

COLEÇÃO  
HERMENÊUTICA, TEORIA DO  
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Francisco José Borges Motta

# Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica

3<sup>a</sup> edição  
Revista e ampliada

2021

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## DEBATENDO O DEBATE HART/DWORKIN

---

### 2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS (E ALGUMAS CONCLUSÕES PARCIAIS)

Admitimos termos trabalhado, até aqui, com temas cujo grau de inter-relação talvez não tenha ficado imediatamente visível. É chegada a hora, porém, de jogar luz sobre essa unidade. Enunciaremos, agora, algumas *conclusões parciais* a que chegamos com a pesquisa até aqui realizada. Fixemos, assim, os primeiros contornos de nossa proposta construtiva de uma teoria dworkiniana da decisão jurídica.

Em primeiro lugar, a exposição de alguns dos principais conceitos articulados no âmbito da teoria dworkiniana era, parece-nos, inadiável. Dworkin tem um vocabulário bastante particular e, se a nossa pretensão é a de adotar suas bases teóricas, é importante desde o início situá-las de modo abrangente, ainda que de um modo muito geral, fornecendo uma visão de conjunto. A *tese da unidade do valor* tem, para o nosso trabalho, uma expressão metodológica: a ideia é a de que, na construção da melhor interpretação de cada um dos conceitos determinantes de uma teoria da decisão, busquemos, sempre, o apoio recíproco entre estes. Daí a importância de começarmos com um, digamos, *glossário* dworkiniano.

Em segundo lugar, entre o procedimentalismo habermasiano e uma visão constitucional substantiva, nossa posição é a seguinte: sem que se abra mão dos ganhos democráticos garantidos pela teoria do discurso (como a autonomia conquistada pelo Direito e a sua correta crítica ao ativismo judicial), entendemos que o substancialismo, da maneira como Dworkin o concebe, e com os ajustes propostos por Lenio Streck, é o modelo adequado para o Brasil. Streck fornece, na nossa visão, razões suficientes para demonstrar os motivos pelas quais, no arranjo constitucional brasileiro, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para a implementação de direitos; o que não se confunde, diga-se, com a defesa do ativismo judicial ou de qualquer

forma de decisionismo, como se verá<sup>1</sup>. É sempre necessário ter cuidado para evitar *mixagens* teóricas. Contudo, pensamos estar diante de um daqueles casos em que, como no debate entre John Rawls e Habermas sobre a tese da *justice as fairness*, há um *compartilhamento de intenções* e uma concordância com as *principais conclusões*, ainda que se mantenham algumas divergências *dentro dos limites de uma briga de família*<sup>2</sup>. Adiantamos, assim, que os princípios com os quais Dworkin interpreta a dignidade humana, na sua tradução para a teoria política (igual consideração e respeito e autogoverno), são compatíveis com a complementaridade entre a autonomia pública (fundada na soberania popular) e a autonomia privada (fundada nos direitos fundamentais) que está no centro das preocupações de Habermas. Defenderemos que é a melhor forma de interpretá-la. É claro, contudo, que o sucesso dessa concepção ainda não está demonstrado, e depende de melhor elaboração.

Em terceiro, nossa postura em relação ao contributo de Jeremy Waldron é semelhante: compartilhamos algumas de suas intenções e conclusões – em que pese, aqui, as divergências apareçam de modo mais evidente. Especificamente com relação à legitimidade do instituto do *judicial review*, a razão está com Dworkin: não há nada de necessariamente antidemocrático na revisão judicial da legislação, contanto que essa se dê de maneira *correta*. A preservação do produto legislativo não é um bem em si, na medida em que, como se viu, a premissa majoritária trabalha com uma visão meramente parcial das

- 
1. De fato, como corretamente observa Clarissa Tassinari, “o ativismo judicial é um problema de teoria do direito”, ou, mais precisamente, “de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56. Quer dizer, não há uma relação de *causa e efeito* entre a implementação de direitos constitucionalmente previstos pelo Poder Judiciário e o ativismo judicial. E, também, a própria definição de “ativismo judicial” depende da definição dos contornos do exercício legítimo do poder de coerção pública. Numa palavra: depende-se de teoria do direito e de teoria da interpretação. Voltaremos a esse tema, com maior vagar, no capítulo final desta pesquisa.
  2. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 515. Veja-se, a propósito, que ambos (Rawls e Habermas) “compartilham o propósito de procurar estabelecer as condições pelas quais os próprios cidadãos, como pessoas morais, livres e iguais, podem chegar a um ponto de acordo sobre os fundamentos normativos da comunidade político-jurídica a que pertencem. Nisto seguem uma das preocupações fundamentais da filosofia prática moderna, a saber, a de procurar assentar esses fundamentos no consentimento público racional de todos os cidadãos”. WERLE, Denilson Luis. *Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008, p. 11.

exigências da igualdade (supervaloriza a igualdade de impacto), o que pode colocar a dignidade humana em risco. Waldron está correto, porém, ao conceber a democracia como um empreendimento compatível (*naturalmente congruente*) com os direitos individuais. E, mesmo, em apontar que os juízes e tribunais não desfrutam de uma legitimação natural para o controle de constitucionalidade, quer dizer: ao defender que o *judicial review* não é uma decorrência essencial da democracia, Waldron aumenta os ônus argumentativos de quem, como Dworkin, pensa o contrário.

Postas essas premissas, avancemos. Nosso foco, agora, passa a ser a decisão judicial: como produzi-la de maneira democraticamente consistente? Endossando a *partnership conception* dworkiniana (com todas as suas exigências, decorrentes da preservação dos direitos que lhe constituem: garantias de *participação, independência ética e interesse* dos cidadãos na produção das decisões coletivas) e a sua defesa da legitimidade da revisão judicial da legislação, cabe investigar: como se decide de maneira *correta* numa democracia constitucional?

Apresentaremos essa temática a partir do debate entre Hart e Dworkin para, a partir de seus desdobramentos, respondermos a essa questão.

Ao trabalho.

## 2.2. RETOMANDO O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN

O célebre *Hart/Dworkin debate* começa com o artigo *O Modelo de Regras I<sup>3</sup>*, publicado por Ronald Dworkin, em 1967, como uma crítica às teses centrais de *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart<sup>4</sup>. A última palavra do jusfilósofo inglês sobre o debate veio na publicação póstuma que compõe o *Pós-escrito* de *O Conceito de Direito*, publicado em 1994, texto organizado e revisado por Joseph Raz e Penelope

---

3. Republicado em 1977, como o capítulo 2 de *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

4. Uma leitura importante (e que não havia feito, quando da elaboração original da tese) para o enriquecimento da visão sobre o contexto em que o *debate* se estabeleceu é a da magistral biografia de Hart, escrita por Nicola Lacey. Ver, necessariamente: LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Bulloch. Quanto a Dworkin, sua tréplica veio à luz em 2004, no ensaio *O Pós-Escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política*<sup>5</sup>.

Consideramos útil, ainda hoje, traçar a trajetória desse debate como uma espécie de *espinha dorsal* da teoria dworkiniana sobre o direito válido, apresentada na forma de um *ataque geral* (*general attack*) contra o positivismo jurídico<sup>6</sup>. Dworkin coloca a obra de Hart no

- 
5. Republicado em 2006, como o capítulo 6 de *A Justiça de Toga* (DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010). Recentemente, um novo capítulo do debate veio à luz. Em junho de 2017, Nicos Stavropoulos resgatou um *paper* apresentado por Dworkin, em setembro de 1994, em seu célebre *Colloquium in Legal, Political, and Social Philosophy*, que tomava lugar na New York University (NYU), intitulado *Hart's Posthumous Reply*. Tratava-se de uma resposta ao *Pós-Escrito de O Conceito de Direito*, publicação póstuma de Hart que, por sua vez, continha a resposta do jusfilósofo inglês aos argumentos apresentados por Dworkin na década de 60 e no início dos 70, além de considerações críticas sobre a teoria do Direito desenvolvida, pelo par norte-americano, ao longo da década de 70 e, de forma mais completa e sistemática, no *Império do Direito*, de 1986. Tanto o ensaio de Stavropoulos, com uma rica contextualização da importância do debate Hart v. Dworkin, como o próprio *paper* de Dworkin, foram publicados na *Harvard Law Review* e estão disponíveis para consulta *online*. Conferir: STAVROPOULOS, Nicos. *The Debate that Never Was*. n. 130, jun. p. 2082-2095, 2017; e DWORKIN, Ronald. *Hart's Posthumous Reply*. n. 130, jun. p. 2096-2130, 2017. Disponíveis em: <<http://www.harvardlawreview.org>>. Acesso em: 24 ago. 2018. Recentemente, publicamos, Lenio Streck e eu, artigo em que revisitamos o famoso *debate*, com o objetivo de lançarmos um olhar crítico a variações atuais do positivismo jurídico, e de propor uma reflexão a respeito da via interpretativa deixada aos positivismos. Conferir: STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos*. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>>. Acesso em: 24 ago. 2018.
  6. Luis Fernando Barzotto entende conveniente identificar o positivismo, como o faz Scarpelli, a partir da adesão a um determinado conceito de direito, que poderia ser definido assim: "um sistema de normas postas por atos de vontade de seres humanos". Este sistema é visto como um conjunto de normas dispostas hierarquicamente, na medida em que as normas são criadas em conformidade com as outras normas, sendo as primeiras vistas como "inferiores" em relação às segundas, as "superiores" (daí ser comum visualizá-lo como um sistema normativo estruturado de forma "piramidal"). De acordo com Barzotto, a "originalidade do positivismo está no seu critério de juridicidade. É este que lhe permite obter um conceito autônomo de direito. Para ressaltar essa originalidade do positivismo e do seu conceito de direito, é oportuno situá-lo face a outras duas concepções, que esquematicamente poderiam ser chamadas de 'jusnaturalismo' e 'realismo'. Para o jusnaturalismo, a nota definitiva do jurídico, ou critério de juridicidade, é a justiça: 'Não se considera lei o que não for justo' (Sto. Tomás de Aquino). Para o realismo, o que define o direito é a sua eficácia, isto é, o comportamento efetivo presente em uma dada comunidade. [...] O positivismo não adota como critério identificador 'aquilo que é justo', pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça; exclui-se também 'aquilo que é eficaz', pelo risco do arbítrio e a consequente imprevisibilidade que segue a este. Recusada a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo vai ter de elaborar seu próprio critério. Este será a 'validade'. Norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida". BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17-9. Já segundo Lenio Streck, é mais fácil definir o positivismo jurídico a partir da análise das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-

centro de suas preocupações por tê-la considerado, à época, a “mais influente versão contemporânea do positivismo”<sup>7</sup>. Grande parte da polêmica, veremos, segue viva, ainda que novos desafios tenham sido criados ao longo da discussão<sup>8</sup>.

Vamos apresentar, aqui, as linhas mestras do debate – focando, quase que exclusivamente, nos textos escritos pelos próprios Dworkin e Hart – para depois, no tópico seguinte, examinarmos sua repercussão no contexto da obra de outros autores, como Jeremy Waldron e Brian Leiter. A ideia é, com o apoio dos aportes substantivos da obra de Lenio Streck, agregarmos mais subsídios à nossa teoria da decisão jurídica.

Começemos, assim, apontando aquelas que Dworkin entende serem as três características centrais do positivismo jurídico:

(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

---

-positivistas; trata-se de uma classificação que poderia ser denominada “a contrario sensu”, ou seja, a partir do exame das posturas que o superam. Assim, os chamados “pós-positivistas” são aqueles que centram suas preocupações na solução dos casos indeterminados (casos difíceis), já não vistos como excepcionais, o que não acontece sem uma “valoração moral”, proibida pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63. Vale dizer que o centro das atenções de Streck é o chamado *positivismo normativista pós-kelseniano*, ou seja, ao positivismo que, como na obra de Hart, admite discricionariedades. O autor dá, pois, por superado o *positivismo exegetico*, que identificava lei e direito. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31. Cabe registrar, por fim, a observação de Dimitri Dimoulis, para quem seria preferível empregar o termo *antipositivismo*, ou outro que levasse em conta o conteúdo essencial das posturas que se opõem ao positivismo jurídico, ao invés de *pós-positivismo* – termo considerado não só “inexpressivo”, mas também incorreto do ponto de vista cronológico. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006, p. 50-1.

7. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XI.
8. Scott Shapiro observa que o debate Hart/Dworkin tangencia diversas controvérsias filosóficas, em algum nível, inter-relacionadas: a existência da discricionariedade judicial; o papel da Política nas decisões judiciais; a fundamentação ontológica das regras; a possibilidade da teoria jurídica descritiva; a função do Direito; a objetividade do valor; a vagueza dos conceitos; e a natureza da inferência jurídica. SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em: 02 abr. 2014. O autor sugere, neste fio, que qualquer descrição do debate deve tratá-lo como uma entidade em movimento, que vai se adaptando ao longo do tempo às pressões racionais internas e externas.

têm a ver com o seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. [...] (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver 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 [...]. e (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em alguma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa<sup>9</sup>.

Complementarmente, o autor norte-americano explica que o conceito de *poder discricionário* “só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado

- 
9. SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007, p. 27-8. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657)>. Acesso em: 02 abr. 2014. Vale dizer que há, entre o positivismo de Herbert Hart e aquele de Hans Kelsen, identidade o suficiente para que, em geral, a crítica de Dworkin atinja a ambos. A rigor, as características centrais do positivismo jurídico, mapeadas por Dworkin, encontram-se presentes no contexto da obra Kelsen, a saber: “Em (a) podemos nos lembrar que é justamente a *origem* da norma inferior, em Kelsen, que confere sua validade: é o fato de uma norma de dever-ser ser oriunda de outra norma de dever-ser de um escalão superior que a faz diferente perante as demais normas, v.g., morais e religiosas. O Direito, como bem definiu Kelsen, é, portanto, esgotado nesta pirâmide escalonada de regras, sendo que ao juiz pode ser lícito lançar mão de outra interpretação que não entre as possibilidades apresentadas pela Ciência do Direito: faz uso de sua discricionariedade (b). Isso, inevitavelmente, faz com que cheguemos à conclusão (c). A admissibilidade de direitos que não estivessem positivados em normas que passassem pelo *teste de validade* seriam confundidas com a tão combatida tese do Direito Natural”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non Datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 91. Leia-se, a propósito especificamente da discricionariedade judicial, o célebre Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, no qual Kelsen rejeita a possibilidade de se construírem decisões *corretas* a partir da teoria do direito positivo: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”<sup>10</sup>. Assim, depois de descrever dois *sentidos fracos* para o conceito de *discrição* (ora equiparada à mera exigência de alguma *capacidade de raciocínio* do tomador da decisão, ora entendida como o poder de dar a *última palavra* sobre algum assunto), Dworkin finalmente traça um *sentido forte* de *poder discricionário*, então compreendido como a ausência de limitações, ao seu titular, de quaisquer padrões (*standards*) estabelecidos por outra autoridade. Nas suas próprias palavras,

às vezes usamos “poder discricionário” não para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão<sup>11</sup>.

Cabe notar que essa distinção entre *discrição forte* e *fraca* é feita por Dworkin – e não por Hart; e que, na sua modalidade *fraca*, a *discrição* seria, a um só tempo, trivial e inescapável – uma mera decorrência do fato de que os padrões da autoridade não se aplicariam mecanicamente, o que exigiria, do tomador da decisão, o exercício de sua capacidade de julgamento<sup>12</sup>. O argumento de Dworkin leva em consideração, pois, o conceito *forte* de poder discricionário.

Passemos agora, especificamente, à obra de Hart.

O modelo de regras proposto por Herbert Hart surge em contraposição ao pensamento de autores que, como John Austin, não aceitam a noção de “regra” como elemento central do conceito de direito, preferindo reduzir o direito a um fenômeno isento de norma-

---

10. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50.

11. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52.

12. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51. Veremos depois que o filósofo americano Brian Leiter, um duro crítico de Dworkin, acredita que essa distinção (entre *discrição forte* e *fraca*) causa mais confusão que esclarecimento. LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 156.

tividade que pode ser descrito através de critérios puramente factuais, tais como “ordens coercitivas” e “hábitos de obediência”<sup>13</sup>.

As regras jurídicas não poderiam ser reduzidas a ordens coercitivas, baseadas em ameaças ou comandos, primeiro, porque nem todas as regras impõem deveres e sanções – há, também, regras que conferem poderes a particulares ou funcionários para regularem relações de caráter privado e público (por exemplo, um negócio jurídico ou um ato administrativo). Segundo, porque, no modelo das ordens coercitivas, um sujeito (o soberano) expressa o desejo de que outros façam ou abstenham-se de fazer algo – ao passo que, no Estado Moderno, as regras não só se dirigem a uma *classe* de destinatários (e não a pessoas singulares), como, também, submetem o próprio criador das leis. Terceiro, o modelo das ordens coercitivas não se aplicaria às regras originadas do *costume*, na medida em que, neste caso, não haveria uma vontade consciente na sua elaboração<sup>14</sup>.

Por outro lado, a ideia de “hábito” não explicaria dois problemas centrais: a continuidade da autoridade legislativa e a persistência do direito, quer dizer: o modelo “austiniano” não explicaria a transição da autoridade legislativa de um órgão legislativo para outro; e nem por que continuariam valendo como direito normas editadas por um órgão legislativo que não mais existe. Segundo Hart, para resolver

---

13. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-22. Para uma análise detalhada do pensamento de Hart, ver: BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Esclarece Barzotto que Hart não está interessado em criticar, especificamente, o modelo de John Austin; seu objetivo é, na verdade, combater uma concepção do fenômeno jurídico que tende a desmerecer o papel que as regras desempenham no interior do direito. Assim, “o ‘modelo austiniano’ é uma reconstrução arbitrária de teses e argumentos que se encontram apenas parcialmente em Austin”. BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97. Vale dizer que a questão da relação entre o Direito e os *hábitos de obediência* também aparece na obra de Darci Guimarães Ribeiro. O jurista gaúcho investiga o ordenamento jurídico a partir de uma perspectiva sociológica, e examina as funções do que chama de “direito objetivo”, quais sejam: uma função *psicológica*, que tem por destinatário o indivíduo, o qual passa a poder optar por cumprir voluntariamente a orientação normativa, na qual se hierarquizam os interesses sociais (trata-se do *hábito de obediência*); e uma função *judicial*, uma orientação que tem por destinatário o juiz, em sua tarefa de aplicar os valores previamente estabelecidos pela sociedade como essenciais. Ver: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: hacia una Teoría Procesal Del Derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 28-35

14. BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 98-9.

estas questões é necessário reconhecer a autoridade de “regras sociais”, gênero do qual a “regra jurídica” seria espécie. Na síntese de Barzotto,

- a) Para que exista um hábito em um determinado grupo, é suficiente uma mera convergência de comportamento. O desvio do comportamento não provoca necessariamente uma crítica. Ao contrário, onde existe uma regra social, a sua violação vem necessariamente seguida de críticas por parte dos membros do grupo.
- b) A existência da regra faz com que a crítica ao desvio seja vista geralmente como justificada ou legítima mesmo por aqueles que a violam.
- c) A existência de uma regularidade de comportamento é um fato observável comum tanto à regra quanto ao hábito. Pode-se denominá-lo “aspecto externo” da regra. Mas a regra possui uma outra dimensão: seu aspecto interno. O aspecto interno consiste em uma atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento previsto pela regra. O comportamento em questão é assumido como um padrão, e a crítica a seus desvios bem como a exigência de conformidade que se manifesta diante da ameaça do desvio são vistos como legítimos e justificados<sup>15</sup>.

Desse modo, Hart entende necessário que se trabalhe com a noção de “regra”<sup>16</sup> em qualquer tentativa de explicitação do fenômeno jurídico<sup>17</sup>. Vejamos, agora, que funções as regras cumprem e de que forma estas se articulam no interior do sistema jurídico.

O jusfilósofo inglês defendeu a tese de que o sistema jurídico é composto pela combinação de regras de tipo básico, ou *primárias*, e regras parasitárias ou *secundárias* em relação às primeiras<sup>18</sup>. As regras

---

15. BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100.

16. É importante notar que a expressão inglesa “rule” por vezes é traduzida para o português como “regra” e, por vezes, como “norma”. A edição de *O Conceito de Direito* que subsidia esta pesquisa dá preferência à expressão “norma”. Sempre que houver, portanto, uma citação direta à versão brasileira do texto, cabe atentar para esse detalhe. Até porque, no âmbito desta tese, a expressão “norma” é trabalhada como um gênero do qual são espécies não só as regras, mas também os princípios.

17. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105.

18. Scott Shapiro chama a atenção para o ponto de que Hart caracteriza o Direito como a “união” de regras primárias e secundárias justamente para enfatizar a *sistematicidade* de seu projeto. Num sistema jurídico, toda a regra primária está ligada às demais em virtude de sua validade comum, garantida pela regra de reconhecimento. Esta característica (o fato de que a existência de uma regra primária sempre poderá ter a sua validade rastreada a uma fonte comum) é o

primárias exigem que o ser humano pratique ou se abstenha de praticar certos atos, quer queira, quer não; as regras secundárias estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas regras do tipo principal, extinguir ou modificar regras antigas ou determinar de várias formas a sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. Nas suas palavras, as

normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações<sup>19</sup>.

As regras secundárias surgem a partir de deficiências do sistema que não podem ser atendidas pelas regras primárias. Hart ilustra seu argumento propondo que o leitor imagine uma comunidade primitiva onde houvesse, apenas, regras primárias: uma estrutura social sem poder legislativo, juízes ou qualquer tipo de agente público. Haveria, somente, regras de conduta de caráter costumeiro identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade. A partir das deficiências dessa estrutura é que Hart pretende demonstrar a necessidade de se introduzirem as regras secundárias. Aqui, mais uma vez, o resumo de Barzotto é particularmente claro:

A primeira deficiência do modelo de regras primárias é a incerteza. Não há como resolver as dúvidas acerca da existência de uma regra. As regras de obrigação não podem indicar o modo de identificação das regras que são consideradas regras do grupo. Para sanar esse defeito, faz-se necessário uma regra de reconhecimento que determine as características que uma regra deve apresentar para ser considerada uma regra do grupo.

Um segundo defeito é o caráter estático das regras. O único modo de alteração é a evolução gradual por meio da mudança dos hábitos do grupo. Não há como introduzir novos padrões de comportamento, pois as regras de obrigação não indicam nem a

---

que define o Direito como um *sistema*. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 91-2.

19. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105-6.

autoridade nem o procedimento que permitiriam introduzir novas regras na vida do grupo. Esse defeito é superado com a adoção de regras de alteração, que facultam a uma autoridade legislativa, a introdução de novos padrões de comportamento.

Um terceiro defeito é a ineficácia da pressão social difusa pela qual são mantidas as regras da comunidade. Como as regras de obrigação não indicam uma pessoa ou conjunto de pessoas que estejam investidas de poder para aplicar sanções àqueles que violam as regras, surgem dois graves inconvenientes: a perda de tempo por parte do grupo, que fará uma série de esforços não organizados no intuito de manter as regras, e a escalada de violência provocada pela autotutela. Essa deficiência é superada com a aceitação de regras de julgamento que confiem a um órgão a função de determinar se uma regra foi violada e a sanção para os culpados<sup>20</sup>.

O conceito central, no contexto dessas reflexões, certamente é o de *regra de reconhecimento*. Na sua aceitação e utilização é que reside, para Hart, o *fundamento* de um sistema jurídico<sup>21</sup>. É com essa ideia, também, que se introduz a noção de validade jurídica, na medida em que se conta, a partir dela, com um instrumento para identificação de uma regra social como regra *pertencente* ao sistema jurídico. Trata-se de fornecer às “autoridades públicas” os “critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação”<sup>22</sup>.

- 
20. BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.
  21. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 129. A presente pesquisa retoma o pensamento de Hart com o objetivo precípua de iluminar o horizonte de discussão que Dworkin tinha presente quando apresentou sua própria teoria do direito. Quer dizer, dei aqui clara preferência à análise que Dworkin faz do pensamento de Hart, e ao debate que se seguiu a partir daí. Quem, contudo, tiver interesse de aprofundar o caráter problemático do pensamento de Hart, deve necessariamente recorrer a Lon Fuller. Conferir a célebre crítica de Fuller às principais teses de *O Conceito de Direito* em: FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.
  22. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 130. É útil reproduzir, aqui, uma observação de Joseph Raz (um dos notórios continuadores de Hart) a respeito da tentativa de Hart de fornecer uma identidade ao sistema jurídico: “Um sistema jurídico pode ser concebido como um sistema de razões para a ação. A questão de sua identidade é saber quais razões são jurídicas, ou, mais precisamente, quais razões são as razões jurídicas de um mesmo sistema jurídico. Mencionei acima duas características necessárias para que uma razão seja uma razão jurídica: (1) As razões jurídicas são aplicadas e reconhecidas por um sistema de tribunais. (2) Os tribunais estão obrigados a aplicá-las de acordo com suas práticas e costumes. Esses aspectos explicam o caráter institucional do direito: este é

Trata-se, assim, da “forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias”, uma vez que “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”<sup>23</sup>. Hart afirmará, pois, que a normatividade é *social*, pressupondo o *reconhecimento* de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam<sup>24</sup>.

Nestes moldes, o positivismo jurídico hartiano vê o Direito como “simples questão de fato”, do que decorre a “alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico”<sup>25</sup>. Os verdadeiros fundamentos do Direito se encontram na *aceitação*, por parte da comunidade como um todo, dessa “regra-mestra fundamental”, sendo que esta *aceitação* está representada em convenções sociais<sup>26</sup>.

Dita nas palavras de Dworkin, a resposta de Hart à pergunta sobre as circunstâncias nas quais aparecem os deveres e as obrigações está em que

os deveres existem quando existem regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a

---

um sistema de razões reconhecidas e impostas por instituições aplicadoras da lei. Mais: estes aspectos constituem a pedra fundamental da doutrina de Hart sobre a identidade do direito, expressa em sua doutrina da norma de reconhecimento”. RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico*: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 283.

23. RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico*: uma introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 122.
24. ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14. De fato, é da importância ou *seriedade* da pressão social em apoio às regras que se pode concluir se estas são, ou não, vistas como criadoras de obrigações. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 112-3. Pode-se dizer, desde o ponto de vista da teoria dos sistemas, que a concepção hartiana implica uma *abertura* do sistema jurídico para o *social* (que passa, desta forma, a comunicar-se com a moral, política e a sociedade). ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23-4.
25. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46. Segundo Hart, enquanto “uma norma subordinada de um sistema possa ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato”. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 142.
26. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 42.

prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento *constitui* uma regra social e impõe um dever<sup>27</sup> (grifo do autor).

Numa palavra: em Hart, os deveres jurídicos são criados por regras sociais, que ganham normatividade por meio de seu reconhecimento social, da *seriedade* da pressão social que as apoia.

Hart acaba desenvolvendo, a partir daí, a tese do direito como *instituição social*, na qual a linguagem ocupa um papel constitutivo, na medida em que as regras gerais, os padrões de conduta e os princípios, que seriam necessariamente o “principal instrumento de controle social”<sup>28</sup>, devem ser comunicados às pessoas. Da transmissão desses conteúdos depende, naturalmente, o seu reconhecimento. Pode-se dizer que, para o jusfilósofo inglês, o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem; por isso é que ele, desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do direito<sup>29</sup>.

Hart observa que a linguagem geral em que as regras se expressam não fornecem uma orientação precisa, e que isso pode gerar incertezas com relação à sua aplicação. Os chamados “cânones de interpretação”, de igual forma, não eliminam totalmente as incertezas, uma vez que constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação. Assim, a sua visão é a de que a própria linguagem, dada a sua imprecisão, confere ao intérprete *discricionariedade*<sup>30</sup>.

Chegamos, aqui, a um ponto nuclear: para Hart, não importa qual seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento (seja o precedente ou a legislação), esses padrões, em algum momento, mostrar-se-ão imprecisos e sua aplicação será posta em dúvida. Esses padrões terão, portanto, em todo o caso, o

---

27. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 80.

28. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161.

29. ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.186-7.

30. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 164-5.

que se chama de *textura aberta*: uma característica geral da linguagem humana, que gera incerteza nas zonas limítrofes<sup>31</sup>.

Perceba-se que esta característica acaba deslocando para os intérpretes oficiais (como as autoridades judiciais), no âmbito do positivismo hartiano, um grande poder: o de, no âmbito de aplicação normativa concreto, solucionar o caso por intermédio de uma *escolha*<sup>32</sup>. Efetivamente, a *textura aberta* “significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”<sup>33</sup>.

Fixemo-nos, agora, na autoridade judicial. Interessa ressaltar que, em que pese os juízes devam aplicar regras reconhecidas pela comunidade como válidas (por exemplo, os jogos deixariam de existir se os árbitros tivessem a liberdade de aplicar ou não as regras), o fato é que, para Hart, os casos duvidosos ou difíceis devem ser resolvidos segundo a *discrissão judicial*<sup>34</sup>. Isso não quer dizer que a decisão seja necessariamente arbitrária ou irracional: quer dizer, apenas, que será o resultado de uma *escolha*<sup>35</sup>. Em outras palavras, como o juiz possui a

31. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 166.

32. A expressão “escolha” é de Hart (HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 165). Cabe observar que Lenio Streck estabelece uma útil distinção entre *decisão* e *escolha* que, esperamos, ficará mais clara ao longo desta tese. Segundo Lenio, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, seria sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Para o autor, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a *discricionariedade*. STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-8.

33. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 175.

34. KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157.

35. “Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples em aspectos ‘relevantes’. O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo, de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão se constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. [...] Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da

autoridade, conferida por uma norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode, *legitimamente*, dar a decisão que ele achar a melhor<sup>36</sup>. Seja a decisão judicial boa ou má, justa ou injusta, não importa: “no quadro do campo da discricionariedade, a [...] decisão está sempre certa”<sup>37</sup>.

Neste ponto, entra Dworkin. Seu argumento inicial é o de que não apenas as regras (*rules*) seriam juridicamente vinculativas. A atividade judicial não consistiria, apenas, da aplicação das regras e do uso, nos casos limítrofes ao menos, da discricionariedade. Haveria outros fundamentos que gozariam de “força gravitacional” suficiente para guiar uma decisão, mesmo nos casos duvidosos<sup>38</sup>.

Como observa Kaufmann, a “novidade” está em que Dworkin conhece não apenas *regras (rules)*<sup>39</sup>, mas também *princípios (general principles of law)*, os quais – em contraste com a concepção positivista – são juridicamente vinculativos para os agentes públicos<sup>40</sup>.

---

escolha entre os interesses concorrentes pela forma que melhor nos satisfaz”. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 165.

36. OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: o Direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 153.
37. KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157.
38. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XIII.
39. Na sua concepção original, Dworkin apresentou as regras como um padrão que deveria ser aplicado ao modo do “tudo ou nada”, ou seja: “dados os fatos que uma regra estipula, 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”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. É importante ter essa distinção em mente quando analisamos o debate Hart/Dworkin. Contudo, trata-se de uma formulação problemática, na medida em que o conceito de regra, um conceito jurídico, é, no vocabulário dworkiniano, um *conceito interpretativo* (incompatível, pois, com a *all or nothing fashion*). Vale dizer que a célebre distinção entre regras e princípios então apresentada por Dworkin vai, nitidamente, perdendo importância conforme sua obra vai sendo desenvolvida.
40. KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157. A expressão “novidade” merece, aqui, as aspas colocadas. Em que pese não seja errado observar que Dworkin é um dos principais defensores da importância de se incorporarem princípios morais na compreensão da natureza do Direito, isso não chega a ser uma contribuição original de sua obra. Que o digam os jusnaturalistas. De resto, a abordagem do contraste entre regras e princípios é deixada de lado pelo próprio Dworkin, enquanto estratégia metodológica de apresentação de seu pensamento, no curso de sua obra. Quer dizer: trata-se, sim, de um aspecto importante do pensamento de Dworkin – principalmente para que se compreenda o debate com Hart em sua real extensão; mas não nos parece correto tratá-lo como o centro gravitacional de sua obra, ou como uma contribuição propriamente original de sua teoria. Ver: MACEDO JUNIOR,

Veja-se que, para Dworkin, *princípio* é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>41</sup>.

Entre regras e princípios, dirá Dworkin, há uma diferença *lógica*: enquanto as primeiras se excluíam reciprocamente (dados os fatos previstos para a incidência simultânea de mais de uma regra, somente uma delas será considerada válida e aplicável), os princípios conflitantes não teriam esse mesmo efeito; o argumento do autor é o de que os princípios possuiriam uma dimensão estranha às regras, qual seja, a dimensão do *peso* ou da *importância*. Com isso, quando os princípios se inter cruzam, o que está em jogo é a força relativa de cada um, mas não a sua validade<sup>42</sup>.

Veja-se que o ponto de Dworkin não é o de que o Direito contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e, os outros, princípios: na verdade, ele rejeita a ideia de que o Direito seja um conjunto fixo de padrões de algum tipo<sup>43</sup>.

Lembremos que a justificativa do pensamento de Dworkin está na defesa dos direitos individuais que, na sua concepção, são constitutivos da democracia – notadamente, o direito à igual consideração e respeito. Interessa, pois, descobrir se o indivíduo *tem ou não* um direito (daí a expressão *having a right*<sup>44</sup>); se tiver, este deve ser asse-

---

Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia*: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-5.

41. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 90. Uma observação: a edição em português adotada nesta pesquisa traduziu, na passagem reproduzida no texto principal, a expressão *fairness* por *equidade* (“because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”); talvez aqui a palavra em português que capte melhor as intenções de Dworkin, contudo, seja *equanimidade* (uma expressão mais próxima às noções de *imparcialidade* e de *igualdade de tratamento*). A mesma observação aplica-se à expressão “justice as fairness”, que aparece no contexto da obra de John Rawls, e que é comumente traduzida por “justiça como equidade”.
42. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42. Outra observação importante é de que a juridicidade dos princípios, a sua validade, não depende de uma decisão específica em que este tenha sido empregado, mas num sentido de adequação ou propriedade (*sense of appropriateness*) que este vai confirmando ao longo do tempo. O *peso* do princípio deriva da manutenção desse sentido.
43. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119.
44. Ter um direito no sentido “forte” (*having a right*) significa que os outros não devem interferir numa determinada ação, ou seja: significa que seria errado interferir com a realização da daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer