

## 6 Conclusão

Como pode ser notado, uma questão se fez necessariamente privilegiada na tarefa de se (re) pensar uma ciência humana, humanizada. Todo conhecimento científico, mas não apenas estes, são conhecimentos humanos, dependentes de esclarecimentos sobre sua condição de possibilidade que é justamente a *questão do ser*. Neste sentido o conhecimento do Direito, enquanto conhecimento humano, deve basear-se no privilégio da *questão do ser*, do homem, para, *a posteriori* (re) pensar, e só a partir de então, uma teoria do Direito e conseqüentemente uma teoria da decisão judicial.

A *questão do ser* demonstrou não se dirigir apenas a uma pré-condição da relação estabelecida entre o sujeito e objeto de conhecimento, ou seja, não se dirige apenas a uma avaliação da possibilidade do *conhecimento ôntico*, muito antes à *questão do ser*, à compreensão da *questão do ser*; propõe-se a examinar as condições de possibilidade de uma *ontologia geral* que, inclusive, antecede e mesmo *determina um conhecimento científico ôntico* que examina algum setor de entes, tornados um só pelo recorte pré-científico realizado. Por mais complexo, rico ou detalhado que seja um determinado sistema de categoria, um objeto de ciência, este se torna cego ou mesmo estranho se não tiver um esclarecimento sobre esta *questão do ser* como sendo uma *tarefa fundamental*.

Este ponto é fundamental e representa, com suas diversas conseqüências, uma retomada do projeto moderno de libertação do indivíduo enquanto figura humana emancipada dos aguilhões divinos e tradicionalistas.

Vale lembrar com HABERMAS sobre o espírito moderno emancipatório:

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

*revolução, progresso, emancipação, desenvolvimento, crise, espírito do tempo, etc.* (HABERMAS, 2000, p.10-12).

A sociedade moderna, entretanto, passou por capítulos, modelos políticos, fundados em concepções doutrinárias que pouco levaram este projeto, este espírito moderno adiante.

Foi assim nos modelos político-constitucionais Liberal e Social. Em ambos os períodos os indivíduos não foram capazes de se realizarem enquanto moléculas e, em conseqüência, também não se realizaram enquanto organismo, enquanto sociedade legítima, auto-determinante. Afinal, sair da dominação teológica e tradicionalista não fora uma alforria total já que o novo destino, o nebuloso campo da nudez axiológica da filosofia positivista, que submeteu a sociedade aos imperativos de dominação do capital e da burocracia, fora implacável. Portanto, são cerca de vinte séculos de restrições e amarras, e cerca de três séculos de irrealização do projeto moderno. Algo há de comum: não há suficiência no trato da *questão do ser!* Um estudo ôntico sem a questão ontológica do *ser* é cego, e sempre violento.

HEIDEGGER mostrou como a ontologia do *ser* está dependente do estudo ôntico da *pre-sença*, ou seja, HEIDEGGER (2002, p.33) estuda a ontologia do *ser* a partir do privilégio *ôntico-ontológico* da *presença*. Portanto, só conhecemos o mundo desta forma peculiar de conhecer inerente à *pre-sença*, o que inevitavelmente leva a concluir que todo conhecimento é particular, ainda que seja compartilhado por um grupo, mas vale afirmar, como somos indivíduos, a cognição, o conhecimento é sempre indivíduo, ou seja, molecular, unidade isolada.

E se o conhecimento é sempre particular, a aceitabilidade de um dado conhecimento sobre o mundo está inevitavelmente ligada à aceitabilidade das diferentes formas de se ser pessoa, de ser presente. Então outras questões começam a surgir: A forma de se compreender o mundo exterior se dá pela coincidência de uma visão de mundo compartilhada pela maioria de uma certa comunidade? Ou será que todos têm o direito ao reconhecimento de sua visão de mundo? O que quer efetivamente dizer, e isso é uma questão de responsabilidade extrema, que todos têm o direito de ser reconhecidos enquanto indivíduos, já que seu funcionamento é em alguma medida inerente à espécie, ou seja, sua visão de mundo está vinculada a uma fenomenologia, ainda que não absoluta, mas real? Esta responsabilidade, se assumida, deve ser entendida como uma (re) tomada do indivíduo no campo do conhecimento. Não se trata de

querer ou dever compreender algo de alguma forma específica, trata-se de saber como já, e sempre, compreendemos o mundo.

Neste sentido, JOHN RAWLS mantém esta questão dentro do que chama de o fato do pluralismo e conseqüentemente acredita, como liberal, que aquele indivíduo que não assume sua concepção de mundo demonstra *fraqueza de caráter*.

Qual compreensão do mundo deve ser aceita em termos de teoria política?

Diria RAWLS:

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

Diferentemente de RAWLS, MICHAEL WALZER entende que a compreensão do mundo está submetida a valores/significados compartilhados culturalmente. A pergunta que WALZER faz é diferente da de RAWLS, não sendo então “*O que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo?*”, mas sim “*O que escolheriam indivíduos como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?*” (WALZER, 2003, p.04).

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

Assumindo uma posição no que tange ao pluralismo, DWORKIN comunga da mesma postura de HABERMAS, no sentido de que *autodeterminação moral* e *auto-realização ética* são co-originárias. DWORKIN assume tal postura criticando os liberais e os comunitários no sentido de que “*essa idéia é um erro comum dos libertários que odeiam a igualdade e dos igualitaristas que odeiam a liberdade; cada um ataca seu próprio ideal sob seu outro nome*” (DWORKIN, 2002, p.XVIII).

Segue então DWORKIN na idéia fundamental de sua concepção de moralidade política;

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

A questão do pluralismo, muito embora seja tratada como uma discussão política, não poderia passar ao largo da questão do *ser*. E, no sentido apresentado, linhas acima, onde a fenomenologia é inerente ao indivíduo e tão indivisa quanto o próprio indivíduo (porque fincada em uma biografia única), a concepção comunitarista do pluralismo parece ignorar ou valorar de forma arbitrária, em termos de democracia constitucional, várias formas de se ver o mundo, em última instância, valora negativamente determinadas formas de vida presentes no mundo. O liberalismo, por sua vez, na vertente de RAWLS, é capaz de absorver a individualização do fenômeno da compreensão do mundo, entretanto *“as idéias modernas da auto-realização e da autodeterminação não sinalizam apenas dois temas diferentes, mas tipos distintos de discursos, os quais são talhados conforme o sentido de questionamentos éticos e/ou morais”* (HABERMAS, 1997a, p.129).

O debate sobre o pluralismo não é necessariamente uma característica das construções teóricas em termos de clássicos da teoria do direito; pode-se dizer que assim foi até o positivismo que, diante da complexidade gerada pelo emaranhado de concepções morais, comuns em um mundo desencantado, “resolve” a questão desligando as perspectivas normativa e conceitual do Direito. Ou seja, ignora-se a diversidade como resposta a ela mesma, pretendendo assim segurança e certeza. O mesmo não ocorre com DWORKIN.

A teoria dos direitos de DWORKIN não ignora as complexidades sociais, muito antes as assume. E neste caso as necessidades se unem. Quais são as verdades absolutas em termos axiológicos? Qual a segurança gerada para as pessoas que se vêem sendo julgadas por outras que compreendem o mundo de forma diversa da sua? Como pretender gozar de liberdades constitucionais, cuja competência é atribuída a indivíduos, *um por um*, se o reconhecimento depender de *uma* concepção alheia que, por sinal, como visto com HEIDEGGER, é sempre parcial? Como poder se enxergar como autor do texto constitucional, e

conseqüentemente como respeitado pelo texto constitucional? Quando a teoria do conhecimento e, especificamente, a teoria do Direito confiará ao indivíduo, um por um, a tarefa de conformar sua vida moral e ética? Quando a Constituição ganhará força ativa a ponto de se tornar o mais forte fator real de poder dentro de sua sociedade? Estas são algumas dentre outras questões que poderiam ser formuladas, mas já apontam para uma necessidade basilar: *a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

A sociedade aberta dos intérpretes da constituição pode-se dizer é o núcleo epistemológico do direito constitucional e, neste sentido, da própria prática jurídica que se ergue sobre ela, que representa verdadeiro paradigma de Direito redutor da amplitude discursiva.

As verdades, ou melhor, as verdades pretendidas, as pretensões de verdade, precárias, apenas ganham validade em momentos específicos onde são reafirmadas por agentes racionais mirados na concretização de princípios de Direito. A verdade tem data, local e pessoas específicas, e pessoas que podem acreditar e reafirmar em todo momento o documento constitucional que lhes equilibra, porque vêem nele uma carta de garantias, um documento que é a representação da auto-legislação legítima. Assumir uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição é colocar para responder sobre as promessas constitucionais os portadores de tais direitos, é reconhecer a capacidade de cada indivíduo de formular concepções intramoldurais (constitucionalmente interpretáveis) sobre sua vida moral e ética, é também, tornar a Constituição um instrumento de poder ao alcance de todos e justamente por isso um fator real de poder popularizado, de linguagem comum e sempre recorrente; um verdadeiro e centralizado fator real de poder.

A teoria dos direitos de DWORKIN torna-se interessante porque absorve toda esta complexidade no momento em que apresenta o Direito como sendo uma prática social interpretativa aberta às concepções jurídicas e morais dos participantes de uma tomada de decisão.

KELSEN, como visto, ao criar sua teoria pura do direito para descrever o Direito, no que tange a sua teoria da decisão judicial, preso a uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição, reduz a reconstrução da normatividade social plural, a um juízo de política jurídica a ser realizada pelo julgador. Julgador este que teria liberdade para escolher dentre as várias interpretações apresentadas qualquer delas, já que todas seriam válidas em termos de direito positivo, mas, como oportunamente visto, a insuficiência do marco positivista se dá neste momento por não perceber que o Direito não se reduz, e nem pode se

reduzir ao direito positivo, e que uma comunidade aberta dos intérpretes do Direito, para além de pensar o que o Direito deveria ser, reconstrói uma normatividade já existente, adequada e justificada constitucionalmente. A teoria pura do direito de KELSEN, ao negar em seu sistema o pluralismo, negou não só uma base moral como medida para o Direito, mas negou também o poder racional discursivo de cidadãos morais. KELSEN negou aquilo que hoje complementa e permite ir além de um modelo conceitual positivista do Direito.

Este trabalho não chega a outra conclusão senão a de que legitimidade e justiça na decisão judicial são ideais atingíveis na medida em que o próprio conceito de Direito contiver e der conta da complexidade de tais ideais. Liberto de um agulhão semântico, com DWORKIN foi possível avançar em termos de teoria do Direito e conseqüentemente em termos de teoria da decisão judicial, rumo a uma prática do Direito procedimentalizada e capaz de reconstruir o sentido de seus conceitos de forma racional, moralmente justificada, porque referentes aos afetados por uma decisão e porque construída segundo o critério discursivo de igual consideração e respeito.

Uma teoria do Direito e uma teoria da decisão judicial devem ser somadas para fechamento da estrutura teórica aqui defendida ao constitucionalismo democrático/democracia constitucional, que se guia segundo uma interpretação estatística do “nós, o povo”, ou seja, segundo uma interpretação constitucional que resgata, reconstrói, a partir da própria comunidade de princípios, a racionalidade e a justiça de uma decisão judicial, resgatando toda capacidade e legitimidade discursiva dos indivíduos sujeitos e agentes de seu próprio Direito, moderno.