



Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho

**A Decisão Judicial na Teoria
dos Direitos de Ronald
Dworkin: em busca de uma
aproximação da idéia de
justiça e legitimidade na
aplicação do direito**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientador: Gisele Guimarães Cittadino

Rio de Janeiro

Abril de 2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho

**A Decisão Judicial na Teoria dos
Direitos de Ronald Dworkin: em
busca de uma aproximação da
idéia de justiça e legitimidade na
aplicação do direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre pelo
Programa de Pós-graduação em Direito do
Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada
pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino

Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Florian Hoffmann

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adrian Sgarbi

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 02 de abril de 2008.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho

Graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas - MG em 2006. É professor universitário de Filosofia do Direito, Direito e Linguagem e Introdução ao Estudo do Direito na Faculdade de Direito de Itabira (FUNCESI).

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros

A Decisão Judicial na Teoria dos Direitos de Ronald Dworkin: em busca de uma aproximação da idéia de justiça e legitimidade na aplicação do direito. / Jorge patrício de Medeiros Almeida Filho; orientadora: Gisele Guimarães Cittadino. – 2008.

161 fls. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Decisão Judicial. 3. legitimidade. 4. Justiça. 5. Democracia Constitucional. I. Gisele Guimarães Cittadino. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A meu pai Jorge Patrício de Medeiros Almeida por ter sido mais eu em seus passos e por me levar tão longe com eles. Nos momentos em que não olhava para mim, analisava os caminhos pelos quais eu um dia certamente passaria.

A minha mãe Célia Maria dos Santos Almeida por me ensinar que a vida não é algo que se tenha que percorrer apenas como labor; viver é não ter que se retrair, é ser a última palavra de seu próprio destino.

A Papaula, Kekely e Vovó Adélia, fontes inesgotáveis de amor.

“Jaqueline esse é seu namorado..? Quem? Jorginho...? Esse é meu eterno namorado”...

Jaqueline Patrício

AGRADECIMENTOS

Sou grato a minha orientadora Profa. Dra. Gisele Guimarães Cittadino pelas lições de Direito, sensibilidade e respeito, sempre pertinente e significativa no ser de seu tempo. Sou grato a minha orientadora em outro sentido ainda mais fundamental: manter-se numa postura acadêmica espontânea e competente sem entregar-se às vicissitudes da vaidade, o que fez de Gisele minha referência no estudo responsável do Direito e da Democracia Constitucional.

Agradeço a minha família por sempre olhar-me de forma crédula; por depositar em mim tanta confiança e amor.

Agradeço aos amigos que sempre estiveram à vista quando se fez preciso, em especial a Jadir Pereira da Cruz Filho e José Emi de Moura. Proximidade não se diz ou se escreve; ou existe ou não existe.

Agradeço aos amigos Helder Amorin e Juraciara Vieira, pelos diálogos sobre teoria do Direito e pelos bons momentos divididos enquanto mestrandos de Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Agradeço, por fim, a todos que por mim passaram e me deixaram algo de proveitoso. O aprendizado pode ser tranquilo ou doloroso, pode ter vários nomes ou um só, pode vir de várias direções, pode mostrar como somos grandes em nosso ser projetado de forma fenomenológica, como uma explosão. Agradeço a todos que proporcionaram uma amostragem do meu ser.

RESUMO

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros Almeida; Cittadino, Gisele Guimarães. A Decisão Judicial na Teoria dos Direitos de Ronald Dworkin: em busca de uma aproximação da idéia de justiça e legitimidade na aplicação do Direito. Rio de Janeiro, 2008. 161 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SOCIEDADES MAIS COMPLEXAS EXIGEM DA PRÁTICA DO DIREITO UMA JUSTIFICAÇÃO TAMBÉM MAIS COMPLEXA E REFINADA. DESDE QUE A SOCIEDADE PRETENDEU SUA AUTO-AFIRMAÇÃO RACIONAL E INTITULOU-SE MODERNA, PÔDE EXPERIMENTAR SABORES E DISSABORES NA PERQUIRIÇÃO DE SEU ILUMINADO PROJETO EMANCIPATÓRIO. EM TERMOS DE CIÊNCIA E TEORIA DO DIREITO A CRENÇA NA NEUTRALIDADE, FIRMADA EM UMA FALSA COMPREENSÃO DO FUNCIONAMENTO DO EQUIPAMENTO COGNITIVO HUMANO, LEVOU TEÓRICOS A DEFINIREM A RELAÇÃO ENTRE DIREITO, MORAL E POLÍTICA DE FORMA NÃO MENOS EQUIVOCADA, EXTRAVIANDO O PROJETO MODERNO DE EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO. A RETOMADA DO PROJETO MODERNO EM TERMOS DE UMA TEORIA DO DIREITO E DE UMA CIÊNCIA CRÍTICA, NOS MOLDES DA TEORIA DOS DIREITOS DE Ronald Dworkin MOSTRA, APÓS UM RE-ENTENDER DA ATIVIDADE COGNITIVA DO SER, QUE A IDÉIA DE DIREITOS SÓ FAZ SENTIDO EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CAPAZ DE MOSTRAR QUE, MEDIANTE O RECONHECIMENTO DE IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO A TODOS OS MEMBROS DE UMA COMUNIDADE LEGÍTIMA, A ADEQUADA RELAÇÃO ENTRE DIREITO, MORAL E POLÍTICA MANDA QUE PRINCÍPIOS PESSOAIS E COMUNITÁRIOS FAÇAM PARTE DO DIREITO DESDE UMA PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE DESTA PRÁTICA. CONTUDO, A COMPLEXIDADE DE SE TRABALHAR COM OS REFERIDOS PADRÕES NORMATIVOS EM TERMOS DE DECISÃO JUDICIAL, ANTES DE NEGÁ-LOS, EXIGE UMA PRÁTICA INTERPRETATIVA PROCEDIMENTALIZADA CAPAZ DE RECONSTRUIR COM IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO A JUSTIFICAÇÃO MORAL COMO MEDIDA PARA OS JUÍZOS JURÍDICOS ESPECÍFICOS, OU SEJA, A TEORIA DO DIREITO E DA DECISÃO JUDICIAL EM QUESTÃO FORNECE, DESDE UMA PERSPECTIVA INTERNA, UMA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA AO MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Palavras-chave

Decisão Judicial. Estado Democrático De Direito. Pluralismo. Legitimidade.

RESUMEN

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros Almeida; Cittadino, Gisele Guimarães. La Decisión Judicial en la Teoría de los Derechos de Ronald Dworkin: en búsqueda de un acercamiento de la idea justicia y legitimidad en la aplicación del derecho. Rio de Janeiro, 2008. 161 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Sociedades más *complejas* exigen de la práctica del Derecho una *justificación* también más compleja y refinada. Desde que la sociedad ha pretendido su auto-afirmación racional y se ha intitulado moderna, se puede experimentar aciertos y desaciertos en la investigación detallada de su iluminado proyecto emancipador. En términos de ciencia y teoría del Derecho la creencia en la *neutralidad*, firmada en una falsa comprensión del funcionamiento del sistema *cognitivo* humano, hizo con que teóricos la definiesen como la relación entre *Derecho, Moral y Política* de forma no menos equivocada, extraviando el *proyecto moderno de emancipación del individuo*. El reinicio del proyecto moderno en términos de una teoría del derecho y de una ciencia crítica, en los moldes de la teoría de los derechos de RONALD DWORKIN muestra, tras un re-entendimiento de la actividad cognitiva del ser, que la idea de los derechos sólo hace sentido en una *democracia constitucional* capaz de mostrar que, mediante el *reconocimiento de igual consideración y respeto a todos los miembros de una comunidad legítima*, la adecuada relación entre Derecho, Moral y Política manda que principios personales y comunitarios hagan parte del Derecho desde una *perspectiva del participante de esta práctica*. Sin embargo, la complejidad de trabajar con los referidos modelos normativos en términos de *decisión judicial*, antes de negarlos, exige una *práctica interpretativa con procedimiento capaz de reconstruir con igual consideración y respeto la justificación moral como medida para los juicios jurídicos específicos*, o sea, la teoría del derecho y de la decisión judicial en cuestión suministra, desde una perspectiva interna, una *concepción de justicia* constitucionalmente adecuada al modelo del Estado Democrático de Derecho.

Palabras-clave

Decisión Judicial. Estado Democrático de Derecho. Pluralismo. Legitimidad.

Sumário

1 . Introdução	10
2 . Elementos para uma teoria da decisão judicial na alta modernidade	19
2.1. Apontamentos Sobre o Giro Hermenêutico: a clássica cisão entre descrever e prescrever como incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento	26
2.2. John Rawls, Michael Walzer, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin: por uma idéia de pluralismo	45
2.3. O Direito após um desencantamento e um novo “re-encantamento”	59
3 . Os Fatores Reais de Poder, a Força Normativa da Constituição e a Sociedade Aberta dos Intérpretes	75
3.1. Da Tensão entre Faticidade, Normatividade e Legitimidade, o Direito como prática social interpretativa	92
4 . A decisão judicial em H. Kelsen: a insuficiência de um marco positivista .	101
5 . A decisão judicial na teoria do direito como integridade de R. Dworkin	121
5.1. O necessário procedimento por detrás da metáfora do Deus Hércules: levando a sério o império dos direitos	129
5.2. Imparcialidade e procedimentalização da justificação moral na aplicação do Direito: por uma retomada do indivíduo e da modernidade extraviada em busca de uma concepção de justiça	137
6 . Conclusão	151
7 . Bibliografia	157

“Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical”.

Jürgen Habermas

1

Introdução

Nenhuma pergunta parece ser tão endêmica ao debate jurídico-acadêmico teórico e prático quanto a que indaga: *o que é o Direito?* RONALD DWORKIN em sua obra central “*O Império do Direito*” apenas ousou uma resposta mais inteira na última página de seu texto. H. L. A. HART, muito embora tenha nomeado sua obra central de “*O Conceito de Direito*”, diferentemente de DWORKIN, sequer postou lá um conceito de Direito. HANS KELSEN buscou em um alicerce filosófico cientificista positivo um porto para poder firmar sua concepção do que seria o Direito, ao custo de deixar fora de sua empreita, grande parte do seu objeto indireto de análise, ou seja, o próprio Direito. Enfim, não há obra jurídica que não examine ou pressuponha, responsável ou irresponsavelmente, uma resposta para a questão de se saber o que é o Direito.

Mas, nenhum momento parece ser tão carente desta questão quanto aquele em que fazemos juízos sobre os deveres das pessoas, sejam eles institucionais ou não. Talvez a pergunta guarde uma complexidade tão grande a ponto de não estar sendo devidamente problematizada no momento em que são julgadas as obrigações recíprocas decorrentes de compromissos comunitários então chamados de direitos. Ao que tudo indica, toda tentativa, até o momento, de se fixar o “*ser*” do Direito levou a uma retração de seu sentido mais originário.

Os redutores de complexidade sempre se apresentaram como verdadeiros retratores da essência do Direito. A orientação teológica do Direito usou de discursos místicos para reduzir o complexo de questões pertinentes à definição das obrigações e dos deveres gerados pela relação intersubjetiva da própria sociedade, então manipulada, no âmbito do discurso, por *forças externas*: “*O princípio exterior que inclina para o mal é o diabo, de cujas tentações já se falou na primeira parte. O princípio exterior que move para o bem é Deus, que tanto nos instrui, pela lei, quanto nos ajuda, pela graça*” (AQUINO, 2006, p.47).

Noutro giro, ainda sob a obediência divina, mas já com os olhos mais voltados para a figura humana, era a natureza das coisas que permitia que se falasse em *leis imutáveis*, estabelecendo um “*direito a priori*” definido por

estipulação: “O Direito é a razão universal, a suprema razão fundada sobre a natureza mesma das coisas” (PORTALIS, 2006, 237). O que eram os direitos das pessoas? Essa pergunta, pode-se dizer, era metodologicamente errada diante de um redutor de complexidade como o direito natural. O Direito não é social e sim natural e, justamente neste sentido a pergunta adequada seria *o que é o direito natural*. “Quando não somos guiados por algo estabelecido ou conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remontamos os princípios do direito natural. Pois se a previsão dos legisladores é limitada, a natureza é infinita” (PORTALIS, 2006, 228).

Contudo, o redutor de complexidade, no que tange à pergunta o que é o Direito, mais presente nos tempos atuais, é fruto justamente da desconfiança em relação ao *não conhecido*, ou seja, tanto em relação ao *teológico* quanto ao *metafísico*. O Direito, como direito positivo, teve toda complexidade da questão reduzida a um ato de produção formal de regras decorrente de atos de competência. “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o direito, está contida a afirmação _ menos evidente _ de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica” (KELSEN, 1998. p.79).

O positivismo *filosófico, científico e jurídico*, respectivamente representados por A. COMTE, M. WEBER e H. KELSEN tiveram papel fundamental na *organização* do conhecimento jurídico; afinal esse era o ideal que permeava a pretensão positivista de “*ordem e progresso*”, como já havia enunciado COMTE. Entretanto, se uma *vinculação ética* do fenômeno jurídico não foi capaz de responder à complexidade e ilegitimidade do Direito na crescente sociedade que avançava em direção aos sécs. XVIII e XIX, o positivismo se mostrou tão frágil quanto as definições passadas, isso em decorrência de sua nudez axiológica. Se o Direito foi eclipsado nas concepções éticas por detentores de privilégios eclesiais ou intelectuais, a redução formalística do Direito no positivismo levou a uma abertura para a *dominação finalística*, ou, como disse WEBER, *dominação instrumental*, em um *macro* sentido de *dominação*, ou *micro* sentido de *disciplina*, seguindo respectivamente MARX ou FOUCAULT. Com HABERMAS (HABERMAS, 1987. p. 253 e segs.) esse processo de instrumentalização da dominação pela via do direito formal, recebeu o nome de “*colonização do mundo da vida*”, ou seja, irracionalização comunicativa dos ideais de entendimento legítimo, por meio dos imperativos sistêmicos da economia e da burocracia.

Bem, em decorrência da trágica caminhada do Direito, “sempre colocado em segundo plano”, e até por isso indefinido ou definido segundo prioridades parciais, não faltou quem colocasse em dúvida a própria existência do Direito

como Direito. Assim, concluíam alguns que, mesmo que se tenha deixado de lado o extra-mundo e as conspirações elitistas, o Direito, ou seja, a Constituição dos direitos, na perspectiva do discurso em uso desde o séc. XIX, não passava de uma incompreensão do verdadeiro sentido político por detrás da *fraqueza documental da Constituição*. FERDINAND LASSALE (LASSALE, 2001. p.10) foi enfático ao demonstrar como o movimento jurídico do Direito encontra-se dependente e submisso aos reais fatores determinantes das relações sociais, ou seja, aos “*fatores reais de poder*”.

Da *sacralização à secularização e laicização* do Estado, já de direito, a ausência de uma determinação satisfatória do que fossem real e claramente, os direitos do povo ou da sociedade levaram a um mal-estar teórico e a um período que “*parece significar a ‘morte do direito’*”, como diria GISELE CITTADINO (2004, p.141).

A nova ordem erguida sob imperativos que colonizam os espaços onde a razão deviria deliberar livremente, levou a modernidade tanto a uma conceituação simplória de “*processo geral de desenvolvimento social*” (COLEMAN, *Apud*, HABERMAS, 2000, p.05) quanto a uma própria negação de sua existência, ou seja, à conclusão de que “*as premissas do esclarecimento estão mortas*” (GEHLEN, *Apud*, HABERMAS, 2000, p.06).

E se a morte do Direito não responde de forma satisfatória o que é o *Direito*, o movimento de “*retorno ao direito*”, por mais que soe estranho, não foi algo que decorreu essencialmente do Direito, mas sim de uma *concepção de justiça* compatível a um modelo de *sociedade bem organizada*, como pretendeu JOHN RAWLS na década de 70, com sua obra “*Uma Teoria da Justiça*” (RAWLS, 2002). É interessante notar que o retorno ao Direito é, na verdade, o *retorno à justiça* e nesta corredeira outro debate fundamental se estabelece disputando basicamente qual o sentido mais adequado ao tratamento da diversidade moral das sociedades dos sécs. XX e XXI. Ou seja, qual a forma adequada de se entender e tratar a diversidade de credos e projetos de vida nas sociedades pós-industriais. É assim, por exemplo, que JOHN RAWLS e MICHAEL WALZER defenderam distintas orientações sobre o *pluralismo*, estando o primeiro comprometido com uma concepção liberal de *autodeterminação moral* e o segundo comprometido com um discurso de *auto-realização ética de valores comunitários*.

Em termos especificamente de teoria do Direito, os clássicos não conseguiram fugir às dificuldades impostas pela falta de referência valorativa e da conseqüente camisa de força em termos de operacionalização de conteúdo

normativo. Assim, mantiveram-se presos no formalismo jurídico autores clássicos como Kelsen e Hart. Na falta de um padrão normativo mais abrangente do que as meras fórmulas lingüísticas abertas, oferecidas pelo direito positivo, a complementação estrutural desse modelo de regras foi entregue ao juízo livre sobre *política jurídica* a ser realizado pelo aplicador do Direito, que aplicaria uma norma de competência como se *aplicasse* o Direito em sua integralidade; o resto não poderia ser outra coisa senão *criação* própria. Ou seja, a junta para se fazer funcionar a dinâmica estrutura do sistema de direitos seria um *ato subjetivo monológico* (*legítimo?*). Um exemplo do subjetivismo judicial desvinculado de uma melhor compreensão da atividade judicante foi dado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ministro Humberto Gomes de Barros, no Agravo Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, 2001/0154045-5, ao esposar sua auto-suficiência intelectual, criada por norma constitucional.¹

Seja como for, já na década de 80, um acadêmico chama atenção para seu trabalho ao elaborar um modelo de regras capaz de ir além do formalismo inerente ao positivismo. Como pós-positivista, Ronald Dworkin vê na prática social cotidiana um emaranhado de relações que, ao se formarem, calejam *princípios normativos* capazes de serem reconstruídos para legitimar uma justificação axiológica do Direito de forma compatível à complexidade das sociedades plurais dos séculos XX e XXI.

É claro que Dworkin pode ser encaixado como um filósofo do retorno ao Direito, já que acredita no poder racional e legítimo do Direito enquanto Direito. Mas ao contrário de filósofos da justiça como Rawls, onde o Direito decorre de

¹ (Agravo Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, 2001/0154045-5) “MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data vênica de S. Exa. Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que pensamos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico _ uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. Peço vênica ao Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa. Muito Obrigado.” In: ____ Chamon Junior, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008. p. 145.

uma *concepção de justiça*, DWORKIN dedica-se à questão de responder o *que é o Direito*. Tanto a idéia de justiça como de pluralismo em DWORKIN decorrem de uma concepção de Direito como integridade fundada em um postulado político moral de “*igual consideração e respeito*” (DWORKIN, 1999, 2000, 2002, 2003, 2006).

O primeiro passo de DWORKIN, que é de bastidor, é compreender que a *clássica cisão entre descrever e prescrever representa uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento*. O postulado de neutralidade científica, pregado, por exemplo, por WEBER e por Kelsen, ignora sua *parcialidade pré-científica*, ou seja, ignora a própria funcionabilidade do aparelhamento cognitivo humano. DWORKIN assume de corpo inteiro aquilo que é chamado de *giro hermenêutico*, na medida em que troca de premissa epistemológica. DWORKIN gira de um postulado de “*realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, ou seja, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais*” (Kelsen, 2003, p.214), para um

Não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler “o que aí está”, e de extrair das fontes ‘como realmente foi’ (GADAMER, 1999, pp.396-97).

DWORKIN é um teórico comprometido com o *espírito moderno*.

Individualismo, crítica, autonomia do indivíduo e uma *filosofia que pensa a si mesma*, detectados como espírito da modernidade são retomados por RONALD DWORKIN em termo de teoria jurídica, ou seja, em termos de teoria do Direito, na exata medida em que (re) toma estes elementos, bem como o ideal de *liberdade, igualdade e fraternidade* para fundamentar uma *concepção moral de política* capaz de realizar o projeto moderno por um *Direito que possui uma consciência normativa suficientemente crítica para pensar a si mesmo* e, justamente por isso, capaz de superar um aguilhão positivista sujeitista e entender o Direito como uma prática social interpretativa reflexiva e crítica, racional-moderna e, mais uma vez, capaz de se determinar frente à *tradição, ao sagrado e ao irracional sistêmico*.

E se em algum momento o homem sentiu medo da liberdade² (bênção ou maldição?), os tempos atuais requerem coragem para que seja assumida pelo

² “Lion Feuchtwanger propôs que os marinheiros enfeitiçados por Circe e transformados em porcos gostaram de sua nova condição e resistiram desesperadamente aos esforços de Ulisses para quebrar o encanto e trazê-los de volta à forma humana. Quando informados por Ulisses de que ele

homem sua posição de ser racional capaz de se libertar do poder institucional ilegítimo e das disciplinas acríticas, já que ninguém fará isso por ele.

E como já fora dito, em nenhum momento parece fazer valer a necessidade dessas premissas como no momento da decisão judicial.

É com vistas neste dado que DWORKIN assevera que o modo como os juízes decidem os casos é muito importante para todo aquele que possa se ver diante de um tribunal, tendo em vista que pessoas estão freqüentemente sujeitas a ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral emanada dos órgãos legiferantes, seja em uma *dimensão jurídica* ou mesmo em uma, muito importante, *dimensão moral* (DWORKIN, 1999. p.03). Contudo, ter uma decisão coerente e respeitar o próprio indivíduo, enquanto, contra RAWLS e WALZER, ser autônomo dotado de um direito à “*igual consideração e respeito*”, pressupõe que “*autodeterminação moral*” e “*auto-realização ética*” são co-significados reciprocamente. DWORKIN sabe que a sobreposição estipulada entre “*liberdade*” e “*igualdade*” levou a humanidade a vivenciar capítulos trágicos como a exploração do *Estado Liberal* e os horrores dos *Estados Autoritários*. Uma decisão judicial sob o paradigma de *Estado Democrático de Direito*, único paradigma que possibilita a *autonomização/libertação* do indivíduo, DWORKIN entende que é aquela em que:

[...] o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para estes fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião (DWORKIN, 2006, p.11).

É por isso que todas as partes que participam do drama jurídico devem ser convidadas a participarem da construção das concepções e verdades sobre os conceitos usados para fundamentar uma tomada de decisão segundo o procedimento que DWORKIN chama de “*Leitura Moral da Constituição*”.

tinha encontrado as ervas mágicas capazes de desfazer a maldição e de que logo seriam humanos novamente, fugiram numa velocidade que seu zeloso salvador não pôde acompanhar. Ulisses conseguiu afinal prender um dos suínos; esfregada com sua erva maravilhosa, a pele eriçada deu lugar a Elpenoros _ um marinheiro, como insiste Feuchtwanger, em todos os sentidos mediano e comum, exatamente “como todos os outros, sem se destacar por sua força ou por sua esperteza”. O “libertado” Elpenoros não ficou nada grato por sua “liberdade” e, furiosamente, atacou seu “libertador”: Então voltaste, ó tratante, ó intrometido? Queres novamente nos aborrecer e importunar, queres novamente expor nossos corpos ao perigo e forçar nossos corações sempre a novas decisões? Eu estava tão feliz, eu podia chafurdar na lama e aquecer-me ao sol, eu podia comer e beber, grunhir e guinchar, e estava livre de meditações e dúvidas: “O que devo fazer, isso ou aquilo?” Por que vieste? Para jogar-me outra vez na vida odiosa que eu levava antes?”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 25.

A leitura moral propõe que todos nós — juízes, advogados e cidadãos — interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”. “Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige? (DWORKIN, 2006, pp. 02 e 57).

Bem, as verdades absolutas não mais existem em sede de discurso jurídico; por outro lado, existe uma grande promessa de emancipação, que já se arrasta a longo tempo, pela qual a capacidade racional do homem deveria levá-lo à construção de tudo que fora des-construído, ou melhor, desmanchado pelo desencantamento do Direito enquanto sistema instrumentalizador da liberdade e da igualdade dos povos.

A tarefa de julgar também já passou por diferentes formas de auto-compreensão e mesmo de legitimidade, o que equivale dizer que, da magistratura *Bouche de la loi* até a *teleologia das diretrizes materializantes da vontade da lei*, o exercício da jurisdição foi incapaz de atender às pretensões de toda sociedade, representando verdadeiros modelos *exclusivos*, insuficientes frente à necessidade de liberdade e igualdade, seja no plano político, ético ou mesmo jurídico.

É esta incapacidade/crise da prestação jurisdicional e a própria indefinição do que seja o Direito que está por detrás da busca de *segurança jurídica* e *justificação* das decisões judiciais, sobretudo porque a complexidade das sociedades hodiernas parece crescer aceleradamente e demandar uma reflexão crítica sobre o papel de uma jurisdição constitucional legítima. É por isso que se pergunta sobre a possibilidade de se alcançar segurança jurídica e correção na decisão judicial.

O Direito dos tempos atuais está diante de uma complexidade que se intensifica drasticamente na medida mesmo que este Direito assume sua função de integralizador social. Os efeitos da globalização, do capitalismo avançado, da crise de legitimidade penal do Estado, das dificuldades de acordo entre setores produtivos e empregados, da decorrente busca de flexibilização de garantias constitucionais, das manifestações “populares” ilegítimas, mas não necessariamente desproporcionais, como nos casos de invasões de prédios públicos e suas posteriores tipificações penais cegas à complexidade do fato e tantos outros fatos que não estão devidamente normatizados em termos de uma concepção clássica de direitos, requerem um constitucionalismo forte, crítico,

não positivista ou sujeitista, ou seja, requerem uma atitude interpretativa responsável sobre os compromissos comunitários que, no caso, devemos assumir.

A dificuldade no trato das questões sociais contemporâneas parece estar centrada no fato de que tanto a disciplina quanto os imperativos sistêmicos de dominação dificultam determinantemente qualquer ação coletiva mais densa. Tanto HABERMAS quanto FOUCAULT são pertinentes, dentre outras questões, pelo poder de seus discursos. Tanto a qualidade argumentativa de HABERMAS como a capacidade de eloquência do discurso de FOUCAULT estão a serviço do florescimento de uma sociedade cada vez mais crítica em relação a si mesma, já que tanto os imperativos sistêmicos quanto as disciplinas decorrem de suas próprias lógicas de funcionamento. Mas se estes autores apontam para o poder da irracionalidade das sociedades atuais, com DWORKIN, em termos de teoria do Direito, os direitos são produtos de uma procedimentalização racionalizável da prática jurídica que coloca a todo instante os atos de fala dos participantes do drama jurídico em posição de crítica. As tradições, o ser passado, tanto quanto o pretendo ser futuro, são vistos com desconfiança por DWORKIN que recorre “a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (DWORKIN, 1999, p.75).

Assim, o positivismo jurídico e sua teoria da decisão judicial, não se fazem insuficientes pela teoria dos direitos de DWORKIN, muito antes, uma teoria da decisão judicial no marco positivista se faz insuficiente justamente frente às tensões cobradas por uma modernidade que se vê em um nível duplamente elevado, seja pela complexidade da sociedade pós-industrial, seja pela criticidade radical à qual deve se entregar em busca de resultados legítimos.

A presente pesquisa demonstra que as perguntas: *o que é o Direito (?)* e *como decidir bem (?)*, são siamesas, porque dividem uma só possibilidade de existência.

É por esta alta complexidade que devemos questionar e ver a importância de se decidir bem e de se saber o que é o Direito. Questões que a esta altura não se podem mais dissociar.

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e 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 esta atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está

disposta para 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 quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. 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 juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta 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).

2

Elementos para uma teoria da decisão judicial na alta modernidade

Como definir o tempo presente no qual uma teoria/filosofia do Direito é capaz de pensar a si mesma? Desde qual perspectiva poderíamos pensar o Direito sob um projeto *'inacabado de modernidade'* (HABERMAS, 2000, p.01) que, ao atingir uma certa maturidade, é capaz de olhar para o rastro borrado, porque marcado com erros, que têm deixado para traz e reassumir uma postura mais adequada a suas próprias propostas e responsabilidades? E por que falar de uma teoria da decisão judicial de *alta modernidade*?

A filosofia, desde HEGEL, restou desautorizada e, na verdade, incapacitada de ser pensada por si mesma, fora de seu próprio tempo. No que tange ao tema da temporalidade, HEGEL foi o primeiro a tomar como problema filosófico o processo de *autocertificação da modernidade por si mesma* na medida em que este pretendeu desligar-se da estranheza de determinações normativas que buscavam força na tradição, ou seja, na *apropriação determinante do passado pelo presente* (HABERMAS, 2000, p.24). A modernidade pretendeu extrair sua normatividade de si mesma, queria se auto-referir sem recorrer a subterfúgios, estando assim a época moderna embrenhada na pretensão de consumir uma ruptura radical com a tradição (HABERMAS, 2000, p.12).

Como observa HABERMAS:

O espírito rompeu com seu mundo de existência e representação e está a ponto de submergi-lo no passado, e [se dedica] à tarefa de sua transformação... [...] Um presente que se compreende, a partir do horizonte dos novos tempos, como a atualidade da época mais recente, tem de reconstruir a ruptura com o passado como uma renovação contínua. É nesse sentido que os conceitos de movimento que, no séc. XVIII, juntamente com as expressões "modernidade" ou "novos tempos", se inserem ou adquirem os seus novos significados válidos até hoje: revolução, progresso, emancipação, desenvolvimento, crise, espírito do tempo, etc. (HABERMAS, 2000, p.10-12).

Sendo o primeiro a tratar a modernidade como tema filosófico, HEGEL viu no *princípio dos novos tempos*, ou seja, na *subjetividade* decorrente da *liberdade* e da *reflexão*, a explicação da modernidade, da qual HABERMAS demonstrou quatro conotações em sua obra:

a) individualismo: no mundo moderno, a singularidade infinitamente particular pode fazer valer suas pretensões; b) direito de crítica: o princípio do mundo moderno

exige que deve ser reconhecido por todos e se mostre a cada um como algo legítimo; c) autonomia da ação: é próprio dos tempos modernos que queiramos responder pelo que fazemos; d) por fim, a própria filosofia idealista: Hegel considera como obra dos tempos modernos que a filosofia apreenda a idéia que se sabe a si mesma (HABERMAS, 2000, pp.25-26).

Para HEGEL os acontecimentos que impulsionaram um *princípio da subjetividade* foram a *Reforma*, o *Iluminismo* e a *Revolução Francesa*.

Com Lutero, a fé religiosa tornou-se reflexiva; na solidão da subjetividade, o mundo divino se transformou em algo posto por nós. Contra a fé na autoridade da predicação e da tradição, o protestantismo afirma a soberania do sujeito que faz valer seu discernimento: a hóstia não é mais que farinha, as relíquias não são mais que ossos. Depois, a Declaração dos Direitos do homem e o Código Napoleônico realçaram o princípio da liberdade da vontade como o fundamento substancial do Estado, em detrimento do direito histórico: 'Considerou-se o direito e eticidade como fundados no solo presente da vontade do homem, já que outrora existiam apenas como mandamentos de Deus, impostos de fora, escritos no Antigo e no Novo Testamento, ou presentes na forma de um direito especial em velhos pergaminhos, enquanto privilégios, ou em tratados (HABERMAS, 2000, p.26). Grifou-se.

A partir deste princípio que representava uma descrição das necessidades filosóficas impostas pela modernidade, ou, na verdade, pelo próprio espírito da modernidade, HEGEL pretendeu, com uma filosofia que se pretendia moderna a ponto de se ver de fora e de se auto-criticar, resolver as cisões geradas pela diferenciação sistêmica auto-referida imanente da própria transição paradigmática de uma sociedade tradicional para uma moderna (HABERMAS, 2000, p.32).

Mas, neste sentido se, o “*espírito*” era “*moderno*”; ele o era na medida em que pretendia ver-se livre da *mão morta de sua própria história*, e isso só pôde se realizar pelo *derretimento dos sólidos*, implicando uma liquefação das tradições e do sagrado rumo a uma *profanação do mundo*, uma verdadeira luta contra a dureza de uma estrutura erguida sobre *lealdades* e *crenças*, obstáculos à liquefação do passado (BAUMAN, 2001, p.09). Como observa BAUMAN (2001, p.09), nenhum sólido fora dissolvido sem que outro assumisse seu lugar, agora *novo* e *aperfeiçoado* e, por isso mesmo, não mais alterável porque fundado na *razão*.

Contudo, a modernidade foi, na medida em que derreteu os sólidos éticos e morais, capaz de deixar toda uma rede de relações sociais privadas e públicas, antes vinculadas ao sagrado e à tradição, no ar, nua, sujeita aos imperativos de uma lógica de negócio e capital em ascensão.

BAUMAN (2001, p.10) pontua que este “*desvio fatal*” abriu a racionalidade moderna à dominação instrumental, ou seja, “*entregou o projeto moderno a uma lógica de racionalidade instrumental (WEBER), bem como ao papel determinante da economia (MARX)*”.

O que se seguiu com a modernidade desviada foi justamente um processo de *modernização*, isto é, uma trajetória de sociedade industrial a pós-industrial, cujo processo de organização é mantido pela força de sua própria futilidade, ou seja, da esterilização viciosa gerada pela lógica disciplinar de comércio e de fabricação de consumidores. Essa esterilização e disciplinamento para a economia de comércio tornam-se instrumentos de uma rigidez tão forte quanto a renegada pela modernidade. “*Essa rigidez foi o resultado de ‘soltar o freio’: da desregulamentação, da liberalização, da ‘flexibilização’, da ‘fluidez’ crescente, do descontrole dos mercados financeiros*” [...] (BAUMAN, 2001, p.11).

Essa re-configuração na lógica do projeto ideal-realizativo que se extraviou e que se “perdeu” nas tormentas dos imperativos sistêmicos de dominação e violência que se mostraram capazes de *colonizar* tanto a *esfera privada* e *pública* pela via do *poder econômico* e *burocrático* levou a um atrofiamento do projeto moderno, a uma identificação congelada da modernidade com a Europa dos tempos modernos. O processo de modernização industrial e pós-industrial fez com que a modernidade desacreditada, vencida pelas leis funcionais da economia e do Estado, desse margem a um clima de pós-modernidade, enquanto tempo, onde a modernização

[...] rompe os vínculos internos entre a modernidade e o contexto histórico do racionalismo ocidental, de tal modo que o processo de modernização já não pode mais ser compreendido como racionalização, como uma objetificação histórica de estruturas racionais (HABERMAS, 2000, p.05).

A teoria da modernização descolou do termo modernidade seu sentido de origem referente à Europa dos tempos modernos, associando ao termo um processo de desenvolvimento social geral. Além disso, descola do termo modernidade também o sentido de processo de racionalização podendo assim atingir também o processo de irracionalização do mundo.

A nova ordem, erguida sob imperativos que colonizam os espaços onde a razão deveria deliberar livremente, levou a modernidade tanto a uma conceituação simplória de “*processo geral de desenvolvimento social*” (COLEMAN, *Apud* HABERMAS, 2000, p.05) quanto a uma própria negação de

sua existência, ou seja, à conclusão de que “as premissas do esclarecimento estão mortas” (GEHLEN, *Apud* HABERMAS, 2000, p.06).

Seja como for, o que a modernização trouxe foi um “xeque” (*mate?*) para a crença na razão, mas como observa HABERMAS (2000, p.08): “*Por mais distintas que sejam essas versões da teoria da pós-modernidade, ambas se distanciam do horizonte conceitual fundamental em que se formou a auto compreensão da modernidade européia*”.

Em linhas gerais, o excesso pretencioso de uma absolutização do próprio saber, inclusive científico, depositado sobre a razão humana moderna foi justamente o que, junto com a queda dessa mesma pretensiosidade, fez ventilar ares de uma pós-modernidade.

Mas se alguns vão ver em nossos tempos uma *crise de (i?)* racionalidade capaz de afirmar um pós da modernidade, parece oportuna a perspectiva do professor mineiro MENELICK DE CARVALHO NETO (*Apud*, GONÇALVES, 2008, p.XI) ao pedir que as pessoas se indaguem e se recordem de *qualquer período de suas vidas que não fosse marcado pelo reconhecimento de crises em curso*. E, neste sentido, é com BAUMAN que o referido professor vai mostrar que diferentemente das sociedades medievais rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de si mesma, ou melhor, de sua própria complexidade (*crise?*), de sua própria essência mutante.

Ou seja, a conclusão é que tudo que é permanente em uma sociedade como a nossa é mutável, capaz de incorporar mudanças para garantir sua permanência, de adquirir novos sentidos no devir de gramáticas de práticas sociais cada vez mais complexas (*Apud*, GONÇALVES, 2008, p.XI)

O que se pode, portanto, observar como uma verdadeira crise e, na verdade, como materialização do desvio do projeto moderno é justamente uma *crise do excesso de expectativas depositadas na racionalidade moderna*.

Numa linha mais otimista alguns teóricos estão dispostos a retomar ou recolocar nos trilhos o “trem” do projeto moderno, inacabado porque desviado, e freado por uma filosofia do sujeito. Mas, na verdade, o *projeto moderno pode se mostrar mais moderno do que nunca justamente na medida em que passar a pensar a si mesmo como também nunca tivera feito antes*. Das entranhas da modernidade nasceu debaixo da saia do “esclarecimento”, a irracionalidade de uma pretensão absoluta do mundo porque racional, ou seja, mais uma vez sólida. “*A modernidade não preservou seu estado líquido*” (BAUMAN, 2001, p.09-10).

Individualismo, crítica, autonomia do indivíduo e uma *filosofia que pensa a si mesma*, detectados como espírito da modernidade são retomados por RONALD DWORKIN em termo de teoria jurídica, ou seja, em termos de teoria do Direito na exata medida em que re-toma esses elementos, bem como o ideal de *liberdade, igualdade e fraternidade* para fundamentar uma *concepção moral de política* capaz de realizar o projeto moderno por um *Direito que possui uma consciência normativa suficientemente crítica para pensar a si mesma* e, justamente por isso, capaz de superar um aguilhão positivista sujeitista e entender o Direito como uma prática social interpretativa reflexiva e crítica, racional-moderna e, mais uma vez, capaz de se determinar frente à tradição, ao sagrado e ao irracional sistêmico.

Se HEGEL (*Apud*, HABERMAS, 2000, pp.29-30), mesmo constatando a insuficiência de uma filosofia do sujeito como a de KANT, não foi capaz de fugir dela mesma, na tentativa de resolver as cisões geradas pela modernidade, DWORKIN, ao contrário e, em perspectiva diferente, (re)assume este projeto inacabado de modernidade fugindo ao sujeitismo filosófico na medida em que repartiu sua pretensão de racionalidade, verdade e legitimidade com todos os seus afetados; trata-se de uma prática discursiva sobre todas as complexidades inerentes ao Direito de alta modernidade sejam elas sobre *fatos, leis aplicáveis* ou mesmo sobre o próprio Direito, ou seja, sobre *divergências teóricas*.

“Elementos para uma teoria da decisão judicial na alta modernidade” pretende demonstrar, minimamente, que uma retomada do projeto racional pode ser realizada ao custo de se deixar tocar pelas cisões e sujeições de uma sociedade de alta complexidade e não as deixando debaixo do tapete. Assim, o positivismo não se faz insuficiente pela teoria dos direitos de DWORKIN, muito antes, uma teoria da decisão judicial no marco positivista se faz insuficiente justamente frente às tensões cobradas por uma modernidade que se vê em um nível duplamente elevado, seja pela complexidade das sociedades pós-industriais, seja pela criticidade radical à qual deve se entregar em busca de resultados legítimos. O positivismo não se sustenta porque se entregou ao mito do saber absoluto; quando abandonou a vontade de se pensar junto das pessoas comuns perdeu a chance de vencer, de se manter como ciência e, sobretudo, de se manter como ciência moderna, sempre consciente de sua precariedade. Por isso uma modernidade na consciência normativa que pensa

por a si mesma numa sociedade pós-industrial já é uma modernidade de plano mais elevado, uma “*alta modernidade*”.¹

“*Individualismo*”, “*crítica*”, “*autonomia*” do indivíduo e uma “*filosofia que pensa a si mesma*”, estão presentes na obra de DWORKIN em sua *concepção moral de política*, em sua *concepção de pluralismo* e, sobretudo, em seu próprio *conceito pós-positivista de Direito* como prática social interpretativa fincada em uma *democracia constitucional*. DWORKIN (2006, p.34), não bastasse a adequação de seu texto ao projeto moderno, anuncia ser um moderno: “*para nós, modernos, a chave dessa liberdade dos antigos está na democracia*”.

Mas, já que, para retomar o projeto moderno em um contexto ainda mais complexo é preciso fazer queimar e arder o espírito moderno, elevando-o às últimas conseqüências, como nunca feito antes, também é preciso que nos voltemos contra nossos “*Deuses e tradições*”, (*acríticos, a-históricos, produtores de verdades absolutas e imutáveis*), também como nunca feito antes. BAUMAN alertou para o fato de que nenhum sólido fora liquefeito sem que outro *novo e mais duradouro* entrasse em seu lugar, mas não apenas o estado físico metafórico denuncia o desvio no projeto moderno; parece que nenhum Deus fora deposto sem que outra idealização com pretensão de superioridade para com o resto da humanidade assumisse o seu lugar. A própria pretensão de se criar premissas racionais por meio de *juízos sintéticos a priori* desvinculadas de contextos práticos contextuais únicos e irrepetíveis, próprios dos humanos, pareceu mostrar uma forma competente do ocidente se desvincular nominalmente dos Deuses, mas não de suas lógicas e ambições, continuando a entender os homens como seres estúpidos entregues ao destino dos mitos absolutizados pela via da superioridade ou privilégio cognitivo.

Se somos homens, devemos pensar como homens. Se Deuses foram depostos (foram?) quem são os homens para fantasiarem uma superioridade (quase astral) própria das divindades para deixarem de ver a sociedade como

¹ Em suma, vale lembrar que o extravio do projeto moderno se deu principalmente pela crença em uma racionalidade absoluta imputável *erga omnes*. Tal pretensão foi capaz de ignorar o poder discursivo e racionalizador da construção do saber gerada pela participação lingüística do povo, de todo o povo, de toda rede social de comunicações informais. Tal desvio resultou em uma irracionalização funcional social, sobretudo em decorrência do desenvolvimento dos imperativos de dominação administrativa e financeira que assumiram funções que deveriam seguir a criticidade dos membros sociais. Contudo, esta irracionalidade da racionalidade pretendida pelos modernos dos sécs. XVIII e XIX, representa o material a ser assumido para se poder retomar o projeto moderno e assim, neste sentido, a partir da consciência da irracionalidade da racionalidade dos sécs. XVIII e XIX construir novos padrões de racionalidade, só que como este padrão já vem em um plano mais alto de consciência crítica, o próprio espírito moderno também já é incorporado em um plano mais alto, já é uma alta modernidade. Sobre o termo alta modernidade, ver: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2005.

um conjunto de homens (iguais) que merecem leis, regras, razões, verdades humanas. “*A razão humana não é divina*” (CARVALHO NETO, 2003, p.92).

Não somos seres em uma guerra santa entre Deuses enfurecidos; somos homens; quando os deuses se vão(?) ficamos apenas nós. É assim que, quando nós pudermos marcar a áurea dos Deuses e tradições a-criticáveis com nossos punhos modernos, daremos a prova de que um dia a humanidade existiu por si, autonomamente. O projeto moderno quer se *autocertificar*, quer deixar de ser produto de uma “*meta-qualquer-coisa*”, e já mostrou o caminho: “*Individualismo*”, “*crítica*”, “*autonomia*” do indivíduo e uma “*filosofia que pensa a si mesma*”, claro, contudo, que na perspectiva de pessoas individuais, humanos, não com pretensões materializantes *erga omnes*. Cada um; um por um; todos: humanos iguais.

O saber rígido e totalizante experimentado na *idade média*, no *constitucionalismo liberal* e no *constitucionalismo de valores*, mostrou como se produz em grande escala a exploração do homem pelo homem (semi-deuses?), a possibilidade de convivência entre o absolutamente excessivo e o ridiculamente precário em termos de capital; além disso, mostrou como se pode mediante uma construção axiomática materializante do constitucionalismo de valores, erguer mitos como HITLER, MUSSOLINI e STALIN (pretensos deuses terrenos).

Na maturidade do projeto moderno refletido no projeto político constitucional, é necessário, mais uma vez com o professor mineiro MENELICK DE CARVALHO NETO (2003, p.98), entender que “*o constitucionalismo só é constitucional se for democrático, tal como a democracia só é democrática se for constitucional*” isso porque só nesta medida o indivíduo garante-se indivíduo, a modernidade se garante moderna, e o povo afirma-se sujeito e agente de seu próprio Direito. Se não podemos ser deuses éticos ou morais das outras pessoas por uma questão de fatalidade (somos todos apenas humanos), tiranos não podemos ser por uma questão de direitos, *por uma questão de princípios, pós-convencionais e pós-tradicionais*.

Assim, como diria HABERMAS (1997, p.13):

Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical.

Individualismo, crítica, autonomia do indivíduo e uma *filosofia que pensa a si mesma: Libertas quae sera tamen*, ou melhor, *modernitas quae sera tamen!*

2.1.

Apontamentos Sobre o Giro Hermenêutico: a clássica cisão entre descrever e prescrever como incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento

É claro que minhas opiniões constitucionais são influenciadas por minhas convicções de moralidade política. O mesmo acontece com as opiniões de juristas mais conservadores e mais radicais do que eu (DWORKIN, 2006, p. 56).

Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige? (DWORKIN, 2006, p. 57).

O advento da modernidade responsável pela transição de um direito natural de ordem teológica para um de ordem racional, mediante a “*profanação do sagrado*” (BAUMAN, 2001, p.08-09) e a conseqüente instalação de “*novos sólidos agora racionais*” (BAUMAN, 2001, p.09) não fora suficientemente satisfatória a ponto de se manterem pacíficos os debates científicos e filosóficos nos sécs. XVIII e XIX.

Tanto a teoria do direito natural remanescente da pré-modernidade, bem como o idealismo alemão do renascimento, não ficaram longe das críticas que os observava como fornecedoras de explicações vagas e arbitrárias, quer no domínio teológico do primeiro, quer no metafísico-ideal-racional do segundo.

Nem a clássica doutrina do direito natural de PURFENDOF, DOMAT, LOCKE e RUSSEAU, entre outros, nem a filosofia jurídica evolucionista pregada por SAVINY, HEGEL e MARX, marcada pelas recorrências metafísicas, poderiam ser “*julgadas e avaliadas em termos do mundo empírico*” (BODENHEIMER, 1996, p.110). Esta foi a alegação do movimento que reagiu no séc. XIX contra a recorrência à metafísica no campo das ciências, encontrando em AUGUSTO COMTE (1798 – 1857) seu expoente precursor.

COMTE fundamenta sua contraposição ao teologismo do direito natural e a metafísica do idealismo alemão, lançando mão de sua “*Ley de la evolución intelectual de la humanidad o Ley de los tres estados*” (COMTE, 1950, p.1935), pela qual procura demonstrar, reconstruindo a própria história da humanidade, que o *pensamento especulativo* do homem está sujeito a uma sucessão evolutiva de estados: o *estado teológico*, o *estado metafísico* e o *estado positivo*, sendo que é exclusivamente neste último que o homem experimenta o regime definitivo da razão humana.

Según esta doctrina fundamental, todas nuestras especulaciones, cualesquiera, están sujetas inevitablemente, sea en el individuo, sea en la especie, a pasar sucesivamente por tres estados teóricos distintos, que las denominaciones habituales de teológico, metafísico y positivo podrán calificar aquí suficientemente, para aquellos, al menos, que hayan comprendido bien su verdadero sentido general. Aunque, desde luego, indispensable en todos aspectos, el primer estado debe considerarse siempre, desde ahora, como provisional y preparatorio; el segundo, que no constituye en realidad más que una modificación disolvente de aquél, no supone nunca más que un simple destino transitorio, a fin de conducir gradualmente al tercero; es en el que consiste, en todos los géneros, el régimen definitivo de la razón humana (COMTE, 1950, p.1935).

Segundo COMTE (1950, pp.1936-938), os estados teológico e metafísico muito antes de possibilitarem a “*ordem e progresso*” de toda uma estrutura política, constituía “*desordem e desgoverno*”, apontando inevitavelmente para um novo estado capaz de separar a inteligência humana do “*círculo vicioso*” inerente aos primeiros estados; neste sentido, o novo estado deveria ser capaz de fornecer uma verdadeira base filosófica capaz de constituir “*la única salida intelectual que pueda tener realmente la inmensa crisis social desarrollada, desde hace medio siglo*” [...] (COMTE, 1950, p.1936).

COMTE (1950), portanto, vai, no abandono de tudo que não seja capaz de ser adaptado às necessidades do humano, buscar uma substituição do que não pode ser acessível empiricamente, pelo constatável sensorialmente, fundando na capacidade de descrever fenômenos, sem adentrar no mistério de produção das coisas, sua filosofia positiva, como representação do terceiro estado do pensamento que, como descreveu, representa o regime definitivo da razão humana.

Se nos dois primeiros estados do pensamento humano há uma sobreposição da *criação* sobre a *observação*, o que COMTE (1950) faz é inverter radicalmente esta relação, subordinando irrevogavelmente a *imaginação* à *observação*.

A base para o positivismo, enquanto critério de cientificidade do conhecimento, decorre da notória pretensão de aplicar os métodos usados pelas ciências, então positivas, às ciências sociais, acompanhando assim o “*sucesso alcançado nos domínios das ciências naturais durante a primeira metade do século XIX*” (BODENHEIMER, 1996, p.110), embasadas na analítica dos fatos empíricos.

Nesta esteira o *Círculo de Viena* desenvolve o positivismo lógico, aplicando ao método de conhecimento a lógica simbólica e reafirmando a experiência sensorial como única forma de afirmações pertinentes à realidade (BODENHEIMER, 1996, p.111), neste sentido, rejeitando todas outras formas de

abordagem do conhecimento, tendo em vista o descrédito de toda metafísica instigado pelo positivismo iniciado em COMTE (1950).

Dentre as premissas fundantes do positivismo lógico do círculo de Viena, uma abre a discussão fundamental que marca a delimitação estabelecida pelo positivismo entre ciência e filosofia, neste sentido entre *descrição* e *prescrição*: “Quando a validade objetiva de uma norma ética ou conceito de valor não pode ser empiricamente verificada, ela também não pode ser afirmada significativamente” (BODENHEIMER, 1996, p.112).

Em termos de teoria do Direito, o pensamento positivista se traduz primeiramente na *escola analítica da ciência do direito* (*Analitycal Jurisprudence*).

Preliminarmente, na auto-afirmação do Direito enquanto ciência, o primeiro passo foi desprender-se de todo e qualquer resquício da teologia pré-moderna e do idealismo renascentista, graças a COMTE, incorporando o estado positivo e, neste sentido, delimitando os domínios de uma “*Ciência do Direito*” e de uma “*Filosofia do Direito*”.

A cargo da ciência do direito, ficou, portanto, a função de conhecer o direito *como ele é*, o direito como fato e não como valor.

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do Direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental das ciências consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste apenas em juízos de fato (BOBBIO, 2006, p.135).

Neste sentido, a pretensão de neutralidade das ciências visa, segundo Bobbio (2006, p.135), a constatação de um estado dado, sendo a função do cientista informar ao próximo mediante uma “*tomada de conhecimento da realidade*”, ao passo que à filosofia do Direito cabe uma “*tomada de posição frente à realidade*”, que por sinal não se restringe ao mero papel informativo e sim à finalidade de “*influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual a minha [...]*”.

Neste sentido, a ciência do Direito, como ciência positivista, e enquanto ciência *descritiva*, que toma como objeto do Direito as regras positivadas, porque constatáveis empiricamente, funciona mediante uma linguagem que responde pelos comandos “*válido*” “*inválido*”, respectivamente como referentes a algo que *é direito* e a algo que *não é direito*.

Por ser neutra e ter de manter-se longe dos juízos valorativos, a *justiça* ou *injustiça* de uma ordem legal ou regra específica é o objeto, não de uma ciência

e sim, de uma filosofia do direito, que, enquanto tal, prescreve uma posição valorativa “*minha*” (BOBBIO, 2006, p.135).

Portanto, uma coisa é “*Ciência do Direito que descreve imparcialmente o Direito*” mediante a análise do sistema positivo de regras (porque constatáveis sensorialmente) e de sua respectiva *validade*. Outra coisa diferente é “*Filosofia do Direito que prescreve juízos de valor*” mediante a avaliação do valor (justiça) ou desvalor (injustiça) de determinado ordenamento positivo. Como diz BOBBIO (2006, p.135), a “*ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade*”.

Em termos de “*analytical jurisprudence*”, clássicos da teoria do direito² como JOHN AUSTIN (“*A Delimitação do Objeto do Direito*” – “*The Province of Jurisprudence Determined*” – 1832), HANS Kelsen (“*Teoria Pura do Direito*” – “*Reine Rechtslehre*” – primeira edição de 1934/ segunda edição de 1960), ALF ROSS (“*Sobre o Direito e a Justiça*” – “*On Law and Justice*” – 1953-1958) e H. L. A. HART (“*O Conceito de Direito*” – *The Concept of Law* – 1961), vão levar a sério o marco positivista _ cada um a seu modo _, e neste sentido, deixar claro, como o fez peculiarmente H. Kelsen, que a Ciência do Direito na medida em que pretender entender-se como verdadeira ciência deve afastar-se de qualquer abordagem *prescritiva sobre valores*.

Por demais ilustrativa e significativa foi a “*Teoria Pura do Direito*” de Kelsen enquanto ciência social que incorporou o sistema filosófico e científico positivo de *cisão entre descrição e prescrição*.

O início dos anos mil e novecentos é marcado pela discussão sobre a ausência de juízo de valor nas ciências sociais, em que MARX WEBER, em contraposição a GUSTAV SCHMOLLER, publica em sua revista: “*Arquivo para a ciência e a política social*”, um ensaio programático chamado “*A ‘objetividade’ cognoscitiva da ciência social e da política social*”, que passaria desde então a ser a nova diretriz para todos os redatores: “*Realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, ou seja, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais: este é o programa ao qual pretendemos manter-nos firmemente fiéis*” (KELSEN, 2003, p.124).

KELSEN, portanto, desde então, assume a necessária ausência de juízo de valor nas ciências sociais, em decorrência da posição assumida por WEBER, e funda sua *pureza metodológica da Ciência do Direito neste imperativo de*

neutralidade do teórico em contraposição ao filósofo e/ou praticante do próprio Direito; o que, mais uma vez, faz lembrar COMTE e sua teoria do estado positivo.³

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito (KELSEN, 1998, p. 01 e 77).⁴

Mas, uma questão se põe de forma fundamental: Como o cientista compreende seu objeto de análise? Como se dá a tarefa de extrair daquilo que está sendo *questionado*, o *perguntado*?

É no contexto próprio da compreensão que se dá uma outra abordagem ao tema da descrição e da prescrição enquanto marcos da divisão entre ciência e filosofia, entre neutralidade e parcialidade axiológica.

Portanto, noutro giro filosófico estão, entre outros, MARTIN HEIDEGGER e HANS GEORGE GADAMER e JÜRGEN HABERMAS.

A hermenêutica, da idade média à modernidade, esteve associada à teoria sobre como se descobrir a verdade que se escondia por detrás das palavras de um texto, passando da *hermenêutica sacra* que buscava a verdade existente nos textos bíblicos à *hermenêutica profana* (KELSEN, 1998, p.23), que chegou ao séc. XIX embrenhada na procura de métodos para se desvelar tais verdades enterradas entre as palavras (SAMPAIO, 2005, p.364).

Muito embora não se possa delinear uma específica história da “*hermenêutica filosófica*”, de SCHLEIERMACHER, com sua hermenêutica como arte do entendimento, a DROYSEN com sua metodologia da história e a DILTHEY com sua crítica à razão histórica, sem falar na anterior hermenêutica sistemática sacra do protestante LUTERO e as esparsas regras de interpretação da *Patrística*

² Ver: SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria de Direito*. Editora: Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2006.

³ Neste sentido afirma a professora Elza Maria: “As afirmações de Kelsen só logram compreender-se, e só logram ser conseqüentes, se se lhes sotopõe o conceito positivista de ciência. Como se sabe, este exclui do campo da ciência toda metafísica e, por conseguinte, toda a teleologia imanente a toda a Teoria dos Valores”. AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte – MG, 1984. p. 48-49.

⁴ Os Elementos de Teoria Pura do Direito serão objeto de análise mais detida no item “4”.

na pré-modernidade, pode-se perceber uma evolução no mínimo contributiva na evolução da *filosofia da compreensão* entre estes momentos.⁵

Ainda segue, nesta linha, já no séc. XX, a hermenêutica como um acontecer humano, *espontâneo e sem método*, de HEIDEGGER e GADAMER.

Foi HEIDEGGER quem ao investigar a pré-estrutura ontológica da compreensão marcou decisivamente a filosofia da compreensão, gerando uma verdadeira *guinada ou virada hermenêutico-pragmática*, ainda que tal guinada só tenha sido realmente lapidada em forma de *filosofia hermenêutica* com GADAMER. Afinal como disse o próprio HEIDEGGER: “A ‘*filosofia hermenêutica*’ é coisa de GADAMER” (GRONDIN, 1999, p.24).

Com HEIDEGGER a hermenêutica passa a ser entendida como o compreender totalizante e universal próprio da existência (SAMPAIO, 2005, p.364). A questão não mais é pensar como compreender; é, sobretudo, saber como já sempre compreendemos.

Em sua obra de 1927, “*Sein und Zeit*” (*Ser e Tempo*), HEIDEGGER com sua fenomenologia existencial inicia a problematização do tema pela demonstração do privilégio da questão do *ser*, se perguntando se a questão do ser é simplesmente uma questão filosófica a mais, “*ou será de todas a questão mais principal e concreta?*” (HEIDEGGER, 2002, p.35).

Na direção de uma resposta, HEIDEGGER segue afirmando que grupos de *entes* formam setores de objetos que podem tornar-se objetos de investigações científicas, e que, neste sentido, a ciência fixa os setores dos objetos, delimitando-os segundo figuras de reconhecimento, as quais apresentam-se como *conceitos fundamentais* de uma ciência, mas chama a atenção para o fato de que antes da fixação dos setores dos objetos, na determinação dos conceitos fundamentais de uma dada ciência, “*já foi, de certo modo, efetuada pela experiência e interpretação pré-científicas*” (HEIDEGGER, 2002, p.35), uma análise do ser que delimita o setor dos objetos.

Neste sentido, o campo de uma ciência é fundamentado em uma não-ciência. A cientificidade da ciência seria medida então pela sua capacidade de reconhecer seu âmbito de não-ciência e, portanto, de revisar seus conceitos fundamentais de natureza pré-científica, reconhecendo assim sua capacidade de sofrer crises.

⁵ Para maiores esclarecimentos, ver: GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. Bueno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

O 'movimento' próprio das ciências se desenrola através da revisão mais ou menos radical e invisível para elas próprias dos conceitos fundamentais. O nível de uma ciência determina-se pela sua capacidade de sofrer uma crise em seus conceitos (HEIDEGGER, 2002, p.35).

Os conceitos fundamentais de uma ciência, enquanto determinações que servem de base para todos os objetos temáticos de uma ciência e que justamente por isso guiam todas as pesquisas positivas, só logram legitimidade e fundamentação na medida de uma investigação prévia sobre o próprio setor e sobre a própria constituição do seu *ser* (HEIDEGGER, 2002, p.36). Nesse sentido, sobre a medida do *ser/não-ser* de um *ente*. Em suas palavras, “Essa *investigação deve anteceder às ciências positivas*” (HEIDEGGER, 2002, p.36).

Assim HEIDEGGER (2002, p.37) entende que esta primeira observação sobre a fase pré-científica da ciência, que determina seus conceitos fundamentais, representa uma primeira abertura ontológica do *ente* (setor de objetos), o que, inclusive, o torna disponível à ciência, auxiliando seu movimento natural de justificativa e também de colocar-se em posição potencial de crise, como condição para sua cientificidade.

Assim, como “o *questionamento ontológico é mais originário do que as pesquisas ônticas das ciências positivas*”, HEIDEGGER (2002, p.37) quer, de todo modo, mostrar que “a *questão do ser visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas.*”

Assim, conclui HEIDEGGER:

Por mais rico e estruturado que possa ser o sistema de categorias, toda ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente, o sentido do *ser* nem tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental (HEIDEGGER, 2002, p.37).

Se o sentido de uma ciência positiva tem como fundamento conceitos de ordem pré-científica que, enquanto tais, referem-se a uma experiência interpretativa sobre o *ser* dos setores de objetos, HEIDEGGER (2002, p.37) chega à conclusão de que a questão do *ser* dos referidos setores é fundamental, e que enquanto *ente* a ser analisado precisa de um fio condutor, que seria então, a questão do sentido do *ser* em geral. A questão do sentido do *ser* funciona então como verdadeira condição de possibilidade da própria ontologia das ciências positivas e, nesse mesmo sentido, constitui uma medida crítica contra uma ontologia cega, incapaz de se compreender enquanto tal. A consciência sobre a forma ontológica do conhecimento, portanto, é capaz de clarificar e justificar os conteúdos ontológicos de uma ciência. A *cegueira* da questão ontológica de uma

ciência só se deixa curar se entender a questão do sentido geral do ser como realmente algo que constitui sua “*tarefa fundamental*”.

No que tange à conceituação geral de ciência, que HEIDEGGER (2002, p.38) diz ser “*o todo de um conjunto de fundamentação de sentenças verdadeiras*”, é o mesmo autor quem diz que esta definição é incapaz de alcançar o real sentido de ciência enquanto algo que, por ser uma atitude humana, possui e está sujeita ao *modo de ser do homem*, designado por HEIDEGGER de *pre-sença*.

Ora, visualizar, compreender, escolher, aceder a são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, daquele ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos. Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente _ o que questiona _ em seu ser. Como modo de ser de um ente o questionamento desta questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona _ pelo ser. Esse ente que cada um de nós somos e que entre outros, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *pre-sença* (HEIDEGGER, 2002, p.33).

A *pre-sença* é o ente privilegiado explorado por HEIDEGGER (2002, p.14 E 29) para avançar sobre o sentido geral do ser, porque este ente é o único ente que está condenado a *ter de ser o que é*, ou seja, em todos os atos da *pre-sença* sempre *está em jogo seu ser* e, nesse sentido, muito embora, como observado por HEIDEGGER, o ser sempre se retrai quando alguém tenta determiná-lo, sendo portanto, algo que não se deixa apreender; no *sendo* da *pre-sença* ele sempre se mostra, permitindo assim uma *analítica ontológica do ser*. Assim, por servir de base para as demais ontologias, a analítica da *pre-sença* é uma analítica *pré-ontológica*. (HEIDEGGER, 2002, p.38).

Em seu ser, isto é, *sendo*, este ente se comporta com o seu ser (existe). Como ente deste ser, a *pre-sença* se entrega à responsabilidade de assumir seu próprio ser. Neste sentido, como já observado, ser é o que neste ente está sempre em jogo.

Assim, para analisar a *existência* da *pre-sença*, HEIDEGGER (2002, p.311) explora seus *existenciais*, ou seja, as estruturas que compõem o ser do homem a partir da *existência* em seus *desdobramentos advindos da pre-sença*.

Da definição de que na *existência* da *pre-sença* o ser é o que está sempre em jogo, HEIDEGGER (2002, pp.77-79) extrai dois “*a prioris*” sobre a *existência* e a *essência* da *pre-sença*: primeiro ela *sempre tem de ser*, e segundo, *sempre tem de ser ela mesma*.

Neste sentido, em decorrência da facticidade da *pre-sença ter de ser sempre ela mesma*, se faz fundamental à própria forma de constituição do ser da

pre-sença, que, enquanto tal, é sua própria substância prévia, seu *pré*. O *pré da pre-sença é o seu próprio ser*. Pré, enquanto *ser da pre-sença* tem sua constituição existencial formada a partir da *disposição* e da *compreensão* (HEIDEGGER, 2002, p.187). Ambas são, segundo o autor, responsáveis e determinantes originárias do ser da *pre-sença* que *existe* em um mundo.

O *pré da pre-sença* (seu ser) está sempre em sua constituição vinculado ao estado de *humor*, ou seja, aquilo que se indica “*ontologicamente com o termo disposição é, onticamente, o mais conhecido e mais cotidiano, a saber, o humor, o estado de humor*” (HEIDEGGER, 2002, p.188).

O estado de humor, enquanto forma de constituição do *pré da pre-sença*, representa uma abertura do estar-lançado na própria existência da *pre-sença*, o que é capaz de fazer determinar-se sempre de forma diferenciada outros entes que estão sujeitos a uma “*visão instável e de humor variável do ‘mundo’*” (HEIDEGGER, 2002, p.193) por parte das experiências da *pre-sença*. Assim, estado de humor enquanto abertura do “*estar-lançado e da dependência do mundo já descoberto em seu ser*” (HEIDEGGER, 2002, p.194) determina uma *maneira* pela qual aquilo que, no mundo, vem ao encontro do ente dotado de *pre-sença* e que pode ser por ele tocado.

“*A disposição é um modo existencial básico em que a pre-sença é o seu pré*” (HEIDEGGER, 2002, p.194).

Sintonizado ao humor está a *compreensão* enquanto um *poder-ser* inerente à própria forma de ser da *pre-sença*, ou seja, já que a *pre-sença* é algo que só é *sendo*, esta sempre está em estado de *ser possibilidades* que, enquanto tais, são representações da própria *compreensão* de si mesma, ou melhor, de seu *pré*. “*A pre-sença é de tal maneira que ela sempre compreendeu ou não compreendeu ser dessa ou daquela maneira*” (HEIDEGGER, 2002, p.199).

Em HEIDEGGER (2002, p.201), portanto, a *compreensão* é uma possibilidade que, em si, constitui um projeto lançado à *pre-sença* (por isso uma abertura de seu *pré*) para que esta possa responder pela responsabilidade de sua própria possibilidade de ser desta ou daquela forma. Enquanto “*espaço de articulação do poder ser de fato*”, toda *compreensão* da *pre-sença*, já se compreendeu enquanto *ser-no-mundo*, então, justamente por isso, já compreendeu o todo da significância da mundanidade e sua manualidade.

A abertura do *pré da pre-sença* na *compreensão* é ela mesma um modo do *poder-ser* da *pre-sença*. A abertura do ser em geral consiste na projeção do ser da *pre-*

sença para a função e para a significância (mundo).” “Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades (HEIDEGGER, 2002, p.203-204).

Entre os existenciais está ao lado da *compreensão* a *interpretação* e, aqui, vale lembrar, que constituem um “a priori” sobre a estrutura do ser da *pre-sença*, que, por sua vez, fornece base pré-ontológica para se compreender ontologicamente o ser de todos os demais entes que não possuem o privilégio da existência, tudo isto adicionado à localização da questão em termos científicos, ou seja, toda a discussão sobre o ser da *pre-sença* é justamente o que permite entender a fase pré-científica de determinação dos conceitos fundamentais da própria ciência, bem como de sua operacionalização.

Assim, completando o modo de constituição existencial do *pré* da *pre-sença*, a *interpretação* representa a formatação da abertura de possibilidade elaborada pela compreensão. A interpretação é a compreensão projetada do ser, elaborada de uma forma que, enquanto tal, determina, mediante uma visão particular do *todo* (circunvisão), do *ser-no-mundo*, que *algo é para algo*, ou seja, “*algo como algo*” (HEIDEGGER, 2002, p.205), o que por sua vez antecede proposições temáticas a respeito do ente.

Nesse sentido, a interpretação sempre se move a partir de uma *posição prévia* já determinada pela compreensão, recortando nela uma possibilidade determinada de si mesma enquanto *visão prévia*, e sempre se fixa, ainda que provisoriamente, em uma *concepção prévia*, já que ao apropriar-se de uma posição prévia também se apropriou de um dado projeto.(HEIDEGGER, 2002, p.207).

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em si, basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do interprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia (HEIDEGGER, 2002, p.207).

Nesse sentido, todo ato de interpretação funda-se numa compreensão própria a partir de um *modo de ser* do ente que interpreta, ou seja, num verdadeiro projeto que se lança enquanto possibilidade.

HEIDEGGER (2002, p.210) mesmo se coloca, então, diante de uma questão inevitável: o *círculo compreensivo existencial*. Enquanto “*compreensão que interpreta*”, ou seja, enquanto projeto prévio capaz de determinar o ser do ente

interpretado, a compreensão, enquanto existencial, representaria sempre uma volta a si mesma, um compreender-se.

Mas uma tal circularidade não foi vista por HEIDEGGER (2002, p.210) como uma faticidade viciosa. Na verdade, este *círculo compreensivo*, enquanto existencial integrante da estrutura prévia da *pre-sença*, deve ser assumido como possibilidade de um conhecimento originário, afastando do caminho do *existindo*, os *conceitos ingênuos* e os *chutes*, o que só se deixa perseguir na medida da compreensão do próprio processo compreensivo, não como método a ser adotado, mas como *modo de ser da pre-sença*.

GADAMER (1999, p.442) reforça este ponto de HEIDEGGER afirmando que a tarefa da hermenêutica não é desenvolver um procedimento da compreensão e sim “*esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão*”. O intérprete, em GADAMER (1999, p.442), encontra-se sempre preso às *tradições* e *horizontes de passado* que encontram-se em sua pré-compreensão, e que, portanto, formam sua opinião prévia, o que por sinal, no que tange ao intérprete, “*não se encontram à sua disposição, enquanto tais*”.

Ainda neste sentido GADAMER afirma:

“[...] não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler ‘o que aí está’, e de extrair das fontes como realmente foi” (GADAMER, 1996, p.396-97).

O que está em questão, portanto, não é negar uma pré-estrutura da compreensão, tomando, com *preconceito*, os *preconceitos* e sua *autoridade* (GADAMER, 1996, p.410), muito antes, tomar em conta um juízo de validade sobre esta esfera ontológica existencial fincada em pré-compreensões e tradições. Assim “*a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrarias*” (GADAMER, 1996, p.403), e “*na medida em que a validade passa a ser, de fato, uma fonte de preconceitos*” (GADAMER, 1996, p.419).

“*Heidegger oferece uma descrição fenomenológica correta, quando descobre no suposto ‘ler’ o que ‘lá está’ a pré-estrutura da compreensão*” (GADAMER, 1996, p.405).

No que tange às ciências, se estas estão fundadas em conceitos fundamentais decorrentes de experiências interpretativas pré-científicas, que, enquanto tais, assumem o modo de ser da *pre-sença*, ou seja, da própria forma

de ser do homem, é a partir desta que se deve observar a forma de constituição dos pressupostos de validade de uma ciência.

E, neste sentido, já se fazem notórias as peculiaridades entre os dois marcos expostos até agora, pontualmente, na possibilidade de se defender uma descrição dos entes em si, que seja, justamente por se denominar científica e descritiva, imparcial e despida de pré-juízos.

Mas se, como assinalado tanto por HEIDEGGER como por GADAMER, todo ato de compreensão e interpretação coloca em jogo uma estrutura prévia que opera como condição do saber e que neste sentido é capaz de determinar o próprio resultado de uma observação, porque lançado sobre o objeto, e que, neste sentido, o que faz verdadeiro sentido é avaliar a validade da estrutura prévia, como então avaliar as condições de verdade dos enunciados “descritivos”? Quer dizer, na verdade, como poder afirmar um juízo imparcial, no qual não esteja em jogo um projeto lançado, como pretendido pelo marco do espírito positivista de Comte, ou até mesmo na tarefa do cientista descritivo do direito de KELSEN, capaz de oferecer *todas as possíveis* significações de uma norma imparcialmente?

No marco de um positivismo analítico, tal como no de um realismo conceitual, a experiência descritiva pretende traduzir o estado de um ente em perfeitos enunciados correspondentes, o que, na visão de HABERMAS:

[...] faz desaparecer toda margem de contribuição construtiva que os sujeitos socializados, no trato inteligente com uma realidade arriscada e decepcionante, prestam a partir de seu mundo da vida, para chegar a soluções de problemas e processos de aprendizagem bem-sucedidos (HABERMAS, 2004, p.41).

As descrições que, por entenderem-se imparciais e neste sentido “verdadeiras”, permanecem intactas pelo tempo em que outra experiência não a tornar malsucedida, para então demonstrar que mesmo “*as obviedades até então em vigor são meras ‘verdades pretendidas’, ou seja, ‘pretensões de verdade’*” (HABERMAS, 2004, p.49).

Seja como for, após o giro permitido por Heidegger, a *clássica cisão entre descrever e prescrever aparece como uma verdadeira incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento* e, como consequência, um divórcio entre a filosofia e a ciência acarreta para esta uma perda de sua auto-capacidade crítica nos juízos de assertividade de suas premissas, bem como para uma melhor compreensão estética da complexidade de uma sociedade em alta modernidade. Não que a filosofia apareça relacionando-se com a ciência como um anexo

externo, mas, na verdade, como própria condição de possibilidade; o que sempre ocorre, ainda que veladamente. A filosofia, certamente, é o melhor caminho para inclusive *“criticar a colonização de um mundo da vida que é esvaziado pelas intervenções das ciências e da técnica, do mercado e do capital, do direito e da burocracia”* (HABERMAS, 2004, p.324). A própria condução de um discurso científico atual, na racionalização do plural e de uma diferenciação sistêmica, passa necessariamente pela filosofia.

A parcialidade de toda ação, desmascarada como existencial da *pre-sença*, decorrente de uma pré-estrutura pré-compreensiva fincada em horizontes de tradição, passado e futuro (na vertente de HEIDEGGER e GADAMER), sem falar nos estados de humor, desvela concomitantemente a necessidade de se entender a co-originalidade das atividades científica e filosófica, ainda que esta esteja encoberta por uma “obviedade”, cegando a forma própria do acontecer do conhecimento. Ninguém faz teoria a partir do nada ou destinada ao nada. Nestas duas pontas, a filosofia, enquanto juízo prescritivo capaz de criticar contextualmente a ciência, desde uma *transcendência* (HABERMAS, 2004, p.320), *“esforçando-se para esclarecer os fundamentos racionais do conhecimento, da linguagem e da ação”* (HABERMAS, 2004, p.321).

O positivismo analítico se entrega à confiança em uma descrição capaz de retirar dos entes enunciados correspondentes, verdadeiros e válidos, na verdade *“verdades pretendidas”, ou seja, “pretensões de verdade”* (HABERMAS, 2004, p.49), mantendo, assim, em decorrência de um afastamento da filosofia, sua cientificidade, mesmo que ao preço de deixar de fora qualquer pretensão de legitimidade no processo de justificação de um dado utilizado no tempo.

A variável cientificista é a única conhecida pelo positivismo descritivo, que não foi capaz de ver, junto com a hermenêutica, a possibilidade de um diálogo entre as esferas de racionalidade, ou instâncias de razão. O positivista se entrega a um isolamento monológico na determinação do conhecimento, ignorando que sempre prescreve arbitrariamente seu projeto lançado no objeto compreendido, acreditando-se imparcial.

O que se chama de virada ou giro hermenêutico é justamente a transição de um *“Realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, ou seja, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais”* (KELSEN, 2003, p.124) para um

[...] não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do

conhecedor seja apenas a de ler “o que aí está”, e de extrair das fontes “como realmente foi (GADAMER, 1999, pp.396-97).

Nestes termos DWORKIN (1999, p.113) observa na obra judicial os *personagens que não aparecem no vídeo* quando nota que “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto”.

KELSEN ilustra, pelo marco positivista, a primeira parte da afirmação supra, *cindindo* descrição e prescrição, *desligando* na teoria do Direito suas partes conceitual e normativa da seguinte forma:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfreie). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. (1998. pp.01 e 57). Grifou-se.

DWORKIN ilustra, pelo marco pós-positivista, a segunda parte da afirmação supra, *reaproximando* descrição e prescrição, *religando* na teoria do Direito suas partes conceitual e normativa da seguinte forma:

O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. [...] É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. 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 juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta 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. 492).

DWORKIN cria um conceito de Direito mais adequado à virada hermenêutica no sentido de entendê-lo como uma prática social interpretativa construtiva, na

qual seus atores devem continuar uma história institucional comum da melhor forma possível.

Realmente é uma virada na forma de se entender o Direito. DWORKIN é, portanto, capaz de aceitar dentro deste conceito todo caminho aqui feito, de HEIDEGGER a GADAMER e a HABERMAS. DWORKIN percebe que é inevitável, por ser realmente um existencial da *pre-sença*, a influência do mundo pré-compreensivo no próprio ato de se dizer o que é o Direito e mesmo de se dizer qual a leitura mais adequada de um dispositivo constitucional, sobretudo aqueles de maior abertura de sentido.

DWORKIN defende uma *leitura moral da constituição* no âmbito mesmo de sua interpretação construtiva como integridade. Segundo DWORKIN esta leitura moral encoraja os juízes e juristas a interpretarem a constituição segundo suas próprias concepções de justiça. Afinal, de que outro modo seria possível dar repostas às mensagens normativas desta mesma constituição. Muito poderia ser dito sobre a adesão de DWORKIN (1999, pp.75) tácita ou expressa ao giro hermenêutico, assim como fez quando assim se referiu a GADAMER: “*Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.*” Mas, após, “*O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*”,⁶ a *leitura moral da constituição*, que DWORKIN demonstra ser sempre realizada mesmo pelos que a negam, assume juntamente com seu conceito de Direito uma posição central na estética de sua obra, recebendo um tratamento por demais atencioso, deixando qualquer outra tentativa de defini-la fraca diante da clareza da passagem que se segue, e na qual se pode perceber a pertinência dos autores referidos até aqui.

Não só admito como afirmo categoricamente que as opiniões constitucionais são sensíveis às convicções políticas. Se não fossem, como eu já disse, não poderíamos classificar os juristas conservadores, moderados, liberais ou radicais, nem mesmo aproximadamente como fazemos hoje. O que queremos saber, antes, é se essa influência é indevida. A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela idéia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultas tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral da

⁶ “O livro como um todo tem um objetivo maior e mais geral. Ilustra um método particular de ler e executar uma constituição política, método esse que chamo de *leitura moral*.” DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 02.

constituição prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à constituição e ao direito EXIGE que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a fraca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão (DWORKIN, 2006, p.57).

E continua DWORKIN:

Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige? (DWORKIN, 2006, p.57).

DWORKIN parte então em busca de desvendar o *mistério* de saber que *tipo de divergência* está em jogo quando os juízes encontram-se em terrenos nebulosos de mal-entendimento sobre *o que é o direito*. Estas questões representam o início da compreensão do que é verdade em termos de proposições jurídicas para DWORKIN.

DWORKIN (1999, p.05-06) afirma que três podem ser os tipos de divergências suscitadas em processos judiciais: divergências sobre *fatos*, divergências sobre *Direito* e questões referentes à *moralidade*, à *política* e à *fidelidade*. Em outros termos, as partes de um processo podem divergir sobre: O que aconteceu? Qual é a lei pertinente? Se é justa a decisão?

A divergência sobre o Direito é central para DWORKIN (1999, p.06): “*Um juiz, propondo um conjunto de provas, afirma que a lei favorece o setor escolar ou o empregador, e outro, propondo um conjunto diferente, acredita que a lei favorece os alunos da escola ou o empregado*”. DWORKIN (1999, p.08) então quer saber que tipo de discussão se trata em questões como esta, ou seja, sobre o que estão divergindo? “*Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o Direito*”.

No âmbito das referidas divergências, DWORKIN (1999, pp.202-03) introduz, como modelo de decisão do tipo adequada, capaz de justificar o uso da força, aquela dotada de *coerência*, ou seja, em última instância, são as decisões que se encontram em acordo com as exigências de integridade. E aqui estas aparecem como exigência de *racionalidade*, pressuposta como vinculação da legislação aos princípios da comunidade, *de aceitação* do pluralismo moral na determinação de sentido da norma diante de um caso concreto reconstruído e de *segurança jurídica*, decisões com base em normas anteriores à decisão.

DWORKIN (1999, p.06), ciente da imprecisão da linguagem, reconhece que temos disputas não apenas em relação ao direito, mas também em relação aos fatos, ou seja, em saber o que aconteceu. E mais precisamente, qual seu real significado, apenas atingível *argumentativamente/discursivamente*. Isso traz para o bojo do processo a necessidade de uma reconstrução dos fatos em sua melhor e mais clara versão possível; o que não poderia ser outra senão a do próprio envolvido. Por isso DWORKIN (1999, p.19) adota para sua teoria a perspectiva “*interna, aquela do participante*” de um processo judicial; sua teoria tem esta perspectiva. Trata das exigências de integridade numa perspectiva interna de uma demanda concreta e específica, irrepetível. Isso é o que introduz a marca mais forte da racionalidade do processo de decisão judicial proporcionado pela teoria dos direitos de DWORKIN.

Assim assinala o professor mineiro MENELICK DE CARVALHO NETO:

Esses fatos, como revelam a própria ciência e sua teoria, por exemplo, através do conceito de “paradigma” em Thomas Kunh, são, na verdade, equivalentes a texto, ou seja, somente apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução da situação fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos. Por isso mesmo, aqui, no domínio do discurso de aplicação normativa, faz-se justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta (CARVALHO NETO, 2004, p.40).

O que se percebe claramente é que, se o direito é algo que se reconstrói dentro de um processo interativo crítico e criativo, a *verdade* das proposições jurídicas também não foge a esta natureza de algo que é construído em um caso concreto.

Toma-se por empréstimo a observação de HABERMAS quanto à idéia de verdade construída:

As exigências de verdade nos discursos não se deixam solucionar definitivamente; entretanto, é somente através de argumentos que nos deixamos convencer da verdade de afirmações problemáticas. Convincente é o que pode ser aceito como racional. A aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege ‘nossos’ argumentos contra ninguém e contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas (HABERMAS, 2002, p.59).

Voltando a linhas passadas, havíamos chegado ao seguinte ponto: Mas, se como assinalado tanto por HEIDEGGER como por GADAMER, todo ato de

compreensão e interpretação coloca em jogo uma estrutura prévia que opera como condição do saber e que neste sentido é capaz de determinar o próprio resultado de uma observação, porque lançado sobre o objeto, e que, neste sentido, o que faz verdadeiro sentido é avaliar a validade da estrutura prévia, como então avaliar as condições de verdade dos enunciados “descritivos”? Quer dizer, na verdade, como poder afirmar um juízo imparcial, no qual não esteja em jogo um projeto lançado, como pretendido pelo marco do espírito positivista do pós Comte, e mesmo na tarefa do cientista descritivo do direito de Kelsen capaz de oferecer *todas as possíveis* significações de uma norma imparcialmente?

Como visto, no marco de um positivismo analítico, tal qual no de um realismo conceitual, a experiência descritiva pretende traduzir o estado de um ente em perfeitos enunciados correspondentes, o que, na visão de HABERMAS:

[...] faz desaparecer toda margem de contribuição construtiva que os sujeitos socializados, no trato inteligente com uma realidade arriscada e decepcionante, prestam, a partir de seu mundo da vida, para chegar a soluções de problemas e processos de aprendizagem bem-sucedidos (HABERMAS, 2004, p.41).

Como DWORKIN fez questão de frisar:

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 (DWORKIN, 1999, p.17).

Isso somado ao ideal de sempre ver o Direito em sua melhor luz.

As descrições, que por entenderem-se imparciais e neste sentido “verdadeiras”, permanecem intactas pelo tempo em que outra experiência não a tornar malsucedida, para então demonstrar que mesmo “*as obviedades até então em vigor são meras ‘verdades pretendidas’, ou seja, ‘pretensões de verdade’ [...]*” (HABERMAS, 2004, p.49).

Toda a complexidade minimamente abordada neste capítulo parece apontar para o acerto de DWORKIN (1999, p.272) ao entender com seu Direito como integridade, que “*as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade*”.

Outra questão endêmica é a perspectiva desta referida interpretação construtiva. Diante da indeterminação do direito positivado, seja nos precedentes ou nas legislações, bem como em decorrência da complexidade social, e nesta

altura da complexidade atingida, DWORKIN dá mais um grande passo na realização de uma aplicação do direito com um maior grau de *correção* justamente na medida em que trata a racionalidade da decisão judicial como algo que só se pode reconstruir a partir de um caso concreto e desde a perspectiva *interna dos participantes* do processo em questão, ou seja, apenas a partir de um determinado caso concreto. Assim escreve:

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. Este aspecto argumentativo crucial pode ser estudado de duas maneiras, ou a partir de dois pontos de vista. (...) Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam” (DWORKIN, 1999, p.16-17).

Avançando para além da proposta deste capítulo, vale ressaltar que o Direito, enquanto prática social interpretativa representa uma verdadeira disputa sobre o sentido dos direitos, em que as partes argumentam buscando uma interpretação mais bem ancorada nos sistemas de direitos como um todo. Disputa, é claro, entre pessoas que podem se entender como “*alguém que interpreta esta prática, não como alguém que inventa uma nova prática*” (DWORKIN, 1999, p.81).

Mesmo já tendo adiantado, em muito, questões sobre a reconstrução de uma decisão judicial, em que sentido, se as normas não regulam por completo sua situação de aplicação, estando estas condenadas a uma abertura de sentido e, já que vivemos em sociedades plurais moralmente fragmentadas, como reconstruir uma interpretação capaz de se justificar moralmente frente a seus afetados, a ponto de proporcionar um sentimento de justiça?

Ainda seria precipitado responder tal complexa questão, mas podemos vislumbrar a necessidade de, no marco desta virada hermenêutica epistemológica sobre a verdade do direito, que leva em conta a estrutura pré-compreensiva do saber, resgatar outra base fundamental no “como” programar um tratamento funcional sistemático das referidas estruturas sociais: o *pluralismo*.

2.2.

John Rawls, Michael Walzer, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin: por uma idéia de pluralismo

Na terra da liberdade individual de escolher, a opção de escapar à individualização e de recusar a participar do jogo da individualização está decididamente fora da jogada (BAUMAN, 2001, p. 43).

A aceleração moderna que acontece na virada do séc. XVIII para o XIX, bem como o processo de re-configuração social que se desenvolve neste período, foram capazes de “dar” ao homem a sensação de “soltar os freios” (BAUMAN, 2001, p.11), abrindo espaço à diferença. O próprio reconhecimento da diferença, entretanto, no que se refere ao debate constitucional atual desenvolvido sob o título de *pluralismo* encontra-se fortemente dividido entre *liberais, comunitários e crítico-deliberativos*.

JONH RAWLS, representante do constitucionalismo liberal, oferece como proposta de uma *concepção política de justiça*, uma teoria de *justiça como eqüidade* que, enquanto tal, dirige-se aos membros de uma democracia constitucional liberal propondo uma maneira de atribuir a estes um *status comum* de *cidadãos iguais* entre si, buscando com isso ligar uma concepção particular de *liberdade* e *igualdade* a uma concepção também particular de *pessoa* que seja derivada de *idéias intuitivas básicas comuns* e *convicções fundamentais* implícitas na história pública de uma *democracia* (RAWLS, 2000, p.195).

Neste sentido ao constatar o que chamou de o “*fato do pluralismo*”, RAWLS busca articular uma concepção política de justiça que, por referir-se justamente a uma fórmula de justiça, seja capaz de diferenciar-se de uma doutrina abrangente e que, portanto, seja capaz não apenas de embasar uma justificativa para as instituições básicas de uma sociedade, mas sobretudo de garantir-lhe *estabilidade*. Para tanto, RAWLS precisou, buscando avançar no desenvolvimento de seu “*overlapping consensus*”, afirmar e aceitar como elemento mesmo do liberalismo as diversidades de doutrinas abrangentes morais, filosóficas e religiosas, já que, como afirma, numa “*democracia, os fundamentos da tolerância e da cooperação social sobre uma base de respeito mútuo ficam ameaçados quando as distinções entre esses diversos modos de vida e ideais não são reconhecidas*” (RAWLS, 2000, pp.195-196).

RAWLS afirma que a diversidade das noções de bem e de doutrinas abrangente, ou seja, o próprio fato do pluralismo, não é uma simples condição histórica que deve desaparecer, muito antes, ela é uma característica

permanente da cultura pública das democracias modernas e, em decorrência das liberdades, direitos e garantias historicamente associados a este regime jurídico constitucional, tais diversidades são convidadas a durar e até mesmo a se desenvolverem (RAWLS, 2000, pp.251-252).

Assim, justamente nesta medida, RAWLS racionaliza três concepções modelos como pressuposto de sua metodologia construtivista de uma teoria de justiça enquanto concepção política liberal: “*sociedade bem ordenada*”, “*pessoa moral*” e “*posição original*”. Enquanto unidade de diferença, a concepção modelo de *pessoa moral* é o que permite RAWLS chegar ao *pluralismo razoável*.

RAWLS, portanto, baseado nas suas idéias intuitivas básicas comuns e nas convicções fundamentais, *implícitas na história pública de uma democracia*, concebe os membros de uma sociedade bem ordenada como pessoas morais, livres e iguais, dotados de “*faculdades morais*” que lhes permitem tanto usar como reconhecer nos co-cidadãos um “*senso de justiça*” e, na mesma medida, uma capacidade de compreenderem que possuem e buscam uma particular “*concepção do seu bem*” (RAWLS, 2000, p.55).

Os membros de uma sociedade democrática são morais por desempenharem suas duas faculdades morais, são iguais por reciprocamente reconhecerem o direito de *determinar* e *avaliar* os princípios de justiça que os regem e são livres na medida em que pensam ter o direito de intervir na elaboração das instituições sociais em nome de seus interesses e objetivos fundamentais.

Mas são, acima de tudo, livres na medida em que, no exercício do status de cidadão, –portanto, enquanto pessoas morais, livres e iguais, – não estão vinculados a decisões passadas coletivas ou mesmo pessoais sobre sua concepção do bem. Decorre da própria concepção de pessoa moral que esta possa, usando de sua segunda faculdade moral, formar, defender e revisar sua concepção de bem (RAWLS, 2000, p.61).

Assim,

Pessoas são fontes autônomas de reivindicações no sentido de que estas têm um valor próprio, que não deriva de deveres e/ou de obrigações anteriores em relação à sociedade ou a outras pessoas, nem é determinado por seu papel social específico. As reivindicações, que são determinadas como decorrentes dos deveres para consigo mesmo, se pensarmos que tais deveres existem, são igualmente consideradas como autônomas tendo em vista uma concepção da justiça social (RAWLS, 2000, p.93).

Por isso, na concepção política liberal de RAWLS, não há espaço para um aprisionamento da pessoa a nenhum tipo de concepção particular de bem, esta enquanto ser moral, livre e igual tem autonomia em relação a qualquer sistema particular de fins, não estando seu status, bem como sua identidade pública, sujeitos a nenhum tipo de afetação em decorrência da alteração de suas convicções. Não tem ainda sequer o poder de afetar seu ideal de “*cooperação social*” (RAWLS, 2000, p.95), que decorre de uma postura de reconhecimento e não de submissão. Quanto à autodeterminação pessoal, RAWLS é enfático ao afirmar que renunciar às liberdades e faculdades morais “*demonstra fraqueza de caráter*” (RAWLS, 2000, p.65), o que não deve (a proteção de interesses próprios), contudo, ser confundida com *egoísmo*.

Na medida em que RAWLS avança no construtivismo de sua concepção política de justiça, em função do fato do pluralismo, compreende que deve, tanto quanto possível, não comprometer-se com nenhuma doutrina mais ampla (doutrinas gerais e abrangentes). Mas, não apenas não se aproximar, como também não se tornar uma doutrina abrangente. Diante do fato do pluralismo um “*acordo público e efetivável, baseado numa única concepção geral e abrangente, só poderia ser mantido pelo uso tirânico do poder do Estado*” (RAWLS, 2000, p.252).

Em RAWLS, o que garante a unidade de uma sociedade não é a verificação de uma concepção abrangente moral, filosófica ou religiosa, capaz de prestar orientação forçada, assim como marcadamente se deu em toda idade média, com sua indiferenciação sistêmica e *mono-teo-orientação*.

“A esperança é que a concepção de justiça à qual pertence essa concepção dos cidadãos seja aceitável para um amplo leque de doutrinas abrangentes e, portanto, respaldada por um consenso por justa posição” (RAWLS, 2000, p.258).

RAWLS então lança uma potencial objeção ao seu consenso por justa posição, que seria a *renúncia a uma idéia de comunidade política* face ao “descritério do referido consenso”.

RAWLS afasta a pertinência de tal objeção com três razões: em *primeiro* lugar, se por comunidade política entende-se ou espera-se uma mono-orientação pela afirmação de uma doutrina abrangente; o fato do pluralismo, desde logo, afasta tal possibilidade, tendo em vista, *segundo*, que a hipótese de manutenção de tal ordem pressupõe o uso tirânico do poder do Estado e,

terceiro, acredita que a melhor solução é um consenso justificado por uma concepção razoável de justiça, ou seja, capaz de atender ao fato pluralismo, tratando os cidadãos como pessoas morais, livres e iguais, capazes de racionalmente exercerem suas faculdades morais e, neste sentido, diferenciando-se, ou distanciando-se, ela mesma - a concepção política de justiça -, de ser uma doutrina abrangente (RAWLS, 2000, p.262).

RAWLS é um liberal e, neste sentido, é capaz de materializar sua preocupação da seguinte maneira: *“De outro modo, não parece haver garantia de que restringir ou suprimir as liberdades fundamentais de alguns seja a melhor maneira de maximizar a totalidade (ou a média) do bem-estar social”* (RAWLS, 2000, p.266).

Assim, RAWLS constata o fato do pluralismo, bem como sua faticidade, e sua absorção pela concepção política de justiça como fundamental à instauração de uma ordem constitucional liberal democrática, onde os cidadãos são dotados do status de pessoas morais, livres e iguais, capazes de, no exercício de suas faculdades morais, determinar, defender e rever suas concepções individuais de bem, referentes ao ideal de vida digna.

Contudo, como observa GISELE CITTADINO:

A idéia de pluralismo não se restringe à diversidade de concepções individuais sobre a vida digna que caracteriza a sociedade moderna. O pluralismo possui uma outra dimensão, que está associada não a uma diversidade das concepções individuais sobre o bem, mas há exigências de uma pluralidade de identidades sociais, que são específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. Esta dimensão do pluralismo constitui uma das questões em torno da qual se organiza a crítica comunitária ao liberalismo. E Michael Walzer é um dos seus defensores (CITTADINO, 2004, p.85).

WALZER é um autor cujas lentes oculares agrupam pessoas. Assim, o referido comunitarista, ao olhar para a sociedade, enxerga países, Estados, cidades, bairros, etnias, famílias, clubes, etc. WALZER, na medida em que pensa uma teoria de justiça fundamentada em bens significados por construções históricas comuns a uma comunidade, pensa o indivíduo como um ser construído culturalmente e, portanto, no que tange à distribuição de justiça, vinculado a uma certa esfera de significado axiológico construído em comunidade, determinante de um certo bem e capaz de oferecer uma frequência operacional de justiça particular (uma esfera de justiça), porque comprometida com a particularidade de uma dada história de significado comum.

Para WALZER (2003, p.01) “a sociedade humana é uma sociedade distributiva”, e na relação mútua de distribuição de bens o homem sempre recebe seu lugar na economia, seu lugar na ordem política, sua reputação entre os pares, suas posses materiais, etc., como algo que lhe fora distribuído, isto é, “tudo isso lhe veio de outros seres humanos” (WALZER, 2003, p.01).

Ao olhar para a história, WALZER percebe que várias ideologias manifestaram-se quanto ao como distribuir bens _ mérito, classificação, hereditariedade, amizade, necessidade, livre intercâmbio, lealdade política, decisão democrática, etc. _ e, antes de mostrarem-se exclusivas e verdadeiras, mostram-se, na verdade, passíveis de concomitância (tensa), cada uma com seu lugar específico, sua esfera de correspondência. Mas, segundo WALZER, existe uma tendência filosófica de buscar uma unidade fundamental para a justiça distributiva, e diz: “*Demonstrarei que procurar unidade é deixar de entender o tema da justiça distributiva*” (WALZER, 2003, p.03).

Quando WALZER expressa-se desta forma, está, sobremaneira, olhando para a teoria de justiça de RAWLS (*A Theory of Justice*), citando sua diretriz de distribuição justa:

Hoje em dia, esse sistema costuma ser descrito como aquele em que pessoas idealmente racionais ideais escolheriam se fossem obrigadas a escolher de maneira imparcial, não sabendo nada da própria situação, impedidas de fazer reivindicações particularistas, deparando-se com um conjunto abstrato de bens (WALZER, 2003, pp.03-04).

WALZER não é capaz de compartilhar de tal modelo de distribuição em decorrência uma diferença fundamental: sua forma de ver o pluralismo.

Como afirma, o pluralismo merece uma defesa coerente, pois ele não quer dizer endosso de todos os critérios distributivos, nem mesmo a aceitação de todos os candidatos a agentes desta pluralidade (WALZER, 2003, p.03).

Não é o particularismo dos indivíduos que está em jogo, ou em questão. “O maior problema está no particularismo da história, da cultura e da afiliação” (WALZER, 2003, p.04). Esta preocupação de WALZER faz com que ele reverta o foco de uma análise universalista _ “O que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo?” _ para um foco de análise particularista _ “O que escolheriam indivíduos como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?” (WALZER, 2003, p.04).

Mas um pluralismo só é definido, em decorrência da sociedade distributiva, por uma teoria dos bens. Os bens sociais “*entram nas mentes antes de passarem nas mãos*” e, por isso, são capazes de motivar as relações sociais. O ato de dar nomes aos bens, atribuir-lhes significados e fazê-lo coletivamente é o recorte do formato do pluralismo defendido por WALZER em sua teoria de distribuição justa (WALZER, 2003, p.06). Especificamente são “*seis as proposições*” nas quais se resume a teoria dos bens de WALZER (2003, pp.06-11).

1. Os bens no mundo compartilham significados porque sua concepção e criação decorrem de processos sociais; já que “os seres humanos gostam em multidão”, todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais.

2. Existe um histórico de relação entre criar e conceber, e possuir e empregar bens, o que perpassa inclusive o mundo moral e material onde se constitui uma vida. Este histórico permite a construção de uma noção de como dar, distribuir e trocar os bens.

3. Não existe conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais independentemente do mundo moral e material no qual foi significado.

4. O que define a movimentação dos bens é seu significado social. Acordos distributivos não são realizados levando em conta um sentido “a-social” do bem, mas sempre seu sentido construído, o que confere à distribuição legitimidade e criticidade. O que significa um bem para uma comunidade, determina o como e os motivos pelos quais é distribuído.

5. Os significados são históricos, sofrem mudanças em seu caráter de justiça no decorrer do tempo. Alguns bens, entretanto, podem reiterar-se no tempo em decorrência de sua essencialidade, o que não leva necessariamente a um método capaz de apontar para os motivos relevantes de tal reiteração.

6. A cada esfera de distribuição, determinada pelo significado do bem a ser distribuído, corresponde uma forma autônoma de justiça distributiva. Uma esfera distributiva deve possuir uma autonomia relativa em relação às demais. Neste sentido, a autonomia relativa das esferas distributivas e o significado construído socialmente devem funcionar como medida crítica para as transgressões sistemáticas do *predomínio* e *monopólio* de alguns bens por grupos específicos que os *convertem* em poder de dominação.

Essa é a estrutura da teoria dos bens sociais de WALZER, e é sobre ela que repousam todas as conseqüências teóricas da sua teoria de justiça, e

representa, na mesma medida, a própria idéia de pluralismo utilizada na sua estrutura de justiça, enquanto esfera de significado social.

Mais detalhadamente, WALZER analisa uma concepção de “*igualdade simples*” (WALZER, 2003, p.15), onde todas as pessoas seriam portadoras da mesma quantidade de um determinado bem capaz de ser convertido em tantos outros, e uma “*igualdade complexa*” (WALZER, 2003, p.21), que requer uma diferenciação entre modelos de distribuição adequados aos diferentes bens distribuídos, ou seja, aos significados que têm dentro de uma sociedade na qual ele foi concebido. Este modelo de igualdade seria então o mais adequado a fazer frente à *tiranía*, ou seja, à violação dos significados sociais dos bens, à determinação da distribuição de um bem em decorrência da posse de outro - predomínio e monopólio.

Neste sentido o projeto de WALZER pretende, na medida em que começar a distinguir significados e delimitar esferas distributivas, ingressar em uma *empreitada igualitária* (WALZER, 2003, p.35).

A comunidade política representa o fenômeno mais próximo do qual WALZER consegue chegar para observar um estado de significados comuns extraído de um contexto, temporalmente determinado, de língua, história e cultura, capazes de juntos formarem uma consciência coletiva (WALZER, 2003, p.35). É, portanto, na interpretação deste “comum”, que se deve sustentar as argumentações sobre questões morais; “*a argumentação é o mero apelo a significados comuns*” (WALZER, 2003, p.36).

Noutro giro, HABERMAS entende que a sociedade moderna foi capaz de promover tanto uma *individualização dos projetos de vida* quanto uma *pluralização na configuração de formas de vida coletivas* (HABERMAS, 1997a p.131). Neste sentido, sob uma concepção normativa *pós-metafísica*, HABERMAS em seu projeto de construção de uma *ética discursiva* rejeita uma consciência normativa “*egocentrista*”, bem como, e na mesma medida “*etnocentrista*” (HABERMAS, 1997a, p.131), fazendo frente tanto a Liberais como a Comunitários.

Em sociedades nas quais a integração entre seus membros é mantida por *tabus*, as expectativas, tanto de conhecimento quanto de coação normativa, se solidificam em um “*complexo indiviso de convicções, que se liga a motivos e orientações axiológicas*” (HABERMAS, 1997a, p. 42), teleologicamente guiados a uma *auto-realização ética*, entretanto, quanto maior for a complexidade de uma

sociedade no sentido de reduzir a orientação substancial centralizada no comum (*desencantar-se*), maior será a pluralização de formas de vida, bem como a peculiaridade de suas biografias, levando a uma maior resistência na sobreposição ou convergência de convicções que se encontrarem no mundo da vida, o que representa um verdadeiro xeque-mate na idéia de núcleo sacralizado de convicções (HABERMAS, 1997a, p.44), impeditivos de uma *auto-determinação moral*.

No marco de sua teoria discursiva, HABERMAS é capaz ver que a prática comunicativa “*resulta com a mesma originalidade, do jogo entre reprodução cultural, interação social e socialização*” (HABERMAS, 1997a, p.111).

O “*mundo da vida*”, ao qual os indivíduos socializados pertencem, configura uma

rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados (HABERMAS, 1997a, p.111).

Este nível de observação, é capaz de justificar a rejeição de HABERMAS a um projeto de regulamentação social *egocêntrico* ou *etnocêntrico*, ou seja, a falta de um marco individual ou comunitário capaz de fornecer um modelo a ser seguido por todos, mesmo dentro de uma comunidade, impossibilita, na mesma medida, um significado substancial e comum de determinado bem ou forma justa de sua distribuição.

Seja no viés de um desencantamento gerado pela profanização das sociedades modernas, ou pela perda de unidade de orientação social em termos sistêmicos, HABERMAS entende que *a falta de um marco material-epistemológico* faz com que “*as certezas do mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem uma compensação suficiente para esse déficit*” (HABERMAS, 1997a, p.45).

Enfim, vendo-se em uma modernidade altamente plural, e comprometido com um projeto democrático radical, para além de embrenhar-se num *construtivismo*, ou fechar-se na caverna assumindo um *particularismo axiológico*, HABERMAS quer (re) construir pelo caminho da *intersubjetividade* o *entendimento na diferença* (CITTADINO, 2004, p.90 e seg.). E nesta empreita não vai, por entender não ser possível, optar por nenhuma das duas formas de pluralismo aqui expressas com RAWLS e WALZER. Para HABERMAS o espaço discursivo do

Direito não tem forma determinada segundo princípios já sobrepostos de “liberdade” ou “igualdade”; na verdade, esta questão não é uma questão de escolha. Quer, muito antes, mostrar como estes se relacionam e assumem, dentro de um acontecer social específico, papéis distintos e relevantes, dentro e de acordo com diferentes tipos e níveis de discursos. “*As idéias modernas da auto-realização e da autodeterminação não sinalizam apenas dois temas diferentes, mas tipos distintos de discursos, os quais são talhados conforme o sentido de questionamentos éticos e/ou morais*” (HABERMAS, 1997a, p.129). A peculiaridade destes discursos será melhor vista nos próximos capítulos.

HABERMAS, entre liberais e comunitários, ou liberais e republicanos, e respectivamente em meio a uma disputa pela sobreposição de paradigmas e princípios _ liberdade e igualdade _ observa que “*não se pode manter um Estado de direito sem democracia radical*” (HABERMAS, 1997a, p.13), o que o leva, numa perspectiva *pós-metafísica* e *pós-convencional*, a entender que *liberdade* e *igualdade* sempre querem se dizer respectivamente, ou seja, *tradições culturais* e *personalidades individuais*, *autonomia pública* e *autonomia privada*, *soberania popular* e *direitos humanos* são, antes de concorrentes, *co-origenários*.

Se em RAWLS o fato do pluralismo o levou a *construir* racionalmente um conceito político *universal* de justiça, garantindo imparcialidade através do véu da ignorância na posição original, e se em WALZER manter-se na comunidade *assumindo sua parcialidade axiológica fundada na materialização de valores* foi o modo de se conceber justiça, HABERMAS (re) *constrói* seu conceito de justiça, porque reconhece a diversidade de concepções de vida boa garantidas pelos direitos humanos entendidos como normas jurídicas de caráter deontológico, e porque assume que tradições são postas sob ponto de reflexão e de crítica tanto para rejeição quanto para reafirmação. Como diz o próprio HABERMAS:

Eu não contesto a validade de tal projeto, porém eu não tento construir na escrivania as normas fundamentais de uma ‘sociedade bem organizada’. Meu interesse fundamental está voltado primordialmente para a reconstrução das condições realmente existentes[...] (HABERMAS, 1993, p.98).

O debate sobre o pluralismo não é necessariamente uma característica das construções teóricas em termos de clássicos da teoria do direito. Pode-se dizer que assim foi até o positivismo que, _ diante da complexidade gerada pelo emaranhado de concepções morais, comuns em um mundo desencantado, _ “resolve” a questão desligando as perspectivas normativa e conceitual do Direito.

Ou seja, ignora-se a diversidade como resposta a ela, pretendendo assim segurança e certeza. O mesmo não ocorre com RONALD DWORKIN.

Como já visto no capítulo anterior, o positivismo filosófico, científico e jurídico fizeram questão de cindir *descrição* de *prescrição*, *ciência* de *filosofia* e *validade* de *justiça*; isso em busca da neutralidade que deveria ser inerente ao cientista do Direito. Mas a discussão sobre o pluralismo já é uma discussão pós *retorno ao direito*, ou seja, já adequada a um novo plano discursivo que tenta, de alguma forma, religar Direito e Ética e com isso mostrar como a desconstrução das cisões referidas são inevitáveis quando se pretende um direito *legitimamente justificado*.

Bom, como diz CHUEIRI (1995, p.65): “Dworkin é um moderno [...]”

A conclusão é mais que acertada, e tal espírito moderno mostra-se claro no que tange à posição assumida em termos de configuração social levada em conta por sua teoria de Direito como integridade. Pluralismo na obra de DWORKIN aparece justamente como *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Fragmentando analiticamente o pluralismo defendido por DWORKIN, parece lograr sentido fazer uma associação entre *igualdade* e postulado primário e central de sua moralidade política; *fraternidade* e legitimidade; *liberdade* e direitos individuais como trunfos/coringas contra violações do “*igual consideração e respeito*” _ *Right to equal concern and respect* _ no tratamento governamental.

Podemos começar a falar sobre a relação entre liberdade e igualdade em Dworkin pelo seu postulado ideal de moral política, capaz de ser, presumivelmente, segundo ele, aceito por todos membros de uma comunidade:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão (DWORKIN, 2002, p.419).

DWORKIN coloca a *igualdade* no centro de sua concepção de Direito. Pode parecer contraditório um liberal fundar sua construção teórica na igualdade e não na liberdade, mas o que DWORKIN propõe é justamente uma *concepção liberal*

de igualdade: “O conceito central da minha argumentação será o conceito não de liberdade, mas de igualdade” (DWORKIN, 2002, p.419).

Igualdade, segundo DWORKIN, em linhas gerais é o direito ao *igual tratamento*, ou seja, direito à mesma/igual distribuição de bens e oportunidades para qualquer pessoa, e o direito a um *tratamento igual*, ou seja, o direito de ser sempre levado em conta nas decisões públicas pelas quais for um afetado.

É, portanto, do próprio direito à igualdade que decorrem as liberdades ou direitos à diferença. Isso porque as liberdades devem ser reconhecidas, para DWORKIN, sempre que se mostrarem necessárias à afirmação do direito ao igual tratamento (DWORKIN, 2002, p.421). Poderíamos falar de uma igualdade na diferença, ou seja, ser tratado como igual quer dizer: não ser vítima de um governo que se baseie na suposta superioridade de alguma forma de vida em detrimento das demais; isso violaria a sua concepção liberal de igualdade. Nestes termos, as restrições às liberdades devem ser vistas com extremo cuidado sob pena de afetarem o mais fundamental princípio de moral política: a igualdade.

A violação da liberdade como violação do próprio direito ao tratamento igual é o que permite a DWORKIN ir contra a concepção normativa utilitarista do Direito, já que esta estaria sempre: a) sujeita às “*preferências externas*” de uma parte da população que de algum modo, acabaria por impor aos vencidos concepções particulares sobre a vida boa, bem como também, b) sujeita à impossibilidade prática de um utilitarismo capaz de se comprovar referente apenas às “*preferências pessoais*” de alguns (DWORKIN, 2002, p.426). DWORKIN só consegue ver igual consideração e respeito na medida em que os cidadãos são reconhecidos como livres para decidirem a moralidade de suas próprias vidas.

As liberdades não são defendidas por DWORKIN como princípio que funda uma concepção de justiça, ainda que seja necessária a ela, e justamente por isso já em “*Levando os Direitos a Sério*” escreve “*Nenhum direito à liberdade*” (DWORKIN, 2002, p.409), não para negar o direito às liberdades, mas antes para evidenciar a inexistência de um direito geral à liberdade, já que se assim não fosse, qualquer restrição legalmente estabelecida apareceria como violação a este direito mais geral de liberdade. O direito às liberdades deveria ser fundado em outra *concepção moral de política* e justamente por isso funda-se no ideal de *igual consideração e respeito*, como já visto acima.

Mas, pensando o Direito a partir de um marco de democracia constitucional liberal, DWORKIN vê as liberdades e direitos fundamentais como essenciais para o funcionamento destas mesmas democracias em que os cidadãos podem se entender como responsáveis pelo próprio direito mediante o exercício de suas capacidades de autodeterminação, auto-realização e participação política. Deste modo o cidadão de DWORKIN só pode experimentar o ideal de igual consideração e respeito na medida em que dividir em sua comunidade o mesmo status político e moral de seus co-cidadãos. Esta exigência se traduz para o governo como necessidade de neutralidade no tratamento das questões morais sobre as concepções de vida boa. “*O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão*” (DWORKIN, 2002, p.419).

O ideal de igual consideração e respeito não apenas funda e delimita, mas garante-se pelos direitos de liberdade. Afinal, se DWORKIN vê os princípios como coringas/trunfos é justamente para garantir os cidadãos frente a políticas (utilitaristas ou do gênero) que ameacem o seu mais fundamental direito de igual consideração e respeito.

[...] o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para estes fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião (DWORKIN, 2006, p.11).

Se a cobrança de neutralidade que DWORKIN faz ao governo referente ao tratamento anti-utilitarista do pluralismo de concepções de vida boa é capaz de distanciá-lo de comunitaristas como WALZER, o que permite distanciá-lo de RAWLS é sua idéia de *fraternidade* enquanto *ideal associativo* de sua comunidade política.

DWORKIN defende uma comunidade capaz inclusive de anonimato no que tange a materialização dos seus membros, isso permite que as comunidades possam manter laços obrigacionais de fraternidade da forma mais abrangente possível. Na verdade DWORKIN entende que é preciso chegar a uma idéia ideal de associação justamente para justificar o *exercício do poder do governo* contra alguns membros que, mesmo sendo contra determinadas decisões, conseguiria, em decorrência do reconhecimento dos laços associativos, acreditar que o

mesmo dispêndio que sofrerá seria feito em seu favor. DWORKIN imagina uma associação fundada na “*reciprocidade*”, não detalhada ou fundada em obrigações associativas deliberadas/contratuais (*taxativas*), mas numa “*reciprocidade mais abstrata*”, ou seja, é mais uma questão de aceitar a necessidade do outro para se estabelecer o próprio conteúdo dos vínculos que têm, com base em linhas gerais que justificam seus sacrifícios.

As obrigações associativas podem ser mantidas entre pessoas que compartilham uma idéia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades especiais que os membros devem pôr em prática entre si, uma idéia do tipo e do nível de sacrifício que suas relações mútuas devem pressupor (DWORKIN, 1999, p.240).

Essa *reciprocidade mais abstrata* exigiria que as obrigações da comunidade fossem “*especiais*”, “*pessoais*”, “*gerais*” e “*iguais*”. Não seriam fraternais as comunidades em que alguns de seus membros fossem intrinsecamente menos dignos que outros. Assim “*as responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse*” (DWORKIN, 1999, p.243).

Já fora afirmado por DWORKIN, linhas atrás, que o *conceito central de sua argumentação seria o conceito não de liberdade, mas de igualdade*; isso se afirma mais uma vez já que é justamente e, novamente, o ideal de *igual consideração e respeito* que cria e justifica o vínculo e as obrigações recíprocas entre os membros de uma comunidade *fraterna*.

É exatamente neste sentido que se pode afirmar categoricamente que DWORKIN consegue manter toda uma tensão, paradigmática inclusive, desde há muito existente, entre liberdade e igualdade, dentro exclusivamente da sua fórmula de moralidade política como *igual consideração e respeito*.

Em relação às dimensões do pluralismo defendidas por RAWLS e WALZER, DWORKIN é capaz de conceber, não apenas um ideal mais geral e abrangente de diferentes concepções particulares de vida boa, mas também um ideal mais geral e abrangente de vínculos comunitários capazes de justificar a peculiaridade histórica de uma determinada associação.

Para DWORKIN a incompatibilidade entre Liberdade e Igualdade só pode ser um erro.

Não se rejeita a idéia de que os indivíduos têm direitos a certas liberdades específicas, como o direito às decisões morais pessoais (...). Portanto, os ensaios contradizem a conhecida e perigosa idéia de que o individualismo é inimigo da igualdade. Essa idéia é um erro comum dos libertários que odeiam a igualdade e dos igualitaristas que odeiam a liberdade; cada um ataca seu próprio ideal sob seu outro nome (DWORKIN, 2002, p.XIII).

Outra questão é de extraordinária importância no pensamento de DWORKIN: *as obrigações políticas aparecem como sendo de natureza associativa, e a construção das obrigações do Direito também são de natureza associativa* (DWORKIN, 1999, pp.248-249). Além de serem associativas, outra questão de extraordinária importância e centralidade em toda a obra de DWORKIN é o fato de *os conceitos e compromissos associativos serem todos interpretativos* (DWORKIN, 1999, p.240). Ou seja, os conceitos e compromissos são sempre (re)construídos, a partir de si mesmos, e, portanto, sempre colocados ao alcance de uma autocrítica conceitual, dependente da atitude interpretativa dos cidadãos. Outras explicações sobre o dever moral de obedecer às instituições não conseguiriam mostrar *“como a legitimidade decorre da cidadania e a define”* (DWORKIN, 1999, p.234).

Afinal o Direito para DWORKIN, é acima de tudo uma *prática interpretativa capaz de justificar-se moralmente, mesmo no pluralismo*. Portanto, assim como em HABERMAS, a justiça apenas pode ser (re) construída em casos concretos mediante a (re) construção interpretativa do próprio *Direito em sua melhor luz*, de forma crítico-deliberativa.

A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão [...] que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania. A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas. 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.230 e 492). Grifou-se.

Finalmente, toda tensão inerente à igual consideração e respeito deverá ser levada em conta em uma decisão judicial que sempre realiza uma *leitura moral da constituição*, ou seja, dos princípios constitucionais em questão.

2.3.

O Direito após um desencantamento e um novo “re-encantamento”

“Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.” (DWORKIN, 1999, p. 75).

Na longa narrativa *histórico-religiosa-racional* de WEBER, três questões respectivamente decorrentes podem ser ressaltadas, da mais geral à mais específica: *o processo de racionalização do ocidente, o desencantamento do mundo e o processo de secularização.*

O *processo de racionalização do ocidente* é a grande perspectiva analisada por WEBER em sua narrativa e compreende tanto o processo de *desencantamento do mundo* como o de *secularização*. Na verdade a racionalização do ocidente é toda trajetória, como o nome já diz, do pensamento ocidental rumo ao racionalismo, o que significa dizer que “o ‘racionalismo’ é um conceito histórico que encerra um mundo de contradições” (WEBER, 2004, p.69).

Contra magos e bruxos, WEBER observa:

Aquele grande processo histórico-religioso do desencantamento do mundo que teve início com as profecias do judaísmo antigo e, em conjunto com o pensamento científico helênico, repudiava como superstição e sacrilégio todos os meios mágicos de busca da salvação [...] (WEBER, 2004, p.96).

Assim, com o termo *desencantamento do mundo* WEBER quer especificamente afirmar “a *eliminação da magia como meio de salvação*” (Weber, 2004, p.106).

Os puritanos do séc. XVII, segundo WEBER, conseguiram levar o *desencantamento do mundo* que começa com os profetas do judaísmo “às suas últimas conseqüências” (WEBER, 2004, p.133), na medida em que colocavam a ascese intramundana no centro da operacionalização da religião; a divinização da criatura passava a ser “uma *desvalorização do respeito a Deus*” (WEBER, 2004, p.132). Não poderia mais haver magia no intramundo; não poderia mais se pensar em canais/criaturas privilegiados entre o intramundo e o extra-mundo/outro mundo, como aqueles assegurados pelos magos. É neste sentido que o *desencantamento do mundo* pode ser entendido como um processo do mundo ocidental que se dá pela re-configuração de *estímulos psicológicos criados pela fé religiosa e pela prática de um viver religioso que dava a direção*

da vida e mantinha o indivíduo ligado nela (WEBER, 2004, p.89), representando uma sobreposição da religiosidade ética ascética contra as práticas mágicas de salvação.

O que o *desencantamento do mundo* pela via da reforma protestante foi capaz de gerar foi a re-afirmação de *um fim transcendente, a bem-aventurança*, só que agora apenas atingível mediante a ascese intramundana de *aumentar a glória de Deus na terra*, o que exigia do indivíduo uma atividade constante de reflexão, e que, por sinal, representa o uso renascentista puritano do “*cogito ergo sum*” de DESCARTES (WEBER, 2004, p.107).

Essa ascese intramundana, religião-prática-racional-intramundana, representa uma virada racionalista no pensamento ocidental realizada via *desencantamento do mundo* por meio das religiões renascentistas contra as configurações das “religiões mágicas”.

É, justamente neste sentido, a partir da análise da evolução religiosa do ocidente que WEBER quer não fazer uma análise teológica do ocidente, mas, muito antes, já que o medievo foi orientado teologicamente, analisar a própria *configuração do pensamento ocidental, a conduta de vida moral, ainda que nós (modernos) não sejamos mais capazes de fazer a menor idéia de quanto os poderes religiosos se faziam valer nas práxis decisivas para a formação do caráter daquele povo* (WEBER, 2004, p.141).

Por sua vez, a *secularização*, diferentemente do desencantamento do mundo que se refere a um processo religioso *contra-mágico*, representa um processo de autonomização cultural frente à religião, ou seja, um processo que se deu entre a nascente modernidade do séc. XVIII e as amarras sacras do séc. XVII, o que por, sua vez, vai aflorar em Estados secularizados, neste sentido, delimitados frente à religião, e configurados enquanto esferas autônomas de poder burocrático e laico.

O mais importante neste momento é perceber que o processo de secularização é resultado da caminhada racionalista do ocidente bem como do desencantamento do mundo, o que nos transporta à questão da legitimidade da dominação pela via do poder político agora não mais justificado no sagrado.

Se por secularização podemos entender uma autonomização entre Estado e religião, inevitavelmente chegaremos à observação dos instrumentos de dominação estatal, bem como dos seus novos critérios de legitimidade. Fundamental: a secularização, enquanto *processo* de racionalização da dominação política, é também algo que caminhou *desencantando-se*, ou seja, o processo de secularização é também o processo de desencantamento do

Estado, da lei, do Direito. *Secularização é desencantamento do mundo pela via do desencantamento do Estado, da lei, do Direito.*

WEBER vê que a caminhada do Direito e dos procedimentos jurídicos passaram por quatro estágios de desencantamento/racionalização: a) a revelação carismática do direito por profetas jurídicos; b) a criação e aplicação empírica do direito por *honoratarios* jurídicos (criação de direito cautelar e de direito baseado em precedentes); c) a imposição do direito pelo *imperium* profano e por poderes teocráticos; d) o direito sistematicamente estatuído e a “justiça” aplicada profissionalmente, na base literária e formal lógica por juristas doutos (juristas especializados) (WEBER, 1999a, p.143).

WEBER, com peculiar disciplina, faz uma análise detalhada dos referidos estágios de racionalização do Direito, transitando entre a antiguidade, a idade média (*ius commune*), e a modernidade.

Desde um direito revelado por sacerdotes e profetas chamados a administrar oráculos e julgamentos por ordália, até a sistematização lógica racional do Direito aplicado por especialistas (formados em universidades de ensino jurídico), ou seja, no percurso percorrido pelo Direito até um sistema de dominação legal racionalmente estabelecido por meio do Direito legislado e circularmente mutável, sempre houve uma configuração própria na tentativa de realizar uma justiça substantiva e de manter algum tipo de formalização.

Na virada moderna, WEBER rejeitou uma concepção de Estado Moderno e de sua respectiva ordem legal que se *concentrasse no ‘objetivo’ dessa comunidade política ou em alguns juízos específicos de valor*, isso porque as comunidades políticas podem *continuar a perseguir* seus interesses *sem perder* a qualidade de estado moderno, seja usando o Direito legislado para garantir a propriedade ou algum valor supremo emanado de Deus. Esta preocupação de WEBER se dá em relação às comunidades nas quais onde as pessoas consideram certos tipos de normas como válidas e dirijam suas vidas de acordo com elas. (BENDIX, 1986, p.324).

Para WEBER interessa a idéia do “direito do direito” dentro de uma ordem jurídica racional e positiva, quando

a convicção da ‘legitimidade’ específica de determinadas máximas jurídicas, ou seja, a força de determinados princípios jurídicos, indestrutível por qualquer imposição de direito positivo e diretamente compromissória, realmente influencie de forma sensível a vida jurídica prática (WEBER, 1999a, p.134).

“O conteúdo destas máximas costuma chamar-se ‘direito natural’ (WEBER, 1999a, p.134). “Modernamente, a legitimidade da ordem jurídica através da referência ao direito natural é a única alternativa que resta depois do declínio da crença na revelação religiosa e no caráter sagrado da tradição” (BENDIX, 1986, p.325).

O direito natural, enquanto virada de *secularização*, foi analisado por WEBER porque propunha-se como “ o conjunto das normas vigentes independentes de qualquer direito positivo e que tem preeminência diante deste” (WEBER, 1999a, p.134). Neste sentido seria capaz de fazer frente a formas encantadas de Direito, como a *lex naturae* “*legítimo segundo a vontade de deus dentro do mundo existente do pecado e da violência, em oposição aos mandamentos de Deus diretamente revelados a seus crentes e somente evidentes aos religiosos eleitos*” (WEBER, 1999a, p.134).

Mas WEBER pode observar que as máximas formais do direito natural como a *liberdade de contratar* e os axiomas materiais como a legitimidade exclusiva da *produção de trabalho*, estiveram fortemente vinculadas aos âmbitos de interesses de determinadas classes. As qualidades formais do direito natural eram defendidas pelas classes interessadas no mercado e na apropriação definitiva dos meios de produção, enquanto os axiomas materiais do direito natural eram defendidos pelos camponeses proletariados submetidos aos burgueses pelas necessidades decorrentes da falta de meios de produção próprios (WEBER, 1999a, p.138).

A ascensão do materialismo do direito natural, que buscou apoio em profecias, foi interrompida pelo ceticismo do radicalismo antimetafísico, pelo *evolucionismo marxista*, e o *positivismo comtiano*, bem como pela *política moderna de poder* (WEBER, 1999a, p.140).

A queda do direito natural⁷ e o poder do positivismo jurídico que seguia “*avançando de maneira irrefreável*” (WEBER, 1999a, p.140), numa dimensão *pós-metafísica* e *pós-convencional*, e que selava a transição de uma maneira *sacralizada* para uma *dessacralizada de pensar*, a integridade social foi algo que soou como o sumo do *desencantamento do direito*, neste sentido da própria forma de operar do sistema integrizador da sociedade.

⁷ “Mas, não apenas em consequência da inconciliável relação de luta entre os axiomas formais e materiais do direito natural e do trabalho das diferentes formas da doutrina da evolução, como também em consequência da decomposição e relativização de todos os axiomas metajurídicos, em parte pelo próprio racionalismo, em parte pelo ceticismo do intelectualismo moderno em geral, a axiomática do direito natural caiu hoje em profundo descrédito.” WEBER, Marx. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. vol. 1. p. 140. Grifou-se.

A dominação legal agora “*pós-mundo–encantado*” racionalizava-se em decorrência da relação *meio e fim*, ou seja, uma *racionalidade instrumental*, pela qual o Direito foi condenado a uma crescente tecnização, acompanhada pela sensação de desconhecimento por parte dos leigos. “*Isto é, a especialização do direito, e a crescente tendência a considerar o direito um aparato técnico com conteúdo desprovido de toda santidade racional e, por isso, modificável a cada momento, conforme fins racionais*” (WEBER, 1999a, p.153).

Por isso então WEBER diz que a dominação legal baseia-se em que “*todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser estatuído de modo racional – racional referente a fins ou racional referente a valores (ou ambas as coisas) [...]*” (WEBER, 1999b, p.142).

Antes de fazer um fechamento/aproveitamento crítico do caminho percorrido com WEBER, através da trajetória de desencantamento do mundo e do Direito, resultante em uma racionalidade sistêmico-instrumental, positivista e pós-metafísica, fincada nas qualidades formais do direito, será proveitoso, ainda que rapidamente, ver uma concepção do direito como instrumento de domínio e violência. MICHAEL FOUCAULT é pertinente pelo poder e expressividade de sua linguagem.

FOUCAULT tentando entender o “como do poder”, esquematicamente focaliza um triângulo: *poder, direito e verdade*. (FOUCAULT, 1999. p.28).

Tradicionalmente a questão era: como o discurso da verdade pode limitar o direito do poder? Mas, para FOUCAULT, o que interessa saber é: de quais regras de direito o poder lança mão para gerar discursos de verdade?

Para Foucault não há como funcionar o poder sem um discurso de verdade; neste sentido, “*somos forçados a produzir a verdade pelo poder que exige esta verdade e que necessita dele para funcionar*” (FOUCAULT, 1999. p.29).

A verdade à qual somos obrigados e submetidos configura-se enquanto norma, ou seja, um discurso verdadeiro ao qual estamos fadados já que:

Somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discurso de verdade, que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto: regras de direito, mecanismo de poder, efeitos de verdade (FOUCAULT, 1999. p. 29).

FOUCAULT vê o direito ocidental como um direito do poder régio e que, por isso, sempre funcionou em proveito do rei, seja para determinar os direitos do rei ou para discutir os limites deste poder, mas sempre é do poder do rei de que se

trata, e assim o direito é a *armadura jurídica em que o poder real está investido* (FOUCAULT, 1999. p. 30).

Desde a idade média o papel da teoria do direito foi fixar a legitimidade do poder, girando em torno principalmente da questão da soberania. FOUCAULT observa, contudo, que centralizar a questão da legitimidade do exercício do poder na questão da soberania parecia ter,

essencialmente como função dissolver, no interior do poder, o fato da dominação, para fazer que aparecessem no lugar dessa dominação, que se queria reduzir ou mascarar, duas coisas: de um lado, os direitos legítimos da soberania, do outro, a obrigação legal de obediência (FOUCAULT, 1999. p.31).

Rousseau foi claro nesta questão: “*O mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar esta força em direito, e a obediência em dever*” (ROUSSEAU, 2003, p.19).

Assim, vendo o Direito e o campo judiciário como veículos permanentes de relações de dominação e de técnicas de sujeição, a questão da soberania sempre foi não uma questão de “direito”, mas sempre uma questão de *dominação*, equivalendo então *soberania* e *obediência* a *dominação* e *sujeição*; para FOUCAULT “*isso é óbvio*” (FOUCAULT, 1999. p.32).

A soberania, em termos assemelhados ao Leviatã de HOBBS, mas ainda antes da virada para o séc. XVIII, foi capaz de manter a totalidade das relações sociais, ou seja, a mecânica geral do poder, como relação expressa entre soberano e súdito, ao passo que a virada para a modernidade foi capaz de reconfigurar a mecânica geral de poder para uma nova forma de dominação bem mais refinada: *o poder disciplinar*.

O poder disciplinar aparece como incompatível com a clássica idéia de soberania, incidindo sobre corpos e comportamentos, extraindo tempo e trabalho, sendo exercido pela vigilância contínua, pressupondo uma espécie de trama cerrada de coerções materiais, tudo adicionado a uma tendência de fazer que cresçam cada vez mais a eficácia da sujeição, bem como a expansão dos sujeitados (FOUCAULT, 1999. p.42). O refinamento da *dominação disciplinar* _ “[...] *acho eu, uma das grandes invenções da sociedade burguesa*” (FOUCAULT, 1999. p.43) _ em relação ao poder soberano materializa-se na máxima de “*mínimo de dispêndio e máxima eficácia*” (FOUCAULT, 1999. p.43).

Aqui então FOUCAULT levanta uma questão de extrema relevância para o presente contexto: por que com a modernidade e com a ascensão da nova mecânica de poder disciplinar a teoria da soberania não ruiu? Basicamente

porque a organização de códigos jurídicos fincados na teoria da soberania permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que mascarava os procedimentos da nova mecânica de poder, apagando os rastros da dominação e da sujeição, enfim, das novas técnicas de domínio (FOUCAULT, 1999. p.44).

A proposta de democratização da soberania se “encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos de coerção disciplinar” (FOUCAULT, 1999. p.44).

FOUCAULT, portanto, está convicto que “soberania e disciplina, legislação, direito da soberania e mecânica disciplinares são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder de nossa sociedade” (1999. p.47).

Bem, com WEBER a decomposição e relativização de todos os axiomas metajurídicos gerados pelo *desencantamento do mundo* enquanto superação de uma forma de pensar tradicionalista e religiosa do mundo e do direito levou a racionalização do direito, como única alternativa, ao positivismo.

Frente à falta de um marco ético comum no mundo já desencantado, ou seja, diante da diversidade de esferas de valor capazes de validar a ordem jurídica legitimamente, não restou a WEBER outro meio de pensar a racionalidade do direito a não ser mediante uma *instrumentalização finalística* do sistema, entregue às qualidades meramente formais do direito.

Com FOUCAULT o direito é analisado justamente em sua perspectiva finalística, só que desde uma perspectiva histórico-opressiva em que o direito aparece na modernidade como instrumento para o exercício da *dominação disciplinar*.

É no mesmo domínio do desencantamento do direito assinalado por WEBER, enquanto processo de racionalização e dessacralização, ou seja, no abandono de qualquer sentido metaético, que FOUCAULT consegue ver naquele espaço destinado à *racionalização referente a fins*, decorrente da *falta/“impossibilidade”* de justificação moral, um espaço onde sempre imperou uma relação de dominação, seja pela soberania ou pelo adestramento *disciplinar*. Isso permite usar a expressão Weberiana *desencantamento* em um novo sentido, o de que o *direito desencanta de si mesmo*, não se prestando a um sentido legítimo de integrador social, mas sim de mantenedor de relações injustificadas de controle e violência, sequer pós-tradicional no que tange às relações de poder na configuração das desigualdades sociais.

Aquilo que FOUCAULT chamou de poder disciplinar, que pode esconder-se por detrás/dentro do direito positivo, fora também apontado enfaticamente por

HABERMAS sob a denominação de *colonização do mundo da vida* por meio dos imperativos da economia e do poder administrativo: “o mundo da vida racionalizado possibilita o aparecimento e o aumento de subsistemas cujos imperativos autônomos atuam destrutivamente sobre este mesmo mundo da vida”. (HABERMAS, 1987, p.263).

É, portanto, em meio a uma violência estrutural gerada pela violação sistêmica do direito que

a sociedade contemporânea, portanto, convive com a violência decorrente dos mecanismos de monetarização que regem as esferas da vida privada e com os imperativos da burocratização que invadem a esfera da opinião pública (CITTADINO, 2004, p.116).

Entre outros, a crítica de FOUCAULT ao direito, bem como a de MARX em um nível macro, no sentido de que o direito funciona como instrumento de violência e, portanto, ainda tradicional no que se refere às estruturas de poder e controle social, anti-emancipatórias, aponta, como bem assinala GISELE CITTADINO, para um período que “*parece significar a ‘morte do direito’*” (CITTADINO, 2004, p.141). O conceito de desencantamento do direito aqui utilizado, sem querer alterar o sentido primeiro utilizado por WEBER, mas muito antes levando a semântica da expressão às últimas conseqüências, abrange e quer dizer, sobretudo, sobre o estágio de desencantamento do direito enquanto *integrador social legítimo*, ou seja, desencanto para com o direito enquanto Direito, desencantamento como “morte do direito”. Uma verdadeira descrença no Direito.

Mas, como assinala GISELE CITTADINO, se as décadas de 60 e 70 pareceram significar a “morte do direito”, a partir dos anos 80 a filosofia política engrena um movimento de “*retorno ao direito*” (CITTADINO, 2004, p.141).

Até aqui é latente a mútua expectativa, frustrada, entre os discursos de *formal* e de *substancial* rumo a uma concepção legítima de Direito. Na visão de WEBER, sempre houve uma pretensão/discurso de realização de justiça material caminhando junto às peculiaridades formais e cada vez mais racionalizadas do direito ocidental, mesmo que sempre referentes a interesses de classes. Em FOUCAULT esta expectativa de realização substantiva, expressa ou camuflada, ínsita ao formalismo, sempre e sempre escondeu relações de dominação.

Bom, as análises Weberiana e Foucaultiana acabam por desaguar em uma configuração formal do direito moderno, ou seja, de alguma forma estamos falando do positivismo jurídico como resultado, em um primeiro momento desencantado em relação ao extra-mundo (WEBER), ou seja, dessacralizado e,

em um segundo momento, desencantado de si mesmo via morte do direito e reconfigurado pelo giro produzido pela modernização das relações de dominação e colonização das esferas pública e privada da sociedade (FOUCAULT/HABERMAS). O positivismo filosófico (COMTE), científico (WEBER) e jurídico (KELSEN), é, portanto, resultado de um processo histórico cujo conhecimento é fundamental para que se possa entender ainda que minimamente qual a responsabilidade que recai sobre si, qual paradigma ele substitui e, portanto, sobre o que ele derrama seus esforços. Afinal a defesa de um pós-positivismo deve ser capaz de seguir em frente sem incorrer nos “erros” já superados pelo próprio positivismo.

Em suma, o processo de racionalização do ocidente se dá no sentido de um *desencantamento* (WEBER) rumo a uma *racionalidade do direito* moralmente neutra porque *orientada referida a fins* (WEBER), mas que ainda, na verdade, presta-se à *virada moderna ocorrida na configuração do poder e domínio* (FOUCAULT), geradores de uma *colonização do mundo da vida*, também realizada via direito positivo (HABERMAS).

O primeiro passo para se pensar um “*re-encantamento*” pós-positivista do Direito, parece ter sempre em mente que o que se tornou necessário e fundamental é justamente repensar agora, não apenas a legitimidade das relações de dominação e violência *extra-jurídicas*, mas, justamente, e neste sentido sobretudo, passar a questionar a legitimidade do próprio projeto jurídico posto, ou melhor, ir além do positivismo seguindo um ideal de consciência normativa constitucionalmente legítima capaz de ser a todo momento crítica acima de tudo de si mesma.

Uma passagem de DWORKIN é expressiva no que tange demonstrar porque foi significativo resgatar HEIDEGGER, GADAMER e HABERMAS e também FOUCAULT. Ela demonstra que abrir o Direito à interpretação dos afetados é forte instrumento de luta contra os imperativos intra-sistêmicos de dominação e manutenção das desigualdades sociais. Assim diz DWORKIN: “*Recorro mais uma vez a GADAMER, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas*” (DWORKIN, 1999, p.75).

Nenhum lugar é tão privilegiado quanto a decisão judicial para se reconstruir, a todo momento, os imperativos normativos do direito positivo e, portanto, da legitimidade sistêmica do Direito enquanto Direito, re-encantado pela pretensão de justificação moral e portanto legitimidade perante os seus destinatários.

Mas como visualizar o re-encantamento do Direito em termos de Teoria do Direito?

Como detidamente observado no item 2.1, o positivismo jurídico (é bom reafirmar: *como resultado do processo histórico de desencantamento*) surge visando “A ‘objetividade’ cognoscitiva da ciência social e da política social”, ou seja, buscando “Realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, isto é, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais [...]” (KELSEN, 2003, p.124).

KELSEN, também é bom lembrar, funda a pureza metodológica da Ciência do Direito neste imperativo de neutralidade do cientista em contraposição ao filósofo e/ou praticante também do próprio Direito (KELSEN, 2003, p.X).

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito (KELSEN, 1998, pp.01 e 77).

A partir destas observações, podemos notar que o processo de racionalização trilhado pelo ocidente, enquanto processo de alcance do estado positivo (COMTE), desencantamento (WEBER), e pureza teórica (KELSEN), gerou uma crença na idéia de que uma teorética do Direito seria formada de duas partes *distintas* e *independes*⁸, ou seja, seguindo a delimitação estabelecida entre o *descrever* e o *prescrever*, a teoria do Direito delimitaria a independência entre sua parte *conceitual* e sua parte *normativa*.

O positivismo jurídico acabou carregando sobre si o desencantamento do Direito pela via do *cientificismo* e da deficiência na justificativa moral, neste sentido, sendo estigmatizado de instrumentalizador de dominação, carente em última instância de legitimidade em termos éticos, já que o desligamento entre as esferas conceitual e normativa lhe foi característica.

Mais uma vez: se o desencantamento do mundo resultante em um positivismo jurídico (WEBER/KELSEN) que desligou o Direito de qualquer sentido

⁸ JEREMY BENTHAM criou uma teoria composta por uma parte conceitual *positivista* e uma parte normativa *utilitarista*; diria WEBER, *desencantada* e racional referente a fins, já que não mais orientada axiologicamente/eticamente.

ético-moral pôde soar como a *morte do direito* e, neste sentido, como a mais expressiva forma de desencantamento do Direito enquanto Direito legítimo, o *retorno ao direito*, enquanto *re-ligamento entre o Direito e a ética*, nos faz pensar em um “re-encantamento” do Direito para consigo mesmo, ou seja, re-surge a possibilidade de se pensar o Direito como um sistema *legítimo de integração social* capaz de fazer frente aos mecanismos de *colonização do mundo da vida* (HABERMAS) ou aos *poderes disciplinares* (FOUCAULT) escamoteados nos imperativos jurídicos aproblemáticos pelo cientista positivista que se abstém de racionalizar as esferas *normativa* e *conceitual* como co-dependentes, rendendo-se à ilusão da descrição neutra do Direito. “*Em uma palavra, este movimento pressupõe uma necessária e intrínseca ligação entre a ética e o direito*” (CITTADINO, 2004, p.143).

Noutros termos, o marco positivista, peculiar pela falta de sentido ético decorrente do processo de desencantamento, não consegue ver “*outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade*” (DWORKIN, 2002, p. XIV). Afinal, se a grande conquista da caminhada racionalista do ocidente foi se libertar da justificação e revelação sacra ou tradicionalista do Direito, acreditar em entidades metafísicas (como fonte de direitos) como *vontades coletivas* e *espíritos nacionais* que antecedem ao próprio direito legislado seria uma recorrência “fantasmagórica” (DWORKIN, 2002, p.XIV).

Assim, como diz DWORKIN:

O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que forma a totalidade do direito de uma comunidade. (...) o positivismo jurídico é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas (DWORKIN, 2002, p.XIV).

E completa: “*Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas*” (DWORKIN, 2002, p.72).

Mas, se o positivismo restou como única possibilidade para o processo de autonomização do Direito *pós-estados teológico e metafísico* (COMTE), o *retorno ao direito* pode ser traduzido também como um passo à frente em relação ao positivismo jurídico no sentido de poder ver, “na mesma base normativa rejeitada” (politeísmo, pluralismo, falta de marco ético justificante do Direito, etc.),

potencial suficiente para resgatar pretensões de racionalidade e legitimidade para o Direito.

É, portanto, religando a perspectiva *normativa* e *conceitual* de uma *Teoria do Direito* que RONALD DWORKIN vai tomar um projeto de Direito como integralizador social legítimo fincando-o em um paradigma político moral constitucional; uma comunidade fraterna de princípios capaz de reconhecer e ligar o Direito a um princípio de moral política de *igual consideração e respeito* por todos os co-cidadãos de uma comunidade histórica específica.

DWORKIN, superando a separação entre a parte *normativa* e *conceitual* da teoria do direito, foi claro ao afirmar que “*uma teoria do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual*” (DWORKIN, 2002, p.VIII). Sua parte normativa examinará questões como uma *teoria da legislação*, uma *teoria da decisão judicial* e uma *teoria da observância da lei*. Na parte conceitual, uma questão lhe aparece como fundamental: “*Os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito?*” (DWORKIN, 2002, p.X). Tanto as questões conceituais quanto as questões normativas estão ligadas de forma complexas entre si, bem como, inevitavelmente, com questões profundamente filosóficas (DWORKIN, 2002, p.X-XI).

“*O Império do Direito*”, na verdade, é integralmente uma ponte entre a parte normativa e conceitual do Direito na medida em que se funda naquilo que DWORKIN chamou de “*divergência teórica do direito*” (Dworkin, 1999, p. 15), ou seja, sobre a própria questão do “o que o Direito realmente é?” (DWORKIN, 1999, p. 08). Se os positivistas puderam erguer toda uma construção jurídica sobre a idéia de *Direito como regra positiva*, é justamente o esfarelamento deste dogma positivista que permite a ascensão de DWORKIN.

Como pondera DWORKIN, os cidadãos têm direitos morais contra o *governo* (DWORKIN, 2002, p.283), (legislativo, executivo e judiciário), direitos morais estes que tornam-se também direitos jurídicos por via da constituição jurídica do Estado, ou seja, direitos morais segundo a Constituição que os tornaram jurídicos (DWORKIN, 2002, p.292).

Estes direitos morais constitucionalizados via princípios, são abertos e indefinidos; assim os cidadãos acreditam estar juridicamente autorizados a assumir determinadas posturas morais.⁹ Neste caso, o Governo estará diante de

⁹ Mesmo não tendo o presente texto um caráter dogmático é pertinente lembrar do texto constitucional brasileiro quando diz: Art. 5º, §2º, Os direitos e garantias expressos nesta

uma inevitável questão no que tange saber como tratar desta abertura permissiva do texto constitucional: *saber qual a configuração social que funciona como limite à proliferação de núcleos morais, ou mesmo de sentido*. Este foi exatamente o debate sob *pluralismo* encabeçado pelos *Liberais* (RAWLS), *Comunitários* (WALZER) e *crítico-deliberativos* (HABERMAS), já exposto no item 2.2.

Existe uma ligação necessária e fatal entre uma *individualidade fenomenologicamente construída* pelo processo natural de interpretação e compreensão do mundo, sujeito a uma *avaliação crítica de horizontes de contexto intersubjetivo* (HEIDEGGER, GADAMER E HABERMAS) e a idéia de uma pluralidade (o pluralismo), formada por este processo mesmo, de indivíduos (HABERMAS/DWORKIN) que acreditam ter direitos morais garantidos pela constituição de sua comunidade. Esta conexão entre interpretação fenomenológica crítica, pluralismo e diversidade na compreensão do Direito aparece nas democracias liberais, mas não só nelas, como um dado inevitável. Esta constatação de uma pluri-moral, ignorada num primeiro momento pelo positivismo, passa a ser, em um segundo momento, pós-positivista, na medida em que é levada a sério, aquilo capaz de religar o direito positivo a uma pretensão ética de legitimidade, mediante uma *fórmula moral universal*, mesmo que contextualizada e reconstruída em todo ato de aplicação, de *“igual consideração e respeito a todos os membros de uma comunidade”*.

Os cidadãos de uma comunidade de princípios devem acreditar que o Direito permitido por um princípio fundamental de igual consideração e respeito é a melhor justificativa para a prática do governo, bem como devem acreditar que *participam* do escrevinhamento de uma história comum.

Tal recurso pressupõe, de maneira sensata, que as disposições políticas que não manifestam igual consideração e igual respeito são aquelas estabelecidas e administradas por homens e mulheres poderosos que, reconheçam-no ou não, têm mais consideração e respeito pelos membros de uma classe particular, ou por pessoas dotadas de certos talentos ou ideais particulares (DWORKIN, 2002, p.280).

Enfim, *“Elementos para uma teoria da decisão judicial na alta modernidade”* deixam claras questões e termos de uma teoria da decisão judicial na alta modernidade. Questões interligadas e discutidas separadamente apenas por questão didática de facilitação do entendimento. Com as conquistas e

derrotas geradas pelo desencantamento do mundo para o Direito de uma sociedade, uma teoria da decisão deverá ser capaz de absorver e assumir as complexidades sociais sob pena de falseamento e dissimulação dos critérios de legitimidade democrática das instituições.

O positivismo jurídico, sendo anterior à teoria do direito como integridade, de DWORKIN, criou a falsa separação entre as partes *normativa* e *conceitual* de uma teoria do Direito, separando a perspectiva filosófica da científica; mas no que tange a esta questão, desde a exposição do giro hermenêutico, pôde ficar clara a inconsistência de tal segregação.

Portanto, justamente neste sentido, se o homem naturalmente interpreta sempre de forma particular um determinado objeto de análise, lançando sobre ele um projeto pessoal, parece mais razoável que a concepção crítico-deliberativa de pluralismo seja capaz de se adequar melhor a este processo pessoal de compreensão da realidade/exterioridade dentro de uma comunidade, o que permite ver com DWORKIN o *reconhecimento moral de uma comunidade onde indivíduos acreditam estar autorizados pela constituição a promoverem seus conceitos morais individuais*, quer dizer, neste ponto, a expressão “*igual respeito e consideração a todos os membros de uma comunidade*” funde tanto o reconhecimento de que o pluralismo dá-se pela pluralidade de indivíduos dentro de uma *comunidade fraterna*, quanto a necessidade de se pensar a *clássica cisão entre descrever e prescrever como incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento* e assim traduzir este princípio moral do *igual respeito e consideração a todos os membros de uma comunidade* como um princípio a nortear uma re-configuração da teoria do direito e da *teoria da decisão judicial*, reaproximando uma concepção “*normativa*” ética-plural de reconhecimento, consideração e respeito, a uma abertura “*conceitual*” inerente ao próprio “*o que é o Direito?*”, “*o que transcende a concepção positivista sobre os limites das considerações relevantes para se decidir o que é o direito*” (DWORKIN, 2002, p.107).

Ficaria ainda incompleta esta etapa de problematizações se não avançássemos em mais uma questão fundamental referente ao que já fora dito até agora, que é justamente o embate entre “*fatores reais de poder*” e “*força normativa da constituição*”, bem como na conseqüente conceituação que DWORKIN dá ao Direito, ou seja, a idéia de *Direito como prática social interpretativa*.

De um lado dominação, violência (FOUCAULT), poder favorecedor de interesses (Weber), colonização do mundo da vida (HABERMAS), etc., de outro,

re-encantamento do direito, pretensão de legitimidade, retorno ao império do direito. Como entender o Direito dentro desta questão, só que agora “menos” refinada e mais crua? LASSALE, HESSE, HÄBERLE E DWORKIN guiarão a discussão, em termos de constitucionalismo, respectivamente entre a “*morte do direito*”, o “*re-encantamento do direito*”, “*a comunidade de intérpretes*” e o “*direito como prática social*”; conceito este que encerra em si todas as complexidades inerentes ao Direito e a sua alta modernidade. O Direito, como prática social de uma comunidade aberta de intérpretes de seu próprio Direito, encerrará a análise, claro simplória, da complexidade incidente em um epicentro de tensões juridicamente relevantes que é justamente a decisão judicial.

Seja como for, a decisão judicial encontra-se “sempre” envolta por: a) *peças determinadas, livres e iguais*, que vivem interpretando e agindo autorizadamente segundo suas *concepções particulares sobre o bem*; b) um *direito desencantado* em vários sentidos; c) *fragmentos de dominação* neste mesmo direito bem como sobre ele; d) e uma proposta de levar a sério uma *reconstrução do direito* em sua forma mais fundamental com *igual consideração e respeito* pelos membros de uma *comunidade sujeita e agente de seu próprio Direito*. Assim, é justamente carregando estas questões para a teoria da decisão judicial que se pode realmente discutir “*o que é o direito?*”, e só a partir de então, o “*como decidir casos sempre particulares*”.

Religar Direito e Ética, no campo da sempre existente divergência teórica do direito, com base em um princípio que diz que *os indivíduos têm direito à igual consideração e ao igual respeito no projeto e na administração das instituições políticas que os governam* (DWORKIN), parece “*re-encantar*” o Direito com uma luz de legitimidade democrática tão intensa que chega a ser capaz de (re)iluminar o caminho para um conceito de justiça na alta e cada vez mais complexa modernidade, assumindo uma evolução pós-metafísica e pós-convencional no processo de racionalização do pensamento ocidental (WEBER) e fazendo frente aos imperativos disciplinares de colonização do mundo da vida (FOUCAULT/HABERMAS).

DWORKIN só pode pensar em um re-encantamento porque se libera do agulhão semântico que prende os positivistas e entende que

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências 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 (DWORKIN, 1999, p.17).

O re-ligamento entre ética e direito com respeito pelo pluralismo apoiado constitucionalmente é justamente o que nos permite pensar em teoria, prática, pluralismo, Estado Democrático de Direito e R. DWORKIN por um conceito ideal de justiça na decisão judicial.

3

Os Fatores Reais de Poder, a Força Normativa da Constituição e a Sociedade Aberta dos Intérpretes

Questões constitucionais não são questões jurídicas, são questões políticas. É que a constituição de um país representa as relações de poder nele dominantes. (...) esses fatores reais de poder formam a constituição real do país, em face da qual a constituição jurídica, quando em confronto, sempre sucumbirá (LASSALLE, 2001).

A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição (HESSE, 1991).

“O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (HÄRBLE, 2002).

Como toda boa referência feita a FERDINAND LASSALLE, seguindo o exemplo de KONRAD HESSE, é necessário ressaltar no discurso constitucional sua tese sobre a *essência da constituição* proferida na Berlin de 16 de abril de 1862.

A razão de tamanha imponente do pensamento de LASSALLE é tão simples e fria quanto a suma de sua tese: *existe uma outra constituição que rebaixa a jurídica ao status de folha de papel* (LASSALLE, 2001, pp.17-18), e ela não é configurada por “direitos”, muito antes, ela é manifestação de poder, ou melhor, de fatores reais de poder.

A constituição de um país é formada pelas forças reais que se colocam como forças dominantes, assim como o poder militar, o social, o econômico, o capital e o intelectual.

Neste sentido a tese de LASSALLE provoca a conclusão, por ele expressa, de que questões constitucionais não são questões jurídicas, ou seja, questões

de direitos, são questões políticas que, enquanto tais estão vinculadas, na sua funcionalidade, a um jogo que responde a comandos de poder, portanto comandos de força decisional (*jogos de força*).

A Constituição jurídica, aquela chamada por LASSALLE de constituição de papel, “finge” sua capacidade regulativa quando veste a constituição do poder, ou seja, a *constituição real do país*. É como uma luva vestida que, embora ganhe forma de mão, só ganha movimentos quando há algo que realmente tem o poder de movê-la. Sem esta condição real de movimento ela não passa de uma teia de lã morta. Não restam dúvidas para LASSALLE que, quando em conflito, o inanimado sucumbe frente ao animado.

LASSALLE, mais uma vez, é marcante ao afirmar que sempre a constituição real prevalece frente ao pedaço de papel chamado Constituição jurídica. Questões constitucionais não são questões jurídicas; são, na verdade, jogos de poder travados entre aqueles que os detêm. É o que ocorre em monarquias onde o rei capaz de, por si mesmo assegurar uma ordem sua mediante o uso de seus exércitos, o faz revogando tácita ou expressamente alguma disposição de lei em contrário, ou transforma sua pretensão em linguagem jurídica passando a fazer parte da constituição. Nesta linha estão os banqueiros e burgueses com o poder do capital, a aristocracia com o poder de barganha, e todos aqueles indiscriminadamente que detenham o elemento poder. Assim os fatores de poder podem (como sempre fizeram histórica e cotidianamente) tanto dar sentido temporário a uma disposição jurídica quanto revogá-la.

Com um realismo ímpar, calcado e confirmado pelas experiências históricas, LASSALLE concebe, com GEORGE JELLINEK¹, que os processos políticos se movem segundo um ritmo próprio não estando com sua atuação restringida por formas jurídicas.

É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática (HESSE, 1991, p.10).

O Direito Constitucional, portanto, enquanto ciência, sofre um colapso já que se afirmar é justamente enfrentar aquilo a que sempre deve obediência: os fatores reais de poder ou, se soar melhor, a Constituição real de um país.

¹ Tendo em vista a magnífica suma que Konrad Hesse faz do trabalho de Lassalle, várias passagens são extraídas do texto de Hesse e não do de Lassalle. Ver HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991. p. 10.

Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção de Direito Constitucional, está figurada permanentemente uma situação de conflito: a constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de RUDOLF SOHM, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição (HESSE, 1991, pp.10-11).

Como conseqüência dramática, o efeito determinante exclusivo por parte da constituição real em face da constituição jurídica faz com que a ciência do direito constitucional assuma uma postura de ciência do “ser”, assim como o é a sociologia e a ciência política. A ciência do direito constitucional passaria inevitavelmente a ter apenas que observar e explicar a constelação sempre variável de relações de poder que sortidamente ocorreriam, em meio a jogos políticos travados, muitas vezes, em detrimento da Constituição Jurídica, e, assim, contra a própria idéia de direitos.

A ciência do Direito Constitucional, enquanto ciência normativa, deveria, enquanto ciência do “dever-ser”, ser capaz de servir às necessidades de justiça, fazendo projeções de pós-gnose e pró-gnose sobre uma ordem social ordenada equanimemente. Desde uma perspectiva assistente e conformadora (assumida em LASSALLE), a ciência do Direito, submetida ao bem-querer dos jogos de poder (constituição real), incumbir-se-ia da medíocre tarefa de oferecer justificativas/desculpas ao que determinassem as forças dominantes. *A ciência do direito constitucional seria uma comentarista da “Realpolitik”.*

LASSALLE, com seu realismo afirmado pela história, coloca em xeque o Direito Constitucional enquanto ciência do “dever-ser”, bem como conseqüentemente a teoria científica do Estado. Não o faz, entretanto, sem fundamento, afinal quem seria capaz de negar que realmente existe uma constituição real configurada segundo os fatores reais de poder? O que dizer quanto ao poder de travar uma guerra, mesmo contra convenções de direitos, como o fazem os Estados Unidos da América? Em que medida podemos negar que realmente normas só têm sentido na medida em que não colidem com interesses de grupos que representam verdadeiros fatores reais de poder?

Na verdade, LASSALLE parece chegar em um ambiente onde se discute Direito Constitucional e apresentar algo real, cruel e forte demais para ser encoberto: a evidência da força do poder, ou o poder da força.

Enquanto existirem jogos de poder, FERDINAND LASSALLE estará vivo no debate sobre a juridicidade da Constituição, para sempre colocá-la em posição de xeque, usando para tanto “*de sua própria essência*”. Será sempre incômoda porque o fundamento de sua tese parece estar no núcleo do gene da raça humana, o que a faz sempre cruelmente atual.

De outro lado da discussão, KONRAD HESSE, de forma firme, alerta para o fato de que, se pudermos “*admitir que a constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*” (HESSE, 1991, pp.10-11), então poderíamos dizer que a tese de LASSALLE perderia seu *sentido forte*.

Existiria, ao lado dos fatores reais de poder, uma força determinante que adviria do Direito Constitucional, da Constituição? Qual seria o alcance e fundamento desta força que seria imanente ao próprio Direito Constitucional e à própria Constituição?

Nas palavras de HESSE:

O conceito de Constituição Jurídica e a própria definição da ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem desta resposta. “(...) A questão que aqui se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”. A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição (HESSE, 1991, pp.11 e 24).

Assim, para evidenciar a força normativa da Constituição, HESSE coloca a necessidade de se afirmar: 1º) uma reconfiguração da relação existente entre Constituição jurídica e Constituição real, no sentido em que elas se relacionam reciprocamente; 2º) os limites enquanto critérios de possibilidade de realização da Constituição jurídica; e 3º) os pressupostos de eficácia da Constituição. Este é o esqueleto do projeto de HESSE.

No plano do *primeiro ponto* HESSE começa afirmando que a análise de um ordenamento em uma realidade só pode ser realizada mediante a observação da relação de reciprocidade que é travada entre estes dois planos co-integrados, ou seja, entre *normatividade* e *faticidade*.

Entender o plano normativo de maneira isolada significaria estar preso à bilateralidade do “*vigente*” e “*não-vigente*”, o que excluiria uma outra

possibilidade qualquer. Por outro lado, filiar-se apenas ao flanco do fático, é não visualizar a inteireza do problema ou não conseguir entender o significado de um ordenamento jurídico constitucional.

Estas posições representam um período marcado por filiações extremistas, como se “norma” e “fato”, “dever-ser” e “ser”, “positivismo jurídico” e “positivismo sociológico” tivessem necessariamente que ser uns a negativa dos outros. *“Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”* (HESSE, 1991, p.14).

A pretensão de eficácia de uma norma somente se realizará se levar em conta condições que são extraídas do mundo real, tais como as condições históricas sobre as quais foram criadas, condições econômicas, sociais, perfil axiológico da sociedade, etc.

Há, contudo, de salientar-se para o fato de que a Constituição enquanto conjunto de normas de “dever-ser” tem autonomia e *“significado próprio”* (HESSE, 1991, p.15) (decorrente de sua pretensão de eficácia) frente às forças das quais resulta a realidade do Estado (forças políticas). *“A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”* (HESSE, 1991, p.16). Pretender eficácia é pretender afirmação no real.

Os dois parágrafos anteriores, enquanto representações respectivas dos planos fático e normativo, querem introduzir o *segundo ponto*, mediante uma relação de *coordenação*. HESSE só se permite falar em pretensão de eficácia após afirmar que *faticidade* e *normatividade* têm necessariamente que se “entender”. “[...] ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação” (HESSE, 1991, p.15).

Portanto, na medida em que uma Constituição não é apenas a manifestação de relações fáticas (mundo do “ser” _ fatores reais de poder), mas é também um conformadora da realidade (portanto um “dever-ser”), podemos dizer que ela, sobretudo enquanto “dever-ser”, tem pretensão de ser eficaz, de ser obedecida, ou seja, de realmente ser determinante na formatação do desenvolvimento das práticas sociais.

Mas quais seriam (*respondendo ao segundo ponto*) os *limites aos quais estaria sujeita a pretensão de eficácia da Constituição*, ou seja, quais são os limites de sua força normativa? HESSE responde que tais limites decorrem do próprio relacionamento necessário entre a normatividade e a faticidade. Alias, é de se observar que esta relação está no centro de todas as três respostas

pertinentes às questões que HESSE coloca a si mesmo. Reconhecendo não se tratar de observação inédita, o faz com referência a WILHELM HUMBOLDT:

Nenhuma constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado _ afirma Humboldt num dos seus primeiros escritos _ pode lograr êxito; somente aquela constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se. Em outros termos, somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. [...] os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e condição do objeto mesmo a que se dirigem. Assim, podem eles tornar-se duradouros e ganhar utilidade. Do contrário, ainda que sejam executados, permanecem eternamente estéreis.... a razão possui a capacidade para dar forma à matéria disponível. Ela não dispõe, todavia, de força para produzir substâncias novas. Essa força reside apenas na natureza das coisas. Toda Constituição deve encontrar um germe material de sua força vital [...]. Grifou-se (HESSE, 1991, p.16).

HESSE, em acordo com HUMBOLDT, vê, no correspondente fático da norma o “*germe*” de sua vitalidade, o limite da pretensão de eficácia da Constituição jurídica, ou, melhor dizendo, o germe identifica quais os caminhos o normativismo pode percorrer e sobre o que (em termos materiais) pode pretender eficácia, devendo, portanto, pretender apenas o futuro que se afine com a natureza do presente.

Assim um *germe* deve indicar uma necessidade; isso leva a uma necessidade/pressuposta de que um “*princípio da necessidade*” deve orientar a existência de normas constitucionais para que estas ganhem prestígio e consigam eficácia. “(...) a *força vital* e a *eficácia da Constituição* assentam-se na sua *vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo* [...]” (Hesse, 1991, p.118). HESSE chama esta tarefa de “*adaptação inteligente*” (1991, p.19).

HESSE (1991, p.19) avança em direção a um dos pontos que marcou seu pensamento, qual seja, aquilo que chamou de “*vontade de constituição*”.

A norma constitucional busca fundamento para sua atuação na idéia de projeção futura das necessidades do presente. Mas HESSE assinala que a força normativa da constituição não decorre apenas de uma adequação inteligente de uma realidade do presente, porque ela mesma deve se tornar *fator de força ativa*, na medida em que “*ela pode impor tarefas*” (1991, p.19).

A eficácia da Constituição está a depender da realização destas tarefas que, por sua vez, estão a depender não apenas da vontade de poder, mas também, e, sobretudo, da “*vontade de constituição*”, (Hesse, 1991, p.19) ou seja, deve haver uma disposição por parte da sociedade de agir segundo esta ordem

estabelecida, agindo segundo ordens de conveniência na obediência à Constituição.

Essa vontade de constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem constituída pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade (HESSE, 1991, p.19).

Em suma, HESSE quer enfatizar que a sociedade permanentemente conforma a vida do Estado. Não entender esta relação representaria não apenas um problema da sociedade, mas também, um problema do próprio ordenamento.

Quanto ao *terceiro ponto* que diz sobre os pressupostos de eficácia de uma Constituição, este encontra seu fundamento no mesmo núcleo vital referido no segundo ponto: a natureza das coisas (*o germe vital*) é o que permite “desenvolver de forma ótima” (HESSE, 1991, p.20) a força normativa de uma Constituição, que tanto diz sobre a substância quanto à práxis.

HESSE enuncia algumas formulações sobre a Constituição como pressupostos de sua eficácia:

A) *quanto à teoria*: 1º) quanto maior for a conformidade do *conteúdo* da Constituição com a realidade presente, maior será sua força normativa; 2º) deve haver aptidão de adaptação a novas configurações do real; 3º) deve se limitar a poucos princípios fundamentais, com a capacidade referida no item anterior; 4º) deve, para ganhar mais força normativa, incorporar não apenas o que é majoritário, mas também seu contrário; 5º) direitos devem querer dizer obrigações, deve-se manter a forma de concentração de poder pela organização do Estado.

B) *Quanto à práxis*: 1º) Na *práxis* todos os participantes da vida constitucional devem possuir a vontade de constituição. Como WALTER BURCKHARDT, HESSE entende que essa *vontade de constituição* deve ser motivo, inclusive, para renúncia a alguns interesses momentâneos. Realmente este é um ponto com alta necessidade de esclarecimento, mas que HESSE não adentra satisfatoriamente; 2º) a freqüente revisão constitucional demonstra uma fragilidade da força normativa, o que representa um perigo a esta, devendo portanto ser evitada (a estabilidade é fundamental para a força normativa da Constituição); 3º) a interpretação é fundamental para a “ótima concretização da

norma”, o que, por sua vez, é o princípio que orienta a interpretação. Neste ponto HESSE é realmente abrangente e poderíamos dizer até surpreendente. HESSE vê na interpretação um papel mantedor da estabilidade e sobrevivência da ordem normativa. Já que esta deve ser capaz de acompanhar alterações na ordem do “ser”, e a frequência de revisões enfraquece sua força normativa, a interpretação, pelo contrário, na medida em que satisfaz as duas necessidades enunciadas, é sempre revigoradora da força normativa da Constituição, cabendo à interpretação “*concretizar de forma excelente, o sentido (sinn- ser) da proposição normativa*” (HESSE, 1991, pp.122-123).

A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da constituição por conseguinte de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente (HESSE, 1991, p.23).

HESSE encerra esta temática dando um caráter altamente auto-reflexido à ciência do Direito Constitucional, na medida em que entrega a esta o dever de demonstrar firmemente que questões constitucionais não se reduzem a questões de poder, cabendo ainda à ciência do Direito Constitucional, e isso é realmente avançado em termos de teoria do Direito, explicitar a forma pela qual as normas *Constitucionais podem alcançar o maior grau possível de eficácia*, fazendo-o mediante a exploração da dogmática e da interpretação Constitucional.

O Direito Constitucional pode ser entendido como algo responsável por sua própria garantia/estabilidade, na exata medida em que cabe a sua ciência a tarefa de despertar a *vontade constitucional* em grau ótimo, o que representa a mais eficaz forma de reforçar sua *força normativa*. Assim conclui HESSE: “A *Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, como caracterizada por LASSALLE*” (HESSE, 1991, p.25).

De forma mais sofisticada, em 1975 o professor de Augsburg, PETER HÄBERLE, lança sua obra “*Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*”.

Na busca de oferecer, como o próprio título enuncia, uma contribuição para a interpretação constitucional no marco de sociedades plurais, HÄBERLE dedica-se a um projeto teórico que levando a sério uma tensão entre a *normatividade* e a *legitimidade* das normas constitucionais, que estão sempre a depender de interpretação, consegue perceber que todo aquele que vive a constituição torna-se inevitavelmente um de seus intérpretes legítimos.

HÄBERLE na elaboração de sua sociedade aberta o faz a partir das lições de KARL POPPER em “*A sociedade aberta e seus inimigos*”². Nesta obra POPPER (1987) defende um modelo social que se alimenta do seu próprio conflito e dissenso, sendo estes os elementos capazes de fazer com que a sociedade gere sua *evolução* afastando-se dos grilhões que poderiam prendê-la a um historicismo mantedor de um modelo de sociedade *fechada* do tipo estamental e totalitária nos moldes do modelo medieval.

Neste sentido o professor HÄBERLE apresenta ao mundo jurídico-constitucional, no marco de sociedades plurais e organizadas nos moldes de Estado Democrático de Direito, a possibilidade e a necessidade de uma ruptura na forma de se entender os atores que atuam no momento de aplicação e formação do direito, passando, portanto, de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta de intérpretes da constituição.

HÄBERLE é categórico ao afirmar que normas não existem; o que existe ou pelo menos o que está ao alcance de nosso conhecimento são normas interpretadas. Neste sentido, muito embora não negue a importância da interpretação oferecida pelos juízes, HÄBERLE pede atenção ao fato de ela não estar e nem poder estar sozinha, já que em sociedades plurais com abertura para a autodeterminação da sociedade civil, os grupos de interesses, o cidadão, os órgãos estatais, o sistema público bem como a opinião pública são, verdadeiramente, legítimos produtores de interpretações do sistema constitucional.

Situar uma norma em seu tempo atual e em acordo como o mundo vivido por aqueles que serão por ela atingidos acaba por exigir que o juiz deixe sua solidão peculiar de uma sociedade fechada e se renda a uma abertura oferecida pela sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

Assim como outros autores, o que HÄBERLE faz é levar a sério a proposta democrática e então passar a entender o processo de interpretação como algo que não pode desvincular-se da pluralidade de uma sociedade complexa, e muito menos deixar de levar em consideração o papel dos membros de uma sociedade que se configuram tanto como *sujeitos* quanto como *agentes* de seu Direito. Neste sentido poderíamos dizer que, se há uma pretensão forte em “*Hermenêutica Constitucional, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da*

² Discurso do professor Peter Häberle ao receber o título de *Doutor Honoris Causa* da Universidade de Brasília em 16 de setembro de 2005. Íntegra do pronunciamento disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 03 de mar. 2007.

constituição”, esta pretensão é justamente levar a sério uma compreensão da interpretação constitucional que seja um tanto quanto mais adequada à possibilidade de *autodeterminação moral* e *auto-realização ética* dos indivíduos no marco de um Estado Democrático de Direito.

HÄBERLE começa por traçar a atual situação da interpretação constitucional, observando que até então não fora dada a necessária atenção ao problema relativo aos participantes da interpretação constitucional, fator este que compõe o contexto sistemático da interpretação e que, segundo o jurista, “*provoca a práxis em geral*” (HÄBERLE, 1997, p.11).

Neste sentido, no complexo sistemático de interpretação constitucional, ao lado das tarefas, objetivos e métodos, deveria estar o amplo círculo de intérpretes envolvidos no processo de interpretação que, enquanto processo de natureza freqüentemente difusa e no marco de sociedades plurais, deveria impulsionar nestas mesmas medidas uma construção “*teórica, científica e democrática*” (HÄBERLE, 1997, p.12) do Direito.

Ao entender que tradicionalmente a interpretação constitucional esteve presa a uma sociedade de intérpretes fechada, ou seja, restrita aos juízes e procedimentos formais, HÄBERLE entende que a transição para uma interpretação realizada por uma sociedade aberta passa necessariamente pela incorporação das ciências sociais em todas variáveis do processo interpretativo, o que seria a chave para se levar a sério o tema da realidade constitucional e sua tensão com o próprio documento constitucional.

Assim, falar em *realidade constitucional* é necessariamente se perguntar sobre os *agentes conformadores* desta mesma realidade. Pensar uma comunidade aberta de intérpretes da constituição pressupõe introjetar o pluralismo social na apreciação das tarefas, objetivos e métodos da interpretação, bem como na própria compreensão do como atender ao interesse público e ao bem-estar geral.

Quando constata a importância de se pensar um modelo teórico de interpretação constitucional que seja adequado a sociedades plurais e democráticas, HÄBERLE aponta para: a) a transição para uma sociedade aberta de intérpretes; b) uma certa circularidade existente entre sociedade aberta e interpretação constitucional na medida em que esta é pressuposto e decorrência daquela; e c) a existência de uma proporcionalidade entre abertura interpretativa e pluralismo social.

Propõe-se, pois a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE, 1997, p.13).

HÄBERLE esclarece que a interpretação constitucional realizada por uma sociedade aberta, portanto, não se configura como um processo tradicional conceitualmente fechado de interpretação. Na verdade a interpretação de uma norma acaba sendo a forma pela qual se vive o seu sentido; assim todo aquele que vive uma norma inevitavelmente fornece a ela um sentido; interpretando-a ou, no mínimo, a co-interpretando.

Não há, entretanto, a negação de um conceito estrito de interpretação que seria necessário aos métodos tradicionais, mas que precisaria ser superado em uma visão realista do desenvolvimento de uma interpretação constitucional.

Na medida em que esta se dá como algo vivido, o seu conceito, segundo HÄBERLE, se abre na medida de uma sociedade com cidadãos ativos que forcem uma influência da teoria democrática sobre a interpretação constitucional.

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, pré-intérpretes (HÄBERLE, 1997, p.14).

Não há, portanto, um monopólio da interpretação constitucional por parte dos intérpretes jurídicos, mesmo tendo os tribunais a última palavra.

Direta ou indiretamente os demais atores sociais fornecem fragmentos de sentido para os textos e conseqüentemente a construção da norma, como ocorre com normas constitucionais cujo sentido é definido segundo concepções formadas pelas forças do cristianismo e da opinião pública, ou até mesmo de um artista no que tange a sua liberdade artística. Igualmente, HÄBERLE coloca a interpretação oferecida pelas ciências específicas. Ainda se há de notar segundo HÄBERLE, o importante papel do *expert* técnico, seja nos espaços onde tenha participação institucionalizada ou não.

HÄBERLE quer na verdade afirmar que tanto na formação como no desenvolvimento permanente do Direito estatal (no legislativo e no judiciário)

existe uma abertura plural e, neste sentido, “a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade” (HÄBERLE, 1997, p.18).

HÄBERLE afirma que a investigação sobre aqueles que participam do processo de interpretação deve ser puramente sociológica em relação à ciência da experiência (HÄBERLE, 1997, p.19).

Na medida em que o tempo, a esfera pública pluralista e a realidade são responsáveis pelos problemas e possibilidades na interpretação constitucional, os conceitos utilizados devem ser provisórios e, justamente neste sentido, uma teoria constitucional adequada deve dizer sobre os elementos *então* determinantes, do tipo: configuração do espaço público, realidade que se cuida, sua forma de atuação no tempo, possibilidades e necessidades existentes.

Saber sobre o histórico e cientificismo de uma interpretação corresponde a um auxílio que diz respeito à boa interpretação e que acaba por ser um complemento que enriquece a teoria da constituição.

Neste sentido, ao que tudo indica, HÄBERLE está a criar uma ponte entre mundo da vida, esfera pública e constituição, relação que poderia ser também referida como uma relação recíproca direta entre *Constituição* e *Realidade Constitucional*. Não é, portanto, difícil entender a lógica que HÄBERLE utiliza, já que para ele ao não existir norma e sim, sempre, norma interpretada, também “não existe” constituição e sim, sempre, Constituição interpretada, fator este que leva a interpretação constitucional e a sociedade aberta para dentro da teoria da constituição, desempenhando uma função “auxiliar de informação ou de mediação” (HÄBERLE, 1997, p.20).

A inserção de uma interpretação realizada de forma aberta na teoria constitucional (na forma de operacionalização da constituição) induz necessariamente a uma nova contemplação dos objetivos, métodos e participantes.

HÄBERLE é claro no que diz aos participantes: “A esse processo têm acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da constituição tal como um partido político [...]” (HÄBERLE, 1997, p.23).

A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a esta realidade (HÄBERLE, 1997, p.24).

Assim, HÄBERLE ressalta ainda a fundamental relação entre política e interpretação constitucional, ou seja, *política como interpretação constitucional*. As políticas, segundo HÄBERLE, funcionam como impulsos que alteram e inserem no quadro da interpretação constitucional realidades públicas que, por sua vez, representam novo material de interpretação; assim, as próprias políticas representam interpretações constitucionais enquanto fornecedoras de novo material e enquanto parte da interpretação já que fornecem novas realidades públicas.

Existe, entretanto, uma diferenciação, na interpretação constitucional realizada pelo poder de conformação do legislador e de aplicação do Direito pelo judiciário, diferença esta que diz respeito a formas de limitação do poder de interpretação. Limitações estas tecnicamente diferenciadas.

Essencial ao processo aberto de interpretação é o papel desenvolvido pela ciência do Direito Constitucional, sobretudo na jurisdição constitucional, verdadeiro “*catalisador*” (HÄBERLE, 1997, p.28), desta ciência que fortemente suscita indagações sobre a legitimidade do processo interpretativo em geral, bem como de todas as premissas influentes neste.

HÄBERLE, todavia, se coloca frente a uma potencial objeção: “[...] dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e intérpretes” (HÄBERLE, 1997, p.29).

Mas a esta questão HÄBERLE responde tendo em vista a legitimidade dos diferentes intérpretes da constituição, ou seja, *trata-se de uma questão*, em última instância, *de legitimidade*.

Neste sentido nosso autor afirma que uma vinculação formal de competência para interpretar a constituição perde sua força na exata medida em que os novos conhecimentos da interpretação constitucional apontam para uma sociedade aberta de intérpretes e na medida em que a regra da mera subsunção não encontra mais espaço. Com a queda da subsunção, a vinculação a uma formalidade constitucional converte-se em liberdade. Como já referido anteriormente, HÄBERLE constrói uma ponte entre interpretação constitucional, realidade constitucional no marco de sociedades plurais e teoria constitucional ou ciência do Direito Constitucional.

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem esta realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento

funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional) (HÄBERLE, 1997, pp.30-31).

HÄBERLE ainda afirma que os intérpretes sempre levam em conta a teoria e a prática, mas que os intérpretes oficiais nem sempre conformam esta prática.

Se soam como ameaça à autonomia do juiz as influências sociais, HÄBERLE diria que estas influências têm um forte papel no fornecimento de legitimidade para a decisão judicial, justamente na medida em que o juiz interpreta a constituição *na realidade de uma esfera pública* e, neste diapasão as influências advindas desta realidade e, na verdade de todo diálogo travado em seu mundo circundante, representa um forte instrumento contra o livre arbítrio judicial.

A legitimação da interpretação constitucional com a participação da sociedade aberta se dá para além de uma legitimidade formal; o que HÄBERLE quer evidenciar é que a sociedade aberta, no processo de interpretação, exerce influência qualitativa sobre a decisão produzida, ou seja, contribui quanto ao conteúdo da decisão.

Ao abrir o leque dos legitimados para interpretar a constituição, incluindo aqueles que são responsáveis diretos pela conformação daquela, HÄBERLE está categoricamente dizendo que a abertura discursiva na interpretação *“não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos tribunais em face dos diversos participantes”* (HÄBERLE, 1997, pp.31-32).

Este processo aberto de interpretação e comunicação permite que HÄBERLE encare a *“constituição enquanto processo público”* (HÄBERLE, 1997, p.32). *“A própria abertura da constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa deste processo de interpretação! A unidade da constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”* (HÄBERLE, 1997, p.33).

Por um viés teórico-constitucional a legitimidade da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, ou seja, das forças plurais no determinar da constituição, decorre do fato de que esta sociedade é um *“pedaço da publicidade e da realidade da constituição”* (HÄBERLE, 1997, p.33), atuando na configuração desta *desde dentro*.

HÄBERLE aponta a integração da coisa pública com o processo de interpretação como necessária à coerência de um projeto constitucional realizável. *“[...] integração, pelo menos indireta, da “res pública” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional*

aberta no campo de tensão, no possível, do real e do necessário" (HÄBERLE, 1997, p.33).

HÄBERLE concebe o processo de conformação e interpretação constitucional como uma via de mão dupla e tem fortes argumentos para tanto. Ora, uma constituição que não apenas configura e estrutura o Estado, mas que formata as expectativas e as diretrizes da vida privada da sociedade, não pode, pelo menos no marco de um Estado Democrático de Direito, legitimamente, reduzir a sociedade civil a meros destinatários de direitos fabricados, muito antes, deve reconhecer nestes sujeitos de direitos o caráter de agentes do Direito. Não restam dúvidas que HÄBERLE pretende, ou, no mínimo induz, necessariamente, a uma re-configuração da relação entre esfera pública e privada, indicando uma pressuposição circular entre estas.

Deixar a interpretação constitucional aos cuidados de uma sociedade fechada de intérpretes (intérpretes corporativos) representaria um auto-engano na operacionalização do sistema, já que, privado de parte da constituição (o "como" a sociedade a conforma e vive), acabaria por ignorar os frutos decorrentes da tensão entre o real, o necessário e o possível, tensão esta necessária, ao *"bem interpretar"* a constituição enquanto projeto de evolução social. Afinal quem melhor poderia dizer sobre o que é "realmente real", o que é "necessariamente necessário" e o que é "possivelmente possível", em sociedades plurais e de alta complexidade? *"De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de norma e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes 'não corporativos'"* (HÄBERLE, 1997, p.34).

HÄBERLE passa, então, na lógica já referida de mão dupla, a entender que a Constituição é um espelho da realidade, muito embora seja ela também, aquilo que permite o reluzir da sociedade. Assim a Constituição assume a forma que autorizou seus destinatários moldar, dito de outra forma, ela é aquilo que ela mesma autorizou que dissessem que ela fosse.

A ciência do Direito Constitucional se mostra em sua legitimidade fundamental, porque é catalizadora (absorve e digere conhecimentos influentes), traduz a interpretação refletida (troca em miúdos um sentido constitucional temporalmente e localmente fixado) e, sobretudo, conforma a preparação dos intérpretes oficiais ("constrói" o mundo teórico e o caminho de fidelidade constitucional dos juízes, advogados, etc.). Deve também, sobretudo no marco de uma sociedade aberta de intérpretes, fornecer contribuições digeríveis pela esfera pública.

HÄBERLE avança fazendo referência a uma legitimidade da sociedade aberta dos intérpretes da constituição sobre uma perspectiva democrática, ou seja, do ponto de vista de uma teoria da democracia.

A democracia, segundo HÄBERLE, não se configura apenas como delegação formal de competência a autoridades representativas, muito antes ela se apresenta também como formas de mediação entre “*processos públicos e pluralistas da política e da prática cotidiana*” (HÄBERLE, 1997, p.36), especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais.

A própria idéia de direitos fundamentais leva à legitimação dos cidadãos; enquanto intérpretes da constituição, eles dizem tanto à identificação do círculo de intérpretes quanto ao interesse nos resultados decorrentes dos processos de interpretação. Nessa rede de direitos fundamentais, o “povo” é necessariamente “*elemento pluralista para a interpretação*” (HÄBERLE, 1997, p.37). Vale frisar que HÄBERLE trabalha no marco de sociedades plurais onde “povo” só pode ser entendido como associação de cidadãos e não como algo capaz de velar o indivíduo dotado de direitos fundamentais; assim rechaça-se o modelo Russeuniano.

A democracia de HÄBERLE é liberal, portanto está ligada à idéia de direitos fundamentais e não à idéia de povo como substitutivo de um monarca, ou seja, é sobre a “*democracia do cidadão*” (HÄBERLE, 1997, p.38) que HÄBERLE se refere.

Uma sociedade plural aberta deve poder estabelecer uma livre discussão “sobre” e “sob” as normas constitucionais, afinal é destinatária e agente de seu próprio Direito.

As considerações do professor HÄBERLE demonstram um alerta sobre a relativização da hermenêutica constitucional jurídica, ou seja, aquela realizada pelos intérpretes corporativos. Relativização esta decorrente dos seguintes fatores:

1. O juiz constitucional não mais encontra-se isolado na tarefa de interpretar as normas constitucionais já que o círculo de intérpretes se ampliou significativamente;
2. forças plurais fornecem antecipadamente interpretações, exercendo força normatizadora; assim as cortes constitucionais interpretam fazendo, na verdade, uma atualização pública;
3. problemas e questões referentes à constituição material não chegam à corte constitucional, o que leva a uma vivência paralela de desenvolvimento autônomo de direito constitucional material.

HÄBERLE realmente avança em sua proposta de oferecer uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental quando afirma significativamente que o resultado, ou seja, o produto de uma interpretação está submetido à “*reserva da consistência*” (HÄBERLE, 1997, p.42).

Neste sentido, para satisfazer esta necessidade de consistência a interpretação deve ser capaz de, no caso concreto, justificar-se, sendo, inclusive, capaz de alterar-se racionalmente. Essa necessidade e capacidade da interpretação é necessária em uma comunidade aberta de intérpretes já que os atores influentes no processo interpretativo, são responsáveis pelo desvelamento e obtenção do direito no caso concreto.

Os intérpretes da constituição, portanto, fornecem aos intérpretes corporativos uma representação (consubstanciada em uma interpretação) da tensão existente entre o real, o possível e o necessário desde uma perspectiva particular, já que no marco de uma sociedade plural e democrática uma interpretação simétrica quase sempre tende ao fracasso, formada espontaneamente pelo entrelaçamento das esferas pública e privada. Uma sociedade aberta de intérpretes permite uma análise justificada assimetricamente da tensão entre texto e norma constitucional, desvelando todo o potencial de uma norma constitucional destinada a toda uma sociedade moralmente plural. HÄBERLE oferece suporte dizendo que “*a teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto*” (HÄBERLE, 1997, p.33).

A partir de então os métodos tradicionais de interpretação constitucional passam a funcionar como filtros por meio dos quais as forças normatizadoras da sociedade aberta de intérpretes ganha conformidade. “*Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo*” (HÄBERLE, 1997, p.44).

HÄBERLE chama a atenção para o fato de que o controle judicial sobre as interpretações realizadas por outros atores deve na medida de sua controvérsia, demandar um peculiar dever de cautela. Quanto mais controvérsia gerar uma lei no seio de uma comunidade maior reflexão esta demandará. Neste sentido o rigorismo no controle de constitucionalidade deve se somar à generosidade de concessões liminares capazes de garantir um mínimo de força integradora da constituição, ameaçada quando há uma profunda divisão da opinião pública.

Há ainda casos em que devem ser asseguradas as pretensões, inclusive daqueles que não se fazem sequer representados, em um processo de interpretação.

HÄBERLE infere que *“um minus de efetiva participação deve levar aum plus de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação”* (HÄBERLE, 1997, p.46).

Deve-se ainda segundo HÄBERLE vincular o processo constitucional como parte do processo de participação democrática maximizando as formas de participação do círculo de intérpretes neste processo.

Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da corte constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria da democracia (HÄBERLE, 1997, p.49).

HÄBERLE, consciente das conseqüências que inevitavelmente decorrem de sua construção teórica, alerta para o surgimento de novas indagações no que tange à teoria constitucional, que se ocupa dos objetivos, métodos e participantes do processo de interpretação constitucional. Afirmando, como já feito antes, a pluralidade de interpretações decorrentes da ampliação do círculo de intérpretes da constituição, HÄBERLE alerta para o fato de que entender sua teoria apenas como uma teoria simplesmente harmonizadora seria (mal-) entendê-la. Celebremenente HÄBERLE afasta tal leitura de sua obra afirmando: *“Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso”* (HÄBERLE, 1997, p.51).

Nos termos da obra de HÄBERLE *“a teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da constituição”* (HÄBERLE, 1997, p.55).

3.1.

Da Tensão entre Faticidade, Normatividade e Legitimidade, o Direito como prática social interpretativa

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garantem uma obediência estável a estas condições (Dworkin, 2006, p.52).

Questões Constitucionais não são questões jurídicas, são questões políticas. É que a Constituição de um país representa as relações de poder nele dominantes. Esses fatores reais de poder formam a Constituição real do país,

em face da qual a Constituição jurídica, quando em confronto, sempre sucumbirá.

A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de constituição.

O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la.

Os três parágrafos anteriores expressam premissas que se mostram como importantes e indispensáveis para se pensar uma teoria da decisão judicial e um conceito de justiça. São importantes porque cada uma delas está erguida sobre a lógica de palavras que condensam um universo de ocorrências ligadas pela força lógica de expressões como: *poder*, *norma jurídica* e *legitimidade*.

São indispensáveis porque não podem ser simplesmente negadas ou anuladas. Muito antes, devem ser “re-ajeitadas” em uma administração racional de suas tensões e complexidades. DWORKIN parece oferecer uma boa proposta, um bom re-arranjo.

Quanto ao poder, DWORKIN se preocupa tanto com o poder exercido “*inter partes*”, como com o poder que uma *maioria* possa pretender ter em relação a uma minoria, e defende, neste sentido, um projeto de “*democracia constitucional*” fundado em uma interpretação “*estatística*” do “*we the people*” (DWORKIN, 2006, pp.29-31). A resposta à primeira forma de poder, por ser “menos problemática”, é deduzível da própria lógica do império dos direitos e do conjunto de liberdades fundamentais inerentes a uma democracia, mas, a segunda forma de poder firmado sob o discurso de autodeterminação, como diz DWORKIN “*é a idéia política mais poderosa – e perigosa – da nossa época*” (DWORKIN, 2006, p.33). A relação entre o poder e o Direito pode ser mais referente ao próprio conjunto de leis do que se possa imaginar, ou seja, outra vez LASSALE.

Nos termos do que fora visto pela tese de LASSALE, quanto aos fatores reais de poder, estes podem ser divididos em duas perspectivas: uma extra-jurídica e uma intra-jurídica, como se nota na seguinte divisão: É o que ocorre em monarquias onde o rei é capaz de: 1º) *por si mesmo assegurar uma ordem sua mediante o uso de seus exércitos*, o faz revogando tácita ou expressamente alguma disposição de lei em contrário, ou: 2º) *transforma sua pretensão em linguagem jurídica passando a fazer parte da constituição*.

Quanto a faticidade de uma superioridade do poder real, físico e objetivo, vale lembrar que nem DWORKIN ou qualquer outro teórico no debate constitucional contemporâneo leva o discurso para esta perspectiva que significaria justamente atuar num lócus onde nenhuma idéia de direito seria possível.³ Mas quando os fatores reais de poder precisam usar de um discurso jurídico para se sustentar, essa simples necessidade, por si só, já demonstra a força normativa de um sistema constitucional. A faticidade que deve ser posta em tensão com a normatividade do sistema é justamente a faticidade do fator de poder que age por meio do material positivo do sistema, ou seja, a faticidade da positividade do próprio sistema jurídico.

Neste sentido, HESSE defendeu muito bem, sem negar a tese de LASSALE, que os fatores de poder são inevitáveis, eles existem, e que, neste sentido, o que deveria haver seria justamente uma *vontade de constituição*, capaz de transformar o próprio conteúdo normativo da constituição em fator real de poder. Ou seja, transforma a normatividade em fator de realidade, em fator capaz de operar e transformar a realidade social.

Essa tensão e dependência que o sistema jurídico tem em relação aos poderes sociais é especificamente o que leva a teoria do Direito Constitucional a buscar uma concepção política capaz de justificar a legitimidade do Direito e tornar-se interessante para a maior parte possível de seus destinatários, a fim justamente de aumentar a *vontade de constituição*. A estabilidade da constituição depende de sua aceitação, e esta será tanto maior quanto for o interesse que os cidadãos tiverem por ela. Neste sentido DWORKIN diz que

A melhor estrutura institucional é aquela que produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as

³ Os fatores de poder a que me refiro são aqueles que se demonstram fortes o bastante para impedir a re-afirmação do sistema jurídico por uma questão mesmo de estrutura do sistema e não por falta de “força normativa”. Afinal como demonstrou LUHMANN a simples ilicitude está dentro do sistema, é uma comunicação própria do código do Direito. Ilcitude é Direito, ou seja, sistema e não, não/Direito, ou seja, ambiente. A linguagem binária do código funciona dentro do lado positivo da fórmula do sistema do direito, ou seja, no “*Recht*” da formula “*Recht/unrecht*”.

condições democráticas e que melhor garantem uma obediência estável a estas condições. (DWORKIN, 2006, p.52). Grifou-se.

Como já visto, DWORKIN funda sua concepção moral de política em um princípio capaz de atribuir a cada indivíduo de uma comunidade o direito à *igual consideração e respeito*, o que se traduz no reconhecimento do *mesmo status político e moral* a cada um. O que leva à inexistência de cidadãos privilegiados, seja para impor suas “superiores” convicções pessoais sobre vida boa, seja para ter maior oportunidade de participação no jogo público. Mesmo nas decisões que afetam a coletividade a “*autonomia moral*” (DWORKIN, 2006, p.39) *do cidadão em relação a esta decisão* deve ser levada em conta, almejando, assim, gerar uma aceitação maximizada. Fórmula esta capaz de garantir ao indivíduo direitos contra a Administração/Estado e contra o próprio soberano, se entendido segundo uma concepção de *democracia majoritária, ou seja, a maioria*. A possibilidade de um sistema jurídico positivo legitimamente defendido pela sociedade parece mostrar que as teses de LASSALE e HESSE não são tão contraditórias assim...

Se “nós, o povo”, devemos ter *vontade de constituição*, parece sensato que só teremos esta vontade na medida em que esta mesma constituição for espelho de nossas pretensões morais, ou seja, na medida em que percebermos que este documento não apenas autoriza que levemos adiante nosso projeto de vida, ou seja, nos auto-determinemos, mas também nos garanta nesta empreitada. Seguindo esta premissa, DWORKIN afirma que um projeto de democracia majoritária pressupõe uma interpretação comunitária do “nós, o povo”; interpretação esta que *apunhala o constitucionalismo majoritário pelas costas* (Dworkin, 2006, p.31).

DWORKIN observa que segundo a premissa majoritária uma sociedade livre é aquela que pode se auto-determinar e, que quando a vontade de uma maioria é violada por uma decisão judicial que derruba uma lei por exemplo, esta maioria está tendo sua liberdade de auto-determinação violada (DWORKIN, 2006, p.32-33).

DWORKIN não acredita que quando as pessoas estão sujeitas à vontade de uma maioria possam se dizer livres.

Em que medida sou livre _ ou seja, em que medida se pode afirmar que governo a mim mesmo _ quando tenho de obedecer às decisões de outras pessoas, mesmo que pense que estas decisões são erradas ou injustas para mim e para minha família? [...] Que espécie de liberdade é essa? (DWORKIN, 2006, p.34). Grifou-se.

DWORKIN, como já dito acima, funda sua concepção de Direito em um princípio de igualdade, neste sentido, ele entende que, contra uma interpretação comunitária do que seja o povo, precisa identificar um *vínculo* entre o cidadão e a comunidade pelo qual este possa se sentir igualmente responsável e vinculado aos atos desta comunidade (DWORKIN, 2006, p.35), já que uma interpretação majoritária não é capaz de fazer dos co-cidadãos de uma comunidade seus legítimos membros morais.⁴

Contra a interpretação comunitária, DWORKIN propõe _em consonância com uma democracia não majoritária, mas constitucional_ uma interpretação estatística do “nós, o povo”. “*Segundo a interpretação estatística, o controle do indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado*”. Grifou-se (DWORKIN, 2006, p.33).

Mas, como de alguma forma algumas decisões são tomadas pela maioria, estas decisões para terem um “*privilégio moral automático*” (DWORKIN, 2006, p.36) devem satisfazer algumas *exigências democráticas* como: dividir uma comunidade histórica, dar a todo indivíduo *participação, interesse e independência moral* em relação a todas as decisões que os afetarem (DWORKIN, 2006, pp.37-38).

Seja como for, DWORKIN demonstra como a idéia de que a recusa de uma democracia majoritária viola a liberdade dos cidadãos, como diz DWORKIN: “*E mais ainda: a liberdade positiva aumenta na medida em que a premissa majoritária é rejeitada em favor da concepção constitucional de democracia*” (DWORKIN, 2006, p.36).

DWORKIN então pensa uma democracia constitucional seguindo uma interpretação estatística do “nos, o povo” que, na medida em que distribui o mesmo status moral e político aos cidadãos, gera, ao que tudo indica, uma maximizada *vontade de constituição*, já que todos poderiam partilhar desta concepção moral de política segundo a qual:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2002, p.419).

⁴ Dworkin lembra que o fato dos judeus terem votado quando Hitler chegou à chancelaria alemã, não os tornou responsáveis morais pelo holocausto. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. p. 36.

Quanto maior for a realização deste ideal de moralidade política maior será a sobreposição da *força normativa da constituição* em relação aos *fatores reais de poder*.

Quanto à legitimidade do processo decisório judicial, DWORKIN entende esta como resultado de um processo argumentativo de reconstrução dos imperativos jurídicos em casos concretos. *Uma leitura moral da constituição*.

Bem, se HESSE foi capaz de ver que a *vontade de constituição* era o remédio exato para revitalizar a *força normativa da constituição* contra o mal da “*Realpolitik*” de LASSALE, HÄBERLE foi capaz de perceber a necessidade de se pontencializar, ao bem da democracia, e re-ajeitar o espaço central onde se dá a *tensão* entre *faticidade* e *normatividade*, ou seja, o próprio espaço de uma decisão judicial, de uma jurisdição constitucional onde se batem tanto os direitos quanto os imperativos sistêmicos de *violência*, *dominação* e *colonização do mundo da vida* (FOUCAULT, HABERMAS, LASSALE, etc.).

HÄBERLE é categórico ao afirmar que normas não existem; o que existe, ou pelo menos o que está ao alcance de nosso conhecimento são normas interpretadas.

É, portanto, no ato de se determinar o que quer dizer uma norma constitucional que debatem correntes de todos os tipos, dominadoras e oprimidas, de princípios e de imperativos.

HÄBERLE quer contribuir para uma proposta de democracia procedimental; anuncia isso em seu título. Para isso abre o leque de intérpretes da constituição, passando de uma comunidade fechada para uma comunidade aberta dos intérpretes da constituição.

Ao abrir o leque dos legitimados para interpretar a Constituição incluindo aqueles que são responsáveis diretos pela conformação daquela, HÄBERLE está categoricamente dizendo que a abertura discursiva na interpretação “*não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos tribunais em face dos diversos participantes*” (HÄBERLE, 1997, pp.31-32). A própria idéia de direitos fundamentais leva à legitimação dos cidadãos enquanto intérpretes da constituição, eles dizem tanto à identificação do círculo de intérpretes quanto ao interesse nos resultados decorrentes dos processos de interpretação. Nessa rede de direitos fundamentais, o “povo” é necessariamente “*elemento pluralista para a interpretação*” (HÄBERLE, 1997, p.37).

Consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a esta realidade (HÄBERLE, 1997, pp.51 e 24).

DWORKIN também percebe que a leitura da Constituição, leitura moral, depende da participação daqueles que vivem seus princípios e, justamente por isso, vai entender que a leitura moral da constituição *“propõe que todos nós _juízes, advogados e cidadãos _ interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos e consideremos que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”* (DWORKIN, 2006, p.02).

“Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige?” (DWORKIN, 2006, p.57).

No âmbito de uma jurisdição constitucional, a realização da auto-determinação e auto-realização passa antes de tudo por uma questão de princípio, por uma questão de Direito. O tratamento com *igual consideração e respeito* exige que a reconstrução da normatividade constitucional seja capaz de aprender e alimentar-se da vida de seus destinatários, seu soberano, nós, o povo, para assim dividir a responsabilidade fraternal de escrever o próximo capítulo de uma história institucional que possa se orgulhar de apresentar a leitura moral da constituição como algo que *reconhece as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas*, ao mesmo tempo em que permite que os mundos pré-compreensivos se deixem à vista para que possam se expor ao exame crítico dos afetados por suas manifestações sempre recheadas de tradições e concepções de mundo impensadas na medida em que sequer foram em algum momento postas em diálogo com o outro.

Não poderia mesmo a interpretação sobre os direitos manter-se fechada a um grupo oficial de técnicos jurídicos entregues à estereotipia do conhecimento fundado no “eu mesmo”. O que, como salientou HABERMAS:

[...] faz desaparecer toda margem de contribuição construtiva que os sujeitos socializados, no trato inteligente com uma realidade arriscada e decepcionante, prestam a partir de seu mundo da vida, para chegar a soluções de problemas e processos de aprendizagem bem-sucedidos” (HABERMAS, 2004, p.41).

A solidão é sempre solipsista consigo mesmo e, como disse GADAMER, “*não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler “o que aí está”, e de extrair das fontes “como realmente foi”* (GADAMER, 1999, pp.396-397).

Uma prática social interpretativa, destinada a revelar seu objeto em sua melhor luz, não apenas parte de normas como também é capaz de voltar-se contra si mesmo. A faticidade de um sistema positivo só se afirma se puder se colocar ao alcance de sua auto-negação, ou seja, a legitimidade do Direito surge acima de tudo de uma tensão inevitável e construtiva entre sua *faticidade* e *validade*, enquanto sujeição a critérios de legitimidade.

O Direito é racional pelo diálogo, pela argumentação, pela aprendizagem e não pela dedução de vínculos e obrigações morais.

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 (DWORKIN, 1999, p.17).

LASSALE, HESSE e HÄBERLE, para além de contraporem-se, reforçam-se. Entender o direito como prática social interpretativa parece ser o mais eficaz instrumento para se poder re-ajeitar realidades vivas como os fatores reais de poder, a força normativa do direito constitucional e o poder do “nós, o povo”. DWORKIN, portanto, mostra como é possível, a partir de uma concepção moral de política liberal de igualdade, re-estabelecer um projeto moderno religando o Direito à Ética, a Constituição a seu germe, a seu povo, a sua força motriz.

Da tensão entre *faticidade*, *normatividade* e *legitimidade* DWORKIN oferece o Direito como “*prática social interpretativa*”, justificado e construído desde uma *perspectiva interna ao participante* responsável, mediante sua “*atitude interpretativa*”, pela reafirmação do “*valor*” e pela aproximação maximizada e crítica da realização de sua “*finalidade*”, que não necessariamente precisa ser o que sempre foi, muito antes “*deve ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo esta*” mesma finalidade. Como disse DWORKIN

Quando esta atitude interpretativa começa a vigorar, a instituição (...) deixa de ser mecânica; não é mais deferência espontânea a uma ordem rúnica. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado (DWORKIN, 1999, p.58).

E, se em Estados laicos, abertos à auto-realização moral e à autodeterminação ética, a validade se rende à legitimidade, DWORKIN, neste diapasão, aponta que a interpretação (via *atitude interpretativa*) decide não apenas porque a prática jurídica existe, mas também o que, devidamente compreendida, ela agora *requer*. É assim que “*Valor e conteúdo se confundem*” (Dworkin, 1999, p.58), e por que não, também, e mais uma vez, a própria cisão positivista modernista extraviada, “*normatividade vs. conceitualidade*”?

4

A decisão judicial em H. Kelsen: a insuficiência de um marco positivista.

KELSEN e seu projeto com fins a uma *“teoria pura do direito”*, como referência do séc. XX em termos de teoria do direito foi, desde sempre, alvo de várias acusações. Como o próprio Kelsen disse, *“não há qualquer orientação política de que a teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita”* (KELSEN, 1998, p.XIII). Comumente seu projeto foi acusado de ser *“um jogo vazio de conceitos ociosos”*, *“um perigo sério para o Estado e para o Direito”*, uma teoria *“afastada da vida real”* e, por isso mesmo, *“sem valor científico”*, além de ser sempre vista como *“filiada a uma determinada atitude política”* respectivamente oposta à dos críticos em questão, neste sentido sendo classificada como *“fascista”*, *“liberal-democrata”*, *“social-democrata”*, *“ideologia de estadismo capitalista”*, *“anarquismo velado”*, e até mesmo num giro religioso, também, foi acusada de ser tanto possuidora de um *“espírito escolástico”*, como também, de um estigma *“ateísta”* (KELSEN, 1998, p.XIII). Mas nestas críticas sortidas, ou seja, na possibilidade de se poder tudo projetar em sua teoria, Kelsen vê o resultado mesmo de sua pureza, de sua delimitação frente, à política em seu sentido mais amplo. Em meio a tantas críticas indignadas frente à *“pureza”* de seu projeto, Kelsen afirma que por detrás destas críticas não residiriam preocupações científicas, mas, antes de tudo, *“motivos políticos”* providos de *“elevada carga afetiva”*. Justamente neste sentido, Kelsen vê em seus opositores pessoas que se achavam capacitadas a, com suas ciências, oferecerem respostas a como devem ser *“corretamente”* resolvidos os conflitos de interesse dentro da sociedade, o que só poderia resultar de uma *advocacia de postulados políticos de caráter subjetivo, ainda que movidos com a melhor das boas fés* (KELSEN, 1998, p.XIII).

Especificamente, no que tange a sua teoria da decisão judicial erguida sobre a diferenciação estrutural entre *“ser”* e *“dever-ser”*, *“causalidade”* e *“imputação”* (enquanto critério/forma de ligação silogística entre premissas), e entre sistemas normativos *“estático”* e *“dinâmico”* (enquanto relação de fundamentação do próprio sistema), esta foi acusada de ser *“decisionista”* e *“discricionária”*, além de incapaz de operar devidamente o Direito, representando, o que, de corpo inteiro, poderia se chamar de uma teoria em

“estado convulsivo” e “argumentativamente insustentável”, “um sistema claustrofóbico”, “incapaz de enxergar seus próprios limites” (CHAMON JUNIOR, 2008, p.161).

Enfim, antes de escarafunchar os pontos críticos da teoria da decisão judicial de Kelsen, cuja discussão for proveitosa, neste contexto cabe uma descrição de seu projeto no que se refere especificamente à fundamentação/justificação do lugar e status da decisão judicial dentro de sua concepção de Direito.

Bom, ao que Kelsen centralmente se propôs foi desvincular o conhecimento do Direito de tudo que não fosse o próprio Direito e, para isso precisou desprender-se de todo conteúdo ideológico e político, ou seja, desvencilhar-se de tudo que fosse estranho ao Direito, realizando assim o pressuposto neo-positivista de *descrever de forma neutra o seu objeto de conhecimento*: o Direito. Por isso, como bem advertiu, longe de pretender um *Direito puro*, já que este sempre estaria sujeito a disputas políticas, Kelsen pretende elaborar uma teoria que *conhece o Direito de forma pura*; não qualquer forma de se dizer o que “é” ou o que “deveria ser” o Direito, mas uma *ciência* do Direito, ou seja, um conhecimento seguro, porque *científico, neutro e descritivo*.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. (Kelsen, 1998, pp.01 e 77).

Como bem observa Adrian Sgarbi, Kelsen, com seu projeto, quer “a elaboração de uma teoria do direito positivo que seja independente dos particularismos da realidade de cada país” (Sgarbi, 2007, p.01). Assim, diz-se “pura”, porque visa viabilizar uma leitura específica da juridicidade do Direito, observável pela descrição da norma jurídica. Por isso pretendeu Kelsen uma *teoria pura* e não um *direito puro*. É assim, que longe de buscar prescrever juízos sobre o que *deveria ser* o bom ou mal direito, a ciência jurídica, ou seja, a ciência do Direito deveria identificar o que “é” e o que “não é” Direito; quais normas, portanto, pertencem ao Direito. Em última instância pode-se dizer que Kelsen tentou, em abstrato, dizer o que é o Direito de uma comunidade. Essa distinção desde cedo delineada entre *descrever o Direito* e *prescrever o Direito* é

justamente o que mostra que “a despolitização que a teoria pura do direito exige se refere à ciência do direito não ao seu objeto, o direito” (SGARBI, 2007, p.02). Empreitada esta marcada pelo entusiasmo gerado com o avanço das ciências naturais capazes de proporcionarem segurança na medida da exatidão e controle do conhecimento: *prognose e posgnose*.

Assim, especificamente nos fundamentos de sua teoria, Kelsen observou que, na natureza, regida pelo “*princípio da causalidade*”, a observação e descrição dos fenômenos geraram a possibilidade de previsibilidade de ocorrências futuras. Sempre que soltarmos um lápis, a força da gravidade atuará inexoravelmente, formando assim uma trajetória de queda. A descrição deste fenômeno, que não fora criado pelo homem, possibilitou o seguro e universal conhecimento segundo o qual “*dada a ‘força’ da gravidade, os objetos ‘formam trajetória de queda’ quando soltos no ar; assim, em todo lugar em que se mantiver a mesma condição, igual efeito sucederá*” (SGARBI, 2007, p.03). A marca dos fenômenos da natureza seriam, então, a sujeição a uma necessária relação causal entre causa e efeito. Isso no “*mundo do ser*”. O que quer dizer estar sujeito ao “*princípio da causalidade*”.

Diferentemente dos fatos da natureza inexoravelmente sujeitos a uma relação onde o efeito surge naturalmente pós-ocorrência de um evento/causa, os deveres estão sujeitos à vontade do homem; não são decorrências naturais e, justamente por isso, não respondem a um princípio de causalidade e sim a uma “*relação de condição e consequência atribuída pelo homem*” (SGARBI, 2007, p.07), ou seja, “*princípio de imputação*”.

É justamente essa característica atributiva volitiva que marca os sistemas jurídicos, o que inclusive permite a mudança no modo e objeto de tutela do aparato jurídico. A ligação entre duas ocorrências não se dá de forma naturalística e sim através de um ato humano que “*imputa*” a um fato uma consequência. Daí que, se por um lado, sempre que alguém soltar um lápis este “*fará*” trajetória de queda (*ordem do “ser”*), por outro, não necessariamente sempre que alguém matar outrem haverá a decretação de uma pena restritiva de liberdade, simplesmente “*deverá ser*” decretada após o devido processo de imputação (*ordem do “dever ser”*). Isso porque a ligação entre as ocorrências está a depender de um complexo ato de *imputação*, não automático e naturalístico como na causalidade da natureza.

Segue, então, Kelsen:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: o que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (KELSEN, 1998, p.215).

É diante desta questão que KELSEN demonstra a distância entre as diferentes formas de fundamentação do Direito: *estática* e *dinâmica*.

“‘Fundamentar’ o direito significa responder à interrogação do *porquê* devem ser acatadas as normas de um ordenamento jurídico positivo” (SGARBI, 2007, p.08).

“*Estática*” seria a fundamentação baseada em uma “*seqüência lógica de deduções*”, numa relação de pertencimento formulada a partir do conteúdo da ordem normativa, ou seja, por meio de uma “*operação intelectual de inferência*” capaz de identificar o conteúdo “*já implícito*” no ordenamento a derivar para um escalão inferior. Esta forma de fundamentação normativa seria peculiar ao sistema normativo da moral, segundo KELSEN. Da ordem “*devemos amar o nosso próximo*” poderia derivar, por exemplo, a norma “*não devemos fazer mal ao próximo*” (KELSEN, 1998, p.218).

Mas KELSEN vê uma certa irracionalidade na adoção deste tipo de fundamentação para seu projeto científico. E aqui se tem uma passagem desveladora da preocupação de KELSEN com seus postulados cientificistas de pureza, próprio do séc. XIX:

O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é como se mostrará insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. (KELSEN, 1998, p.218). Grifou-se.

A adoção de uma norma fundamental em termos de fundamentação estática do Direito tratar-se-ia, “*portanto, de uma norma estabelecida por um ato de vontade*” (KELSEN, 1998, p.219), de uma *crença*.

De outro lado existiria, contudo, o sistema normativo “*dinâmico*”. Este, por sua vez, teria entre suas derivações silogísticas autorizações de atos de vontade, ou seja, delegações de competência, poder para produção normativa. É justamente neste sentido que KELSEN afirma que:

O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou _ o que significa o mesmo _ uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental (KELSEN, 1998, p.219).

O Direito seria, portanto, segundo Kelsen, um sistema dinâmico formado por uma cadeia de autorizações firmada em uma “*grundnorm*” (Kelsen, 1998, p.09), (pressuposto fundante da validade objetiva dos atos subjetivos mediadores de escalões normativos derivativos). Assim, frisando, como Adrian Sgarbi: “*Portanto, na leitura de Kelsen, os ordenamentos jurídicos _ todos eles _ são ‘dinâmicos’, porque as normas têm origem em uma complexa organização de produção normativa por ‘competência’ e ‘delegação de competência’*” (Sgarbi, 2007, p.09).

O Direito é construído de forma escalonada e piramidal, de maneira que uma norma retira sua validade de uma norma de escalão superior. Ser válida é existir, ou seja, ser juridicamente obrigatória, tanto para seus *observadores* quanto para seus órgãos *aplicadores* (Kelsen, 1998, p.12).

Assim chega-se à conclusão, no que se refere às indagações acima expostas, de que uma ordem normativa tem sua unidade fundada em uma norma fundamental “*não querida*”, e sim pressuposta, e que uma norma específica pertence a uma ordem específica quando for criada de acordo com os procedimentos autorizados por esta norma última do sistema. Neste mesmo diapasão uma norma vale porque foi criada segundo a competência conferida por uma norma de escalão superior a um agente legislador/aplicador do Direito, seu criador.

Bom, de forma sintética pode-se dizer que o sistema do Direito, em Kelsen, é um sistema onde as normas retiram sua validade de uma norma hierarquicamente superior, que confere a alguém a competência para criá-las segundo *seus atos de vontade*, que serão objetivamente válidos se estiverem de acordo com a competência conferida. Tudo isso fundamentado em última instância em uma norma fundamental pressuposta que fundamenta a operacionalização e a própria existência do sistema.

Sabe-se, portanto, que entre uma *norma de escalão superior* e a criação de uma *norma de escalão inferior* existe um *ato de vontade*, um *ato subjetivo* que aplica, na hora de criar uma norma, a norma autorizativa, ou seja, a norma de escalão superior. É aqui que entra para, Kelsen, a questão da interpretação. E aqui já se direciona o foco do texto mais diretamente à decisão judicial, para cumprir a finalidade do presente capítulo.

Assim Kelsen classifica a interpretação como sendo “*uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior*” (Kelsen, 1998, p.387), na tarefa de

saber “qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial [...]” (KELSEN, 1998, p.387). A interpretação, portanto, é algo inerente a toda aplicação normativa.

Mas não apenas os órgãos que aplicam o direito têm que interpretá-lo; também o farão os cientistas e as pessoas que têm de observar este mesmo Direito.

KELSEN observa que todo comando normativo preserva uma *relativa indeterminação em seu ato de aplicação*, que ficará a depender de “*circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever*” (KELSEN, 1998, p.388). Desta forma sempre existirão indeterminações “*intencionais*” e “*não-intencionais*” referentes aos comandos normativos.

Seja pela indeterminação da aplicação de uma norma decorrente de sua própria constituição, como nos casos de fixação de pena onde a norma traz seu próprio espaço de variabilidade, ou pela pluralidade de significações dos termos lingüísticos pelos quais a norma tenta se exprimir (nascer do texto), várias possibilidades de aplicação da norma colocar-se-ão à disposição de seu órgão aplicador. Há ainda a possibilidade de se acreditar na discrepância entre a letra da lei e sua fidelidade para com a intenção de seu criador (KELSEN, 1998, p.389).

Assim KELSEN chega a conclusão de que

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 1998, p.390).

Seja qual for a *norma/interpretação*¹ aplicada em um caso concreto, KELSEN assevera que esta se apresenta apenas como “*uma*” entre várias possíveis, e não como “*a*” norma individual. Isso porque KELSEN quer fazer frente à jurisprudência tradicional que crê poder esperar da interpretação uma única resposta correta para o caso concreto. Assim se expressa:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta

¹ É importante a observação de SGARB quanto a expressão “interpretação jurídica”: “(...) a expressão ‘interpretação jurídica’ sofre de ambigüidade processo-produto. Tanto se pode, com ela, designar o ‘ato’ de interpretar (processo) como, também, o ‘resultado’ do ato interpretativo (produto).” Essa distinção deve ser devidamente notada no texto. SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: Ensaio Introdutório*. p. 90.

(ajustada), e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (KELSEN, 1998, p.391). Grifou-se.

Para KELSEN *justeza e correção* não são uma questão de direito positivo!

Seja como for, KELSEN afirma uma necessidade de interpretação justamente decorrente da falta de critérios próprios do direito positivo para resolver suas indeterminações estruturais. Nunca é demais observar que KELSEN está estruturando um projeto de direito positivo e, por isso mesmo, vai insistir que mesmo que na aplicação do Direito possa ter lugar para uma atividade cognoscitiva (para escolha da melhor interpretação) do órgão aplicador do Direito na criação de uma norma inferior, não quer dizer que se trate de um conhecimento do Direito positivo, mas sim de outros tipos de normas com incidência no processo de aplicação normativa, como por exemplo, normas de Moral, de Justiça ou de Valores Sociais (KELSEN, 1998, p.393). Assim, todo ato de aplicação normativa, face a casos de pluralidade de possibilidades de aplicação, faz referência a um *ato de conhecimento* e também um *ato de vontade* _ *aplicação e criação*.

Dois tipos de interpretação são destacados por KELSEN: a "*autêntica*" que cria e aplica direito e a "*científica*" que desvela as possíveis interpretações intramoldurais.

Interpretação "*não autêntica*" para KELSEN, é a interpretação realizada por qualquer pessoa que não seja órgão com competência para aplicar o Direito, o que difere de observar o Direito. Assim a interpretação do Direito realizada pelas pessoas comuns a fim de observá-lo, bem como, a interpretação realizada pelos estudiosos do Direito, seriam interpretações não autênticas, com a característica de que se tivessem o espírito meramente descritivo, tratar-se-ia de interpretação científica "técnica", ao passo que, se fossem movidas por escolhas intramoldurais seriam leituras não científicas, *política-jurídica*.

Bem, fornecidas as possíveis interpretações de uma regra, ou seja, apresentadas as várias possíveis normas/interpretações, construída a moldura normativa pela interpretação científica, cuja tarefa é mesmo "*estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica*" (KELSEN, 1998, p.395), KELSEN observa que

[...] a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer _ segundo o próprio pressuposto de que se parte _ uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1998, p.393).

Assim, qualquer das interpretações escolhidas pelo aplicador é válida! Acrescenta-se a este comentário a descrença de Kelsen em uma racionalização da idéia de justiça: “*considerando o trinômio ‘ordem social-racionalidade-justiça’, o pressuposto ou a premissa para se estabelecer o que é e o que não é o direito não pode ser, por conseguinte, a justiça, ou um critério com base na idéia de justiça [...]*” (SGARBI, 2007, p.77). Ou seja: “O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional”. (SGARBI, 2007, p.77). Grifou-se.

Por interpretação “autêntica”, Kelsen vai entender ser aquela realizada pelos órgãos competentes pela aplicação do Direito, na qual

[...] a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (KELSEN, 1998, p.394).

Autêntica é a interpretação dos órgãos competentes para a “aplicação” do Direito, que sempre, cumulativamente, “aplica” e “cria” Direito. Mas também segundo Kelsen, pela interpretação autêntica que cria Direito seria possível “*produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa*” (KELSEN, 1998, p.394), o que produziria uma nova norma jurídica, desde que não estivesse ao alcance da anulabilidade, ou seja, já houvesse *transitado em julgado* (KELSEN, 1998, p.395).

Mas, para além de se pensar projetos teóricos, é preciso pensar sempre nas *consequências políticas e práticas destas mesmas construções*. É, sobretudo, nesta perspectiva, que se observam algumas questões pontuais sobre o projeto positivista descritivo do Direito, nos termos apresentados.

A primeira questão, extremamente basilar, a ser enfrentada é justamente saber até que ponto o projeto positivista kelseniano corresponde a sua expectativa de neutralidade, cientificidade e descritibilidade de seu objeto.

Sem delongas, e acertando no ponto nuclear do projeto positivista kelseniano, retomando toda a potencialidade da *virada hermenêutica* vista no item “2.1”², pode-se questionar: em que medida Kelsen descreve o Direito? Ou melhor, será que um modelo de regras positivas, estático e imputacional nos

² Apontamentos sobre o giro hermenêutico pragmático: a clássica cisão entre descrever e prescrever como incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento.

termos da “Teoria Pura do Direito” realmente descreve de forma neutra seu objeto (o Direito)? Ou será que este projeto não consegue descrever nada além do que sua *própria* e *parcial* definição do que seja um sistema de direitos? Kelsen, com seu projeto, responde de forma neutra a pergunta, *o que é o Direito?*

Parece que estas questões se encontram sujeitas a uma visão não neutra do que seja neutralidade! Mas isso está longe de comprometer a figura de Kelsen, um teórico refém de seu tempo (o que não poderia ser diferente).

É importante lembrar quais críticas a teoria pura recebeu! Ou seja, críticas de ideologias políticas muito bem definidas publicamente, todas de natureza, digamos, de massa (“fascista”, “liberal-democrata”, “social-democrata”, “ateísmo”, etc.). Ideologias políticas de estrutura axiológica “definida” e “imperativas”.

Tudo isto para dizer que Kelsen está envolto e dedicado a dar conta de um conjunto de argumentos ideológicos e políticos carregados daquilo que Dworkin chama de “preferências externas” (Dworkin, 2002, p.423). São preferências externas “porque expressam uma preferência pela atribuição de bens e oportunidades a outras pessoas” (Dworkin, 2002, p.423). Neste sentido realmente nenhum sistema normativo poderia ser pensado como científico, neutro ou justo, porque sempre fundamentados parcialmente. O que, por sinal, levou Kelsen a lançar mão do projeto positivista que cinde no Direito suas partes conceitual e normativa como antídoto à sua corrupção funcional externa. A teoria pura do Direito, ao efetuar seu corte metodológico científico, inevitavelmente recorta seu objeto. E essa é a questão mais fundamental! Várias críticas a Kelsen e ao seu projeto são rebatidas com a alegação de que o referido autor não tratou do tema “Direito” e sim do tema “Ciência do Direito”. Mas a incompreensão está no fato do filósofo não ter percebido que, mesmo se atendo a uma ciência do Direito, o recorte metodológico eleito restringiu, no campo funcional, a idéia de Direito à sombra do referido recorte. Objetivamente: ao dizer que o objeto da ciência do Direito são as regras positivas, Kelsen delimita o próprio Direito a um modelo de regras incapaz de descrever o Direito em sua integridade, o que torna sua pretensão de neutralidade parcial, ou seja, só é neutra se observada desde dentro de seu próprio projeto, isto porque se seus pressupostos pré-científicos são postos sob análise, imediatamente a máscara de sua neutralidade é retirada. Mas esta parcialidade longe de ser um erro é uma “inevitável” ocorrência no mundo cognitivo humano. Afinal tratando-se de conhecimento de um objeto “*não existe compreensão nem interpretação*

em que não entre em funcionamento a totalidade desta estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler “o que aí está”, e de extrair das fontes “como realmente foi” (GADAMER, 1999, pp.396-397).

KELSEN, na defesa de uma ciência descritiva, prescreve um recorte do que seja o Direito.³ Ainda que não faça referência a conteúdo material, a obra de KELSEN prescreve um modelo de regras! Por isso, linhas acima KELSEN foi classificado como um refém de seu tempo; afinal todos o são! KELSEN refutava confusões entre sistemas materiais de “*preferências externas*” como Direito, moral, justiça, política, etc. Essa era a questão central, por isso, longe de criticar uma postura metodológica cuja integridade de sentido encontra-se amarrada em seu tempo, o presente capítulo contenta-se em seguir na demonstração da “*insuficiência*” de um marco positivista em termos de teoria da decisão judicial.

Dois pontos são fundamentais e expressam justamente o recorte metodológico positivista de KELSEN em termos de teoria da decisão judicial: a liberdade do juiz de decidir entre as possíveis interpretações de uma norma e a capacidade dos cientistas de descreverem todas as possíveis leituras de uma regra (questões sustentadas pelo pressuposto filosófico e científico positivista de descrição neutra; já refutado no item “2.1”).

Respectivamente diria KELSEN:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer _ segundo o próprio pressuposto de que se parte _ uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 1998, p.393).

A interpretação estritamente científica é aquela que revela “*todas as possíveis significações*” (KELSEN, 1998, p.396) de uma regra, sem dizer qual dentre elas se faz mais ou menos adequada ou correta.

Antecipadamente, concluindo com os parágrafos anteriores, pode-se notar respectivamente aos enunciados de KELSEN que, realmente, dizer qual dentre as

³ “... o termo ‘direito’ (*law*) pode ser usado de maneira que torne a tese positivista verdadeira por estipulação. Isto é, ele pode ser usado de tal maneira que aquele que fala somente reconheça como padrões ‘jurídicos’ aqueles que forem citados por juízes e juristas _ os quais, na verdade, são identificados por algum teste comumente aceito. Não há dúvida de que ‘direito’ pode ser usado dessa maneira e talvez alguns juristas procedam assim. Eu, porém, estava interessado no que considere um argumento sobre o conceito de direito que é hoje de uso generalizado. Trata-se, penso eu, do conceito de padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem o dever de (*hás a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia. Meu ponto era de que o positivismo, com sua doutrina do teste fundamental, normalmente reconhecido, toma parte da esfera de aplicação do conceito como se fosse o todo.” (grifo nosso). DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 75. Grifou-se.

várias possibilidades de aplicação normativa é a correta, não é objeto de uma teoria do direito positivo. Mas isso não quer jamais dizer que não seja objeto de uma teoria do Direito.⁴ E essa é a questão!

Ainda no que toca o recorte positivista, assinala DWORKIN:

O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade (DWORKIN, 2002, p.XIV).

Levando em consideração toda a discussão e conclusão retirada da virada hermenêutica, o “cientista do Direito” nem realiza de forma *neutra* seu trabalho de conhecimento e muito menos é capaz de fornecer *todas as possíveis interpretações* de uma norma. Afinal, como conseguiria, por exemplo, dizer quais seriam as possibilidades de interpretação do antigo termo de recorrência penal “mulher honesta”, ou mesmo o postulado constitucional “*vida digna*” em um país de dimensão continental como o Brasil, sobretudo, mult-cultural? Questão, inclusive, que funciona como crítica à característica do projeto kelseniano de pregar uma *comunidade fechada de intérpretes do Direito*.

Mas, se a negação de um poder discricionário, em termos de teoria da decisão judicial, se faz indispensável à aproximação de um conceito de justiça, primeiro deve-se esmiuçar mais esta questão: *em que medida pode-se falar de poder discricionário em termos de decisão judicial?*

O crítico ferrenho do positivismo que marca a parcialidade metodológica desta questão, neste texto, é Ronald DWORKIN. Colocada a questão do positivismo jurídico, na vertente kelseniana, faz-se necessário apresentar os argumentos de DWORKIN para então deixar clara a insuficiência, em termos conceituais mesmo, e posteriormente normativa, do positivismo jurídico, no que tange a uma teoria da decisão judicial.

⁴ É claro que estamos falando de uma das figuras mais importantes em termos de teoria do direito do séc. XX, mas tal reconhecimento não é capaz de por si só, afastar as críticas sérias e comprometidas com um projeto que leva a sério a idéia sobre o que seja o Direito. Ora, quem é Kelsen ou qualquer outro teórico para taxar o que é e o que não é objeto de uma teoria do Direito? É mais que notória, em Kelsen, a consequência restritiva do que sejam os direitos. Kelsen com seu projeto, claro fantástico, impõe, “a partir de si mesmo”, em decorrência de seu recorte epistemológico o que seja o Direito e o que vale como Direito. Por mais forte que possa ser tal afirmação, Kelsen não conseguiu ver sua própria imagem refletida nas páginas da “Teoria Pura do Direito”, bem como não conseguiu ver nas “descrições” as digitais dos “cientistas”. A pureza de sua ciência foi se contaminando na medida de sua produção. Kelsen não foi capaz de perceber a clássica cisão entre descrever e prescrever como uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento.

Bom, pode-se dizer que certamente DWORKIN assume um projeto nada fácil!

DWORKIN, já na introdução de *“Levando os Direitos a Sério”*, demonstra e analisa algo que está por detrás de toda sua obra, bem como de todo o movimento de *“retorno ao direito”*⁵, ou seja, analisa no que chama de *“teria dominante”*, a fragilidade da negação de uma aproximação das partes conceituais e normativas em termos de teoria do Direito.

Esta atitude política chamada de *“liberalismo”*, teoria dominante, finca suas bases sobre a construção filosófica de JEREMY BENTHAM, composta pela teoria do positivismo jurídico (*parte conceitual que dá resposta à questão: o que é o Direito?*) e pela teoria do utilitarismo (*parte normativa que fixa o objetivo do Direito na promoção do bem-estar geral*), a teoria dominante é o objeto de análise de DWORKIN, que analisa suas partes em separado (positivismo e utilitarismo), bem como a premissa de que são independentes. Outrora, já fora citada a intenção de DWORKIN expressa em sua introdução: *“Uma teoria geral do direito dever ser ao mesmo tempo normativa e conceitual”* (DWORKIN, 2002, p.XIII).

DWORKIN segue analisando aquilo que para ele é a *mais influente versão contemporânea do positivismo*, que é justamente a proposta de H. L. A. HART. Duas observações: Os argumentos trazidos serão os que pareceram mais relevantes para a compreensão do ato da decisão judicial em si, pelo marco do positivismo: o poder discricionário do Juiz; e segundo, mesmo que DWORKIN faça referência a HART e não a Kelsen, as semelhanças entre estes projetistas nos autorizam a tal opção dialógica.

DWORKIN desenha o positivismo com as seguintes características gerais:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras, identificáveis por uma regra superior de *pedigree* que distingue proposições espúrias e normas de natureza não jurídica (DWORKIN, 2002, p.27-28).

(b) Regras e direitos são co-extensivos, não havendo mais regras, também não mais há direitos e, a partir daí, a resolução de um caso decorre da autoridade de um agente público que deve buscar, com base em seu discernimento pessoal, um padrão capaz de orientar a confecção da nova norma. Isso quer dizer *ir além do direito* para decidir um caso posto em tela (DWORKIN, 2002, p.28).

⁵ Ver, cap. 2.3, p. 09.

(c) Dizer que alguém tem direito (que outras pessoas estão obrigados juridicamente em relação a este) é dizer que seu caso se enquadra em uma regra válida. Sem regra válida não há obrigação jurídica. Dizer que alguém tem um direito é dizer que existem outras pessoas juridicamente obrigadas segundo este mesmo direito. Assim, quando o juiz age discricionariamente, ele não está fazendo valer um direito e, portanto, não está juridicamente obrigado (DWORKIN, 2002, p.28).

Mas, como diz DWORKIN, este é apenas um esqueleto do positivismo, sujeito a *re-arranjos de carne e até de ossos*, o que se nota pela peculiaridade de projetos como os de teóricos como JONH AUSTIN, ALF ROSS, HERBERT L. A. HART e mesmo H. KELSEN.

“Quero lançar um ataque geral contra o positivismo [...]” (DWORKIN, 2002, p.35).

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece sugar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. [...] vou defender uma teoria melhor (DWORKIN, 2002, p.127).

DWORKIN é muito claro ao recusar aquilo que chamou de *discricionariade em sentido forte*, ou seja, o poder de em “*certos assuntos não estar limitado pelo poder da autoridade em questão*” (DWORKIN, 2002, p.52). É o que se nota, diria ele, quando um sargento recebe a ordem de escolher *quaisquer cinco homens* para uma patrulha.

Pontualmente, o que DWORKIN chamou de discricionariade em sentido forte pode ser melhor demonstrado na seguinte passagem já transcrita neste texto: “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, 1998, p.390). Grifou-se.

E se KELSEN ponderou que a questão de que saber qual é o direito de um caso difícil “*não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito*” (KELSEN, 1998, p.393), DWORKIN foi, mais uma vez, claro ao mostrar que “*Aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotar como regra, para si mesmo, fazer determinada coisa*” (DWORKIN, 2002, p.47).

O presente texto valoriza, sobremaneira, a ligação que DWORKIN permite reafirmar entre *direito* e *obrigação jurídica*. Assim DWORKIN quer mostrar pela exposição da natureza da obrigação jurídica o papel desempenhado pelos princípios e, conseqüentemente, a insuficiência do marco positivista. Respectivamente a primeira passagem a ser transcrita faz referência ao marco teórico do próprio DWORKIN, ao passo que a segunda faz referência à tese positivista do Direito.

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.

(b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios são obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extra-legais que tem liberdade de aplicar, se assim o desejar (DWORKIN, 2002, p.46-47).

Para Dworkin, analisar esta distinção é fundamental, e nela se encontra a questão de saber “*qual das duas presta contas de um modo mais preciso da situação social*” (DWORKIN, 2002, p.48). Neste sentido, se tomarmos esta segunda tese em questão, um juiz que adotasse costumeiramente determinados princípios para resolver casos nebulosos de uma dada natureza, mas que em uma demanda específica não o fizesse, não poderia ser discriminado em termos de acerto ou erro e, na verdade, em termos de jurídico e antijurídico. Assim, quando um juiz que condenou um assassino à pena máxima, condenasse um outro assassino, cujos casos encontram-se em “mesmo” nivelamento analítico, à pena mínima, nada poderia ser dito a este magistrado em termos jurídicos. Isso porque os princípios de dosimetria e isonomia de tratamento, muito embora comumente adotados por este mesmo magistrado, não lhe imporiam nenhuma *obrigação jurídica*, ou seja, não se trataria de *normas jurídicas*, mas sim de conselhos aceitáveis ou não. DWORKIN exemplifica o emprego jurídico dos princípios, lançando mão, em “*Modelo de Regras I*”, dos casos *RIGGS vs. PALMER*⁶ e *HENNINGSSEN vs. BLOOMFIELD*.⁷

⁶ *Riggs vs. Palmer*: trata-se de caso decidido na corte de apelação do Estado de Nova Iorque, no ano de 1889, cuja temática tratava de um neto (assassino de seu avô e interessando em seus bens) que demandava o direito aos benefícios sucessórios decorrentes da morte de seu ascendente. A referida corte negou o pedido do demandante sob o argumento de que havia um princípio social segundo qual ninguém poderia se beneficiar da ilicitude de seus atos.

⁷ *Henningsen vs. Bloomfield*: Neste caso mesmo tendo o fabricante de automóveis restringido, por contrato, seu dever de indenização para com os compradores de seu produto, apenas às peças defeituosas, o demandante (*Henningsen*) conseguiu no tribunal o direito à indenização decorrente de acidente.

O mais interessante é que se, em casos nebulosos, seja qual for a natureza, os princípios não puderem *inclinare a decisão em uma direção* (DWORKIN, 2002, p.57), nunca haverá sentido a proposição de um demandante que diz “*ter direito a alguma resposta jurisdicional*”.

E o que falar do poder “revogador” dos tribunais, seja na sua forma concentra ou difusa? Se não houver princípios obrigatórios para os juizes, não se poderá falar em obrigação jurídica na grande maioria dos casos apresentados ao judiciário, como também poderá não haver obrigatoriedade de cumprimento da legislação já que os magistrados poderiam revogar *normas* validas em detrimento de “outras”, segundo sua própria convicção de como resolver conflitos normativos ou falta de validade material. “*Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista*” (DWORKIN, 2002, p.59).

O elo que une o *Direito à obrigação jurídica* é fundamental, inclusive, para a manutenção da estrutura positivista de Direito. Mas, como observa DWORKIN, o problema dos positivistas não é não perceberem os princípios, mas sim, vê-los como regras “*manquéés*” (DWORKIN, 2002, p.62). A questão é mesmo referente a uma associação restritiva do termo Direito à idéia lei, de regras. Seja qual for o tratamento dado aos princípios _ “*aquilo que os tribunais ‘têm por princípio’ fazer*”, ou “*política do Direito*” _ , DWORKIN ataca dizendo que os positivistas chegaram a uma falsa conclusão, pelo fato de estarem presos à identificação estabelecida entre direito e regras, fazendo com que o tratamento despendido aos princípios aparecesse como um falso silogismo. “*É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade eles não passam de plantas*” (DWORKIN, 2002, p.63).

A tese positivista obriga-se a lançar mão do poder discricionário em sentido forte por questões que já nos são conhecidas como, por exemplo, não reconhecer, devidamente, o papel da moral e da política para o Direito, e na verdade o papel de *complementaridade* que estes padrões normativos têm em relação ao Direito.

Mas, o que DWORKIN quer mostrar é que, mesmo em casos difíceis, onde não houvessem regras, ou clareza suficiente, para se decidir uma causa levada ao judiciário, *uma das partes teria o direito de ganhar a demanda*. Isso porque, onde Kelsen viu “*política do Direito*”, DWORKIN está vendo “*uma questão de princípios*”. É extremamente importante lembrar, neste exato ponto, que DWORKIN engloba, com sua teoria dos princípios, uma teoria normativa do

Direito, não confeccionada, ou seja, não construtivista, mas sempre re-construtivista da normatividade própria do jogo social espontâneo da sua comunidade de princípios. “A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”. Grifou-se (DWORKIN, 2002, p.64).

O que Kelsen não teve capacidade de notar foi, justamente, o fato de que mesmo diante das indeterminações “*intencionais*” e “*não intencionais*” do direito positivo, existem padrões normativos capazes de gerar obrigação jurídica e que, justamente neste sentido, compõe a parte conceitual do Direito, agora visto como um sistema composto de *normas* que funcionam tanto como “*regras*”, como “*princípios*”.

O próprio Dworkin se antecipa a algumas objeções dignas de um positivista. Poderiam objetar os positivistas no sentido de que os *princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, que não prescrevem resultados particulares* e que *sua autoridade e peso são intrinsecamente controversos*, por isso não podem valer como lei.

Mas DWORKIN quer mostrar: mesmo que os princípios não tenham a mesma lógica das regras não quer dizer que não possam ser operados de forma vinculante, ou que não tenham obrigatoriedade e, realmente não poderiam prescrever resultados particulares, *afinal de contas são princípios e não regras* (!). É exatamente por não seguirem a mesma lógica e prescreverem resultados particulares, como as regras, que os princípios *dependem de uma prática social* para tornarem-se objetivantes de uma normatização única (DWORKIN, 2002, pp.56-58).

Bem, sabemos que, como alertado por Kelsen e até por Hart, o Direito está sujeito a indeterminações *intencionais* e *não intencionais*, ou seja, o corpo do Direito configura uma espécie de *textura aberta*. O ponto de atenção até agora tem sido a teoria do poder discricionário segundo qual, por não haverem critérios jurídicos para obrigar uma resposta entre as várias apresentadas, a solução estaria na competência (Kelsen) atribuída ao magistrado para escolher, sem, contudo, estar obrigado, qual a opção normativa para o caso. Tese rebatida por Dworkin quando mostra o papel desempenhado pelos *princípios* dentro da parte conceitual do Direito e, portanto, na própria compreensão de uma teoria da decisão judicial.

Uma questão deve ser observada. Trata-se de projetos teóricos que partem de pressupostos diferentes, mas qual é a relevância dada a estas diferenças no presente contexto? Kelsen, ao propor sua teoria pura do Direito, quer atacar a confusão sistemática científica entre Direito e política em seu mais amplo sentido, daí a batismo de “Pura”. A cisão estabelecida entre “*Ciência do Direito*” e “*Filosofia do Direito*”, bem como entre “*justo*” e “*valido*”, foi uma necessidade metodológica para se encontrar, frente a uma explosão de ataques políticos-ideológicos que miravam o Direito, um critério científico para se descrever o Direito de forma neutra. Parece ser esta a pretensão primeira do projeto positivista de Kelsen.

Fora demonstrado que se, Kelsen foi capaz de “alcançar” uma certa distância teórica de um marco político, o mesmo não pode ser dito em relação a sua opção metodológica no que tange à descrição deste fenômeno social chamado Direito. E, tratando-se de pragmática jurídica, a entrega do leme do Direito nas mãos dos magistrados foi algo incapaz de dar continuidade à sua pretensão de neutralidade, porque estes “*não são*” descritivos do Direito. O uso da discricionariedade mostra como, em última instância, a idéia de norma fundamental é algo que se reduz à *faticidade da aceitação de uma constituição histórica*, assim como a validade de uma decisão judicial é reduzida à *faticidade de sua imposição*. Todas estas conseqüências são decorrentes de um recorte teórico que para se tornar “neutro” deixou de fora a parte mais importante, sem dúvida alguma (!), do Direito: os princípios.

Faz-se importante frisar uma observação. O pressuposto fundamental lógico-transcendental do sistema kelseniano segundo o qual se valida o sistema jurídico dinâmico, abreviado na expressão “*devemos conduzir-nos como a constituição prescreve*” (Kelsen, 1998, p.224), é a própria, referida acima, redução da validade a uma mera questão de *faticidade*, afinal como observou Dworkin, este “*devemos*” é insuficiente para diferenciar um pressuposto lógico-transcendental *aceito como fundador do sistema de direitos* de um conjunto de regras seguidos por *imposição* ou *medo*, como ocorrera na Alemanha nazista. E se assim for, será que podemos dizer que haviam direitos na Alemanha nazista? (Dworkin, 1999, p.43).

Mais uma vez, poder-se-ia refutar tal argumento contra-atacando no sentido de que a tese de Kelsen presta-se tanto a um Direito democrático quanto a um tirânico, por tratar-se de uma mera teoria do direito positivo com eficácia global. Contudo, além das notas 39 e 42, vale ressaltar a pretensão de testar o positivismo em termos de uma teoria do direito capaz de operar a

normatividade do Direito moderno em sociedades de alta complexidade numa dimensão constitucionalmente adequada. Isso em termos conceituais mesmo! Além da insuficiência conceitual já referida, a tese positivista compromete sua pretensão de pureza, em termos pragmáticos descritivos, na medida também em que permite, em última instância, um uso indiscriminado do termo “Direito”; se Kelsen quis “a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país”, lembrando que pretendia com isso descrever o Direito de uma comunidade, conseguiu que o “não-Direito” fosse descrito como “Direito”, ou seja, o poder, em mais amplo sentido, estaria sendo descrito como Direito de uma comunidade. Conseqüentemente, não há só uma indiferença quanto ao conteúdo do Direito, mas também uma indiferença em relação à diferenciação do que seja o “Direito” e do que seja o “não-Direito”. Mas o modelo positivista de Kelsen não foi capaz de perceber que descrever o Direito de uma comunidade é algo que só se pode fazer coerentemente na medida em que se reconstrói a moralidade complementar ao Direito, e não sendo indiferente a esta mesma moralidade.

Antes de seguir em frente, podem ser pontuadas algumas conclusões, ainda parciais, do que fora até então desenvolvido.

O positivismo mostra-se *insuficiente* porque não percebe sua parcialidade metodológica. Kelsen não foi capaz de perceber que, muito embora não tivesse filiação política-ideológica, construiu sua teoria segundo o *lançamento de um projeto particular* de modelo de Direito. Justamente por isso, não foi capaz de descrever o Direito em sua integridade, mas apenas parte do Direito, deixando de lado os princípios jurídicos. Por isso é que, nos termos do capítulo “2.1”, o positivismo faz-se insuficiente por não perceber na *clássica cisão entre descrever e prescrever, uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento, seja no que toca a seu próprio projeto ou a sua pragmática*.

O positivismo jurídico de Kelsen também é *insuficiente* na medida em que não pode dar conta de uma discussão em termos de *pluralismo social* (questão vista no capítulo “2.2”). Alguns alegarão que esta observação não pode ter sentido tendo em vista tratar-se o projeto de Kelsen de uma teoria apenas do direito positivo. Mas não parece que a simples desculpa baseada em um recorte teórico seja capaz de afastar críticas desta natureza de um projeto que pretendeu *descrever* e conseqüentemente *responder* à questão: *o que é o direito de uma sociedade?* E, como mostrará Dworkin no capítulo seguinte, religar no Direito suas partes conceitual e normativa, está longe de carecer de uma adesão

materialista que forneça o conteúdo e a resposta à questão referente a: o que o Direito *deveria ser*.

O positivismo jurídico é insuficiente em termo de teoria do direito em outro sentido ainda mais conseqüente: não consegue perceber que sua adesão à teoria do poder discricionário desvaloriza a tensão entre “*fatores reais de poder*” e “*força normativa*”. Reduz toda idéia de validade a uma questão de faticidade. Claro, poderiam objetar que tal observação não faz sentido já que esta discussão aponta para caminhos onde a teoria pura do direito não pretendeu caminhar: o campo da legitimidade do Direito; afinal ela (Teoria Pura do Direito) não se preocupa com o que o direito *deveria ser*. Mas isso é um erro. As observações anteriores mostram que o positivismo jurídico fez um recorte tão estreito do Direito que acabou deixando de fora aquilo que seria capaz de fazer de sua pragmática algo capaz de dar continuidade à proposta primeira de neutralidade e descrição do Direito. No campo mesmo da interpretação do Direito, imune à idéia de obrigação jurídica, como demonstrado por DWORKIN, toda a idéia de Constituição e Direitos Fundamentais encontra-se ao léu. E aqui cabe perguntar: existe alguma expressão maior de Direito que os Direitos fundamentais inscritos no documento constitucional?

Soma-se ainda a todas estas questões a conseqüente *comunidade fechada de intérpretes da constituição* na obra de KELSEN. Seja como for, poder-se-ia em uma frase complexa, mas sucinta, dizer que a “*Teoria Pura do Direito*”, por estar presa ao que chamamos de *desencantamento do Direito*, não é capaz de ser pensada frente à complexidade das sociedades plurais e pós-industriais com as quais temos que operar o Direito hodiernamente.

A opção por uma compreensão segundo a qual os princípios não compõem o Direito e que, portanto, não geram *obrigação jurídica*, mina o postulado de *segurança jurídica* pretendido pelo positivismo já que toda decisão de casos difíceis, seguindo a teoria do poder discricionário, resultaria em uma normatividade criada “*ex post facto*” (DWORKIN, 2002, p.49), visto que o juízo realizado não estaria fundado em padrões normativos pré-existentes.

KELSEN via em seus opositores pessoas que se achavam capacitadas a, com suas ciências, oferecerem respostas a como devem ser “corretamente” resolvidos os conflitos de interesse dentro da sociedade, o que só poderia resultar de uma *advocacia de postulados políticos de caráter subjetivo, ainda que movidos com a melhor das boas fés* (KELSEN, 1998, p.XIII).

DWORKIN quer dar uma sugestão de como os casos devem ser corretamente resolvidos, mas, ao contrário do que KELSEN pensava em relação a

seus opositores, nosso autor não pretende advogar postulados políticos de caráter subjetivo. DWORKIN quer mostrar que aquilo que fora deixado de fora do conceito de Direito pela vertente positivista, é capaz de reconstruir, dentro de um caso específico, a normatividade de uma resposta correta, não sujeita ao subjetivismo do magistrado.

5

A decisão judicial na teoria do direito como integridade de R. DWORKIN

“Vivemos na lei e segundo o direito” (DWORKIN, 1999, p. XI).

Já na primeira frase do prefácio de *“O Império do Direito”* DWORKIN deixa evidente uma questão que fora antes evidenciada em *“Levando os Direitos a Sério”* e vai se desenvolver ao fundo de todo seu texto: uma coisa é a lei, outra coisa é o Direito _ *“Vivemos na lei e segundo o direito”* (DWORKIN, 1999, p.XI).

Sabemos que a lei é composta por textos e contextos altamente sujeitos às imprecisões de sentido, bem como às complexidades da sociedade a qual pertence. *Como pode então a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?* Bom, a referida primeira frase de DWORKIN é capaz de nos mostrar sua resposta: pode a lei comandar quando estiver em acordo com o Direito de uma comunidade específica. Mas e o Direito, o que é?

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e 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 esta atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para 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 quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. 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 juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta 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).

O Direito para DWORKIN, é um conjunto de normas composto tanto por *regras* quanto por *princípios*, com uma característica peculiar: sua prática é uma *prática social interpretativa criativa* dependente de uma *postura/atitude* de seus operadores *preocupados com o “propósito” desta mesma prática*. “Direito”, assim como “justiça”, “igualdade”, “liberdade” e outros tantos conceitos, é um conceito interpretativo e, nesta medida, não pode manter-se preso ao *aguiilhão semântico* como ocorrera no caso do positivismo.

DWORKIN afirma que três podem ser os tipos de divergências suscitadas em processos judiciais: divergências sobre *fatos*, divergências sobre *direito* e questões referentes à *moralidade*, à *política* e à *fidelidade* (DWORKIN, 1999, p.05-06). Em outros termos as partes de um processo podem divergir sobre: o que aconteceu, qual é a lei pertinente e ainda sobre a justiça de uma decisão.

A divergência sobre o Direito é central para DWORKIN: “*Um juiz, propondo um conjunto de provas, afirma que a lei favorece o setor escolar ou o empregador, e outro, propondo um conjunto diferente, acredita que a lei favorece os alunos da escola ou o empregado*” (DWORKIN, 1999, p.06). DWORKIN então quer saber: que tipo de discussão se trata em questões como esta, ou seja, sobre o que estão divergindo? “*Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o direito*” (DWORKIN, 1999, p.08).

No âmbito das referidas divergências, DWORKIN introduz como modelo de decisão do tipo adequada, capaz de justificar o uso da força, aquela dotada de *coerência*, ou seja, em última instância, são as decisões que se encontram em acordo com as exigências de integridade (DWORKIN, 1999, pp.202-203). E aqui as referimos como exigência de *racionalidade*, pressuposta como vinculação da legislação aos princípios da comunidade, *de aceitação* do pluralismo moral na determinação de sentido da norma diante de um caso concreto reconstruído e de *segurança jurídica* enquanto decisões com base em normas anteriores à decisão. Estas divergências teóricas são verdadeiras divergências sobre as quais são os fundamentos do Direito, e são *interpretativas* (DWORKIN, 1999, p.109), ou seja, *fazem referência à melhor forma de se interpretar a prática da jurisdição* (DWORKIN, 1999, p.109).

E se estas são divergências interpretativas, devem fazer referência a algum ponto comum capaz de tornar este desacordo um “*desacordo real*”. “*O direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas [...]*” (DWORKIN, 1999, p.113). O Direito é, então, juntando

o que fora dito, um conceito interpretativo que tenta “*apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz [...]*” (DWORKIN, 1999, p.112).

Mas a dificuldade não está nesse ponto de partida, mas no trato das “*concepções*” contrapostas desse conceito de Direito; este conceito inicial (a prática jurídica corrente) possibilita uma discussão a respeito do que o Direito em um caso é. É como se dois críticos discutissem a melhor interpretação pensando em uma mesma obra, porque se ao discutirem a melhor interpretação de uma obra estivessem pisco-visualizando obras diferentes, mesmo que tivessem mesmo nome, tal empreitada seria impossível.

As divergências teóricas sobre os fundamentos do Direito, que envolvem diferentes concepções sobre o Direito, são, na verdade, teorias gerais sobre os fundamentos do Direito. É por isso que DWORKIN diz que o voto de qualquer juiz é uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta, mas sempre é o “*prólogo silencioso de qualquer veredito*” (DWORKIN, 1999, p.113). Toda concepção carrega por detrás de si outras questões referentes à moralidade política, pessoal, convicções ideológicas, etc., ou seja, sempre resulta de uma teoria mais geral. Não que tal teoria esteja articulada de forma explícita. O que DWORKIN quer dizer é que uma concepção sobre um conceito “*revela uma atitude a respeito desse vasto território pré-compreensivo, dê-se, o interprete, conta disso ou não*”. (DWORKIN, 1999, p.126). (Grifou-se). Nesse ponto pode-se dizer que DWORKIN foi capaz de compreender toda a discussão fenomenológica tratada aqui no capítulo “2.1”.

Bem, tudo isso, para chegar mais próximo da *concepção* de Direito de DWORKIN: o *Direito como integridade*. Esta tese do Direito como integridade defendida por DWORKIN quer superar duas outras concepções de Direito: o “*convencionalismo*” e o “*pragmatismo judicial*”. Tipos puros que DWORKIN usa para dialogar com sua própria concepção.

O *convencionalismo*, em linhas gerais, advoga que “*um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelo conjunto dos profissionais do direito*” (DWORKIN, 1999, p.119). O *pragmatismo judicial*, conceituado por Dworkin como tendo uma postura “*cética*” em relação ao direito, advoga em linhas gerais que “*os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência*”

com o passado como algo que tenha valor por si mesmo" (DWORKIN, 1999, p.119).

Enfim, contra estas duas concepções sobre o Direito DWORKIN oferece sua concepção de Direito como integridade nos seguintes termos:

O Direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de saber se os juízes descobrem ou inventam o direito, sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tem em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 1999, p.271).

Neste sentido, seguindo a concepção de direito como integridade de DWORKIN, *"as proposições jurídicas só são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva jurídica da comunidade"* (DWORKIN, 1999, p.272).

A teoria do *Direito como integridade* não se fixa nem no passado nem no futuro, muito antes, ao combiná-los (passado e futuro), exige o reconhecimento da *"comunidade de princípios"*, não no campo representativo, mas real mesmo, mandando ao juiz que em casos difíceis, onde *aparentemente* não haja uma norma a ser aplicada, reconstrua, rumo a uma resposta correta, de forma crítica, os critérios normativos construídos historicamente em sua comunidade e os aplique ao caso em tela, negando com isso tanto uma concepção cética que aplica novos e injustificados padrões normativos retroativamente, bem como avançando em relação ao comodismo de uma concepção convencionalista que condena a prática jurídica ao exame de decisões do passado.

É muito importante lembrar, ao se falar de comunidade de princípios, da passagem em que DWORKIN mostra que a coerência devida para com as decisões do passado capazes de gerar direitos e responsabilidades decorre tanto de princípios de *moral política como de moral pessoal*. Essa questão potencializa e mostra o valor que DWORKIN dá aos compromissos da comunidade de princípio ao tratá-la com uma comunidade que se enxerga como uma verdadeira comunidade aberta dos intérpretes do Direito. Assim então enuncia:

[...] direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa (DWORKIN, 1999, p.120).

Este é um forte ponto a ser tratado no próximo capítulo! Como pode haver uma justificação moral do direito fundado em princípios de moralidade pessoal? Logo esta questão será tratada.

Assumir a *comunidade de princípios* é uma *exigência de integridade* que aplica-se tanto à integridade judicial (*adjudication*) como também à legislativa (*legislation*). As “*exigências de integridade*” *justiça, eqüidade e devido ao processo adjetivo* são, na obra de DWORKIN, instrumentos para garantir o respeito a esta referida comunidade. Vale nesta oportunidade citar, apenas rapidamente, que DWORKIN está comprometido com um projeto de Democracia liberal, em que a validade de uma premissa de direito não pode ser reduzida a uma questão de faticidade como na tese positivista de Kelsen, mas que, antes de tudo, exige uma questão de legitimidade. Assim deve haver uma pressuposição de que as regras criadas pelos órgãos legiferantes formem um sistema coerente de justiça e eqüidade. Esta exigência de coerência (*adequação entre interpretação e cânones interpretativos*) é, portanto, retomada em termos de decisão judicial na pressuposição de que os textos respeitaram e levaram em consideração a comunidade de princípio.

A tese do Direito como integridade em que o direito e sua aplicação devem estar em acordo com os princípios da comunidade política, permite que DWORKIN apresente sua metáfora do “*romance em cadeia*”, segundo a qual a interpretação construtiva do Direito, tomada na perspectiva do juiz, deve continuar a história da prática social “Direito”. Este ator que é o juiz; deve, contudo, reconhecer que é apenas um dentre outros tantos escritores que se sucedem em cadeia e que têm a obrigação de *continuar* da forma mais digna possível a história do Direito, ou seja, deve manter da melhor forma possível, seus dois cânones interpretativos: *adequação e justificação*.

Pressuposto “tanto” do *Direito como integridade* como do *romance em cadeia*, a *atitude interpretativa* focada no propósito da prática a que interpreta vai encontrar, no campo específico da decisão judicial aquilo que DWORKIN chamou de fases da interpretação. Antes de entrar especificamente no teor das fases da interpretação, valem algumas outras colocações.

Viver a lei segundo o Direito.

Esta sucinta oração comporta a idéia defendida por DWORKIN no sentido de que *“nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”* (DWORKIN, 1999, p.XI).

É, com vistas nessa narrativa justificante da prática jurídica, que DWORKIN assevera que o modo como os juízes decidem os casos é muito importante para todo aquele que possa se ver diante de um tribunal, tendo em vista que pessoas estão freqüentemente sujeitas a ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral emanada dos órgãos legiferantes, seja em uma *dimensão jurídica* ou mesmo em uma, muito importante, *dimensão moral* (DWORKIN, 1999, p.03). Compreender a importância do modo como os juízes decidem suas causas, seja em termos de perdas e ganhos na lide ou em termos de moralidade pública é fundamental para a compreensão do papel que a moral e a política têm em relação ao Direito, e que este tem em relação àquelas. Por isso, dizer que qualquer das interpretações apresentadas em um caso é conforme ao Direito aparece como um risco ao resto dos padrões normativos que valem como Direito, mas foram mal compreendidos pelos positivistas.

Em relação à decisão judicial, DWORKIN pôde constatar que a característica dos juízes de conferirem uma *“força gravitacional”* às decisões passadas caminharam no sentido de desbancar a tese do poder discricionário. Na verdade, trata-se, segundo DWORKIN, de uma falha na própria compreensão conceitual do Direito e, portanto, da importância que os princípios têm na configuração da relação entre *Direito* e *obrigação jurídica*. Conseqüentemente, DWORKIN vai querer demonstrar como sua tese da resposta correta, antítese da tese do poder discricionário, tem sido mal compreendida, visto que nunca quis afirmar que sua teoria da resposta correta poderia *demonstrar para todos* que uma dada resposta é, de forma incontestável, a correta. “[...] *a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa uma resposta é diferente da questão de se poder ou não demonstrar que tal resposta é certa*” (DWORKIN, 1999, p.XIII).

DWORKIN está mais vinculado a um sistema de normas na atividade jurisdicional do que os próprios positivistas. Isso garante a DWORKIN um grau considerável de *segurança jurídica*, já que aqueles que esperam uma decisão judicial podem contar que não serão regidos por uma norma subjetiva de um magistrado que seja *“evangélico”*, por exemplo, quando na realização de suas atribuições jurisdicionais. Mas, *segurança jurídica* também representa *correção na decisão judicial*; afinal estar seguro, mais do que significar o direito a uma

decisão, significa o direito a uma decisão que seja decorrente de *um direito prévio e coerente, ou seja, de acordo com os princípios de moralidade política da própria comunidade em questão*. Isso nos introduz no tema da racionalidade da aplicação do Direito em DWORKIN enquanto Direito como integridade.

Estar juridicamente seguro para DWORKIN é saber que os juízes quando decidem uma causa, estão *recorrendo a algum padrão normativo* que possa servir de critério *aceitável e justificável frente aos envolvidos* em um processo judicial. Assim, *segurança e correção* são reciprocamente decorrentes: uma decisão judicial correta gera segurança e um sistema de direitos seguro (prévio) que não gera “surpresa” é capaz de gerar correção.

Diante da indeterminação do direito positivado, seja nos precedentes ou nas legislações, bem como em decorrência da complexidade social, DWORKIN dá um grande passo na realização de uma aplicação do direito com um maior grau de correção justamente na medida em que trata a *racionalidade da decisão judicial como algo que só se pode reconstruir a partir de um caso concreto e desde a perspectiva interna dos participantes do processo em questão*, ou seja, apenas a partir de um determinado caso concreto.

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. Este aspecto argumentativo crucial pode ser estudado de duas maneiras, ou a partir de dois pontos de vista. (...) Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam (DWORKIN, 1999, p.16-17).

É justamente por depender, a cada novo caso apresentado, de uma reconstrução de seu poder de normatização que em “*O Império do Direito*” DWORKIN classificou o Direito como *prática social interpretativa* composta por três fases de *interpretação construtiva*: *pré-interpretativas, interpretativa e pós-interpretativa* (DWORKIN, 1999, p.35 e seg.). Na primeira etapa, selecionam-se as normas *prima facie* aplicáveis ao caso, na segunda são reconstruídos, na perspectiva do participante, os significados das normas selecionadas na primeira etapa e, finalmente, na terceira etapa é realizado um juízo de “*justificação*” e “*adequação*” das interpretações elaboradas na segunda etapa (ideal de integridade). Ou seja, como se percebe, *o Direito como integridade é uma prática*

social argumentativa. Dizer o que é o Direito é uma questão teórica e prática ao mesmo tempo.

Em referência à primeira etapa de interpretação, DWORKIN observa a necessidade de um consenso inicial sobre a prática jurídica. Esta fase (“pré-interpretativa”), aparece entre aspas, como pondera DWORKIN, tendo em vista que pode haver alguns desacordos interpretativos sobre qual material jurídico está em questão em algum caso, mas isso não pode querer dizer falta de consenso sobre a prática em si sob pena de *murchar* a atitude interpretativa. Esta não é, portanto, a mais complicada das questões.

No que tange à segunda etapa da interpretação, DWORKIN é cauteloso e, ao mesmo tempo em que garante a prerrogativa dos intérpretes de formularem teorias gerais para justificar um sentido de aplicação de uma determinada norma, garante também o ideal de separação de poderes na exata medida em que deixa claro que uma *atitude interpretativa* é uma atitude de re-construção do direito *já existente* de forma adequada às complexidades de um caso concreto, e *não uma invenção sobre o que o direito estaria a significar*.

Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos e características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta esta prática, não como alguém que inventa uma nova prática (DWORKIN, 1999, p.81).

A distinção entre as duas primeiras fases de interpretação marca a distinção estabelecida por DWORKIN entre “*conceito*” e “*concepção*”, ou seja, as divergências na interpretação do Direito são divergências envolvendo distintas *concepções* de um *conceito*, já que a primeira etapa pressupõe um consenso sobre o material/proposições aplicável a uma demanda específica. Isso porque Dworkin acredita que dividimos uma base conceitual comum sobre a prática que compartilhamos, ou seja, uma identidade comum para as diferentes concepções de Direito.

Em termos gerais as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou às subinterpretações dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore (DWORKIN, 1999, p.86).

Bem, selecionado o material pertinente ao caso e apresentadas as *concepções* sobre tal material, resta, na terceira etapa da interpretação criativa do Direito (etapa pós-interpretativa), dizer qual, dentre as concepções apresentadas é mais *justificada* e *adequada*.

Destarte, dentro do projeto dworkiniano de Direito como integridade, a decisão judicial é uma questão de reconstrução interpretativa da prática do Direito e dos conceitos em questão, divididos por diferentes concepções. O ideal de construir toda decisão de forma a manter o conjunto de normas do Direito *coerente* é o que aponta para, dentre várias possibilidades de aplicação normativa, aquela que se mostra “a *correta*” para um caso específico, garantindo que desta forma o juiz que aplica esta *resposta correta/justificada/adequada* escreve de forma digna mais um capítulo na história do Direito.

Mas essa relação entre *justificação* e *adequação* está longe de ser uma operação simples e envolve uma série de pressupostos, além de uma atitude que só pode ser desempenhada pelos próprios participantes de um processo real, assim como também a segunda etapa da interpretação/aplicação do Direito. Essa relação entre justificação e adequação é o próprio campo, ou espaço, onde Direito, Moral e Política se relacionam de forma mais refinada e indivisa. Para trabalhar apenas analiticamente este *procedimento de aplicação do Direito*, DWORKIN lança mão, no campo representativo, de um juiz não humano, cujos poderes o torna capaz de *suprir a ausência dos demais atores/autores de uma decisão judicial*, ou seja, da normatividade de um caso específico. A esse juiz DWORKIN dá o nome de “*Hércules*”.

5.1.

O necessário procedimento por detrás da metáfora do DEUS HÉRCULES: levando a sério o império dos direitos.

Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas estes não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes (DWORKIN, 1999, p. 16).

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático (DWORKIN, 1999, p. 476).

“Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanos, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules” (DWORKIN, 1999, p.287).

Hércules é o juiz que DWORKIN elege para dar conta do problema da interpretação jurídica superando a teoria do poder discricionário defendida pelo positivismo jurídico. A questão central, em termos de decisão judicial, aqui, é aquilo que foi chamado por DWORKIN de “*casos difíceis*”, que se colocam a um juiz “*quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado*” (DWORKIN, 1999, p.306). Assim, Hércules deve partir de sua pequena e parcial lista de interpretações, cada uma apostando em sua melhor justificativa das práticas jurídicas do passado de sua comunidade. Ou melhor, Hércules *deve listar as interpretações contraditórias que alguém poderia querer examinar* (DWORKIN, 1999, p.298).

Vale lembrar que a negação de uma compreensão da aplicação do Direito em termos decisionistas é levada a sério na teoria dos direitos de DWORKIN por *uma questão de princípios*. Princípios estes que gozam de um caráter *deontológico na sua pretensão de validade jurídica*, o que afasta a teoria de DWORKIN de uma compreensão axiologicamente ontologizada dos princípios e, portanto, de uma facilitação em termos de resolução de conflito de normas na busca de uma resposta correta ponderada em termos de escala de valores. A defesa de uma concepção deontológica do Direito leva DWORKIN a entender a relação entre Direito e Moral de forma mais aproximada sem com isso permitir uma confusão sistêmica. Como observa HABERMAS em relação à teoria de DWORKIN: “*O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidas para a linguagem neutra do direito e engatados no código jurídico*” (DWORKIN, 1999, p.257). Essa observação é relevante, aqui, para evitar que em algum momento o leitor possa imaginar que em alguma das fases da interpretação _ *pré-interpretativa, interpretativa ou pós-interpretativa* _, espaço onde Hércules trabalha, as normas a serem investigadas por este, estejam vinculadas a alguma concepção moral geral capaz de resolver por si um caso difícil.

Hércules deve, então, começar avaliando o juízo (*justificação*) feito sobre a relação entre as *interpretações* em questão e os *princípios* que a estão fundamentando. Isso porque, seguindo o ideal de integridade, os juízes devem admitir, na medida do possível, “*que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo*” (DWORKIN, 1999, p.291), (o que inclusive torna ‘*verdadeira*’ uma *proposição jurídica*), averiguando se estas condições tenham ocorrido tanto no

fragmento da história que sustenta uma referida interpretação, como em sua pretensão de repetição. Hércules usa sua capacidade sobre-humana para testar variadamente hierarquias de princípios e objetivos das interpretações, bem como para avaliar toda a história do Direito posto e inclusive corrigir algum desvio na compreensão da melhor aplicação de um princípio ocorrido no passado, ou seja, Hércules pode identificar um “erro” e “*propor que esse erro seja abandonado [...]*” (DWORKIN, 1999, p.124).

Em seqüência Hércules deve expandir seu campo de teste, perguntando-se até que ponto as interpretações que levantou podem manter-se *justificadas* em um campo mais amplo de análise, ou seja, deve buscar qual interpretação é mais *adequada* diante da “*totalidade da história do Direito*”, ou seja, da prática jurídica de sua comunidade. Assim diz DWORKIN:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo (DWORKIN, 1999, p.296).

Mas, como o próprio DWORKIN observa, essa tarefa é imprópria para um juiz real e justamente por isso, escolheu um *juiz hercúleo* (DWORKIN, 1999, p.294).

Porém, se mais de uma interpretação passar pelos testes de princípios e doutrinas jurídicas, no momento de se verificar qual delas é mais *adequada*, restará a Hércules ter que decidir entre um juízo de *eqüidade* ou de *justiça* em termos de “*moral política*” (DWORKIN, 1999, p.298). Isso na busca de se apontar qual leitura mostrará a comunidade de princípios em sua melhor luz. “*É improvável que algum juiz se arrisque a defender a teoria simplista de que a eqüidade deve ser automaticamente preferida à justiça, ou vice-versa*” (DWORKIN, 1999, p.299). Muito menos, trata-se de um processo mecânico, o que permite justamente a possibilidade de se falar em alguma circunstância específica em *justiça como eqüidade*, ou *eqüidade com questão de justiça*, já que “*em alguns casos, os dois tipos de juízos _o juízo da justiça e o da eqüidade _ caminharão juntos*” (DWORKIN, 1999, p.298). Isso se deve à notória compreensão da virada hermenêutica incorporada por DWORKIN que lhe permite perceber que “*a justiça e outros conceitos morais de natureza superior são conceitos interpretativos [...]*” (DWORKIN, 1999, p.90).

Poderá também ocorrer de uma interpretação fundar-se em um princípio ainda não expresso na história prática das instituições jurídicas da comunidade.

Esses princípios, embora ainda não reconhecidos, vistos de uma forma que brilhantemente mostre a prática jurídica de uma forma melhor, devem fundar-se em questões de moral política pragmática porque, em última instância, “*adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante do que adequar-se ao que eles disseram*” (DWORKIN, 1999, p.297).

Bom, em termos gerais, ao pretender fazer frente à teoria do poder discricionário defendida pelos positivistas, DWORKIN entende que:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade (DWORKIN, 1999, p.305).

Hércules é um dos pontos mais discutidos dentro da teoria dos direitos de DWORKIN. Um de seus críticos é JÜRGEN HABERMAS.

Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitimam os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras (HABERMAS, 1997a, p.276).

O ponto de incômodo: A “*solidão*” de Hércules, sua postura “*solipsista*” e seu controle da atividade de “*interpretação do Direito*”.

Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-la no ideal de personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade (HABERMAS, 1997a, p.278).

Bom, como visto linhas acima, Hércules é juiz com atividades que só consegue realizar em decorrência de seus super poderes. Ele deve *elaborar uma lista* prévia de possíveis interpretações, *deve testar* a coerência destas interpretações em termos de história institucional, *deve testar* estas interpretações em um nível mais aberto de coerência sistêmica e, quando estas etapas não forem suficientes para impedir que mais de uma interpretação sobre o caso se sustente, *deve ainda realizar um juízo complexo* de avaliação sobre equidade e justiça, finalizando seu hercúleo trabalho em direção a uma única resposta correta para o caso em tela.

Mais uma questão é fundamental: basta folhear a obra de DWORKIN para se perceber que ele realmente atribui estas tarefas aos juízes (a Hércules). É comum na obra de DWORKIN deparar-se com diretivas do tipo: *os juízes tomam*

ou devem tomar, os juízes devem fazer, os juízes devem avaliar, os juízes devem justificar, etc. Isto sem contar com as mais fortes expressões sobre o *papel político dos juízes* ao realizarem uma *leitura moral da constituição*.

Mas será que DWORKIN realmente, como diz HABERMAS, apóia as exigências ideais de sua teoria do direito *no ideal de personalidade de um juiz* (HABERMAS, 1997a, p.278)?

Duas possibilidades parecem evidentes. Na primeira DWORKIN, muito embora tenha rebatido o realismo jurídico e o positivismo jurídico, em última instância, acaba por colocar na mão dos magistrados o poder de determinar o que é o Direito, contradizendo, em termos teóricos pragmáticos estruturais, toda sua pretensão de negar uma teoria do poder discricionário. *Assim a obra de DWORKIN estaria condicionada ao destino da metáfora do juiz Hércules*. Numa segunda leitura, quando DWORKIN rebate detidamente o realismo e o positivismo jurídico, quer com isso deixar bem claro que sua construção teórica não vai neste mesmo sentido; que ela oferece uma concepção diferente da atividade judicial, que seja lá como for interpretada, pensa que os juízes na vida real não têm um poder discricionário para determinar o que é o direito das partes. *Assim, “a metáfora” do juiz Hércules estaria condicionada a sua teoria do direito como integridade*. Contudo, os adeptos da primeira leitura apontada sobre a obra de DWORKIN, como a de HABERMAS, parecem não se interessarem pela melhor leitura da obra de DWORKIN que, por sinal, neste ponto, não parece ser um “hard case”.

Os críticos da metáfora do Deus Hércules não perceberam que seus poderes decorrem de um recorte no trabalho de DWORKIN que, por sinal, teve o cuidado de alertar seus leitores para tal recorte ao afirmar que

Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas estes não são os únicos protagonistas do drama jurídico nem mesmo os mais importantes. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os dos juízes. (DWORKIN, 1999, pp.16 e 19). Grifou-se.

Essa é uma questão que parece ser esquecida por críticos como HABERMAS que, por sinal, para além de criticar o “*destino solipsista*” dos pressupostos ideais da teoria do direito como integridade, oferece uma teoria *racional discursiva construtiva* para resgatar Hércules de sua *solidão*, ignorando mais um expresso aviso de DWORKIN no que tange à prática do Direito.

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequência 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 ele permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma (DWORKIN, 1999, p.17).

É muito importante, portanto, entender, como DWORKIN mesmo, que “[...] *ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão*” (DWORKIN, 1999, p.492), e que a prática judicial tem como *“sua finalidade, colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor”* (DWORKIN, 1999, pp.16 e 492). DWORKIN foi claro ao defender que os juízes *não são legisladores delegados*, e que é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão *legislando quando vão além do Direito, o que implica, inclusive, numa superioridade dos argumentos de princípios sobre os de política em termos de decisão judicial* (DWORKIN, 2002, p.129).

DWORKIN reconhece (qualquer um pode reconhecer) o posto ocupado pelo magistrado no judiciário e, neste sentido, quem dá uma sentença, quem decide em termos formais *é o juiz*, e este pode inclusive extrapolar, pode abusar de seu poder, ou seja, *“podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la”* (DWORKIN, 2006, p.16).

Afinal, como HABERMAS superaria o fato de que os magistrados assinam as decisões?

Contra a teoria do poder discricionário, bem como *_acredita-se_* superada a impertinência da crítica habermasiana à metáfora do Deus Hércules, vale resgatar a pretensão primeira de DWORKIN que é justamente mostrar que, mesmo quando nenhuma regra clara regula um determinado caso, uma das partes pode ter o direito de ganhar a demanda judicial, ou seja, mesmo em casos difíceis os *juízes têm o dever de descobrir* quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos e aplicá-los retroativamente (DWORKIN, 2002, p.127). O que autoriza a coerção estatal, segundo a concepção do Direito, como integridade é justamente o fato de decisões judiciais decorrerem de *“decisões anteriores do tipo adequada”* (DWORKIN, 1999, p.116), à história jurídica da comunidade de princípios. O Direito como integridade é *“uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso”* (DWORKIN, 2006, p.16).

Mas mesmo que juízes tentem descobrir o direito das partes e não inventá-los, suas convicções influenciarão a tomada de decisão e certamente juízes

diferentes decidiram de forma diferente casos similares, ou então, podemos dizer que dariam ao mesmo caso respostas diferentes. Mas aqui entra uma questão fundamental para aliviar os juízes em sua tarefa de determinação de sentido e busca de premissas verdadeiras. Já sabemos que a verdade de uma proposição jurídica está sujeita à satisfação dos *princípios da justiça, equidade e devido processo legal*, mas outro fator funciona como formador de “convergência” das convicções sobre a prática do Direito: os *paradigmas de Direito*. “*Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância*” (DWORKIN, 1999, p.110).

No sentido da teoria dos direitos de DWORKIN, uma concepção sobre a prática jurídica em um determinado caso que não levasse em conta o paradigma jurídico da comunidade em questão, seria facilmente eliminada na fase de averiguação de seu arcabouço de justificação. Isso faz com que os paradigmas jurídicos forneçam uma forma de argumentação inevitável aos debates jurídicos na disputa pela justificação e adequação das concepções jurídicas em questão, assumindo assim um papel central na pretensão de se mostrar a prática jurídica em sua melhor luz, o que acaba por fazer com que uma *fundamentação constitucional seja sempre uma chave para se descobrir interpretativa e argumentativamente, o direito das partes em casos difíceis*.

Na verdade uma constituição formada por princípios abstratos acaba por representar o verdadeiro acoplamento estrutural entre *Política, Moral e Direito*. É, inclusive, e justamente nessa medida, que esta linguagem aberta das constituições permite um alívio na defesa de argumentos morais, éticos e pragmáticos, já que estes argumentos, por estarem traduzidos em uma linguagem jurídica neutra e sujeitos a um procedimento de densificação, podem ser devidamente acordes a uma diferenciação do Direito em termos sistêmicos.

No campo de uma argumentação constitucional democrática, paradigmática, toda a discussão sobre o pluralismo é trazida à tona, fazendo, mesmo ao custo do aumento de complexidade, com que a coerência e o destaque da teoria de DWORKIN faça-se mais aparente.

As concepções sobre um conceito de direito fornecidas em um processo representam interpretações particulares sobre a prática jurídica, tendo ao fundo inevitavelmente uma compreensão/versão da estrutura constitucional da comunidade. Sabe-se também que, em última instância, por detrás da defesa de princípios estão pretensões particulares morais, éticas ou pragmáticas, advindas de uma constelação plural de indivíduos que disputam processos judiciais.

Bem, antes de continuar vale lembrar uma questão essencial na teoria da decisão judicial de DWORKIN:

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam (DWORKIN, 1999, p.19).

DWORKIN observa que, segundo essa perspectiva, o que interessa aos participantes não são *especulações sobre suas reivindicações, querem apenas saber quais são bem fundadas e por quê*. Esta perspectiva adicionada ao pluralismo social parece levar à questão justamente de uma argumentação na linguagem jurídica “aliviada” da disputa pelo reconhecimento de uma determinada escolha moral. Bem, ainda incide sobre esta relação complementar entre *Direito e Moral* um ideal de “*moralidade política*” segundo o qual:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão (DWORKIN, 2002, p.419).

Voltando a Hércules, este só realiza sua atividade jurisdicional nos termos do Direito como integridade porque é um *herói*, como já fora dito, e não um vilão. Sua ação *heróica* realiza o postulado primeiro de *igual consideração e respeito*. Portanto, realizar o ideal de integridade no direito é algo que só se pode fazer nos termos apontados por DWORKIN como sendo um exercício argumentativo e dependente de todos os atores do drama jurídico e não apenas pelos juízes. O *juiz real deve suprir sua desvantagem em relação a Hércules recorrendo a todos os participantes da prática do Direito*. O juiz real deve garantir o trânsito livre de comunicação e não pode ter certeza sobre os argumentos de alguém *a menos que deixe este acabar de falar para descobrir se compartilha de suas convicções* (DWORKIN, 1999, p.114).

Hércules foi uma metáfora utilizada por DWORKIN, anunciada como metáfora, que supre algo que não poderia ser tratado de corpo inteiro por uma questão de opção, que mostra quais são as diretrizes a serem seguidas em um

processo judicial, em um procedimento argumentativo construtivo das verdades das proposições jurídicas levantadas, e justificante das normas jurídicas válidas em sua aplicação. A teoria do Direito como integridade representa uma postura interpretativa dirigida a todos os participantes do procedimento de tomada de decisão judicial numa comunidade de princípios que se reconhecem enquanto dignos de *igual consideração e respeito*.

DWORKIN imagina um procedimento de deliberação judicial que em sua última instância de reconstrução pode ser entendida como sendo uma *leitura moral da constituição*, pressupondo, em qualquer momento de interpretação dos princípios fundamentais da comunidade de princípio, o igual respeito e consideração, ou seja, autonomia privada. E se a moral deve ser reconstruída como medida para o Direito, a favor da tese do procedimento construtivo das proposições jurídicas e de suas verdades, este padrão normativo *só pode ser reconstruído mediante juízos específicos para casos concretos específicos* (DWORKIN, 2006, p.04).

O Direito, portanto, dá-se em uma perspectiva construtiva procedimental, isso porque a verdade de uma hierarquia de princípios, bem como a consistência de sua justificação não se dá fora de um caso concreto que depende da participação de todos os envolvidos no drama jurídico para que, mediante a prática argumentativa do direito como integridade, a resposta correta de uma demanda possa ser evidenciada como a mais bem adequada à história jurídica institucional da comunidade de princípios.

Este procedimento deliberativo judicial chamado por DWORKIN de *Leitura moral da Constituição* tem sido acusada por seus críticos de dar aos juízes o *poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público*. Mas diz DWORKIN: *“procurarei explicar por que essa grosseira acusação não tem fundamento”* (DWORKIN, 2006, p.03).

5.2.

Imparcialidade e procedimentalização da justificação moral na aplicação do Direito: por uma retomada do indivíduo e da modernidade extraviada em busca de uma concepção de justiça

Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige? (DWORKIN, 2006, p. 57).

A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça (DWORKIN, 2006, p. 02).

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos que os indivíduos têm em relação ao Estado em uma linguagem extremamente ampla e abstrata e sempre que algum caso constitucional não se faça claro, a ponto de por si apresentar seu correspondente sentido de aplicação, as pessoas interessadas na questão deverão esforçar-se para apresentar qual a melhor compreensão destas normas de sentido aberto. Tais direitos constitucionais, contudo, para além de referirem-se a obrigações jurídicas impostas ao governo, representam verdadeiros fragmentos de moralidade pública, o que faz com que a colocação do problema da determinação do sentido e do conflito de tais normas acabe por inserir no âmago da questão constitucional a própria *moralidade política comunitária*.

Como visto, DWORKIN (2006, p.02) denomina o procedimento de compreensão e aplicação do documento constitucional de *“leitura moral da constituição”*. Termo que por sinal carrega expressamente duas grandes questões em confluência: Direito e Moral ou constitucionalismo e Moralidade Política ou ainda *“Moral”* e *“Constituição”*. Ler a constituição é reconstruir seus postulados instituidores de obrigações jurídicas e realizar um exercício de compreensão da própria moralidade política de uma comunidade como medida de validade de uma proposição a ser estabelecida; por isso DWORKIN afirma que *“A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”* (DWORKIN, 2006, p.02).

DWORKIN, na defesa de sua tese, vai enfrentar problemas em cascata como, por exemplo, *saber qual é a moralidade política de uma comunidade* e, em consequência, por que os juízes que não são representantes eleitos do povo deveriam desempenhar tal função de descoberta. Função que afinal sempre é realizada, de forma velada ou não, já que seja lá qual for a estratégia usada para interpretar a constituição, *a leitura moral será inevitavelmente realizada* (DWORKIN, 2006, p.03).

Por sempre ser realizado, DWORKIN não vê neste procedimento de leitura da Constituição *nada de revolucionário* e, neste sentido, vai procurar demonstrar que a crítica segundo a qual a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para *impor suas convicções morais ao grande público* não passa uma *grosseira acusação sem fundamento* (pode-se dizer inclusive que este equívoco tem a

mesma dimensão daquele referente a Hércules). Acrescenta DWORKIN que, de imediato, a própria facilidade de se rotular juízes de *conservadores* ou *liberais* demonstra como a leitura moral da constituição é algo familiar à prática jurídica corrente. Assim,

[...] os juízes cujas convicções políticas são conservadoras naturalmente interpretam os princípios constitucionais abstratos de maneira conservadora”, e “os juízes cujas convicções são mais liberais tendem naturalmente a interpretar os mesmos princípios de maneira liberal (DWORKIN, 2006, p.03).

DWORKIN, como sabido, escreve sua teoria sobre os direitos desde uma perspectiva interna da prática do Direito e, neste sentido, afirma que todos os participantes do drama jurídico instintivamente partem do princípio de que “a constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos” (DWORKIN, 2006, p.04), o que inclusive apresenta-se como *única opção*.

É evidente, por ser até fenomenológico, que as opiniões dos juízes sobre a moralidade política influenciam suas decisões constitucionais, mas assumir a atividade judicial como sujeita a uma leitura moral da constituição, ou melhor, assumir a leitura moral como método de leitura “jurídica”, sabendo da parcialidade de toda compreensão moral, parece eliminar a já pacífica (?) distinção entre Direito e Moral. Em um giro político, a leitura moral da constituição parece retirar das mãos do povo e entregar aos tribunais o poder de fixar a moralidade política da comunidade, ou seja, o uso da leitura moral parece tomar, para os juízes, o poder político democrático da sociedade de *decidir por si mesma* a moralidade política que lhes parece mais conveniente (DWORKIN, 2006, p.05).

Por detrás destas afirmações parece estar a crença comum de que casos constitucionais podem ser decididos ou interpretados de forma *moralmente neutra*, de forma sistemicamente isolada e em respeito exclusivo ao texto do documento constitucional (DWORKIN, 2006, p.08).

Bom, se DWORKIN afirma que questões constitucionais são referentes a questões morais entregues aos juízes, *como entender a idéia de imparcialidade dentro de seu projeto?* Será que a “*Leitura Moral da Constituição*” é realmente elitista, antipopulista, anti-republicano e antidemocrático e, neste sentido, sempre axiologicamente parcial? (DWORKIN, 2006, p.09).

É possível adiantar que DWORKIN só pode firmemente defender uma leitura moral da constituição porque defende em anexo uma *concepção política de*

moralidade pública capaz de adequar-se a sociedades plurais de alta complexidade no marco de um Estado Democrático de Direito. E defende tal concepção de moralidade política mesmo que para isso tenha que enfrentar a maioria desta mesma comunidade eventualmente “*corrupta* ou *errante*” (DWORKIN, 1999, p.110). Importante também é lembrar que DWORKIN repousa sua construção teórica no paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito que força toda argumentação para seu ponto máximo de confluência: o tratamento com *igual consideração e respeito* como norma fundamental indispensável à realização do *constitucionalismo democrático*.

Mas, mesmo que a discussão sobre um caso constitucional já esteja forçada e com sua complexidade reduzida a uma disputa em termo político-moral sobre questões paradigmáticas, a leitura dos princípios fundamentais *vazados em uma linguagem moral* excessivamente abstrata deve corresponder a um (re) enunciamento comprometido com a tarefa de tornar seu sentido mais claro para quem deseja posicionar-se sobre a questão em concreto. DWORKIN submete a forma de se compreender os dispositivos constitucionais de forma a comportar o seguinte ideal político jurídico:

O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como liberdade de expressão e liberdade de religião (DWORKIN, 2006, p.11).

Soma-se a este postulado de moralidade política que os juízes devem, para não serem inventivos, *partire sempre do que os autores da constituição disseram e pretenderam* dizer, rumo a uma segunda preocupação com a *integridade* de sua atividade. Assim afirma DWORKIN:

Os juízes não podem dizer que a constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhe parece correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da constituição como um todo e também com a linha constitucional predominante seguida por outros juízes no passado, tem que considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente (DWORKIN, 2006, p.15).

A leitura moral da constituição não pede ao juiz que se entregue a *sua própria consciência ou tradição*, pede que encontre a *melhor concepção sobre os princípios morais constitucionais* e, se por algum motivo os juízes

extrapolarem os limites impostos pela história institucional ou pela integridade, isso não afeta o postulado da leitura moral da constituição, porque afinal, gerais, sacerdotes e presidentes também *abusam* de seus poderes. “A *leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso*” (DWORKIN, 2006, p.16).

Avançando em sua defesa da leitura moral da constituição, DWORKIN, contra a acusação que ela ofende a democracia, apresenta sua concepção adequada sobre o que a democracia realmente significa em termos de uma compreensão constitucionalmente adequada. Para tanto DWORKIN se propõe a mostrar como a fundamentação da democracia numa premissa majoritária não garante, mas, muito antes, reduz o poder soberano do povo. Uma leitura moral da constituição seguindo uma premissa majoritária leva DWORKIN a preocupar-se com o discurso que, segundo ele, configura a idéia mais poderosa e perigosa da nossa época: *o argumento da autodeterminação*. (DWORKIN, 2006, p.33)

É contra esta concepção que DWORKIN defende, contra uma interpretação comunitarista do “*nós, o povo*” uma “*interpretação estatística*”, e isso é fundamental para se entender como DWORKIN consegue *engendrar imparcialidade e decisão judicial*, ou seja, uma interpretação segundo a qual “*o controle do indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado*”. Grifou-se (DWORKIN, 2006, p.33).

Esse enunciado é compatível e até necessário para o postulado primeiro de igual consideração e respeito.

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2002, p.419).

Toda esta expectativa democrática é claramente mais viva no processo de deliberação judicial do que no processo de deliberação legislativa. Ainda que hipoteticamente esta obtenha um “*privilegio moral automático*” (DWORKIN, 2006, p.36) por ter pressuposta a “*aceitação de todos os afetados*” (DWORKIN, 2006, p.26) ao satisfazerem algumas “*exigências democráticas*” como *dividir uma comunidade histórica*, dar a todo indivíduo *participação, interesse e independência moral* em relação a todas as decisões que os afetarem

(DWORKIN, 2006, pp.37-38), um grande contingente de cidadãos certamente poderá ter mais influência sobre uma decisão judicial do que em um processo de deliberação pública mediante seu voto solitário que, por sinal não poderá ser percebido em termos de *influência e impacto* em suas liberdades éticas e morais. Essa foi inclusive uma das afirmações iniciais de DWORKIN em “O Império do Direito” quando afirmou que “*é importante o modo como os juízes decidem os casos*” (DWORKIN, 2002, p.03) já que “*as pessoas se vêm freqüentemente na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo*” (DWORKIN, 1999, p.03). Entre algumas das questões que tornam o legislativo menos apropriado para cuidar dos direitos da comunidade, DWORKIN menciona o fato de que os legisladores geralmente encontram-se *vulneráveis* a *pressões políticas* dos mais variados tipos, sejam decorrentes de *acordos financeiros* ou de *barganha de poder político* propriamente dito (DWORKIN, 2006, p.53).

Destarte, por tudo que fora dito até agora e, sobretudo atendo-se ao que DWORKIN cunhou de *democracia constitucional* em que “*nós o povo*” é formado por todos os membros da comunidade política capaz de conceber não apenas um ideal mais geral e abrangente de diferentes *concepções particulares de vida boa*, mas também um ideal mais geral e abrangente de *vínculos comunitários capazes de justificar a peculiaridade histórica*, uma decisão judicial específica manda que os juízes justifiquem suas decisões em um juízo específico sobre a moralidade de um caso, desde uma *perspectiva interna* (DWORKIN, 1999, p.19) (do participante) do Direito, abrindo a interpretação e a justificação do Direito à constelação moral, específica apenas em uma dada demanda, *datada* inclusive.

Contra a pretensão de neutralidade própria a uma comunidade fechada de intérpretes da constituição, ou de cientistas inconscientes da pré-cientificidade de suas premissas iniciais, a leitura moral “proposta” por DWORKIN, ao reconhecer a parcialidade dos atos de cognição

[...] explica por que a fidelidade à constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da decisão (DWORKIN, 2006, p.57).

Se, contudo, não estiver clara e satisfatória a *decorrente* imparcialidade da decisão judicial nos termos apresentados até aqui, ou seja, pela via que expõe a imparcialidade da decisão judicial como resultado de obrigações impostas aos

juízes pela concepção de direito como integridade de DWORKIN e pela sua forma de entender o que é democracia, a questão pode ser apresentada de outra forma, cuja chave está na parte conceitual de sua teoria do Direito, mais precisamente por detrás da lógica de aplicação dos princípios como normas dotadas de caráter deontológico.

Bem, como já fora visto, os princípios constitucionais representam verdadeiros princípios morais de uma comunidade de cidadãos que não pode ser sustentada ao sacrifício de qualquer seus co-cidadãos. Mas o que, a princípio, parece, simples esconde *uma responsabilidade comunitária complexa que justamente pressupõe e exige a crença nas instituições sociais*.

A dificuldade empírica de se estruturar uma comunidade de princípios ordenados segundo um controle institucional está no fato de exigir, na diferença e complexidade desta mesma comunidade, uma justiça/correção/justificação moral no trato das questões conflitantes.

Historicamente podemos encontrar períodos extensos onde uma concepção moral monopolizante conseguia, a partir de seus próprios meios de discursos, manter uma baixa complexidade em termos de resolução de conflitos sociais de todas as ordens, indicando que o uso da moral como medida para as regimentações não oferecia maior complexidade tendo em vista sua força ativa em referidas comunidades. Característica que, por sinal, marcou a idade média orientada e justificada teologicamente. Mas o que dizer sobre as sociedades contemporâneas para as quais DWORKIN escreve, e em que vivemos, onde a falta de uma unidade moral dificulta e mistifica qualquer ação moral comum, natural, auto-evidente ou transcendental? A justificativa moral da resolução de conflitos e a análise da relação entre Direito e Moral faz-se custosa por dois motivos consecutivos decorrentes da falta de marco moral substantivo: a própria falta de um marco moral substantivo e a deriva da questão gerada pelo ceticismo axiológico do positivismo.

Em termos mais específicos, mesmo que todos tenham e sigam suas concepções morais, estas não respondem mais às exigências de “*cognição*”, “*motivação*” e “*organizatórias*” (HABERMAS, 1997a, p.150). Quer isto dizer que o agir moral ao perder sua força de sistema de ação (que cobra obrigação automática), fez com que o sistema da moral se “*retraísse para o interior do sistema cultural*” (HABERMAS, 1997a, p.149), estando restrito ao âmbito isolado de seus adeptos. A noção de pluralismo é o retrato desta retração do poder ativo da moral, mas não da perda de seu poder regulatório. E é exatamente neste sentido que uma comunidade de princípios precisa assumir responsabilidades

fraternas frente aos demais membros da comunidade de princípios, a fim de refazerem a força ativa da moral.

Mas ainda fica nebuloso o arranjo possível para a cognição, motivação e organização de uma constelação de princípios morais. BAUMAN diante de tal empecilho chegou a dizer

Abandonai toda esperança de totalidade, tanto futura como passada, vós que entraís no mundo da modernidade fluida. o que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benefícios que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberam como limitação à sua liberdade de buscar o que quer que lhes pareça adequado separadamente, e não ajudarão. As únicas duas coisas úteis que se espera e se deseja do “poder público” são que ele observe os “direitos humanos”, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho, e que permita que todos o façam em “paz” _ protegendo a segurança de seus corpos e posses [...]. (BAUMAN, 2001, pp. 29 e 45).

Porém este olhar parece estar, de certa forma, postado na posição inicial da questão e por isso não entende serem possíveis novos laços comunitários. Mas uma consequência parece inevitável no que aos tange os déficits da moral enquanto sistema ativo, *“Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito”* (HABERMAS, 1997a, p.145). Contudo, ainda assim persiste o problema do conteúdo moral não mais dividido! Tal questão, entretanto, leva a moral a ser traduzida em uma linguagem jurídica como exigência de *universalidade* (HABERMAS, 1997a, p.149). Já que a Moral não consegue mais atingir um grau considerável de internalização, a compensação de seus déficits encontra na institucionalização de princípios jurídicos, a complementariedade de sua força axiológica ativa. O grande resultado de traduzir a moral para o código jurídico é efetivamente o *alívio que os agentes morais sentirão ao poderem agir moralmente* sem que, para isso, tenham que, de alguma maneira, buscar o caminho da difusão de seus postulados, superando assim uma concepção *tradicionalista* ou *convencionalista*. E é por ser uma operação *universalizante* que DWORKIN usa como ponte de tradução da Moral para o Direito, o postulado de moralidade política segundo o qual, e, mais uma vez:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito (DWORKIN, 2002, p.419).

Ainda para chegarmos à prometida explicação da imparcialidade da decisão judicial no projeto de DWORKIN, é de suma importância compreender a relação de complementariedade entre Direito e Moral como saída ao impasse da operacionalização da Moral em sociedades complexas que exige uma dupla operação, em um primeiro momento *universalizante* e em um segundo momento *contextualizante*.

No primeiro caso a tradução da moral para o direito positivo deve satisfazer, para adequar-se ao postulado de moralidade política apresentado linhas acima, às “*exigências de democráticas*”, a fim de obter um “*privilegio moral automático*” e possa ser idealmente “*aceito por todos seus afetados*” (DWORKIN, 2006, p.26) na medida em que lhes assegura “*participação, interesse e independência moral em relação a todas as decisões que os afetarem*” (DWORKIN, 2006, pp.37-38).

No segundo caso, e a *abertura lingüística somada ao respeito à comunidade aberta dos intérpretes da constituição se presta exatamente a isso*, a aplicação da Moral enquanto aplicação do Direito exige uma prática argumentativa que busca reconstruir a justificativa moral que serve de medida para o próprio e verdadeiro sentido do direito em uma demanda concreta. Sobre esses referidos momentos e operacionalização da Moral pelo Direito, DWORKIN resume: “*Em seu trabalho cotidiano, advogados e juízes instintivamente partem do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos*” (DWORKIN, 2006, p.04).

Enfim, é justamente por precisar tratar a Moral desde uma perspectiva universalizante que DWORKIN só pode entender a comunidade de princípios em uma dimensão *horizontalizada*, onde nenhuma concepção sobre vida boa pode sobrepor-se aos compromissos comunitários que, em última análise, requer apenas a observância do pressuposto político moral de *igual consideração e respeito*, o que implica, contudo, o respeito ao próprio conjunto de princípios que compõe o Direito da comunidade em questão, ou seja, implica *viver sobre o império dos direitos*. Por isso DWORKIN compreende os princípios como normas deontológicas que só em processos específicos de argumentação podem ganhar organização hierárquica; do contrário, a moralidade do Direito não poderia pretender imparcialidade ou universalidade.

HABERMAS tem uma boa exposição sobre o que foi agora debatido:

Ora, a moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito (HABERMAS, 1997a, p.154).

Tudo isso para dizer, então, que uma moralidade racionalizada e procedimentalizada nestes termos serve para a avaliação imparcial de um juízo moral específico. Onde os positivistas viram política jurídica e poder discricionário, DWORKIN está vendo *uma questão de princípios*, questão esta que efetivamente representa um reconhecimento da *autonomia do indivíduo* em termos de *autodeterminação moral e auto-realização ética*.

A afirmativa de que a *imparcialidade e a procedimentalização da justificação moral na aplicação do Direito representa uma retomada do indivíduo e da modernidade extraviada em busca de uma concepção de justiça*, quer evidenciar que, quando HÄBERLE diz que os cidadãos vivem a norma constitucional, não está usando uma metáfora (assim como “comunidade de princípios” também não é uma metáfora). Só existe autonomia moralmente permitida quando os textos são capazes de comportar todo o movimento propriamente vivo dos cidadãos de uma comunidade de princípios. Por isso inevitavelmente toda decisão judicial precisa levantar, não apenas as normas em questão, mas também, e de forma maximizada, as questões fáticas que vão apontar para os sentidos que os princípios assumirão em tal demanda. Apresentar uma versão dos fatos de uma demanda judicial é apresentar o sentido vivido da própria Constituição, afinal, *quem vive uma norma acaba por interpretá-la*.

Ainda resta a questão da justiça em DWORKIN e parece mais fácil fazê-lo, primeiro e principalmente, com a mesma clareza que o próprio autor tratou a questão em o “*O Império do Direito*”. DWORKIN distingue em sua “teoria de justiça” aquilo que RAWLS identificou como *esquemas religiosos abrangentes*, isso porque não propõe concepção alguma sobre o que é objetivamente importante para a condução da vida humana (DWORKIN, 2006, p.136). DWORKIN rejeita um padrão axiomático de justiça porque uma crença no valor intrínseco de uma determinação axiológica se “*distingue de convicções seculares sobre a moral, a imparcialidade e a justiça*” (DWORKIN, 2006, p.163). Para DWORKIN

A justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do justo moral e politicamente, e a concepção de justiça de uma pessoa é a sua teoria,

imposta por suas próprias convicções sobre a verdadeira natureza dessa justiça. (DWORKIN, 1999, p.122).

Justiça é também uma questão referente aos mais interiores arranjos sobre a moral pessoal. E se o pluralismo moral acarretou uma redefinição da tradução da moral para o código do Direito em uma linguagem universal dependente de procedimentos de densificação de seu conteúdo em casos específicos, a justiça também carece do mesmo arranjo. Assim como o Direito a “*Justiça é uma instituição que interpretamos*” (DWORKIN, 1999, p.90).

Por ser um *conceito interpretativo*, a Justiça se coloca sujeita, assim como a própria Moral, a uma *constelação de concepções sobre seus limites e significados*, o que faz com que a prática corrente sobre o que é justo seja levantada quando pessoas sustentam diferentes concepções sobre justiça. O que não demanda a construção abrangente de uma teoria de Justiça a ponto de se adequar ao emaranhado complexo de conflitos sociais, é suficiente que seja adequada “*às convicções mais abstratas e elementares de cada interprete*” (DWORKIN, 1999, p.90).

Para DWORKIN a Justiça interessa não porque é um conceito que orienta axiologicamente ou organiza a partir de uma recorrência a si mesmo os conflitos sociais, mas porque o *testemunho da criatividade de pessoas que tentam ser justas* (DWORKIN, 1999, p.92), revela um compromisso em relação à comunidade de princípios, e é deste compromisso “*que, para nós, provém seu valor*” (DWORKIN, 1999, p.93). Por isso DWORKIN não tem uma teoria sobre a Justiça e sim uma teoria sobre os compromissos, ou seja, sobre os direitos, sobre os princípios.

A prática argumentativa do Direito pede a seu participante que seja sincero, para que deixe evidente o resultado do processo de interiorização do compromisso comunitário em sua concepção de moralidade pública, bem como do não compromisso. Neste sentido, o juízo obtido discursivamente em uma decisão judicial deve inclusive ser uma forte fonte de racionalidade e aprendizagem sobre o verdadeiro sentido do que sejam os direitos democráticos de uma comunidade. Assim disse DWORKIN:

Mas é possível se perceber com evidência o quanto a leitura moral é difundida quando as convicções de princípios de algum juiz - identificadas, postas à prova e talvez modificadas pela experiência e pelo diálogo - se inclinam num sentido oposto, uma vez que então, para aquele juiz, garantir a constituição significa dizer à maioria da população que ela não pode ter o que quer (DWORKIN, 1999, p.136).

Neste sentido é que a leitura moral da constituição recomenda a sua comunidade aberta de intérpretes que a *interpretem à luz de seu mundo próprio*¹ (o que é inevitável), a partir de sua concepção de justiça, porque as interpretações certamente apareceram como respostas às perguntas e aberturas morais que o texto lhes dirigiu. A leitura moral, o procedimento de aplicação da Constituição pergunta a seus destinatários como vivem e como experimentam a vivência em uma comunidade de princípios. Os fatos vividos, assim como os textos normativos, dizem respeito ao conteúdo do Direito, da Moral e da Justiça.

Parece completa a lição do professor mineiro MENELICK DE CARVALHO NETO:

Esses fatos, como revelam a própria ciência e sua teoria, por exemplo, através do conceito de “paradigma” em Thomas Kunh, são, na verdade, equivalentes a texto, ou seja, somente apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução da situação fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos. Por isso mesmo, aqui, no domínio do discurso de aplicação normativa, faz justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta. (CARVALHO NETO, 2004, p.40).

Ainda nesta mesma direção MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA:

[...] a legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas supõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais (CATTONI DE OLIVEIRA, 1997, p.131).

A necessidade de se entender o Direito para além de uma operacionalização mecânica de textos impõe a necessidade de reconstrução tanto do próprio direito quanto das questões fáticas. Esta dupla necessidade de reconstrução é justamente o que nos permite avançar frente ao reducionismo e simplificação da atividade de aplicação do direito característica dos paradigmas anteriores, e pretender que as decisões tomadas possam ter uma consistência tanto frente ao *direito vigente geral e abstrato quanto às especificidades de um caso concreto* sempre singular e irrepetível (*hard case*), de modo que respectivamente possa se entender como um processo atento tanto à *segurança*

¹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*. p. 57.

jurídica (certeza do direito aplicado) e *correção da decisão* em nível capaz de ter a aceitabilidade das partes como resultado de um processo racional (decisão justa).

A única decisão correta diz respeito a esta demanda irrepetível! É essa racionalidade construída e atingida em uma demanda específica, que não se aproveita inteiramente a outras, que faz de uma resposta a resposta única adequada a um caso. As “*exigências de integridade*” satisfeitas em um caso específico é algo que não aceita uma solução resistente ao tempo. O direito, enquanto prática social interpretativa desde uma perspectiva re-constitutiva criativa interna, é sempre temporal e referente a partes muito bem determinadas.

Termina-se pelo começo ao afirmar que DWORKIN é um moderno: DWORKIN é um moderno porque reassume o indivíduo como partícula racional e livre para se determinar, poupado de agulhões mantidos pela via da violência, disposto a realizar o pressuposto da liberdade, igualdade e fraternidade, só que agora, livre de uma racionalidade pré-fabricada.

Mais uma vez a suma é feita pelo professor MENELICK DE CARVALHO NETO:

Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de interprete de textos e equivalentes a textos, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir (CARVALHO NETO, 2004, p.44).

Ao que se acrescentaria com, DWORKIN, ao próximo capítulo que nos compete escrever.

Aceitar que as normas que se apresentam para resolver um caso específico admitem, dos envolvidos na questão, uma *concepção* sobre a essência de sua própria existência normativa, representa uma verdadeira retomada do indivíduo e do projeto moderno de libertação e auto-certificação de sua própria existência. Uma compreensão do “*nós, o povo*” segundo uma *interpretação estatística da ação coletiva e de uma democracia em termos constitucionais* permite que o indivíduo liberte-se de seus históricos discursos dominadores: “*Deus*”, “*Natureza*” e inclusive o “*Legislador*”. Acabou o encanto! *Se somos homens, devemos pensar como homens. Se Deuses foram depostos (foram?), não justifica homens fantasiarem uma superioridade (quase astral)*

própria das divindades para deixarem de ver a sociedade como um conjunto de pessoas (iguais) que merecem leis, regras, razões e verdades humanas. “A razão humana não é divina” (CARVALHO NETO, 2003, p.92). Somos homens; quando os deuses se foram ficamos apenas nós. “O Bote se soltou!” (GAARDER, 1995, p.547).

6

Conclusão

Como pode ser notado, uma questão se fez necessariamente privilegiada na tarefa de se (re) pensar uma ciência humana, humanizada. Todo conhecimento científico, mas não apenas estes, são conhecimentos humanos, dependentes de esclarecimentos sobre sua condição de possibilidade que é justamente a *questão do ser*. Neste sentido o conhecimento do Direito, enquanto conhecimento humano, deve basear-se no privilégio da *questão do ser*, do homem, para, *a posteriori* (re) pensar, e só a partir de então, uma teoria do Direito e conseqüentemente uma teoria da decisão judicial.

A *questão do ser* demonstrou não se dirigir apenas a uma pré-condição da relação estabelecida entre o sujeito e objeto de conhecimento, ou seja, não se dirige apenas a uma avaliação da possibilidade do *conhecimento ôntico*, muito antes à *questão do ser*, à compreensão da *questão do ser*; propõe-se a examinar as condições de possibilidade de uma *ontologia geral* que, inclusive, antecede e mesmo *determina um conhecimento científico ôntico* que examina algum setor de entes, tornados um só pelo recorte pré-científico realizado. Por mais complexo, rico ou detalhado que seja um determinado sistema de categoria, um objeto de ciência, este se torna cego ou mesmo estranho se não tiver um esclarecimento sobre esta *questão do ser* como sendo uma *tarefa fundamental*.

Este ponto é fundamental e representa, com suas diversas conseqüências, uma retomada do projeto moderno de libertação do indivíduo enquanto figura humana emancipada dos agulhões divinos e tradicionalistas.

Vale lembrar com HABERMAS sobre o espírito moderno emancipatório:

O espírito rompeu com seu mundo de existência e representação e está a ponto de submergi-lo no passado, e [se dedica] à tarefa de sua transformação...' (...) Um presente que se compreende, a partir do horizonte dos novos tempos, como a atualidade da época mais recente, tem de reconstruir a ruptura com o passado como uma renovação contínua. É nesse sentido que os conceitos de movimento, que no séc. XVIII, juntamente com as expressões "modernidade" ou "novos tempos", se inserem ou adquirem os seus novos significados válidos até hoje:

revolução, progresso, emancipação, desenvolvimento, crise, espírito do tempo, etc. (HABERMAS, 2000, p.10-12).

A sociedade moderna, entretanto, passou por capítulos, modelos políticos, fundados em concepções doutrinárias que pouco levaram este projeto, este espírito moderno adiante.

Foi assim nos modelos político-constitucionais Liberal e Social. Em ambos os períodos os indivíduos não foram capazes de se realizarem enquanto moléculas e, em conseqüência, também não se realizaram enquanto organismo, enquanto sociedade legítima, auto-determinante. Afinal, sair da dominação teológica e tradicionalista não fora uma alforria total já que o novo destino, o nebuloso campo da nudez axiológica da filosofia positivista, que submeteu a sociedade aos imperativos de dominação do capital e da burocracia, fora implacável. Portanto, são cerca de vinte séculos de restrições e amarras, e cerca de três séculos de irrealização do projeto moderno. Algo há de comum: não há suficiência no trato da *questão do ser*! Um estudo ôntico sem a questão ontológica do *ser* é cego, e sempre violento.

HEIDEGGER mostrou como a ontologia do *ser* está dependente do estudo ôntico da *pre-sença*, ou seja, HEIDEGGER (2002, p.33) estuda a ontologia do *ser* a partir do privilégio ôntico-ontológico da *presença*. Portanto, só conhecemos o mundo desta forma peculiar de conhecer inerente à *pre-sença*, o que inevitavelmente leva a concluir que todo conhecimento é particular, ainda que seja compartilhado por um grupo, mas vale afirmar, como somos indivíduos, a cognição, o conhecimento é sempre indivíduo, ou seja, molecular, unidade isolada.

E se o conhecimento é sempre particular, a aceitabilidade de um dado conhecimento sobre o mundo está inevitavelmente ligada à aceitabilidade das diferentes formas de se ser pessoa, de ser presente. Então outras questões começam a surgir: A forma de se compreender o mundo exterior se dá pela coincidência de uma visão de mundo compartilhada pela maioria de uma certa comunidade? Ou será que todos têm o direito ao reconhecimento de sua visão de mundo? O que quer efetivamente dizer, e isso é uma questão de responsabilidade extrema, que todos têm o direito de ser reconhecidos enquanto indivíduos, já que seu funcionamento é em alguma medida inerente à espécie, ou seja, sua visão de mundo está vinculada a uma fenomenologia, ainda que não absoluta, mas real? Esta responsabilidade, se assumida, deve ser entendida como uma (re) tomada do indivíduo no campo do conhecimento. Não se trata de

querer ou dever compreender algo de alguma forma específica, trata-se de saber como já, e sempre, compreendemos o mundo.

Neste sentido, JONH RAWLS mantém esta questão dentro do que chama de o fato do pluralismo e conseqüentemente acredita, como liberal, que aquele indivíduo que não assume sua concepção de mundo demonstra *fraqueza de caráter*.

Qual compreensão do mundo deve ser aceita em termos de teoria política?

Diria RAWLS:

Pessoas são fontes autônomas de reivindicações no sentido de que estas têm um valor próprio, que não deriva de deveres e/ou de obrigações anteriores em relação à sociedade ou a outras pessoas, nem é determinado por seu papel social específico. As reivindicações, que são determinadas como decorrentes dos deveres para consigo mesmo, se pensarmos que tais deveres existem, são igualmente consideradas como autônomas tendo em vista uma concepção da justiça social. Grifou-se (RAWLS, 2000, p.93).

Diferentemente de RAWLS, MICHAEL WALZER entende que a compreensão do mundo está submetida a valores/significados compartilhados culturalmente. A pergunta que WALZER faz é diferente da de RAWLS, não sendo então “*O que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo?*”, mas sim “*O que escolheriam indivíduos como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?*” (WALZER, 2003, p.04).

Contudo, numa terceira perspectiva, HABERMAS entende que a sociedade moderna foi capaz de promover tanto uma individualização dos projetos de vida quanto uma pluralização na configuração de formas de vida coletivas. Neste sentido, sob uma concepção normativa pós-metafísica, HABERMAS em seu projeto de construção de uma ética discursiva rejeita uma consciência normativa “egocentrista” bem como, e na mesma medida “etnocentrista”, fazendo frente tanto a Liberais como a Comunitários (HABERMAS, 1997a, p.131).

Assumindo uma posição no que tange ao pluralismo, DWORKIN comunga da mesma postura de HABERMAS, no sentido de que *autodeterminação moral* e *auto-realização ética* são co-originárias. DWORKIN assume tal postura criticando os liberais e os comunitários no sentido de que “*essa idéia é um erro comum dos libertários que odeiam a igualdade e dos igualitaristas que odeiam a liberdade; cada um ataca seu próprio ideal sob seu outro nome*” (DWORKIN, 2002, p.XVIII).

Segue então DWORKIN na idéia fundamental de sua concepção de moralidade política;

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão (DWORKIN, 2002, p.419).

A questão do pluralismo, muito embora seja tratada como uma discussão política, não poderia passar ao largo da questão do *ser*. E, no sentido apresentado, linhas acima, onde a fenomenologia é inerente ao indivíduo e tão indivisa quanto o próprio indivíduo (porque fincada em uma biografia única), a concepção comunitarista do pluralismo parece ignorar ou valorar de forma arbitrária, em termos de democracia constitucional, várias formas de se ver o mundo, em última instância, valora negativamente determinadas formas de vida presentes no mundo. O liberalismo, por sua vez, na vertente de RAWLS, é capaz de absorver a individualização do fenômeno da compreensão do mundo, entretanto *“as idéias modernas da auto-realização e da autodeterminação não sinalizam apenas dois temas diferentes, mas tipos distintos de discursos, os quais são talhados conforme o sentido de questionamentos éticos e/ou morais”* (HABERMAS, 1997a, p.129).

O debate sobre o pluralismo não é necessariamente uma característica das construções teóricas em termos de clássicos da teoria do direito; pode-se dizer que assim foi até o positivismo que, diante da complexidade gerada pelo emaranhado de concepções morais, comuns em um mundo desencantado, “resolve” a questão desligando as perspectivas normativa e conceitual do Direito. Ou seja, ignora-se a diversidade como resposta a ela mesma, pretendendo assim segurança e certeza. O mesmo não ocorre com DWORKIN.

A teoria dos direitos de DWORKIN não ignora as complexidades sociais, muito antes as assume. E neste caso as necessidades se unem. Quais são as verdades absolutas em termos axiológicos? Qual a segurança gerada para as pessoas que se vêem sendo julgadas por outras que compreendem o mundo de forma diversa da sua? Como pretender gozar de liberdades constitucionais, cuja competência é atribuída a indivíduos, *um por um*, se o reconhecimento depender de *uma* concepção alheia que, por sinal, como visto com HEIDEGGER, é sempre parcial? Como poder se enxergar como autor do texto constitucional, e

conseqüentemente como respeitado pelo texto constitucional? Quando a teoria do conhecimento e, especificamente, a teoria do Direito confiará ao indivíduo, um por um, a tarefa de conformar sua vida moral e ética? Quando a Constituição ganhará força ativa a ponto de se tornar o mais forte fator real de poder dentro de sua sociedade? Estas são algumas dentre outras questões que poderiam ser formuladas, mas já apontam para uma necessidade basilar: *a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

A sociedade aberta dos intérpretes da constituição pode-se dizer é o núcleo epistemológico do direito constitucional e, neste sentido, da própria prática jurídica que se ergue sobre ela, que representa verdadeiro paradigma de Direito redutor da amplitude discursiva.

As verdades, ou melhor, as verdades pretendidas, as pretensões de verdade, precárias, apenas ganham validade em momentos específicos onde são reafirmadas por agentes racionais mirados na concretização de princípios de Direito. A verdade tem data, local e pessoas específicas, e pessoas que podem acreditar e reafirmar em todo momento o documento constitucional que lhes equilibra, porque vêem nele uma carta de garantias, um documento que é a representação da auto-legislação legítima. Assumir uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição é colocar para responder sobre as promessas constitucionais os portadores de tais direitos, é reconhecer a capacidade de cada indivíduo de formular concepções intramoldurais (constitucionalmente interpretáveis) sobre sua vida moral e ética, é também, tornar a Constituição um instrumento de poder ao alcance de todos e justamente por isso um fator real de poder popularizado, de linguagem comum e sempre recorrente; um verdadeiro e centralizado fator real de poder.

A teoria dos direitos de DWORKIN torna-se interessante porque absorve toda esta complexidade no momento em que apresenta o Direito como sendo uma prática social interpretativa aberta às concepções jurídicas e morais dos participantes de uma tomada de decisão.

KELSEN, como visto, ao criar sua teoria pura do direito para descrever o Direito, no que tange a sua teoria da decisão judicial, preso a uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição, reduz a reconstrução da normatividade social plural, a um juízo de política jurídica a ser realizada pelo julgador. Julgador este que teria liberdade para escolher dentre as várias interpretações apresentadas qualquer delas, já que todas seriam válidas em termos de direito positivo, mas, como oportunamente visto, a insuficiência do marco positivista se dá neste momento por não perceber que o Direito não se reduz, e nem pode se

reduzir ao direito positivo, e que uma comunidade aberta dos intérpretes do Direito, para além de pensar o que o Direito deveria ser, reconstrói uma normatividade já existente, adequada e justificada constitucionalmente. A teoria pura do direito de Kelsen, ao negar em seu sistema o pluralismo, negou não só uma base moral como medida para o Direito, mas negou também o poder racional discursivo de cidadãos morais. Kelsen negou aquilo que hoje complementa e permite ir além de um modelo conceitual positivista do Direito.

Este trabalho não chega a outra conclusão senão a de que legitimidade e justiça na decisão judicial são ideais atingíveis na medida em que o próprio conceito de Direito contiver e der conta da complexidade de tais ideais. Liberto de um aguilhão semântico, com Dworkin foi possível avançar em termos de teoria do Direito e conseqüentemente em termos de teoria da decisão judicial, rumo a uma prática do Direito procedimentalizada e capaz de reconstruir o sentido de seus conceitos de forma racional, moralmente justificada, porque referentes aos afetados por uma decisão e porque construída segundo o critério discursivo de igual consideração e respeito.

Uma teoria do Direito e uma teoria da decisão judicial devem ser somadas para fechamento da estrutura teórica aqui defendida ao constitucionalismo democrático/democracia constitucional, que se guia segundo uma interpretação estatística do “nós, o povo”, ou seja, segundo uma interpretação constitucional que resgata, reconstrói, a partir da própria comunidade de princípios, a racionalidade e a justiça de uma decisão judicial, resgatando toda capacidade e legitimidade discursiva dos indivíduos sujeitos e agentes de seu próprio Direito, moderno.

7

Bibliografia

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen**. Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte – MG, 1984.

AQUINO, Tomás de. **SUMA TEOLÓGICA: QUESTÃO 90**. In:____ LOPES, José Reinaldo de Lima. Curso de História do Direito. São Paulo: Método, 2006. p. 47-67.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENDIX, Reinhard. **Marx Weber, um perfil intelectual**. Tradução Elizabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídica**. Traduzido de “*The Philosophy and Method of the law*”, por Enéas Morzano. Editora Forense, 1ª. ed: Rio de Janeiro, 1966.

CARVALHO NETO, Menelick de. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 88, dez./2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In:____**Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Marcelo Cattoni de Oliveira (Coord). – Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **A Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes do Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CHUEIRI, Vera Karan de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J. M., 1995.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de Princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinald. **O Poder Judiciário E (M) Crise. Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à Justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à Luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FOUCAULT, Michael. **Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia: romance da filosofia**. Tradução João Azenha Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GADAMER, Hans George. **Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Tradução Flávio p. Meurer. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Bueno Dischinger. _ São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “procedimental” do Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Discurso do professor Peter Häberle ao receber o título de Doutor Honoris Causa da Universidade de Brasília em 16 de setembro de 2005**. Íntegra do pronunciamento disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 03 de mar. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.I. Tradução Flávio Beno Sieberneicger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Tradução Flávio Beno Sieberneicger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: edições Loyola, 2004.

_____. **Agir Comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Passado como Futuro**. Tradutor Flávio Beno Siebeneichler; entrevistador Michael Haller. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. **Teoria de la Accion Comunicativa**. Tomo II. Tradução Manuel Jiménez Redondo. Taurus Ediciones, Madrid, 1987.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa, Rodinei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 11ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Tradução João Batista Machado. - 4º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. – 6º ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

MARÍAS, Julián. **La Filosofía en sus textos**. Editorial Labor, S. A. Barcelona – Madrid – Buenos Aires – Rio de Janeiro – México – Montevideo. 1950.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Marx. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.I. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. vol. II. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado: Itatiaia; São Paulo, 1987.

PORTALIS, Jean-Étienne Marie. **Discurso Preliminar ao Primeiro Projeto de Código Civil**. In: ____ LOPES, José Reinaldo de Lima. Curso de História do Direito. São Paulo: Método, 2006. p. 237.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução Irene A. Paternot. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: princípios do direito político**. Tradução Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Adeus aos Métodos? Hermenêutica, Pragmática e Argumentação Constitucional; em Direito Constitucional**

Contemporâneo. *Homenagem ao Professor Paulo Bonavides /* Fernando Luiz Ximenes Rocha e Filomeno Moraes (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen: Ensaio Introdutório.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Clássicos de Teoria de Direito.** Editora: Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)