

Crítica ao positivismo e interpretação^{1 2}

A critique of positivism and interpretation

Fernando Rodrigues³

Resumo:

O artigo discute a posição de R. Dworkin sobre o que seria / deveria ser o direito tal como ela aparece em Império do Direito. Tal posição, que compreende o direito como integridade, contrapõe-se às alternativas convencionalistas e pragmatistas, sendo as primeiras equiparadas a positivismo e as segundas ao realismo. O objetivo de Dworkin é o de oferecer uma concepção de direito plausível que possa fazer face ao positivismo. Esse objetivo já aparece desde os primeiros escritos do jusfilósofo americano, em que ele tinha explicitamente a posição de H. L. A. Hart como interlocutora e opositora. Mas é sobretudo com a elaboração de uma certa noção de interpretação como constitutiva do fenômeno jurídico que Dworkin, em textos posteriores, pretende fazer valer sua posição. O presente artigo apresenta os principais traços da teoria interpretativa do direito como integridade e questiona a plausibilidade dessa posição.

Palavras-chave: Dworkin, integridade, interpretação, positivismo

Abstract:

The aims of this paper is to discuss R. Dworkin's view on what is / should be law, as it is developed in Law's Empire. This text maintains that the concept of law is connected to that of integrity, contrary to the conventionalist and pragmatist views, the former being a modern form of positivism and the latter a modern form of realism. Dworkin's main aim is to put forward an plausible view of what law is that could prove more adequate than the positivist alternative. This aim of his is already to be noticed in his first writings on law, when he explicitly challenges H. L. A. Hart's position. At this time, Hart was at once his interlocutor and his favourite opponent. However, it is particularly with the view that the

¹ Uma versão anterior deste texto foi publicada em livro em homenagem ao professor Wilson Mendonça: DIAS, Maria Clara (Org.). *Filosofia da Mente, Ética e Meta-ética: Ensaio em Homenagem a Wilson Mendonça*. 1ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2010, p. 34-46.

² Artigo recebido e aceito em novembro de 2013.

³ Mestre em Filosofia (1985) e em Direito (2012) pela UFRJ, Doutor em Filosofia pela Universität Konstanz (1990), pós-doutorado pela Université de Paris X, Nanterre (1994), pós-doutorado pela Universität Konstanz (1998) e pós-doutorado pela Universität Konstanz (2001). Professor adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Correio eletrônico: <farr@uol.com.br>.

concept of interpretation is constitutive of the concept law that his position becomes allegedly overwhelming. This paper, after presenting the main features of Dworkin's interpretative view of law, tries to raise questions that could jeopardise the plausibility of this view.

Keywords: Dworkin, integrity, interpretation, positivism

Em *O Império do Direito*, R. Dworkin propõe uma teoria do direito que se apresenta como uma alternativa mais plausível ao que ele chama de convencionalismo e pragmatismo. A teoria proposta é nomeada direito como integridade. O que Dworkin chama de convencionalismo poderia, à primeira vista, ser identificado com o que comumente se considera como positivismo jurídico e o que ele chama de pragmatismo poderia, também à primeira vista, ser identificado com o realismo jurídico. É importante, no entanto, observar que, ao contrário do positivismo e do realismo, o convencionalismo e o pragmatismo são teorias não semânticas, mas interpretativas, acerca do direito. No vocabulário de Dworkin, seriam teorias pós-interpretativas⁴. Para chegar a um embate com as posições convencionalista e pragmatista, Dworkin, em um primeiro momento discute com a teoria da compreensão de expressões pressuposta pelo positivista, a saber: a chamada teoria semântica. O objetivo é mostrar que certos conceitos não podem ser compreendidos de modo semântico, exigindo, antes, uma compreensão interpretativa que coloque esses conceitos em “sua melhor luz”. Mostrado, no capítulo 3, como o conceito de direito é um conceito interpretativo, ele irá, então, discutir com as duas alternativas à sua teoria do direito que já consideram o direito como um conceito interpretativo, a saber: o convencionalismo e o pragmatismo. Nesse sentido, ao contrário do que ele desenvolve em seus textos iniciais, o interlocutor de Dworkin, em *O Império do Direito*, não será mais o positivista (ou o realista), mas sim o convencionalista e o pragmatista. A discussão com o positivismo, nessa obra,

⁴ No capítulo 4 de *O Império do Direito*, onde é abordado o convencionalismo, o autor deixa claras as distinções entre esta posição e o positivismo (115s.) e, no capítulo 5, sobre o pragmatismo, este é distinguido do realismo (153). O positivista manteria que os direitos (*rights*) e obrigações (*responsibilities*) atribuídos aos indivíduos decorreriam apenas de certas fontes do que seria o direito (*law*) estabelecidas pela convenção. Proposições jurídicas seriam aquelas que estariam respaldadas por alguma fonte eleita por algum tipo de convenção. O realista, por sua vez, defenderia a tese de que proposições jurídicas seriam “sinônimas de predições daquilo que os juizes farão ou são apenas expressões de emoções e, conseqüentemente, não são realmente proposições” (153). Direitos e obrigações decorreriam dessas decisões que, por sua vez, não estariam fundadas.

aparece, no entanto, nos capítulos iniciais, quando o autor pretende refutar a teoria semântica como adequada para compreender o conceito de direito. É exatamente sobre essa tarefa prévia que consiste na contraposição entre uma teoria semântica e uma teoria interpretativa e na defesa, por parte de Dworkin, da teoria interpretativa que me concentrarei aqui.

Antes de abordar propriamente esse tema, serão feitas algumas observações sobre a posição de Dworkin acerca do conceito de direito presente em um de seus primeiros escritos, a saber: “O Modelo de Regras I”, publicado em 1967. Essas observações pretendem mostrar que, caso Dworkin não houvesse, em textos posteriores, explicitado que sua divergência com o positivismo não se centra tanto na discussão sobre se direito consiste de regras apenas ou se consiste de regras aliadas a princípios, mas sim na discussão sobre se o conceito de direito é um conceito semântico ou um conceito interpretativo, a divergência entre ele e o positivismo seria uma divergência sobre o uso correto da palavra “direito”, i.e. uma divergência insignificante.

No artigo de 1967, o alvo da crítica é o positivismo representado por H. L. A. Hart. De acordo com Hart, o direito, pelo menos nas sociedades modernas, consistiria de um conjunto de regras de primeiro e segundo grau, sendo as primeiras aquelas que determinam direitos e obrigações em casos concretos (*primary rules of obligation* (1961, 91))⁵ e as segundas aquelas que serviriam para solucionar problemas que possam ocorrer com relação às regras de primeiro grau. As regras de primeiro grau poderiam, em certos casos, mostrar-se defeituosas (*ibidem*, 92ss.). Em primeiro lugar, poder-se-ia, em certas situações ter dúvida sobre se uma dada regra pertence ou não ao conjunto de regras (de primeiro grau) que comporiam o sistema jurídico de uma comunidade; em segundo lugar, haveria muitas vezes necessidade de alterar as regras (de primeiro grau) para que elas se adaptassem a mudanças ocorridas na comunidade; enfim, as regras (de primeiro grau) poderiam ser ineficazes se não houvesse alguma instância responsável por fazer com que o não cumprimento das obrigações que elas determinam seja de algum modo punido. Para tanto, Hart mostra que, nas sociedades

⁵ O termo “direito” (no singular) usado neste texto corresponde à palavra inglesa “law”, enquanto o termo “direitos” (no plural), à palavra “rights”. Direito é o que, aplicado a casos concretos da vida, faz com que os indivíduos possuam direitos ou, conforme o caso, obrigações. Poder-se-ia, *grosso modo*, correlacionar “direito” ao direito objetivo e “direitos” aos direitos subjetivos.

modernas, além das regras que estabelecem direitos e obrigações, há um grupo de outras regras (de segundo grau) que visam a remediar esses três defeitos. Trata-se das regras de reconhecimento (que dão critérios a serem preenchidos para que uma regra de primeiro grau possa pertencer ao sistema jurídico), das regras de mudança (que estabelecem como regras novas de primeiro grau podem ser introduzidas e como regras antigas podem ser eliminadas) e das regras de prestação jurisdicional (*adjudication*) (que conferem poder a certos indivíduos para que eles possam determinar, no caso da violação de regras de primeiro grau, que haja a punição).

O que importa para a discussão entre o positivismo de Hart e a posição de Dworkin é, sobretudo, a regra de reconhecimento da teoria positivista. De acordo com o positivismo, para que algo (uma norma) possa ser considerado jurídico e possa, portanto, pertencer ao direito, fazendo com que dela surjam, nas situações concretas, direitos e obrigações, é necessário que esse algo tenha o aval de uma fonte, que ele tenha o aval de alguma regra de reconhecimento. Essa regra funciona como critério para se determinar se uma regra (de primeiro grau) pertence ou não ao direito, a qual por sua vez, caso pertença ao direito, poderá ser aplicada a casos concretos, atribuindo direitos e obrigações aos indivíduos. A regra de reconhecimento eleita para um dado sistema jurídico não é uma regra que possua uma necessidade a priori. Trata-se, antes, de uma regra que foi eleita por uma dada comunidade. Ela funciona, no entanto, para determinar o conjunto de regras que são os padrões para a atribuição de direitos e obrigações aos indivíduos. Essa regra de reconhecimento é chamada, muitas vezes, de fonte do direito.

Nos casos concretos litigiosos aos quais nenhuma regra do sistema jurídico de uma comunidade se aplica, o magistrado lançaria mão do poder discricionário, decidindo o caso sem aplicar o direito. Ele utilizaria, aí, padrões que não regras respaldadas por uma fonte. O caso seria decidido, mas não com base no direito.

É contra essa maneira de explicar o direito que Dworkin se volta. Para ele, nas decisões judiciais, os magistrados lançam mão de padrões que não são simplesmente regras validadas por uma fonte, mas sim princípios, sendo que, não raro, deixam de lado até mesmo as regras jurídicas que se aplicariam a um dado caso para decidir esse caso com base em princípios. Para Dworkin, os padrões

de atribuição de direitos e obrigações seriam, assim, tanto regras quanto princípios. E, naqueles casos em que os positivistas afirmam estar o magistrado lançando mão de seu poder discricionário, Dworkin afirma que, na verdade, eles não estão servindo-se da discricionariedade, mas estão, sim, ainda vinculados ao direito, pois estão recorrendo, ainda que não a regras jurídicas, pelo menos a princípios jurídicos. Não haveria, para ele, discricionariedade nas decisões dos magistrados.

Pode-se falar em pelo menos três tipos de padrões na determinação do que é o direito (*law*). Isto é: quando se diz que uma pessoa possui direitos ou obrigações com base no direito, o padrão para se atribuírem esses direitos ou obrigações pode ser considerado como uma regra, um princípio ou uma política (*policy*) (Dworkin: 1967, 22). O direito tem como um de seus objetivos determinar, em casos concretos, normalmente de litígio, quem possui direitos e quem obrigações e quais são esses direitos e obrigações. Para tanto, consideram-se esses casos concretos a partir de algum desses padrões. Regras são distinguidas de princípios através de dois critérios: (1) um critério lógico, de acordo com o qual, ao se considerar a aplicação desses padrões a casos concretos, regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada e princípios são aplicados de modo gradual (*ibidem*, 24s.); (2) um critério baseado na noção de peso ou importância, segundo o qual diferentes princípios poderiam aplicar-se a um mesmo caso concreto, devendo-se então sopesar para determinar até que ponto cada um deve ser aplicado, enquanto diferentes regras não poderiam ser aplicadas conjuntamente a um mesmo caso, devendo, no caso de isso aparentemente ocorrer, o sistema jurídico possuir regras que eliminem esse conflito aparente de regras (*ibidem*, 26s.)⁶. Com relação às políticas, trata-se de um tipo de padrão que “estabelece um fim a ser atingido, em geral uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade” (*ibidem*, 22). Diferentemente das políticas, os princípios seriam padrões que estabeleceriam uma “exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou alguma outra dimensão de moralidade” (*ibidem*, 22). O próprio Dworkin, no entanto, observa que muitas vezes a distinção entre política e princípio desaparece ao se formulam princípios como expressando fins ou políticas como estabelecendo princípios (*ibidem*, 22s.).

⁶ No caso do direito brasileiro, esse tipo de conflito é solucionado pela aplicação de três critérios: (a) o cronológico; (b) o hierárquico; e (c) o da especialidade.

Diante dessa caracterização de regras, princípios e políticas, poder-se-ia, de modo geral, dizer que o positivista considera que o direito consista de regras, o realista mantém que as políticas seriam o central na determinação do direito e Dworkin chama atenção para o papel dos princípios no direito.

Retornando à crítica de Dworkin ao positivismo, parece que as duas partes estariam discutindo apenas sobre o sentido de certas palavras. Ambos concordam com o fato de que, em várias situações, os magistrados se utilizam de padrões outros que as regras admitidas por uma fonte. A única diferença está no fato de que o positivista afirmaria que esses padrões não seriam chamados de jurídicos e Dworkin os chama de jurídicos. Tratar-se-ia de uma discussão irrelevante para a explicação de como funciona o direito.

Como foi mencionado acima, a discussão de Dworkin com o positivismo alterou-se no desenvolvimento de sua obra. Se em “O Modelo de Regras I” Dworkin parecia manter que, ao se buscar determinar o direito a partir do modo como os magistrados agem ao aplicarem-no a casos concretos, observa-se que, em muitos casos (sobretudo nos chamados casos difíceis), esses magistrados lançam mão não apenas de regras, mas também de princípios, na obra de 1986, seu raciocínio torna-se mais sofisticado. A crítica ao positivismo resulta, antes, do fato de, segundo Dworkin, os positivistas terem uma compreensão equivocada da estrutura de certos conceitos, entre eles o conceito de direito.

Para abordar a compreensão adequada do conceito de direito, Dworkin considera algumas frases em a palavra direito (*law*) é utilizada. Trata-se de proposições do tipo “O direito proíbe que o Estado condene ou absolva sem o devido processo legal”, “O direito determina que Pedro pague a Macro uma indenização de R\$ 500,00”. Essas proposições legais (*propositions of law*) podem ser verdadeiras ou falsas. Para se determinar o valor de verdade dessas proposições, lança-se mão de fundamentos legais (*grounds of law*). Esses fundamentos são aquilo que torna as frases verdadeiras ou falsas (*idem*: 1986, 4s.). São os critérios que dirão se algo é ou não direito. A pergunta é, então, em que consistem esses fundamentos, pois, ao respondê-la, determinar-se-á também em que consiste o direito. Ou melhor, dependendo do tipo de fundamento que se mobilize, poder-se-á dizer que tipo de coisa é o direito.

A tendência usual seria a de comparar esse tipo de frase em que a palavra direito ocorre com outros tipos de frase de estrutura semelhante. Tomem-se, por exemplo, frases do tipo “Isso é um *edifício*” ou “O objeto que se encontra em cima da mesa é um *livro*”. Para determinar a verdade da primeira frase, lançar-se-á mão das regras de uso da palavra “edifício” e verificar-se-á se essa regra se aplica ao objeto referido pelo dêitico “isso”. Se compreendemos a regra de uso da palavra “edifício” e nos encontramos na situação em que o objeto se encontra, poderemos decidir se a frase é verdadeira ou falsa. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a frase onde ocorre a palavra “livro”. É bem verdade que as regras de uso das palavras não determinam sempre de modo unívoco se essa palavra se aplica ou não a um dado objeto. Podemos ficar em dúvida se um prédio de dois andares é ou não um edifício. No entanto, essas regiões de penumbra não impedem que eu utilize a palavra e compreenda quando ela for usada e que sua regra de uso seja suficiente para, dada uma situação concreta, determinar a verdade ou falsidade de frases em que essa expressão ocorre.

Uma aproximação, na visão de Dworkin, equivocada leva-nos a compreender a palavra “direito” de modo semelhante às palavras “edifício” e “livro”. Acredita-se que, se conhecemos uma dada situação, por exemplo: a situação fática em que Pedro e Marco se encontram, podemos dizer se é ou não direito que o primeiro pague ao segundo uma indenização de R\$ 500,00. A palavra “direito” é usada segundo uma regra e, se a compreendemos, podemos dizer se ela se aplica ou não a dados casos. Essa regra de uso não precisa ser de simples aplicação como nos casos do parágrafo anterior. Em uma determinada comunidade, a regra pode determinar que é direito a atribuição a indivíduos daqueles direitos e obrigações previstos no ordenamento jurídico positivado como resultados de determinadas relações entre aqueles indivíduos. Em outra comunidade, a regra pode, por sua vez, determinar que direito consiste nas distribuições de direitos e obrigações como resultado da aplicação de normas consuetudinárias a casos concretos.

É verdade, como no caso das palavras “edifício” ou “livro”, também aqui, no caso do direito, há situações de penumbra. Em vários casos de litígio, por exemplo, não se encontra nenhuma regra do ordenamento que possa ser mobilizada para decidi-los ou não se sabe se dada regra se aplica

ou não a um dado caso concreto. Mas isso não impede que a palavra “direito” continue a ser utilizada a partir de uma regra. Trata-se das situações que os positivistas previam como pertencentes ao âmbito discricionário do magistrado.

Certamente não é tão trivial aplicar normas positivadas do ordenamento jurídico ou normas consuetudinárias a casos concretos quanto é trivial aplicar predicados como “edifício” a construções. Mas, apesar da complexidade, o modelo continua sendo o mesmo: se a determinação de que, em dada situação, certos indivíduos têm direitos ou obrigações porque esses direitos ou, conforme o caso, obrigações se seguem, por exemplo, de uma norma do ordenamento jurídico ou de uma norma consuetudinária, então pode-se dizer que essa atribuição de direitos e deveres é direito. A discussão aqui consiste simplesmente em verificar se a referida norma de fato se aplica à situação fática em questão. Poder-se-ia também imaginar que a discussão dissesse respeito a existência ou inexistência da pretensa norma que foi mobilizada. Como quer que seja, tratar-se-ia sempre de uma discussão sobre fatos.

De acordo com essa compreensão do que seria o direito, as discordâncias que surgem no âmbito do direito são sempre discordâncias empíricas. Já se sabe sempre o que significa “direito”. O que pode ser pouco claro, em certas situações, e ser motivo de divergência é se a distribuição de direitos e obrigações em uma dada situação fática, por exemplo a uma situação em que o Estado exige dos contribuintes o pagamento de uma certa contribuição, é ou não direito. Esse tipo de discordância não é teórica, sobre o conceito de direito. Mas sim uma discordância sobre a aplicação da palavra “direito” a um dado caso, sobre se certo caso se subsume ou não a regras do ordenamento jurídico positivado. Não se trata de uma discordância sobre os fundamentos legais, mas sim de uma discussão sobre as proposições legais.

Essa extensão do modo de compreensão das palavras “edifício” e “livro” para a palavra “direito” seria, no entanto, equivocada. Esse modo de compreender o que é o direito é chamado de semântico. E, afirma Dworkin, o ferrão semântico atingiu o positivismo jurídico (ibidem, 31). De resto, não apenas o positivismo, mas também as posições clássicas alternativas do positivismo comprometeram-se com essa visão semântica do sentido da palavra “direito”. O jusnaturalismo e o

realismo jurídico, apesar de diferentes entre si e de diferentes do positivismo, compartilham, todos, dessa compreensão semântica do direito.

Nesse ponto, explica-se por que Dworkin, em *O Império do Direito*, não discutiu, para mostrar a superioridade de sua teoria do direito como integridade, com o positivismo e o realismo, mas sim com o convencionalismo e o pragmatismo. Aquelas duas posições, ao contrário destas, cometem, de antemão, um erro conceitual, o que, de início, já as eliminaria como opositores que partissem de um mesmo solo comum para que, então, pudessem ser criticadas em um outro plano.

Mas, se o conceito de direito não pode ser compreendido como um conceito semântico, como um conceito que é usado segundo regras que determinam se ele se aplica ou não a certas instâncias, como então ele é utilizado?

Dworkin começa chamando a atenção para o fato de que denominamos interpretação várias atitudes que tomamos no mundo (ibidem, 50). Podemos, por exemplo, interpretar os sons emitidos por pessoas ou os rabiscos por elas escritos. Quando assim o fazemos, buscamos compreender o que dizem e o que escrevem. Mas a palavra interpretação aplica-se também ao âmbito da ciência. O cientista interpreta dados. Esses dois tipos, no entanto, não são os mais importantes para se determinar como abordar adequadamente o que é o direito. Há dois outros tipos de interpretação mais interessantes: a interpretação artística e a interpretação de práticas sociais. Esses dois tipos de interpretação mantêm vários traços em comum, e Dworkin os chama de interpretações criativas. O direito, por sua vez, consiste em uma prática social. O ponto de Dworkin aqui consiste no fato de que a compreensão que temos de termos que se referem, por exemplo, a objetos como edifício ou livro não pode ser do mesmo tipo que a compreensão que temos de objetos de arte ou de práticas sociais. Mas em que consiste exatamente esse tipo de compreensão chamado interpretação?

Diante de objetos artísticos ou de práticas sociais, colocamo-nos, em geral, com uma dupla atitude (ibidem, 47). Por um lado, consideramos que esses objetos têm algum valor (*value / point*); por outro lado, consideramos que quer o objeto artístico quer a prática social que detêm esse valor não consistem apenas de produtos gerados ao se seguirem certos procedimentos, mas eles são

produzidos de modo a serem sensíveis ao fim. Não se trata de algo realizado mecanicamente, mas de direcionar essa realização de modo a que ela preencha da melhor maneira o valor. Essa atitude vale, de resto, não apenas para os que produzem a obra de arte ou realizam as práticas sociais, mas também, pelo menos no caso da arte, para os seus receptores⁷.

Os dois elementos que compõem a atitude interpretativa que desenvolvemos diante de um objeto arte ou de práticas sociais podem ser tematizados, nessa atitude, separadamente um do outro. Desse modo, pode-se dar adesão ao valor de uma prática sem se perguntar qual a melhor maneira de realizar esse valor. Dworkin dá o exemplo de jogos, em que consideramos que tenham algum valor, sem, no entanto, nos perguntar qual seria a melhor maneira de realizar esse fim. No caso de jogos simplesmente seguimos cegamente as regras tradicionais. Dworkin considera que, nesse caso, a interpretação tem apenas um papel externo (ibidem, 48). Mas há situações em que não apenas se valoriza uma obra ou uma prática, mas se pergunta qual a maneira de se realizá-la da melhor forma. Nesse caso, pode-se dizer que se toma uma atitude totalmente interpretativa, uma atitude tal que pode alterar as regras tradicionais segundo as quais algo é produzido.

A atitude interpretativa desenvolve-se em três níveis (ibidem, 65s.). (1) Em um primeiro momento, o intérprete simplesmente identifica uma obra como pertencendo a um certo gênero e, ao mesmo tempo, como sendo diferente das demais obras do mesmo gênero ou identifica um conjunto de práticas como sendo de um certo tipo. Assim, pode-se identificar uma obra como um romance ou certas práticas como sendo práticas de cortesia. (2) Um segundo momento consistiria em aceitar o valor da obra ou da prática e mostrar que alguns dos elementos que possuem pelo fato de terem sido produzidas em acordo com uma tradição são relevantes para o fim (*point*) dessa obra ou dessa prática. O intérprete tem de, de algum modo, ajustar-se (*fit*) ao que tradicionalmente pertence, por exemplo, ao gênero romance ou à cortesia; caso contrário, ele estaria inventando um novo gênero literário ou uma nova prática social. (3) Enfim, em um terceiro momento, acrescenta-se nessa obra ou

⁷ No caso específico do direito, Dworkin afirma, em “Como o Direito é Semelhante à Literatura”, que “as proposições legais não são meramente descritivas, de uma maneira direta, nem simplesmente avaliadoras de algum modo que fosse separado da história do direito. Elas são interpretativas da história do direito, que combina elementos tanto da descrição quanto da avaliação, ainda que seja diferente de ambas” (1983, 147).

nessa prática o que se crê ser necessário para que elas realizem da melhor maneira o seu valor. Esses três níveis são chamados, respectivamente, de pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo.

O objetivo de Dworkin parece ser o de permitir que os objetos artísticos e as práticas sociais sejam produzidos e interpretados de modo a, por um lado, continuar uma tradição e, por outro, introduzir algo novo nessa tradição, alterando-a de modo a realizar de uma melhor maneira as finalidades dessa tradição. Trata-se aqui de mostrar o que é interpretado em sua melhor luz⁸.

É importante também notar que o intérprete não apenas altera as características da obra ou da prática para que elas melhor realizem sua finalidade, mas ele pode também alterar o valor ampliando-o ou reduzindo-o, até mesmo eliminando-o, caso em que um dado tipo de obra ou um certo tipo de prática, se continuarem ainda em existência, serão produzidos de modo meramente mecânico.

Se, de fato, as práticas jurídicas são práticas sociais interpretativas, então nossa atitude e sobretudo a atitude do magistrado -pois é a este que cabe dizer o que é e o que não é direito em casos concretos-, consistirão, quando considerar uma situação concreta em que deverá decidir acerca de direitos e obrigações para os indivíduos, não em aplicar cegamente uma regra a essa situação, mas, antes, em se perguntar como decidir naquela situação de tal modo que, em se mantendo fiel a uma tradição que considera um certo procedimento como direito, possa também alterar essa tradição e, desse modo, realizar da melhor maneira o valor do direito. Sendo assim, ao se responder a pergunta sobre o que significa direito, isto é: ao se dizer o que é aquilo que é utilizado pelos magistrados para a atribuição de direitos e obrigações individuais, não se pode dizer que direito consiste na aplicação de um conjunto de regras a casos concretos, ao contrário do que ocorre quando aplico a palavra “edifício” a algumas construções e não a outras. Direito teria a ver não com a aplicação de regras a casos concretos, mas, antes, com a interpretação desses casos em acordo com

⁸ Em 2004, Dworkin publicou o artigo “O Pós-escrito de Hart e o Caráter da Filosofia Política”. Nesse texto, o autor responde às respostas que Hart, no pós-escrito de seu livro *O Conceito de Direito*, dá a certas objeções feitas a ele por Dworkin. No artigo de 2004, Dworkin volta a insistir que “os conceitos de liberdade, democracia e outros funcionam no pensamento e na linguagem ordinários como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é questionado e o questionamento é sobre a atribuição de um sentido descritivo que melhor capture ou realize aquele valor” (2004, 9).

os três níveis acima mencionados. Para se determinar o valor de verdade de uma proposição como “O direito determina que Pedro pague a Macro uma indenização de R\$ 500,00”, ter-se-ia, portanto, não que verificar se há alguma regra baseada em alguma fonte que, aplicando-se a um caso concreto, determina, como resultado, que Pedro pague a Macro uma indenização de R\$ 500,00. Dever-se-ia, sim, interpretar esse caso concreto para se determinar o que daí se segue.

A partir das análises realizadas por Dworkin, resulta que uma concepção adequada do direito não poderá pressupor uma compreensão semântica, mas sim uma compreensão interpretativa. O positivista equivoca-se por não ter compreendido corretamente que direito, por ser uma prática social, não decorre da aplicação de certas regras a casos concretos, mas sim consiste em uma prática que exige uma atitude interpretativa da qual resultarão direitos e obrigações. A análise até aqui apresentada serve para estabelecer um solo conceitual minimamente adequado para discussões sobre a determinação do direito. Um segundo passo da teoria de Dworkin vai consistir em mostrar que, a partir desse solo, diferentes alternativas podem erguer-se e em defender uma dessas alternativas como a mais correta. Trata-se da concepção do direito como integridade. Não vou aqui abordar essa teoria. Limito-me, no que se segue, a fazer uma observação crítica à concepção interpretativa de Dworkin.

Em textos iniciais, a crítica de Dworkin ao positivismo concernia ao fato de que os positivistas, ao manterem que o direito se determina por uma fonte, não conseguem admitir que princípios também façam parte do direito, restringindo-o apenas a regras. O erro dessa postura estaria no fato de que, quando refletimos sobre a atribuição a indivíduos de direitos e obrigações jurídicas, verificamos que, não raro, essa atribuição é feita com base em princípios. Essa reflexão de Dworkin parece ser correta, sobretudo no caso do direito americano, ainda que também valha para o caso brasileiro, cada vez mais, possamos observar esse recurso a princípios, sobretudo por parte de algumas correntes doutrinárias. A crítica no entanto parece girar em torno de uma mera divergência sobre o uso correto da palavra direito e torna-se, desse modo, pouco interessante, conforme foi mostrado acima.

Os textos em que Dworkin lança mão da noção de interpretação, por outro lado, parecem possibilitar uma crítica mais substancial ao positivismo. De acordo com essa posição de Dworkin, os positivistas compreenderiam de modo equivocado a estrutura do conceito de direito. Os positivistas, agora, não erram apenas por usarem direito de modo restrito demais, não o estendendo a casos em que a atribuição de direitos e obrigações se deve também, além das regras, à mobilização de padrões como princípios e políticas. Não se trata mais de um erro resultante do fato de a extensão do conceito de direito ser restrita demais. O equívoco não consiste no fato de usarem essa expressão de modo restrito demais, mas sim de compreenderem erroneamente a estrutura desse tipo de conceito. Conforme visto, nossa atitude diante desse conceito é dupla. Por um lado, consideramos que esse conceito tem um valor e, por outro lado, buscamos interpretar o conteúdo descritivo desse conceito de tal modo que esse conteúdo realize da melhor forma o valor, i.e. de tal modo que essa interpretação coloque o direito em sua melhor luz. Essa nova crítica ao positivismo deixa de ser insignificante. No entanto, o preço pago pela relevância da crítica não é pequeno. Apesar de todos os argumentos e exemplos de que Dworkin lança mão para mostrar que direito é um conceito interpretativo, essa posição está longe de ser aceita sem problemas. Não parece claro que nosso falar e nosso agir, com relação a certas práticas ou a certas obras de arte, componham-se dessa duplicidade de elementos, ao invés de terem preponderantemente um conteúdo descritivo. Diante de posições contrárias à sua que, lançando mão de certos exemplos, buscassem mostrar que a estrutura do conceito de direito é simplesmente descritiva, não fica claro como se poderia responder, a não ser que Dworkin repetisse mais uma vez a estratégia já por ele utilizada. Mas a repetição dos mesmos argumentos não os torna mais plausíveis. Parece que, para escapar de uma crítica ao positivismo marcada pela insignificância, Dworkin acaba chegando a uma posição que, com certeza, não é nem trivial nem insignificante, mas que, por outro lado, talvez careça de plausibilidade.

Referências Bibliográficas:

DWORKIN, Ronald (1967): "The Model of Rules I", in: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres 1987

DWORKIN, Ronald (1983): "How Law is like Literature", in: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1985

DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, The Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1993

DWORKIN, Ronald (2004): "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", in: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 2004

HART, Herbert Lionel Adolphus (1961): *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994