

1

Introdução

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos esta atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está

disposta para inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter (DWORKIN, 1999. p.492).