

# A CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO E A TRANSFORMAÇÃO DO JURÍDICO

## THE CONSTRUCTION OF LEGAL KNOWLEDGE AND THE TRANSFORMATION OF LAW

**Maiuí I. de Borba Oliveira**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

**Thomas da Rosa de Bustamante**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

*Honorary Lecturer* da Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Doutor em Direito pela PUC-Rio.

Mestre em Direito pela UERJ.

### **Resumo:**

O trabalho pretende analisar o debate Hart-Dworkin, notadamente quanto às opções metodológicas defendidas pelos autores, à luz das ponderações feitas por Pierre Bourdieu acerca do direito e do campo jurídico. Inicialmente, procura-se apresentar os principais pontos de divergência entre o positivismo jurídico de H. L. A. Hart e a teoria do direito de Ronald Dworkin, a partir do texto “*O Pós-escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política*”, no qual Dworkin apresenta sua resposta ao “*Pós-escrito*” de Hart, publicado como adendo à reedição do livro “*O Conceito de Direito*”. Após apresentar este panorama, ocupamo-nos, especialmente, das reflexões destes autores quanto à proposta metodológica de que se valeram para entender o direito. E, centrando a discussão na abordagem metodológica dos autores, busca-se, por fim, apresentar as principais conclusões de Pierre Bourdieu sobre o direito e as particularidades do campo jurídico para reforçar as objeções de Dworkin ao positivismo.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Metodologia; Dworkin; Hart; Bourdieu.

## **Abstract:**

This article analyzes the Hart-Dworkin debate, regarding the methodological options defended by these authors in the light of the observations made by Pierre Bourdieu about the Law and the realm of legality. Initially, the article seeks to present the main points of divergence between the legal positivism of H. L. A. Hart and Ronald Dworkin's theory of law, starting from the text "*Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*," in which Dworkin presents his response to the Hart's "Postscript", published as an addendum to the 2<sup>nd</sup> edition of the book "*The Concept of Law*". After the presentation of this background, we deal with the reflections of these authors, concerning the methodological approach that they take up to understand the law. Finally, by focusing the discussion on the methodological approach of the authors, we seek to present the main conclusions of Pierre Bourdieu about the Law and the particular features of the legal realm to strengthen Dworkin's objections to positivism.

Keywords: Legal Theory; Methodology; Dworkin; Hart; Bourdieu.

## **Introdução**

Talvez o mais importante abalo sofrido pelo positivismo desde o seu aparecimento como uma teoria jurídica propriamente dita, nos escritos de Bentham e Austin, tenha sido a crítica que Ronald Dworkin lhe desferiu em sua obra "O Império do Direito". Com efeito, em seus escritos anteriores o "ataque geral" ao positivismo realizado por Dworkin se limitava a contestar as principais teses teóricas de positivistas como Hart sobre a natureza do direito, sem adentrar especificamente na questão, mais complexa e relevante, da própria natureza da filosofia do direito ou do próprio discurso teórico sobre o direito. Esse debate jurídico metodológico, em nossa opinião, é um dos mais fecundos da filosofia jurídica contemporânea, e um dos que mais de perto influencia a prática jurídica e o desenvolvimento do direito pelos juízes e legisladores.

Neste trabalho, pretende-se acrescentar a visão de Pierre Bourdieu a esta discussão, que vinha tradicionalmente travada apenas por teóricos do direito. Como se sabe, Bourdieu compôs uma teoria social complexa, que buscou superar "duas das mais importantes opções teóricas nas ciências sociais contemporâneas" (SOUZA, 2003, p. 41), a que se referia como

objetivismo e subjetivismo, “a partir da sugestão de uma relação articulada entre estrutura, *habitus* e práticas” (SOUZA, 2003, p. 43), a fim de revelar as relações de dominação presentes em nossa sociedade. Com este intuito, Pierre Bourdieu refletiu, inclusive, sobre o direito e o campo jurídico, que - para ele - é uma expressão inequívoca do poder simbólico. Para este trabalho, nos valem, portanto, da leitura do livro “O Poder Simbólico”, especialmente seus capítulos I, III e VIII, nos quais Bourdieu esclarece o que entende por poder simbólico, *habitus* e campo (e como estes conceitos se articulam para permitir uma sociologia do campo jurídico).

O trabalho divide-se em seis partes, além desta pequena introdução. Em um primeiro momento, pretende-se apresentar os principais pontos de divergência entre o positivismo jurídico de H. L. A. Hart e a teoria do direito de Ronald Dworkin, a partir do texto “O Pós-escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política”, no qual Dworkin apresenta sua resposta ao “Pós-escrito” de Hart, publicado como adendo à reedição do livro “O Conceito de Direito”. Após apresentar este panorama, ocupamo-nos, especialmente, das reflexões destes autores quanto às suas propostas metodológicas para compreender o direito. E, focalizando a discussão na abordagem metodológica dos autores, buscaremos, por fim, apresentar algumas conclusões de Pierre Bourdieu sobre o direito e as particularidades do campo jurídico a fim de reforçar as críticas de Dworkin ao positivismo.

## **1. Uma questão de metodologia**

A abordagem transdisciplinar tem, cada vez mais, transformado a construção do saber jurídico. Não só porque permite a conjugação de dados de outras áreas do conhecimento, mas porque reintroduz o próprio campo jurídico no contexto de sua produção e reprodução. É que entender o fenômeno jurídico não pode ser uma empreitada fechada em si mesma, descolada do universo social no qual se manifesta.

Assim, aquele que se propõe a distinguir os elementos que caracterizam o fenômeno jurídico não deve se limitar apenas à análise e descrição do pacote hermético de regras e da estrutura do judiciário, pois o resultado de sua pesquisa, mais do que revelar e esconder diversas facetas deste mesmo objeto, influencia e transforma o próprio fenômeno jurídico.

De fato, a existência de diferentes concepções acerca do direito, com substanciais divergências entre elas, sugere que a metodologia adotada interfere significativamente no

resultado teórico do trabalho e acaba por servir, também, como escusa às eventuais objeções ao seu resultado.

Não que se exija o impossível. Isto é, uma teoria universal e absoluta, imune a qualquer falha. Contudo, é razoável esperar de cada um que se propõe a estudar determinado objeto, a consciência de que as lentes pelas quais o constrói e analisa variam ante a escolha de determinados pressupostos (GROSS, 2011).

Esclarecer esta consciência crítica, portanto, por meio de uma leitura conjunta de Dworkin e Pierre Bourdieu, irá nos ajudar a discutir as principais críticas ao positivismo apresentadas por Dworkin em seu texto “O Pós-escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política”, especialmente, quanto à suposta possibilidade – defendida pelos positivistas – de construção de uma teoria geral do direito neutra e descritiva.

Para tanto, pretendemos sincretizar a teoria sociológica de Pierre Bourdieu à análise que Dworkin faz acerca da metodologia adotada pelos positivistas para compreender o fenômeno jurídico. É que a análise de Bourdieu, especialmente sobre o campo jurídico e sobre a construção do conhecimento jurídico, nos parece apta a fundamentar grande parte das objeções que Dworkin apresenta contra o positivismo e, mais, abaliza a sua teoria do direito.

## **2. Réplica e tréplica**

Em “O Modelo de Regras I”, Dworkin (2002) rebate as principais idéias do positivismo jurídico e oferece uma nova perspectiva para se entender o direito. Toda sua investida contra o positivismo tem como alvo a teoria do direito de Hart, sistematizada no livro “O conceito de Direito”. Tal escolha, porém, se impôs, não pelas supostas falhas que Dworkin vê na teoria do direito de Hart, mas pela expressividade que a obra deste autor possui no mundo jurídico:

Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart (DWORKIN, 2002, p. 27).

Dworkin inicia seu artigo, afirmando que o ponto comum entre as teorias positivistas reside na idéia de que “a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso”

(DWORKIN 2002, p. vii), a qual se sustenta nos seguintes pilares: 1) o direito de uma determinada sociedade consiste num conjunto de regras especiais observado, direta ou indiretamente, por esta mesma sociedade, delimitando qual comportamento será forçado ou punido pelo poder público; 2) o reconhecimento de uma regra especial que compõe o direito não depende de seu conteúdo, mas da forma pela qual foi formulada ou escolhida; 3) “o conjunto destas regras jurídicas é coextensivo com o direito, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (...), então esse caso não pode ser decidido mediante a aplicação do direito” (DWORKIN, 2002, p. 28); por conseguinte, 4) a obrigação jurídica revela-se na subsunção estrita de um caso real a uma regra jurídica válida que estabelece uma ação ou uma abstenção do indivíduo que o protagoniza.

Após esboçar quais seriam os pilares da escola positivista, Dworkin apresenta a teoria positivista de Hart e pondera que a atenção que este autor voltou para as regras é o que torna sua teoria única e, também, o alvo específico de seu ataque geral contra o positivismo (DWORKIN, 2002, p. 35).

Nesse passo, Dworkin ateu-se a descrever como Hart diferenciou as regras e como esse conjunto de regras se presta a identificar o direito. Inicialmente, Hart dividiu as regras em primárias ou secundárias, em que as primárias definiriam direitos e obrigações, enquanto as secundárias estabeleceriam como e por quem tais regras podem ser tratadas (HART, 1994, p. 79-99).

A partir desta primeira distinção, Hart propõe que a obrigatoriedade de uma regra pode estar calcada em razões distintas, ou seja, uma regra pode ser obrigatória ou porque é aceita ou porque é válida. Este parece ser o ponto decisivo de sua teoria, já que Hart enxerga no conceito de validade, ou seja, no âmbito das regras secundárias, o requisito para o reconhecimento de determinada regra como direito:

O conceito de direito de Hart é uma construção a partir dessas várias distinções. As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e essas são obrigatórias tão-somente devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que essas comunidades tenham um direito, pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas, quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental, que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a idéia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a idéia de direito (DWORKIN, 2002, p. 33).

E é esta regra secundária fundamental, a que Hart deu o nome de “regra de reconhecimento”, que irá atuar como critério último e definitivo para a verificação da “juridicidade” de uma e qualquer regra.

É a regra de reconhecimento, portanto, que irá legitimar qual a fonte das verdadeiras alegações de direito, a qual varia de um sistema jurídico para outro. Assim, por exemplo, “segundo a tese das fontes de Hart, o argumento jurídico substantivo só é normativo quando as fontes sociais tornam os critérios morais parte do direito” (DWORKIN, 2010, p. 205). Ou seja, é a regra de reconhecimento que fundamenta a idéia de direito de Hart e que garante a suposta universalidade de sua teoria em sistemas jurídicos distintos. “Onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceita”, nos diz Hart, então as pessoas privadas e os oficiais do direito “estão dotados de critérios autoritativos para identificar as regras primárias de obrigação” (HART, 1994, p. 100).

Conforme esclarece Dworkin, o conceito de direito de Hart, baseado em sua tese das fontes, pressupõe que “em toda comunidade em que se fazem alegações de direito, a grande maioria das autoridades da comunidade aceita, como uma espécie de convenção, alguma regra de reconhecimento dominante que identifica quais fatos ou eventos históricos, ou de outra natureza, tornam verdadeiras as alegações de direito” (DWORKIN, 2010, p. 232).

Para Dworkin, a resposta oferecida por Hart sobre o que é o direito não só é insuficiente, como é perigosa, já que reduz o direito a um sistema de regras e não é capaz de responder à complexidade e sofisticação das próprias práticas jurídicas.

Ao contrário de Hart, Dworkin defende que uma teoria geral do direito deve ser tanto normativa como conceitual. Sua parte normativa deve se ocupar – igualmente – de uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, abrangendo, assim, a perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum. Enquanto sua parte conceitual deverá estar atenta aos assuntos que não pertencem a nenhuma das categorias que compõem sua parte normativa, bem como as interseções que cada tópico pode apresentar em cada uma destas categorias. Dworkin critica, portanto, a tese de Hart de que a teoria do direito seria apenas uma espécie de “sociologia descritiva” (HART, 1994, p. vi) na medida em que qualquer teoria jurídica é, ao fim e ao cabo, baseada em uma “teoria política normativa particular” (DWORKIN, 1983, p. 254).

As objeções de Dworkin ao positivismo, bem como sua alternativa às questões principais do direito, motivaram uma longa resposta de Hart, publicada como adendo à reedição de “O Conceito de Direito”. Texto que, por sua vez, rende uma tréplica de Dworkin, publicada sob o título de “O pós-escrito de Hart e a questão da Filosofia Política” (DWORKIN, 2010, cap. 6).

De fato, entre a réplica e a tréplica nenhum dos autores altera o conteúdo de seus argumentos, tampouco suas conclusões sobre o direito. Contudo, se para Hart grande parte

das críticas de Dworkin podem ser esvaziadas por um simples esclarecimento quanto ao método, para Dworkin isso não é possível, como se passa a demonstrar.

### **3. Os Arquimedianos**

Com efeito, Hart se defendeu das críticas à sua teoria esclarecendo sua opção metodológica. Assim, Hart busca afastar as principais críticas de Dworkin, sob o argumento de que ao tentar responder o que é o direito e como o direito válido deve ser identificado o fez de forma descritiva e filosófica, sem avaliações de natureza moral ou ética. Este se considerava, portanto, um observador externo e neutro que descreve as atividades dos juízes em termos gerais e filosóficos (HART, 1994, p. 240).

Todavia, para Dworkin a ilusão de neutralidade metodológica em que Hart incorreu é o que torna incongruente a sua teoria sobre o direito. Ao método de “participar de fora” do campo avaliativo de seu objeto de estudo (de que se vale Hart), Dworkin dá o nome de arquimedianismo.

Dworkin identifica a metodologia de Hart como aquela utilizada por boa parte da filosofia contemporânea. Para este autor, o que distingue os arquimedianos, enquanto grupo, não é a escolha de seu objeto de estudo, mas a postura exigida do observador, cujo conhecimento deve ser construído sem nenhuma participação ativa. Tais filósofos adotariam supostamente “um olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a moral, a política, o direito, a ciência e a arte” (DWORKIN, 2010, p. 201).

Esta prática metodológica fundamenta-se na distinção entre um discurso de primeira ordem, o qual é o objeto do estudo, e um discurso de segunda ordem (metadiscurso), no qual “os conceitos de primeira ordem são definidos e explorados e as afirmações de primeira ordem são classificadas e atribuídas a categorias filosóficas” (DWORKIN, 2010, p. 201).

Segundo Dworkin, o arquimedianismo de Hart apresenta diferenças, mas, também, se estrutura numa distinção de níveis de discurso, ao adotar uma divisão lógica entre o uso vulgar dos conceitos políticos e sua explicação filosófica.

Diferenças à parte, para Dworkin, a versão de Hart do arquimedianismo é igualmente equivocada, uma vez que a suposta neutralidade de sua análise dos conceitos centrais da filosofia do direito não se sustenta na prática jurídica, quando as alegações de primeira ordem dos juristas não são facilmente distinguidas de suas alegações filosóficas de segunda ordem:

Portanto, sua posição está sujeita às mesmas objeções que apresentamos contra o arquimedianismo em geral. Em primeiro lugar, é impossível distinguir suficientemente os dois tipos de alegações – distinguir, na prática jurídica, as alegações de primeira ordem dos juristas das alegações de segunda ordem dos filósofos sobre a maneira de identificar e testar as alegações de primeira ordem – para que possamos situá-los em diferentes categorias lógicas.

(...)

Portanto, a concepção de Hart não é neutra na argumentação: ela toma partido. Na verdade, em toda controvérsia jurídica difícil, ela toma partido em favor daqueles que insistem que os direitos jurídicos das partes devem ser totalmente estabelecidos mediante a consulta às fontes tradicionais do direito (DWORKIN, 2010, p. 233).

Sobre esta primeira falha identificada por Dworkin na teoria positivista de Hart, podemos, ainda, nos arriscar a dizer que a pretensão de neutralidade do positivismo não se mostra possível em nenhuma de suas variações, uma vez que ao tentar identificar o que é o direito e ao construir uma teoria que ofereça uma resposta geral a essa questão, acaba-se por definir e delimitar os recursos jurídicos para a resolução dos conflitos. Tendo em vista que o direito é um “conceito político”, ele “deriva o seu sentido do seu uso; dos contextos dos debates sobre o que o direito é, e do que resulta do fato de uma dessas visões ser aceita” (DWORKIN, 1983, p. 256).

Por este mesmo motivo, a segunda incongruência da teoria positivista de Hart também deve ser considerada. É que Hart protege-se das críticas feitas ao seu trabalho por meio de uma opção metodológica pretensamente neutra e descritiva. Uma vez demonstrada a ausência de neutralidade da teoria positivista, podemos, também, apontar que sua pretensão de descrição objetiva não se sustenta, visto que, pelas próprias peculiaridades do campo jurídico, uma determinada descrição do fenômeno jurídico está sempre apta a alterar este mesmo fenômeno.

#### **4. O Direito e o direito de nomear o direito**

Nesse ponto parece oportuno introduzir a reflexão de Pierre Bourdieu sobre o direito e o campo jurídico.

Como se sabe, Pierre Bourdieu estudou as relações de dominação presentes em nossa sociedade, trabalhando fortemente a idéia de poder simbólico enquanto “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e de fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a acção sobre o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito

específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário” (BOURDIEU, 1989, p. 14).

Para este autor, o direito é uma das formas de manifestação do poder simbólico. Assim, da série de trabalhos de Pierre Bourdieu sobre o poder simbólico, reunidos no livro de mesmo nome, interessam-nos, especialmente, suas reflexões sobre o direito e os subsídios para a compreensão do campo jurídico, com suas peculiaridades.

Segundo Bourdieu, ao tempo em que não se pode conferir uma autonomia absoluta ao direito, como pretendeu fazer Kelsen, não se deve, também, reduzi-lo apenas a um instrumento a serviço do interesse dos dominantes. A chave para compreender o direito está em considerar tanto a estrutura desse sistema quanto a forma específica do discurso jurídico:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado, e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 1989, p. 211).

Compreender o direito, portanto, implica conhecer as peculiaridades do espaço em que este se produz e é produzido. Para este autor, o campo jurídico é determinado por duas variantes distintas e interdependentes: 1) as relações de força que orientam os conflitos de competência e legitimidade de seus agentes dentro do campo; e 2) a lógica interna das obras jurídicas que estabelecem os limites da atuação jurídica e, por consequência, prescrevem as respostas que este sistema está legitimado a oferecer. Esta estrutura diferenciada do campo jurídico é, também, percebida por Dworkin que, em sua obra “*O império do direito*”, afirma:

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações (DWORKIN, 2007, p. 17).

Nesse sentido, quando um teórico do direito, como Hart, se dispõe a dizer o que é o direito, por meio, por exemplo, de sua tese das fontes, este acaba por delimitar o universo das soluções propriamente jurídicas e interfere diretamente na prática jurídica. Aí reside, justamente, o engano dos arquimedianos, para quem sua análise é apenas conceitual ou descritiva, e, nunca, engajada e substantiva.

Atento a estas particularidades, Bourdieu (1989, p. 237) afirma que o direito é “a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos”. Ou seja, a constituição do campo jurídico irá envolver a redefinição da realidade, quando o direito, ao nomear – juridicamente – as relações humanas, delas se apropria. Nas palavras do autor:

Entrar no jogo, conformar-se com o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a adopção de um modo de expressão e de discussão que implica a renúncia à violência física e às formas elementares da violência simbólica, como a injúria. É também, e sobretudo, reconhecer as exigências específicas da construção jurídica do objeto: dão que os factos jurídicos são produto de construção jurídica (e não o inverso) (BOURDIEU, 1989, p. 229).

O direito faz o mundo social pelo qual se faz, e, mais, impõe como legítima a ordem social que criou. Isto é, o direito não só redesenha o mundo social, codificando as representações e as práticas éticas, a partir de suas categorias de legalidade e segurança; como, também, confere (apenas) aos seus agentes e instituições o poder de dizer o direito e, desse modo, “resolver” os conflitos:

O campo judicial é o espaço organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que actuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer as leis escritas e não escritas do campo – mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei (em Kafka o advogado é tão inquietante quanto o juiz). Na definição que frequentemente tem sido dada, de Aristóteles a Kojève, do jurista como terceiro mediador, o essencial está na ideia de mediação (e não de arbitragem) e no que ela implica, quer dizer, a perda da relação de apropriação directa e imediata da sua própria causa: perante o pleiteante ergue-se um poder transcendente, irreductível à defrontação das visões do mundo privadas, que não é outra coisa senão a estrutura e o funcionamento do espaço socialmente instituído desta defrontação (BOURDIEU, 1989, p. 229).

A configuração do próprio campo, portanto, determina que somente os profissionais do direito terão o poder específico de “revelar os direitos e, simultaneamente, as injustiças” (BOURDIEU, 1989, p. 232). Nesse sentido, ao transformar regularidade em regra, o direito, ao tempo em que reforça a sua força, contribui para fixar uma ordem de normalidade, em cujas margens o que resta passa a ser reconhecido como anormal ou ilegítimo. Daí decorre

sua dominação simbólica, pois, ao construir (conceituando, classificando, organizando) uma dada realidade social, a impõe como legítima e ignora outras que possam coexistir:

O direito consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado. Ele atribui aos agentes uma identidade garantida, um estado civil, e, sobretudo poderes (ou capacidades) socialmente reconhecidos, portanto, produtivos, mediante a distribuição dos direitos de utilizar esses poderes, títulos (escolares, profissionais, etc.) certificados (de aptidão, de doença, de invalidez, etc.) e sanciona todos os processos ligados à aquisição, ao aumento, à transferência ou a retirada destes poderes (BOURDIEU, 1989, p. 237).

Existe, portanto, uma subjetividade na construção do direito e na própria fundamentação de sua autoridade e legitimidade. Assim, a partir da constatação de que “verdades jurídicas” são construídas dentro de um campo de dominação e conflitos, em que os participantes estão em constante disputa para dizer o direito, determinante de uma ordem social determinada, torna-se possível questionar, inclusive, as teorias do direito que pretendem apenas descrevê-lo:

A razão e a razão de ser de uma instituição (ou de uma medida administrativa) e dos seus efeitos sociais, não está na vontade de um indivíduo ou de um grupo, mas, sim no campo de forças antagonistas ou complementares no qual, em função dos interesses associados às diferentes posições e dos *habitus* dos seus ocupantes, se geram as vontades e no qual se define e se redefine continuamente, na luta – e através da luta – a realidade das instituições e dos seus efeitos sociais, previstos e imprevisos (BOURDIEU, 1989, p. 81).

Nesse contexto, a censura de Dworkin à proposta positivista ganha novo fôlego. É que, ao contrário do que afirmam os positivistas, parece não ser possível que uma teoria, ao responder “o que é direito” e “como o direito válido deve ser identificado”, escape ao engajamento.

Isso porque, quando um teórico do direito se ocupa em dizer que determinada ordem social tem o caráter jurídico, ainda que o faça sem ponderar acerca de sua justiça ou injustiça<sup>1</sup>, o próprio reconhecimento desta ordem enquanto direito e, por consequência, a exclusão de todo o resto desta categoria, irá determinar quais são as respostas que este sistema está legitimado a oferecer. Até porque, seguindo a terminologia dos arquimedianos, são as alegações de segunda ordem que irão justificar o tipo de soluções que o direito oferece.

---

<sup>1</sup> “O problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema de moral. A afirmação: “Certa ordem social tem o caráter de Direito, é uma ordem jurídica, não implica o julgamento moral de qualificar essa ordem como boa ou justa. Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista, são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes” (KELSEN, 1998, p. 8).

Nesse sentido, a análise do direito como uma “interpretação da prática jurídica que faz alegações morais e éticas e nelas se fundamenta” (DWORKIN, 2010, p. 206), proposta por Dworkin, parece bem mais sustentável.

Na contramão da teoria positivista de Hart, Dworkin construiu sua teoria do direito sobre a hipótese de que uma teoria geral sobre como o direito válido deve ser identificado, não é uma descrição neutra da prática jurídica, mas um exercício interpretativo que, além de descrevê-la, busca, também, justificá-la.

E justificar, nesse caso, significa demonstrar como determinada prática jurídica “é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor” (DWORKIN, 2010, p. 200). O que o leva a concluir que “a própria teoria jurídica baseia-se em julgamentos e convicções morais e éticos” (DWORKIN, 2010, p. 200).

Por esta razão, Dworkin afirma não haver diferença, de substância, entre os argumentos jurídicos de um juiz ou de um cidadão quando precisam decidir o que é o direito diante de alguma questão complexa. De modo que, “uma teoria do direito de um filósofo do direito não é diferente, em sua natureza – embora seja, sem dúvida, bem mais abstrata –, das alegações jurídicas comuns que os advogados fazem nos casos em que atuam” (DWORKIN, 2010, p. 200).

Até porque, pela própria estrutura do campo jurídico, o qual se alimenta das disputas travadas entre agentes e instituições pelo monopólio de dizer o direito, as teorias que discutem “o que é o direito” e “como este direito pode ser reconhecido” permeiam e fundamentam, não só os debates acadêmicos, como todas as discussões judiciais de fundo.

Por estes motivos, não só a crítica de Dworkin à opção metodológica arquimediana para conhecer o direito deve ser acolhida, como também a sua própria forma de abordar este mesmo objeto merece maior atenção.

## **5. O direito como conceito de valor**

Segundo Dworkin, a abordagem sobre os enigmas do direito deve ser feita sobre o pressuposto de que o direito é um conceito político. E como tal, é um conceito de valor, integrado aos demais valores políticos. Sua compreensão, nesse sentido, passa pela investigação do “lugar ocupado por cada valor numa rede de convicção maior e mutuamente comprobatória que demonstre as conexões concludentes entre os valores morais e políticos

em termos gerais e que, em seguida, os situe no contexto ainda mais amplo da ética” (DWORKIN, 2010, p. 239).

Para este autor, uma teoria que se propõe a discutir conceitos políticos, ou qualquer conceito “de diferentes tipos de sistemas ou instituições sociais” (DWORKIN, 2010, p. 216) não está descolada do arcabouço de valores e práticas em que está inserido.

Com efeito, o valor político escolhido por Dworkin para ajudar na compreensão do que as alegações de direito significam e o que os torna verdadeiras ou falsas é o valor da legalidade, o qual considera como um valor real e especificamente jurídico. Para este autor, a incontestabilidade da relação entre o valor da legalidade e o problema da identificação das alegações de direito válidas é indício suficiente para justificar sua escolha pela legalidade como critério específico para a compreensão do fenômeno jurídico.

Deste modo, conclui que “uma concepção de legalidade é uma descrição geral sobre a maneira de se decidir quais alegações de direito específicas são verdadeiras: a tese das fontes de Hart é uma concepção de legalidade” (DWORKIN, 2010, p. 241).

E a partir da análise e interpretação das concepções de legalidade e da formulação de critérios para testar as alegações de direito concretas, em um projeto normativo e político, Dworkin acredita ser possível a compreensão da prática jurídica:

Podemos resgatar as importantes questões de filosofia do direito do obscurantismo arquimediano ao abordá-las dessa maneira diferente. Entenderemos melhor a prática jurídica e daremos mais inteligibilidade às proposições de direito se nos lançarmos em um projeto explicitamente normativo e político: o de aprimorar e defender as concepções de legalidade e formular testes para alegações de direito concretas a partir de concepções preferenciais (DWORKIN, 2010, p. 242).

Assim, para Dworkin, “identificar as verdadeiras proposições de direito é uma questão de interpretar dados jurídicos de modo construtivo, e (...) uma interpretação construtiva tem como finalidade tanto ajustar-se aos dados quanto justificá-los” (DWORKIN, 2010, p. 242). E uma vez escolhido o valor da legalidade, Dworkin afirma ser impossível “identificar os critérios corretos para se decidir o que é, de fato, o direito sem apresentar e defender uma concepção de legalidade”, de sorte que “não podemos fazer isso sem decidir o que a legalidade realmente tem de bom, se é que tem algo. A teoria do direito é um exercício de moralidade substantiva” (DWORKIN, 2010, p. 252).

Segue-se, ainda, que esta concepção de legalidade deve bater com a forma como este valor existe e funciona em nosso esquema de valores, ou melhor, na própria prática jurídica.

Desta forma, ao contrário do que propõem os positivistas, para Dworkin, as questões de fundo do direito – aquelas a que apenas os filósofos do direito julgam-se legitimados a discutir – devem ser tratadas tanto por juristas quanto por juízes, já que produzem e legitimam o próprio conteúdo do direito. A filosofia do direito deixa de ser, portanto, um saber privilegiado e metafísico, capaz de revelar verdades preexistentes, e transforma-se, ela própria, em uma interpretação construtiva da realidade, já que o filósofo do direito, assim como prático, passa a erigir pretensões de validade (ou de legalidade) para as suas teses sobre a natureza do direito.

Nesse sentido, sua teoria sobre o que é o direito não dá respostas definitivas de seu conteúdo. Contudo, ao assumir que sua análise é normativa, engajada e conceitual, Dworkin apresenta-nos uma visão do direito que comporta a discussão e transformação dos valores que lhes são constitutivos, respondendo melhor à complexidade das práticas jurídicas.

## **6. O direito e sua ciência**

De todo o debate entre Hart e Dworkin, já exaustivamente analisado pelos estudiosos do direito, chama-nos a atenção – para além das implicações práticas da definição e redefinição do conteúdo do próprio direito – o papel da construção deste conhecimento para o campo jurídico e, principalmente, para estes autores. É que, como dito no início, a escolha de uma determinada metodologia reflete a própria concepção de ciência que cada teórico compartilha.

Nesse sentido, o impacto desta escolha vai além da simples definição do projeto assumido por cada teórico, seja descritivo e filosófico, seja interpretativo e jurídico. A “camuflagem metodológica” (DWORKIN, 2010, p. 259) que se adota produz, também, as lentes pelas quais o pesquisador analisa o resultado de sua pesquisa.

Deste modo, um teórico que se propõe a fazer um estudo imparcial de seu objeto, tende a encarar, também, de modo neutro, o resultado a que chegou, ignorando, muitas vezes, as conseqüências de sua pesquisa no universo social no qual se produziu.

Assim, em relação às ciências que se propõem a compreender sistemas ou instituições sociais, como no caso da filosofia do direito, uma postura crítica em relação ao próprio processo de pesquisa, parece ser capaz de produzir um resultado mais satisfatório. No sentido de que, uma teoria que reflete sobre si mesma comporta, mais facilmente, a idéia de

que a construção do saber jurídico é parte do processo de construção do jurídico e, como tal, transformadora de seu próprio objeto. Como sugere Bourdieu,

só podemos produzir a verdade do interesse se aceitarmos questionar o interesse pela verdade e se estivermos dispostos a pôr em risco a ciência e a respeitabilidade científica fazendo da ciência o instrumento do seu próprio pôr-se-em-causa. É isto na esperança de ter acesso à liberdade em relação à liberdade negativa e desmistificadora que a ciência oferece (BOURDIEU, 1989,p. 106).

Desta forma, o que, para nós, torna a teoria de Dworkin, mais consistente e, até mesmo, menos “ideológica” do que a teoria de Hart, é sua consciência crítica e, portanto, comprometida, em relação à interpretação do fenômeno jurídico e sua justificação. É, pois, sua honestidade ao assumir que sua compreensão sobre o direito ambiciona – mesmo – a sua transformação.

### **Referências Bibliográficas:**

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

DWORKIN, Ronald. A Reply. In: COHEN, Marchal (org.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres: Duckworth, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GROSS, Clarissa Piterman. O Debate Metodológico em torno da Teoria do Direito: As posições de John Finnis e Julie Dickson. In: *XX Congresso Nacional do CONPEDI*, 2011, Vitória. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis, 2011.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*, 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica* – Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. (Coleção Origem).

