

LEGITIMIDADE DO DIREITO E RAZÃO PÚBLICA MORAL
POLÍTICA:
RECAPTURANDO OS ARGUMENTOS DE DWORKIN E
RAWLS CONTRA HART EM DEFESA DO DIREITO COMO
PRINCÍPIO

LEGITIMACY OF LAW AND PUBLIC REASON MORAL
POLITICS:
RECAPTURING DWORKIN AND RAWLS ARGUMENTS
AGAINST HART IN DEFENSE OF LAW AS A PRINCIPLE

Newton de Oliveira Lima¹⁸⁹
Lirton Nogueira Santos¹⁹⁰

RESUMO: Descrever e analisar com base no jusfilósofo Hebert Hart e no filósofo moral John Rawls os pressupostos clássicos da teoria geral do positivismo normativo e analítico e, a partir da virada neoconstitucionalista e da teoria da argumentação jurídica neocontratualista, propõe-se uma teoria metaética do Direito em função da síntese racional e normativa/principiológica em Kant (ampliação da razão discursiva no espaço público com Rawls) e do liberalismo político e do Estado de Direito como equilíbrio de valores (legitimidade metaética do Direito e sua relação moral e política através do foro da razão pública, o “véu da ignorância” rawlsiano), sintetizados por Dworkin, discípulo de Hart.

Palavras-chave: Teoria do Direito; moralismo jurídico; textura aberta da norma; normativismo; princípios.

¹⁸⁹ Doutor em Filosofia pela UFPB-UFRN-UFPE, com período de pesquisa sandwich na Universidad de Buenos Aires (projeto CAPES MERCOSUL PPCP UFPE/UBA). Professor Associado nível 1, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, onde orienta no mestrado e no doutorado. Professor do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFPB (Mestrado). Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político (UFPB), que possui as linhas de pesquisa: Filosofia kantiana do Direito; Filosofia dos Valores Juspolíticos; Constitucionalismo, democracia e Estado de Direito. E-mail: newtondelima@gmail.com
¹⁹⁰ Juiz de Direito do TJ-PI. Professor da UESPI. Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela UFPE. E-mail: lirtonnogueira@bol.com.br



ABSTRACT: Describe and analyze grounded on the legal philosopher Hebert Hart and the moral philosopher John Rawls, the classic presuppositions of the general theory of normative and analytical positivism and, grounded on the neoconstitutionalist turn and the theory of neocontractualist legal argumentation, a metaethical theory of Law in function of the rational and normative/principled synthesis in Kant (expansion of discursive reason in the public sphere with Rawls) and of political liberalism and the State of Law as a balance of values (metaethical legitimacy of Law and its moral and political relationship through the forum of public reason, the rawlsian “veil of ignorance”), summarized by Dworkin, a disciple of Hart.

Keywords: Theory of Law; legal moralism; open texture of norm; normativism; principles.

INTRODUÇÃO

A ESCOLA ANALÍTICA DO DIREITO: HART EM OXFORD E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MORAL

Hart parte de uma caracterização de lei na experiência comum dos povos – reconhecimento jurídico do costume; daí vem os problemas de legitimação: de onde vem a validade da regra, qual a relação do direito com a moral (jusnaturalismo tomista defende o direito como parte da moral) e o papel sério dos tribunais em aplicar o direito válido e reconhecido (e não fingir que aplicam).

Do conceito de ordem jurídica (a um sujeito) = comando válido conforme a lei, ele difere de coação (ameaça natural feita linguisticamente). John Austin, jusfilósofo inglês no século XIX, não diferenciou especificamente a estrutura normativa da sanção jurídica da coação física natural. comando = imperativo válido e assegurado pela sanção legal, vínculo jurídico entre sujeito e legislador e não qualquer ordem imperativa (Austin).



Hábito de obediência à lei no tempo, sucessão de *Rex I* por *Rex II* (soberanos hipotéticos em uma sociedade simples e homogênea), na hipótese de Hart (1994, p.45); não se herda o direito de prescrição de leis, é preciso criar um hábito próprio de obediência, a relação soberano e súdito vem daí. Thomas Hobbes no “Leviathan” (1651), seguindo por Jeremy Bentham e por John Austin, definiu o Direito como obediência a uma autoridade válida que prescreve o Direito. Hart leva o conceito de Hobbes à ideia de soberania, autonomia da regra apoiada, empiricamente, no hábito de obedecer a comandos válidos.

No conceito de obrigação na linguagem jurídica hartiano, o Direito não é facultativo no comando, mas também não é um fato natural de força ou coação psíquica como cogitou Austin, a regra jurídica é reconhecida e válida. A contestação à regra é infinitamente possível, há uma incerteza quanto ao cumprimento das regras, mas deve haver uma instância de estabilização de interpretação. A incerteza do cumprimento das regras a instância de estabilização (judicial) introduz “regras de julgamento” procedimentais. ceticismo sobre as regras e seu combate pela regra normativa institucionalizada.

No Estado soberano Hart identifica regras primárias através de precedentes dos tribunais, formalismos de enunciação no comando; sem metafísica e sem moral *a priori*. É preciso, então, pensar regras secundárias ou de reconhecimento social do direito válido. É possível, mas não necessário, correlacionar direito e moral, visto que são âmbitos normativos autônomos. O direito natural é uma obrigação jurídica que advém da moral. Hart separa ser (moral natural) e dever ser (norma positiva), sendo que apenas a lei jurídica estatal tem consequências válidas sobre a conduta, caso sua prescrição seja descumprida; apenas ela possui sanção como disse Kelsen.



Hart (1994, p.62) discute o argumento organicista da tradição jusnaturalista de legitimidade e o critica, pois seguindo o positivismo de Bentham, faz uma crítica radical ao jusnaturalismo e ao fundamento místico e metafísico do poder jusnaturalismo e suas leis cósmicas e religiosas em eficácia de sanção caso sejam desrespeitadas.

Os juízes aplicam o Direito tendo em vista princípios morais, mas isso não faz depender a validade jurídica da moralidade, apenas auxilia na interpretação e na legitimidade de um modo mínimo e subsidiário (HART, 1994,p.80); a autonomia do ordenamento é garantida na autonomia das regras; e na "luta pelo reconhecimento social" como desenvolverá Axel Honneth (2011), o que passa pela "leitura moral", como desenvolverá Dworkin (1989).

Hart frisa a eficácia do Direito em regular a vida privada como geradora da obediência, e a obediência ao Direito como hábito para defender sua legitimidade, esta gera cooperação social motivada juridicamente, o que retroalimenta o ordenamento. Na igualdade natural entre os indivíduos (remissão a Hobbes), surge a necessidade da ordem jurídica para proteção recíproca dos indivíduos, o que reforça a necessidade da regra de reconhecimento (validade constitucional/social/núcleo moral =regra de reconhecimento).

Assim, a Constituição em uma interpretação de legitimidade social hartiana é fática e social, ao contrário da logicidade formalista da norma fundamental transcendental e lógica sistêmica de Kelsen. Hart prossegue a tradição da moral social como critério de legitimidade jurídica e não recai no logicismo normativo abstrato de Kelsen, embora, desse modo social, ele se converta num defensor da institucionalização da moral social como direito via autoridade política e regras de reconhecimento do que será o conteúdo do Direito. Hart tem que



facultar ao juiz uma posição forte de intérprete da lei para defender o Direito como instituição social.

No debate de Hart com Lon Fuller (Harvard), este último atacou a *discricionariedade forte* de Hart que dá ampla margem de interpretação normativa aos juízes, ao defender a finalidade da norma como critério de resolutividade jurídica do caso concreto e um núcleo moral inerente ao sistema jurídico e nesse sentido a separação metódica cede ao fim maior ético do direito e a separação fato e valor do positivismo (inclusive Kelsen) perde sentido, assim, há uma moral procedimental inerente ao direito e justifica sua existência e vincula a discricionariedade judicial (negando a posição de Hart sobre construção de direito judicial ampla), isso não sendo reconhecido pelo positivismo gerou interpretações autoritárias do Direito como a nazista. Para Hart (1994,p.77), em casos de lacunas, de “penumbras normativas”, o juiz deve decidir o que o direito deve ser e se assemelha ao legislador (ele complementa ou cria o Direito).

A “regra de reconhecimento” lança luzes de descritividade jurídica semântica do estatuto epistemológico das normas jurídicas, na medida, inclusive, que Hart defende a ‘discricionariedade forte’ do magistrado no preenchimento de sentido das normas pelo juiz. Para Dworkin (1989, p.89) a discricionariedade de Hart, na linha de Austin, integra uma “teoria semântica descritiva do fenômeno jurídico”.

Ronald Dworkin, ex-aluno de Hart em Oxford, Inglaterra, busca uma teoria normativa pós-convencional do Direito, o conceito de Direito é interpretativo com base no “desacordo teórico” quanto ao conteúdo justificativo da interpretação das normas, embora acordem quanto às regras básicas de interpretação.

Dworkin critica Hart (1994,p.56), principalmente através do sistema de princípios sobreposto ao sistema de regras, extraíndo uma integração



normativa pelos princípios a partir da interpretação construtiva do seu conteúdo e nos limites postos pelo sistema jurídico, seu projeto começa em “Uma questão de princípios” (DWORKIN, 1985) até “Justiça para ouriços” (DWORKIN, 2016), onde propõe a integração de valores do ordenamento jurídico: a integração entre moral, política e normas (pós-positivismo e neoconstitucionalismo), que é mais completa do que a integração moral de “O Império do Direito” (DWORKIN, 1989).

RAWLS E UMA TEORIA DA JUSTIÇA: POLÍTICA E PÓS-METAFÍSICA NA BUSCA PELA PELA LEGITIMIDADE POLÍTICA DO DIREITO

O que é justiça para Rawls – a questão da justiça como igualdade, como liberdade e como equidade. O ponto original do contrato: a metáfora do ‘véu da ignorância’. A não redução do contrato à hipótese individualista possessiva e naturalista egoísta da natureza humana pressuposta de Hobbes. Rawls fez a crítica do liberalismo abrangente de Kant e de Stuart Mill, e a defesa do liberalismo como igualitário e não individualista.

A justiça, segundo Rawls (2001, p.56), em divergência com Hart e Austin, não seria algo com base moral social relativa e histórica, nem seria o núcleo moral da Constituição como pensou Austin, jurista inglês do século XIX, que proclamou que a Constituição seria a “moral positivada em leis”; a justiça como método de interpretação do direito e virtude política e moral das instituições civis numa República.

Para Rawls (2001, p.67), não se deveria apelar para a relatividade moral do justo e sua encampação interpretativa indeterminada pelo Estado, como propôs o jurista austríaco Hans Kelsen (2001, p.22) “é irracional a natureza humana e não se possui uma regra racional que a comande, logo, o problema dos valores é o próprio conflito inerente aos



mesmos”, reduzindo a justiça a um sentimento ou valor completamente subjetivo e emocional, apenas um ponto de vista do sujeito que só encontraria força se posta na legalidade, portanto, quem tem o poder de fazer as leis definirá o conteúdo do Direito.

Para Rawls (2001, p.50), a justiça deve servir de meio à interpretação dos princípios constitucionais elegidos livremente por uma sociedade razoável (tolerante com as diferenças entre os grupos sociais) e dentro de condições históricas decorrentes de lutas políticas (núcleo social do liberalismo político, que parte do pluralismo de valores sociais e da tolerância política para com as diferenças entre os grupos e os indivíduos).

Rawls confere um caráter objetivo ao justo, que não se presta a interpretações relativas à vontade de um mero grupo político isolado, mas transforma a justiça em produto de um discurso que depende de condições políticas para se efetivar em meio ao conflito de valores pluralista na sociedade, para Rawls e, depois, para Dworkin (influenciado também por Rawls), é através de uma equidade dos princípios que a obrigação moral tem lugar em meio à interpretação do Direito.

Rawls jamais apelou para uma justiça que fosse além dos limites constitucionais. A democracia constitucional para ele é democracia limitada às condições pelas quais o pacto constitucional foi estabelecido. Esse é o próprio marco na qual se encontram os sujeitos para acordarem o pacto político fundante de uma sociedade.

Como mostra Lima (2019, p.34), Hart criticou o processo de escolha de liberdades fundamentais pelos cidadãos na posição original como não fundamentado, e que a aplicação dos princípios de justiça escolhidos por eles às diversas instâncias de poder também não estaria bem fundamentada em “Uma teoria da justiça” (1971), obra capital de



John Rawls (2001) e marco do renascimento do contratualismo político e jurídico e da moralidade jurídica atual.

Rawls concorda em parte com Hart, quando este ataca a classificação “liberdades” sem especificá-las como “liberdades fundamentais”, parece abstrato se falar de “liberdades” no geral sem vinculá-las a uma constituição histórica e um processo histórico-constitucional de garantias de direitos, não fazendo depender o conceito de liberdade ao que uma determinada tradição ou ordem constitucional define como sendo “fundamental.” (LIMA, 2019, p.35).

Para Rawls (2001, p.78), em objeção a Hart, a escolha de princípios fundamentais em uma sociedade representativamente igual onde pessoas pudessem agir conforme o princípio da igualdade, não significaria nada se a escolha dos princípios de justiça não fosse livre e comum, sem liberdade igual presente na posição original não se geraria normatividade válida nessa suposta sociedade.

Sociedades onde haja ditaduras políticas estruturadas em processos de comunicação de massa e propaganda ideológica produzem a ilusão coletiva de prosperidade e igualdade e nem por isso os cidadãos são livres, uma análise política de suas instituições mostra que não existe de fato igualdade, ou pelo menos ela só se dá em níveis que interessam ao poder central do regime, esse fenômeno encontra-se patente nas sociedades do “socialismo real”, isso invalida o procedimento de escolha e de fundamentação racional em Rawls, por qual motivo, assim, ele afasta qualquer validade e legitimidade do “socialismo real” histórico (RAWLS, 2010, p.189).

A igualdade depende da liberdade absolutamente não coagida que estabeleceu suas condições e limites, e o respeito mútuo não deve se vincular a outra esfera que não a da liberdade igual como possibilitadora de sua legitimação. Volta-se a Kant quando se afirma a



liberdade igual como princípio racional pressuposto fundador do pacto político, procedimento epistemológico que Rawls (2001, p.34) chama de “posição original”, construída por princípios acordados pelos sujeitos pressupostamente livres e iguais, onde todos possam realizar a suspensão do juízo político na adoção de normas fundantes do pacto político, o “véu da ignorância”.

Kant (2005, p.56) na Introdução à “Doutrina do Direito” define o conceito de Direito como a limitação recíproca de arbítrios em função de uma lei jurídica, é o princípio da *liberdade igual* fundante do pacto e condição principiológica inerente ao sujeito, e como tal pressupõe a tomada de uma decisão comum de fundação do pacto e não a assimilação de qualquer princípio substantivo de justiça ou moral prévio ao pacto (tais como finalidades transcendentais à vida dos sujeitos, valores ou virtudes morais tradicionais).

A posição acerca da escolha dos princípios e liberdades fundamentais depende da liberdade igual sendo completamente procedimentalista, a liberdade é a razão de ser do pacto e do processo de escolha de princípios. Isso já responde a objeção de Hart de não fundamentação da escolha das liberdades na posição original na teoria de Rawls, como mostra Lima (2019, p.45), simplesmente porque não deve haver fundamentação para além da esfera da deliberação racional e não coercitiva sobre qualquer princípio condutor do pacto político.

Essa deliberação é pluralista, reconstrutiva de sentidos e não vinculada *a priori* a qualquer tradição de direitos, mas ao acordo sobre princípios de justiça – esse é o caráter procedimental e construtivo de uma justiça como equidade. Se não fosse assim, Rawls retrocederia ao organicismo aristotélico (essência captável por valores morais da pólis) ou a um tradicionalismo ou comunitarismo de virtudes morais pressupostas – o que Rawls rejeita peremptoriamente, dado não ser



comunitarista (LIMA, 2019, p.59) e desacreditar de uma visão de um Bem maior aristotélico transcendente à História (LIMA, 2019, p.16).

Fazer *tabula rasa* de qualquer tradição constitucional direcionadora é a ausência de fundamento que é, ao mesmo tempo, o fundamento “aberto” da justiça igualitária de Rawls. A liberdade de fundamentar é o próprio ato propor razões tolerantes para se aceitar qualquer tradição de defesa de liberdades e legitimar qualquer projeto de poder, escolhendo-o sem constrangimentos e em vantagem dos que escolhem e não de outrem (KANT, 2005, p.54). Kant reforça tal posição na figura abstrata pressuposta ao pacto, a liberdade inata, o único direito natural pressuposto racionalmente ao pacto político e ao Direito positivo estatal.

Rawls, como explica Lima (2019,p.60), reconstrói o argumento de Benjamin Constant de que as liberdades políticas são fundamentais para proteger outras liberdades, mas ele as coloca como co-originais no estágio de escolha deliberativa dos sujeitos na formação do pacto político. Ensina Rawls, interpretado por Lima (2019, p.31):

Rawls evita fundamentar as liberdades políticas em tradições históricas de liberdades constitucionais, mas as fundamenta ao plano da razão deliberativa dos sujeitos contratantes pressupostos como livres e iguais no momento de escolha sobre as liberdades e princípios de justiça norteadores do pacto político; existe uma prioridade da liberdade em relação à igualdade quanto a essa ser uma possibilidade daquela e produto de uma escolha que já pressupõe a autonomia da liberdade, mas nem por isso deixa a igualdade de ser um sustentáculo do pacto, pelo contrário, ela dimensionará a igualdade a um patamar de notóriaeficácia na coesão social, a justiça como cooperação presente no princípio da diferença. Pessoas livres e iguais no âmbito de procedimentos públicos buscam mediante acordos e debates uma acepção comum de bem, mas que seja construída discursivamente para respeitar as



diversas visões de mundo dentro de um horizonte pluralista.

Ensina Rawls, interpretado por Lima (2019, p.30):

A ideia de bem implica uma decisão da sociedade acerca de finalidades que atinjam um modo de vida considerado uma vida boa, saber se isso será atingido para todos depende sempre de como se definem os papéis de cooperação social dos indivíduos. se um indivíduo tem como cooperar para o resto da vida com construções de uma finalidade pública ou se seu papel será circunscrito a elementos transitórios de instituições sociais depende da decisão livre de cada um".

O fato é que o conceito de pessoa humana é o mediador da ideia de igualdade e discussão das condições de desenvolvimento da cooperação social (LIMA, 2019, p.45). com isso Rawls dá um passo além do liberalismo clássico, ele recria a ideia de pessoa em função de uma definição política desse conceito proveniente da razão pública, isto é, pensa na possibilidade de um acordo livre em torno das condições de justiça como igualdade enquanto necessárias à subsistência do próprio indivíduo. Sem igualdade construída jurídica e politicamente não existe qualquer conceito de pessoa, que não é mais metafísico, mas é político (RAWLS, 2010, p.67). Não existe mais um conceito de "natureza humana" metafísico ou essencialista, mas dependente de condições históricas e políticas como concebe Rawls, conforme a lição de Lima (2019, p.38):

Cidadãos juridicamente iguais de uma sociedade livre e tolerante que pretendem igualdade material aceitam as deliberações públicas em torno da ideia de construção de direitos, são razoáveis em admitir uma restrição justificada de seus próprios direitos em função da igualdade. Esse é o próprio cerne constitutivo de uma justiça como equidade, que é



antes de tudo um procedimento de distribuição razoável de direitos no âmbito da razão pública exercida perante instituições, sempre circundada por questões políticas que são objeto de deliberações razoáveis, e não de qualquer decisão política salvacionista ou populista que infrinja os limites do tolerável publicamente e da legalidade.

Por outro lado, necessariamente as acepções de fins benéficos de grupos e pessoais deverão ser debatidas e publicizadas sob o “véu da ignorância” como ponto de partida sobre a discussão de bem público e seu aplainamento em torno de objetivos coletivos pela possibilidade de consenso público e constitucionalmente válido entre os cidadãos, pois no neocontratualismo de Rawls (2001, p.68) a legitimidade do Direito e da Política é concretizada na construção discursiva como escolha de princípios pelos integrantes do pacto, dentro do pressuposto da liberdade igual entre todos e da escolha de princípios de justiça, de cooperação, de liberdade igual e da diversidade, pois os princípios em Rawls não são aleatórios e indeterminados, eles são postos pela razão prática comum aos integrantes do pacto e de acordo com a aproximação de valores entre eles, advinda do “véu da ignorância” como modo ideal de um diálogo moral co-responsável entre cidadãos que se interessam pela justiça do pacto político que integram.

DIREITOS LEVANDOS A SÉRIO E A MEDIAÇÃO CONSTRUTIVISTA E LIBERAL ENTRE RAWLS E DWORKIN

O Direito é a postura interpretativa do juiz sobre a norma para Dworkin. Normas valem sempre, são produto do reconhecimento social sobre o que o juiz interpretou (decidiu) com base na autorização que recebeu da própria comunidade acerca do paradigma legal votado



através do parlamento, como já discorria a teoria do reconhecimento de Hebert Hart (1994, p.80).

As normas não podem ser enfraquecidas em seu comando, inclusive os princípios, que regem os casos difíceis (*hard cases*), são regras secundárias; regras primárias ou leis ordinárias regem casos simples (*soft cases*). O Direito, portanto, se define a partir da teoria utilizada em sua interpretação, pode ser uma teoria:

1. Convencionalista estrita (só vale a norma ou convenção definida pela comunidade, que sempre deve ser aplicada pelo juiz, em caso de lacunas na lei o juiz deve integrá-la com uma interpretação ampliativa da convenção, uma operação lógico-sistêmica, dispensar a lei ou os precedentes em casos difíceis ou constitucionais, interpretação sistêmica da constituição, o que não está proibido é permitido).

2. Teoria convencionalista moderada, não admite lacunas no ordenamento legal, ao invés do juiz rejeitar a decisão e remeter ao parlamento o poder legislativo, deve praticar o *non liquet* e interpretar o caso com uma interpretação particular ou criativa da lei que a faça incidir no caso concreto.

3. Teoria pragmatista ou cética, utiliza de uma racionalidade estratégica, em que as teorias éticas podem ser utilizadas para o bem-estar geral sem um compromisso ético substancial ou constante – remete ao utilitarismo de Bentham, o juiz torna-se na verdade passivo, não confia em quaisquer incentivos hermenêuticos morais. Busca um benefício médio útil por vezes casuísta e sujeito a subjetivismo, como defenderiam Bentham ou os marxistas (DWORKIN, 2003, p.448).

4. Positivismo engloba o convencionalismo, o normativismo e mesmo o realismo e o pragmatismo: é a identificação entre direito e norma e não entre direito e integração interpretativa principiológica, o que define o positivismo em seus diversos matizes, seja o predomínio da



lei (ou convenção) ou da jurisprudência sem atividade interpretativa principiológica/normativa/moral pelo juiz.

5. Direito como integridade: as pessoas sempre possuem direitos estabelecidos por pactos anteriores, direitos fundamentais ou contratuais. pensamento por princípios como modo de integrar o direito: integração principiológica e não abstrata de uma regra ou de uma cláusula geral. Princípios funcionam associados com paradigmas (*standards*) abertos e evolutivos e esses não são convenções, estáticas e fixas/prescritivas legalizadas (DWORKIN, 2003, p. 169) e são limitados ao próprio ordenamento como norteamento para sua construção de direitos individuais.

O convencionalismo poderia ser aplicado em países autocráticos, em que os editos de soberanos valessem como lei se meramente aceitos pela população, sem resistência. daí porque a prática política ou moral política assume um contorno essencial ao direito da integridade: o respeito às tradições de moralidade política gera direitos. Reconhecimento da autoridade válida em aplicar e assegurar o Direito com segurança é um ponto de garantia de que o sistema jurídico seja coerente, ainda que politicamente não atinja o ideal democrático ou o liberal de política não autoritária. Dworkin (2008) discutirá profundamente tal posição em *Qual Democracia Possível?*, onde se percebe que sua posição originalmente compatível com Kelsen será matizada pela defesa de uma ampliação da cidadania que construa direitos e que legitime a legislação com a melhor escolha dos representantes legislativos e da aprimoração das leis e sua feitura com mais canalização da vontade popular, que transforma a procedimentalização do fim de justiça no elemento central de construção do ordenamento e na sua interpretação co-participativa envolvendo judiciário e cidadãos.

O pós-convencionalismo dworkiniano também se soma ao normativismo kelseniano e sua ideia de que o Direito é um fenômeno de validade normativa e legitimidade decorrente da estrutura de coerência legal do ordenamento assegurada pela adesão à base política de uma autoridade válida, ainda que o regime político não seja necessariamente democrático, mas se houver adesão política à autoridade que aplica e assegura coercitivamente o Direito, este é válido e legítimo.

Essa aproximação entre Kelsen e Dworkin geralmente não é percebida pelo caráter jusmoralista do sistema de Direito, mas Dworkin, ao contrário de Hart, não assenta a validade do Direito na obrigação moral, saindo do esquema psicológico da obediência por possibilidade de ameaça, advinda de Austin, mas da manutenção da coerência do Direito mediante as regras secundárias de Hart, agora denominadas por ele de princípios, com auxílio de *standards*.

O trabalho hermenêutico sobre as normas e normas/princípios é essencial para atualizá-las e protegê-las (princípios do devido processo, da justiça e equidade). O Direito da integridade começa no presente e se volta para a história para buscar potenciais de interpretação. Dworkin rejeita o 'direito dos tribunais' do realismo, que considera cínico, e rejeita o dogma positivista (convencionalista, como chamado no mundo jurídico anglo-saxão) de que lei é lei e deve ser obedecida sem discutir os paradigmas de sua interpretação (DWORKIN, 2003, p. 274).

O direito como integridade tanto se baseia na interpretação dos tribunais como a crítica através da moralidade política dos paradigmas, assim, rejeita o realismo e o pragmatismo. O Direito é um "romance em cadeia": o juiz é autor de uma decisão criativa, mas recebe de algum lugar sua inspiração (DWORKIN, 2003, p.276). Isso remete a Hans-Georg Gadamer e a hermenêutica histórica como fusão de horizontes entre o



sujeito (e suas pré-compreensões hermenêuticas) e seu contexto de significação histórico (GADAMER, 2004).

O “juiz Hércules” de Dworkin, que usa de sua capacidade de decidir ampliando a visão sobre o problema usando um viés principiológico entre moral política e normas/princípios, decide pela integração casos complexos e busca a finalidade da norma que seja condizente com a moral política, dando uma visão holística e principiológica sobre o caso concreto.

Esse critério de adequação do direito ao paradigma principiológico/normativo/moral representa um apelo ao critério de maximização ético-racional do paradigma constitucional dominante. O juiz conservador seria historicista ou conservador ou essencialista axiológico, o juiz liberal e/ou progressista não se adequaria em todos os casos ao pensamento do legislador e seria inovador.

Para Hércules isso é senso comum, hermeneuticamente essas posições sempre se misturam, todavia, quem segue o historicismo determinista de uma ordem de valores ou virtudes, seja um originalista constitucional ou um comunitarista radical de virtudes locais de um grupamento histórico aferrado a valores tradicionais, não leva a Constituição a sério, não é substancialista de um ponto de vista moral, não é sensível moralmente.

Contra a certeza e o essencialismo sobre a decisão que interpreta a Constituição, Dworkin interpreta a integridade como o paradigma que gera a decisão correta melhor possível – adequação moral e constitucional da decisão. A vontade do povo expressa através de maiorias políticas pode votar leis que façam valer expressão da maioria do povo em um dado momento, mas não o paradigma tradicional da moral que rege uma nação, ou o ideal de justiça ou de equidade, cabe à Suprema Corte resguardar a função de justiça prevista na Constituição.



Muitas vezes a Suprema Corte falhou porque não corrigiu tradições espúrias (homofobia, machismo, racismo, segregacionismo, *apartheid* etc.) ou concordou com maiorias políticas ao cancelar leis injustas e inconstitucionais, sob um ponto de vista moral político da Constituição, ou seja, decisões que firam a igualdade, a equidade, a dignidade humana, liberdade individual ou coletiva.

Hércules decide se mantém o compromisso entre direito e política ao decidir sobre se nomeia direitos requeridos politicamente (p. ex: direito a ser racista), ou sopesa direitos processualmente e garante a todos de um ponto de vista igual uma justiça substantiva (com leitura moral de valores constitucional) - assegura direitos através do processo de proteção integral de valores substanciais da Constituição que sustente uma teoria da aplicação plausível da lei constitucional para todos e não uma decisão política banal que vise resultados políticos imediatos. Uma decisão constitucional ou um *hard case* sempre geram uma teoria da aplicação da lei integrativa, não pode ser imediatista, ou populista, ou antidemocrática fundamentalmente, ou mesmo parcial para defender direitos de grupos isolados contra o interesse público da nação.

O direito como integridade é virtude política de uma comunidade que se integra mediante princípios e não de modo abstrato. o caminho da análise semântica e da interligação de argumentos pelos princípios é o apontado pelo direito da integridade, que deve ser ponderado na distribuição de bens e méritos (justiça), deve ser coerente sistemicamente quanto às decisões políticas fundamentais que o informam (equitativo) e possuir um processo correto que garanta o acesso ao judiciário e o respeito à norma como vontade do povo.

As acusações que Hércules usurpa o poder do povo são falsas, pois sua função é avaliar o caráter desse mesmo povo, que não pode produzir um direito sem avaliação moral política nem ser defendido por



juristas que se colocam como defensores de uma ordem axiológica essencialista e fixa, que despreza a história das modificações de valores que se conectam aos valores constitucionais, mudança de valores que certamente influem na interpretação moral e política dos princípios.

A doutrina positivista forte só considera o poder discricionário do juiz e não reconhece qualquer direito subjetivo (*right*); o positivismo judiciário, todavia, deve adotar uma “regra de reconhecimento” apoiado em Hart; a posição liberal desconfia de tal decisionismo positivista e critica, portanto, um modelo rígido de regras, o qual em verdade é a causa de tal positivismo fundamentalista.

A objeção de Joseph Raz (DWORKIN, 2007, p.36) à tese de Dworkin: a teoria dos princípios seria central ao positivismo anglo-saxão, esta também seria discricionária tanto quanto o positivismo em geral, não pode ser aceita sem a radical distinção ontológica entre princípios e regras, gerando uma objeção decisionista e até cética a Dworkin e sua normatividade dos princípios.

Dworkin afasta a objeção de Raz com a tese normativa da obrigatoriedade da tese dos princípios no sistema jurídico, afastando, também, a tese realista-fático-social de Hart no “conceito de direito” sobre a obrigação dos princípios como deveres sociais. Os princípios, todavia, carecem de especificidade em sua aplicação; Raz o reconhece, mas fica preso na tese psicológica da obrigatoriedade do juiz de aplicá-los, adotando a tese da vinculação ao direito democraticamente legislado de modo indeterminado, o que para Dworkin enfraquece a relação entre a Política e a Moral no Estado democrático de Direito, sendo mais uma objeção ao positivismo excludente de Raz, e uma defesa do positivismo inclusivo da Moral, dele próprio Dworkin, e de Hart.



Dworkin extrai do sistema jurídico a descoberta pelo juiz dos direitos das partes, a partir de um uso adequado dos princípios; Dworkin (2007, p.127 ss); afasta-se do realismo criador de direitos, arbitrariamente pelo juiz, é o positivismo forte de caráter jurisprudencial ou originalismo: *strong positivism or originalism*. O originalismo é uma corrente do realismo político na hermenêutica constitucional estadunidense, com a redescoberta e direcionamento decisório pelo juiz sobre os valores essenciais da Constituição de 1787.

O juiz vincula-se ao legislador, apenas interpreta a lei para casos específicos e com viés moral (também como dever) e de acordo com as políticas públicas, embora nos casos difíceis os princípios sobrelevam-se à política (moralidade do direito); o juiz tem responsabilidade política de aplicar a lei; e não de reinventá-la.

O originalismo não pode ser democrático, pois coloca valores e virtudes éticas como superiores às intempéries da democracia pluralista, mas em casos de defesa de valores comuns ao povo, do que seus corifeus como Antonin Scalia (falecido ex-juiz e ex-presidente da Suprema Corte dos EUA) defendiam como valores originais comuns (liberdade de expressão, liberdade de crença e de práticas religiosas, propriedade privada, proteção da vida, dentre outros), aliavam-se democracia e virtudes, ou seja, o programa prático do partido republicano ao longo da segunda metade do século XX.

A adequação da aplicação da lei ao caso difícil é moral jurídica principiológica, a moralidade ampla de Hart não dá conta do problema do avanço histórico dos problemas sociais e da defasagem do sistema jurídico, além disso há também o caso do desacordo teórico apontado por Dworkin, ou seja, em toda interpretação jurídica há uma disputa de princípios e de *standards*, teorias etc., em que a argumentação e o peso argumentativo deverão atuar e se fazer presentes para o critério



decisório, e em que não há uma forma suprema de definição axiológica ou valores essenciais da Constituição como definiram os originalistas.

A “Corte Burger” (1964-1974) limitando o liberalismo da “Corte Warren” (1954-1964), ação da *fairness* (equidade) de Rawls (Dworkin, 2007, p.211ss), temperada política e historicamente. Todavia, a Suprema Corte seguiu ativista e não se limitou a tolerância, preferindo ampliar os direitos, onde Nixon, republicano, atacou a “Corte Warren”, mas não criticou o ativismo antissocial nem a omissão da Suprema Corte durante o período de radicalismo político-ideológico do senador anticomunista McCarthy.

Direitos individuais decorrem do pacto e são construídos com base nele (Rawls), a interpretação do direito depende dessa visão de um compromisso com a boa vida e a tolerância com a ação do homem médio, outro ponto de aproximação entre Dworkin e Rawls, sendo que ambos rejeitam o utilitarismo moral e jurídico de Bentham, que defende a ideia de uma concessão de bens e de direitos a máximo possível de pessoas e não a todas, tendo como paradigma de decisão o homem médio e seus desejos e necessidades; o compromisso político vai além do republicanismo e do liberalismo radicais (contra o republicano Richard Nixon, p.ex.).

O judiciário tem o dever de proteger e decidir conforme o pacto político, embora o interprete, pode errar (Dworkin, 2007, p.285), pois a Constituição funde questões morais e políticas e a resolução de sua aplicação depende de como se tratam os casos difíceis (casos mais polêmicos que envolvem legitimidade política, relações morais/políticas etc.), sempre protegendo direitos individuais (Bentham negava direitos morais, sendo um contrassenso, segundo ele, construir direitos sobre o ordenamento jurídico posto, como observa Dworkin, 2007, p.284).



O governo pode restringir direitos em prol do bem comum; o governo e a justiça devem equilibrar o bem-estar geral e os direitos individuais. No limite, para os liberais há espaço para algum tipo de desobediência civil razoável contra um convencionalismo conservador, não propriamente através de valores mas sim do enrijecimento dos procedimentos e do problema da não aceitação de uma moral principiológica e deontológica, mas sim de uma moral pragmatista ou tradicional sem olhar para o caso concreto e os direitos fundamentais (DWORKIN, 2007, p.98).

Por isso há necessidade de uma reforma legal contra o convencionalismo moral como fez a “Comissão Wolfeden” em sua flexibilização da proibição à homossexualidade adulta consensual, a posição convencional de Lord Devlin, como mostra Hart (1987), é insustentável à luz da proteção construtiva a direitos individuais e sua interpretação principiológica e moral política de matriz progressista, que admita a transformação dos valores morais da sociedade, com a admissão de condutas diversas ao longo da História.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do Direito moral de Hart reforça Kelsen no sentido de legitimar moralmente o ordenamento com a regra de reconhecimento, inclusive propondo ao Direito a realização de uma finalidade social como corolário político de sua existência normativa, mas, assim, fazendo, o Direito tornar-se-ia muito próximo da moral, como o próprio Dworkin observou, propondo uma volta normativista, mas agora de uma compleição hermenêutica aberta e construtiva e não como no sistematicismo logicista de Kelsen.



Assim, a visão moralista de Dworkin e de Hart implica na abertura construtiva da tutela jurídica via moralismo, mas é nesse meio caminho que a tese de Rawls, advinda do neocontratualismo, vem a caber como corolário permanente de uma qualificação ética do Direito instrumentalizando-o na função de justiça política com fins de equidade e de igualdade substantiva.

Mais próximo e compatível com Dworkin, Rawls com ele comunga de um liberalismo social e moral, personalista filosófico (defensor da dignidade humana como valor central), defensor da liberdade e da dignidade como autonomia na tradição kantiana; o construtivismo de ambos segue Kant no trabalho de justificação de decisões concretas dentro de uma coerência principiológica e tomando a coerência entre a Justiça Política e a moral liberal com parâmetro dentro do sistema do direito normativo e suas regras a fim de assegurar a construção e proteção de direitos fundamentais.

A tese moralista de Hart e sua abstração moralista é atacada por Rawls porque não satisfaz os critérios de equidade e de referência a bens advindos do sopesamento ético-político. Esse é o ponto de reconstrução da legitimidade do Direito: repensar os critérios de justiça e de equidade em um equilíbrio dos fatores políticos e morais, como Rawls nos dá importantes pistas em sua teoria, e tanto ele como Dworkin adotam a tese normativa e principiológica das meta-normas, como definiu Habermas (1980, p.45) ao falar dos princípios na tese normativista de Dworkin: princípios são metanormas que servem para formar outras normas, e para auxiliar o processo judicial e sua hermenêutica em busca da verdade, num contexto histórico de retrospectiva das fases de formação dos ciclos de interpretação Direito em cada comunidade, usando para este fito a hermenêutica gadameriana em aproximação



com a teoria dos princípios e da única resposta correta de Dworkin (STRECK, 2017).

O principiologismo deontológico de Rawls e Dworkin fortalece-se em Kant e seu Imperativo Categórico e sua sustentação racional e discursiva e na capacidade crítica do cidadão em reflexionar sobre normas jurídicas objetivamente válidas, mas ao contrário de Kelsen, o Direito moral político principiológico não precisa esconder-se da moral, mas trazê-la ao cerne do debate democrático de legitimidade e fazer de uma moral crítica à moral tradicional, a chave da liberdade de expressão e de contestação democráticas que se reverbera ao longo de um projeto de fundação/ação, de teoria/prática da referência crítica sobre o projeto de um direito posto para dominar e não para atingir a liberdade, que é o mais comum na História.

O projeto de um “Direito da Liberdade”, como quis Dworkin (2010), implica uma radical ligação com um direito que defenda a autonomia contra níveis de dominação sistêmica e de caráter discricionário, o que ainda remete à crítica inicial de Dworkin a Hart e ao trabalho de racionalizar o manuseio de uma metodologia de aplicação do Direito em função do controle principiológico da norma e não no realismo do poder do juiz, como quis Hart.

O ataque de Hart à teoria dos direitos de Rawls, como exposto acima, no presente artigo, foi uma reação à teoria da justiça neocontratualista de 1971, e sua defesa fundamental de uma razão pública democrática; de mais a mais, o contratualismo de Rawls e o liberalismo social de Dworkin são reações não conservadoras ao Direito, e de modo liberal mas ainda assim defenestrador da moral como defesa da autonomia dos sujeitos e dos grupos sociais minoritários, é a nova teoria positivista de Raz e seu positivismo excludente da moral, isso é mais



uma volta disfarçada ao conservadorismo no Direito – valores ou estão em adequação do Direito ao fato pela leitura moral e política ou estão afastados de modo tergiversador, deslocados e isolados do poder de implementação de necessárias transformações sociais e políticas pelo pensamento e práticas críticas, daí que se vê também uma proximidade do pensamento de Honneth (2011) e sua visão de uma teoria crítica da sociedade, visando a liberdade integral (autonomia e diversidade interagentes com proteção do ordenamento jurídico) e não tutelada pelo poder econômico, simplesmente jogada no mercado com carência de proteção estatal em seu desenvolvimento.

A saída de um “Direito da Liberdade” em Kant (2005), com sua não redução da liberdade e da moralidade pessoais a um direito concedido pelo Estado, o único direito inato, a liberdade, já possuindo moral e independência o indivíduo antes do Estado, é a matriz irradiadora de todas as demais formulações de direitos subjetivos como liberdades negativas (de proteção contra a interferência estatal) e positivos (de prestação do Estado ao cidadão) modernos, fórmula crítica incitada por Dworkin e por Rawls contra toda a despersonalização da visão operacional sobre o Direito e a Política atuais, que se for comandada pelo utilitarismo e suas premissas da justiça pragmática e equitativa apenas para o possível e não para todos e para o atendimento das necessidades básicas, de nada adiantará a missão constitucional com o fim de garantir a todos igualdade e de liberdade (finalidade do justo kantiano), como são os fins do pacto político justo para Rawls, levando adiante a ideia de justiça de Kant, que para Rawls é a primeira virtude das instituições sociais, contra o formalismo institucionalista de Hart.



REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

_____. **Qual Democracia Possible?** Principios para un nuevo debate político. Madrid: Paidós, 2008.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HART, Hebert. **Direito, liberdade, moralidade**. Tradução de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

_____. **O conceito de Direito**. 2ª edição. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1994.

HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento**. Por uma gramática moral dos conflitos sociais. Lisboa: Edições 70, 2011.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Princípios metafísicos da doutrina do Direito. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. 3.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

_____. **10 lições sobre Rawls**. Petrópolis, Vozes, 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

STRECK, Lênio. **O que é isto - decido conforme a minha consciência ?**
Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

ISSN 2236-0859

VOLUME 16 | NÚMERO 2 | 2024

545

