na forma de regras, e o judiciário, responsável pelo ajuste casuístico desses padrões aos casos concretos por meio da flexibilidade dos princípios; esse arranjo permite ainda que a eventual paralisia e resistência do legislativo (ainda fortemente elitizado e controlado por financiamento e lobby) às demandas sociais e culturais dos setores menos atendidos seja contornada pelo filtro gradual e seletivo do judiciário, que age em nome do Estado e cede espaços cíclicos conforme seja interpelado e forçado a tanto pelos movimentos sociais organizados, que combinam a invasão das ruas com a invasão das cortes e tomam para si a plataforma expansiva dos direitos como estratégia de luta. Para fazer sentido dessa dupla via de produção do Direito (o direito legislado clássico mais o resultado das disputas sociais no judiciário), o Direito, no seu nível epistemológico, precisa de uma teoria que conceda centralidade ao desacordo, à interpretação e à argumentação e que consiga apresentar as derrotas do Liberalismo (clássico) como se fossem provas da capacidade de aprendizado evolutivo do Liberalismo.

Isso torna mais visível de que maneira as teorias de Hart e Dworkin podem ser vistas como representantes de um estágio e do outro desta tripla transição, pelo menos num nível didático introdutório. É claro que uma explicação mais completa de todo este quadro teria que levar em conta que nenhuma dessas transições ocorreu nem de modo repentino, nem completo, nem pacífico. Teria que mostrar a situação dessa transição na Inglaterra e nos EUA, conectando a história política com as biografias dos autores e os debates acadêmicos que eles travaram. Teria que mostrar, além disso, de que modo os países de periferia, como o Brasil, recepcionaram estas teorias em contextos econômicos e sociais muito distintos dos

países em que elas foram concebidas, adaptando-as a seus interesses e disputas internas, apropriando-se delas seletiva ou distorcidamente para agendas políticas e judiciárias que os autores originais jamais poderiam ter previsto. Como complicação e tarefa adicional, seria preciso falar de como ficam estas formulações do Liberalismo diante das mudanças neoliberais dos anos 80 em diante, muitas das quais vão na direção oposta às das mudanças do liberalismo igualitário. Mas nada disso poderia caber nos limites deste texto, ficando apenas a modo de sugestão para futuros desenvolvimentos a partir das ideias aqui experimentadas.

6 O que não vai dito (2): Liberalismo jurídico e o legado das lutas subalternas

Por último, gostaríamos de falar do segundo fenômeno político oculto no debate Hart-Dworkin, a saber, a incorporação dos resultados das lutas subalternas antiliberais²⁶ como sinais de desenvolvimento interno do próprio Liberalismo jurídico. Formulada dessa maneira, trata-se de uma característica que se aplica à teoria de Dworkin e está ausente na teoria de Hart. Porém, à luz das explicações do item anterior, ficará mais claro por que razão as *epistemes* jurídicas correspondentes ao liberalismo clássico e ao liberalismo igualitário não se ocupam destas grandes conquistas da mesma maneira²⁷.

No caso da teoria de Hart, ela tem as características necessárias para o estágio capitalista industrial-burguês e o estágio liberal clássico (que chegam à teoria do Direito com o atraso de mais que um século, típico da passagem do econômico ao cultural, especialmente num domínio que se autocompreende como autônomo). Faz a transição do positivismo imperativista (Jeremy Bentham, John Austin), ajustado à monarquia absoluta e ao imperialismo britânico, para o positivismo analítico-sociológico, apropriado à visão constitucional, consuetudinária e democrática do parlamentarismo inglês. Além disso, uma teoria descritiva é, como já explicamos, ideal para o contexto em que a liberdade legal e a igualdade formal precisam ser defendidas e imunizadas contra crítica. Seu aspecto consensualista, convergencial e convencional ajuda a fixar a ideia de que os pressupostos liberais silenciosos que ela propõe são na verdade intuições amplamente compartilhadas entre os juristas (o imaginário liberal como inconsciente coletivo do Direito), com este liberalismo de fundo funcionando como mínimo denominador comum para além de todas as

²⁶ MCCANN, *Law and social movements*, cit. E também LEVITSKY, *Law and social movements*, cit.

²⁷ KENNEDY, *A critique of adjudication* [fin de Siècle], cit., p. 157-179.

outras possíveis divergências. Por fim, fornece um remédio eficaz contra os ataques do realismo americano e escandinavo, moderando-os e sufocando-os.

Para uma teoria como a de Hart, é compreensível que ela se sirva de uma forte dicotomia entre identificação e aplicação do Direito²⁸, em que a identificação se dá exatamente do modo clássico que o imaginário liberal concebe (legislador faz a lei, sociedade faz o costume, e o juiz apenas os aplica ao caso concreto), enquanto a aplicação, prevendo textura aberta, indeterminação e discricionariedade, consegue explicar qualquer grande desvio ou transformação obtida imprevisivelmente no âmbito do judiciário como resultado da exploração da textura aberta e do exercício do poder discricionário. Assim, as grandes transformações que tinham ocorrido com concurso do judiciário norte-americano (fim da segregação racial em *Brown vs. Board*, garantia da liberdade de expressão contra a Guerra do Vietnã em *Bachellar vs. Maryland*, implementação do regime trimestral para o aborto em *Roe vs. Wade*, implementação da proteção ambiental em *TVA vs. Hill* etc.) poderiam ficar todas por conta de como os indivíduos e grupos de certo contexto jurídico escolheram explorar a textura aberta das normas e de como os juízes escolheram exercitar sua discricionariedade. Nada dessa explosão de militância social no judiciário, de quebras da linearidade dedutiva do Direito e de expansão judiciária dos direitos precisaria alterar em nada a imagem plácida que o liberalismo clássico havia construído de como o Direito funciona.

Já a teoria de Dworkin, do outro lado, incorporou essa explosão de transformações como parte da sua imagem alterada do Direito. Os argumentos morais e políticos que os movimentos subalternos usaram para voltar o Direito contra o Direito e obter vitórias improváveis contra o formalismo comparecem na teoria de Dworkin na forma dos tais princípios não escritos, obrigatórios em razão de seu conteúdo, os quais não podem ser determinados de antemão (isto é, antes da argumentação situada da aplicação do Direito) como fazendo parte do conteúdo jurídico oficial. Já a disputa de significantes promovida por estes movimentos, que avançaram pouco a pouco suas próprias visões de liberdade, igualdade, oportunidade, responsabilidade etc., com propósito de cobrar as promessas não cumpridas da ideologia liberal, fornecem o referente concreto do que, na teoria de Dworkin, aparece como desacordos teóricos. É sintomático que Dworkin, quando introduz casos de triunfo dos princípios e exposição dos desacordos, selecione casos em que, graças aos

²⁸ HART, *O Conceito de Direito*, cit., p. 332-335.

princípios e desacordos, alguma posição típica do liberalismo clássico (letra do testamento moralmente insensível em Elmer, letra do contrato socialmente insensível em Henningsen, segregação racial em Brown, cegueira da cor em Bakke etc.) tenha sido derrotada. É como se promettesse, por meio dos exemplos, que é o liberalismo clássico que é enterrado junto com o positivismo.

Torna-se também perceptível, contudo, que nenhum dos dois autores consegue dar conta das lutas sociais subalternas que transformaram o Direito por meio da exploração da plataforma expansiva dos direitos e do poder criativo da jurisdição. Em Hart, a separação entre os momentos da identificação e da aplicação do Direito relega as grandes vitórias judiciais das lutas dos subalternos ao status de acidentes tornados possíveis a partir da textura aberta das normas e da discricionariedade judicial. Em Dworkin, as ideias de desacordos teóricos numa prática contestada, de interpretação criativa e de romance em cadeia e de princípios não escritos do liberalismo igualitário dão a entender que aquelas grandes transformações surgiram a partir do potencial interno de evolução moral e política do próprio Liberalismo. Ou seja, num autor as lutas dos subalternos são invisibilizadas, tratadas como acidentes; no outro, elas são desapropriadas de suas vitórias, recontadas como ganhos evolutivos do Liberalismo.

Na medida em que nenhum dos autores admite a conexão entre forma tradicional do Direito, capitalismo, poder de opressão e reprodução do privilégio, nenhum deles pode ver as lutas judiciárias dos subalternos como partes do fenômeno político mais amplo de resistência contra a exploração e a opressão, nem podem notar como tais lutas foram bem sucedidas em revertê-la contra ela própria, explorando indeterminações, fragilidades, falsas promessas e contradições com o propósito de pavimentar, palmo a palmo, rotas de sobrevivência e de emancipação. Para reconhecer a natureza destas lutas como fenômenos de uso do Direito contra o Direito, é preciso sair do ponto de vista liberal, situar-se no contexto concreto de sociedades desiguais e opressoras e ver o Direito pelo ponto de vista dos *outsiders* e oprimidos. É preciso, na mesma medida, transitar da perspectiva das autoridades encarregadas de aplicar o Direito, reprodutiva ou criativamente, para a perspectiva dos grupos subalternos, organizados e rebeldes, interessados em disputar o significado, o conteúdo e o propósito do Direito.

A perspectiva teórica capaz de romper com esse vínculo com o Liberalismo, seja clássico seja igualitário, como pano de fundo explícito ou implícito obrigatório da Teoria do

Direito é aquela que podemos encontrar no movimento dos Estudos Jurídicos Críticos²⁹, o qual é o herdeiro de esquerda do Realismo Jurídico do início do Séc. XX e expressão tanto da rejeição da Teoria do Direito e da doutrina jurídica tradicionais quanto do espírito de contracultura e da mistura de diversas influências teórico-críticas, do Marxismo ao Pós-modernismo, do Feminismo ao Movimento Negro, da teoria Queer ao pensamento pós-colonial e descolonial, da luta anticapacitista à crítica do antropoceno.

²⁹ Para uma apresentação introdução do CLS como movimento, ver ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 2229-2250, 2018 e FRANZONI, Julia Ávila et al. Apresentação/Presentación/Editorial-V. 12, N. 2, 2021. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 2, p. 753-778, 2021. Para a constatação do pano de fundo liberal da maior parte da Teoria do Direito tradicional de língua inglesa, ver KENNEDY, *A critique of adjudication* [fin de Siècle], *cit.*, sobretudo os capítulos 2 e 6.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 2229-2250, 2018.
- BURLEY, Justine. *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2004.
- COELHO, André; BUSTAMANTE, Thomas; DE MATOS, Saulo (Org.). *Interpretando O Império do Direito*. 1a. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript. Essays on the postscript to The Concept of Law*. Oxford & New York: Oxford University Press, 2001.
- CULVER, Keith. Leaving the Hart-Dworkin Debate. *The University of Toronto Law Journal*, v. 51, n. 4, p. 367-398, 2001.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (orgs). *Reading HLA Hart's "The Concept of Law"*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins. Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FRANZONI, Julia Ávila et al. Apresentação/Presentación/Editorial-V. 12, N. 2, 2021. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, n. 2, p. 753-778, 2021.
- HART, H. L. A. *A teoria do direito norte-americano pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Coord.). *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia: H. L. A. Hart*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HUNT, Alan. *Reading Dworkin critically*. New York and Oxford: Berg, 1992.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication [fin de Siècle]*. Harvard University Press, 2009.
- KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o positivismo jurídico*. Textura aberta do direito e discricionariedade judicial. Curitiba: Juruá, 2014.
- KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério*. Interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.
- LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence. *Am. J. Juris.*, v. 48, p. 17, 2003.
- LEVITSKY, Sandra R. *Law and social movements: old debates and new directions*. The Handbook of Law and Society, p. 382-398, 2015.
- MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. por Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MCCANN, Michael. *Law and social movements: Contemporary perspectives*. Annu. Rev. Law Soc. Sci., v. 2, p. 17-38, 2006.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Ronald Dworkin e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- PLAUCHÉ, Geoffrey Allan. *Moral Legislation and Democracy: The Devlin-Hart-Dworkin Debate Revisited*. In: 2006 Annual Meeting of the Medical Political Science Association. 2006.
- ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014 (Tese, Doutorado em Direito).
- SHAPIRO, Scott J. *The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed*. Available at SSRN 968657, 2007.
- VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, p. 05-27, 2002.
- WALUCHOW, Will; SCIARAFFA, Stefan. *The legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Como citar este artigo: COELHO, André Luiz Souza; FRANZONI, Julia Ávila. O debate Hart-Dworkin relido à luz da crítica social. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1–26, 2022.

Recebido em 19.09.2022

Publicado em 22.12.2022

