

ENTREVISTA DE HERBERT HART¹ E RONALD DWORKIN²

A

DAVID DINIZ DANTAS

Em primeiro lugar gostaria de agradecer aos céus a possibilidade dessa entrevista, verdadeiramente sobrenatural. Esse diálogo será importante para esclarecermos alguns pontos acerca da construção teórica que os senhores, professor Hart e professor Dworkin, realizaram ao longo de suas obras.

¹ **Herbert Lionel Adolphus Hart** nasceu em Yorkshire (Inglaterra), no dia 18 de julho de 1907. Foi professor na Universidade de Oxford de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) entre 1952 e 1969. De 1956 a 1957 atuou como professor visitante em Harvard. Foi professor de Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin (a quem chama *the noblest dreamer*). Faleceu em 26 de dezembro de 1992, com 85 anos de idade. Seu livro “O Conceito de Direito” pode ser considerado um dos principais estudos jurídicos publicados no Século XX, tendo inspirado uma grande corrente de autores (v.g., Neil MacCormick). Outras obras de importância: “A Causalidade no Direito” (“*Causation in the Law*” – em colaboração com A.M. Honoré em 1959) e “Direito, Liberdade e Moral” (“*Law, Liberty and Morality*” – 1963). Os demais livros de Hart são coleções de artigos, tais como “Pena e Responsabilidade” (“*Punishment and Responsibility*” – ano de 1968), “Ensaio sobre Bentham” (“*Essays on Bentham*” – ano de 1982) e “Ensaio de Direito e Filosofia” (“*Essays in Jurisprudence and Philosophy*” – ano de 1983). A obra de H.L.A. Hart é reconhecida como o apogeu do positivismo jurídico. Procurou aliar o estilo de filosofia corrente em Oxford (anos 50), a análise da linguagem ordinária, ao campo do direito. Entre 1950 até sua morte, Hart foi considerado como o mais importante representante contemporâneo da tradição da teoria jurídica analítica inglesa, e um dos porta-vozes mais influentes do liberalismo inglês.

² **Ronald Dworkin**, nasceu em 1931 em Worcester/Massachusetts, Estados Unidos. Estudou direito na Universidade de Oxford e Harvard, tendo sido aluno de Herbert Hart. É o principal expoente contemporâneo da filosofia do direito. Substituiu Hart como Titular de Teoria do Direito (*Jurisprudence*) em Oxford, que ele combina com compromissos acadêmicos nos Estados Unidos. O debate Hart-Dworkin, acerca da existência de resposta certa nos casos difíceis, pode ser considerada a mais importante discussão filosófica no campo jurídico, na segunda metade do Século XX. Suas principais obras: “Levando os Direitos a Sério” (“*Taking Rights Seriously*” – 1977), “Uma Questão de Princípio” (“*Matter of Principle*” – 1985), “O Império do Direito” (“*Law’s Empire*” – 1986), “Domínio da Vida” (“*Life’s Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*” – 1993), “A Lei da Liberdade” (“*Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*” – 1996) e “Virtude Soberana” (*Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*” – 2000). As fontes de Dworkin estão na tradição política e jurídica do liberalismo norte-americano (v.g., Rawls), e seu trabalho é uma luta contra tendências conservadoras que surgiram nos Estados Unidos a partir da década de 70. A contribuição de Dworkin, especialmente no campo do direito, está no desenvolvimento de uma teoria consistente que permite ao juiz interpretar suas próprias responsabilidades morais e éticas a partir dos princípios da igualdade e da liberdade.

Começarei a partir da minha própria experiência pessoal, operando o direito na condição de juiz. É comum, nós os juízes, estarmos diante dos chamados “casos difíceis”. Esses casos caracterizam-se por apresentar problemas diversos ao intérprete: contradição normativa, lacunas, formulação vaga, ambígua, ou mesmo conflito entre a solução que advém da exegese do “texto da norma” e os valores contidos na “idéia de Justiça” plasmada na sociedade. A questão que se apresenta é **a relação – se é que existe – entre “caso difícil”, “discrição judicial” e “princípios” em algum de seus sentidos**. É nesse quadro que colocarei algumas indagações aos meus dois estimados mestres.

DavidDD: Parece-me que uma compreensão do que é o Direito é fundamental para o entendimento dos princípios, das regras e da existência ou não de discricionariedade para resolver casos difíceis. Por isso inicio a entrevista perguntando a cada um dos professores: O que é o Direito ?

Hart: *O direito é um fenômeno basicamente comunicacional. Assim, o conhecimento jurídico consiste, em sua maior parte, na compreensão da linguagem pela qual o direito se expressa, identificando as condições de verdade das proposições jurídicas.*

Dworkin: *O direito é um fenômeno basicamente interpretativo. Assim, conhecer o direito é poder oferecer a melhor versão dos dados pré-interpretativos (v.g., leis, precedentes jurisprudenciais) da prática jurídica; ou seja, desenvolver uma teoria de moralidade política que confira sentido a essa prática social.*

DavidDD: Gostaria de ser um pouco menos abstrato: a grande questão é saber que direitos as pessoas, os cidadãos possuem. Os positivistas

entendem que os cidadãos têm os direitos que a lei lhes outorga. Rejeitam, pois, que os cidadãos possuam outros direitos. Mesmo em nível dos princípios constitucionais – e, portanto, não nas leis *stricto sensu* – a discussão é séria quanto ao alcance dos direitos vinculados a esses princípios. Por exemplo: a liberdade de imprensa inclui a possibilidade de revelação de aspectos privados de um agente público ?

Hart: *Desenvolvo o conceito de regra de reconhecimento exatamente para propiciar a definição dos direitos particulares que os cidadãos possuem. É verdade que essa regra tem por destinatários os agentes do governo (government) incumbidos de aplicar e executar as leis. Na prática, os juízes e as autoridades administrativas, terão a última palavra sobre quais são os direitos individuais protegidos, uma vez que a força, por meio da polícia, fará o que as autoridades e os tribunais determinarem... e como já afirmei, esses direitos deverão constar – explícita ou implicitamente – em textos de lei ou precedentes jurisprudenciais.*

Dworkin: *Sem dúvida que o **government** tem por função reconhecer os direitos dos cidadãos. É evidente também que juízes não aplicam **direito natural**; ponto de partida serão textos (Constituição, leis, precedentes, etc.). Muitas vezes os direitos das pessoas não serão reconhecidos pelo Estado, que preferirá dar outra solução na edição de uma lei, ou no julgamento de um caso. Mas isto não significa que o ponto de vista das autoridades aplicadoras de lei seja necessariamente correto. Quem quer que pense assim está obrigado a acreditar que homens e mulheres só possuem os direitos morais sancionados pelo Governo, o que significa que não possuem direitos morais de espécie alguma... Ou seja, os direitos seriam apenas aqueles concedidos pelo Estado por meio de leis; se essas leis contrariam direitos morais, na ótica positivista, deveriam sobreviver*

até que outras leis fossem editadas. De minha parte, compreendo que os cidadãos possuem direitos fundamentais com base em princípios explícitos ou implícitos. Mesmo com a possibilidade de se criar princípio novo. Os princípios tornam-se as fontes primaciais e estruturantes do direito.

Hart: *Mas, prof. Dworkin, esses princípios fazem parte da regra de reconhecimento. É o convencionalismo – como o senhor denomina a corrente de pensamento a qual eu me filio – incorporando a “não convenção” principiológica. Dessa forma, a crítica ao positivismo não procede, uma vez que grande parte das Constituições Ocidentais – e isso o senhor não pode negar – abraçou os princípios e valores definidos a partir do iluminismo, com os temperos sociais do **welfare state**. Por isso podemos falar em convenção (a Constituição) contendo a não convenção (os princípios).*

Dworkin: *Só que a Constituição no mundo atual mistura questões jurídicas e questões morais, fazendo com que a validade de uma lei ou ato normativo (constitucionalidade) dependa da resposta de problemas morais complexos, como o problema de saber se uma lei respeita a dignidade da pessoa humana, ou a igualdade inerente a todos os homens. A regra de reconhecimento – exatamente pelo método hermenêutico que o texto pede – não nos esclarece quais são os direitos morais que os cidadãos têm. Novos princípios poderão surgir pela tarefa de reconstrução do direito institucional. Velhos princípios poderão receber novas exegeses, dando vida a direitos adormecidos.*

Hart: *Essa compreensão benévola do prof. Dworkin, no tocante aos direitos, pode levar a grande insegurança; e, tenho certeza que o professor há de convir que segurança e certeza são um dos objetivos mais*

*importantes do direito. Se juízes podem criar direitos com base em princípios morais, o que nos garante que não teremos uma verdadeira tirania de juízes. Se tivermos bons juízes, teremos bons direitos; se tivermos maus juízes, teremos (ou não teremos) maus direitos. Será que um regime democrático pode conviver com esse grau de incerteza; será que vale a pena a comunidade política correr esse risco. A regra de reconhecimento – em meu modelo – vem conferir estabilidade ao sistema, vinculando os direitos e deveres dos cidadãos não ao pesadelo realista do arbítrio judicial, ou – que resulta no mesmo efeito deletério – nobre sonho de meu ex-aluno Dworkin, que acredita que uma mitologia jurídica – encarnada na figura de Hércules – dará conta de encontrar direitos morais certos para solucionar casos difíceis. Em meu sentir, apenas nos **hard cases** o juiz pode agir com discricionariedade (não com arbitrariedade, evidentemente). Prefiro um juiz escrevendo no quadro branco da discricionariedade, do que um juiz que – a título de criatividade – invoque direitos naturais ressuscitados com o nome de direitos morais.*

Dworkin : *Devo falar alguma coisa sobre os direitos morais, se meu prof. Hart me permite. A instituição de direitos para além e mesmo contra o Governo não é um presente de Deus ou resultado de algum direito natural. É uma prática histórica, vinculada à tradição de nossa nação, e seria uma prática frívola e enganosa caso não servisse a algum objetivo. Quem quer que procure levar os direitos a sério deve ter alguma idéia do que seja esse objetivo. Deve aceitar pelo menos duas idéias importantes: a primeira é o princípio da dignidade humana, que pressupõe a existência de maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com o seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto. A segunda idéia é a da igualdade política. Esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade têm direito à*

mesma consideração e ao mesmo respeito que o Governo concede a seus membros mais poderosos. Dessa forma, se os direitos têm sentido (e me parece que a dignidade da pessoa humana e a igualdade política são sentidos compartilhados do direito), a violação de um direito moral (direitos fundamentais ou direitos humanos) deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos morais baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que devemos tratar as violações da dignidade e da igualdade como verdadeiros crimes morais especiais. As pessoas devem ter reconhecidos esses direitos pelos legisladores; se estes permanecem inertes, cabem aos juízes determinar que os detentores do poder (político ou econômico) observem esses direitos.

DavidDD: Parece-me que tanto o prof. Hart, quanto o prof. Dworkin entendem que o direito é uma prática social. Seria esse um elemento comum, que aproximaria a teoria que os senhores desenvolvem ?

Hart: *De minha parte entendo que embora o direito seja uma prática social – com argumentos e juízos realizados pelos operadores –, compreendo que deve-se separar aquilo que é direito daquilo que deveria ser direito. Dessa forma, na prática jurídica não existem elementos de valoração, como um valor de caráter objetivo e universal, em direção ao qual os aplicadores do direito tomariam rumo.*

Dworkin: *Parece-me claro que o prof. Hart concorda que o direito é uma prática social constituída por meio de normas (uma vez que o professor criticou Austin exatamente por ele entender que as regras jurídicas simplesmente refletiam hábitos sociais). Contudo, em lugar de compreender as regras como corolários lógicos/literais de textos de lei,*

insisto em que o que caracteriza as práticas sociais jurídicas é uma atitude interpretativa/hermenêutica. Essa atitude exige que se proceda à interpretação dos textos/precedentes atribuindo-se um propósito, ou um valor a essa prática baseadas em normas, de maneira a tornar inteligível o material pré-interpretivo (leis, precedentes). Esse valor, na verdade, é um conjunto de valores que são consagrados nas Constituições como “direitos fundamentais da pessoa humana”.

DavidDD: Bom, seja como for essa prática social, pelo que eu entendi, ela é formada por argumentos. Esses argumentos se expressam naquilo que os senhores chamam “proposições jurídicas”, que são juízos, afirmações que nós fazemos para dizer que alguém tem ou não tem um direito, ou que determinada atividade é justa ou injusta, lícita ou ilícita (por exemplo, “João tem direito a ser indenizado pelo Metrô/SP, em virtude de acidente no fechamento de portas do trem”, ou “é lícita a autorização para prática de eutanásia ativa ou passiva”). Com perguntas desse tipo, que envolvem não apenas respostas fáceis de se encontrar nos textos/precedentes, mas também questões de ética/moral, o que seria então uma “proposição jurídica” verdadeira ?

Hart: *Uma proposição jurídica é verdadeira se existem determinados fatos sociais (uma regra de reconhecimento e determinadas convenções semânticas) que a fazem verdadeira. Por exemplo, se a proposição faz parte de um texto de lei ou precedente jurisprudencial, ou for consequência lógica de algum desses textos. Convenções semânticas nós encontramos quando os juristas estão todos de acordo na maneira como interpretam um determinado texto. Não há dúvida para eles no tocante à significação, o sentido do texto. E esse sentido se expressa em um proposição jurídica. Essa proposição será verdadeira, nesse caso. Do contrário, se não*

encontrarmos nem convenções interpretativas, nem textos que dêem suporte, a proposição será falsa.

Dworkin: *As proposições jurídicas são juízos, enunciados. Estou de acordo, nesse passo, com o meu professor Hart. Entretanto, compreendo que esses enunciados jurídicos são teóricos-dependentes. Acho que o professor Hart cai em uma “armadilha semântica” ao procurar o valor verdade dos enunciados jurídicos em alguma convenção externa à própria prática argumentativa que caracteriza o caminhar do direito. Não tem sentido confrontar esses enunciados com alguma “realidade jurídica”. A verdade ou a falsidade das proposições jurídicas também não depende da existência de uma “convenção social”; depende, isso sim, de um enunciado estar em conformidade com uma teoria que trate dos princípios de moralidade que sustentam a história institucional do direito em questão.*

DavidDD: Professor Hart quando o senhor condiciona o valor verdade das proposições a determinados “fatos sociais” (regras de reconhecimento e convenções semânticas), o senhor se aproxima bastante do positivismo que sempre vinculou conceito de direito a alguma espécie de faticidade. O que são esses “fatos”, professor ? São os mesmos fatos que tornam verdadeiras as afirmações que os cientistas fazem no âmbito das ciências da natureza ?

Hart: *É interessante a sua pergunta, mas procurarei ser breve na resposta. Evidentemente que nós não fazemos “experiências jurídicas” em um laboratório para podermos dizer, por exemplo, que a proposição jurídica “o Metrô deve indenizar Pedro” é verdadeira. Essa proposição será verdadeira, de acordo com o que eu sustentei no meu “O Conceito de Direito” caso uma regra de reconhecimento identifique uma regra de conduta no sistema jurídico (poderá ser não apenas uma clara previsão de*

responsabilidade em um texto legal, como pode ser uma firme jurisprudência dos Tribunais Superiores) que preveja uma situação idêntica ou inegavelmente semelhante à de Pedro. Os textos de onde extraio esta “regras de conduta” são extremamente factuais. Eu posso pegar o livro que tem os precedentes, o texto de lei publicado nos Diários Oficiais, colocá-los embaixo dos braços e sair a passear por esse belíssimo jardim inglês. Nada mais factual que isso. Em suma, esses fatos sociais são fatos dependentes de percepções compartilhadas, convenções lingüísticas e práticas e atitudes proposicionais comuns no seio da comunidade.

DavidDD: Professor Dworkin, o senhor concorda com essa concepção do professor Hart ? Eu tenho a impressão – o senhor me corrija se eu estiver errado – que quando nós argumentamos e tentamos demonstrar que uma afirmação que nós fazemos é verdadeira (no caso, que “Pedro deve ser indenizado”), os textos/precedentes que são invocados na argumentação, eles parecem ser algo externo ao discurso. Ou seja, os precedentes foram julgados há muitos anos atrás, as leis também muitas vezes são antigas; entretanto nós estamos dentro de uma atividade interpretativa/justificadora, confrontando-nos com outros operadores (por exemplo, os advogados). Nesse âmbito interno ao processo de argumentação jurídica, me parece estranho nós nos reportarmos, para justificar a verdade ou a falsidade de um argumento, não à qualidade mesma desses argumentos, mas a alguma espécie de faticidade, como convenções semânticas/lingüísticas ou textos de lei. Muitas vezes eu nem poderei ter um texto de lei para invocar. Como faria então ? E se o caso fosse novo, sem qualquer manifestação precedente dos Tribunais ? Sem leis, sem precedentes e sem direito ? Será que o direito não poderia ser desvinculado, professor Dworkin, da identificação com a faticidade, embora a gente saiba muito bem que os fatos devem ser interpretados pelo direito.

Dworkin: *Mais da metade da sua pergunta é uma resposta. Mas vamos lá. Sustento que uma proposição jurídica é verdadeira se se harmoniza com o conjunto de proposições que oferecem a melhor versão da prática. Essas proposições nada mais são do que os princípios jurídicos estruturantes do direito institucionalizado (justiça, equidade e devido processo legal, e no seu país, com seríssimos problemas de desigualdade social e pobreza, o princípio da dignidade da pessoa humana). Dessa forma, os julgamentos, os juízos, as afirmações sobre temas éticos e jurídicos só serão consideradas verdadeiras, uma vez que mantiverem coerência com os princípios reconstrotores.*

DavidDD: Os senhores estão em grande parte de acordo na conceituação do que é um “caso difícil”. Tanto no “Conceito do Direito” do prof. Hart, quanto no “Levando os Direitos a Sério” do prof. Dworkin, um caso é difícil quando existe generalizada controvérsia acerca do valor de verdade de uma proposição jurídica, por exemplo, “a pena de morte é injusta”. Como fixar o “valor verdade” dessas proposições, e, conseqüentemente, solucionar o caso difícil?

Hart: *Quando não existem evidências suficientes para afirmar que uma proposição é verdadeira, nem evidências suficientes para afirmar que é falsa, então a proposição estará carente de valor de “verdade”: estaremos diante um “caso difícil”. Ou seja, a existência de casos difíceis ocasiona a indeterminação do direito, o que exige, para a solução a discricionariedade judicial.*

Dworkin: *Concordo com o professor Hart no tocante aos contornos traçados para definir os casos difíceis; entretanto diverjo no tocante à*

necessidade de discricionariedade. Como ressaltai, anteriormente, na argumentação jurídica uma afirmação será verdadeira se estiver de acordo com proposições fundamentais no contexto jurídico (princípios, casos paradigmáticos).

DavidDD: Mas, prof. Dworkin, onde nós encontramos essas “proposições fundamentais”, que formariam os paradigmas, as referências para podermos predicar o valor verdade das afirmações no discurso jurídico ?

Dworkin: *Da mesma maneira que quando lemos uma obra literária, como por exemplo, o “Hamlet” de Shakespeare, percebemos que são infinitas as possibilidades de abordagem (relações pai/filho, vida/morte, amor/traição, sentido da existência, etc.), como apreciadores da obra, ou críticos de arte, sempre buscaremos o melhor olhar, aquele que nos permita conquistar espaços em nossa alma que apenas a satisfação de estar lendo um bom livro, uma boa obra, podem propiciar. É intuitivo que alguém que se preocupa em saber apenas quem vai vencer no final, perderá bastante por não captar as nuances do trabalho de Shakespeare. O mesmo vale para um filme de cinema. Se nós nos preocuparmos apenas com aspectos acessórios em relação à obra do autor, deixaremos de aproveitar uma luminosa fotografia, uma atuação impecável dos atores, uma edição e montagem eletrizante, etc. Enfim, para maximizar as riquezas que a apreciação artística nos propicia, devemos ter algum tipo de concepção teórica – mesmo que não formulada de forma sistemática – acerca do que entendemos ser um bom livro, ou do que consideramos ser um bom filme. Se eu não tenho a menor idéia do que torna um romance uma boa obra; ou do que torna um filme grandioso, emocionante; daqueles que a gente gosta de ver várias vezes, perderei essa riqueza específica que só a arte contém.*

DavidDD: Se o senhor me permite, eu já assisti umas dez vezes, e sempre tenho algo de novo a apreciar, ao filme “Táxi Driver” com o desempenho impressionante de Robert De Niro. Esse filme tem tudo de bom: fotografia, uma música incrível, uma dinâmica, montagem e um final surpreendente.

Dworkin: *É isso aí. Você está tentando captar a obra de arte olhando por diversos ângulos. Cada leitura, um novo ângulo, um novo acréscimo. Podemos sempre nos aperfeiçoar em conhecimento de cinema e literatura de forma a podermos aproveitar melhor as narrativas que cada uma dessas formas artísticas nos traz. E a melhor versão da arte ? E o melhor olhar do cinema ? E a melhor leitura da ficção ? Qual é a melhor versão do direito ? (será que o direito é semelhante a arte ? ... essa é uma outra questão). Pois bem. No caso do direito, a melhor versão é aquela explicação-justificação dos dados pré-interpretativos que consegue o máximo de equilíbrio entre os princípios de justiça, equidade e legalidade – no seu país, com gravíssimos problemas de desigualdade social, a dignidade da pessoa humana - : que satisfaz o valor jurídico da “integridade” em sua dimensão formal e justificadora. Portanto, olho a história do direito, não como um historiador/sociólogo, que apenas descreve o que vê; olho a dinâmica do direito em ação. É um filme que tem vários movimentos, propicia várias leituras. Mas não qualquer leitura. Será sempre possível nós otimizarmos o olhar. Se eu me preparo em teoria literária, lerei melhor as ficções. Se possuo uma teoria do direito (que nada mais é do que a filosofia política refletindo sobre princípios) farei uma melhor leitura do material jurídico. Procurarei enxergar o que exige essa prática social. A leitura não é cega, nem à prática jurídica falta direção. A direção da prática são valores: denominados em sua constituição como direitos fundamentais (que eu prefiro chamar “direitos morais”). Farei a leitura em direção a esse escopo de proteção dos direitos individuais (princípios*

morais e jurídicos). A leitura que maximizar os direitos fundamentais será a melhor leitura.

DavidDD: Os senhores falaram muito a respeito do enfrentamento pelos operadores de direito de casos difíceis. Só que, em sua grande maioria, no dia a dia dos profissionais, os casos que se apresentam são relativamente fáceis (cobranças de dívidas, retomada de imóveis, etc.). Os casos fáceis são fáceis mesmo ? Devemos utilizar o mesmo método – discricionariedade judicial, para prof. Hart ou a *integrity* do prof. Dworkin – que utilizamos para enfrentar os casos difíceis ? Se o direito fosse formado apenas por casos difíceis... ninguém iria querer ser juiz, promotor, advogado. Vou dar um exemplo no meu cotidiano como juiz: despacho (decido questões interlocutórias) cerca de 60 processos por dia, e julgo, prolatando sentença, aproximadamente 3 (três) casos por dia. Felizmente, 70 % (setenta por cento) desses processos pode ser classificado como “casos fáceis”, uma vez que eu já decidi caso semelhante anteriormente e, além disso, já há algum pronunciamento dos Tribunais sobre a questão. Dessa forma, restam 20% (vinte por cento) que são casos intermediários (com algum aspecto de dificuldade, por exemplo, a questão dos fatos), e 10% de casos difíceis. Se nós, os juízes, tivéssemos 70% (setenta por cento) de casos difíceis, mal conseguiríamos dormir tantos os problemas na cabeça. Creio que uma teoria do direito, para ser completa, deve abranger tanto os casos fáceis quanto os casos difíceis. O que os senhores acham ?

Hart: *risos.... De fato, a minha concepção de direito, influenciada que foi pela filosofia da linguagem, encara a prática jurídica como um processo comunicacional. Se as ações comunicativas dos operadores do direito veicularem termos compreensíveis, não teremos dificuldade em definir o comportamento exigido dentro dessa prática normativa. Por exemplo, a lei*

penal fala “matar alguém, pena de 6 a 20 anos”. Preciso saber o significado de “matar”, assim como o significado de “alguém”. Este último envolve os animais ? Ou apenas os seres humanos ? Superadas essas dificuldades, saberei as instâncias de possibilidade de uso da expressão. Dessa maneira, quando os operadores do direito se comunicarem a respeito, terão certeza no tocante ao conteúdo/significado das expressões que envolvam o mencionado texto legal do Código Penal. É um caso aparentemente “fácil”, embora as dificuldades possam ocorrer, em outro âmbito, o âmbito da aplicação da lei penal (adjudicação) para definirmos a culpabilidade (existência de causa excludente de anti-juridicidade, por exemplo). Enfim, se todos os casos fossem difíceis, na visão que possuo, isso equivaleria a dizer que seria impossível o entendimento entre os juristas. Teríamos contradições normativas, lacunas, formulação vaga dos termos, ambigüidade. Enfim, todos esses elementos que em meu sentir tornam os casos difíceis. É intuitivo que não existem apenas casos difíceis, pois bem ou mal os juristas, na maior parte do tempo, se entendem a respeito da significação dos enunciados. Conseqüentemente, isso significa que a maior parte das proposições jurídicas são formadas por termos, expressões, cujo significado, conteúdo semântico, é compartilhado pelos atores dessa prática social. Em suma: a possibilidade de comunicação das pautas normativas requer a existência de instâncias não controvertidas no uso dos termos jurídicos: são os “casos fáceis”.

DavidDD: Professor Hart, como ocorre a aplicação das regras nos casos fáceis, de acordo com “O Conceito de Direito” ?

Hart: Nos casos fáceis é possível a aplicação de regras, uma vez que seu conteúdo é determinado ou determinável. Nestes casos, conhecer o

significado dos textos jurídicos é ser capaz de especificar suas instâncias de uso. Dessa maneira, o conhecimento do direito não requer interpretação (entendida como a substituição da formulação da regra contida no texto por outra formulação obtida pela exegese);

DavidDD: E os casos fáceis, professor Dworkin ?

Dworkin: *Não vejo diferença essencial entre casos fáceis e casos difíceis. Ambos deverão ser solucionados por meio de uma teoria de moralidade política que se consubstancie em um conjunto coerente de princípios. Coerência não semântica, por suposto. Os mesmos princípios que solucionam os casos difíceis solucionam os casos fáceis. Um caso pode se tornar difícil, embora ele, sob o aspecto dos textos de lei, pudesse ser considerado fácil. Imaginemos o despejo de um ancião de 80 (oitenta) anos, pobre, doente e que mora sozinho. Sob os aspectos das leis não há qualquer dúvida. A dificuldade surge em aspectos sociais que fazem parte do direito (justiça social, dignidade da pessoa humana, proteção ao hipossuficiente/idoso). Aspectos que são sociais, mas constitucionalizados, portanto veiculados por princípios na Constituição. Ou seja, nos casos fáceis, a conclusão do intérprete acerca do conteúdo do direito não resultará controversa. Estes casos são fáceis porque a maioria dos participantes os percebe como imediatamente solucionados pelos princípios estruturantes do direito (no seu país, que possui uma Constituição bastante prolixa, com sede nessa Lei Maior). Os operadores vêem esses casos fáceis como exemplos evidentes do conteúdo da prática jurídica; como corolários dos valores e objetivos dessa prática.*

DavidDD: Agora chegamos em um ponto de nossa conversa que, definitivamente, separa o prof. Hart de seu aluno, o hoje prof. Dworkin: nos

casos difíceis, os juízes podem agir com discricionariedade em sentido forte?

Hart: *Os casos difíceis apresentam diversos problemas ao intérprete, problemas relacionados a dificuldades lingüísticas (a linguagem jurídica, como falei, é vaga e ambígua). A linguagem jurídica tem inevitavelmente textura aberta, o que propicia o surgimento de casos difíceis. Nessas hipóteses não é possível a identificação do direito com singela aplicação do método da subsunção (como ocorre com as regras). A interpretação gramatical/literal do “texto legal” não é suficiente para sabermos se alcança ou não o caso a decidir. Só há um caminho: o julgador realizar interpretação estipulando um novo significado de maneira discricionária.*

Dworkin: *Diversamente dos casos fáceis, nos casos difíceis, as conclusões interpretativas são controversas. Nessas hipóteses há diversas correntes em luta para definir o conteúdo do direito. Recorde-se a polêmica no famoso Caso Elmer. E isso vale para todos os casos jurídicos em que temos duas ou mais posições (que se expressam em proposições normativas candidatas a serem normas jurídicas). Os casos difíceis não ocasionam ausência de resposta correta, porquanto o juiz pode/deve estruturar de forma coerente suas convicções jurídicas e obter a solução: o que o Direito exige no caso a decidir. Para tanto, na insuficiência ou inadequação das “regras” do sistema, deverá se utilizar de argumentos de princípio. Mesmo que nenhuma regra estabelecida (em lei, ou precedente) resolva o caso, é possível que uma das partes tenha direito a ser tutelado. Não deixa de ser dever do juiz, inclusive nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, ao invés de discricionariamente inventar, de forma retroativa, direito novo. Isso vale inclusive nos – chamados por vocês dos países de família Romano-Germânica –, direitos públicos subjetivos, ou seja, direitos*

contra o Estado. Esses direitos não precisam necessariamente estar contidos em claros textos de lei. Uma reivindicação de direito – por exemplo, ser tratado com igual consideração pelas leis e pelo Estado – pressupõe um argumento moral e não necessita ser estabelecida de nenhum outro modo. A Constituição apenas o reconhece. Baseio-me em uma teoria dos direitos morais contra o Estado: de acordo com essa teoria, uma pessoa tem um direito moral contra o Estado se pudermos mostrar que este comete um erro ao tratá-la de uma determinada maneira, ainda que o faça tendo em vista o interesse geral (como razões de política fiscal/econômica). Assim, por exemplo, uma criança pobre, em seu país, tem um direito moral à igual educação, uma vez que parece-nos errado o Estado não lhe oferecer essa educação, mesmo que o conjunto da comunidade entenda que deverá investir em pontes, viadutos ou aeroportos.

David Diniz Dantas: Gostaria de agradecer a presença de dois dos maiores filósofos do direito contemporâneo, os professores Herbert Hart e Ronald Dworkin e registrar que, após essa esclarecedora entrevista passei ainda mais a admirá-los. Anoto que embora haja diferença conceitual entre os dois autores, sob o ângulo da pragmática jurídica acabam por se aproximar: ambas as teorias não prescindem de uma teoria da argumentação jurídica. É certo que a teoria de Dworkin incorpora a argumentação jurídica para o conceito de direito. De outra parte, o positivismo de Hart se utilizará da argumentação no momento em que o juiz exercer a sua discricionariedade na solução do *hard case*.

Abraços

DavidDD

BIBLIOGRAFIA

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. São Paulo: Madras Editora. 2004.

MORESO, José Juan. *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2ª Ed. 2009.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1992.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo*. São Paulo: Martins Fontes. 2006.