

OS CONCEITOS DE DIREITO EM DWORKIN E HART: LIMITAÇÕES E ALCANCES DA TEORIA JUSPOSITIVISTA

*Sandra Krieger Gonçalves**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. O conceito de Direito em Ronald Dworkin; 2.2. Considerações sobre o conceito de direito em Ronald Dworkin; 2.3. O conceito de Direito em Herbert Hart; 2.4. Considerações sobre o conceito de Direito em Herbert Hart; 3. Considerações finais; 4. Bibliografia.

1. Introdução

Busca-se aqui apresentar, em linhas gerais, o conceito de Direito tal como apresentado por Ronald Dworkin em *O Império do Direito* e por Herbert Hart em *O Conceito de Direito*. Tais conceitos são utilizados pelo trabalho como ponto de partida para a realização de algumas reflexões críticas sobre a visão juspositivista do Direito.

Tenta-se, a partir da leitura reflexiva de dois teóricos do Direito, analisar especificamente o fenômeno jurídico tal como descrito pelo juspositivismo. Análise feita de um ponto de vista dialético, e que tenta ressaltar, de forma crítica, tanto as principais fragilidades quanto as principais possibilidades apresentadas pelo mencionado discurso perante a realidade do Direito.

Tal estudo não perde de vista que o conceito da categoria Direito é produto de uma construção de idéias que parte da experiência humana no grupo social e que se torna complexa na medida em que há um aprofundamento metodológico e filosófico envolvendo toda a história do pensamento jurídico.

Por conseguinte, não há consenso quanto ao conceito de Direito, pois para cada tipo de sociedade, em dado momento histórico, revela-se um aspecto representativo fundamentado em diferentes realidades sócio-culturais:

* Mestre em Ciência Jurídica, Especialista em Administração Pública, Professora efetiva da Universidade Regional de Blumenau. Advogada e Procuradora Geral da Câmara de Vereadores de Blumenau. Este artigo foi produzido a partir das atividades acadêmicas desenvolvidas no Seminário Complementar Fundamental "Razão e Direito", ministrado pelo Prof. Moacyr Motta da Silva, no Programa de Doutorado em Ciência Jurídica, do CPCJ – UNIVALI, no segundo semestre de 2004.

“Cada momento histórico puede tener, pues, algunos acuerdos o consensos sobre lo que pertenece o no pertenece al mundo jurídico, pero desde luego está claro que no ha habido ni hay un concepto absoluto, definitivo e intemporal sobre lo que es derecho” (CALERA, 1987, p. 15).

2. Desenvolvimento

2.1. O conceito de Direito em Ronald Dworkin

Afirma Dworkin ao introduzir sua obra, *O império do Direito*, haver plena ausência de consenso sobre o que seria exatamente o Direito. Tal ausência de consenso fica evidente naqueles casos judiciais complexos nos quais surgem divergências entre os juristas quanto ao que seja o direito naqueles ditos casos.

Em função da divergência acerca do que vem a ser o direito, Dworkin afirma ser inegável que há uma dimensão moral associada a um processo judicial legal (DWORKIN, 1999, p. 3-4), evidenciada pela ocorrência de decisões imparciais dos juízes, baseadas em princípios políticos, e que, em decorrência disso, a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma (DWORKIN, 1999, p. 4).

Para Dworkin, os processos judiciais suscitam, ao menos, três diferentes tipos de questões:

- a) as questões de fato (que fundamentam a teoria do direito como simples questão de fato, muito criticada pelo próprio autor ao longo do capítulo);
- b) as questões de direito; e
- c) as questões interligadas de moralidade e fidelidade.

Segundo Dworkin, a questão de fato se apresenta quando os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia; a questão de direito quando advogados e juízes divergem sobre a lei que rege um caso e quanto às formas de verificação a serem usadas; e a questão de moralidade e fidelidade quando divergem quanto ao que é certo ou errado em termos morais (1999, p. 6).

Contudo, Dworkin afirma ser a divergência quanto aos fundamentos do direito, a chamada divergência teórica, que efetivamente se verifica entre juízes e advogados. A divergência teórica sobre o Direito consiste, segundo Dworkin, em discordar quanto aos fundamentos do Direito. Ou seja, consiste na divergência dos juristas sobre a questão de se o *corpus* do Direito escrito [legislação] e as decisões judiciais [precedentes] esgotam ou não os fundamentos pertinentes do Direito (1999, p. 8).

Defendendo a idéia da existência de uma divergência teórica no Direito, Dworkin critica a visão do Direito como simples questão de fato, segundo a qual este se revela sempre como uma questão de fato histórico e nunca dependente da moralidade. De acordo com o ponto de vista do Direito como simples questão de fato, muito popular entre os leigos e também entre os filósofos do Direito, a divergência teórica no Direito é apenas uma política disfarçada, consistindo numa ilusão, já que, na verdade, os advogados e juizes estariam de acordo quanto aos fundamentos do Direito e apenas “fingiriam” divergir quanto a eles.

Desse modo, o direito, existiria apenas como um mero ser, independente daquilo que ele *deveria* ser, e todas as questões relativas a ele – Direito – poderiam ser resolvidas a partir de um exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais.

Para Dworkin, o ponto de vista do direito como simples fato, que predomina nos meios acadêmicos, é mais uma evasiva do que uma teoria (1999, p. 15).

Na tentativa de mostrar como a tese do simples fato distorce a prática jurídica, Dworkin descreve quatro casos judiciais complexos e reais, decididos por juizes ingleses e norte-americanos, evidenciando que neles se travou uma batalha sobre a questão do Direito em sua essência, e não sobre uma simples questão de fato. Os argumentos utilizados na resolução desses casos remetiam ao Direito, e não a meras questões de fato tanto nos dois primeiros casos apresentados (*Elmer* e *Snail darter*), que dependiam, para ser resolvidos, de uma melhor interpretação da verdadeira lei, a partir de um texto legislativo específico (1999, p. 29), como nos dois últimos (*McLoughlin* e *Brown*), que foram polêmicos em função da divergência entre aplicar a doutrina estrita do precedente ou a doutrina atenuada do precedente a estes casos.

Nos quatro casos apresentados por Dworkin, a divergência suscitada acerca do Direito não foi apenas superficial, incidindo em sua essência. Isto mostra que, do ponto de vista do Direito como simples questão de mero fato histórico, a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado (1999, p. 38), o que não corresponde à verdadeira problemática que se coloca no Direito.

Ao contrário do que afirma a visão do Direito como simples questão de fato, a divergência teórica não é, para Dworkin, ilusória, e as regras para o uso de “direito” não o interligam a um fato histórico puro e simplesmente.

Afirma também Dworkin ser o Direito explicado por diferentes teorias as quais denomina de “teorias semânticas do direito”. Teorias estas que divergem sobre quais critérios [para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras] os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam (1999, p. 41). As primeiras teorias semânticas apresentadas por Dworkin são as teorias positivistas, que são as mais influentes e sustentam que os critérios comuns

levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos (1999, p. 41).

Como se percebe, as teorias positivistas sustentam, na verdade, o ponto de vista do direito como simples questão de fato, afirmando que a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas (1999, p. 41).

No âmbito das teorias positivistas, Dworkin destaca as de Austin e de Hart. A concepção de Austin, segundo Dworkin, tem como idéia central ser o direito uma questão de decisões históricas tomadas por aquele que detém o poder político [o soberano] não tendo esta perdido totalmente sua força sobre a doutrina (1999, p. 42). Para Austin, o direito consiste na obediência habitual às ordens colocadas por um soberano, que não se submete a ninguém. Acerca de Hart, Dworkin afirma que sua idéia fundamental de que a verdade [validade] das proposições jurídicas depende essencialmente de padrões convencionais de reconhecimento [colocados pela norma de reconhecimento] conquistou um amplo assentimento (1999, p. 43).

Para as teorias positivistas, que vêem o Direito como simples questão de fato, não importa, portanto, a questão teórica da natureza e dos fundamentos do Direito, mas tão-somente o simples fato em que, para elas, consiste o Direito.

Dworkin aponta ainda as escolas do direito natural e do realismo jurídico como outras teorias semânticas do direito, mas afirma serem elas de bem menor expressão que as teorias positivistas. Dworkin, à medida que se contrapõe ao ponto de vista do Direito como simples questão de fato, contrapõe-se também ao positivismo jurídico que o adota, afirmando que, ao contrário do que defende o positivismo, o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser teórico, e não empírico. Mesmo diante das defesas do positivismo, que alega a tese do fingimento, segundo a qual são os juízes mentirosos que simulam divergir sobre os fundamentos do direito quando estariam, na verdade, divergindo sobre questões de fato; igualmente, na tese do caso limítrofe, Dworkin refuta o positivismo, afirmando serem as divergências do Direito referentes, na realidade, aos fundamentos apropriados do direito e afirmando não ser possível um acordo quanto ao que é o direito enquanto ainda existirem as divergências sobre estes fundamentos.

Ao estabelecer conceitos de interpretação, o autor afirma que os filósofos do Direito na prática jurídica discutem, na verdade, teorias semânticas do direito.

Tais teorias se ajustam às divergências entre juízes e advogados baseadas em fatos históricos ou sociais, sobre o texto da lei ou sobre decisões judiciais anteriores. No entanto, “em Direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica” (1999, p. 56).

Ao utilizar exemplo hipotético da cortesia entendida como o ato do plebeu tirar o chapéu diante do nobre, o autor o divide, para efeito de interpretação, em dois pressu-

postos: um de caráter de valor ou princípio, e como tal, independente da descrição das regras que estabelecem a conduta; o segundo, ao estabelecer-se um significado a tal comportamento, que deixa de ser mero ato mecânico. Se para aquela determinada sociedade, o comportamento tido como cortês, perde o significado, ele volta a ser mecânico. A partir deste exemplo, o autor demonstra como uma tradição de comportamento muda com o passar dos tempos.

A interpretação da prática social é tida, assim, como uma das formas de interpretar (1999, p. 60), sendo fundamental para a compreensão de eventuais controvérsias que podem se fazer presentes na análise de determinadas normas. Desde logo se nota que o autor acaba mostrando como uma análise do Direito não pode ser elaborada de forma totalmente compartimentalizada, e que olvide que a norma interage com outras variáveis sociais que influenciam sua aplicação.

A pertinência de tal premissa, contudo, é objeto do item subsequente, que se propõe a fazer algumas considerações críticas sobre as idéias fundamentais ora apresentadas.

2.2. Considerações sobre o conceito de Direito em Ronald Dworkin

Principia Dworkin a obra *O Império do Direito* perquirindo sobre o que seria o Direito. Desde logo, cuida de mostrar que não há um consenso quanto ao conceito de direito. Para deixar patente a ausência de consenso a respeito do que seria o Direito, opta Dworkin não por se entregar a considerações teóricas de ordem genérica, que tentassem delimitar no campo abstrato, um primeiro conceito que pudesse então ser cotejado com a realidade jurídica. Ao contrário, prefere o autor se pôr a fazer uma análise empírica de casos paradigmáticos dentro da jurisprudência inglesa e norte-americana. Tais casos, para os fins a que se propõe, são importantes não tanto pelas teses jurídicas ou precedentes que estabeleceram no âmbito do direito material anglo-saxão. Antes, são interessantes aos olhos de Dworkin pelo fato de demonstrarem que a própria prática judiciária cotidiana tem sérias dificuldades (mesmo que não abertamente confessadas) de iniciarem análises técnico-jurídicas a partir de um conceito unívoco sobre o que seria realmente o Direito.

Acaba por demonstrar Dworkin por meio dos casos arrolados no primeiro capítulo de sua obra, que os principais operadores do Direito não tem uma visão clara se o Direito se resumiria a um apanhado de normas, princípios e precedentes que deveriam ser aplicados a casos assemelhados, apenas, ou se esse mesmo processo de aplicação de normas, princípios ou precedentes deveria (ou poderia) se deixar influenciar por critérios transcendentais de justiça (muitos deles extremamente subjetivos, e peculiares a apenas alguns julgadores).

Pelas incertezas lançadas por Dworkin a respeito do alto grau de dificuldade de se delimitar quando será ou não aplicável uma norma jurídica positiva a um certo caso concreto (caso consideradas todas as sutilezas e valorações promovidas pelos órgãos julgadores) logo se observa que está a se tratar com um autor que pretende se mover além do paradigma juspositivista clássico.

É nítido o esforço do autor em deixar patente logo no primeiro capítulo de seu livro a clara dificuldade de se ter uma regra objetiva imposta pelo Estado dizendo quando a norma jurídica deve ser considerada válida e eficaz, e quando pode ter negado, para si, estas mesmas características.

É cediço que parte o juspositivismo de um esforço de delimitação e cerceamento do fenômeno jurídico. Tal cerceamento se mostra na postura clássica (e bastante criticada) de tal corrente de identificar Direito com norma legal escrita e imposta coercitivamente pelo Estado. Sem querer adentrar-se, neste momento, em considerações sobre a pertinência científica ou mesmo a viabilidade prática de tal postura, fato é que tal postura teórica apresenta sérias dificuldades de sustentação quando cotejada com a realidade do fenômeno jurídico.

A bem da verdade, Dworkin renuncia à tentativa de elaborar um conceito demasiadamente hermético de Direito. Visto que ele descarta a noção tipicamente juspositivista de Direito como um conjunto de normas positivas e aponta para a construção de um entendimento de Direito visto como amálgama de normas positivas, princípios e diretrizes políticas. Assim é que para Dworkin, o Direito traduz-se não só num complexo de normas positivadas, mas também de princípios (os quais se remetem às noções de justiça e equidade), e igualmente, de diretrizes políticas (as quais ao seu turno se remetem aos objetivos sociais que deveriam ser alcançados pela interpretação e aplicação do Direito) (CADEMARTORI, 1999, p. 55).

Nessa conceituação, pertine que se diga, tornam-se tênues as fronteiras divisórias entre Direito e Moral, visto que pela “porta” dos princípios e das diretrizes, os critérios de moral social acabam por se fundir com as normas positivadas num quadro maior, Dworkin denomina de Direito.

As dificuldades de sustentação de uma visão “fechada” ou “normativista” do Direito são mostradas por Dworkin, conforme já mencionado, nos casos difíceis (*hard cases*) descritos ao longo do primeiro capítulo de sua obra. Mostra por meio deles, talvez, sua forma de vinculação à própria tradição do Direito anglo-saxão, bem mais preocupado com o casuismo de seu sistema de precedentes, do que com a preocupação de promover grandes sistematizações e generalizações, tão comuns nos ordenamentos inseridos na tradição romano-germânica. Assim, ao leitor mais familiarizado com a construção de grandes sistematizações lógicas do Direito de origem latina, ocorreria possivelmente uma certa dúvida inicial quanto aos raciocínios que pretende afinal demonstrar o autor com a sua sucessiva descrição de cases retirados da jurisprudência inglesa e norte-americana.

A guisa de sustentação científica de seu discurso, contudo, afirma o próprio Dworkin haver um nexo de correlação interligando todos os casos (ou exemplos) que se propõe a descrever ao longo do primeiro capítulo de *O Império do Direito*. Para o autor, todos os casos por ele narrados demonstram que as dificuldades de compreensão das decisões judiciais que compõem a prática do Direito (ou melhor, dizendo, das controvérsias interpretativas que permeiam estas mesmas decisões judiciais) remetem-se a dificuldades não puramente factuais

ou mesmo de ordem moral. Pensa o autor de forma mais precisa, que o que realmente se encontra nas controvérsias interpretativas cotidianas dos órgãos julgadores é uma controvérsia sobre os fundamentos do Direito, ou, em outras palavras, uma controvérsia (na maioria das vezes não declarada, gize-se) do que seria realmente o Direito.

Tal conclusão, em verdade, é anunciada pelo autor logo no início do primeiro capítulo, bem antes do relato dos vários *cases* que o compõem. Assim é que logo no início de sua obra afirma Dworkin que:

“a maioria das pessoas tem opiniões bastante claras sobre o modo como congressistas, primeiros-ministros, presidentes ou ministros das Relações Exteriores devem desempenhar suas funções, e opiniões claras sobre o verdadeiro comportamento dessas autoridades. Mas a opinião popular sobre os juízes e o exercício da justiça é um caso lamentável de frases vazias, e aí incluo as opiniões de muitos juízes e advogados em exercício sempre que escrevem ou falam sobre aquilo que fazem” (DWORKIN, 1999, p. 15).

Tentando levantar o véu de “frases vazias” que poderia esconder a realidade do Direito, afirma Dworkin que toda a miríade de controvérsias interpretativas que permeiam a prática do Direito podem ser classificadas em três distintas questões, a saber: *a)* questões de fato (que surge quando os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia); *b)* questões de direito (quando os juízes divergem sobre a lei que rege um caso e quanto às formas de verificação a serem usadas); *c)* questões de moralidade (quando os juízes divergem sobre o que é certo ou errado em termos morais).

Das três questões acima apontadas, tem-se no presente estudo que as questões de fato são as que, caso tomado isoladamente, exerce menos influência sobre a exata delimitação teórica do fenômeno jurídico. E isto porque, nada obstante o desconhecimento (mesmo que parcial) das circunstâncias que compõem um caso concreto ser um dos principais problemas que afetam o processo diário de subsunção destes mesmos fatos concretos às normas competentes, tal problema não chega a por em cheque (ao menos em princípio) o fundamento (ou conceito) de Direito que estaria sendo usado pelo julgador.

Com efeito, o desconhecimento das circunstâncias de um caso concreto é uma das contingências da própria realidade que o Direito, de uma forma ou de outra, é obrigado a administrar. Tentando superar esse desconhecimento, mesmo que parcial dos fatos concretos, é que tenta o Direito criar, por exemplo, tanto um sistema de presunções jurídicas (absolutas ou relativas), ou mesmo um complexo e intrincado sistema probatório que ora pode ser usado para uma suficiente verdade formal (Direito Civil), ora pode ser usado para a construção de uma verdade que se pretende menos ficta, ou, ainda, mais real (Direito Penal). Claro que não se nega que o manuseio de tais regras sobre presunção ou produção probatória pode, também, revelar certas controvérsias sobre o que seria exatamente o Direito. Mas o que quer se afirmar aqui, é que o desconhecimento da reali-

dade (questões de fato) poderia ser visto como um problema contingente da realidade, e que precede a própria instituição do ordenamento jurídico. Em outras palavras, poderia ser visto como um problema não específico do Direito, mas da própria realidade social que precede à criação do Direito.

No entender deste estudo, a menor relevância das questões de fato, outrossim, poderia ser revelada no caso em que mesmo quando surgem controvérsias entre os intérpretes sobre circunstâncias fáticas, as dificuldades sobre correta sua superação surgem apenas quando conexas com juízos de valor sobre a “justiça” (questões de moralidade) ou “legalidade” (questões de direito) da solução proposta.

Na verdade, seria pertinente perguntar (já que ora se comenta a visão de um autor que se pretende crítico do juspositivismo) em que medida as próprias questões de legalidade não se reportariam, também a um problema de moralidade. Ou seja, seria de se perguntar se as próprias controvérsias sobre a aplicação de uma ou outra lei a um dado caso concreto não surgiriam do compromisso ideológico que – em maior ou menor grau – teria o intérprete com a produção de uma sentença judicial que se pretenda justa segundo os padrões de comportamento em vigor no meio em que se encontra inserido.²

Claro que reportar a origem das controvérsias de ordem legal a controvérsias morais jamais será uma atividade isenta de críticas, ainda mais se se considerar que ainda vigora um discurso, no âmbito do Direito, fortemente marcado pelo axioma juspositivista de possibilidade de distinção (tanto teórica quanto prática) entre os fenômenos do Direito e da moral. Por força deste discurso hegemônico, sabido que mesmo quando pretendesse o julgador (consciente ou inconscientemente) produzir uma decisão “justa”, deveria, em homenagem ao paradigma positivista, lançar mão de um raciocínio estritamente técnico tendo em vista “acobertar” suas reais motivações.

Considerações realistas à parte, o que se pretende é inquirir em que medida tanto as controvérsias de fato quanto as próprias controvérsias de Direito não podem ter sua origem reportada, em última instância, a controvérsias de moralidade. Porque afinal, se há um fenômeno do qual o Direito tem sérias dificuldades de se distanciar (em que pese os gigantescos esforços juspositivistas) é justamente a moral. Tanto o Direito quanto a moral são sistemas de regras de conduta. Ambos se pretendem inspirados em critérios de verdadeira justiça. Ambos se propõem a garantir um mínimo de paz social e bem comum. Como se não bastasse, sua superação conceitual é um trabalho historicamente recente, tendo menos de duzentos anos de discussão teórica, e que se pretendem opor a

² Note-se, contudo, que embora Dworkin se esforce por demonstrar, por meio dos *hard cases* por ele descritos, que uma decisão judicial pode usar o mesmo ordenamento para dar ao mesmo caso soluções totalmente diferentes, isso não significa que seja o pensador norte-americano um típico realista. Isso porque a variedade de decisões se deve não só a aspectos ideológicos e psicológicos presentes na mente do julgador. Reflete tal variedade a existência no âmbito do Direito de diferentes princípios e diretrizes políticas que, assim como as normas positivas, não podem ser ignoradas pelo aplicador do Direito, posto que deste também fazem parte.

milênios de cultura, onde Direito e Moral eram sistemas que se não se confundiam totalmente, ao menos guardavam grande proximidade.

Por conseguinte, quando os teóricos do Direito criticam ou defendem a delimitação e conceituação do Direito em moldura estreita, estão pensando principalmente (de forma aberta ou velada) na possibilidade de separação do Direito da moral. Ora, dessa discussão não se escapa Dworkin. Propõe-se a enfrentá-la, inclusive, por meio da sua obra *O Império do Direito*. Nesta, visto que seu primeiro capítulo lança mão de farto casuísmo para mostrar o quanto as considerações sobre moralidade afetam a prática do Direito, ainda que acobertadas por conceitos jurídicos extremamente maleáveis e dotados de uma quase insuportável plasticidade, como seria, *verbi gratia*, o de *mens legis* (espírito da lei).

Mas a trama que mantém relativamente unida os vários fenômenos que compõem a realidade do Direito é um pouco mais complexa. Engano seria imaginar que, face às considerações tecidas acima, pode o Direito ser visto pura e simplesmente com um amontoado de enunciados normativos cuja aplicabilidade a casos concretos é sempre flexionada por orientação morais e inconfessadas. A realidade do Direito (partindo do pressuposto necessário de que o discurso teórico seja capaz de captar os elementos essenciais da realidade), é dotada de algumas nuances que dificultam ao extremo enunciados simplificados (posto que abarca também, conforme visto, a existência de princípios e de diretrizes políticas que pemeiam o processo de interpretação).

Sobre os princípios existentes no Direito, impõe-se a seguinte consideração: enunciados de extrema generalidade (e que nisso se afastam das normas, cuja generalidade costuma ser bem menos ampla), os princípios fornecem ao Direito as mais variadas diretrizes e servem de fundamento para a tutela dos mais variados interesses. Ou seja, os princípios são enunciados com alto grau de generalidade e que tutelam uma miríade de bens jurídicos. Tendo isso em mente, não é difícil imaginar que conflitos de interesses, quando levados ao universo jurídico em busca de uma solução, ocasionarão não raro, um conflito entre princípios que possam estar tutelando esses mesmos interesses.

Embora a proposta teórica de Dworkin para a superação desses mesmos conflitos seja uma técnica de ponderação que, pela vastíssima gama de argumentos e interesses que traz em seu bojo, dificulte a sua própria conceituação em termos mais rigorosos e objetivos (afinal, é sabido que quanto mais um fenômeno conceitua, menos na verdade ele conceitua), resta aí assente a percepção de que o Direito não se confunde única e exclusivamente com um apanhado de normas escritas. Abrange ele também um conjunto intrincado e potencialmente conflituoso de princípios das mais variadas espécies. Ou seja, da leitura de Dworkin, tem-se a informação de que o processo de interpretação jurídica não é conduzido apenas pela compreensão de uma norma, mas também de todos os princípios aplicáveis a um determinado conflito. Informação aparentemente óbvia para os operadores do Direito, mas que, acaso considerada em termos puramente objetivos chega a por em cheque um postulado de hermenêutica clássico do Direito moderno, segundo a qual a interpretação de uma norma tem sempre como ponto de partida uma certa

norma jurídica positivada. Ora, com Dworkin tal afirmação, se não totalmente afastada, é matizada a ponto de agravar a já adiantada problemática em que a teoria juspositivista é colocada pelo pensador norte-americano.

À vista de tantas problematizações, poderá um já cansado leitor se perguntar: o que é afinal o Direito moderno para um Dworkin que se mostra crítico feroz de axiomas tão caros ao juspositivismo?

Tal pergunta, bom que se diga, não é de fácil resposta. Isso porque o próprio Dworkin reconhece a imensidão de variáveis que compõem o fenômeno do Direito. Variáveis em constante mutação e cujas relações de conexão que existem entre elas também estão em constante transformação. Diante de uma realidade tão multifacetada e mutável, claríssima a dificuldade de construção de conceitos *a priori* que pretendam abarcar a “essência” do fenômeno jurídico. Assim é que Dworkin, se não renuncia explicitamente a tentativa de dar uma resposta objetiva que demarque de forma relativamente precisa a extensão do fenômeno jurídico (tentativa tão ao gosto do positivismo), limita-se a afirmar que o Direito é uma questão de “atitude”.

Mais precisamente, afirma Dworkin que em face de já citada realidade mutável do Direito, sua definição depende do exame dos procedimentos e visões adotadas pelos operadores jurídicos. Ou conforme palavras do próprio autor:

“O Direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em Tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar qual são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”.

E prossegue:

“O caráter contestador do Direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juizes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito

interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.” (DWORKIN, 1999, p. 492).

Pela definição extremamente plástica dada pelo autor ao final de sua obra, e acima reproduzida, nota-se que há certa atitude de renúncia do autor em elaborar um conceito demasiadamente fechado a respeito do Direito. Aceitando a já referida complexidade da realidade jurídica como um dado a ela intrínseco, limita-se Dworkin a elaborar uma noção quase formal a respeito do Direito, posto que esvaziado de princípios e valores específicos, considerados como fundamentais para o sistema jurídico.³

Tal atitude teórica poderia se argumentar seria talvez tributária de um perfil algo progressista (que nos Estados Unidos da América é denominado de liberal) compartilhado por Dworkin. Este, a exemplo de muitos pensadores sociais influenciados pela matriz teórica socialista, parece aceitar a conflituosidade, e o dinamismo como elementos típicos de toda realidade social (e por extensão do Direito por ela criado).

Ocorre que a aceitação de tal realidade, conforme já parcialmente adiantado antes, exige uma certa resignação do pensador – inclusive do teórico do Direito – ao fato de que toda realidade nunca se deixa aprisionar por muito tempo por considerações abstratas. Estas, ainda que necessárias à construção de uma compreensão mínima da realidade, deve estar sujeita a revisões críticas e contínuas. Esta visão, que poderia ser perfeitamente denominada de dialética, reconhece que um inter-relacionamento dos mais complexos e instáveis entre a mutável realidade (jurídica, por exemplo) e a teoria que pretende descrevê-la.

A postura dialética acima descrita (a qual Dworkin aparentemente se deixa influenciar) embora em primeiro plano razoável, é também uma das mais difíceis de ser plenamente abraçada por aqueles que estudam a realidade social, posto que pressupõe a renúncia da busca de conceitos teóricos atemporais. Pressupõe também a renúncia a uma metafísica (aqui entendida como um discurso que tenta superar o dinamismo da realidade) que nos presenteie com as “essências” dos fenômenos sociais (como seria o Direito). Renúncia das mais difíceis, bom que se diga, pois tal metafísica, por mais falaciosa e anticientífica que possa parecer, é que também dá aos homens a confortável idéia de que a realidade social – e, portanto, também o Direito – é um fenômeno ordenável, e perfeitamente inteligível.

³ Embora no momento em que Dworkin afirme que o Direito é também composto por uma “atitude fraterna”, denota o autor uma certa influência das mais antigas, que desde o período greco-romano já se preocupava em identificar o Direito como um instrumento para a concretização de ideais superiores de Justiça.

2.3. O conceito de Direito em Herbert Hart

Propõe-se neste tópico, a fornecer o conceito de Direito no pensamento de Herbert Hart, tal como colocado na sua mais conhecida obra, *O Conceito de Direito*. Assim, tem o presente um caráter muito mais propedêutico do que crítico. Serve para delinear um determinado conceito de Direito, que, em segundo momento, será criticado e contextualizado, bem como cotejado com o conceito de Direito de Dworkin, igualmente exposto e analisado em momentos anteriores do presente trabalho.

Iniciando um tópico que se dedique a expor o conceito de Direito em Herbert Hart, mais do que oportuno trazer à colação as considerações tecidas pelo referido autor, logo no início da obra *O Conceito de Direito*:

“Em vários pontos deste livro encontrará o leitor discussões de casos de fronteira em que os teorizadores do direito sentiram dúvidas na aplicação da expressão ‘direito’ ou ‘sistema jurídico’, mas a resolução sugerida para tais dúvidas, que também encontrará aqui, constitui apenas uma preocupação secundária do livro. Porque o seu objetivo não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; é antes de fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura definitiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais. O conjunto de elementos identificados no decurso da discussão crítica dos próximos três capítulos e descritos em detalhe nos capítulos V e VI servem este propósito através de formas que são demonstradas no resto do livro. É por esta razão que são tratados como os elementos centrais no conceito de direito e de primeira importância na sua dilucidação.” (HART, 1994, p. 22).

No momento em que Hart fala da intenção de construir uma “análise melhorada da estrutura definitiva de um sistema jurídico interno”, vê-se logo que trabalha em horizonte diferente daquele que se movia Dworkin. Enquanto este, conforme visto, mostra-se um tanto cético diante da possibilidade de se construir um conceito de Direito que seja simultaneamente atemporal (‘definitivo’, diria Hart) e fechado, o autor de “O Conceito de Direito” denota ter um projeto mais ambicioso (e que se poderia também chamar de juspositivista). Pretende este, dando continuidade à tradição neopositivista que teve em Hans Kelsen seu maior expoente no século XX, fornecer um conceito objetivo de Direito que consiga separar de forma clara a realidade do fenômeno jurídico das demais instâncias sociais, tais como a moral e a política.

Tentando construir um conceito de Direito que o afaste de outros fenômenos supostamente a ele estranhos, sustenta Hart que:

“A especulação sobre a natureza do direito tem uma história longa e complicada; todavia, vista em retrospectiva, é nítido que se centrou quase continuamente sobre alguns pontos principais (...)”, que são, segundo o referido autor, “aspectos do direito que parecem naturalmente dar origem a incompreensões em todos os tempos, de tal forma que a confusão e uma necessidade conseqüente de maior clareza acerca deles podem coexistir mesmo nos homens avisados, dotados de firme maestria e conhecimento do direito.” (HART, 1994, p. 18).

Em outro trecho, o mesmo autor aponta três das principais questões que, sempre surgindo juntas, aparecem com se fossem um autêntico pedido de *definição* do Direito: 1ª) Como difere o direito de ordens baseadas em ameaças? 2ª) Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? 3ª) O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?

Portanto, perseguir um conceito de Direito equivale exatamente a procurar resposta para questões como essas, referidas por Hart.

Uma controvérsia sobre o significado que tem ou que se deve dar a certa palavra não representa – uma vez identificada como tal – nenhum obstáculo para o progresso das idéias. Mesmo que as partes não se ponham de acordo, elas podem entender-se perfeitamente se procurarem distinguir cuidadosamente o significado diferente que pretendem dar à palavra mencionada e se procurarem traduzir da linguagem da sua corrente, para a linguagem da outra corrente, o significado daquilo a que se referem.

Desse modo, ao se pretender reportar ao Direito como lei, o melhor é que se use a locução *Direito* Positivo; ao referir-se ao Direito como Revelação, convém expressar *Direito* Natural de origem Divina; desejando mencionar o Direito no seu sentido de factualidade, o ideal é que se use a locução *Direito* Subjetivo; e assim por diante.

E oportuno afirmar que Direito, portanto, é tudo o que defende cada uma das correntes da Filosofia do Direito, mas, certamente se lhe aplicam outras infundáveis definições, tantas quantas forem as perspectivas a partir das quais se lhe examine. Por isso, não se pode rechaçar – ou apoiar – completamente nenhuma posição. Em tais circunstâncias, até mesmo a atitude cética deve ser encarada como um modo de “conceituar” o Direito. Todavia (e este é um dos diferenciais entre os dois autores ora comentados), enquanto Dworkin aceita quase como natural e intrínseco a coexistência dentro do Direito de diferentes visões a seu respeito, Hart tenta superar essas contraditórias visões jurídicas e erguer um conceito capaz de revelar a verdadeira natureza do Direito.

Antes de se adentrar especificamente no conceito de Direito para Hart, há que se ressaltar com mais vagar uma das notas diferenciais que caracteriza o referido autor, quando comparado com a maioria da doutrina tradicional existente dentro da Teoria do

Direito. Para esta, há a tendência de se considerar, em regra, o Direito como um conjunto de regras, as quais por sua vez, seriam caracterizadas não só por uma positividade colocada pelo Estado, mas também pelo fato de que sua não observância pelos seus destinatários, seria a causa de uma sanção coercitivamente imposta pelo Estado, exercida contra a pessoa do infrator.

Para Hart, tal conceituação de norma jurídica, ainda que pertinente, é, todavia incompleta, na medida em que abrange apenas certos tipos de normas jurídicas, em regra identificadas com as penais, havendo, contudo, ao lado destas, uma infinidade de regras que, apesar de postas pelo Estado, não podem ser descritas como representantes de uma relação em que sua inobservância tenha como efeito uma sanção, exemplificando este gênero de regra com as normas que ditam a confecção de contratos privados, ou que regulam o exercício de julgar ou legislar (exemplos de poderes, respectivamente, privados e públicos), as quais, segundo palavras do próprio autor, não podem ser concebidas como ordens baseadas em ameaças, sob pena de absurdo (HART, 1994, p. 89).

Deste modo, para Hart, o Direito seria em verdade um complexo de normas primárias e secundárias, sendo que, enquanto aquelas poderiam ser consideradas como as que ditam obrigações para seus destinatários, as últimas (as secundárias) seriam as que regulam a criação e aplicação das regras da primeira espécie.

Cumprido neste ponto, citar as palavras do próprio autor sobre a diferenciação entre regras primárias e secundárias:

“Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação.

(omissis)

As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.” (HART, 1994, p. 91)

Mais especificamente, quanto às regras secundárias, reconhece Hart que estas podem ser de três diferentes espécies, denominadas de regras de reconhecimento, de al-

teração e julgamento. São criadas para fazer frentes a três problemas básicos com que tende a defrontar-se o ordenamento jurídico, na busca de sua operacionalização, a saber: incerteza, estaticidade e cumprimento das regras que compõem o sistema jurídico.

Com efeito, tende o operador jurídico amiúde a deparar-se com o problema de saber se, perante o ordenamento, uma regra pode ou não ser considerada válida (problema da incerteza da norma), só podendo superar tal problema se o próprio sistema lhe fornecer um conjunto de regras que indiquem se a norma objeto de seu estudo está ou não inserida no ordenamento (regras de reconhecimento).

Face à mudança social continuada, poderá também ocorrer que as normas que compõem o ordenamento tornem-se gradualmente obsoletas (problema da estaticidade da norma), sendo para tanto necessária a existência de outras normas que regulamentem a atualização das normas que compõem o sistema (regras de alteração).

Por fim, as regras do tipo primário não serão sempre cumpridas espontaneamente, existindo assim a necessidade de se operacionalizar o julgamento de seus infratores, sob pena de que as regras acabem por se tornar totalmente indiferentes aos membros da coletividade (problema da eficácia da norma), sendo necessário, portanto um conjunto de regras que regulem o exercício da atividade jurisdicional do Estado (regras de julgamento).

Observa-se que para Hart, o Direito ou segundo as palavras do próprio autor, sua essência é um conjunto de normas primárias (regras de obrigação) e secundárias (regras que garantem o funcionamento do sistema onde estão inseridas as primárias), podendo as regras da segunda espécie ser subdivididas em regras de reconhecimento, alteração e julgamento.

A guisa de encerramento do presente tópico, oportuno afirmar que não é só a supracitada diferenciação das normas jurídicas entre primárias e secundárias que marca a singularidade do pensamento de Hart. Para o autor inglês, mesmo o conceito de regras primárias não se subsume de forma perfeita na noção clássica de norma jurídica, vista como aquela regra cuja não observância tem como conseqüência uma sanção por parte do Estado.

Para Hart, há uma nítida distinção entre alguém que “é obrigado a fazer algo” e alguém que “tem a obrigação de fazer algo”, uma vez que na primeira hipótese, que poderia ser usada para exemplificar até mesmo um assalto, há ameaça de sanção, mas não há uma regra reconhecida pelo sujeito, que fundamentalmente sua conduta, sendo esta explicada apenas com base nas crenças e motivos do sujeito obrigado; já na segunda hipótese (ter a obrigação de fazer algo), as crenças e motivos do sujeito são irrelevantes, pois, mesmo que inexistentes, a obrigação do sujeito de comportar-se de determinada forma permanece, residindo a diferenciação das duas situações no fato de que na última há uma regra previamente existente, que direciona (ou tenta direcionar) a conduta do sujeito. Em

contrapartida, além de poder haver, como demonstrado, sanção sem regra, é possível reconhecer que também há regras sem sanção, pois, muito embora se cumpram muitas regras por coerção física (fenômeno bastante encontrado no Direito, que Hart denomina de aspecto externo das normas), também há regras cumpridas apenas por pelos sentimentos de medo, vergonha ou culpa (aspecto interno das regras).

2.4. Considerações sobre o conceito de Direito em Herbert Hart

Conforme se observou logo no início do item anterior, e que se destinou basicamente a tecer breves noções sobre o conceito de Direito em Hart, move-se este autor em um horizonte teórico nitidamente distinto daquele vislumbrado por Dworkin. Isso porque este último se esforça por mostrar a falácia de um conceito unívoco e fechado de Direito, passível de ser adotado por todos os operadores e teóricos do Direito.

Hart, ao contrário, fiel à tradição neopositivista, esforça-se, a exemplo de Kelsen, por construir um conceito de Direito passível de ser inteligível a qualquer operador ou teórico do Direito. Busca também Hart por meio da sua descrição do Direito (também aqui fiel à tradição juspositivista), elaborar um conceito de Direito que permita diferenciá-lo (e distanciá-lo, na medida do possível), de outras esferas da cultura como a política, a ideologia, a religião, e, principalmente, a moral.

Essa tentada purificação conceitual do fenômeno do Direito tentada por Hart (mas abandonada por Dworkin), mesmo tendo ajudado a consagrar Hans Kelsen como um dos grandes teóricos do Direito, não é imune a críticas das mais violentas.

Como primeiro ponto, já adiantado anteriormente, há o questionamento sobre a validade de se tentar construir um conceito que se pretenda “definitivo” sobre uma realidade tão multifacetada, dinâmica e contraditória como o Direito.

Já afirmado anteriormente que nada obstante a necessidade humana de ordenamento e explicação da realidade social (que é também é feita, entre tantas teorias, pela Teoria do Direito), toda explicação ou descrição da realidade social deveria aceitar o fato de que trabalha com um objeto em permanente mutação (a menos dentro de uma perspectiva científica já chamada anteriormente de dialética).

Hart, ao desenvolver o Direito como um sistema de normas primárias e secundárias, tenta articular uma descrição atemporal do fenômeno jurídico, passível de ser aplicado a qualquer tempo ou qualquer sociedade, ao menos em suas linhas mais gerais. Ora, tal pretensão é altamente questionável de um ponto de vista dialético do Direito, razão pela qual destoa significativamente da abordagem mais “aberta” desenvolvida por Dworkin a respeito do fenômeno jurídico.

A título de esclarecimento, seria de observar que a pretensão de Hart de construir um conteúdo atemporal do Direito não se reduz a elaboração de um conceito formal

deste, como seria o já referido conceito de Direito como um complexo de normas primárias e secundárias, que, todavia, evita descrever o possível conteúdo destas mesmas normas (até porque tal descrição se afastaria da disciplina “Teoria Geral do Direito”, e adentraria no estudo do Direito positivo de cada Estado ou época).

Indo um pouco mais além na sua tentativa de construir um conceito definitivo de Direito, afirma Hart poder ser observado, dentro de qualquer Direito determinado, um fenómeno que chama de “conteúdo mínimo do Direito Natural”.

Reconhece Hart que ao contrário das normas que descrevem a natureza (e que, portanto tem carácter descritivo), as normas jurídicas tem carácter prescritivo. Ora, por não poderem ter as normas que se pretendem de Direito Natural um carácter prescritivo (posto que lhes falta uma instância que lhes dê um carácter coativo) a crítica juspositivista sequer considerou o Direito Natural com um conjunto de normas jurídicas propriamente ditas (posto que lhes falta a nota essencial da imperatividade).

Tentando retrucar a crítica tradicional do juspositivismo, afirma Hart que o Direito Natural pertence a uma visão de mundo mais antiga, em que o conhecimento, tanto do homem como da natureza, deveria estar voltado não só para a descoberta da regularidade das leis, mas principalmente para finalidade das coisas (sendo que cada coisa tende sempre para um estado ótimo, que é seu bem ou seu fim).

Mas o fim do homem pode ser por este conhecido por meio do uso do raciocínio, que não o afasta da natureza, mas o torna consciente dela. Assim, seu fim natural nada mais é do que garantir sua própria conservação, pelo maior tempo possível.

Para Hart, desta premissa básica, podem ser tirados cinco truísmos (generalizações óbvias) que são: 1º) vulnerabilidade humana em face de ataques (impõe a abstenção do uso da violência para garantir sua sobrevivência (ou ao menos para facilitá-la); 2º) igualdade aproximada (por maiores que sejam as diferenças que haja entre os indivíduos, a sobrevivência mesmo dos mais dotados é mais bem garantida por um sistema de abstenções mútuas); 3º) altruísmo limitado (ainda que homens concordem com respeitar a sobrevivência dos semelhantes, tendo em vista garantir a sua, vai sempre haver um nível de violência que limitará o truísmo pactuado); 4º) recursos limitados (o que torna necessária a instituição de um modelo de propriedade para melhor distribuir os recursos na coletividade; 5º) compreensão e força de vontade limitadas (benefícios da agregação não são óbvias para todos, sendo, portanto necessário um sistema coercitivo que garanta a observância por todos).

Para Hart, os supracitados truísmos revelariam, para o autor, um núcleo comum tanto ao Direito quanto à Moral, também denominado, conforme visto antes, como um núcleo mínimo de Direito Natural.

A descrição de um suposto conteúdo mínimo do Direito Natural, afirmada por

um juspositivista como Hart, serve também para ilustrar como rico é o pensamento dos clássicos. Rico a ponto de tornar altamente questionáveis as apressadas categorizações e etiquetamentos de que aqueles são vítimas.

Logo no início do presente estudo, afirmou-se que os limites e as possibilidades (poder-se-ia dizer, as pertinências e as impertinências) da fala juspositivista seriam analisadas tendo como ponto de partido o conceito de Direito desenvolvidos por dois grandes teóricos do Direito, e que são Herbert Hart e Ronald Dworkin. Deu-se então a impressão, talvez, de que o discurso juspositivista teria seus alcances pensados a partir de um dos seus maiores expoentes (Hart) e suas eventuais falácias analisadas sob a ótica de um de seus críticos (Dworkin). Ora, pelas considerações tecidas acima, vê-se como pode ser falaciosa uma apressada identificação do pensamento de Hart com a teoria clássica do Direito Positivo.

Em que pese tal autor poder ser inquestionavelmente pensado como positivista, no momento em que se esforça por usar sua teoria de regras primárias e secundárias como técnica de identificação e delimitação do Direito Positivo, há uma nuance que deve ser lembrada. Fala-se da tentativa de construir um conteúdo material mínimo para qualquer espécie de Direito positivo, que demonstra uma influência (reconhecida pelo próprio Hart) da antiga Teoria do Direito Natural. Surge, aqui, da parte de Hart, uma tentativa de inserção dentro do Direito Positivo de um conteúdo moral mínimo. Ou, em outras palavras, surge aqui uma tentativa de inserção de um vínculo mínimo de ligação entre Direito e Moral.

Ao abraçar o conteúdo mínimo do Direito Natural, parece reconhecer Hart que a prática do Direito não é infensa a considerações oriundas da moral social (*topos* onde habitam as regras ditas de “Direito Natural”). Neste ponto, então, um autor que se pensou tão distinto de Dworkin, mostra-se curiosamente bastante próximo dele.

Poder-se-ia aventar, talvez, que, apesar das diferenças de perspectivas entre ambos os autores sobre o que seria exatamente o Direito, tanto Hart como Dworkin movem-se dentro da cultura jurídica anglo-saxônica, na qual a prática dos Tribunais, de forma mais ou menos clara, sempre afirmou o compromisso do Direito com o respeito à moral social da comunidade. Tal valor, embora não seja estranho à tradição jurídica latina, tem que dentro desta última conviver com um tradicionalmente valorizado princípio de autoridade e hierarquia, que demonstrava a criação do Direito como um típico ato de império, e que enquanto tal deveria ser acatado pelos súditos, gostassem dele ou não. Lança-se aqui, obviamente, tão somente uma hipótese, carente de comprovação (que caso tentasse ser feita no presente trabalho, implicaria uma mudança parcial do objeto da presente pesquisa).⁴

⁴ Carente de investigação até em razão do fato de que o primeiro pensador do Direito a afirmar incisivamente a distinção entre Direito e Moral foi justamente um juiz inglês, John Austin, e que exerceria por isso mesmo não pouca influência sobre o pensamento de Hans Kelsen.

Semelhanças à parte, de todo o modo busca Hart, tanto pela descrição das regras primárias e secundárias, como pela afirmação de um conteúdo mínimo do Direito Natural, a elaboração daquilo que já foi chamado acima de um conceito restrito, objetivo e previamente delimitado do que seria o Direito. Numa sanha conceitual um tanto imobilizadora, coloca o Direito longe da visão talvez excessivamente plástica abraçada por Dworkin a respeito do fenômeno jurídico.

Adentra-se aqui, então, num segundo elemento que diferencia o conceito de Direito de Dworkin do de Hart. O primeiro, já se viu anteriormente, reconhece a multiplicidade de visões sobre o que é Direito como uma qualidade intrínseca deste. Não se propõe a afastar tal multiplicidade com qualquer recurso teórico. Tenta, quando muito, por meio do discurso, tomar consciência das razões e implicações práticas desta multiplicidade de visões sobre o fenômeno jurídico. Mas não tenta Dworkin propor uma técnica fundamental que consiga separar o universo jurídico do universo moral, por entender que a realidade dos *hard cases* demonstra o quão falaciosa e infrutífera pode ser tal pretensão.

Já com Hart, tenta o raciocínio vislumbrar uma distinção entre Direito e a Moral. Destarte, poder-se-ia aventar que mesmo quando Hart reconhece um elo mínimo de ligação entre Direito e Moral, a possibilidade de separação conceitual de ambos os fenômenos permanece para ele. Aqui, então, há um corte com Dworkin, para quem toda discussão interpretativa sobre uma determinada norma positiva, estará sempre eivada de considerações (inconscientes ou conscientes) de natureza moral de difícil identificação, posto que invariavelmente travestidas de considerações de caráter estritamente técnico.

Claro que poderia ser feita, então, a Hart, a mesma crítica que se faz sobre a premissa juspositivista de possibilidade de separação, pelo menos conceitual, entre Direito e moral. Uma postura teórica que por motivações ideológicas se nega a aceitar a realidade jurídica não só como dotada de enorme complexidade, como também de contornos bastante vagos.

Contorno demasiadamente vago é o que tenta afastar Hart do conceito do Direito. Poder-se-ia afirmar que sua preocupação em definir a natureza “definitiva” do Direito leva-o, não contente em apenas fixar critérios formais de identificação da norma jurídica (tão ao gosto do juspositivismo), a ousar lançar mão de argumentos tirados de escola jusfilosófica que nada obstante sua venerável antiguidade sofre nada modernidade as mais contundentes críticas.

Mas evita-se no presente trabalho aprofundar-se na extensão da influência do jusnaturalismo sobre o pensamento de Herbert Hart. Isso porque, afinal, tal autor foi selecionado, como grande clássico que é, para demonstrar a possibilidade ou a pertinência da visão juspositivista na modernidade.

Tal possibilidade foi já parcialmente demonstrada no item anterior. Este, embora de caráter eminentemente descritivo, teve por escopo demonstrar que, malgrado as críticas

que poderiam lhe ser lançadas (e que nos seus aspectos fundamentais também foram lançadas pelo presente trabalho), o pensamento de Hart consubstancia, ainda assim, um discurso razoável, coerente, e dotado de fundamentação sobre o conceito de Direito.

Coerente e dotado de fundamentação segundo os padrões juspositivistas, não se nega. Ao se analisar o pensamento de Hart, observa-se estar diante de um discurso dotado do mesmo tipo de lógica convincente que habita o pensamento de outro juspositivista célebre, que é Hans Kelsen. Na obra de ambos verifica-se a realização de um raciocínio hercúleo que demonstre a diferenciação que existe entre o fenômeno do Direito e o fenômeno da moral, da política etc. Para ambos os autores o Direito é sim um sistema dotado de critérios reguladores próprios que permitem apontar (independentemente de valorações morais ou de justiça, por exemplo), quando uma certa norma jurídica é ou não válida.

Em outras palavras: como todo juspositivista, se esforça Hart por dotar o direito de um critério de identificação das normas jurídicas que seja específico do Direito. Ao mesmo tempo, tenta separar ao máximo possível o fenômeno da validade de uma norma do de sua eficácia. Tal afirmação, bom que se diga, pode ser vista como a pedra de toque do discurso do positivismo jurídico. Também responde pela afirmação que o maior número de críticas catalisa dos opositores do positivismo.

Já se disse mais de uma vez ao longo do presente trabalho que o juspositivismo se esforça por afastar o Direito da interferência da Moral, bem como de outras esferas da cultura. Fala-se, agora, sobre a forma específica como tenta o positivismo jurídico realizar tal trabalho de separação. Conforme visto acima, tenta-o por meio da qualificação do Direito como um sistema dotado de regras absolutamente próprias e autônomas capazes de definir quando uma regra jurídica é ou não válida.

Desde logo, afirmam os positivistas que a validade de uma norma (ou seja, a sua própria qualificação como juridicamente regular) em nada se confunde com sua eficácia (ou seja, sua capacidade de gerar efeitos concretos). Assim, mesmo que uma norma venha eventualmente a ter sua eficácia afastada pela sociedade em nome de valorações morais, tal fato não será capaz de tirar a validade desta mesma norma jurídica. Tal idéia foi visto no interior, é fundamentada por Hart por meio da afirmação de que o Direito compõe-se, também, de normas ditas secundárias. Estas afirmando quando uma norma é ou não válida, informam também quando ela deve ou não ser acatada por seus destinatários.⁵

Claro que os próprios positivistas foram por vezes obrigados a se dobrar perante a realidade dos fatos. Ou seja, mesmo o mais ferrenho dos positivistas (como seria

⁵ A título de ilustração, tendo em vista demonstrar a tentativa de dotar o Direito de critérios reguladores próprios, e emancipados de influências de outros campos, como o da Moral, oportuno lembrar a própria postura de Kelsen diante de tal problemática. Afirma este que a validade de uma norma jurídica nada tem a ver com elucubrações ligadas a critérios morais. Antes, afirma de forma inflexível que a validade de uma norma jurídica encontra-se na sua consonância e harmonia com a norma jurídica que lhe seja imediatamente superior.

Kelsen) se veria obrigado a reconhecer que, caso uma norma tenha sua eficácia negada de forma sistemática e por um tempo realmente longo, difícil será aceitar que esta norma poderia ainda assim ser considerada como juridicamente válida.

Mas em que pese tal reconhecimento forçado de uma realidade, o esforço conceitual juspositivista por separar validade e eficácia permanece. E isso sempre com vistas a permitir que a validade da norma jurídica possa ser auferida independente da idéia que dela possa fazer a sociedade (ou mesmo apenas alguns de seus segmentos). Tem-se aí colocada, de uma forma talvez um pouco mais técnica, a tão propalada afirmação positivista de distinção do Direito de outras criações culturais, como a moral, a filosofia etc.

Tal distinção, vista antes, é afirmada por Hart, que reconhece em suas regras de reconhecimento (uma das espécies de regras secundárias) uma forma eficaz de delimitar a extensão do fenômeno jurídico. Quanto a Dworkin, também objeto de estudo do presente trabalho, cumpre lembrar que nega a possibilidade de uso de uma regra objetiva que separe o fenômeno do Direito da Moral. Relembre-se que, para autor, o fenômeno do Direito funde-se de forma complexa e dinâmica com o da Moral.

No pensamento de Dworkin, as regras de Direito, por mais claras que possam parecer, sempre estarão sujeitas a controvérsias hermenêuticas. Nestas, determinadas posições tentarão direcionar (de forma mais ou menos consciente) a interpretação da norma para resultados tidos como moralmente aceitáveis aos olhos dos operadores jurídicos. Ora, tomando tal descrição como um retrato verdadeiro da realidade jurídica, tem-se como totalmente falaciosa o axioma juspositivista de possibilidade de separação entre Direito e Moral.

Chega-se, então, a uma contradição aparente insolúvel entre as visões de Dworkin e Hart a respeito do fenômeno do Direito. Tal contradição, bom que se diga, remete-se de forma direta ao próprio conflito teórico que existe entre a visão positivista do Direito e seus críticos. Compreendê-la, por conseguinte, é uma forma de compreender a própria raiz das controvérsias fundamentais que existem entre Hart e Dworkin a respeito do conceito do Direito. Demandando considerações críticas que abarquem o próprio processo histórico de gênese do juspositivismo, serão estas desenvolvidas em item próprio, colocado imediatamente a seguir.

3. Considerações finais

A tentativa juspositivista de conceituação do Direito como um sistema absolutamente independente de outras esferas da cultura tem motivado uma série de questionamentos. Considera-se (não sem certa razão) que a autonomia do Direito em relação à Moral possibilitaria a legitimação de regimes políticos descompromissados com a satisfação das necessidades sociais (ou ainda que estes mesmos regimes pudessem tomar, por meio do uso do ordenamento jurídico, atitudes frontalmente contrárias às mais elementares considerações de ordem humanitária).

Ainda para os críticos do positivismo, uma tentativa de construção de um conceito “purificado” de Direito, importa falsificação da realidade que é por essência preche de valores.

Mas referida crítica, que poderia parecer irretorquível (e que, em suas linhas mais gerais, é a mesma veiculada por Dworkin ao conceito juspositivista de Direito), deve ser cotejada com certa contextualização histórica do próprio pensamento juspositivista.

Relativamente certo que o juspositivismo seria o discurso legitimador dos interesses burgueses em fase de institucionalização no âmbito do Direito. Ao afirmar de forma incisiva que o único Direito válido é aquele criado e imposto coativamente pelo Estado, serviu para consolidar na esfera jurídica os interesses da burguesia em ascensão e desprestigiar, por conseguinte, os interesses sociais das elites pré-modernas, como seriam a nobreza e o clero.

Assim, a implementação tanto da visão juspositivista, quanto do Direito Positivo moderno, esteve vinculada à satisfação de interesses sociais e econômicos bastante específicos (ou burgueses), que, todavia, não puderam ser implementados e consolidados sem enfrentar resistências da antiga ordem que era gradualmente desmantelada.

Mas ordens jurídicas baseadas por vezes em preceitos quase milenares (como aquelas que davam sustentação ao poder do clero e da nobreza) não poderiam ser substituídas de um jato por um novo ordenamento estatal burguês, apenas pelo fato deste se proclamar com o único Direito válido. Aquelas ordens fundavam sua autoridade em costumes, tradições e interesses que sempre tinham existindo ao largo de uma autoridade estatal (até porque esta era quase que inexistente no período feudal).

Para poder se impor tanto na prática quanto na teoria sobre todos os ordenamentos medievais, o Estado liberal lançou mão da doutrina juspositivista, a afirmar sempre de forma incisiva que o único Direito válido é aquele imposto pelo Estado. Tal validade, ao seu turno, não residiria em nenhum critério valorativo (como a Moral) ou puramente factual (relações de força observadas na sociedade), mas pura e simplesmente na vontade do Estado Soberano.⁶

Como se vê, a implementação do Direito Positivo (bem como do juspositivismo que o legitima) foi flexionado em grande parte por interesses econômicos da burguesia. Ocorre que tal fato, por si só, não tem o condão de invalidar a pertinência do discurso positivista. Isso porque é necessário lembrar que a ordem social que o juspositivismo social ajudou a superar era uma realidade pré-moderna dominada pela mais violenta barbárie, posto que dominada pelo fanatismo da Igreja e pela arrogância da nobreza.

⁶ Até porque tanto as representações morais como as relações sociais estavam ainda excessivamente contaminadas por elementos feudais que eram contrários à institucionalização da ordem burguesa.

Não se diz que o mundo moderno que o positivismo jurídico seja um mundo de perfeição. Ao contrário, talvez como bem advertia Marx, a entronização da ordem burguesa acabe por inaugurar uma época de formidável exploração e alienação humana em níveis nunca antes imaginados. Ainda assim, tentando-se exercitar um método dialético, há que se reconhecer que a mesma modernidade alienante é também contraditória e instável, visto que em certa medida fornece aos indivíduos valores (e mesmos normas) que o colocam num patamar de proteção inexistente nos período medieval.

Seguindo o mesmo raciocínio, o próprio positivismo jurídico não pode ser visto tão somente como uma técnica de dominação burguesa sobre a sociedade. Uma análise que tenta captar as várias nuances do juspositivismo acaba por demonstrar que pode ele consolidar valores que sejam benéficos não apenas para os extratos econômicos dominantes, mas também para segmentos sociais tradicionalmente vítimas da exploração econômica.

Não se olvide que o Direito, como bem adverte Dworkin, é construído a partir de posturas assumidas pelos seus agentes no dia-a-dia. Transmuta-se o Direito, portanto, conforme se transmutam as atitudes de seus operadores.

A postura juspositivista, viu-se pela explanação a respeito do conceito de Direito em Hart, esforça-se por isolar o fenômeno jurídico do fenômeno moral. Embora aparentemente ousado (e para alguns até “imoral”) tal projeto já foi explicado do ponto de vista histórico. Pretendia, basicamente, emancipar o novo Direito positivo imposto pela burguesia do complexo de valores herdados do período medieval, e que há séculos serviam para legitimar uma ordem fundada na dominação tanto do clero quanto da nobreza.

Consideração histórica à parte tem-se, todavia que em função do caráter dinâmico do Direito afirmado antes, a postura juspositivista pode guardar, mesmo na modernidade, uma nova finalidade.

Embora não mais influenciada por valores que legitimavam a dominação do homem pela nobreza feudal, a modernidade, ainda assim, se revela um terreno prospero para a proliferação e articulação dos mais variados interesses. Sem querer fazer coro às teorias pós-modernistas, fato é que a atualidade é testemunha de uma falência dos grandes ideais, das grandes ideologias, em suma, dos grandes relatos explicativos da realidade. Isso porque impera hoje uma fragmentação cada vez mais pronunciada dos interesses humanos, divididos hodiernamente não apenas a partir de questões de classe social. Conflitos ambientais, raciais, sexuais etc. são topos para a articulação de visões de mundo restritas a certos segmentos sociais.

Numa sociedade como a moderna, cujas crenças e valores tendem a ficar cada vez mais fragmentados, necessário, ainda assim, que haja um topos de articulação de consensos desvinculado de valorações morais (até porque as próprias valorações morais tendem a ficar cada vez mais restritas a certos grupos ou segmentos). Tal *topos* de articulação, pensa-se, pode ser encontrado no Direito Positivo.

Lembre-se que a norma positiva moderna, grosso modo, é editada por um órgão de Estado composto de detentores de mandato popular (o Parlamento). Pode-se afirmar ser a norma positiva criada dentro de um órgão colegiado para o qual todos os segmentos sociais estão habilitados a mandar representante. Nota-se, então, que mesmo problematizado por inúmeras questões, o Poder Legislativo, criador das normas positivas, continua sendo o foro por excelência de articulação dos inúmeros e conflituosos interesses que permeiam a sociedade moderna. A representação popular de que goza o habilita a editar normas jurídicas cuja legitimidade deve se fundar exatamente no consenso social que está sempre articulando, e não na eventual (e sempre discutível) consonância com idéias de moral ou justiça (na modernidade cada vez mais específicas a certos grupos, conforme visto antes).

Pela explanação acima, nota-se que em uma modernidade cada vez mais fragmentada em distintas visões de mundo e ideologias, a existência de um ordenamento cujo fundamento de validade esteja desvinculado de considerações morais, adquire nova pertinência tanto teórica quanto política.

Embora se reconheça que na prática o Direito sempre acabe se deixando influenciar por certas idéias “morais” (Dworkin) é razoável, ainda assim, articular um conceito juspositivista de Direito (como o de Hart), e que seja visto na modernidade como um espaço de explicitação de consensos fundamentais. Consensos este que, na medida em que protegidos por uma positivação jurídica, poderão garantir a coesão de uma sociedade cada vez mais fragmentada e individualista como a moderna.

4. Bibliografia

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALERA, Nicolas Maria Lopéz. *Introducción al estudio del Derecho*. 2 ed., corregida y aumentada. Granada: Gráficas Del Sur, 1987.

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

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.