

# UMA NOÇÃO DE JUSTIÇA, A PARTIR DAS TEORIAS DEFENDIDAS PELOS AUTORES HART E DWORKIN

Édio de Oliveira Júnior\*

## Introdução

Este trabalho, em forma de artigo científico, passou, inicialmente, a ser produzido com vistas à obtenção de crédito à Disciplina Teoria Geral do Processo. Após, submeteu-se ao Conselho Editorial de Novos Estudos Jurídicos para eventual publicação.

Tem por objeto a justiça, a qual, para efeitos deste trabalho, é tida em conformidade com o direito. Quanto ao seu objetivo, consiste em apontar idéias ou teorias que auxiliem o ser humano a guiar-se conforme as regras de direito, para que possa viver socialmente, e em harmonia.

A realização da justiça tem sido, ao longo dos tempos, uma preocupação do aplicador do direito. Até mesmo filósofos e estudiosos-cientistas do direito vêm, muitas vezes sem mérito, definindo esta categoria – justiça – com o objetivo de contribuir ou enriquecer o conhecimento que se tem acerca desta necessidade, tida de ordem social.

O intérprete, seja juiz ou parecerista, ao utilizar-se do processo de integração entre a norma e o fato, com vistas ao produto final (sentença judicial ou parecer),

Busca-se, na exposição do trabalho, uma compatibilidade entre o objeto e o objetivo, isto é, justiça – direito – bem-estar social. A delimitação do tema consiste neste propósito: a questão da justiça.

Para tanto, traça-se, desde já, o seguinte referente de pesquisa: analisar e explicitar uma noção de justiça, a partir das teorias apresentadas e defendidas pelos autores Hart e Dworkin.

Na concepção de Hart, a justiça se apresenta em harmonia com o direito, enquanto para Dworkin, como resultado da aplicação do precedente aos casos concretos.

faz uso de “filtros”, ora na comunicação escrita, com o jogo de palavras, para a necessária compreensão do texto legal, ora na leitura e valoração dos fatos, para a sua racionalização.

No campo real ou da vida, isto é, no campo infra-jurídico, o intérprete quase sempre não encontra maiores dificuldades, eis que logo pode formar seu ponto de vista. Porém, no campo jurídico, a situação não é a mesma. Há casos, por exemplo, em que a norma aplicável contém expressões de linguagem

\* Mestrando em Ciência Jurídica no CMCJ/UNIVALI.

vagas; casos outros em que há uma norma certa e clara a ser aplicada, mas que o intérprete considera prejudicial sua aplicação; ou, ainda, outros onde pode não existir norma alguma a ser aplicada, quando se depara o aplicador com a lacuna no ordenamento jurídico.

Nestes casos, depara-se o intérprete com casos difíceis, com situações que podem levá-lo a uma insatisfação, ou seja, crê que o produto final de seu trabalho (sentença judicial ou parecer) pode resultar justo ou injusto para com o interesse comum.

Em face da “justiça ou injustiça *das leis*”,<sup>1</sup> da vagueza da linguagem jurídica, nos casos difíceis, portanto, quando os fatos e as normas permitirem mais de uma solução, tem o intérprete discricionariedade para escolher a interpretação mais apropriada.

Desta análise, percebe-se a estreita ligação entre o direito e a justiça. Fala-se de “justiça, *de harmonia com o direito*”.<sup>2</sup> Também, na mesma esteira de pensamento: “devo enfatizar que, de forma absolutamente aristotélica, **vínculo expressamente a categoria Direito com a categoria Justiça (...)**”.<sup>3</sup>

Pois bem, a sociedade politicamente organizada não tolera o Estado litigioso. Quando deixa de existir harmonia nas relações sociais, reclama a comunidade por justiça, “(...) para cuja proteção e incremento os homens se valem do direito enquanto técnica de convivência”.<sup>4</sup>

A manifestação popular é exemplo típico do que foi falado acima. “A vida de uma sociedade que decorre de harmonia com regras jurídicas ou não (...)”<sup>5</sup> passa a estar dividida, num determinado momento histórico, entre aqueles que pugnam por uma justa convivência social, e aqueles que não respeitam as regras de comportamento impostas.

Lê-se facilmente, quando de uma manifestação qualquer de seres humanos, dizeres do tipo: “*QUEREMOS NOSSOS DIREITOS*”, ou do tipo “*QUEREMOS JUSTIÇA*”. Numa primeira análise, e de forma bastante genérica, o que deseja este grupo de seres humanos, senão um tratamento igualitário, isto é, que referidas regras (impostas) sejam aplicadas e efetivamente cumpridas por todos que se acham em pé de igualdade?

O princípio da igualdade de direitos, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, prevê que todos os seres humanos têm direito a tratamento idêntico pela lei.

Deste princípio, extrai-se, portanto, que são vedadas todas e quaisquer diferenciações arbitrárias ou absurdas aos seres humanos, porém, “o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...)”.<sup>6</sup>

Na estrutura da idéia de justiça há, portanto, um aspecto uniforme, resumido no preceito “tratar da mesma maneira os casos semelhantes”,<sup>7</sup> e um critério variável, que consiste em tratar diferentemente os casos diferentes.

O fato é que o intérprete, no exercício de sua função jurisdicional, qual seja a de dizer o direito ao caso concreto, “(...) deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas”.<sup>8</sup> Somente assim, afinal, estará a sociedade convicta de que a justiça se faz presente em meio às complexidades dos fatos sociais, pois, agora, os seres humanos, antes avessos às regras de conduta, estão sujeitos a proceder ou responder em harmonia com a regra, vale dizer – de conformidade com o direito.

Referido princípio – tratar da mesma maneira os casos semelhantes – implica dizer que o intérprete, em face de uma perturbação do equilíbrio social, e do apelo da comunidade pelo bem-estar ou harmonia social, encontra-se em determinado momento comprometido em ditar a justiça.

Assim, desde que todos os seres humanos de uma comunidade estejam ligados entre si por laços de igualdade, tem-se que nenhum deles poderá aproveitar-se de sua superioridade, seja econômica, política, social-cultural, ou utilizar-se da força para alcançar um fim em detrimento de seu semelhante.

Entretanto, caso ocorra uma atuação ilícita ou reprovável, o intérprete/autoridade pública é chamado a utilizar-se da retrofalada técnica – o direito – para restabelecer a organização e a igualdade entre os seres humanos. Dispõe o intérprete, então, de um complexo de normas capaz de proporcionar a restauração do estado anterior à perturbação havida, mais propriamente, predispõe de dispositivos legais que possam vir atribuir ao causador do dano uma

indenização àqueles lesionados, o que vem consistir no compromisso de sempre zelar pelo bem-estar geral da sociedade.

Ainda, trilhando a mesma linha de pensamento do autor Hart, qual seja – justiça: harmonia com o direito, Alf Ross tece valiosas contribuições a respeito da igualdade como sinônimo de justiça, isto é, “como uma exigência de que los iguales sean tratados de la misma manera”,<sup>9</sup> segundo critérios de mérito e necessidade.

Afirma o mesmo autor acima citado que “en la filosofía del derecho natural, la idea de justicia há ocupado siempre un lugar central. El derecho natural insiste en que en nuestra conciencia reside una idea simple y evidente, la idea de justicia, que es el principio más elevado del derecho como opuesto a la moral. La justicia es la idea específica del derecho. Está reflejada con un grado mayor o menor de claridad o desfiguración en todas las leys positivas y es la medida de sua corrección”.<sup>10</sup>

Por fim, o autor Volnei Ivo Carlin também dá sua contribuição quando afirma que, “a propósito do conteúdo da palavra justiça, é esta considerada como a virtude que inclina a dar a cada um o que lhe corresponde; no sentido jurídico, Justiça é o que está conforme o direito, tomando-se em conta que este não é um fim em si mesmo, mas um veículo para obter a Justiça. A semântica do vocábulo Justiça designa, ao mesmo tempo, o modo de funcionamento do aparelho judicial e o conjunto de jurisdições (justiça – instituição), inspirando o sentimento de sabedoria, ética, transparência e segurança jurídicas”.<sup>1</sup>

Tem-se, a partir deste último conceito, uma concepção de justiça enquanto instituição, quer dizer, como o poder do Estado capaz de dizer e aplicar o direito aos casos concretos.

É o intérprete, revestido de autoridade pública, que, no exercício de sua função jurisdicional, dá mobilidade à máquina judiciária, fazendo-a funcionar em face de princípios constitucionais/éticos, sem esquecer da transparência e probidade necessárias, com o intuito de proporcionar à comunidade segurança e justiça.

A justiça, obtida através do exercício do juízo, “(...) deve ser possível para todos os homens livres, sobre as ordenações normativas que os regem. Que hoje esse juízo não pode ser exercido com base em noções tautológicas ou ideais quiméricos é fato reconhecido. Mas também é fato que ele pode e deve se objeto de

uma disciplina específica que o torne positivo e o mais rigoroso possível, sem subtrai-lo às suas condições empíricas. Dessa forma, o conceito de justiça ainda pode reassumir a função que sempre teve: a de instrumento de reivindicação e de libertação”.<sup>12</sup>

O intérprete, no exercício do juízo, portanto, há que utilizar-se dos “filtros” retrofalados (ora na comunicação escrita, ora na leitura e valoração dos fatos), a fim de abstrair dos fatos a mais aproximada realidade possível e, em conjunto com a norma, que por sua vez deve ser a mais precisa e rigorosa, produzir seu trabalho final.

Este mesmo intérprete/autoridade pública necessita estar divorciado de bases ou ideais tautológicos ou fantasiosos. Pelo contrário, e de acordo com o pensamento do autor estudado – Hart, o intérprete precisa assumir uma visão pragmática, intimamente ligada à dinâmica do direito.

Ao conciliar o sistema jurídico com o mundo da vida e as novas exigências sociais (teoria x prática), assume o intérprete uma perspectiva funcionalista, passando a analisar e descobrir, realmente, as funções sociais do direito, tornando-se até mais democrático.

Destarte, quando utiliza de um sistema jurídico bem ordenado, apto a possibilitar a convivência organizada de uma comunidade, e, ao mesmo tempo, dispensa de um tratamento igualitário aos seus integrantes, consegue o intérprete a manutenção da paz social, finalidade maior do direito, este último entendido como um veículo para alcançar-se a justiça.

Em face do que até aqui foi exposto, passa-se agora à análise das teorias defendidas pelos autores Hart e Dworkin, no que diz respeito à atuação do intérprete/autoridade pública enquanto no exercício de sua função jurisdicional.

Hart sustenta uma posição pragmática de juízo, bem como defende a teoria pela qual o juiz, nos casos difíceis, tem poder de discricção para decidir um caso concreto em um ou em outro sentido.

Por outro lado, Dworkin considera a teoria da discricionariedade do juiz totalmente inadequada, passando a sustentar a teoria pela qual o aplicador do direito deve optar pela norma estabelecida no precedente.

Num primeiro momento, em análise à teoria do autor Hart, tem-se que os “os juízes não estão confinados,

ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução << mecânica >> de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito freqüentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiça ou ofender princípios morais assentes”.<sup>13</sup>

Ainda, na defesa de sua teoria, refere-se o autor às normas primárias, as quais considera estáticas, posto que não prevêm movimentos, e segundo o qual o direito não evolui, como também se refere às normas secundárias, que as batizou de normas de reconhecimento, que, de outra banda, permitem a dinâmica do direito, criando normas de alteração e modificação.

Por fim, para dar ênfase à sua teoria, em contraposição à do autor Dworkin, cita que “a textura aberta do direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito”.<sup>14</sup>

Já Dworkin, autêntico crítico do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista, mantém-se firme à aplicação do precedente, segundo o qual os juízes têm o dever de ajustar suas decisões às decisões de outros tribunais. Explica, assim, a força gravitacional de um precedente, apelando-se à equidade, isto é, tratar de maneira semelhante os casos semelhantes.

Sustenta este segundo autor que, quando da aplicação do direito, mais propriamente do direito consuetudinário, isto é, da aplicação do direito promulgado por outros tribunais, não deve o juiz fazer lei nova, mas sim uma interpretação desta norma de direito consuetudinário.

Assim é que “(...) acepta que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos, y que los jueces tienen el deber general de ajustarse a las decisiones anteriores de su tribunal o de tribunales superiores cuyas bases lógicas, como dicen los juristas, abarquen el caso que tienen entre manos”.<sup>15</sup>

Finalmente, quando o juiz opta entre uma norma precedente ou uma norma nova, está a formular um juízo que lhe exige compromisso.

Porém, concluída a análise das teorias de cada um dos autores estudados, principalmente dos pontos controvertidos existentes, há necessidade de fixar-se aqui uma posição pessoal do que seja justiça.

A justiça existe, ou ao menos é perseguida, em toda decisão pelo intérprete proferida, posto que, uma vez incumbido da atividade da prestação jurisdicional, passa a agir com seriedade, probidade, e, principalmente, de conformidade com os mais rigorosos preceitos legais, aplicando-os aos casos concretos. O intérprete tem um dever para consigo mesmo, isto é, sua consciência, bem como para com toda sociedade. O intérprete restabelece a situação anterior à conduta ilícita do ser humano.

Para o povo, sempre atento às transformações ambientais, culturais, econômicas e tecnológicas, a idéia de justiça varia conforme as exigências e necessidades pessoais de cada ser humano, ou grupo deles. A preocupação não é, quase sempre, o bem comum, mas o próprio benefício.

Com isso, a idéia de justiça está mais ligada à vontade e satisfação pessoal dos seres humanos do que à idéia de paz, felicidade, harmonia entre as relações sociais e bem-estar da coletividade.

# NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- <sup>1</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2.ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1994. p. 12.
- <sup>2</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. *op. cit.* p. 12.
- <sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 2.ed. Florianópolis: OAB/SC Editora. 1999. p. 71.
- <sup>4</sup> LAFER, Celso. *apud* PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. *op. cit.* p. 72.
- <sup>5</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. *op. cit.* p. 100.
- <sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 61.
- <sup>7</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. *op. cit.* p. 174.
- <sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. *op. cit.* p. 62.
- <sup>9</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970. p. 263.
- <sup>10</sup> ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. *op. cit.* p. 261.
- <sup>11</sup> CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica: ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 28.
- <sup>12</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 596.
- <sup>13</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. *op. cit.* p. 220.
- <sup>14</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. *op. cit.* p. 158.
- <sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serie*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p. 177.