

**THE RULE OF LAW E A HIPÓTESE ESTÉTICA: DWORKIN E A
CONSTRUÇÃO DO DIREITO ENQUANTO PRÁTICA SOCIAL
ARGUMENTATIVA**

**THE RULE OF LAW AND THE ESTHETIC HYPOTHESIS: DWORKIN AND
THE CONSTRUCTION OF LAW AS ARGUMENTATIVE SOCIAL PRACTICE**

*Marcello Sgarbi*¹

Resumo: Para cumprir com tal desafio, importa sublinhar que o presente estudo, em seu núcleo essencial, declina especial importância para alguns textos e obras de Dworkin, bem como a trabalhos consolidados por autores de renome acerca de seu pensamento. Assim, no que toca às linhas escritas pela pena de Dworkin, este estudo partirá das problematizações acerca das concepções e conceito interpretativo do direito vertidos em “O Império do Direito”, bem como de alguns textos pontuais reunidos em “Uma Questão de Princípio”, notadamente aqueles destinados à reflexão sobre a concepção de Estado de Direito (*rule of law*) por ele escudada, bem como sobre a relevância dos princípios no sistema jurídico e de que maneira a hipótese estética da interpretação literária serve aos desígnios axiomáticos do direito.

Palavras-chave: Estado de Direito - Hipótese Estética - Prática Social

Abstract: In order to fulfill this challenge, it is important to emphasize that the present study, in its essential nucleus, declines special importance for some texts and works of Dworkin, as well as the works consolidated by authors of renown about his thought. Thus, with respect to the lines written by Dworkin's pen, this study will start from the problematizations about the conceptions and interpretative concept of the law spilled in "The Rule of Law", as well as some punctual texts collected in "A Question of Principle" Especially those aimed at reflecting on the conception of rule of law covered by it, as well as on the relevance of the principles in the legal system and how the aesthetic hypothesis of literary interpretation serves the axiomatic designs of law.

Keywords: Rule of law - Esthetic Hypothesis - Social Practice

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1993). Especialista - Direito Tributário pelas Faculdades Curitiba (2000). Advogado sócio - proprietário - Sgarbi e Carniatto Sociedade de Advogados. Professor da Organização Paranaense de Ensino Técnico Ltda, lecionando Direito Processual Civil e Direito Empresarial. Consultor nas áreas de Direito Empresarial, Trabalho e Cívi. Ministra treinamentos e consultorias em empresas de grande e médio porte. Integrante da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da OAB nos anos de 2011 a 2012, integrante da Comissão de Direito Empresarial da OAB - Seccional Paraná no biênio 2012 a 2014. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Processual Civil, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho e Direito Empresarial e Civil.

1. INTRODUÇÃO

No desdobramento das últimas quatro décadas, diversos foram os temas que marcaram os debates acadêmicos no campo da filosofia jurídica e teoria geral do direito. Quiçá pelo chamamento feito ao direito, enquanto ciência normativa, para prestar contas a questões inerentes ao cotidiano do espaço social (como a eutanásia, liberdade de expressão e tutela estatal a relações interprivadas e afetivas²), certo é que houve uma salutar aproximação do conhecimento jurídico com outros campos do saber.

Tal aproximação, notadamente entre direito e filosofia, acabou por ensejar uma sofisticação inerente aos debates jurídicos, vincando-os com a necessidade de uma apreciação cada vez mais técnica³ e atenta com a realidade que permeia as próprias relações sociais.⁴ É nesse cenário de embate teórico com incríveis reflexos práticos que emerge o pensamento e problematizações de Ronald Dworkin acerca da teoria geral do direito.

² Trata-se do fenômeno que muitos chamam de “judicialização”, cuja síntese de significado encontra-se na explicação prolatada por Luís Roberto Barroso: “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.” BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 391 (destaque original). Por todos, com especial ênfase ao fenômeno havido na realidade jurídico-social brasileira, vide, ainda: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais brasileiras**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³ Tal aproximação apresentou caráter agudo e, como consequência natural, a “sofisticação” do debate jurídico importou na necessidade de rever a agenda de reflexões sobre direito, apontando para o azimute metodológico. Como explica Ronaldo Porto Macedo Júnior: “Acredito que essa agenda adquiriu um caráter fortemente metodológico nas últimas décadas, em particular no ambiente jurídico intelectual anglo-saxão. [...] A teoria do direito formulada por Dworkin reflete bem o movimento de aproximação da teoria do direito com a filosofia em geral – em particular com a epistemologia e com a filosofia da linguagem, moral e política –, o qual se tornou predominante a partir dos anos 1960. [...] Por um lado, a aproximação com a filosofia tornou o debate sobre o direito mais técnico, hermético e sofisticado, exigindo novo treinamento de seus participantes. Por outro lado, permitiu que temas e questões clássicas da teoria do direito – como a própria definição de direito, a teoria da interpretação e da argumentação jurídica e o papel dos princípios nos sistemas jurídicos – fossem reapreciados sob uma nova perspectiva.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-12.

⁴ Tem-se por evidente que os tempos atuais não mais permite definir e pensar o direito abstratamente, diante da realidade em que se insere. Fenômeno social por eminência, o direito é informado pelos fatos e a eles não pode ignorar, sob pena de propalar uma crise já há muito anunciada, como bem aponta Luiz Edson Fachin: “Sabe-se que a ‘revolta dos fatos contra o Código’ captou, há algum tempo, a distância entre o Direito Privado e as relações fáticas da vida. Já se reconheceu, na palavra do professor Orlando Gomes, a fratura do direito exposta na esterilização dos conceitos e no desmoronamento das construções que pareciam inabaláveis.” FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. À luz do novo Código Civil brasileiro. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 354.

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

A concepção e definição *interpretativa* promovida por Dworkin em face do direito, concebendo-o como uma prática social argumentativa (espaço próprio, portanto, para *embate* e não para *convencionalismo*) sustentada pelo desiderato de reconstrução racional da teoria da justiça, teve o condão não apenas de realocar o ponto sensível de reflexão acadêmica em novo *locus*, como também sopesar, sob novo prisma, qual a função e trabalho que se aguardam dos “atores” jurídicos. Mais que mera provocação teórica, o pensamento e método dworkinianos foram responsáveis por (a)firmar a relevância da teoria geral do direito e sua definição em aspectos práticos, influente, por exemplo, no momento de consolidação de uma decisão judicial.⁵

No caixilho desses pressupostos, o presente estudo destina-se a refletir objetivamente sobre os aspectos centrais do pensamento dworkiniano, principalmente no que toca ao seu viés interpretativo, apontando sua relevância em face da própria prática do direito, sempre correlacionando tal reflexão com a realidade jurídica brasileira.

É evidente que uma análise global das reflexões de Dworkin escapa aos limites deste singelo trabalho. Faz-se necessário, então, desenhar um desafio: ponderar sobre um quadrante específico das problematizações dworkinianas sem retirá-las do sentido central preconizado pela moldura de seus pressupostos e fundamentos mais elementares.

Logo, para cumprir com tal desafio, importa sublinhar que o presente estudo, em seu núcleo essencial⁶, declina especial importância para alguns textos e obras de Dworkin, bem como a trabalhos consolidados por autores de renome acerca de seu pensamento.

Assim, no que toca às linhas escritas pela pena de Dworkin, este estudo partirá das problematizações acerca das concepções e conceito interpretativo do direito vertidos em “*O Império do Direito*”, bem como de alguns textos pontuais reunidos em “*Uma Questão de Princípio*”, notadamente aqueles destinados à reflexão sobre a concepção de Estado de Direito (*rule of law*) por ele escudada, bem como sobre a relevância dos

⁵ Como bem explica o próprio Dworkin: “Desse modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A teoria geral (*jurisprudence*) é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113. Trecho igualmente referido e traduzido livre e diretamente do original por Ronaldo Porto Macedo Júnior na obra “*Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*” (São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.)

⁶ Evidente que o presente estudo referenciará outros trabalhos e ponderações vertidas por outros autores; no entanto, sublinha-se que, ao tocante especificamente no pensamento dworkiniano, as obras referidas adiante servirão de azimute para a reflexão ora pretendida.

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

princípios no sistema jurídico e de que maneira a hipótese estética da interpretação literária serve aos desígnios axiomáticos do direito.

Quanto ao trabalho de estudiosos sobre o pensamento de Dworkin, destaca-se a análise consolidada por Jeremy Waldron acerca da concepção dworkiniana de *rule of law*, bem como a resposta do próprio Dworkin a tais críticas, resultante de publicação acadêmica da *University of Oxford*. Por igual, servirá de esteio também a tese de livre-docência consolidada pelo professor Ronaldo Porto Macedo Júnior no âmbito da Universidade de São Paulo (USP), dedicada a analisar o impacto do pensamento de Dworkin na agenda metodológica que venceu a teoria geral do direito, ensejando, assim, a construção da ponte entre teoria e prática que antes se referiu.

Eis, em síntese, objetivo deste trabalho e o seu itinerário pretendido.

2. UM PRIMEIRO PASSO: A VIRADA METODOLÓGICA E “THE RULE OF LAW ENQUANTO ESPAÇO PARA DEBATE”

Com a aurora da segunda metade do século XX, o debate acerca do viés metodológico do direito, em referência incisiva ao seu conceito e teoria geral, ganham novos e mais vivos contornos a partir de uma correlação mais intensa com a filosofia analítica e da linguagem. Verdade é que tal desígnio, já àquele tempo, não era de todo novo: é possível verificar sua presença desde as ponderações kelsenianas envidadas na primeira metade daquele mesmo século.⁷

Todavia, é com a obra “*O Conceito de Direito*”, de Herbert L. A. Hart, que a preocupação do caráter metodológico do direito e a relevância da linguagem em seu empreendimento ganham a merecida densidade.⁸

⁷ Os prefácios subscritos por Kelsen às duas primeiras edições de sua “*Teoria Pura do Direito*” são bastante esclarecedores nesse sentido. Em 1934, no momento da publicação inaugural da obra, o pensador austríaco assim pontuou: “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural. [...] Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.” Já em 1960, momento da segunda edição, Kelsen preocupa-se em aprofundar o conteúdo científico e metodológico de sua teoria, afirmando que “[...] agora procuro resolver os problemas mais importantes de uma teoria geral do Direito de acordo com os princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico e, ao mesmo tempo, precisar, ainda melhor do que antes havia feito, a posição da ciência jurídica no sistema da ciência.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XI e XVII.

⁸ Tal fato é explicado por Ronaldo Porto Macedo Júnior: “O ‘ovo da serpente’ metodológico da teoria do direito na segunda metade do século XX foi introduzido por H.L.A. Hart. Evidentemente, antes dele as preocupações com a metodologia do estudo do direito já eram patentes e essenciais nas obras de outros autores. [...] Contudo, é somente com a publicação de *O conceito de direito*, em 1961, que o debate

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

Em tal obra, Hart afirma que a definição do direito é excessivamente tortuosa, diferentemente do que ocorre na conceituação de outros campos do saber.⁹ Aponta, pois, a presença de três questões recorrentes que tonificam tal dificuldade: (i) como o direito pode se diferenciar de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com essas; (ii) como se estabelece a correlação entre direito e obrigação moral, e como desta ele (o direito) se diferencia; e (iii) qual seria a definição de regra e em que medida o direito seria, então, uma questão de regras.¹⁰

Nesse passo, Hart realça a importância da linguagem na satisfação dessas três questões recorrentes, porquanto suas respostas implicam na possibilidade de facilitar a definição sobre *o que é o direito*. Alerta, no entanto, que a complexidade do direito impede que seja definido por conceituações concisas, como fórmulas fáceis de associação de linguagem.

A relevância e impacto da obra fizeram com que “*O conceito de direito*” fosse debatido em diversos âmbitos acadêmicos, ensejando correntes afiliadas ao raciocínio proposto por Hart e, ainda, contraposições agudas que apontaram arestas e falhas metodológicas em seu pensamento. As críticas mais pontuais foram deflagradas por um dos alunos de Hart, Ronald Dworkin, cujas ponderações ensejaram um dos debates mais ricos da teoria geral do direito.

Em linhas gerais, Hart propôs, com sua obra, alicerçar uma teoria geral e descritiva do direito. *Geral*, porquanto buscava aplica-la a todos os sistemas normativos; *descritiva*, porquanto não havia adotado a defesa de um ponto de vista específico: tratava-se, portanto, de uma análise *moralmente neutra* e sem propósito de justificação do direito.¹¹ Nesse ponto é que surge o principal contraponto fomentado por Dworkin, que concebe, a rigor, uma *teoria interpretativa do direito*.

metodológico jurídico se reascende em novas bases.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52.

⁹ Pela relevância do tema e até mesmo em homenagem ao objetivo ora proposto, é necessário apontar a preocupação de Hart na abertura de sua obra: “Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido resposta, parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão <O que é o direito?>. [...] Não existe literatura abundante dedicada a responder às perguntas <O que é a química?> ou <O que é a medicina?> como sucede com a questão <O que é o direito?>.” HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª Ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 5.

¹⁰ HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª Ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 10-13.

¹¹ Como bem explicou o próprio Hart em pós-escrito alicerçado como resposta às críticas encetadas por Dworkin nos artigos reunidos em “*Taking Rights Seriously*” (1977), “*A Matter of Principle*” (1985) e no livro “*Law’s Empire*” (1986): “O meu objetivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. *Geral*, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídica concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

Ronaldo Porto Macedo Júnior aponta que, sob as lentes de Dworkin, o direito é uma *prática social na qual a intencionalidade importa sobremaneira*. Nessa medida, o direito presta-se a coordenar esforços sociais ou, ainda, resolver disputas sociais e individuais, de modo que a visão positivista do direito como sistema de regras deve ser superada:

Para Dworkin, o direito é uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa (e não meramente *autoritativa – authoritative*). [...] Para Dworkin, a tarefa da teoria do direito é tornar inteligível, por meio do direito, a exigência da legitimidade do exercício do poder. A questão jurídica por excelência é: como entender as práticas de poder que denominamos “direito”? Para explicá-las, é necessário considerar que a intencionalidade que unifica tais práticas se reporta a uma exigência de legitimidade e justiça cujo significado é essencialmente interpretativo.¹² (Destques originais)

Logo, verifica-se que o pensamento dworkiniano pontua uma concepção do direito que afasta a análise geral e, principalmente, *descritiva* do fenômeno jurídico, sobretudo em razão da irrelevância que o positivismo equivocadamente outorgou aos *princípios*, elementos capazes de desnudar, pois, a natureza moral da argumentação jurídica.¹³

Ainda na mesma seara, Dworkin também irá apontar que os princípios concatenam uma espécie de obrigação aos juízes, para que decidam com *justiça*. Logo, as decisões judiciais não visam afirmar o que o direito deveria ser idealmente, mas antes o que o direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes.¹⁴

instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, normativa). [...] O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito [...].” HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª Ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 300-301.

¹² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

¹³ Explica Ronaldo Porto Macedo Júnior: “O ‘esquecimento’ dos princípios pelo positivismo jurídico importou-lhe num enorme custo teórico, visto que, para Dworkin: 1) a caracterização que Hart indiretamente faz deles é incompatível com a prática habitual dos tribunais e dos operadores do direito que recorrem diariamente ao discurso dos princípios; 2) mais importante ainda, o funcionamento dos princípios seria um caso especialmente ilustrativo da natureza argumentativa e interpretativa do direito; 3) os princípios revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica.” MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

¹⁴ Nesse ponto, a síntese de Ronaldo Porto Macedo Júnior acerca do pensamento de Dworkin é precisa: “O que é relevante asseverar é que os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

Nesse quadrante específico, é possível lançar, sob o pálio das lentes de Dworkin, um primeiro olhar à prática jurídica e sua correlação com diversos outros aspectos, desde o fundamento político do direito ou, ainda, seu viés interpretativo.¹⁵

Um exemplo de tal perspectiva merece espaço no tablado deste estudo. Na obra “Uma Questão de Princípio”, foram coligidos diversos artigos de Dworkin que, juntos, constituem o referencial acerca das primeiras críticas de sua pena dirigidas ao positivismo jurídico e a fundamentação de seu conceito interpretativo do direito (o qual seria mais aprofundado nas reflexões vertidas em “O Império do Direito”). Já no primeiro artigo da referida coletânea, Dworkin problematiza a forma pela qual os juízes britânicos e norte-americanos envidam suas decisões e se, com elas, concretizam ou não decisões de caráter político.¹⁶

Para tanto, Dworkin estrutura uma reflexão preambular acerca das concepções de Estado de Direito (*rule of law*) e de que forma tais concepções importam em conclusões distintas acerca da presença e legitimidade de fundamentos políticos em decisões eminentemente jurídicas.

Existiriam, pois, duas concepções distintas. A primeira, centrada no texto legal (“*the rule book model*”), preconizaria que o Estado, bem como os cidadãos, deve(m) agir de acordo com regras públicas condensadas previamente em dispositivos legais, até o momento em que fossem alteradas ou revogadas.¹⁷ Já a segunda seria mais

algum tipo de ponderação e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. [...] A prática jurídica revela que os profissionais do direito, em particular os juízes, se valem dos princípios não porque estes são dotados de autoridade (política), mas antes em razão de sua razoabilidade e justiça.” Ibidem. p. 164.

¹⁵ No campo do exercício hermenêutico, Dworkin, ao referir-se ao papel da cortesia na obra “O Império do Direito”, destaca o papel da interpretação no exercício da prática jurídica: “O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário. Em geral, os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. [...] As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o ‘sentido’ da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes.” É justamente nesse aspecto diferencial que assoma a relevância dos princípios na prática jurídica, por exemplo. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 109-110.

¹⁶ Trata-se do estudo intitulado “Os juízes políticos e o Estado de Direito” (no original, “*Political judges and the rule of law*”), que abre o capítulo inicial de “Uma Questão de Princípio”. O objetivo de Dworkin naquela oportunidade pode ser assim posto, por meio de suas próprias palavras: “Quero indagar, porém, se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão de que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 3.

¹⁷ Nos termos de Dworkin: “A primeira é a que chamarei de concepção ‘centrada no texto legal’. Ela insiste em que tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 6-7.

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

abrangente, centrada nos direitos (“*the rights conception*”) e preconizadora das liberdades individuais.¹⁸

Ao problematizar aspectos positivos e negativos de ambas as concepções¹⁹, Dworkin conclui pela relevância da concepção de *rule of law* centrada nos direitos, porquanto propicia aos cidadãos e operadores do direito o *debate* sobre a justiça que deve vincar as relações estabelecidas no espaço social

Reconheço que uma sociedade dedicada a essa concepção de Estado de Direito pode pagar um preço, com certeza na eficiência e, possivelmente, no espírito comunitário, que, segundo se supõe, é deformado pela preocupação excessiva com o Direito. Mas essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como aos seus concidadãos, a **discutir** como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido.²⁰ (Destacamos)

Nessa medida, parece possível estabelecer que Dworkin contempla o direito como um espaço aberto para a discordância, característica essa que irá vincar e projetar, sob o prisma de tal concepção, o seu conteúdo interpretativo e argumentativo. A partir desta concepção, captando a influência da própria reflexão de Waldron, o direito e o Estado de Direito (*rule of law*) podem ser considerados como espaços para discordância e debate, onde as respostas jurídicas levarão em conta valores e pressupostos de justiça.

Referencia-se, pois, que Dworkin afirma que o direito constitui-se em um “fórum do princípio”, espaço para o *debate* político-moral acerca dos temas relevantes

¹⁸ A concepção do *rule of law* centrada nos direitos, segundo Dworkin, “[...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em isso seja praticável.” Ibidem. p. 7.

¹⁹ Quiçá seja relevante referir que, em estudo destinado a analisar criticamente o texto referido de Dworkin, Jeremy Waldron aponta a existência de uma terceira concepção de *rule of law*, o qual denominou de “modelo procedimental” (“*the proceduralist model*”). Em tal modelo, a sociedade seria regida pelo Estado em via na qual o poder público não seria exercido de forma arbitrária, mas apenas por meio de instituições criadas para tais finalidades. Nas palavras do autor: “On this account, the rule of law is the very opposite of the imperious imposition of a posited set of rules. A society is ruled by law in this sense when power is not exercised arbitrarily, but only pursuant to intelligent and open exercises of public reason in institutions and forums set up for that purpose.” WALDRON, Jeremy. The rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, Justine [Org.]. **Dworkin and his Critics**. With replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 319.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38.

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

para uma comunidade.²¹ É nesse cenário de discussão, e não apenas de convenção (como a teoria de Hart havia de certa forma proposto), que o “direito tutela direitos”, congregando também a hipótese também como os cidadãos de fato compreendem – ou podem compreender – os direitos que estão envolvidos na prática jurídica.²²

3. A HIPÓTESE ESTÉTICA E O DIREITO ENQUANTO PRÁTICA SOCIAL ARGUMENTATIVA

Evidencia-se, pois, que a visão de Dworkin privilegia uma concepção de direito enquanto prática social argumentativa, cuja análise valorativa acerca do debate sobre o que o direito proíbe ou permite tem como base o embate e argumentação.

Para Dworkin, o direito se concretiza *na e para a* prática jurídica. Desse modo, o direito seria passível de observação sob duas dimensões: uma *externa* (tal qual o ponto de vista do historiador ou sociólogo que questiona os padrões e demandas que conformam o direito) e uma *interna* (tal qual o ponto de vista daqueles que fazem as demandas).²³ É justamente nessa ordem de ideias que a interpretação ganha ainda mais destaque.

Neste passo é que este estudo deságua naquilo que Dworkin denominou de hipótese estética, concernente à aproximação da interpretação do direito à literatura:

Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade. [...] Minha sugestão aparentemente banal (que chamarei de

²¹ A referência aqui é explícita a outro texto Dworkin que integra a obra “*Uma Questão de Princípio*”, justamente intitulado “*O fórum do princípio*”. Refletindo sobre a *judicial review* entabulado no emblemático caso *Marbury vs. Madison* (que serve de parâmetro ao controle de constitucionalidade até hoje), Dworkin aponta a relevância dos princípios e na legitimidade dos debates de ordem política que permeiam as decisões judiciais, beneplacitando, pois, o viés interpretativo do direito: “O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial (*judicial review*) seja o melhor argumento de nossa parte. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade rã, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo de religião nem de profecia. **Chamo isso de direito.**” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 103 (Destacamos)

²² Faz-se referência, com tal parágrafo de remate, à análise vertida por Jeremy Waldron acerca do pensamento de Dworkin a partir da definição de “Estado de Direito como espaço para debates”: “For these purposes, taking rights seriously is not so much a matter of getting rights right; it is a matter of conveying in the way in which we make our decisions that we understand that rights are involved.” WALDRON, Jeremy. The rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, Justine [Org.]. **Dworkin and his Critics**. With replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004. p. 319

²³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-198.

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

“hipótese estética”) é a seguinte: a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de lei (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. [...] A interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser, e o pronome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra.²⁴ (Destacamos)

Tais apontamentos decorrem de outro texto que integra a obra “*Uma Questão de Princípio*”, destinado a sopesar as faces interpretativas do direito. Note-se que é nesta ponderação, então, que se pode verificar outra especial dimensão de relevância dos princípios no debate jurídico, porquanto podem ensejar a revelação das proposições do direito em suas melhores e máximas possibilidades. Reside aí, pois, um de seus mais relevantes contributos.

Assim como na literatura, segundo Dworkin, se a interpretação pode apresentar determinado texto como a melhor obra de arte possível, podem também os princípios jurídicos, devidamente agregados ao exercício hermenêutico, descortinar (e agora verticalizando o debate acerca da realidade jurídica brasileira) uma determinada norma programática do texto constitucional em sua melhor acepção, consubstanciando-a, pois, em máxima medida nesta transposição do teórico para o prático.

Pode-se afirmar, portanto, trazendo tais pressupostos aos domínios do ordenamento jurídico brasileiro, que tal perspectiva hermenêutica torna possível flexibilizar a rija hermenêutica por vezes dominante, estática e atada indissociavelmente aos ditames dogmáticos do positivismo.

A hermenêutica que aqui se refere não se constitui como simples conjunto de regras de interpretação, consubstanciando-se, antes, como um “processo que está para além do puro e simples interpretar”²⁵ que leva em conta elementos previamente estabelecidos que igualmente balizam esse exercício hermenêutico.²⁶

Esse processo se tornou possível na realidade jurídica brasileira a partir de 5 de outubro de 1988, passando, assim, a ser factível compreender o ordenamento como um sistema jurídico aberto, cujo processo hermenêutico complexo, em busca do melhor resultado de uma determinada norma à luz dos valores constitucionalmente tutelados,

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 222-223.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 403.

²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. LIV.

possui referencial inoxidável na relevância denotada pelos princípios jurídicos em tal desiderato.²⁷

4. CONCLUSÕES

Conforme se alertou introdutoriamente, o presente trabalho destinou-se a refletir sobre um aspecto específico do pensamento de Dworkin: a sua concepção do direito enquanto prática social argumentativa, que decorre, além de outras ponderações, de uma concepção de *rule of law* centrada em direitos e da relevância da interpretação no campo jurídico enquanto “fórum de princípios” ideal para o debate e questionamentos que vincam a própria natureza do direito.

Tais perspectivas podem mostrar-se relevantes se forem trasladadas para o cenário da participação do povo, definido sob um prisma político e real, na interpretação constitucional.²⁸ Ainda que Dworkin preconize a análise da prática jurídica na atuação de atores específicos do direito (juízes e advogados, notadamente), a essência de suas ideias não parece de todo conflitante com a hipótese de interpretação plural da ordem constitucional vivida e, portanto, sempre sujeita, de maneira concomitante, ao compromisso e contraposição.²⁹

²⁷ Acolchetando tais perspectivas, cabe dizer que, com o papel relevante dos princípios, passa a ter lugar uma interpretação aberta, liberta das peias de métodos hermenêuticos unívocos e fechados que obsedaram, por exemplo, a concretização de determinada norma constitucional. É nessa medida que se faz importante colacionar a seguinte passagem: “Enquanto forem indicados como ‘métodos’ da práxis e da ciência jurídicas somente regras de interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de maneira equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência, nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ela deve elaborar os problemas da ‘pré-compreensão’ da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir *in totum* de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista.” (Grifos originais) MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3ª Ed. Rev.e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47.

²⁸ O alerta é feito com acerto por Fábio Konder Comparato: “Na teoria política e constitucional, povo não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político. A noção de povo, como se sabe, já era conhecida e utilizada na antiguidade clássica em matéria de teoria política e de direito público. Mas não tinha a importância decisiva que adquiriu na era moderna, com o ressurgimento da ideia democrática. A partir do século XVIII, já não se pode eludir a questão fundamental, ligada à própria essência desse regime político: - se o poder supremo numa democracia, como a própria etimologia nos indica, pertence ao povo, como definir este conceito, de modo a torná-lo o mais operacional possível e evitar as usurpações da soberania?” COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **O que é o povo?** 7ª Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 10-11.

²⁹ Tal hipótese é explorada, ainda que sob fundamentos distintos daqueles espostos por Dworkin, por Peter Häberle na obra “*Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.*” Em

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

Em suma, é inegável que o pensamento de Dworkin, ao refinar a técnica presente na teoria geral do direito, contribuiu para que o conhecimento jurídico fosse melhor apreendido e compreendido em ambiência prática, atento com seu viés metodológico, libertando-o das peias abstratas que por vezes a abstração acadêmica pode ensejar.

Em nossa atual ordem jurídica, fundada e fundamentada em texto constitucional com densa dimensão programática³⁰, as ponderações de Dworkin denotam especial valor, justamente porque torna possível visualizar o direito enquanto fenômeno social pautado de uma série de valores comprometidos com o ideal de justiça. Eis em tela, portanto, uma das razões para que suas reflexões sejam objeto constante de estudo e debate.

medida de exemplo, colaciona-se o seguinte apontamento: “Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso (Konfliktund Kompromissrecht). [...] O Direito Constitucional material – vivido – surge de um número enorme de funções ‘corretamente’ exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição.” HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 51-52.

³⁰ Não se pode olvidar que a realidade jurídica brasileira conclama uma consolidação interpretativa vinculada justamente pelos pressupostos decalcados na teoria dworkiniana. Em atenção à força edificante dos fatos e nova diretriz constitucional estabelecida na primavera de 1988, Luiz Edson Fachin sublinha o papel especial do processo interpretativo na consolidação da prática jurídica comprometida com esse novo horizonte, mormente em face de campos jurídicos específicos permeados pelos valores constitucionais, como é o caso do direito civil: “Duvida não há: a tarefa hermenêutica é construtiva, e por isso mesmo crítica. Nesse patamar da interpretação prospectiva soa relevante eleger premissas que obstem qualquer possibilidade de retrocesso em relação ao nível de conquistas alcançado pela nova cultura jurídica do Direito Civil. Horizonte de especial atenção está sendo edificado pela jurisprudência, apresentando-se ímpar oportunidade de beneplacitar nos tribunais a construção doutrinária que abriu as portas do século XXI.” FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol. XVIII. Do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7-8.

SGARBI, M. The Rule of Law e a hipótese estética: Dworkin e a construção do direito enquanto prática social argumentativa. In: **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano IX, n.º. 16, jan/jun 2017. ISSN 2175-7119.

REFERÊNCIAS.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. **O que é o povo?** 7ª Ed. São Paulo: RT, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Império do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol. XVIII. Do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. 2ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. À luz do novo Código Civil brasileiro. 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª Ed. Com pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3ª Ed. Rev.e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais brasileiras**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. The rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, Justine [Org.]. **Dworkin and his Critics**. With replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.