

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* (*Analytical 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 (*wertfreie*). 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, noutra 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, delimitados 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 distorsão 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 “*arefa 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 nos 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 priori*” 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 presença 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 constritiva 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 conseqüência, 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 científicista 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 judiciousa 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 equidade* 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 - domínio 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 profanação 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 *escrivadinha* 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*”, “*personais*”, “*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 “*cogitio 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 *honorarios* 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 antigüidade, 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 integralizador 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

constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

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) *peçoas 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 aguilhão semântico que prende os positivistas e entende que

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).

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.