



O QUE É O DIREITO? Uma análise a partir de Hart e Dworkin

Erika Juliana Dmitruk¹

RESUMO:

É elaborada uma investigação teórica sobre o que é o Direito, a partir das obras de Herbert Hart e Ronald Dworkin. São apresentados os postulados centrais de ambos teóricos sobre o Direito e o conseqüente debate havido entre eles.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Direito; Hart; Dworkin; Princípios; Regras; Debate Hart e Dworkin.

INTRODUÇÃO

Na linguagem corrente e entre os cidadãos, não juristas, é muito comum deparar-se com expressões do tipo: “é meu direito”...”ele tem a obrigação”...”você pode executar a dívida”...”você estava errado quando bateu no meu carro e por isso é seu dever pagar”.

Todos, juristas ou não, valem-se diariamente das regras de Direito em suas argumentações sobre o que lhe é devido, inclusive em comentários sobre o noticiário nacional.

Apesar de não se poder definir o que seja o Direito de uma maneira satisfatória a todas as correntes, uma vez que, a partir do marco teórico eleito, chega-se a um determinado conceito de Direito; uma versão que foi difundida no senso comum é a da identificação do Direito com as regras legisladas pelo Estado. Herda-se tal concepção da teoria positivista do Direito.

Não obstante este fato, Genaro Carrió sustenta que a expressão positivismo jurídico tem sido tomada para designar uma variedade muito heterogênea de atitudes, teses e concepções relacionadas com o fenômeno jurídico.² Busca, então, esclarecer o que poderia significar o positivismo jurídico.

¹Docente no Curso de Direito no Centro Universitário Filadélfia – UniFil.

Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: erikadmitruk@yahoo.com.br

²CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p.321-328.

Tendo a palavra Direito diversos significados, podendo referir-se tanto a um fenômeno social, quanto a um complexo de regras para o controle social ou princípios de justiça, percebe-se que tais concepções partem de visões diferenciadas do fenômeno jurídico. A que o identifica a um complexo de regras para o controle social, emanadas do Estado, é o chamado Positivismo Jurídico. E aquela que o tem como princípios de justiça, o Jusnaturalismo.³

O Positivismo Jurídico pode ser tomado como método, separando Direito e Moral em universos distintos.⁴ Também pode ser entendido como ideologia, defendendo o dever moral de obedecer às normas. E também designar um conjunto de teses sobre a natureza do Direito Positivo, das normas jurídicas, das fontes do Direito, das propriedades características dos ordenamentos jurídicos e da função desempenhada pelos juízes.⁵

A preocupação do Positivismo Jurídico, principalmente na figura de seu maior defensor e sistematizador, Hans Kelsen, foi a delimitação do campo de abrangência do vocábulo Direito, separando dele o seu valor.

Warat, ao analisar a purificação do Direito, realizada por Kelsen, assevera o interesse kelseniano em encontrar fundamentos que justificassem a construção de uma Ciência do Direito, o aperfeiçoamento da Dogmática Jurídica e sua ascensão ao prestígio gozado pelas Ciências Naturais. Por isso, mister se mostrou a separação de todo o conhecimento jurídico dos conhecimentos sociais, econômicos, psicológicos ou políticos. Seu objetivo consistia no aperfeiçoamento lógico-racional da metodologia jurídica. Por isso sua investigação parte da identificação dos problemas da Dogmática Jurídica, sua desconstrução e a defesa da possibilidade de um conhecimento científico dirigido ao Direito. Seu objeto por excelência é a Ciência do Direito, constituindo-se em uma epistemologia jurídica. Ademais, Kelsen não pretende confundir os enunciados da Ciência do Direito com Direito Positivo. Os postulados da Ciência do Direito não são obrigatórios, por outro lado, as regras do Direito Positivo, o são. Deseja e constrói categorias próprias da ciência do Direito, desprovidas de juízos políticos, pretensões ideológicas e outras “impurezas”. Sua finalidade primordial, segundo Warat, foi:

3Ibidem, p.324-325.

4Ibidem, p.325.

5Ibidem, p.326.

“...precisamente a elucidação metodológica do pensamento dogmático do Direito. Trata-se de uma investigação realizada dentro do campo da ciência dogmática, conforme o proceder kantiano, de tomar a ciência positiva como ponto inicial de todo empreendimento epistemológico.”⁶

Cabe frisar que a Teoria Pura do Direito é *epistemologia do conhecimento normativo*. Esta vontade e busca da purificação da Ciência do Direito é explicitada por Kelsen na Teoria Pura do Direito⁷. Todavia, mesmo propalando-se como um conhecimento epistemológico, despido de ideologia, esta própria assertiva já conota uma tomada de posição ideológica⁸. A Teoria Pura do Direito de Kelsen foi utilizada por juristas de várias gerações (e ainda hoje) como cartilha defensora do Direito como ele é. Não levaram em conta, esses leitores desavisados de Kelsen, que seu objetivo, muito coerente como espírito de seu tempo, era a aproximação da Ciência do Direito das Ciências Naturais, um objetivo epistemológico e não de dever ser.

Os pensadores ligados a esta corrente do pensamento, conforme o próprio Hart⁹, estavam essencialmente preocupados em promover a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas, todavia, legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e que satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. Comungando esta forma de analisar o fenômeno jurídico, asseveraram que o Direito Positivo é a vontade do Estado, e não há fonte mais genuína do Direito do que a lei. O ordenamento jurídico constitui um todo completo, sem lacunas ou incoerências.¹⁰ Os juízes não possuem outra função além de deduzir, a partir de regras de Direito Positivo, a solução dos casos concretos.¹¹

⁶ WARAT, L. A. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983, p.33.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2000. “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial.” (p.1). ... “ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto.” (p.1).

⁸ Ver: **Ideologia, Estado e Direito**, de Antonio Carlos Wolkmer.

⁹ HART, H.L.A. **O conceito de Direito**. Com um pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.233-234.

¹⁰ Norberto Bobbio em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico descrevendo as características de um ordenamento jurídico trata de analisá-lo sob essas três características: unidade, coerência e completude, desenvolvendo e descrevendo técnicas para solucionar casos onde esses predicados não são perfeitamente alcançados. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7.ed. Brasília: UNB, 1996.

¹¹ **Ibidem**, p.326.

Todavia, tais concepções reducionistas do fenômeno jurídico foram sendo superadas. Com a publicação da obra *O Conceito de Direito* de Herbert Hart (1961), iniciou-se uma profunda reflexão sobre as concepções até então aceitas do Direito, uma vez que Hart dará ênfase ao estudo da aplicação judicial do Direito e utilizará para entendê-lo instrumentos da filosofia analítica e contemporânea¹². No capítulo de introdução desta obra, Hart já levanta a dificuldade de se responder “O que é Direito?” e porque esta pergunta desperta tanto interesse.¹³

Apesar de ser considerado um positivista, Hart não aceitará muitos dos postulados do positivismo jurídico como teoria. Por isso, talvez, Dworkin classifique sua teoria como um positivismo refinado.

Hart defende a separação entre Direito e Moral, e, para ele, normas moralmente iníquas podem perfeitamente ser Direito. Todavia, Hart rechaça a tese de que as normas jurídicas podem ser concebidas como ordens, e também não adere a tese positivista de que as regras jurídicas são a única fonte do Direito. A sua construção teórica da regra de reconhecimento, que em cada comunidade estabelece os critérios de validade jurídica, não é Direito legislado. Apenas a aceitação efetiva do Direito legislado é que poderá revelá-la. Outrossim, defende que o ordenamento jurídico não é completo ou coerente, e em virtude disso os juízes não podem limitar-se à tarefa puramente dedutiva que a teoria positivista exige.¹⁴

Também Dworkin analisou a festejada solidez dos fundamentos do positivismo jurídico, e chegou à conclusão de que este se fundamenta nos seguintes postulados: a) o Direito de uma comunidade é um conjunto de normas especiais usadas direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar que normas podem ser identificadas e distinguidas mediante critérios especiais, por provas que não se relacionam com o seu conteúdo, mas sim com a sua origem ou a maneira pela qual foram adotadas ou evoluíram; b) o conjunto dessas normas válidas esgota o conceito de Direito, de modo que se alguma de tais normas não cobre claramente um caso, o mesmo não pode ser decidido com apoio na lei. Deve ser decidido por algum funcionário, por exemplo, um juiz, que exerça seu poder discricionário, o que significa ir além da lei, em busca de alguma outra bandeira que a guie.¹⁵

¹²HART, H. L. A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues.** Universidad de Los Andes, 1997, p.15.

¹³HART, H.L.A. **O conceito de Direito.** (Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.8-18.

¹⁴**Ibidem**, p.332-337.

¹⁵DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Madrid: Ariel Derecho. (Cap. 2).

Esses autores, Hart e Dworkin, serão utilizados no decorrer das investigações deste artigo. Procurar-se-á identificar os pontos principais de suas construções teóricas acerca do Direito, a partir das seguintes obras: “O Império do Direito”, de Ronald Dworkin, e “O Conceito de Direito”, de Herbert L. A. Hart.

Tais obras foram selecionadas em face da sua importância e também do debate havido entre seus autores sobre as idéias propostas nestas obras, bem como pelas diferentes metodologias utilizadas para a investigação do fenômeno jurídico.

Será dado início ao presente estudo com a apresentação da obra de cada um dos autores mencionados, seguida das principais divergências havidas entre eles e pelas considerações finais, na qual procurar-se-á tomar posição frente a este debate, e mesmo frente ao questionamento: Hart e Dworkin estão mesmo em desacordo?

1. O que é o Direito para Herbert Hart

1.1. A IMPORTÂNCIA DO PROBLEMA

Para responder à pergunta “O que é Direito?” Hart isolou três questões recorrentes: “como difere o Direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o Direito uma questão de regras?”¹⁶

Para muitos, a forma de definição “isto é isto” pode ser a mais satisfatória. Porém “nem sempre está disponível, nem é sempre clarificadora, quando disponível.”¹⁷ Poderíamos até utilizar este modelo e definir o Direito como regras de comportamento, mas o conceito de regras é tão incerto quanto o do próprio Direito, então não ajudaria em muito esta pesquisa.¹⁸

Poder-se-ia dar uma definição apenas conceitual do significado do vocábulo Direito, contudo nenhuma sentença suficientemente concisa, susceptível de ser reconhecida como uma definição, lhe podia responder satisfatoriamente. Não obstante isso, para Hart, é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum da resposta a todas as três questões.¹⁹

¹⁶HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. (Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

¹⁷**Ibidem**, p.19.

¹⁸**Ibidem**, p.20.

¹⁹**Ibidem**, p.21.

1. 2. O CONCEITO DE OBRIGAÇÕES

Ao aceitar a tarefa de construir uma teoria do Direito que relacione regras primárias e secundárias, Hart parte da constatação de que onde há Direito, a conduta humana torna-se, em certo sentido, não-facultativa ou obrigatória.²⁰ Mesmo sendo uma conduta humana obrigatória, não são todas as condutas humanas obrigatórias que acarretam uma sanção pelo seu descumprimento. A existência de regras que estipulem sanções no caso de descumprimento de normas é que justificam a aplicação de sanção.²¹

As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se. Poderíamos chamar esse fenômeno de eficiência da norma. A insistência na importância ou seriedade da pressão social subjacente às regras é o fator primário determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de dar origem a obrigações. As regras apoiadas por esta pressão séria são consideradas importantes, porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado. A sustentação dessas regras dá-se, então, de duas maneiras, pela pressão social e pela ação de juizes, no caso de descumprimento das normas.²²

1. 3. O DIREITO EM COMUNIDADES PRIMITIVAS: REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Hart passa a descrever o Direito em comunidades primitivas, onde, o único meio de controle social é a pressão social. Enumera alguns defeitos identificáveis na forma de estruturação do regime de regras não oficiais destas sociedades. O primeiro defeito identificado é a incerteza, seguido pelo caráter estático das regras e pela ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras.²³

Conforme as palavras de Hart, “o remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie.”²⁴

²⁰*Ibidem*, p.92.

²¹*Ibidem*, p.94-95.

²²*Ibidem*, p.98.

²³*Ibidem*, p.101-103.

²⁴*Ibidem*, p.103.

O remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução de regras de reconhecimento. Cabe à regra de reconhecimento especificar algum aspecto ou aspectos, que identificariam uma regra como pertencente ao grupo das que deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce.²⁵

O remédio para a qualidade estática do sistema primitivo é a introdução de regras de alteração. Sua forma mais simples é a que confere poder a um indivíduo ou um conjunto de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de uma certa classe dentro dele, e para eliminar as antigas. Estão estreitamente ligadas às regras de reconhecimento, porque, quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como um aspecto identificador de regras.²⁶

Para completar o regime simples de regras primárias e sanar o defeito da ineficácia de sua pressão social difusa, regras secundárias deverão estabelecer indivíduos com poder de proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, em uma ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento “consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como ‘regras de julgamento’. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir.”²⁷

1. 4. A REGRA DE RECONHECIMENTO

Nos sistemas jurídicos que se conhece hoje existe uma multiplicidade de fontes do Direito. Por ser a regra de reconhecimento aquela que indica quais são os critérios para identificar o Direito, dentre todas as regras ela se revela a mais complexa.²⁸

Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.²⁹ Ela encontra-se acima da Constituição do país, e nela se reúnem os

²⁵**Ibidem**, p.104.

²⁶**Ibidem**, p.105.

²⁷**Ibidem**, p.106.

²⁸**Ibidem**, p.112.

²⁹**Ibidem**, p.113.

critérios necessários para conferir a validade de todas as outras regras. Por isso não existe nenhuma outra regra que confira validade à regra de reconhecimento. Pode-se até afirmar que quando se passa da afirmação de que uma lei concreta é válida para a afirmação de que a regra de reconhecimento do sistema é excelente e o sistema nela baseado merece ser apoiado, passamos de uma afirmação de validade jurídica para uma afirmação de valor.³⁰ “A regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato.”³¹

Mesmo com razões distintas dos critérios contidos na regra de reconhecimento, o cidadão comum obedece ao Direito em muitos casos levando em conta as conseqüências do não cumprimento das normas, tais como as sanções dele advindas. Todavia, o simples fato das normas serem obedecidas pela maioria da população constitui prova de que um sistema jurídico existe, e de que a regra de reconhecimento vige.³²

A partir dessas considerações Hart estabelece duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico:

“Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas, e por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual “por sua conta apenas” e sejam quais forem os motivos por que o façam. (...) A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros.”³³

³⁰**Ibidem**, p.118-119.

³¹**Ibidem**, p.121.

³²**Ibidem**, p.126

³³**Ibidem**, p.128.

1. 5. A TEXTURA ABERTA DO DIREITO. SOLUÇÃO DE LACUNAS E ANTINOMIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

Boa parte da teoria do Direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva das incertezas derivadas da linguagem. Mesmo as normas gerais e supostamente claras, podem ser objeto de dúvida quando da sua aplicação aos casos concretos. As diretrizes de interpretação, embora não possam eliminar tais incertezas, podem diminuí-las. Não se pode perder de vista que tais cânones interpretativos são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios exigem interpretação. Nos casos simples, a interpretação é feita de maneira não problemática.³⁴

Existirão casos no Direito em que a textura aberta de sua linguagem poderá ocasionar interpretações conflitantes, sem que nenhuma se sobreponha à outra. Nesta zona poderá surgir uma questão para a qual não haja uma única resposta, apenas respostas.³⁵ Nestes casos o juiz fará um julgamento discricionário da matéria. Apesar disso significar que no Supremo Tribunal a decisão tomada pelos juízes seja definitiva e dotada de autoridade, não se pode esquecer que mesmo os juízes do Supremo Tribunal são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas para fornecer padrões de decisão judicial correta.³⁶

1. 6. Relação entre Direito e Moral

Hart sustenta que é impossível, através da análise da História, afirmar que o Direito tem sido influenciado pela moral ou por ideais de grupos sociais particulares. Pode-se tomar essa assertiva como verdadeira apenas para justificar que um sistema jurídico deve mostrar alguma afinidade com a moral ou com a justiça; ou se apoiar em uma convicção de que existe uma obrigação moral de obedecê-lo. Para este autor, não podemos tomar essa bandeira como critério de validade de um sistema jurídico.³⁷

Contrapondo o ponto-de-vista que exige conformidade do Direito com as leis morais, Hart define como Positivismo Jurídico a “afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito.”³⁸

³⁴*Ibidem*, p.139.

³⁵*Ibidem*, p.165.

³⁶*Ibidem*, p.159.

³⁷*Ibidem*, p.201.

³⁸*Ibidem*, p.202.

Para fundamentar seu posicionamento, Hart define o Direito como um fenômeno social que sempre apresenta dois aspectos: a) atitudes e comportamentos implicados na aceitação voluntária das regras; e b) comportamentos envolvidos na pura obediência ou aquiescência. Em virtude disto as regras podem ser obedecidas de duas formas:³⁹

“Se o sistema for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter a lealdade da maior parte, durante a maior parte do tempo, e será, conseqüentemente, estável. Pelo contrário, pode ser um sistema estreito e exclusivista, administrado segundo os interesses do grupo dominante, e pode tornar-se continuamente mais repressivo e instável, com a ameaça latente de revolta. (...) a passagem da forma simples de sociedade, em que as regras primárias de obrigação são o único meio de controle social, para o mundo jurídico com o seu poder legislativo, tribunais, funcionários e sanções, todos organizados de forma centralizada, traz ganhos apreciáveis, com um certo custo. Os ganhos são os da adaptabilidade à mudança, certeza e eficiência, e são imensos; o custo é o risco de que o poder organizado de forma centralizada bem possa ser usado para a opressão de um número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode passar.”

Em virtude dos riscos inerentes à adoção de uma forma avançada de Direito, foram formuladas algumas possibilidades de conexão entre Direito e Moral, que Hart elenca no final do seu Capítulo IX, da sua obra “O Conceito de Direito”: 1) o poder e a autoridade: para que exista o poder coercitivo é necessário que boa parte dos indivíduos submetidos às regras cooperem voluntariamente no seu cumprimento; 2) a influência da Moral sobre o Direito: o Direito dos Estados modernos já absorveu em muitos pontos a moral aceita, e, além disso, professam ideais morais mais vastos; 3) a interpretação: a textura aberta do Direito deixa um campo de ação para os juizes, que não estão obrigados à aceitação cega da lei ou a dedução mecânica de regras. Os juizes podem fazer uma escolha, que não é mecânica ou arbitrária, valendo-se de virtudes que Hart denomina “virtudes judiciais”, que são a imparcialidade e a neutralidade, ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afetados; e a preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão; 4) a crítica do Direito; 5) princípios de legalidade e justiça: cujo germe se encontra na aplicação de uma regra geral do Direito; 6) validade jurídica e resistência ao Direito.

³⁹*Ibidem*, p.217.

Contudo, como um positivista, Hart não vê vantagem em excluir as regras iníquas do sistema jurídico, que são aquelas que, apesar de preencherem todos os demais requisitos para serem tidas como Direito, não passam pelo teste da moral. Isto porque ao adotarmos o conceito mais amplo de Direito, podemos incluir nele o estudo de quaisquer aspectos específicos que as leis moralmente iníquas tenham, bem como a reação da sociedade contra elas. Hart questiona “em que medida, quando se está confrontado com pedidos moralmente iníquos, é melhor pensar ‘isto não é direito em nenhum sentido’, em vez de ‘isto é direito demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar’? Tornaria isto os homens mais esclarecidos ou prontos para desobedecer quando a moral o exige?”⁴⁰

E Hart é bem realista ao afirmar que enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do Direito como um de seus instrumentos. Todavia, devemos ter a clareza que, independente da aura de autoridade do sistema oficial, todas as suas exigências devem no fim ser sujeitas a um exame moral. Há sempre a questão de Sócrates: “...devo sujeitar-me ao castigo pela desobediência ou fugir?”⁴¹

Por tudo isso é preferível um conceito amplo de Direito, que abarque mesmo as regras moralmente iníquas, pois permite, desta forma, a distinção entre a invalidade do Direito e sua imoralidade, e habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, ao contrário de um conceito restrito de Direito.⁴²

2. O que é o Direito para Dworkin

“Vivemos na lei e segundo o Direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça. Lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o Direito (...) Somos súditos do império do Direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer.”⁴³

⁴⁰*Ibidem*, p.226.

⁴¹*Ibidem*, p.227.

⁴²*Ibidem*, p.227.

⁴³DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad. de Jefferson Luiz). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.XI.

Visando encontrar uma resposta para a pergunta “O que é o Direito?”, Dworkin enfrentará primeiramente o entendimento de filósofos do Direito que o entendem apenas como uma questão de fato.

As principais alegações deste ponto de vista são: a) o Direito é aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado; b) o Direito existe como simples fato, e o que o Direito é não depende daquilo que ele deveria ser; e c) quando advogados e juizes divergem teoricamente sobre o que é o Direito, na verdade estão divergindo sobre o que deveria ser. Divergem quanto a questões de moralidade e fidelidade.⁴⁴

Dworkin expõe que a opinião da população da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos se divide sobre o que seria aplicar justamente o Direito. A maioria acredita que os juizes devem aplicar estritamente a lei e não procurar aperfeiçoar o Direito.

Existe outra versão do ponto de vista do Direito enquanto simples questão de fato: a dos realistas e a do movimento dos estudos jurídicos críticos. Segundo estes não existe direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas apenas retórica que os juizes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe.⁴⁵

Para Dworkin, os operadores do Direito (advogados e juizes) utilizam-se da versão do Direito como questão de fato, apenas quando são solicitados a emitir (solenemente) sua opinião sobre o que é o Direito. Mas, reservadamente, esses mesmos operadores “dirão que direito é instinto, que não vem explicitado em uma doutrina, que só pode ser identificado por meio de técnicas especiais cuja descrição ideal é impressionista, quando não misteriosa.”⁴⁶

Segundo este autor, o interesse pelo Direito advém de o utilizar como instrumento para a consecução dos propósitos individuais e por ser ele a instituição social mais estruturada e reveladora.⁴⁷ Conseqüentemente, o Direito é entendido como um fenômeno social cuja prática é argumentativa.

“Os povos que dispõem de um Direito criam e discutem reivindicações sobre o que o Direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o Direito, e boa parte daquilo que seu Direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações.”⁴⁸

⁴⁴**Ibidem**, p.10.

⁴⁵**Ibidem**, p.13.

⁴⁶**Ibidem**, p.14.

⁴⁷**Ibidem**, p.15.

⁴⁸**Ibidem**, p.17.

A análise do Direito pode dar-se sob a perspectiva interna ou externa, e ambas devem mutuamente levar-se em conta numa construção de uma teoria social do Direito que faça parte da doutrina jurídica. Todavia, Dworkin partirá da perspectiva interna, e procurará através do estudo de casos concretos demonstrar como a tese do simples fato distorce a prática jurídica.

No caso Elmer ⁴⁹, em que o beneficiário em um testamento assassina o próprio avô para ficar com a herança, a discussão gira em torno da questão: Elmer tem ou não direito a herdar do avô que ele assassinou? A lei de sucessões nada dispõe sobre o assunto. Unanimemente os juizes admitiram que a lei deveria ser cumprida e não alterada em favor da justiça. Divergiam sobre qual a solução correta do caso.

O Juiz Gray, que foi voto vencido, argumentou pela interpretação literal da lei e pela concessão da herança a Elmer. O Juiz Earl, cujo relatório foi seguido, adotou a tese das intenções do legislador. Para ele a lei não pode ter nenhuma consequência que os legisladores rejeitem. Também sustentava que quando se interpreta uma lei, deve-se levar em conta seu contexto histórico, de modo a ajustá-la aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do Direito.

Ao contrário da posição dos filósofos que têm o Direito como simples questão de fato, e sustentam que quando advogados e juizes divergem teoricamente sobre o que é o Direito, na verdade estão divergindo acerca do que o Direito deveria ser, no caso Elmer a controvérsia era uma controvérsia sobre a natureza da lei, sobre aquilo que ela realmente dizia.⁵⁰

Outro caso estudado, o “*snail darter*”, concerne a questão ambiental. Pode a ameaça de extinção de uma “espécie insignificante” de peixe interromper a construção de uma barragem em fase avançada de execução?

O Juiz Burger se posicionou pela interpretação literal da lei, em um sentido diferente do Juiz Gray: se o significado acontextual das palavras do texto for claro, então o tribunal deve atribuir esse significado àquele termo, a menos que se pudesse mostrar que o legislador pretendia o resultado contrário. Já o Juiz Powel, que foi voto dissidente, argumentou que os tribunais só deveriam aceitar um resultado absurdo se encontrassem uma prova inequívoca de que fosse isso o pretendido. Ele substituiu o princípio da justiça pelo princípio do bom-senso.⁵¹

Também neste caso ambos admitiram que a corte deveria seguir a lei. Discordaram sobre o sentido da lei.

⁴⁹*Ibidem*, p.20.

⁵⁰*Ibidem*, p.25.

⁵¹*Ibidem*, p.25-28.

Esses dois casos já são capazes de ilustrar o objetivo de Dworkin em fundamentar que: não se discute que o juiz tenha que aplicar as leis, o que se discute é qual a melhor forma de aplicar as leis e construir o Direito.

2. 1. Princípios de Interpretação do Direito para Dworkin

A inteligência do Direito deve ser aquela que o vê como um complexo emaranhado de prerrogativas e deveres ditados pela legislação, e nos países da “common law”, pelos precedentes. Toda interpretação geral da prática legal deve reconhecer duas limitações institucionais: a supremacia legislativa e o precedente estrito nos casos em que tal é requisitado.⁵²

Além destes dois princípios, existe um terceiro, fundamentalmente relacionado com as outras duas restrições, que é o princípio do local da interpretação.⁵³

“Se um juiz que aceita o direito como integridade, considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer às limitações interpretativas, então ampliará o alcance do seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do Direito e assim determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente.”⁵⁴

Encontra-se aqui um conceito caro a Dworkin: a integridade. Em uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política, se transforma em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio de força coercitiva.⁵⁵

A integridade também contribui para a eficiência do Direito. Se as pessoas aceitam que são governadas, não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem. Esse processo é menos eficiente, sem dúvida, quando as

⁵²*Ibidem*, p.479.

⁵³*Ibidem*, p.480/481.

⁵⁴*Ibidem*, p.481.

⁵⁵*Ibidem*, p.228.

pessoas divergem, como é inevitável que às vezes aconteça, sobre quais princípios são, de fato, assumidos pelas regras explícitas e por outras normas de sua comunidade.⁵⁶

Já o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.⁵⁷

O Direito, entendido como integridade, permite e promove formas de conflito substanciais dentro da melhor interpretação do Direito, já que as noções de equidade, justiça e devido processo legal, costumam entrar em conflito. Por justiça, podemos entender o resultado correto do sistema político, por equidade, a estrutura correta para esse sistema e por devido processo, os procedimentos corretos para aplicação das regras que o sistema produziu.⁵⁸

A integridade pode se dar em dois níveis. O princípio adjudicativo que governa o Direito aplica a integridade inclusiva: isso exige que um juiz considere todas as virtudes componentes. Ele constrói sua teoria geral do Direito contemporâneo a fim de que reflita, tanto quanto possível, os princípios coerentes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, e de que reflita todos esses aspectos combinados na proporção adequada.⁵⁹

Hércules, o juiz concebido por Dworkin para dar efetividade a esse método interpretativo da legislação, deve revelar em suas avaliações a respeito de qual é o Direito, a melhor interpretação dos princípios de equidade da sua comunidade, que define seus próprios poderes contra os de outras instituições e autoridades, e seus princípios de devido processo legal adjetivo, que se tornam pertinentes pelo fato de os julgamentos do Direito serem predicados para a atribuição de culpa e responsabilidade, baseadas em experiências anteriores.⁶⁰

Conforme expõe Dworkin, o Direito contemporâneo e concreto, é determinado pela integridade inclusiva. Esse é o Direito do juiz, o Direito que ele é obrigado a declarar e colocar em vigor. O Direito contemporâneo, entretanto, contém um outro Direito que delimita suas ambições para si próprio; esse Direito mais puro é definido pela integridade pura. Compõe-se de princípios de justiça que oferecem a melhor justificativa do Direito contemporâneo, posto que não são vistos a partir da

⁵⁶*Ibidem*, p.229.

⁵⁷*Ibidem*, p.271.

⁵⁸*Ibidem*, p.482-483.

⁵⁹*Ibidem*, p.483.

⁶⁰*Ibidem*, p.484.

perspectiva de nenhuma instituição em particular, abstraindo, desse modo, todas as restrições de equidade e de processo que a integridade inclusiva exige.⁶¹

3. PRINCIPAIS PONTOS DO DEBATE HART – DWORKIN

3. 1. Discricionaridade

Para Hart a incerteza da linguagem jurídica é uma característica da mesma, tendo como consequência que, nos casos difíceis, há sempre mais de uma interpretação razoável. Nestes casos os juízes têm discricionariedade para escolher a interpretação que considerem mais apropriada. Diante da imprecisão da regra, o juiz não possui outra saída a não ser escolher prudentemente a opção que estime adequada. Nestas circunstâncias o juiz não está aplicando o Direito, ele está criando o Direito.⁶²

Contra Hart, Dworkin sustenta que nem todos os casos difíceis têm sua origem na incerteza da linguagem jurídica, e que é errôneo afirmar que neles os juízes têm poderes discricionários. As partes em um processo têm direito a obter uma solução de acordo com o ordenamento jurídico preexistente; este direito opera tanto nos casos fáceis como nos casos difíceis, e, portanto, os juízes não gozam de discricionariedade nem de poderes especiais de criação de normas jurídicas.⁶³

3. 2. Diferença entre princípios e regras

Dworkin reconhece na teoria hartiana um traço vulnerável do positivismo: a concepção do Direito enquanto regras reconhecidas por sua origem. Para Dworkin nem todas as normas jurídicas são regras precisas como as que consagram os tipos penais ou os requisitos processuais. Além dessas regras existem os princípios, que estabelecem diretrizes aos juízes nos casos difíceis. Tais princípios, segundo Dworkin, não podem ser identificados mediante uma regra de reconhecimento como a proposta por Hart.⁶⁴

A partir daí Dworkin conclui que nos casos difíceis os juízes não têm discricionariedade para criar Direito, porque devem aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico.

⁶¹*Ibidem*, p.485.

⁶²HART, H. L. A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues.** Universidad de Los Andes, 1997, p.34.

⁶³*Ibidem*, p.35.

⁶⁴*Ibidem*, p.37.

3. 3. A base social da regra de reconhecimento hartiana

Para Dworkin, no modelo proposto por Hart as regras sociais estão constituídas por uma conduta uniforme das pessoas que compõem o grupo social – aspecto externo -, unida à utilização destas regras como fonte de críticas e exigências – aspecto interno. Todavia, estas características não são encontradas nas regras morais, as quais são reivindicadas não importa a frequência com que são observadas. Dworkin aponta para os erros da sustentação sociológica proposta por Hart para a regra de reconhecimento. Com isso Dworkin procura demonstrar a necessidade de ampliação do conceito de Direito, incluindo nele princípios justificativos das práticas jurídicas. Com essa ampliação, a proposta de Dworkin é romper com a separação conceitual entre Direito e Moral, defendida pelos positivistas.⁶⁵

3. 4. As respostas de Hart

Hart não respondeu, até a edição de seu *Postscriptum*, de maneira sistemática às críticas de Dworkin. Em conferência proferida em 1976: “*Law in the Perspective of Philosophy*”, Hart assinala algumas dificuldades das teses dworkinianas, particularmente a ampliação do conceito de Direito para incluir princípios justificativos, bem como a afirmação da existência de uma resposta correta mesmo nos casos difíceis.⁶⁶

Em uma outra conferência, “*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, Hart divide os teóricos americanos em dois grupos: os que vêem o Direito como um conjunto de regras impostas caprichosamente em cada caso pelo juiz de turno (os que têm pesadelos!) e os que concebem o Direito como um conjunto de princípios coerentes que proporcionam uma resposta correta para todos os casos (os sonhadores!) e enquadra Dworkin, obviamente, na segunda corrente.⁶⁷

A fim de responder de forma sistemática às críticas de Dworkin, Hart trabalha em um *Postscriptum* à sua obra “O Conceito de Direito”, a qual não estava concluída no momento de sua morte, mas que foi terminada por autores próximos a ele e publicada em 1994. Neste *Postscriptum* Hart elabora três tipos de defesa: em primeiro lugar oferece razões para demonstrar que várias teses que Dworkin atribui a ele se devem à má interpretação que Dworkin fez de sua obra. Também

⁶⁵*Ibidem*, p.37-38.

⁶⁶*Ibidem*, p.38.

⁶⁷*Ibidem*, p.40.

argumenta em favor da discricionariedade judicial, e outras de suas teses. Finalmente aceita algumas críticas de Dworkin, como a distinção entre princípios e regras e sua compatibilidade com a regra de reconhecimento.⁶⁸

4. Considerações finais

Como vimos no presente artigo, as teses defendidas por Hart e Dworkin procuraram responder, através de métodos diferenciados, à pergunta “O que é o Direito?”.

Hart, com o propósito de criar uma teoria geral do Direito, utilizou-se do método descritivo. Descreveu quais os tipos de normas existentes nos Estados de Direito Moderno, quais as formas de reconhecimento das normas jurídicas, suas formas de alteração e imposição. Para isso não se valeu de nenhum ordenamento jurídico concreto. Buscou construir uma teoria que oferecesse um relato explicativo e clarificador do Direito como instituição social e política complexa.

Já Dworkin, para construir sua teoria geral do Direito, valeu-se do método indutivo, partindo do estudo de casos da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Câmara dos Lordes, da Inglaterra. Reforçou seu entendimento do Direito como atividade interpretativa, defendendo uma hermenêutica construtivista, na medida em que as Constituições dos modernos Estados de Direito já incorporaram as liberdades e direitos fundamentais; é a partir delas que os juízes devem julgar.

Com a sua teoria do Direito como integridade, Dworkin procura reconhecer no Direito uma construção da razão e, com isso, os elementos para aplicar o mesmo de forma coerente já estão todos dados.

Ao final desse trabalho, entende-se que as divergências existentes entre Hart e Dworkin são divergências pontuais. Não é possível limitá-las à utilização de diferentes métodos utilizados pelos autores para a análise do Direito, tendo em vista que derivam muito mais das teorias de fundo utilizadas por ambos.

É possível demonstrar simpatia pela construção de Dworkin, que busca uma visão integral e coerente da prática jurídica, políticas públicas e direitos individuais. Se tal reconstrução integral da prática jurídica, em concomitância com a prática política, fosse possível, certamente a resposta encontrada de tal conjugação seria a melhor, mas não a única correta. A defesa de uma única resposta correta deriva de uma devoção ao conceito de segurança jurídica e verdade válida para todos, que, pelo desenvolvimento das epistemologias, não é mais possível sustentar.

Em virtude disto, após as pesquisas do presente artigo, é possível encerrá-lo citando Dworkin: “*Quanto mais aprendemos sobre o Direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é incontestável.*”⁶⁹

⁶⁸*Ibidem.* p.44.

⁶⁹DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** (Trad. De Jefferson Ruiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.13.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7.ed. Brasília: UNB, 1996.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y language**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Los derechos en serio**. Madrid: Ariel Derecho. (Cap.2).
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. (Com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz). (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- HART, H. L. A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues**. Universidad de Los Andes, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. (Trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- WARAT, L. A. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: UFSC, 1983.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3.ed. (rev. e ampl.). São Paulo: RT, 2000.