

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO
DEFENDIDO POR JOHN AUSTIN E HART E A CONCEPÇÃO
NORMATIVA DE RONALD DWORKIN**

**BRIEF OBSERVATIONS ON LEGAL POSITIVISM DEFENDED BY
JOHN AUSTIN HART AND NORMATIVE CONCEPTION OF RONALD
DWORKIN**

Karina Brandao Castro

Resumo: O objetivo deste trabalho é fornecer breves considerações sobre o positivismo jurídico defendido por John Austin e Hart e a concepção normativa de Ronald Dworkin. Aborda o conceito do direito segundo a visão do positivista. Os casos difíceis e a distinção entre regras e princípios bem como a consideração do Direito como integridade feitas por Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Conceito do Direito. Casos difíceis. Regras e princípios. Direito como integridade. Romance em cadeia. Juiz Hercules.

Abstract: The objective of this article is to provide brief comments on legal positivism advocated by John Austin and Hart and normative conception of Ronald Dworkin. Discusses the concept of law according to the positivist view. Hard cases and the distinction between rules and principles as well as consideration of law as integrity made by Ronald Dworkin.

Keywords: Concept of Law. Discretionary power. Hard cases. Rules and principles. Law as integrity. Romance chain. Judge Hercules.

Sumário: 1 Introdução. 2 O positivismo de John Austin e Hebert L. A Hart. 3 Os “casos difíceis” e a distinção entre regras e princípios: 4 O Direito como integridade. 5. Conclusões.

1 Introdução

A partir da leitura de alguns textos que envolvem a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo, esse trabalho não visa a esgotar o tema, considerando a sua complexidade e a influência que a filosofia do direito teve após a elaboração dos escritos consultados, gerando uma imensa bibliografia.

No decorrer dos apontamentos serão traçados alguns pontos importantes na compreensão do que é, por um lado, o positivismo jurídico de Hart e de seu antecessor John Austin, e, por outro lado, a interpretação construtiva de Dworkin sobre o que é o e o que deve ser o direito.

Importante mencionar a distinção lógica feita por Dworkin entre regras e princípios, e que os princípios possuem obrigatoriedade de lei, embora apenas orientem a decisão.

Ao final será abordada a concepção do Direito como integridade e que se relaciona a uma prática interpretativa identificadora das razões relevantes que orientam a atividade harmônica e justificada do legislador e do juiz.

No oferecimento desse debate serão utilizados, principalmente, os seguintes escritos de Ronald Dworkin: “O modelo de regras I” da obra Levando os Direitos a Sério, que é uma crítica feita aos positivistas em geral, e principalmente a Hart; o “Direito como integridade” tratado na obra o Império do Direito em que se busca explicar a construção e justificação do uso da força estatal.

2 O positivismo de John Austin e Herbert L. A Hart.

As diferentes versões do positivismo baseiam-se na verificação da forma pela qual as regras foram adotadas ou formuladas para que sejam ou não consideradas jurídicas.

Segundo John Austin há uma distinção entre classe de regras (jurídicas, morais e religiosas) de acordo com a pessoa ou o grupo autor da ordem geral que a regra representa.

Ao definir obrigação como sujeição à ameaça de força, fundamenta a autoridade do direito na vontade do soberano de causar dano aos que desobedecem. Nesse

caso, não consegue explicar como realizar a distinção entre o direito e as ordens de *um ganster*, pois ambas são coativas.

Austin (APUD SGARBI, 2008, p. 188) pretende elaborar um conceito de direito estritamente jurídico que elimine qualquer ligação com os denominados direitos “morais” ou “naturais” ao afirmar:

“A existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não, é uma questão; se se acomoda ou não é a um presumido modelo, é questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que desgostemos dela, ou ainda seja disforme quanto a respeito de critério com a qual governamos nossa aprovação ou desaprovação. Esta verdade, quando se afirma em abstrato, é tão simples e evidente como parece ocioso insistir nela. Porém, apesar de simples e evidente como parece em abstrato, tem sido esquecida em muitos casos concretos, e a enumeração de exemplos chegaria a um volume completo”.

Hans Kelsen em sua obra intitulada como “Teoria Pura do Direito”, assim como John Austin, deixa de lado quaisquer aspectos sociológicos que sejam condições para entender a questão da existência do direito.

A Teoria Pura do Direito quer representar o Direito tal como ele é, e não como deve - ser: pergunta pelo Direito possível e não pelo ideal” ou “justo”. Recusa-se a valorar o Direito Positivo como instrumento de interesses políticos, em que por intermédio de “ideologias”, a ordem social é legitimada ou desqualificada. Afirma Kelsen (1999, p. 119):

“(…) Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato, de na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise de sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o como um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se

entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo.”

HART, no entanto, procura evitar o reducionismo das teorias positivistas anteriores à dele como Austin e Kelsen que detinha uma visão estreita sobre o direito. Nesse sentido, pretende traçar outros métodos para investigar o conceito do direito.

Adota o seguinte slogan: “*o direito como união entre regras primárias e secundárias*”, não como uma definição essencialista do direito, capaz de exaurir a sua natureza, mas em função de sua ampla capacidade de explicar os casos centrais em que estamos acostumados a falar na existência de um sistema jurídico. Assevera HART (2007, p. 91), em sua obra *o Conceito de Direito*:

“É verdade que a ideia de uma regra não é, de forma alguma, uma ideia simples: diferentes, embora relacionados, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico. Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro dizem respeito a ações que envolvem movimentos ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só o movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações”.

Nesse contexto, a pessoa submetida a uma regra, não estaria simplesmente compelida conforme a teoria de Austin, pois uma regra difere de uma ordem, por ser normativa, por estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que elas estão submetidos para além da ameaça que pode garantir sua aplicação.

Por esta teoria, a regra é obrigatória porque é aceita ou válida e quando uma comunidade desenvolve uma regra secundária fundamental estipula como as regras devem ser identificadas e faz nascer a ideia de um conjunto específico de regras jurídicas, e, com isso, a ideia do direito.

Essa regra secundária fundamental é denominada de “regra de reconhecimento” que pode ser relativamente simples (“O que o rei decreta é lei”) ou pode ser muito complexa (A Constituição dos Estados Unidos, com todas as dificuldades de

interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento). Ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental. É a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação.

Afirma Hart (2007, p. 117):

“A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra última: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e primazia relativa, um deles é o supremo. Estas ideias do carácter último da regra de reconhecimento e da supremacia de um dos seus critérios merecem alguma atenção. É importante destrinchá-las da teoria, que rejeitamos, de que algures, em cada sistema jurídico, ainda que se oculte atrás de normas jurídicas, deve existir um poder legislativo soberano que é juridicamente ilimitado.”

3 Os casos difíceis e a distinção entre regras e princípios

Ronald Dworkin utiliza como alvo a versão de H. L. Hart para efetuar um ataque geral contra o positivismo. Em sua visão, o positivismo possui alguns preceitos chaves que podem ser formulados da seguinte forma (2007, p.. 28):

“(a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a continuidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo

seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na sua complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra *em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa*. Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilegio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem.) Na ausência de uma regra jurídica válida não existe obrigação jurídica, segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.”

Ao adotar um modelo para um sistema de regras e sua noção central de um único teste fundamental para o direito, o positivismo ignorou os relevantes papéis desempenhados pelos padrões que não são regras.

O positivista pode afirmar que princípios não fazem parte do direito porque o juiz não tem nenhum dever, mas apenas um poder discricionário de levá-los em consideração. Ou pode admitir que pertence à esfera do direito e demonstrar que uma regra de reconhecimento mais complexa incorporaria alguns desses princípios que os juízes citam e, em seguida, argumentar que os juízes não tem o dever de aplicar nenhum desses princípios.

Porém, uma grande parte de princípios e políticas que os juízes citam é controverso, no que se refere inclusive ao peso que lhes deve ser atribuído, e muitos apelos a princípios não resultam de uma prática judicial estabelecida.

Segundo Dworkin (2007, p. 109):

“(…) É evidente que se nenhuma regra social exige, de modo inequívoco, uma decisão jurídica específica e se os membros da profissão jurídica estão divididos em relação a qual decisão é, de fato, exigida, os juízes terão poder discricionário no primeiro desses sentidos, porque deverão exercitar uma iniciativa e uma capacidade que vão além da aplicação da regra estabelecida. É igualmente claro que, se esses juízes compuserem o mais alto tribunal de recursos, eles terão poder discricionário no segundo sentido.”

Verifica-se, assim, que para Dworkin o positivismo errou ao considerar que em todo sistema jurídico existe algum teste fundamental, reconhecido como válido, para determinar quais padrões contam como direito e quais não contam. Nenhum teste

fundamental como esse pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos como por exemplo que vigoram nos Estados Unidos e na Grã Bretanha uma vez que nesses países nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais, como insiste o positivismo.

Segundo Dworkin, a política pode ser definida por aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado deve ser protegido contra mudanças adversas.

Já o princípio é um padrão que deve ser observado não porque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade (2007, p. 36).

Nesse contexto, o sistema de regras é insuficiente pois não considera a política e o princípio como parâmetros necessários para a solução de casos difíceis.

Dworkin (2007, p. 37) menciona o seguinte exemplo:

“Em 1889, no famoso Riggs contra Palmer, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência da propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu sua herança”.

Observa, ainda que, em 1969, um tribunal em Nova Jersey ao julgar o caso *Hemningsen contra Bloomfield Motors. Inc* considerou que a responsabilidade no caso de automóvel defeituoso não poderia está limitada ao contrato que considerava que só haveria consertos das partes defeituosas, e no caso em questão se pleiteava indenização por despesas médicas. Considerou que deveria ocorrer uma análise minuciosa do contrato visando a

identificar se os interesses do consumidor e do público foram tratados com equidade, pois os tribunais não podem ser instrumentos de realização de iniquidade e injustiça. Os padrões utilizados nesses casos são princípios e não regras jurídicas que possuem diferença de natureza lógica.

As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, pois dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm que se relaciona ao peso ou importância.

Havendo o inter cruzamento dos princípios, o julgador deve considerar o peso de cada um. No caso de duas regras que entram em conflito, uma delas não pode ser válida.

Regras ou princípios podem desempenhar papéis semelhantes e a diferença entre eles pode vir a ser considerada como uma questão de forma, mas não se pode perder de mira que o tratamento dado ao que se considera como regra ou princípio pode trazer diferentes resultados de interpretação.

Dworkin traz o seguinte exemplo (2007, p. 46):

“Suponhamos, porém, um caso em que um contrato deva ser reconhecido legalmente, mesmo se a proibição que contém não seja razoável ou mesmo grosseiramente injusta. Nesse caso, a implementação desses contratos seria proibida por nossas regras e poderia ser permitida somente se tais regras fossem abandonadas ou modificadas. Contudo, se estivéssemos lidando não com uma regra, mas com uma política contrária ao cumprimento de contratos não razoáveis, ou com um princípio segundo o qual os contratos injustos não devem vigorar, tais contratos poderiam ser implementados sem alteração da lei.”

4 O Direito como integridade

Em um Estado utópico, a integridade não seria necessária como uma virtude política pois as autoridades sempre fariam o que é justo e imparcial. Na política comum, porém, a integridade deve ser vista como um ideal independente e que pode entrar em conflito com esses outros ideais.

Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma em uma forma especial de comunidade pois a integridade pede que cada cidadão aceite as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros que compartilham a

dimensão moral de quaisquer decisões políticas.

Infunde, ainda, a ideia de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar para si mesmo em razão da comunidade ao qual pertence.

Outrossim, requer a integridade que os membros da comunidade adotem certas atitudes com relação a suas responsabilidades mútuas caso pretendam que essas últimas sejam vistas como verdadeiras obrigações fraternais.

As obrigações do grupo devem ser consideradas como especiais. As responsabilidades devem ser vistas como pessoais. Os membros podem ver essas responsabilidades como oriundas de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo. Os membros devem pressupor que as práticas dos grupos mostram não apenas interesse, mas igual interesse por todos os membros.

A partir desses critérios é possível distinguir uma comunidade que satisfaz as condições genéticas, geográficas ou históricas identificadas pela prática social e uma verdadeira comunidade básica cujas práticas de responsabilidade de grupo satisfazem as condições acima mencionadas.

Ronald Dworkin traça os três modelos gerais de associação política que podem expressar o objetivo das práticas políticas de uma comunidade (1999, p. 253):

“o primeiro supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um acidente de fato da história e da geografia, entre outras coisas, e, portanto, como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeira. As pessoas que pensam em sua comunidade desse modo não tratarão os outros, necessariamente, apenas como instrumentos para atingirem seus próprios fins. (...)

Chamo modelo “das regras” ao segundo modelo de comunidade. Pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico dessa comunidade. Imaginemos pessoas voltadas para os seus próprios interesses, mas extremamente honestas, que competem em um jogo, ou que constituem as partes de um acordo comercial limitado e obrigatório. Elas obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação.(...)

O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada. mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que

as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debate sobre os quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis”.

Observe-se que esse último modelo de comunidade de princípios citado acima, faz com que cada cidadão respeite os princípios de sentimentos de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular. Sua base racional pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto a outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse de acordo com uma concepção coerente do que isso significa.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos do convencionalismo, voltados para o passado ou ainda programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro.

Afirma Dworkin (1999, p 291):

“O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, e equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.”

As afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que se voltam para o passado e para o futuro, os juízes não descobrem ou inventam o direito. Pressupõe que todos os direitos e deveres legais foram criados por um único autor- a comunidade personificada.

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito como o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Ao realizar uma comparação entre literatura e direito Dworkin cita um gênero literário denominado como romance em cadeia.

Segundo esse projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série e cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo

que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor.

O valor de um bom romance não é verificado a partir de uma única peça e em sua formação deve haver o trabalho com personagens, trama, gênero, objetivo para decidir o que considerar como continuidade e não como começo.

Um romancista em cadeia tem, portanto, decisões difíceis a tomar, mas suas decisões não incluem a decisão de se deve ou não considerar um eventual afastamento do romance em execução que lhe foi entregue e até que ponto fazê-lo.

O direito como integridade, num caso, por exemplo, de direito consuetudinário pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia de direito consuetudinário. Tem consciência que outros juízes decidiram casos semelhantes e deve considerar essas decisões como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar conforme suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão (Dworkin, 1999, p. 287).

Exemplifica, ainda Dworkin (1999, p. 272):

“Decidir se o direito vai assegurar à sra. McLoughlin uma indenização pelos prejuízos sofridos, por exemplo, equivale a decidir se vemos a prática jurídica sob sua melhor luz a partir do momento em que supomos que a comunidade aceitou o princípio de que as pessoas na situação dela tem direito a ser indenizadas.”

A preocupação com a congruência e com a comunidade personificada faz com que o direito seja visto como uma prática interpretativa cujo empreendimento importa a observação de razões relevantes oriundas de uma atividade harmônica que envolve tanto o legislador como o juiz.

As conclusões judiciais devem ser extraídas de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique até onde for possível. Afirma Dworkin (1999, p. 274):

“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz

consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.”.

Para Dworkin, a tarefa de encontrar princípios aplicáveis que façam parte do direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica de uma comunidade é atribuída a um juiz denominado Hércules que se mostra como “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (1999, p. 287).

A tarefa de Hércules não requer que crie o direito como no modelo das regras, mas que encontrem princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade.

Considera Dworkin (1999, p. 305):

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”

Tal objetivo incluirá considerações convicções sobre adequação e justificação.

As convicções sobre adequação irão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que uma interpretação de alguma parte do direito deve atender para se tornar aceitável. Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes preferiram, de tal forma que os fatos da história limitarão o papel que podem desempenhar em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Porém quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”.

Nesse contexto, seja nos casos difíceis (ou nos fáceis) apresentados em juízo ou nas próprias elaborações de novos enunciados legais pelo Poder Legislativo, é importante considerar o direito em seu todo, como “algo” que continua.

5 Conclusões

As diferentes versões trazidas pelo positivismo baseiam-se na descrição de que as regras especiais podem ser identificadas e distinguidas de acordos com testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com a forma pela qual foram adotadas ou formuladas.

Austin e Hart reconhecem que as regras jurídicas possuem limites imprecisos, os que esse último denomina de “textura aberta” e ainda explicam os casos

problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação.

Ronald Dworkin pretende lançar um ataque contra o positivismo ao considerar que quando juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações, em especial nos casos difíceis, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam como políticas e outros tipos de padrões.

Ao tratar do direito como integridade, Dworkin pretende garantir uma coerência de princípio, isto é, identificar quais princípios justificam as leis e os precedentes do passado. Essa coerência de princípios passa a ser uma fonte de direitos.

A coerência de princípios permite que os cidadãos tenham direitos não declarados explicitamente na legislação e nos precedentes, mas apenas implicitamente reconhecidos através de princípios que justificam essas decisões políticas do passado.

De outro lado, deve-se notar que a integridade não requer uma coerência de princípio ao longo de toda a história. Nesse sentido, Dworkin apresenta a imagem de um romance em cadeia para exemplificar a maneira como o direito deve ser interpretado. Os juízes são igualmente autores e críticos. Ao interpretarem uma tradição, introduzem um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros.

Nesse processo, o intérprete, assim como o romancista, deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor. Trata-se de uma continuidade e não de um novo começo, e, por isso, sua liberdade criativa fica bastante limitada.

Dworkin reconhece que a aceitação do direito como integridade, ao impor a tarefa de “vê-lo” sob sua melhor luz, é extremamente árdua, provavelmente incapaz de ser executada por um juiz do cotidiano judiciário. Por isso, imagina um juiz com capacidade e paciência sobre-humanas, ao qual dá o nome de Hércules.

Preocupa-se Dworkin que os juízes sigam o método de Hércules, isto é, estejam dispostos a apresentar argumentos em favor da resposta que entendam corresponder à melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Referências

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes, 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Artigo aprovado em 26/08/2014 : Recebido em 19/07/2014