



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

A TENSÃO HERMENÊUTICA ENTRE OS PAPÉIS
REPRESENTATIVOS DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO:
UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO PRINCÍPIO DA
SEPARAÇÃO DE PODERES

Salvador

2012

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

A TENSÃO HERMENÊUTICA ENTRE OS PAPÉIS
REPRESENTATIVOS DO LEGISLATIVO E DO
JUDICIÁRIO: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA
DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

Dissertação apresentada como
trabalho de conclusão de curso de
Pós-Graduação *stricto sensu* –
Mestrado – em Direito Público, da
Faculdade de Direito da UFBA.

Orientadora: Profa. Dra. Marília
Muricy Machado Pinto

Salvador

2012

RESUMO

O presente trabalho intenta enfrentar a tensão representativa entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário por meio de uma leitura filosófico-hermenêutica do instituto da representação política. O fio condutor do trabalho é a busca de uma convergência entre uma concepção política e uma concepção filosófica de representação no contexto do princípio da separação de poderes. Assumimos a ontologia existencial heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana como matrizes teóricas, sem prejuízo dos pertinentes diálogos com a teoria sistêmica de Luhmann, a teoria da justiça de Rawls e a ética do discurso de Habermas. À moda da interpretação construtiva de Dworkin, para quem as dimensões descritiva e normativa de uma teoria são convergentes, buscamos atrelar as condicionantes da ontologia heideggeriana a uma dimensão hermenêutico-prescritiva desprovida de caráter constitutivo e pautada em uma postura dialógico-reflexiva entre o Legislativo, o Judiciário, o senso comum e a doutrina. Por fim, adotaremos o princípio da proibição de retrocesso social como eixo para o desdobramento da tese de que o entrelaçamento hierárquico entre Legislativo e Judiciário impõe aos juízes, como desveladores do sentido normativo, o dever de prestar contas por suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica filosófica; representação; separação de poderes; hierarquias entrelaçadas; coerência e integridade; abertura cognitiva e fechamento operacional; interpretação construtiva.

ABSTRACT

This work analyzes the tension between Legislative and Judiciary powers concerning the matter of political representation and its effects on legal hermeneutics. We aim to rethink separation of powers by combining a political and a philosophical conception of representation. Heidegger's existential ontology and Gadamer's philosophical hermeneutics were taken as theoretical matrices, without prejudice to dialogues with Luhmann's system theory, Rawls' Theory of Justice and Habermas's discourse ethics. In the fashion of Dworkin's constructive interpretation, which ties descriptive and normative dimensions of theories, we understand that ontological difference imposes a reflexive attitude to the judges, which are binded to take into account common sense, legal scholars and statutes in decision-making. Finally, by addressing the issue of legislative enacting statutes which reduces social rights, we justify our claim that judges, due to the *tangled hierarchy* between Legislative and Judiciary, are subject to *accountability*.

KEYWORDS: philosophical hermeneutics; representation; separation of powers; tangled hierarchies; ognitive opening and operational closure; consistency and integrity; constructive interpretation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL ATRIBUÍDO AO JUIZ PELA ESCOLA DE EXEGESE: O JUIZ É UM NÚNCIO DO LEGISLADOR?	8
2.1. CARACTERIZAÇÃO DAS NOÇÕES CIVIS DE MANDATO, REPRESENTAÇÃO E NÚNCIO	8
2.2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA.....	11
2.2.1. A ontologia heideggeriana	11
2.2.2. A hermenêutica filosófica gadameriana como uma densificação da ontologia heideggeriana	16
2.3. O DEBATE HERMENÊUTICO BETTI-GADAMER	20
2.3.1. Funções da interpretação em Emilio Betti	20
2.3.2. O debate entre a hermenêutica metodológica de Betti e a hermenêutica filosófica de Gadamer	23
2.4. A CONCEPÇÃO GADAMERIANA DE REPRESENTAÇÃO	25
2.5. SEPARAÇÃO DE PODERES E O EXEGETA: NUNCIÇÃO, PRESENTAÇÃO OU MANIPULAÇÃO?	29
2.5.1. O princípio da separação de poderes e seu ideal de neutralidade axiológica	29
2.5.2. Escola de Exegese: expressão epistemológica do processo de posituação das normas jurídicas	32
2.5.3. O juiz não é um núncio do legislador, exegetas!	36
2.5.4. A compreensão jurídica como (re-)apresentação.....	40
3. O DECISIONISMO PRETENSAMENTE PÓS-POSITIVISTA E A LEGITIMIDADE DA REVISÃO JUDICIAL	45
3.1. TÓPICA E RETÓRICA: DO SISTEMA AO PROBLEMA, DO APODÍTICO AO RAZOÁVEL, DO PROBLEMA COMO O PROBLEMA.....	45
3.1.1. Retórica, sofistas, tópica e dialética	45
3.1.1.1. Origens da retórica	45
3.1.1.2. Relação entre sofistas e retórica	46
3.1.1.3. A relação entre retórica e dialética	46
3.1.2. A tópica de Theodor Viehweg	50
3.1.3. A retórica de Perelman	52
3.1.4. São inadequadas as teses de Viehweg e Perelman ao desiderato de satisfazer um ideal de justiça na atividade jurídica?	57
3.2. ROBERT ALEXY: O RECONHECIMENTO DAS NORMAS-PRINCÍPIOS E A REAPROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NÃO SÃO SUFICIENTES PARA AFASTAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	60
3.2.1. Elementos gerais da teoria de Robert Alexy	60
3.2.2. Uma hérculea superinterpretação: o balancing em Dworkin não é instrumental	64
3.2.3. A moral como elemento corretivo na metodologia alexyana.....	66
3.2.4. A irreduzível margem de discricionariedade no pensamento de Alexy	69
3.3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: É O PODER JUDICIÁRIO O NOVO PODER MODERADOR ?	73
4. DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA, AUTOGOVERNO E TEORIAS DO DIÁLOGO	82
4.1. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O DESAFIO ASSUMIDO POR	

HÜBNER MENDES	82
4.2. TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM FAVOR DO JUDICIÁRIO	83
4.3. TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM FAVOR DO LEGISLATIVO.....	85
4.4. AUTOGOVERNO, INPUT E OUTPUT: A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL IMPERFEITA COMO TRADUÇÃO FILOSÓFICA DO PROBLEMA POLÍTICO DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA	87
4.4.1. Crítica à última palavra legislativa como legitimação pelo procedimento	89
4.4.2. Pretensão epistêmica e teorias da última palavra judicial.....	92
4.4.3. É possível alcançar uma complementaridade entre teorias da última palavra e teorias do diálogo?	95
4.5. SEPARAÇÃO DE PODERES, TEMPO, DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE.....	98
4.5.1. A relação entre separação de poderes e soberania.....	98
4.5.2. Teoria do diálogo de Barry Friedman e hermenêutica filosófica	100
4.5.3. Teoria normativa, juízes políticos e representação	103
5. DESEMPENHO DELIBERATIVO: CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE INERENTE À TENSÃO VIRTUOSA ENTRE FORMA E SUBSTÂNCIA (?)	106
5.1. O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS	108
5.2. RAZÃO PÚBLICA E DESEMPENHO DELIBERATIVO EM HÜBNER MENDES	114
5.3. GRADUALISMO E VIRTUDES PRUDENCIAIS	120
5.3.1. Virtudes passivas	124
5.3.1.1. Bickel e a professora da cidadania	124
5.3.1.2. Sunstein e o uso construtivo do silêncio	125
5.3.2. Virtudes ativas: tribunais conselheiros e instrumentalização do diálogo interinstitucional por via da proporcionalidade	128
6. A CONVERGÊNCIA ENTRE AS CONCEPÇÕES POLÍTICA E FILOSÓFICO- HERMENÊUTICA DE REPRESENTAÇÃO	136
6.1. A POSIÇÃO DAS DOCTRINAS ÉTICAS ABRANGENTES NO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS E SUA CONCEPÇÃO DE EQUILÍBRIO REFLEXIVO	136
6.2. DWORKIN, HERANÇA RAWLSIANA E LIBERALISMO ABRANGENTE	141
6.3. RAWLS E HABERMAS: DIVERGÊNCIAS FAMILIARES	149
6.4. ÉTICA SEM MORAL?	158
6.5. A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	167
6.6. MARCELO NEVES: ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ	175
6.7. FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL: COSSIO, KAUFMANN, HRUSCHKA E LARENZ	189
6.7.1. Cossio: da coação kelseniana à liberdade	189
6.7.2. Pareyson e Cossio: liberdade e verdade	204
6.7.3. Kaufmann, Hruschka e Larenz: a justiça e a ideia-direito	206
6.7.4. Dworkin e Larenz: o ponto de chegada da compreensão jurídica.....	209
6.8. INPUT E OUTPUT: DWORKIN, EM SUA BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA, NÃO ABRE MÃO DE UM ELEMENTO PROCEDIMENTAL	215
6.8.1. Esser, conseqüencialismo e a astúcia da razão dogmática	219
6.9. REDUNDÂNCIA, VARIAÇÃO, COERÊNCIA E INTEGRIDADE	222
6.10. BICKEL, FRIEDMAN, HERMENÊUTICA HETERORREFLEXIVA E SENSO COMUM	228

6.11. A DOCTRINA COMO LENTE DE AUTO-REFLEXIVIDADE DO SISTEMA	237
6.12. DWORKIN, FISS E O NEW CRITICISM	243
6.13. A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA COMO FORMULAÇÃO DA VERDADE.....	246
6.14. PRESENTAÇÃO, CRÍTICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	249
7. AS HIERARQUIAS ENTRELACADAS APLICADAS AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: O QUE RESTA DA SEPARAÇÃO DE PODERES?.....	256
7.1. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: ESTADO DA ARTE	256
7.2. A RELAÇÃO ENTRE CIDADANIA, VIRTUDE E IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO	258
7.3. O SOCIAL É MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA?.....	264
7.4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO DA RELAÇÃO ENTRE AS CONCEPÇÕES FENOMENOLÓGICA E FILOSÓFICO-HERMENÊUTICA DE REPRESENTAÇÃO....	272
8. CONCLUSÃO	276
REFERÊNCIAS	278

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho intenta enfrentar a tensão representativa entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário por meio de uma leitura filosófico-hermenêutica do instituto da representação política. O fio condutor do trabalho será a busca de uma convergência na construção de uma concepção política e uma concepção filosófica de representação no contexto do princípio da separação de poderes. Assumimos, desde já, a ontologia existencial heideggeriana e a hermenêutica filosófica gadameriana como matrizes teóricas, sem prejuízo dos pertinentes diálogos com a teoria sistêmica de Luhmann, a teoria da justiça de Rawls e a ética do discurso de Habermas. À moda da perspectiva interpretativa de Dworkin, para quem as dimensões descritiva e normativa de uma teoria são convergentes, buscaremos atrelar as condicionantes ontológicas da hermenêutica filosófica a uma dimensão hermenêutico-prescritiva desprovida de caráter constitutivo e pautada em uma postura dialógico-reflexiva entre o Legislativo, o Judiciário, o senso comum e a doutrina.

Nosso percurso passará, inicialmente, por uma reconstrução hermenêutica das noções de apresentação, representação e apresentação, tendo como referência, nesse particular, o pensamento de Gadamer e seu debate com Betti. Abordaremos criticamente o caráter limitado da função jurisdicional no contexto novecentista francês e os condicionamentos políticos e epistemológicos que levaram à transformação do juiz em uma espécie de núncio do legislador. Em seguida, o destaque assumido pelo juiz no pensamento do segundo pós-guerra exigirá o enfrentamento da questão da discricionariedade judicial nas teorias de Viehweg, Perelman e Alexy. O passo seguinte será a abordagem da dificuldade majoritária no contexto da separação de poderes e das concepções de democracia assumidas por opositores e defensores da revisão judicial. Mais à frente, adentraremos a proposta de Hübner Mendes, autor que condiciona a legitimidade para a tomada de resoluções políticas à demonstração de um constante desempenho deliberativo orientado pela razão pública. No ponto culminante do trabalho, estabeleceremos a convergência pretendida, tendo como eixo o pensamento de Dworkin, a hermenêutica filosófica e o diálogo com autores como Luhmann e Habermas. Por fim, adotaremos o princípio da proibição de retrocesso social como eixo para o desdobramento da tese de que os juízes também precisam prestar contas à sociedade.

2. SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL ATRIBUÍDO AO JUIZ PELA ESCOLA DE EXEGESE: O JUIZ É UM NÚNCIO DO LEGISLADOR?

A análise da tensão representativa entre Legislativo e Judiciário à luz da hermenêutica jurídico-filosófica intentada por este trabalho pressupõe o estabelecimento da noção de representação ora assumida. O cumprimento de tal desiderato exige: o estabelecimento da distinção entre as figuras do representante e do nuncio; um cotejo entre as visões hermenêuticas de Betti e Gadamer sobre a representação; e uma aplicação crítica de tais pressupostos ao pensamento epistemológico positivista novecentista.

2.1. CARACTERIZAÇÃO DAS NOÇÕES CIVIS DE MANDATO, REPRESENTAÇÃO E NÚNCIO

Neste tópico, utilizaremos como ponto de apoio os estudos de Emilio Betti sobre o negócio jurídico, com foco nos institutos do mandato, da representação e do nuncio. Tal anteparo nos servirá posteriormente como elemento de paralelismo em relação à representação política dos membros dos poderes Legislativo e Judiciário.

Emilio Betti coteja duas modalidades distintas do que ele chama de substituição no contexto da manifestação e transmissão da vontade formadora de um negócio jurídico: o nuncio e o representante.

A figura do nuncio não está relacionada à totalidade da formação negocial, mas apenas ao seu elemento de forma, necessário, mas não suficiente, para a configuração estrutural do negócio jurídico. O nuncio exerce a função de um mensageiro, um intermediário que transmite a outrem o regulamento de interesses concebido e querido pela parte do negócio que o designa para tal mister. Tal colaboração está subordinada ao interessado e tem como elemento fundamental uma rigorosa coincidência com a consciência e a vontade por ele indicadas quando da designação do mensageiro para o exercício da função. Trata-se de tarefa simples, na qual o nuncio não tem qualquer liberdade de apreciação acerca da oportunidade e dos termos de celebração do negócio (BETTI, 2008, p. 779-81).

A representação, segunda figura de substituição trabalhada por Betti (2008, p. 779 e ss.), caracteriza-se por uma atuação do substituto perante terceiro em que o *dominus* é substituído em seu querer, cabendo ao representante a manifestação da vontade na formação do negócio de interesse do representado. O substituto age em nome alheio, e não em seu próprio nome, mas não se restringe a um simples órgão de transmissão da vontade do

dominus, caso do nuncio. Em outras palavras, o nuncio, como mero mensageiro, não pode inovar, limitando-se à função de circular mensagens entre as partes do negócio, cujos elementos são pré-determinados pelo substituído; enquanto o representante tem poder de determinação referente à forma de estruturação do negócio, salvo em relação a pontos que tenham sido especificamente pré-determinados pelo representado. Na nunciação, a pré-determinação é total; na representação, a pré-determinação é exceção.

Faz-se essencial a diferenciação entre as noções de representação e mandato. Como bem explica Betti, nem todo contrato de mandato vem acompanhado pela atribuições de poderes representativos ao mandatário, ainda que esta seja a hipótese mais comum. No mandato sem representação, o mandatário assume o dever de realizar negociações por conta do mandante, circunstância na qual as negociações não vinculam a esfera jurídica do mandatário, já que este não tem autorização para vincular o mandante juridicamente perante terceiro. Nesse caso, há duas relações jurídicas contratuais: o contrato de mandato e o contrato entre o mandatário, em nome próprio, e um terceiro, que está ciente da atuação da contraparte por conta de um mandante¹. Podemos dizer, pois, que a essencialidade do mandato reside na contratação da prática de atos jurídicos por um sujeito, o mandatário, por conta de outrem, o mandante, seja a referida prestação adimplida pela via de uma contratação em nome próprio (mandato sem representação), seja por meio de uma contratação em nome do mandante (mandato com representação).

Nos mandatos com representação, o mandatário manifesta perante terceiro a vontade do mandante, já manifestada por este, com maior ou menor grau de pré-determinação. Este ato de representar, especialmente, mas não apenas, quando das procurações outorgadas com fins genéricos, seria uma espécie de (re)vivência da vontade do mandante pelo mandatário, donde o termo “representação” - uma apresentação de uma vontade já apresentada. A vontade transmitida não é mero ato mecânico, como no caso do nuncio, mas sim uma reconstrução inexoravelmente valorativa da vontade do mandante, capaz de vinculá-lo juridicamente perante o terceiro.

Poder-se-ia indagar: e no caso da representação dos absolutamente incapazes? O absolutamente incapaz, não é faticamente desprovido de vontade. O que ocorre, pois, é uma invalidação de declarações de vontade de pessoas físicas com o fulcro de preservar supostos valores relacionados à ordem pública e ao bem-estar social e individual, inclusive o do próprio incapaz. De tal forma, a representação dos incapazes nada mais é do que uma

¹ Tal situação é diferenciada por Betti (2008) em relação à noção de interposição gestora, em que o mandatário não informa ao terceiro sobre a realização de negócios por conta do mandante, o qual permanece “oculto”.

revivência de sua vontade, como no caso de um pai que, conhecendo bem seu filho de 14 anos, poderia manifestar fidedignamente seus desejos. E nos casos em que o incapaz o for por razões médicas que o tenham inabilitado por completo? Ainda assim, poderíamos dizer que o representante (curador) deve fazer aquilo que seria o melhor para o doente e que, razoavelmente, ele faria se manifestasse sua vontade, podendo, ainda, recorrer ao histórico de vida do representado, inclusive à família, como meio de aproximar-se de sua vontade o máximo possível, ainda que nunca totalmente, visto que se trata de ato valorativo de representação, ou seja, de revivência.

De forma paradoxal, o pensamento ficcional da ciência jurídica moderna criou o conceito de capacidade de fato para designar a falta de autodeterminação de certas pessoas físicas, ao mesmo tempo em que personificou estruturas organizacionais inanimadas, às quais denominou pessoas jurídicas. Resta, então, a abordagem da substituição de tais entes em suas manifestações de vontade. Há, aqui, que se distinguir duas situações. A primeira delas diz respeito à manifestação de um órgão da pessoa jurídica, como no caso de uma assembléia geral de sociedade por ações. Nesse caso, como a assembléia é um órgão interno da pessoa jurídica, desprovido de personalidade jurídica própria, a manifestação do órgão em nome do ente personalizado é chamada por Pontes de Miranda de “*presentação*”². *Presentar* significa tornar presente, e, no caso de uma pessoa jurídica, a despeito da ficção tecnicista de sua titularidade de vontade jurídica, o órgão que veicula a declaração não torna presente uma vontade anteriormente *presentada*, pois não podemos falar que haja aí uma distinção entre dois sujeitos de direito (BETTI, 2008, p. 797-8). Diferentemente, na situação da pessoa física responsável pela manifestação atribuída à esfera jurídica do ente ideal, trata-se de “*representação*, dada a existência de dois sujeitos dotados de personalidade jurídica: a pessoa física representante e a pessoa jurídica representada (o administrador e a sociedade empresária, por exemplo). O administrador, diferentemente de um órgão da pessoa jurídica, não pode ser tratado como uma *longa manus*, uma parte incídivel de seu organismo. Conforme explica Betti (2008, p. 817):

²“Quanto ao exercício de *presentação* da pessoa jurídica (= como órgão da vida exterior), a sua posição é a de órgão, — não a de representante legal, ou voluntário. O seu ato, como órgão, é ato da pessoa jurídica. A ele não se dirigem os atos jurídicos que se devem dirigir à pessoa jurídica. Os atos jurídicos que a pessoa jurídica haja de praticar pratica-os ele, como atos da pessoa jurídica. [...]. O órgão da pessoa jurídica não é representante legal. A pessoa jurídica não é incapaz. O poder de *representação*, que ele tem, provém da capacidade mesma da pessoa jurídica; por isso mesmo, é dentro e segundo o que se determinou no ato constitutivo, ou nas deliberações posteriores”. (MIRANDA, 1974, t.1, p. 286-7)

[...] é de negar que ela possa qualificar-se como 'representação orgânica' de caráter necessário, visto ter a sua fonte na concessão de poderes por parte da assembléia dos interessados. Como pessoa, o administrador é um sujeito perfeitamente distinto do ente, ainda que as funções de que esteja investido sejam, dentro do ente, não ocasionais, mas estáveis. Existe, portanto, aquela suficiente separação entre o sujeito atuante e o sujeito interessado, que permite qualificar a ação do primeiro no quadro da representação.

Fixadas as distinções objeto deste tópico, adentremos a hermenêutica filosófica gadameriana.

2.2. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA

Gadamer, inspirado pelo giro ontológico heideggeriano, colocou em xeque os ideais científicos característicos da Era Moderna em sua obra “Verdade e método”. Dada a inspiração de Gadamer na ontologia heideggeriana, precisamos preliminarmente abordá-la.

2.2.1. A ontologia heideggeriana

Martin Heidegger, autor alemão cuja principal obra é denominada “Ser e Tempo” (2002), foi responsável pela maior revolução no domínio da ontologia desde o *cogito* cartesiano³. A questão metafísica do ser, primeiramente vislumbrada a partir de uma perspectiva naturalística caracterizada pela entificação desse mesmo ser, no sentido de essência, e posteriormente encarada como um problema de representação de um objeto na consciência de um sujeito cognoscente, não mais como uma correspondência a sua essência mesma, mas sim condicionada por um plexo categorial inerente a esse sujeito; passa, com Heidegger, para o que podemos chamar de terceira fase da ontologia, em que a relação entre as noções de ente e de ser é redefinida de forma a implicar uma quebra da própria identificação entre o tradicional ramo de estudo filosófico e a noção mesma de metafísica. Tal rompimento se dá com a rejeição da dicotomia sujeito-objeto, na qual se baseavam os estudos ontológicos até a reviravolta lingüística que refutou o paradigma representacional⁴.

³“Em *Ser e tempo* (sic) Heidegger mostra clara e definitivamente que a subjetividade da consciência ou o eu cognoscente já está sempre a priori pressupondo o horizonte fundamental de uma posição axiológica do Dasein (o ser humano como ‘ser aí’) no mundo. Trata-se de uma crítica à subjetividade do sujeito moderno como cogito (pré-história ambígua do pós-modernismo), que abre a facticidade fundante do cotidiano para todo agir humano posterior.” (DUSSEL, 2000, p.522).

⁴A respeito da dicotomia sujeito-objeto, discorre Heidegger (2002, pp.68-69, §13): “Cuando el ‘fenómeno’ mismo del ‘conocimiento del mundo’ empezó a ser tomado en consideración, cayó de inmediato en una interpretación ‘externa’ y formal. Indicio de ello es el modo, todavía hoy usual, de entender el conocimiento

A passagem do paradigma epistemológico da filosofia da consciência para o da filosofia da linguagem já era anunciada pelos estudos de Ludwig Wittgenstein. Temos, no entanto, que a analítica wittgensteiniana detinha-se ao que, no contexto do pensamento heideggeriano, costuma ser referido como “como apofântico”, ou seja, a estrutura expressiva, em forma de enunciados, de um dado sentido hermenêutico⁵. A filosofia heideggeriana dá seu grande salto quando o filósofo percebe que ao “como apofântico” inexoravelmente precede um “como hermenêutico”, no plano primário do inexprimido, em que se constitui a estrutura compreensiva do homem. A essa relação entre os dois “como”, modos-de, Heidegger chamou de diferença ôntico-ontológica (normalmente referida apenas como diferença ontológica); o plano dos entes, apofântico, distingue-se do plano do ser, hermenêutico, de forma irredutível e inexorável, porém, ao mesmo tempo, a ambos é inerente uma indissociabilidade, visto que o ponto de intersecção entre os planos de modo, designado por Ernildo Stein (1996) como “dobra da linguagem”, consubstancia o próprio cerne da noção de diferença ontológica: não há ser não-relativo a um ente, e não existe-no-mundo o ente de outra forma que não “sendo”⁶.

A compreensão, no pensamento heideggeriano, se dá no “como hermenêutico”, de maneira pretérita a qualquer tipo de expressão enunciativa. Tal possibilidade pré-compreensiva se dá pela própria característica peculiar do *dasein*, ente privilegiado que caracteriza a vivência cotidiana do homem neste mundo, de acordo com sua temporalidade existencial⁷. Inerente a essa compreensão ínsita ao modo-de-ser-aí é a noção de “cuidado”.

como una ‘relación entre sujeto y objeto’, modo de entender que encierra tanto de ‘verdad’ como de vacuidad. Además de que sujeto y objeto no coinciden tampoco con Dasein y mundo” .

⁵ Para alguns, nem mesmo o Wittgenstein das “Investigações filosóficas” (1994) teria recepcionado em seus escritos a diferença ôntico-ontológica: “É preciso considerar que o giro lingüístico promoveu um lugar de centralidade para o fenômeno da linguagem ao vincular a ela qualquer pretensão de racionalidade e de verdade, seja pela sua análise lógico-matemática, seja pelo seu uso pragmático. Esta postura, como já anunciamos, significa uma ruptura com a tradição da filosofia moderna e seu subjetivismo. No lugar deste Wittgenstein introduz a noção de “jogos de linguagem” como referência de uma possível objetividade (sempre restrita ao jogo em questão). Na análise de Rohden, apoiado em K. O. Apel, esta saída wittgensteiniana, embora adequada por um lado, encontra-se, por outro, prisioneira de uma tendência metodológica com preocupação e fundamentação epistemológica [...], diferentemente do “jogo ontológico” proposto pela hermenêutica filosófica” (FENSTERSEIFER, pp.1-2).

⁶A respeito da diferença ontológica, aduz Jean Grondin (1998, p.61): “Heidegger exprime este não-estar-expresso, pela diferença entre um ‘como’ ‘hermenêutico’ e outro ‘apofântico (ou expressável). Mais originariamente do que o ‘como’ apofântico, isto é, como a expressão dos fenômenos, que se exprime em locuções ou enunciados, atua um ‘como’ hermenêutico, que realiza uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí”.

⁷“El Dasein tiene, por consiguiente, en varios sentidos, una primacía sobre todo otro ente. En primer lugar, una primacía *óntica*: el Dasein está determinado em su ser por la existencia. En segundo lugar, una primacía *ontológica*: en virtud de su determinación por la existencia, el Dasein es “ontológico” en sí mismo. Ahora bien, al Dasein le pertenece con igual originariedad —como constitutivo de la comprensión de la existencia— una comprensión del ser de todo ente que no tiene el modo de ser del Dasein. Por consiguiente, el Dasein tiene una tercera primacía: la de ser la condición de posibilidad óntico-ontológica de todas las ontologías. El Dasein se ha revelado, pues, como aquello que, desde un punto de vista ontológico, debe ser interrogado con prioridad a todo

Por detrás do cuidado factual dos objetos do mundo, situa-se o cuidado fundamental do Dasein, o cuidado por si próprio. O ser-aí distingue-se, pelo fato de, em seu ser, tratar-se deste seu próprio ser, de seu poder ser no mundo. Heidegger não o escreve em todas as suas linhas, mas salta aos olhos, que o modo cuidadoso do compreender tem sua raiz existencial na preocupação do ser-aí consigo mesmo. O anzol (ou gancho) mais ou menos inconsciente da compreensão humana é, por conseguinte, o cuidado.

A partir dele se constitui o específico caráter de esboço da nossa compreensão. Para antecipar-se, de certo modo, ao mundo potencialmente ameaçador, a nossa compreensão se orienta segundo esboços inexpressos que – na linguagem de Heidegger – corporificam possibilidades de nós mesmos, do nosso poder ser (GRONDIN, 1998, p.162-3)

Mediante tal impulso de cuidado, o ser-aí compreende os entes, que, para ele, se manifestam-aí, no mundo, no seu ser. E é justamente na vivência histórica, dada na faticidade desse mundo em que está jogado, que o homem colhe os seus esboços pré-compreensivos. Aqui, vem à tona a idéia de que esse mundo em que é o *dasein* implica a linguisticidade na qual sempre se dá a compreensão. Imerso numa cadeia comunicativa, o homem compreende com base em perspectivas prévias; tanto essa compreensão quanto essa pré-compreensão são constituídas justamente no contexto de uma faticidade na qual o modo-de-ser é inexoravelmente lingüístico. Despertado pelo impulso de cuidado, os entes caracterizados pelo modo-de-ser do *dasein* interagem em sua existência lingüisticamente, no bojo de uma historicidade do ser-aí, no mundo.

Heidegger entende a temporalidade como o significado ontológico do impulso de cuidado⁸. O *dasein*, inevitavelmente finito, não tem como escapar de sua inexorável temporalidade, donde desponta a relação necessária entre o tempo e a faticidade existencial, relação esta que impõe uma dimensão de historicidade ao modo-de-ser⁹.

A interação lingüística do *dasein* com aqueles outros que partilham da mesma cadeia comunicativa, por força dessa dimensão pré-constitutiva mesma do sentido, com freqüência importa em certos efeitos que Heidegger consideraria como negativos. É a isso que ele se refere no excerto acima, quando menciona a decadência (caída/verfallen) e a possibilidade de

otro ente.” (HEIDEGGER, 2002, p.40, §7).

⁸ “El análisis de la temporeidad originaria hecho hasta aquí puede resumirse en las siguientes tesis: el tiempo es originariamente temporización de la temporeidad, y en cuanto tal posibilita la constitución de la estructura del cuidado. La temporeidad es esencialmente extática. La temporeidad se temporiza originariamente desde el futuro. El tiempo originario es finito.” (HEIDEGGER, 2002, p.321, §66)

⁹ “La tentación de pasar por alto la finitud del futuro originario y propio y, por consiguiente, la finitud de la temporeidad, o de considerarla imposible *a priori*, proviene del constante presionar de la comprensión vulgar del tiempo.” (HEIDEGGER, 2002, p. 320, §65)

¹⁰La temporeidad hace posible la unidad de existencia, facticidad y caída, y La temporeidad temporiza, y temporiza diversas formas posibles de ella misma. Éstas hacen posible la diversidad de los modos de ser del Dasein, ante todo la posibilidad fundamental de la existencia propia e impropia. (HEIDEGGER, 2002, p.319. §65)

uma “existência inautêntica”. A pré-estrutura da compreensão para Heidegger, tende sempre à decadência e seu correlativo velamento do ser. A vivência cotidiana do *dasein* se dá, no mais das vezes, como uma compreensão alienante de si, porque dando prevalência ao que já está (pré-)concebido em sua estrutura (prévia) de compreender. Cabe ao ser-aí, pois, mediante um esforço autocompreensivo de esclarecimento, chamado de interpretação, pelo qual se evitaria sua essência auto-alienante, de maneira a buscar a coisa mesma (*Sache selbst*) nos fenômenos e desvelá-las¹¹.

Na jornada heideggeriana pela reversão da presunção auto-alienadora do ser, o filósofo alemão lança mão de uma nova concepção, extremamente crítica, de interpretação, completamente dissociada daquelas relacionadas à metafísica clássica e ao paradigma da Filosofia da Consciência¹². O cariz crítico da interpretação em Heidegger está intrinsecamente ligado ao entendimento de que todo compreender pressupõe um compreender a si próprio. Ora, se a compreensão se funda num caldo de esboços compreensivos, o qual precede até mesmo o plano de expressividade do sentido (apofântico), é nessa estrutura prévia, ínsita à temporalidade histórica do sujeito, que se inicia o caminho para a alienação. E a necessidade de mudar de rota em direção à desalienação, obviamente, exige desse sujeito um conhecimento profundo dos meandros mesmos de sua própria historicidade. E é justamente nessa atuação reflexiva do *dasein* que consiste a interpretação como aprimoramento da antecipação de sentido (compreensão aproblemática)¹³.

¹¹ Como explica Jean Grondin (1998, p.163), a decadência não é incontornável: “Nossos esboços, de início, não são de nossa escolha. Somos, antes, “jogados” neles. O específico ‘ser-lançado’ e a historicidade do ser-aí são a característica indelével de nossa “facticidade”. Faz parte da pré-estrutura fática e, com isso, primária do nosso compreender, que ela se encontre no âmbito de perspectivas prévias, que orientam suas expectativas (sic) de sentido: ‘Essas perspectivas, em geral disponíveis de maneira não explícita, nas quase a vida fática, no caminho do costume, mais se envolve do que deles se apossa explicitamente, delineiam à mobilidade do cuidado suas linhas de execução’. Mas, nós não estamos cegamente à mercê dessa pré-estrutura de explanação induzida, como se fôssemos, como o quer a leitura corrente do círculo hermenêutico, colhidos inexoravelmente por nossos preconceitos. A hermenêutica de Heidegger é exatamente o oposto disso. Ela visa um explícito esclarecimento dessa pré-estrutura historicamente dada. Este esclarecimento é por ele chamado de interpretação”.

¹² “Para a hermenêutica tradicional, a interpretação (interpretatio) funcionava, com certa evidência, como meio para a compreensão (intelligere). Quem não entendesse a passagem de um texto, tinha de recorrer a uma interpretação, cujo ‘Telos’ natural era o de produzir compreensão. Falando com Chladenius: a função mediadora da interpretação é a de aduzir os meios necessários para a compreensão. Em primeiro lugar vinha, pois, a interpretação, depois, e a partir dela, a compreensão. Numa nova e desafiadora contracorrente à tradição, a hermenêutica existencial de Heidegger simplesmente inverterá essa relação teleológica. O primário será agora a compreensão, e a interpretação vai consistir exclusivamente na configuração ou elaboração da compreensão. (GRONDIN, 1998, p.164)

¹³ “A compreensão, como expoente do cuidado pelo próprio ser-aí, dispõe sobre a possibilidade de se configurar como tal, e mesmo de se entender a si própria. Este esclarecimento, e não mais do que isto, deve ser prestado pela interpretação – literalmente, como uma ‘Aus-einander-legung’ (um desmembramento) do implicitamente já pré-entendido. Como sua elaboração, ela ocorre “após” a primeira compreensão, que caracteriza a compreensão. Como auto-apropriação da compreensão, ela expressaria a compreensão conduzida a termo, ou conduzida a si própria: “Nela a compreensão se apropria, compreendendo, do que compreendeu. Na interpretação, a

Nesse ponto, exsurge a importância da noção de círculo hermenêutico no pensamento heideggeriano¹⁴. Pressuposto para tanto é a consciência de que o “hermenêutico” dessa expressão assume um sentido todo especial, em consonância com a própria idéia de diferença ontológica. Ora, hermenêutico, aqui, é o que se diferencia, irredutivelmente, do apofântico, o que implica um afastamento em relação às concepções hermenêuticas (ainda) imersas nos paradigmas representacionais, as quais ainda objetivavam uma reprodução do ente na consciência de um sujeito cognoscente¹⁵. Esse círculo sempre se movimenta do “lado hermenêutico” da dobra da linguagem; seu desenrolar significa a revisão interpretativa da compreensão antecipada e dos esboços que a alimentam, bem como daquelas compreensões que lhes sobrevenham. Depreende-se do seguinte escrito de Grondin (1998, p.166) a tensão entre a inexorável entrada no círculo e o risco de alienação do sujeito.

Não se trata de fechar os olhos a esse círculo “mau”, desejando seu desaparecimento, para instalar qualquer objetividade desprovida de existência. “O decisivo”, escreve Heidegger de maneira incisiva, é precisamente, não “cair fora do círculo, porém ingressar nele de maneira adequada”. Saltar dentro dele de maneira correta significa, concretamente, que continua sendo a tarefa prioritária e permanente de uma autêntica interpretação, elaborar para si mesma e levar à interpretação suas próprias concepções. O que se visa, (sic) não é uma reflexão que simplesmente descarte tais pré-concepções, mas um reflexivo realçar da pré-estrutura pessoal, que ponha a caminho um verdadeiro *diálogo* entre duas posições específicas, ou seja, com as coisas e com o pensamento alheio. Sem esse realce interpretador e pré-esclarecedor, a compreensão corre o risco de que sua perspectiva seja de forma acrítica “conduzida por idéias e conceitos populares”.

É, pois, mediante um entrar no círculo diligente, caracterizado por uma atitude crítico-reflexiva a respeito de suas pré-concepções, que o *dasein* pode driblar a tendência alienante do seu modo-de-ser e fazer do compreender um autêntico desvelar da coisa mesma, mesmo que, para tal desiderato precise realizar uma destruição (*destructio*) da tradição ocultadora da verdade (GRONDIN, 1998, p.169).

2.2.2. A hermenêutica filosófica gadameriana como uma densificação da ontologia heideggeriana

compreensão não se torna uma coisa diversa, e sim ela mesma”. (GRONDIN, 1998, p.164)

¹⁴ “A partir deste esforço crítico por autocompreensão, fica esclarecida a recepção, por Heidegger, do círculo hermenêutico, por cuja transcendência estava empenhado o historicismo. Naturalmente existe um círculo entre a interpretação e a compreensão, isto é, aqui entre cada interpretação e as pré-concepções que a alimentam, mas esta circularidade pertence propriamente à ontológica ou imutável estrutura de cuidado e, dessa forma, à pré-estrutura do ser-aí”. (GRONDIN, 1998, p.166)

¹⁵ “Na forte e original corrente contrária à tradição hermenêutica, essa compreensão é inicialmente despida de seu caráter meramente ‘epistêmico’. Acontece que a compreensão fora antes entendida como um *intelligere* teórico, no qual se tratava da percepção compreensiva de um contexto sensitivo. Em Droysen e Dilthey a compreensão avançava, sem dúvida, para um processo de conhecimento autônomo, que era chamado a fundamentar o modo metodológico de ser, próprio das ciências do espírito.” (GRONDIN, 1998, p.160).

A obra gadameriana “Verdade e Método”, apesar de, à primeira impressão, parecer reafirmar a possibilidade de adotar uma metodologia para o alcance de uma verdade nos moldes científicos, intenta justamente o contrário: questionar a validade do método como caminho seguro para se alcançar uma dada resposta.

Os fundamentos para a postura iconoclasta gadameriana em relação ao método são encontrados na noção de linguisticidade inerente ao modo-de-ser no mundo. Gadamer, seguindo a linha do Heidegger tardio – “Tempo e ser” (1962) –, radicaliza o histórico ser-lançado em direção à essência hermenêutica da linguagem. Para tal desiderato, no entanto, não abandona o ponto de partida do Heidegger de “Ser e Tempo”, qual seja, a compreensão¹⁶. Em busca de um entendimento a respeito da virada ontológica, Gadamer retorna ao problema inicial da hermenêutica adequada às ciências do espírito; adota, para tanto, como principal referencial a obra de Wilhelm Dilthey. (GRONDIN, 1998, pp.179-180)

Gadamer contrapõe uma hermenêutica universal à busca do historicismo por uma metodologia própria das ciências do espírito, de maneira a desmitificar a possibilidade de encontrar um Ponto de Arquimedes; segue, para tanto, o mesmo caminho ontológico heideggeriano. Inexistindo tal fundamento último e atemporal da verdade, restaria inexorável ao homem sua temporalidade, finita e a ser trabalhada pelo ser-aí com base em sua estrutura preconceituosa, estrutura positiva e ontológica da compreensão, de maneira a proporcionar uma percepção das possibilidades próprias a partir de uma situação existencial.

Heidegger respondeu ao questionamento epistemológico do historicismo mediante a negação das verdades universalmente válidas, cuja busca só serviria, em verdade, para intensificar o velamento do ser, dado a conseqüente inconsciência do caráter real da compreensão como modo-de-ser-no-mundo. Gadamer, por sua vez, retoma a questão a partir desse ponto, voltando, no entanto, seu foco para o problema do método – o qual, segundo a tradição epistemológica da filosofia da consciência, poderia levar a uma verdade universalmente válida. (GRONDIN, 1998, pp.180-181). Para tanto, adota como tese inicial que o caráter científico das ciências do espírito se pode “antes compreender como base na tradição do conceito de formação cultural, do que a partir da ciência moderna” (GADAMER,

¹⁶ “Apenas aparentemente, a concepção lingüística hermenêutica de ‘Ser e Tempo’ foi submetida, na obra tardia, a uma revisão fundamental. Por certo a linguagem se fez valer, agora, como a ‘morada do ser’, como se ela tivesse assumido, a partir de agora, a precedente e insuperável revelação do ser. Não obstante, não se reduziu em nada a suspeita de Heidegger ante o enunciado. Apesar de ele próprio realmente não escrever pouco, Heidegger admoestava, tanto antes como depois e até mais decididamente do que antes, sobre o risco de enxergar, e sentenças locucionais, a plena expressão da verdade filosófica.” (GRONDIN, 1998, p.173)

1999, p.15), por considerar indispensável o recurso à tradição humanística, no bojo da qual “foram formulados os conceitos capazes de fazer jus à pretensão cognitiva própria das ciências do espírito”. (GRONDIN, 1998, p.183).

O filósofo de Marburg entende que é na tradição linguisticamente partilhada que se formam os pré-conceitos, possibilitadores dos esboços pré-compreensivos determinantes das antecipações de sentido. Nesse ponto exsurge delineia-se claramente um traço fundamental da filosofia gadameriana, qual seja, a linguisticidade da compreensão. Ora, é no *medium* lingüístico que se dá o compreender; mais propriamente, como vimos em Heidegger, no “como hermenêutico”. E essa compreensão mesma pressupõe uma interpretação, inexoravelmente reflexiva em relação ao sentido antecipado, consistindo ambas na força-motriz do círculo hermenêutico gadameriano.

O círculo hermenêutico de Gadamer melhor seria descrito como uma espiral hermenêutica¹⁷, visto passar pela expansão contínua do horizonte compreensivo do sujeito, sem retornar a um ponto inicial ou, tampouco, funcionar como um mero ciclo. Ora, o compreender do sujeito sempre aprofunda a imersão do sujeito na tradição, não no sentido de empacar na antecipação de sentido, mas sim de alargar o âmbito pré-compreensivo, donde a própria compreensão também volta a se desenvolver.

Esse movimento de ir-e-vir entre pré-compreensão e compreensão, na filosofia gadameriana, está intrinsecamente ligado à noção de *applicatio*. Nesse aspecto consubstancia-se um dos elementos mais radicais do pensamento do autor no que concerne à quebra da dicotomia sujeito-objeto. Ao entender toda atividade compreensivo-interpretativa como direcionada ao mundo prático, Gadamer pressupõe esse direcionamento como o sentido mesmo do que se pode entender por aplicação. De tal maneira, fundem-se, em uma unidade, compreensão, interpretação e aplicação; todo pré-compreender já é acompanhada por um interpretar (reflexivo) e direcionado para uma dada aplicação¹⁸.

¹⁷ “O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico", pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão.” (GADAMER, 1999, pp.439-440)

¹⁸ “A compreensão se dá como uma antecipação do todo de um fenômeno e só é possível porque somos um ser inserindo nesse mundo de linguagem que se manifesta. Essa compreensão que se revela como desvelamento do ser de um ente se dá, portanto, no plano hermenêutico, que é o plano da faticidade. Isso faz com que toda compreensão, inclusive a de um texto, se dê por força da pré-compreensão factual, logo, como aplicação. Compreensão e aplicação são, portanto, faces de uma única operação” (CARNEIRO, 2008, p.10)

Na esteira do pensamento acima exposto, outro pressuposto do pensamento de Hans-Georg Gadamer é a historicidade do ser. A cadeia comunicativa em que se insere o sujeito traça os limites e arestas de sua compreensão, donde origina-se a noção de ser finito. Tal pensamento contrapõe-se ao historicismo característico do pensamento iluminista e sua busca por verdade absoluta; visto que o horizonte interpretativo é limitado pela tradição (entrega) – e também dotado de possibilidades de expansão por esta – a verdade universalizante, absoluta, seria uma contradição no próprio modo-de-ser. Assim, a subjetividade do paradigma representacional dá lugar a uma apresentação hermenêutica perpetrada no contexto de um movimento em espiral de continuidade¹⁹.

Gadamer adota, ainda, a consciência da história efetual como um princípio hermenêutico de alta importância, o qual implica a exigência de estar consciente da situação hermenêutica própria, com o intento de experienciá-la diligentemente e permitir uma compreensão objetiva no campo das ciências do espírito.

O filósofo de Marburg, mais uma vez acompanhando Heidegger, não busca um afastar-se dos preconceitos, mas sim o reconhecimento (reflexivo) da situação hermenêutica do *dasein*, de maneira a afastar, na medida do possível, os pré-conceitos negativos e potencializar os positivos, com o objetivo de evitar que a antecipação de sentido resulte em velamento da objetividade das coisas mesmas. Para o alcance de tal desiderato, nada melhor do que a distância temporal, a qual proporciona um maior grau de reflexividade a respeito de um evento em cotejo com a tradição partilhada, numa interpretação em que se reconhece uma espécie de reunião da historicidade mediante uma fusão de horizontes.²⁰

Gadamer reconhece que a consciência da história efetual, intrinsecamente ligada à interpretação da própria pré-compreensão – nos moldes heideggerianos, nos submete de forma inexorável, o que resulta na impossibilidade de manejar sua ação como horizonte a um ponto de clareza definitiva²¹. O conceito ora trabalhado significa que nossa consciência é

¹⁹ “O compreender deve ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que como um retroceder que penetra um acontecer da tradição, no qual é o que tem de fazer-se ouvir na teoria hermenêutica, demasiado dominada pela idéia de um procedimento, de um método [...] A antecipação de sentido, na qual está entendido o todo, chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo”. (GADAMER, 1999, p.436)

²⁰ “[...] num sentido verdadeiramente hermenêutico, isto é, com a atenção posta no que foi dito: a linguagem em que nos fala a tradição, a saga que ela nos conta. Também aqui se manifesta uma tensão. Ela se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. E esse entremeio (Zwischen) é o verdadeiro lugar da hermenêutica” (GADAMER, 2002, p.391).

²¹ “Para Gadamer, não é a história que nos pertence, na verdade nós é que pertencemos a ela. Por essa razão, a história é marcada sempre por uma característica ineliminável: o ser histórico nunca pode simplesmente transformar-se em transparência plena. A historicidade não é, para Gadamer, simplesmente a determinação do limite da razão e de sua pretensão de atingir uma verdade absoluta, mas é, muito mais, a condição positiva para o

cunhada pela história efetual, mas, ao mesmo tempo, exige que reconquistemos tal consciência. Podemos enxergar tal reconquista tanto como “a exigência por um esclarecimento da nossa historicidade, no sentido da elaboração de nossa situação hermenêutica”, quanto como uma percepção dos limites estabelecidos por esse esclarecimento. Esse último aspecto está intrinsecamente ligado aos temas da temporalidade e da finitude do ser.

a consciência histórico-efetual é a mais unívoca expressão filosófica para a consciência da própria finitude. O reconhecimento da finitude humana não gera, todavia, nenhuma atrofia da reflexão [...] obstrutivo era antes o direcionamento histórico da compreensão para um ideal de conhecimento metafisicamente condicionado. (GRONDIN, 1998, pp.191-192)

Conclui-se, em breve síntese, que o ser, histórico, finito e inserido numa cadeia comunicativa, não interpreta mediante um modelo fragmentado e sistemático que admita a alteridade do objeto a ser interpretado; não há interpretação precedente à compreensão, e sim uma interpretação reflexiva de compreensões inexoravelmente aplicativas. A dicotomia proposta pelo modelo da filosofia da consciência consubstancia-se e, paradoxalmente, cai por terra, quando assume como pressuposto uma cisão entre tais elementos, o que importa no não reconhecimento da diferença ontológica. Ora, o homem só compreende e só se comunica mediante linguagem, à qual está ínsita a noção de partilha tradicional; não há existência humana factível na ausência de linguagem, pois a própria linguagem representa condição de existência desse mesmo homem – retomando Heidegger, o homem existe-aí, para o *dasein* e mediante linguagem²².

Expostos os contornos gerais do pensamento hermenêutico gadameriano, abordemos o debate hermenêutico travado entre Gadamer e Emilio Betti.

2.3. O DEBATE HERMENÊUTICO BETTI-GADAMER

Este tópico abordará as funções da interpretação jurídica no pensamento de Betti, para, em um segundo momento, cotejar o pensamento do autor com a hermenêutica filosófica

conhecimento da verdade. Daí a conclusão: exigir um critério para uma verdade absoluta significa nada mais do que cultuar um ídolo metafísico”. (OLIVEIRA, 1996, p. 232)

²² “Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível [...] Assim, pode-se dizer com Gadamer que os pré-conceitos não são pré-conceitos de um sujeito, mas muito mais a realidade histórica de seu ser, aquele todo histórico de sentido no qual os sujeitos emergem como sujeitos”. (OLIVEIRA, 1996, pp. 228/229).

gadameriana.

2.3.1. Funções da interpretação em Emilio Betti

Betti entende que uma função recognitiva, como uma reprodução interna, sempre estará presente na interpretação, nos moldes de uma revivência transposta e retraduzida para a atualidade espiritual de um sujeito. No entanto, nem sempre tal sujeito comunicará a terceiros a compreensão que teve. Quando isto ocorre, no entanto, está o sujeito a realizar uma recriação exterior, transitiva e social, destinada a comunicar a um interlocutor, atividade que indica uma função representativa da interpretação. Trata-se de nova manifestação, que “representa o sentido alcançado numa dimensão espiritual diferente daquela em que o pensamento é originariamente concebido ou pelo menos fixado, de modo a concretizá-lo e a objetivá-lo numa nova manifestação” (BETTI, 2007, LXIX). Nessa hipótese, o problema interpretativo não se esgota, com a recognição do sentido, sendo necessária a substituição de uma forma incompreensível por outra que se torne compreensível por um interlocutor distinto daquele a que se destinava a forma original. Tais formas unem-se por um vínculo deontológico de subordinação, chamado pelo autor de “fidelidade da função representativa”. Betti esclarece que a fidelidade é implícita e conatural à função recognitiva da interpretação, mas, no caso da função reprodutiva ou representativa, servirá como critério de qualidade, instrumentalizável pelos cânones da autonomia e da totalidade do objeto, questão que suscita o problema da “antinomia entre a exigência de fidelidade ao pensamento original e a exigência de espontaneidade e de renovação que emana da atualidade do entendimento” (BETTI, 2007, p. LXX)²³, traduzida, no campo jurídico, no campo do tradicional embate entre *mens legis* e *mens legislatoris*.

A interpretação jurídica, segundo Betti (2007, LXVII e ss.), envolve, ainda, uma terceira função. Transcendendo a pura recognição do pensamento consubstanciado na lei ou em qualquer outra fonte do direito, presta-se a integrá-lo e realizá-lo na vida de relação quanto à composição preventiva de conflitos de interesse que nela são previsíveis. Trata-se da função normativa da interpretação: “a função de deduzir, por fim, suas máximas de decisão e de ação

²³ “[...] para encontrar dentro do seu aparente hermetismo aquele lirismo que a circunda e transcorre silenciosamente. Trata-se não apenas de “resolver” esse lirismo, mas de acolhê-lo congenial e fraternalmente na atualidade do sujeito, restituindo-o à justa perspectiva como uma substância que pertence à espiritualidade alheia e pretérita, e não só se transforma, mas volta a ser forma viva. O controle por parte dos ouvintes é possível, na medida em que o intérprete revela a si mesmo e o original numa coincidência, na qual, ainda que perfeita, os ouvintes podem a qualquer tempo reconhecer o “duplo fio da única corda” (BETTI, 2007, p. LXXI-LXXII)

prática, a serem observadas e aplicadas: a função de desenvolver seus critérios diretivos, aos quais a tomada de posição e ação no mundo social devem se conformar, segundo a ordem jurídica que nele vigora”²⁴. Isso não significa, no entanto, que o autor não identifique uma função representativa na interpretação jurídica.

o intérprete precisa reconstruir, antes de mais nada, a ideia originária da fórmula legislativa ou o sentido inicial do ato jurídico, mesmo que, com ele, não tenha terminado de cumprir sua tarefa. [...]. Além disso, o intérprete deve – como assim o fez quem já emanou a norma ou a pronúncia de caráter preceptivo – imaginar-se nas reações e repercussões prática e, nesse sentido, dramatizar para si mesmo o êxito da interpretação que está para propor e sustentar. Em suma, diferentemente do intérprete que tem em vista um êxito puramente cognoscitivo, o intérprete aqui tem em vista, por meio do resultado intelectual, um êxito prático, que leva a tomar posição em determinadas situações pressupostas com antecedência. [...]. A interpretação que interessa ao direito não pode contentar-se com uma reconhecimento teórica, mas deve ir além, seja para tornar o preceito assimilável pela vida, seja para submeter o fato a um diagnóstico jurídico. (BETTI, 2007, p. 7-8)

Em outras palavras, Betti (2007, p. 6) percebe que tanto a representação, como atividade puramente teórica, quanto a ação, como atividade prática, podem ser vinculadas e comandadas por uma diretiva preestabelecida. Ora, assim como a obra original representada serve como um paradigma a ser reproduzido a partir do interior pelo sujeito, a norma serve como critério de decisão (para o juiz) ou máxima da ação (para os destinatários comuns). De tal forma, o reconhecimento da vinculatividade jurídica de um dado princípio diretivo não afasta o elemento reprodutivo típico da função representativa, ainda que este não se esgote em uma atividade destinada a uma experiência contemplativa. O juiz, o cientista do direito e o destinatário comum funcionam como intermediários entre a manifestação de pensamento da autoridade responsável pela ponência da norma e o público interessado em entendê-la. Tal expediente intermediário substitui a forma representativa originária por uma “forma representativa *equivalente*, dotada de uma eficácia comunicativa idônea para fazer com que seu sentido seja compreendido” (BETTI, 2007, LXVIII). Isso é válido até mesmo para o destinatário comum, o qual, ao orientar-se na vida prática pelo reconhecimento do conteúdo normativo, comunica-se intersubjetivamente como praticante de condutas lícitas.

Betti preocupa-se em esclarecer que a função normativa da interpretação jurídica não quer dizer que a atividade de interpretar um ato normativo seja uma atividade prescritiva, institutiva de atos normativos. Nega, portanto, o que chama de “fusão afetiva heteropática”,

²⁴Em suma, nesse caso, a interpretação, longe de exaurir-se numa reconhecimento meramente contemplativa do significado próprio da norma, considerada na sua abstração e na sua generalidade, ultrapassa e realiza uma especificação e uma integração do preceito a ser interpretado: o que leva a estabelecer uma complementaridade concorrente, um círculo de *recíproca e contínua correspondência*, entre o vigor da lei (ou fonte de direito), de onde se deduzem as máximas da decisão, e o processo interpretativo que delas se faz na jurisprudência e na ciência jurídica”. (BETTI, 2007, LXVI-LXVII)

dado que nem ao juiz, muito menos ao cientista e ao destinatário da norma, caberia “identificar-se com um legislador mítico”.

A própria execução da lei ocorre num plano de legalidade, que não requer o comportamento espiritual da identificação com o autor da norma a ser executada. Não se trata absolutamente de “reproduzir em si o ato normativo como critério ou princípio para explicar a própria atividade normativa, já explicada pelo legislador”, nem de “assumi-lo como conteúdo de um ato normativo próprio”: conforme tal critério, não haveria interpretação jurídica além daquela autoritativa oficial e vinculante do órgão estatal competente para aplicar a lei. [...] [...] quando no presente curso se fala de função normativa da interpretação jurídica, alude-se tão somente à sua destinação, e não à eficácia vinculante que lhe pode dizer respeito concretamente”. (BETTI, 2007, p, 14)

A função normativa diz respeito ao caráter prescritivo do objeto da interpretação, e não a suposta eficácia vinculante do resultado interpretativo, dado que a autoridade responsável pela elaboração da norma jurídica é o legislador, cuja atividade valorativa é reproduzida para fins de conhecimento de um dever-ser preteritamente posto, e não de um novo dever-ser criado pelo sujeito interpretante. A função representativa da interpretação de uma norma, portanto, não significa uma reelaboração discricionária da norma, mas sim uma atividade de conteúdo pré-determinado pela manifestação legislativa, a qual é vinculante para o intérprete, seja ele o cientista, o destinatário comum ou o próprio juiz.

Betti enxerga o objeto cultural como forma representativa, espírito objetivo plasmado pela subjetividade de seu autor, mas que ganha autonomia a partir do momento em que é lançado ao mundo. O autor propõe que toda interpretação, inclusive a jurídica, pressupõe a realização, a partir da contemplação do substrato material da forma representativa (texto normativo), de uma inversão do processo criativo, na qual os intérpretes devem exercer um papel de atualização da intenção originária, sem, no entanto, desrespeitá-la e compreendendo o objeto não na parcialidade de seu criador, mas sim na dialética entre essa parcialidade e sua totalidade autônoma. O autor defende que o conhecimento da valoração originária do legislador, que perpassa de modo latente as palavras da lei e constitui a *ratio* normativa, é imprescindível para se estabelecer em que medida sobrevieram variações de sentido com o surgimento de mutações no ambiente social ou de novas diretrizes adentro do ordenamento jurídico, de forma a equilibrar o interesse estático da constância, salvaguarda e segurança da normação jurídica, com a exigência dinâmica da adaptação e configuração ajustada à direção da evolução social, mas sem prejuízo da continuidade. (LARENZ, 1997, p.449)

Vejam, agora, como a hermenêutica filosófica gadameriana contrapõe-se ao pensamento de Betti.

2.3.2. O debate entre a hermenêutica metodológica de Betti e a hermenêutica filosófica de Gadamer

A crítica de Hans-Georg Gadamer à busca incessante pelo método correto a ser aplicado em determinado tipo de interpretação deu ensejo a uma acusação de relativismo que lhe foi dirigida por Betti, para quem uma interpretação que não seguisse o método apropriado seria desprovida de objetividade e segurança. Surge, então, o debate hermenêutico entre ambos.

Na visão bettiana, o objeto cultural é um ente dotado de alteridade. Apesar de criado a partir de atividade humana e de carregar em sua composição a subjetividade nele impressa no momento de sua elaboração, constitui um ser autônomo e objetivo, tal qual um filho que se separa da mãe ao nascer. Betti vincula-se à dicotomia sujeito-objeto, mas busca escapar do psicologismo. Para tal desiderato, pretende utilizar-se de rigorosos passos metodológicos (cânones interpretativos), os quais levariam ao encontro de uma verdade objetivada. A intenção do autor de um objeto cultural, de psicologismo, torna-se evidência a partir do momento em que se admite a impressão dessa intenção na forma representativa, possibilitando a sua compreensão mediante a contemplação do substrato material. Postas tais premissas, podemos perceber que Betti enxerga a interpretação (*auslegung*) e a compreensão (*deutung*) como momentos diferentes. A relação entre interpretação e compreensão consubstanciar-se-ia no conceito de *verstehen*. O filósofo entende a interpretação como o método utilizado para se chegar à compreensão. A interpretação seria um processo dotado de objetividade relativa realizado por um sujeito cognoscente ao deparar-se com a forma representativa, objetivação do espírito humano em um substrato material, e teria como resultado aquilo que se denomina compreensão.

Gadamer (2006, p. 512) destaca como erro central de Betti sua aderência à interpretação psicológica concebida por Schleiermacher.²⁵ Ainda que o autor italiano tente superar tal psicologismo, acaba incorrendo em uma analogia com a interpretação psicológica ao tratar a compreensão como uma reconhecimento e uma reconstrução do significado em que uma

²⁵“A discussão acerca do equilíbrio entre os aspectos subjetivos da interpretação e sua capacitação como elemento do sistema comunicacional da sociedade tem ocupado lugar privilegiado na teoria hermenêutica, desde os seus primeiros passos, com os estudos bíblicos de Schleiermacher, para quem 'a arte da compreensão correta do discurso de um outro', além de pressupor a reconstrução histórica dos elementos subjetivos da estrutura discursiva, exige a apreensão de seus elementos objetivos, através de uma prática metódica voltada para a justificação racional do resultado da interpretação. O caminho aberto por Schleiermacher foi decisivo para o desenvolvimento ulterior de uma epistemologia das ciências sociais, sustentada na ideia de *compreensão* como método de apreensão peculiar ao conhecimento de objetos marcados pela presença do valor”. (MURICY in BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p. 103-4)

mente fala para outra por intermédio das formas representativas contemporaneamente consideradas, nos moldes da inversão do processo criativo. O erro está, como em Schleiermacher, em não perceber que a reconstrução das circunstâncias originais não nos leva ao original, pois o sentido do trabalho, dada a historicidade, não se presentifica reprodutivamente. Betti busca, portanto, garantir a objetividade da compreensão por via de um psicologismo com matiz romântico, vinculando, equivocadamente, sentido e subjetividade.

Ao contrário do que pode parecer no contexto do debate, Gadamer não é um inimigo do método ou, muito menos, um inimigo da verdade. Sua rejeição diz respeito a uma concepção constitutiva de método, como caminho que levaria à resposta correta²⁶. Ao partir do paradigma da filosofia da linguagem, a hermenêutica gadameriana desloca o foco da objetividade e da metodologia para o âmbito da especulação e da ontologia, colocando a historicidade como pressuposto da impossibilidade de fragmentação dos atos interpretativo e compreensivo. Nega-se, então, a velha tradição do pietismo, em que o problema hermenêutico era dividido em *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação), a qual não chegou ser ultrapassada pela hermenêutica metodológica de Betti (GADAMER, 1999, p. 459-60).

Gadamer (1999, p. 462 e ss.), tendo em vista o exemplo da compreensão jurídica, critica também a artificialidade da cisão entre as funções cognitiva, normativa e representativa da interpretação indicadas por Betti e a conseqüente distinção entre o conhecimento científico e uma aplicação posterior. Em verdade, nem a interpretação reprodutiva seria capaz de configurar-se como uma forma autônoma, dada a inexorabilidade de que a exteriorização performática pressuponha a compreensão do sentido originário do texto (função recognitiva) e o momento normativo que limite as exigências de uma reprodução estilisticamente justa.

É necessário compreender a transposição da diferença ôntico-ontológica para a relação entre norma (sentido, hermenêutico) e texto (ente), inclusive, obviamente no tocante ao texto constitucional e seu sentido. Apenas a consciência de tal irreducibilidade ôntico-ontológica permite ao *dasein* furtar-se ao velamento da alienação, mormente mediante uma postura crítico-reflexiva a respeito das antecipações de sentido, o que demanda um entrar diligente no

²⁶É um erro considerar Gadamer um arquiinimigo do método. O método é básico e indispensável para todas as áreas da investigação humana. Ele reconhece isso. O problema surge quando o método é visto como o melhor e único caminho para a obtenção do conhecimento. Nesse ponto, a hermenêutica, mediante uma análise filosófica, tenta demonstrar os limites e deficiências do método, sua não-universalidade. Segundo Gadamer, universal é a hermenêutica, e não o método. A verdade gerada metodicamente bitola o investigador no tocante a outras formas de verdade. Daí o título da obra de Gadamer "Verdade e Método" (PALMER, 2005 – tradução nossa)

círculo hermenêutico, com a consciência de que todo caso deve ser compreendido em sua unicidade (STRECK, 2008, p.299)²⁷. É justamente esse não dar-se conta da situação hermenêutica que implica na não-verdade quando da compreensão do sentido das normas jurídicas, de maneira a permitir a perpetuação de alguns dos vícios do paradigma da filosofia da consciência partilhado por Betti e sua crença na metodologia em sentido constitutivo como caminho para o alcance da verdade. O conhecimento de um texto jurídico e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, donde a superação do pensamento bettiano pela hermenêutica filosófica.

Após a exposição dos pontos de confronto entre Betti e Gadamer e um conseqüente aprofundamento da compreensão da rejeição da hermenêutica filosófica ao paradigma representacionista, podemos estudar a concepção de representação adotada pela hermenêutica filosófica.

2.4. A CONCEPÇÃO GADAMERIANA DE REPRESENTAÇÃO

Gadamer (1999, p. 229) realiza uma revisão da concepção de representação cunhada por Leibniz, por quem o conceito é empregado matematicamente em sua teoria metafísica da *repraesentatio universi* existente em cada mônada. A mudança subjetiva natural do conceito de representação como *Vorstellung* origina-se na subjetivação do conceito de “ideia” no século XVII. Representação, nos termos de Leibniz, é a expressão matemática de algo, a referência univocamente subordinada a alguma outra coisa. Gadamer critica tal postura representacionista, estranhando que Leibniz não se tenha deixado influenciar pela concepção sacral-jurídica de representação (*Vertretung*) cunhada na tradição do direito canônico a partir da doutrina cristã da encarnação e posteriormente transposta para o direito laico. Desenvolvida por Nicolau de Cusa, a representação em sentido jurídico, segundo Gadamer, não pode ser vista como cópia, tendo como elemento essencial a circunstância de o representante estar a exercer os direitos da *persona repraesentata* de forma dependente em relação a esta. Não se trata ainda, no entanto, de *Darstellung*, no sentido da representação do divino na forma

²⁷ “Não devemos esquecer – e a advertência vem de Gadamer – que existem sempre dois mundos de experiência no qual ocorre o processo de compreensão: o mundo de experiência no qual o texto foi escrito e o mundo no qual se encontra o intérprete. O objetivo da compreensão é fundir esses dois mundos, em um determinado contexto, que é a particularidade do caso, a partir da historicidade e da faticidade em que estão inseridos os atores jurídicos. Por isso, acrescento, *fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade*. Isso seria subsunção, e a justificação, nos moldes em que se deseja as decisões no Estado Democrático de Direito, não tem lugar nos raciocínios subsuntivos/dedutivos” (STRECK, 2005, pp.28-29).

litúrgica durante o século XIV. A partir do século XVII, *Darstellung* torna-se a representação em sentido teatral vista como obra, de forma que o elemento artístico alcança independência em relação à função litúrgica.

Gadamer, em seu esforço superador da filosofia da consciência (paradigma representativo) de Leibniz, entende que a geração de uma imagem pela atividade imaginativa dirigida a um texto é uma representação do compreendido, mas sem qualquer referência necessária a um objeto sensível. O texto intuitivo coloca o leitor frente a uma imagem viva do que está sendo nele apresentado. O intuitivo diz respeito à abertura da obra, a qual independe da viabilidade de uma ilustração do sentido compreensivo. Ainda que o texto trate de um objeto, neste nunca se esgotará seu sentido, dada a sua relação com o criativo, o que se torna claro pelo exemplo da intuição do divino que se dá com a leitura da Bíblia, sem que seja viável uma apresentação física de tal sentido (GAY, 2010, p. 29-31)

A formação da intuição é a formação da representação na imaginação. Este é o momento criativo, o qual não precisa da presença de um objeto físico para acontecer. A presença faz-se na obra, sendo prescindível a referibilidade a um elemento sensível para que tenha sentido. A conformação da imaginação refere-se, isso sim, ao mundo do *logos*. Nada disso significa uma rejeição da materialidade da obra, mas apenas uma preocupação em não tomar a materialidade *per se*. O que Gadamer quer é fugir da distinção platônica entre as percepções sensível e conceitual e sua concepção de representação como cópia. Ao contrário, o filósofo alemão, em uma revisão do que se entende por “mímesis”, assume uma concepção de apresentação superadora da dicotomia sujeito-objeto (GAY, 2010, p. 31-4)²⁸.

Em Gadamer (2006, p. 145), o jogo, como entrega participativa ao jogo de reflexão presente na obra, é um representar, uma mímesis, não no sentido de imitação, mas sim no de fazer algo presente tal como o conhece, ou seja, mais do que o já conhecido, trata-se de reconhecimento. A representação, pois, é tomada aí como um processo ôntico que incrementa o ser. O conteúdo da imagem determina-se ontologicamente como emanação da imagem original, e não como cópia. A apresentação, como *Darstellung*, abarca o jogo e a imagem, a comunhão e a *representação* (em sentido sacral-jurídico, na sua relação de incremento do

²⁸ “Estamos acostumados a traduzir mímesis por 'imitação' e não por 'representação' ou, menos ainda, por 'apresentação'; essa aceção é mais precisa pois reflete que a realidade apresentada artisticamente é, ao mesmo tempo, reconhecida e construída, descoberta e inventada, e que a mímesis artística incorpora uma referência produtiva, interpretativa; portanto cria fazendo surgir algo da realidade que antes não era visível, desse modo abre sua essência. A mímesis, assim entendida, é reprodução da essência; trata-se de um acontecimento ontológico, entanto não copia o que há, mas antes faz ser. (OÑATE Y ZUBIA, 2005, p. 515)

próprio ser com o original)²⁹.

Gadamer, utilizando como parâmetro as obras de arte, indica que estas não podem ser pensadas como separadas do seu suporte material (ente). A obra de arte abre e encerra um mundo simultaneamente, e esse mundo não encontra, e nem precisar encontrar, referibilidade no mundo real. A obra sustenta-se em si mesma e não pode ser tratada como um mero portador de sentido, mas sim como ênfase em sua insubstituibilidade e na tensão entre o velamento e o desvelamento, traduzido heideggerianamente como *aletheia* (verdade). A obra, como conformação (*Gebilde*), não remete a um significado dotado de um referente. Ou seja, representação, para Gadamer, não significa a substituição, como mera replicação, de uma realidade previamente existente, mas sim uma presentificação absoluta. Cada obra é uma conformação singular, um símbolo propriamente dito, o qual mostra em si seu próprio sentido ao representá-lo. É, pois, autorepresentação, dotada de identidade hermenêutica. Há na obra algo a *ser* compreendido, uma legalidade cuja finalidade é sua própria representação³⁰.

O termo “presentação” (*Darstellung*) revela melhor o que Gadamer quer expressar com sua revisão da noção de “representação” (*Vorstellung*). Trata-se da atualidade da obra, seu caráter presente, imediato como o de uma conversa, um jogo. Ora, o termo representação em Gadamer (1999, p. 255-6) só faz sentido caso seja compreendido como uma apresentação, pelo texto, de si próprio, e não como um evento da experiência que se dá no momento da criação artística e é meramente repetido na mente do intérprete. A representação, portanto, é um elemento estrutural ontológico universal, de forma que a reprodução é o modo-de-ser original do trabalho artístico.

(p. 64 e ss.)

Gadamer (2006, p. 133-5) ilustra a ideia de apresentação com a comparação dos casos das artes cênicas e da fotografia. No primeiro caso, a apresentação dá-se de forma dobrada, já que tanto o roteiro escrito da peça quanto a sua execução pelos artistas são apresentações, desprovidas de qualquer diferença substancial. Ambas apresentam um mundo próprio, e não uma cópia do mundo real. Da mesma forma, a performance da peça não é uma reprodução do

²⁹ “[...] representação” é um momento, universal e ontológico, da estrutura do estético, um acontecimento ôntico [...] Ao final do sentido universal do jogo tínhamos reconhecido o sentido ontológico da representação no fato de que a “re-produção” é o modo de ser originário da própria arte original [...]. A presença específica da obra de arte é um vir à representação do ser”. (GADAMER, 1999, p. 256)

³⁰ “Este é o ponto em que o simbólico da arte enlaça com o seu caráter de jogo. O conceito de jogo é a metáfora com a qual Gadamer expressa o trabalho da contemplação construtiva. Quem compreende uma obra de arte não se posiciona passivamente, mas se entrega ao jogo de reflexão que está presente na obra, pois esta exige de nós que participemos ativamente da construção. Isto é o que se referia acima como o deter-se, em que a obra não está fechada hermeticamente. Se o estivesse, só poderíamos reconhecer seus caracteres externos, tais como forma, ou cor, ou dimensão, sendo capazes de descrevê-la em termos técnicos” (GAY, 2010, p. 67)

roteiro escrito no sentido de *mimesis* como imitação. Há *mimesis* dupla é uma: é a mesma coisa que vai à existência em ambos os casos. A apresentação, pois, está essencialmente ligada ao original representado, mas é muito mais do que uma cópia, o que é percebido no exemplo da fotografia, a qual, em sua própria realidade, é uma representação na qual o representado se faz presente. Não há qualquer diferença no nível ontológico entre a presença autônoma do representado ou a sua apresentação pela fotografia.

A apresentação (*Darstellung*) funde uma peça teatral como coisa mesma e como performance, em uma indistinção na unidade de verdade compreensível como obra de arte. Investigações sobre a origem do enredo elaborado pelo roteirista, bem como da concepção assumida pelos atores em sua performance, significam um movimento para o exterior da experiência real da peça teatral. Não importa o quanto esse caminho retrospectivo seja percorrido, pois a estrutura não fica enclausurada na subjetividade do que pensam os atores. A estrutura é corporificada aí, sendo determinante, portanto, não propriamente a variação subjetiva de concepções, mas sim as próprias possibilidades de ser do trabalho como ele se manifesta (GADAMER, 2006, 117)

No campo das obras escritas, estabelece-se, a partir do pressuposto da universalidade da hermenêutica, um modo de ser comum a todas as formas textuais, sejam elas literárias, artísticas ou até mesmo jurídicas³¹. “A compreensão deve ser entendida como parte da ocorrência de sentido, em que se formula e se realiza o sentido de todo enunciado, tanto dos da arte como dos de qualquer outro gênero de tradição” (GADAMER, 1999, p. 263). A compreensão pela leitura não é um tipo de produção no qual o trabalho artístico, embora permanecendo na esfera íntima do leitor, adquire uma existência independente. Ao contrário, a leitura silenciosa adquire caráter performático. A performance, pois, assume uma acepção mais ampla, não exigindo uma externalização, no sentido de apresentação partilhado no século XVII, mas sim no sentido de representação, como fazer-se presente. A compreensão, sendo lingüística, independente de tal exteriorização apofântica, já que elementos performáticos como ênfase e ritmo também fazem parte, por exemplo, da leitura silenciosa, a

³¹ “Do modo de ser da literatura participa toda tradição lingüística, não somente os textos religiosos, jurídicos, econômicos, públicos e privados de toda classe, mas também os escritos em que se elaboram e interpretam cientificamente esses textos transmitidos, e, por consequência, todo o conjunto das ciências do espírito. [...]. Nossa compreensão não se volta especificamente para o desempenho de formulação, que lhe convém como obra de arte, mas para o que nos diz. [...] a diferença entre uma obra de arte literária e qualquer outro texto literário já não é fundamental. [...]. Dá-se uma profunda comunhão entre todas as obras literárias, no fato de que a formulação lingüística permite que o significado que deve ser expresso chegue a ser operante. [...]. (GADAMER, 1999, p. 256 e ss.)

qual, também dotada da qualidade de evento, não se diferencia drasticamente do recitar³². Entendendo-se a obra como aquilo que se presentifica no evento da performance, toda performance é um evento e, seja qual for sua forma, não constitui uma criação de um novo sentido.

Concluimos, com este item, a exposição dos elementos filosóficos essenciais à análise crítica da relação entre hermenêutica jurídica e representação na proposta científica da Escola de Exegese, vertente do pensamento jurídico a ser abordada no próximo tópico.

2.5. SEPARAÇÃO DE PODERES E O EXEGETA: NUNCIANÇA, PRESENTAÇÃO OU MANIPULAÇÃO?

O presente tópico consiste em uma análise crítica da relação entre o pensamento da Escola de Exegese e o princípio da separação de poderes à luz das noções estudadas nos tópicos anteriores, com destaque para o papel ocupado pelo juiz na referida vertente jurídico-epistemológica.

2.5.1. O princípio da separação de poderes e seu ideal de neutralidade axiológica

O advento do Iluminismo e seu racionalismo sistemático deram vida a uma nova forma de Estado, deveras diferente das existentes outrora. O poder estatal não mais se concentraria nas mãos de um soberano, de maneira a ser repartido igualitariamente entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal novidade no modelo de Estado típico da sociedade ocidental foi concebida em companhia de uma espécie de revolução jurídica: os cidadãos passaram a ser formalmente iguais. A positivação de tal distribuição do poder e das funções estatais estabeleceu as bases do novo Direito, fundamentado na ideologia da Modernidade e em seus ideais de sistematização, codificação e operacionalidade.

A separação de poderes constitui o fundamento básico da estrutura operacional do Estado de Direito. Limitar a esfera de ação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário não representa apenas uma forma de evitar confusões de ordem política entre os órgãos nos quais consiste a concepção moderna de Estado. Administrar, legislar e aplicar são prerrogativas da

³² “Não é apenas a tradição escrita que é alienada e necessita de uma assimilação nova e mais vital; tudo que não está mais situado imediatamente em um mundo – ou seja, toda tradição, seja arte ou outras criações espirituais do passado: direito, religião, filosofia, e daí por diante – é alienado do seu significado original e depende do espírito desvelador e mediador a que nós, como os gregos, demos o nome de Hermes: o mensageiro dos deuses”. (GADAMER, 2006, pp. 153 – tradução nossa)

visão do Estado como uma ágil engrenagem, devidamente sistematizada e planejada. A rigor, posta a pretensão de unidade do poder estatal, o que ocorre, muito mais do que uma separação estrutural de poderes, é uma distribuição dinâmica de funções, a qual, para evitar a prevalência de um dos três Poderes sobre o outro, mesmo que dentro da estrita legalidade formal, dependeu da concepção do Sistema de Freios e Contrapesos, entendido com um mecanismo endógeno de controle do poder capaz de proporcionar um movimento recíproco de equilíbrio e flexibilidade política³³.

À estruturação do Estado de Direito nos moldes da separação de poderes no campo da filosofia política, correspondeu, no plano da epistemologia jurídica, o desenvolvimento de uma vertente científica baseada nos pressupostos da neutralidade axiológica do juiz em seu ofício decisório³⁴. A origem de tal perspectiva jurídico-científica remonta às revoluções burguesas, as quais marcaram a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea e foram caracterizadas pela busca de uma definição do conteúdo do direito natural, ou seja, de quais eram as normas válidas em virtude da própria natureza das coisas. Tomemos como paradigma a Revolução Francesa, cuja meta declarada era a criação de um Estado racional com base na liberdade, caracterizando uma circularidade entre a exigência de formação do homem livre para que este possa criar um Estado racional e a exigência de criação de um Estado racional para que este possa formar o homem livre (GAY, 2010, p. 48-50). A justificação para tal liberdade foi encontrada no discurso jusnaturalista, vitorioso contra o direito anterior, que tinha base nos costumes e era considerado irracional e desorganizado. Os

³³ “O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais, ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios de cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo Legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências”. (DALLARI, 2003, p. 219-20)

³⁴ “[...] no âmbito do direito. A validade deste último também não era então referida a qualquer fundamento material (a um conjunto de valores de sentido material), mas apenas aferida por uma racionalidade formal. Pelo que – e mais especificamente –, a validade das leis que esgotantemente o objectivavam não deveria procurar-se para além delas: seriam válidas se pudessem dizer-se racionais, i.e., se fossem gerais, abstractas, formais e imutáveis. A racionalidade (formal) e a validade coincidem e, decerto por isso, Rousseau não hesitou em qualificar a lei moderno-iluminista (uma kantiana “forma *a priori*, susceptível de assimilar conteúdos muito diferentes – ou melhor, de todo indiferentes) como a “sublime instituição”. [...] não há apenas pressupostos ideológico-políticos na aludida redução do direito à lei (pois esta não é a mera expressão da *voluntas* política, implicando igualmente uma certa ideia de validade – de uma validade [in-]compreendida como a outra face da então absolutizadamente triunfante racionalidade universal, abstracta e formal)”. (BRONZE, 2006, p. 367-8)

valores justos por natureza eram os valores burgueses que inspiraram as revoluções dos séculos XVIII e XIX, ou seja, a igualdade formal, a racionalidade, a objetividade, a segurança e, especialmente, a liberdade. O espírito revolucionário é claramente evidenciado no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolvem declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”.

Concretizada a revolução, todo aquele estouro da luta emancipatória fundado no jusnaturalismo racional e que inaugurou a primeira fase da retórica dos direitos humanos (EDMUNDSON, 2006) deu lugar à necessidade de sedimentação da nova ordem. Passada a fase das promessas do racionalismo iluminista, na qual o conhecimento-emancipação afigurava-se como prevalente, era chegado o momento de quebra da tensão entre as duas contrapartes do conhecimento em favor da explosão do conhecimento-regulação (SANTOS, 2000). A mesma racionalidade em que se fundava o projeto de libertação das amarras da tradição pré-moderna seria aplicada em um projeto de sistematização que institucionalizaria e perpetuaria o ideário iluminista, mediante uma hipertrofia da racionalidade cognitivo-instrumental.

As codificações de Civil e Comercial de Napoleão foram os documentos utilizados para a positivação dos ideais do direito natural propostos durante a revolução. A crença de que o Código de Napoleão poderia ser aplicado às nações, independentemente das peculiaridades de cada cultura, visto incorporar a forma racional de organizar progressivamente a sociedade, ultrapassou as fronteiras francesas e alcançou, dentre outros, o jurista germânico Thibaut, que advogou no início do século XIX a modernização do direito da região mediante a sua codificação.

Embora os autores dos códigos franceses tivessem inspiração jusnaturalista, o direito codificado logo perdeu sua ligação direta com o direito natural, dado que o discurso jurídico foi reduzido gradualmente a sua faceta dogmática. Como bem dizia Recaséns Siches, todo período jusnaturalista é sucedido por um período positivista. Concretizado um ideal de justiça absoluta, metafísica, segue a necessidade de estabilizá-lo mediante um processo de validação. Temendo a ameaça de retorno dos absolutistas, nasce a Escola de Exegese, primeira manifestação teórica do pensamento positivista.

2.5.2. Escola de Exegese: expressão epistemológica do processo de positivação das normas jurídicas.

A modernidade cunhou um dualismo metodológico em que, de um lado, tínhamos uma técnica - a interpretação da lei e sua aplicação subsuntiva – e, de outro, a teoria da ciência do direito, que se ocupava de uma sistematização dogmática consistente, fundada em um padrão lógico-conceitualista, auxiliar à atividade aplicativa das leis³⁵. O dualismo moderno, que sustentava a existência de um direito ideal na esfera do pensamento sem fazer qualquer incursão na realidade prática, formou um sistema racional cuja forma plástica foi encontrada nos códigos. A legislação consistia em uma regulamentação racionalmente abstrata decretada antes do surgimento dos problemas práticos a que seria aplicada. A codificação, historicamente, figurou como a positivação do jusracionalismo. A Revolução Francesa, nesse contexto, serviu como o mediador necessário da realização histórico-prática do pensamento moderno, assim como a legislação serviu como mediação entre direito natural e direito positivo (BRONZE, p. 325; 350).

O processo de positivação das normas jurídicas é o procedimento básico do Estado de Direito em seu modelo clássico, entendido este como um ideal de subordinação do poder político a regras gerais, abstratas e não retroativas. A pretensão de combate à arbitrariedade e ao abuso de poder instrumentaliza-se pela institucionalização de um governo das leis, não dos homens (MENDES, 2011, p.75). A lei é entendida como um elemento de racionalização dos atos de governo, de forma a evitar a arbitrariedade do tirano e o subjetivismo dos juízes. A Escola de Exegese surge, então, como a expressão epistemológica desse processo sócio-político e seus cânones hermenêuticos, por trás do véu de racionalidade e do discurso de neutralidade axiológica, guardam a opção político-ideológica pela proteção de direitos de cariz liberal.

³⁵ “[...] antes do positivismo o direito ia-se constituindo à medida que se realizava, pois era uma prudência radicada em diversos critérios (no costume, em ponderações doutrinárias, na prática judicial...). [...] ao longo de toda a época pré-positivista, não se manifestava qualquer cisão metódica entre o pensamento jurídico [...] e o direito – em virtude de uma nota atrás relevada e segundo a qual este último ia sendo constituído à medida que o primeiro, assumindo a sua intenção, o realizava [...]. Não havia então, portanto, uma distinção marcada entre a intenção do pensamento jurídico e a do direito – uma vez que um e outro visavam a realização do justo concreto. Diferentemente, com o positivismo, a intenção constitutiva do direito passou a pertencer, em exclusivo, ao poder legislativo, nada tendo o pensamento jurídico a ver com a determinação do respectivo conteúdo. [...] para o positivismo, o jurista [...] apenas conhece o direito, mas não colabora na sua constituição: para o pensamento jurídico positivista o direito estava dado nas leis, que, por isso mesmo, se criavam antes para se aplicarem depois. Cindiu-se, então, portanto, o momento da criação do da aplicação do direito: o primeiro era 'monopólio' [...] do poder legislativo e o segundo competia ao jurista (diferentemente do que acontecia anteriormente, como se sabe, em que o direito se constituía à medida que se realizava)”. (BRONZE, p. 342;370)

A Escola de Exegese, como típica vertente do positivismo legalista, descrevia o significado de um texto legal como o conteúdo da vontade do legislador histórico, entendido este como o agente histórico responsável por decretar a lei. Larenz (1997, p. 446) identifica como elemento central do subjetivismo a origem antropológica das leis jurídicas, criadas pelos homens com o fulcro de estabelecer uma ordem social concretizadora de valores organizada sob dada orientação ideológica. Haveria, pois, uma intenção reguladora por trás do sentido objetivo do direito, a ser buscada no desígnio da autoridade competente para praticar a ponência de normas jurídicas. Podemos, então, depreender das teorias subjetivistas da interpretação jurídica uma concepção de cariz tipicamente positivista, marcada pelo voluntarismo antropocêntrico e pela ênfase na competência da autoridade estatal legiferante, a qual seria a única legitimamente imbuída do poder de determinar criativamente o sentido do direito.

Como explica Dascal (2006, pp.345 e ss.), o discurso jurídico tradicional (leia-se: positivismo novecentista) retrata a vontade do legislador histórico como um fato histórico do passado perpetrado por uma pessoa ou corpo coletivo, a ser reconstruído heurísticamente pelo juiz.³⁶ Tal reconstrução assume a noção de clareza do objeto científico como elemento central à concepção epistemológica do positivismo legalista, de forma a sustentar o posicionamento axiologicamente neutro do sujeito cognoscente.

³⁶ Larenz preocupa-se especificamente com a caracterização desse legislador histórico nas doutrinas legalistas novecentistas. Ainda que a referência de estudo de Larenz, pela pertença comum à tradição jurídica germânica, seja a *Jurisprudência dos Conceitos*, seus comentários críticos, reproduzíveis a seguir, são aplicáveis, *mutatis mutandis*, à Escola de Exegese: “Surge, abertamente e de imediato, a questão de saber de que pessoas se trata, quando perguntamos pela vontade ou pela idéia normativa «do legislador». Nos Estados modernos, o legislador não é uma pessoa individual, mas, em regra, uma assembléia, o parlamento, e em alguns Estados, um corpo legislativo composto por duas câmaras; de vez em quando é-o mesmo a totalidade dos cidadãos eleitores. Seria, evidentemente, inútil investigar as idéias que do significado desta ou daquela disposição legal fizeram todas as pessoas que tomaram parte no processo legislativo ou, pelo menos, aquelas que deram o seu assentimento ao projecto de lei. Tais idéias não podem ser averiguadas, e, se o pudessem, quais deveriam ser as determinantes quando são divergentes? Por este motivo, alguns contentam-se com a suposição de que os membros de um corpo legislativo, em regra, «aceitaram o sentido que os verdadeiros autores da lei deram conjuntamente ao texto legal por eles elaborado e que manifestam na exposição de motivos». Como «vontade do legislador» teriam, nestes termos, valido as idéias normativas da comissão consultiva ou dos relatores ministeriais que tomaram parte na elaboração da lei e, em todo o caso, as dos membros da comissão parlamentar. Com isto simplifica-se excessivamente a coisa. Certamente que a maioria dos membros do corpo legislativo confia, no tocante aos pormenores da lei por eles aprovada, na perícia, na circunspecção e na técnica de formulação, quer do autor do projecto, quer dos deputados pertencentes à comissão parlamentar competente. Face à extensão da legislação actual, eles próprios não estão de modo algum em situação de formar uma opinião pessoal sobre os pormenores dalei. Aquilo sobre que formam uma opinião e aquilo que na verdade aprovam é unicamente a intenção reguladora e os fins da lei, as repercussões sociopolíticas (sobretudo no caso de leis-medida), a «tendência» global da lei. Para além disso, tomam porventura posição sobre certas questões particulares que eram anteriormente controvertidas. No restante, contentam-se em dar a sua aprovação à lei na sua globalidade, confiando aí em que o texto está de acordo com os fins por eles aprovados e com os pontos de vista que, em sua opinião, são de ter em conta, e que serão interpretados neste sentido pelos órgãos chamados a aplicar a lei, pelas autoridades administrativas e pelos tribunais. A sua aprovação vale, portanto, só para o texto enquanto tal, não para uma determinada interpretação do texto” (LARENZ, 1997. pp. 463-4).

A crença no método esposada pela Escola de Exegese como caminho que levaria à verdade vai ao encontro da busca por um conhecimento universal típica do pensamento iluminista e da doutrina dos direitos naturais de primeira geração e sua preocupação com a igualdade formal entre os homens. Como todos os homens seriam dotados de potencial racional, a objetividade da resposta seria igualmente encontrável por qualquer deles, desde que assumissem metodicamente o devido procedimento científico³⁷.

Dascal encontra o fundamento filosófico da doutrina legalista do direito no princípio epistemológico cartesiano das ideias claras e distintas, o qual ocupa o lugar, no pensamento de Descartes, de um ponto arquimediano absoluto para o conhecimento, dado que a intuição de tais ideias proporcionaria um acesso imediato à verdade. Da mesma forma, o autor brasileiro também vê no empirismo, do qual toma Locke como referência, *mutatis mutandis*, a aceitação de ideias inquestionavelmente claras e certas, as quais teriam origem nas impressões sensoriais³⁸. Racionalistas e empiristas, portanto, tratam tais ideias claras como pontos de referência necessários e suficientes à apreensão do significado das expressões lingüísticas apropriadamente usadas, independentemente de qualquer definição ou interpretação.

A concepção da Escola de Exegese pressupõe que existe um significado claro objetivamente atribuível aos textos. A interpretação só seria necessária quando houvesse divergência a tal respeito, questão que poderia ser resolvida mediante a aplicação do procedimento interpretativo correto.

A distinção entre a situação da compreensão direta, quando se supõe que o texto está claro, e a dos textos duvidosos que requerem uma interpretação-S baseia-se nas características do próprio texto legal. Ou seja, ele é tomado como um fato objetivo, do qual o advogado deve estar ciente. Em outras palavras, existe uma qualidade objetiva do texto, a 'clareza', cujo conhecimento é uma pré-condição para se decidir se é necessário ou não apelar para uma interpretação-S. As duas máximas históricas, *clara non sunt interpretanda e interpretatio cessat in claris* são as 'marcas registradas' dessa doutrina tradicional (DASCAL, 2006, p. 332)

A perspectiva literal aqui tratada é chamada por Betti (2007, p. 229) de “preconceito

³⁷[...] um estatuto sancionado pelo parlamento. O significado desse texto ou está claro ou não está. Se estiver, então não há necessidade de interpretá-lo, pois é compreendido de maneira direta. Essa compreensão direta não é explicada, apenas alega-se que existe. No entanto, se um texto não estiver claro, então há necessidade de determinar o seu significado, eliminando a dúvida. Supõe-se que o texto tenha um significado definido e a tarefa da interpretação é descobri-lo”. (DASCAL, 2006, p. 344).

³⁸“Distinguir uma sua perspectiva dedutivista (que remonta ao geometrismo científico de Hobbes e postula uma vontade soberana, ilimitada e indivisível, a partir da qual, por dedução lógica, se conclui pela validade – no sentido de legalidade – de um comando prescritivo); uma outra indutivista (que entronca no utilitarismo de Bentham e postula uma vontade soberana, indutivamente construída 'em termos de hábito de obediência', a partir da qual lógico-dedutivamente se conclui pela validade – no sentido de legalidade – de um comando prescritivo); e uma terceira convencionalista [...]”. (BRONZE, p. 375)

logicista”: uma confusão entre a lógica do direito e a lógica formal, uma caracterização da interpretação como um exercício subsuntivo. Reduz-se a norma a um enunciado lógico-formal, a ser aplicado aos casos de forma silogística, sem valorações, como se estivéssemos a tratar de um juízo de função meramente cognoscitiva, e não de prescrições destinadas a regular as relações entre os homens. No positivismo legalista, a tarefa do jurista consistia na mera interpretação filológico-gramatical da lei codificada. O direito deixava de ser “enunciação” significativa para, reduzir-se no “próprio enunciado”. “O discurso exegético garante a permanência da autoridade do texto comentado, mas não deixa menos de manter 'o texto à distância' – afinal o pressuposto da intencionada (e fundamental) sacralização do próprio texto..., compreendido como ícone” (BRONZE, p. 108-9)”³⁹

Dascal (2006, p.350) bem percebe que a doutrina tradicional da clareza assumida pela Escola de Exegese supõe que a linguagem jurídica e a lei possuam certas propriedades que elas, de fato, não possuem. Recorre, então, a Van der Kerchove para apresentar uma lista dessas propriedades, quais sejam:

(a) que há textos legais cujo significado é, por si só, claro ou evidente; (b) que os termos legais não definidos pelo legislador têm, em princípio, o mesmo significado – claro ou ambíguo – que têm na linguagem cotidiana; (c) que a falta de clareza é o resultado ou da ambigüidade ou da indeterminação do significado usual de um termo ou construção sintática; (d) que a clareza da regra é o princípio geral ou, ao menos, o ideal que todos os legisladores devem procurar atingir; (e) que o reconhecimento da clareza ou da obscuridade de um texto não requer, por si só, qualquer interpretação.

Diante das pretensas propriedades listadas, Betti (2007, p. 231) aponta uma incongruência na perspectiva da assunção de uma fórmula legislativa como clara por si. Ora, um conceito de lei a ser assumido como um método interpretativo não pode variar em função dos casos. Apresente-se a lei “clara” ou “ambígua” em sua formulação literal, a tarefa do

³⁹[...] a natural polissemia das palavras e a incontornável historicidade da vida forçavam por vezes os juristas a arriscar algo mais, não obstante a desconfiança do então dominante pensamento autocrático relativamente a quaisquer exercícios suspeitos de conduzirem a uma manipulação da lei prescrita pelo poder político – quando não mesmo acerca da própria atividade interpretativa, nos estreitos limites a que ela se via confinada... Recorria-se, nessas emergências, ao *espírito* da lei (ainda o dualismo helénico a manifestar-se neste âmbito específico...) - a decisiva importância do *texto* não se projectou, portanto, na mera relevância da *letra*... -, ao tempo obviamente (não se esqueça o ambiente político-cultural em que a Escola da Exegese floresceu) identificado com a vontade do legislador. Ora, a (politicamente determinada) vontade do legislador consistia na intenção histórico-subjectiva que o titular do poder legislativo havia tido ao criar o direito(-lei), e, para a apurar, era mister compulsar os trabalhos preparatórios e, complementar ou subsidiariamente, inserir a norma interpretanda no sistema instituído pelo código, de que ela fazia parte, por mediação de argumentos puramente formais (*a maiore ad minus, a minore ad maius, a fortiori, a simile*), pois postulava-se que o legislador não era arbitrário, mas... lógico-formalmente 'coerente'. Ou seja: a interpretação reduzia-se ao apuramento do sentido da lei codificada através da análise gramatical da sua letra, operação esta eventualmente completada pela estrita consideração do seu espírito, em que se tratava tão somente de averiguar a vontade do legislador referida a um sistema lógico-racionalmente consistente. (BRONZE, p. 778-80)

intérprete é unitária, devendo ser seguida em todos os casos. De tal forma, a assunção do preconceito logicista não poderia variar em função da maior ou menor clareza do texto. O juiz estaria vinculado ao posicionamento legislativo, não podendo adaptá-lo mesmo em caso de obscuridade, o que pressuporia uma determinação prévia do caráter claro ou ambíguo do texto. Ora, o atributo da clareza é relativo e só pode ser identificado retrospectivamente, a partir do resultado do processo interpretativo, este, sim, cotejável com a intenção do legislador em uma avaliação de fidelidade. Aqui, as dificuldades encontradas para a determinação de sentidos textuais unívocos com base em uma metodologia jurídico-científica exegeta sugerem que fatores contextuais como as posições ideológicas e políticas dos contendores influenciam a interpretação tanto quanto os fatores puramente textuais e podem impedir um resultado 'objetivo' do processo de interpretação (DASCAL, p. 347).

Diante do problema hermenêutico ora delineado, realizemos uma crítica, no contexto do debate Betti-Gadamer, à relação entre o juiz e o legislador pelo pensamento da Escola de Exegese.

2.5.3. O juiz não é um núncio do legislador, exegetas!

A Escola de Exegese trata o juiz como se fosse um núncio do legislador. Reconhecer caráter meramente declaratório, axiologicamente neutro, à atividade judicante significa tratá-lo como um mero intermediário entre o legislador e as partes envolvidas no litígio. Ora, é indício característico da atividade de nunciação a simplicidade da tarefa que lhe é confiada, na qual o núncio está dispensado de tomar qualquer iniciativa criativa ou manifestação de vontade em nome de outrem. O núncio não reconstrói uma vontade alheia, ainda que pré-determinada. Da mesma forma, ao juiz caberia apenas a realização de um silogismo, em que a enunciação legislativa seria transposta formalmente da dimensão geral e abstrata à dimensão individual e concreta, sem qualquer liberdade de escolha por parte do julgador. A adoção de uma perspectiva puramente deontica evitaria que o sentido normativo pudesse sofrer interferências dos valores subjetivos do intérprete ou dos valores sociais dominantes, negando-se a utilização, na decisão judicial, de argumentos de caráter teleológico, reputados não-científicos. Ao legislador, confere-se o *status* de representante do povo, dotado de uma autorização com poderes gerais para estatuir, convencionalmente, sentidos jurídico-normativos de forma voluntarista. Ao juiz, reconhece-se apenas a limitada função de “boca-

da-lei”, nuncio a serviço do legislador⁴⁰.

A alteração do conteúdo do direito somente poderia ser feita pelo ato convencionalista-autoritativo do próprio legislador, e não pelos intérpretes e aplicadores. Assim, por mais que o positivismo novecentista da Escola de Exegese, paulatinamente, rumasse para uma libertação do direito natural, indicando uma consciência da mutabilidade do direito, visto este como o produto histórico de um legislador dotado de autoridade, não se admitia a historicidade da atividade hermenêutica, a qual deveria reduzir-se à identificação do sentido correto e original da norma. As normas são entendidas como critérios objetivos de conduta, cujo caráter justo, sustentado no discurso jusnaturalista pela ideia de uma “vontade geral” (Rousseau), converteu-se em uma espécie de justiça procedimental pura⁴¹. Assim, juízes e governantes não poderiam questionar a legitimidade das regras jurídicas, o que aboliu qualquer possibilidade de se construírem instrumentos que protegessem o povo contra a injustiça do convencionalismo legislativo. Caracterizou-se paulatinamente, então, um déficit de legitimidade do direito, dado seu distanciamento em relação a valores socialmente partilhados. (COSTA, 2008, p. 100 e ss.)

Betti (2007, p.210), crítico à perspectiva da *voluntas legislatoris*, reconhece à linguagem preceptiva, como em qualquer expressão lingüística, um caráter *elíptico*. O sentido do texto normativo não se limita a uma enunciação descritiva ou narrativa, dado que cabe ao intérprete questionar não apenas “como”, mas também “porque” a correlação normativa estruturada logicamente deve funcionar. O filósofo italiano ressalta, inclusive, a necessidade de aproximação entre a generalidade e abstração da enunciação textual e a situação concreta, desiderato que, em função do caráter instrumental e prático da norma jurídica – entendida esta como diretiva da vida de relação – deveria ser orientado pela *ratio iuris*⁴².

⁴⁰ “[...] afirmava-se igualmente aqui um dualismo intencional. [...] perfilavam-se nesta impostação das coisas, lado a lado, a intenção prática do direito e a intenção teórica do discurso decisório. A tarefa prática de criação do direito era deixada ao poder legislativo; os juristas (os decidentes) deveriam apenas conhecer esse direito objectivado nas lei, interpretá-lo de acordo com os cânones que a ciência do direito, enquanto *ancilla praxis*, lhes fornecia e aplicá-lo depois lógico-objectivamente de modo neutral”. (BRONZE, p. 350)

⁴¹ “Era, pois, a assembleia representativa que decretava as regras conformadoras do direito-lei. Regras essas que, numa visão mais liberal das coisas (pense-se em Locke), tinham a função de garantir e de reciprocamente delimitar os direitos e as liberdades dos cidadãos, e que, de uma perspectiva mais democrática (lembre-se de Rousseau); [...] pretendiam ainda ser a expressa da [...] 'vontade geral' (que, recorde-se, era a síntese universal e racional das vontades, cometida ao 'mítico' legislador rousseauiano, e não, portanto, a mera soma aritmética a empírica *volonté de tous*, como se sabe identificante de uma autêntica universalização racionalizada das vontades. [...]. [...] a aludida *volonté générale* assumia a mencionada dimensão qualificativa na expressão e no objecto: assumia-a na expressão, ou na titularidade predicativa, porque a todos se reconhecia o direito de terem 'voz' no parlamento, ainda que só a pudessem fazer ouvir através dos seus representantes; e assumia-a também no objecto, ou na materialidade visada, pois apenas poderia dirigir-se àquilo que fosse comum a todos”. (BRONZE, 2006, p. 365)

⁴² “Junto ao dogma da vontade surge um preconceito obsoleto em favor da interpretação literal numa série de

Percebemos, nesse ponto, um condicionamento da perspectiva hermenêutica pelas concepções políticas vigentes à época. Ora, a histórica desconfiança suscitada pelos revolucionários no tocante à utilização do Judiciário como *longa manus* do tirano exigia extrema rigidez na configuração da separação de Poderes, o que implicou uma vedação à apreciação de atos do Parlamento ou do Governo pelos juízes⁴³. A Constituição, em um padrão se espalharia pela Europa da época, não servia de parâmetro para a realização de revisão judicial, instituto cuja tradicional remonta ao *common law*, notadamente ao Estados Unidos. A natureza da Constituição na França era basicamente político-organizativa e sua interpretação cabia ao Parlamento, legitimado por seu papel de destaque na construção das doutrinas da soberania e da titularidade do Poder Constituinte assumidas pelos revolucionários. Igualmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 tinha importância puramente simbólica, mas era desprovida de valor normativo, o que reforçava a prevalência dos atos do Parlamento. Esse padrão de Constituição espalhou-se pela Europa (BARROSO, 2010, p. 30).

A caracterização do legislador como um representante da vontade geral levava à perplexidade de eximir o juiz de suas responsabilidades como julgador, atribuindo-se ao legislador o suporte do risco de uma alteração na percepção⁴⁴. Não se percebe que o esquema

sentenças latinas, usadas de modo inoportuno e certamente falsas em sua generalidade. Tal como a sentença 'ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit', que reproduz a ingênua interrogação do leigo 'onde está escrito?': sentença que, caso fosse tomada a rigor, excluiria qualquer outra interpretação além daquela destinada à letra da lei. Igualmente como os brocardos, com os quais se costuma enunciar o *argumentum a contrario*: 'inclusio unius, exclusio alterius', ou 'qui dicit de uno negat de altero': latinórios esses que, caso fossem levados a sério, fariam com que se erigisse uma barreira insuperável contra qualquer interpretação extensiva do alcance da norma, para limitá-la a sua fórmula. O mesmo se dá com o brocardo muitas vezes repetido 'ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus'; que, se tivesse de ser entendido a rigor, conduziria a uma adoração fetichista do teor literal da lei, impediria qualquer controle desse teor à luz da *ratio iuris* [...]". (BETTI, 2007, p. 222-3)

^{43cc}O poder era assim repartidamente exercido pelos seus vários titulares, que reciprocamente se fiscalizavam, limitavam e, portanto, moderavam. E este equilíbrio – que em Montesquieu era manifestação de uma grande sabedoria prático-política, repete-se – foi, porém, rapidamente tomado como a mecanicamente necessária estrutura funcional do próprio Estado (afinal um mero sinal dos tempos e da racionalidade então dominante, que, sobretudo, exigiam a pré-posição de modelos ...) que tinha o seu vértice na assembleia legislativa. Ou seja: se é verdade que a ideia da separação dos poderes com o objectivo de garantir a liberdade se não perdeu mais, o seu sentido alterou-se, pois com a acentuação do vector democrático o legislativo passou a afirmar-se como o poder principal. A lógica do específico racionalismo coetaneamente triunfante encarregou-se de diluir totalmente a prudência que estivera na base do princípio da separação dos poderes tal-qualmente o compreendia Montesquieu". (BRONZE, 2006, p.359)

^{44cc}A Constituição Francesa de 1791, por exemplo, proibia o legislativo de julgar e impedia os tribunais de interferir no poder legislativo, expressamente vedando suspender a execução das leis. Sendo neutro, o judiciário é descarregado de responsabilidades políticas, livrando-se de eventuais discussões sobre os valores-fins, positivados na lei do Estado, e sobre as regras processuais para a decisão, as quais estão, em tese, excluídas de suas atribuições. Ao executivo, também dentro do império da lei, cabe a administração e realização das finalidades. [...] Todo juiz ética e tecnicamente preparado decidirá da mesma maneira. Só haverá discrepância entre os juízes por erro e ignorância sobre a lei ou sobre o fato (problema técnico, gnoseológico) ou por desonestidade, má-fé (problema ético). Desenvolve-se uma democracia mais pragmática, na qual o princípio da maioria é realizado pelo exercício do sufrágio, sem as limitações e dificuldades de medir empiricamente uma

de nunciação é ilusório diante da perspectiva de que a mensagem pode não ser manifestada pelo juiz fidedignamente, ainda que este busque revestir a decisão proferida de uma capa científica, supostamente garantidora da neutralidade axiológica exigida pela configuração clássica da separação de poderes. Tal problema é descrito analogicamente no seguinte trecho de Betti sobre a representação no direito privado:

E dado que autor do negócio é apenas o interessado, é perfeitamente lógico que os correspondentes efeitos jurídicos se produzam exclusivamente a seu cargo, e que ele suporte o risco de uma alteração na recepção, que dependa do instrumento de que, no seu próprio interesse, se aproveita, sempre que a alteração não seja reconhecível pela contraparte.” (BETTI, 2008, pp. 779-781)

O arranjo clássico de separação de poderes apresentava um *déficit* no tocante à interação entre as instituições legislativa e judiciária: a hipertrofia daquele, ao mesmo tempo que o sobrecarregava em matéria de responsabilidade política, deixava o Estado refém de eventual inércia na manifestação de novas vontades autoritativas, bem como de modificações que não se coadunassem com os valores sociais. Na medida em que seria destinada ao legislador qualquer crítica a respeito da incongruência entre suas manifestações e uma vontade geral, qualquer perspectiva de *accountability* (prestação de contas) política tornava-se por demais frágil.

Já no âmbito hermenêutico, Gadamer (2006, p. 517 e ss.), concordando com Betti, aponta que a hermenêutica jurídica não pode se satisfazer com a noção de vontade do legislador como um canône interpretativo. O positivismo jurídico legalista une o subjetivismo à ignorância em relação à indissolubilidade da distância entre a universalidade do direito e a situação de um caso concreto, ignorância esta expressa no silogismo da Escola de Exegese. A tarefa hermenêutica de preencher a distância entre a norma e o caso não existe apenas quando a lei seja histórico-socialmente apontada como ultrapassada. Muito menos poder-se-ia dizer que tal desiderato existiria em função do processo de elaboração do texto legal, devido a imperfeições inevitáveis ou termos propositalmente abertos adotados pelo legislador. É questão ontologicamente pré-determinada o jogo livre de preenchimento entre norma e caso. A interpretação jurídica é um ato criador de direito, cujos diferentes princípios aplicáveis dependem do caso concretamente considerado, e não de meros problemas metodológicos (GADAMER, 2006, p. 517 e ss.)

Diante do exposto, temos um problema jurídico-hermenêutico e um problema jurídico-político. Apontaremos, no próximo tópico, a perspectiva assumida por este trabalho com o

'vontade geral' (Rousseau), afastando de cena todas as formas de jusnaturalismo [...] e assumindo a formalização procedimentalista do direito que vai caracterizar todo o positivismo: justo é aquilo que a lei diz que é justo”. (ADEODATO, 2009, p.155-8)

objetivo de solucioná-los.

2.5.4. A compreensão jurídica como (re-)apresentação

Betti e Gadamer, embora estejam unidos na crítica ao positivismo legalista da Escola de Exegese, apresentam propostas distintas e inconciliáveis sobre o problema da discricionariedade na compreensão jurídica, questão que tem interferência direta no problema da responsabilidade política (*accountability*) do juiz. A transposição do debate entre os autores a tais pontos de estudo exige um confronto das concepções de representação esposadas em suas propostas hermenêuticas.

Quando Betti afirma ser a forma representativa uma espécie de verdade valorativa objetivada, toma como pressuposto a alteridade do objeto cultural. Assim, um vaso artesanal é um objeto autônomo, mesmo que singular, impregnado pelo espírito de quem o forjou. Da mesma forma, Betti enxerga o texto normativo como forma representativa, espírito objetivo plasmado pela subjetividade de seu autor, mas que ganha autonomia a partir do momento em que é lançado ao mundo. Sua tentativa de superação da dicotomia vontade da lei-vontade do legislador pressupõe a assunção de quatro cânones hermenêuticos, os quais serviriam para dar conta do êxito epistemológico de sua hermenêutica metodológica destinada às ciências do espírito (1990, p. 304 e ss.).

Os dois primeiros cânones dizem respeito à forma representativa como objeto da interpretação e servem para determinar as exigências que o modo de ser próprio das formas representativas impõe ao intérprete. O primeiro dos cânones, o da “autonomia e imanência do objeto” exige do sujeito que considere a forma representativa em seu caráter de objetivação de um espírito alheio, de forma que o intérprete não pode atribuir-lhe um sentido de forma arbitrária, devendo extrai-lo em conformidade com o espírito que nela se objetivou. O segundo cânone, o da “totalidade e coerência do objeto”, impõe a observância do círculo hermenêutico parte-todo, dado que a forma representativa contém apenas aspectos parciais do espírito nela objetivado. Nesse cânone, tanto o elemento subjetivo da vida do autor quanto momento objetivo do contexto de surgimento da obra devem ser considerados em busca da configuração da totalidade a ser integrada à parcialidade objetivada na forma representativa.

Enquanto os cânones referentes ao objeto prestam-se a garantir a exclusão da arbitrariedade e do desrespeito à especificidade da forma representativa, ou outros dois cânones pensados por Betti são referentes à participação da subjetividade na interpretação, a

qual, em contrapartida, não pode ser excluída. O terceiro dos cânones bettianos, primeiro dentre os referentes ao sujeito, é o da “atualidade do entender”. Trata-se da função da subjetividade na reconstrução de sentido realizada pela via da inversão do processo criativo. Ao sujeito caberia não apenas deixar que as coisas falassem, como se ele pudesse estar erradicado do processo, mas sim um esforço atualizador pela comunhão espiritual com o produtor da forma representativa, a qual lhe serviria de intermediário. Por fim, Betti preocupa-se em prescrever um cânone que indique ao sujeito como exercer sua participação decisiva na determinação do sentido sem incorrer em arbítrio subjetivo, de forma a evitar que o terceiro cânone acabe por contrariar a preocupação com a objetividade disposta nos dois primeiros: o “cânone da adequação do entendimento” (“cânone da reta correspondência ou consonância hermenêutica”). Tal cânone prescreve que o intérprete deve esforçar-se para colocar a atualidade vivente em harmonia com a mensagem que vem do objeto, devendo, para tanto, assumir uma atitude ética e reflexiva, a qual é dotada de duas dimensões: a negativa, caracterizada como humildade e abnegação de si pela via do abandono dos próprios preconceitos e hábitos mentais obstativos; e a positiva, caracterizada como amplitude e capacidade de horizonte geradora de uma disposição à harmonia com o objeto interpretado.

Com base nas concepções jurídicas de nunciação, representação e apresentação abordadas, bem como na exposição dos cânones propostas por Betti, perguntemo-nos: a performatização da Nona Sinfonia por uma orquestra qualquer seria uma nunciação do sentido concebido por Beethoven, uma representação desse sentido ou uma apresentação da “vontade” da partitura, tida esta como um elemento inanimado, tal qual uma pessoa jurídica?

A vontade de Beethoven, dado o pressuposto da historicidade já apontado por Gadamer, não é ontologicamente veiculável de forma instrumental na performatização da Nona Sinfonia. Há, aí, um caráter reconstrutivo, motivo pelo qual não se pode falar em nunciação. Por outro lado, a historicidade também não nos permite falar em representação no sentido de uma recriação do ato criativo em moldes psicologistas, como na hermenêutica romântica de Scheleiermacher e na inversão do processo criativo de Betti. Por fim, também não podemos falar em uma “vontade” da obra, a ser presentificada, pois, como explica Larenz, a inadequada utilização da expressão “vontade” em relação a elementos inanimados é uma reminiscência lingüística do subjetivismo, uma personificação injustificada. A “vontade da partitura”, assim como a vontade da pessoa jurídica, é mera ficção, de forma que o intérprete, obviamente, não pode desenvolver sua atividade interpretativa como se fosse um órgão cuja atuação estaria pré-determinada pela finalidade objetivamente cunhada no texto da

partitura (*mutatis mutandis*, pelos “fins da pessoa jurídica”).

Traduzindo o exemplo da partitura para o problema da determinação do sentido do texto jurídico-normativo, podemos dizer que: 1) o juiz não é um mero núncio do legislador, criador do texto normativo, como queria a concepção da Escola de Exegese; 2) o juiz não é representante do legislador, no sentido de ter a tarefa de recriar, nos moldes psicologista bettianos, o sentido normativo cunhado pela atividade legiferante; 3) o juiz não é um órgão interno à própria lei, responsável por manifestar suposta vontade do próprio texto (*voluntas legis*), como se o direito adquirisse uma unidade em que lei e juiz se identificassem.

Como acertadamente percebe Gadamer (1999, p. 570-1), a compreensão do texto escrito diz respeito a um envolvimento com o que é dito, e não, primariamente, com a reconstrução de uma vida passada. A compreensão não é uma relação entre o leitor e o autor, mas sim a participação no que o texto nos comunica em sua vida própria na esfera pública de sentido, desgrudada de seu autor ou de leitores que tenham sido por esse especificamente visados. Nesses moldes, o sentido do escrito não deve ser entendido como uma expressão da vida, mas sim como algo fundamentalmente identificável e repetível. Obviamente, o que há de repetição aí é o que está depositado na forma escrita, e não uma referência à fonte originária do escrito, dado o pressuposto da presentificação do sentido. Essa reprodução não é uma segunda criação da primeira, nem uma criação de um segundo sentido separado do que é compreendido, mas sim uma apresentação que aparece como pela primeira vez.

A escrita está vinculada ao espírito empreendedor, dele dependendo para ser realizado, transformado de algo estranho em significado vivo. Mas a atividade interpretativa, inclusive do jurista, não pode tratar a aplicação como uma liberdade irrestrita para com o texto. Por um lado, o jurista, na determinação do sentido normativo, não pode prescindir do conhecimento histórico do sentido originário, motivo pelo qual precisa vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei em função da atividade legislativa. Por outro lado, não que se buscar a intenção dos que elaboraram a lei em protocolos parlamentares, sendo o árbitro da verdade da coisa mesma. Está, pois, vinculado a reconhecer as mudanças circunstanciais em sua presentificação da atual função normativa da lei, dada a coexistência entre passado e presente na contemporaneidade da tradição em sua forma escrita (GADAMER, 1999, p. 485).

Gadamer (1999, p. 198-9) destaca que as variações possíveis no sentido revelado em uma apresentação de trabalho artístico não são livres e arbitrários. Ao contrário, em respeito à universalidade da hermenêutica, toda interpretação está submetida ao critério da representação

correta⁴⁵. O fato de tal representação estar vinculada ao trabalho não é enfraquecido pelo fato desse vínculo não ter um critério fixo. Se, por um lado, não podemos tomar o texto como base para uma adição aleatória e discricionária de efeitos; não é admissível, por outro, a canonização de uma interpretação particular. A vinculabilidade genuína da obra impõe-se ao intérprete imediatamente e não o permite, em desrespeito à correção pretendida, furtar-se a obedecê-la pela via de uma mera imitação.

A dependência da obra em relação a sua auto-apresentação diz respeito à emergência de sua conformação. Ainda que transformada e distorcida, a obra não deixa de ser ela mesma, estando relacionada à sua conformação e ao critério de correção dela derivada. Afinal, a distorção só pode ser tomada como tal ao considerarmos que a apresentação é uma apresentação da conformação. A liberdade de interpretação não pode ser limitada a fenômenos marginais e externos, dado que a performance, como um todo, é, ao mesmo tempo, livre e vinculada. Em certo sentido, a interpretação pode ser tomada como uma recriação, mas não uma recriação do ato criativo, e sim do trabalho criado, a ser representado de acordo com o sentido encontrado pelo intérprete. (GADAMER, 2006, p. 120;199). Obviamente, diante de tais questões, a preocupação bettiana com os pré-conceitos do intérprete, demonstrada no estabelecimento de seu quarto cânone hermenêutico, é legítima, o que coloca a sua hermenêutica, ainda que metodológica em sentido constitutivo, como notavelmente mais avançada do que a proposta científica da Escola de Exegese. No entanto, como já explicado, erra Betti ao tratar o texto normativo como uma expressão viva da subjetividade de seus autores, expediente que não pode definir os limites do sentido textual.

Em Gadamer, a pré-compreensão, já que impossível de ser eliminada, deve ser utilizada pelo intérprete de forma vigilante, o que significa buscar ao máximo despir-se dos pré-conceitos que possam influenciar negativamente o processo de desvelamento do sentido normativo, ao mesmo tempo que pressupõe uma potencialização dos elementos de experiência que idôneos a contribuir positivamente para o desvelamento da coisa mesma. Em tal contexto, obviamente não mais se sustenta as ficções de neutralidade axiológica, subsunção, juiz “boca-da-lei”. Ao contrário, exige-se do juiz que não se isente, seja por

⁴⁵ Sobre a universalidade da hermenêutica, diz Gadamer (2006, p. 472 – tradução nossa): “Obviamente não é peculiar à obra de arte ter o seu ser em sua apresentação, nem é uma peculiaridade do ser da história ser entendido em sua significância. A auto-apresentação e o ser-compreendido situam-se juntos não apenas naquilo que um confia ao outro, e a obra de arte é una com a história de seus efeitos, e a tradição é nua com o presente de seu ser compreendido; a linguagem especulativa, distinguindo-se de si própria, apresentando-se, linguagem que expressa o significado, não é apenas arte e história, mas tudo na medida em que possa ser compreendido. O caráter especulativo do ser que é o terreno da hermenêutica tem a mesma universalidade que a razão e a linguagem”.

acreditar ingenuamente na concepção do “juiz axiologicamente neutro”, seja por má-fé, da responsabilidade por sua decisão. Impõe-se, pois, a aceitação do caráter axiológico e da unicidade do processo de interpretação/compreensão/aplicação, bem como a explicitação conseqüente dos motivos que fundamentam as decisões judiciais.

Diante do pensamento gadameriano, pretender que o juiz aja como um aplicador por subsunção constitui uma negação ao seu poder criativo. Mas é preciso estabelecermos exatamente de que problema estamos falando. Alguns defensores da relevância política de uma postura mais ativa do juiz podem alegar que se o legislador for um criador de leis e o juiz for um mero nuncio, haverá, no âmbito formal de competência, uma subordinação deste em relação àquele. Esse argumento seria retrucado, muitas vezes, pela diferenciação entre as habilidades diferenciadas do legislador e do juiz, os quais estariam, respectivamente, preparados para lidar com conflitos policêntricos e conflitos adversariais, o que justificaria essa espécie de “subordinação”. Nossos pressupostos ontológicos, no entanto, não admitem uma preocupação primária com o estabelecimento de uma prioridade estabelecida em favor do legislador em relação ao juiz na dimensão política ou vice-versa. O que nos preocupamos em ressaltar, como ponto de partida de nossa tese, é a inexorabilidade ontológica da *applicatio*. Não é cabível o desenvolvimento de tal discussão na esfera política em momento lógico anterior ao da determinação da questão ontológica. Em outras palavras, assumimos os pressupostos da hermenêutica filosófica na dimensão descritiva da dimensão ontológica e, apenas em momento lógico posterior, condicionado à determinação do modo-de-ser do homem no mundo e à universalidade da hermenêutica filosófica, podemos traçar uma proposta normativa em relação ao problema político do desenho institucional. Esse momento lógico anterior, obviamente, também condiciona a elaboração de uma proposta normativa de postura hermenêutica (obviamente, nunca como metodologia em sentido constitutivo), dado que não estamos a apresentar uma defesa de uma libertinagem jurídico-aplicativa do direito.

Assumindo o caráter de apresentação e a inexorabilidade ontológica da manifestação judiciária como desvelamento de sentido obediente à diferença ôntico-ontológica, precisamos agora discutir o posicionamento e a legitimidade do Judiciário no contexto das propostas pós-positivistas, de forma a entrelaçar os problemas jurídico-hermenêutico e jurídico-político analisados neste trabalho.

3. O DECISIONISMO PRETENSAMENTE PÓS-POSITIVISTA E A LEGITIMIDADE DA REVISÃO JUDICIAL

O presente capítulo abordará as teorias ditas pós-positivistas de Viehweg, Perelman e Alexy, as quais têm em comum o realce do caráter problemático-argumentativo do direito. Analisaremos o potencial de tais teses para o desenvolvimento de uma metodologia aplicativa do direito capaz de aliar justiça e objetividade, para, em seguida, traçarmos um panorama do embate entre as perspectivas contemporâneas de primazia legislativa e primazia judicial. Teremos como eixo do capítulo o problema do decisionismo e a acusação, levantada por autores como Waldron e Robert Dahl, de que a aplicação em larga escala da revisão judicial implica um regime de guardiões, tema que evoca a figura do Poder Moderador concebida por Benjamin Constant.

3.1. TÓPICA E RETÓRICA: DO SISTEMA AO PROBLEMA, DO APODÍTICO AO RAZOÁVEL, DO PROBLEMA COMO O PROBLEMA

O estudo dos pensamentos de Viehweg e Perelman pressupõe a realização de esclarecimentos preliminares a respeito das noções de tópica, dialética e retórica.

3.1.1. Retórica, sofistas, tópica e dialética

3.1.1.1 Origens da retórica

Olivier Reboul (2004, pp. 1 e ss.), ao abordar as origens da retórica, a caracteriza como a-histórica, pois os homens sempre ter-na-iam utilizado para persuadir. O autor considera, no entanto, que os gregos tiveram o mérito de inventar a técnica retórica, entendida como o ensinamento de uma habilidade útil, de caráter formal, independente dos conteúdos, a respeito da possibilidade de defesa de qualquer tese, e a teoria da retórica, tida como uma reflexão com vistas à compreensão.

A retórica, no âmbito judiciário, teria sido introduzida com Córax e Tísias, que elaboraram preceitos orientadores de argumentação pelo verossímil aos cidadãos que precisassem recorrer à Justiça na Sicília. Teria se dado nessa época, inclusive, o surgimento dos *topoi* e a divisão do discurso em cinco etapas. Já na esfera literária, Górgias teria sido o grande responsável pela introdução da retórica ao atribuir contornos literários à prosa. A retórica do célebre sofista, de forte caráter estético, teria tido, ainda, o mérito de estimular o

surgimento do ensino intelectual aprofundado, sem finalidade religiosa ou profissional, para meros fins de cultura geral.

3.1.1.2. Relação entre sofistas e retórica

O elo entre sofística e retórica estabelece-se decisivamente com Protágoras, fundador da técnica erística, arte de vencer uma discussão independentemente de qualquer critério apriorístico de verdade, caracterizada como uma espécie de relativismo pragmático, idôneo a legitimar tanto a violência quanto a tolerância. Reboul ensina que os sofistas criaram a retórica como arte do discurso persuasivo, objeto de um ensino sistemático e global que se fundava numa visão do mundo como desprovido de uma verdade objetiva, o que priva o *logos* de um referente, restando apenas o critério do sucesso; perde-se não só o verdadeiro, mas também o verossímil, sobrando o eficaz. Tal concepção acaba por atribuir à retórica uma função predominante de dominação, restando secundária a sua função de conhecimento. Nesse contexto, Isócrates surge com o intento de moralizar a retórica e criticar os sofistas, indo de encontro ao mito de que a retórica, como técnica, poderia ser ensinada a qualquer um. Para ser orador, segundo Isócrates, além da prática constante e do ensino sistemático, seria necessária também uma aptidão natural (REBOUL, 2004, pp. 6 e ss.)

3.1.1.3. A relação entre retórica e dialética

Sócrates, em Górgias, diz que a retórica não é forte, pois o poder que a retórica e o tirano se atribuem não está fundado em verdade, o que implica o estabelecimento de uma relação entre legitimidade e justificação. Platão, que culpou alguns dos sofistas pela condenação de Sócrates, como mote de sua inspiração filosófica, buscou mostrar que: somente a filosofia pode apontar como a justiça se insere entre o indivíduo e a sociedade; e que os justos são mais felizes do que os injustos. Esse conhecimento filosófico tem comprometimento apenas com a verdade. É desse ponto que surge a distinção platônica entre a *episteme* (conhecimento verdadeiro), alcançada mediante a alma logística, e a mera opinião alienada decorrente da ira ou do desejo (*doxa*). Essa *episteme* deve ser entendida como a forma de conhecimento referente às coisas imutáveis; a idéia é imutável. As coisas mesmas são mutáveis, mas as idéias não o são, e é nelas que está a verdade (REBOUL, 2004, pp. 18 e ss.). Nesse contexto, Platão enxerga a dialética como a ciência que permite o conhecimento da

justiça e da felicidade, mas faz-o com crença em respostas irrefutáveis, o que indica um padrão de justiça absoluta, a qual não seria alcançável pela retórica, dada a sua afinidade com a *doxa*, ilustrada pela utilização sofisticada da retórica como mera atividade estilística de manipulação das palavras com o intuito de persuadir outrem.

Aristóteles, indo além de Platão, atribui legitimidade à retórica ao trocar o caráter sofisticado da versão de Górgias por um sistema de argumentação rigoroso e substituir a função dominadora da retórica por uma função de defesa. De tal forma, atribui à retórica não mais um valor neutro, mas sim um valor positivo, ainda que relativizável; O verdadeiro e o justo são por natureza mais fortes do que seus contrários, mas, por ser a retórica capaz de tornar o mais fraco mais forte, é preciso dominá-la de forma a impedir que sobreponha-se à natureza; ou seja, devemos compreender o mecanismo da argumentação adversária para refutá-la. O filósofo não nega que a retórica possa ser utilizada desonestamente, mas isso não diminuiria o seu valor de conferir poder ou utilidade nas situações em que o objeto não comporta demonstrações (REBOUL, 2004, pp.24 e ss.)

A Retórica aristotélica foi dividida em três livros distintos, cada um deles dedicado a um dos elementos retóricos: o *ethos* (orador), o *pathos* (auditório) e o *logos* (discurso). Shimote (*in*: CORRÊA, 2008, pp. 1 e ss) explica que o sistema retórico divide-se em duas partes: a escrita, em que temos as fase da *inventio* (descoberta/escolha das premissas, *topoi*), da *dispositio* (ordenação das diferentes partes do discurso) e da *elocutio* (expressão estilística de adequação ao conteúdo resultante da *inventio*); e a oral, fortemente dependente da escrita e compreendida pelas etapas da memória (preservação da estrutura e do conteúdo escritos na transição para a oralidade) e da exposição (transformação do discurso em oratória, dotada de caráter teatral)

Na *inventio*, podemos observar a existência de três tipos de argumento, nos moldes explicados por Olivier Reboul:

Determinado o gênero do discurso, a primeira tarefa do orador é encontrar argumentos. Aristóteles define três tipos de argumentos, no sentido generalíssimo de instrumentos de persuadir (*pisteis*): *etos* e *patos*, que são de ordem afetiva, e *logos*, que é racional. O *etos* é o caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório, pois sejam quais forem seus argumentos lógicos, de nada obtém sem essa confiança. [...] Note-se que *etos* é um termo moral, 'ético', e que é definido como o caráter moral que o orador deve parecer ter, mesmo que não o tenha de veras. O fato de alguém parecer sincero, sensato e simpático, sem o ser, é moralmente constrangedor; no entanto, ser tudo isso sem saber parecer não é menos constrangedor, pois assim as melhores causas estão fadadas ao fracasso. O *patos* é o conjunto de emoções, paixões e sentimentos que o orador deve suscitar no auditório com seu discurso. [...] o *logos* (Aristóteles não emprega esse termo, que utilizamos para simplificar) diz respeito à argumentação propriamente dita do discurso. É o aspecto dialético da retórica, que Aristóteles retoma inteiramente dos Tópicos. [...]

distingue dois tipos de argumentos, o entimema, ou silogismo, baseado em premissas prováveis, que é dedutivo, e o exemplo, que a partir dos fatos passados conclui pelos futuros, e que é indutivo. As premissas prováveis dos entimemas são: ou verossimilhanças [...], ou indícios seguros, [...] ou indícios simples. (REBOUL, 2004, pp.47-8)

Aristóteles caracteriza a retórica pela via da dialética dos tópicos, com base nos conhecimentos de senso comum, independentemente do auditório ser ou não especializado cientificamente; ora, já que o pensar retórico pressupõe objetos não passíveis de demonstração, devemos esquecer os parâmetros científico-episteológicos e valorizar o *ethos* construído comunitariamente.

A dialética mencionada por Aristóteles surgiu na forma da erística dos sofistas, em que o debate poderia levar a qualquer tipo de resultado com o objetivo de vencer. Com Sócrates e Platão, a dialética foi vinculada ao verdadeiro, transformando-se propriamente no método filosófico por excelência. Aristóteles atribui-lhe função mais humilde, caracterizando-a como a arte do diálogo ordenado, a serviço do provável, nem mais para o verdadeiro, nem mais para o falso. De tal forma, se, de um lado, a dialética aristotélica distingue-se da demonstração científica por não ser apodíctica; de outro, diferencia-se da erística pelo fato de consistir em um raciocínio rigoroso e conforme as regras da lógica (sem sofismas). Supera, assim, Aristóteles o conflito entre verdade absoluta e relativismo absoluta pela adoção de um padrão de verossimilhança, o qual tem como elemento central a adoção dos endoxa como premissas de seus silogismos (entimemas), manifestando uma celebração das opiniões aceitas como pontos de partida das atividades práticas (REBOUL, pp. 27 e ss.)

Aristóteles reconhece a retórica como *techné*, produto da inteligência humana, legítimo instrumento racional em que o discurso é concebido como meio de produzir o que pode ser e o que pode não ser. Considera-a desprovida de caráter moral em essência, criticando a oposição platônica entre a retórica sofística e a dialética socrática, considerando que ambas estão no mesmo nível, podendo, inclusive, funcionar como arte fortalecedora da justiça, na aproximação ao verdadeiro e ao bom. A dialética, em Aristóteles, é um jogo especulativo no qual se visa a provar ou refutar uma tese e que comporta a retórica como *techné* do discurso persuasivo que, entre outros meios de convencer, utiliza a própria dialética como instrumento intelectual (CORRÊA, 2008, pp. 17-8). Distinguem-se, pois, a retórica má descrita por Platão e a legítima persuasão, entendida como uma obrigatória e significativa rendição à linguagem, operacionalizada por meio dos silogismos argumentativos (entimemas, ligados ao *ethos*), e dos argumentos indutivos consubstanciados nos exemplos (ligados ao

pathos).

A dialética, isoladamente considerada, é um mero jogo, em que o que interessa é (con)vencer, sem qualquer tipo de remissão à idéia de (i)moralidade, mas que não admite trapaças lógicas. A vitória dialética pressupõe a consideração das características do adversário concreto, em função das quais serão dispostos os argumentos, e impõe como regra primordial a impossibilidade de transgredir as regras do raciocínio, ainda que se parta de premissas falsas:

Vimos que, contra certos adversários malevolentes ou limitados, o verdadeiro pode ser concluído de premissas falsas. Mas, mesmo nesse caso, continua proibido transgredir as regras do raciocínio; sejam as premissas certas, prováveis ou falsas, o raciocínio deve ser correto." (REBOUL, 2004, p.32).

É nesse ponto que Aristóteles, em um salto decisivo para a revalorização da retórica que se daria milênios depois, nos dias atuais, consegue dissociar retórica de erística; pela negação da sofística em favor da dialética, Aristóteles caracteriza o raciocínio retórico como rigorosamente conforme as regras da lógica, ainda que esta lógica não seja a apodítica, mas sim, a do verossímil.

Aristóteles utiliza o termo antístrofos para designar a relação entre retórica e dialética, a qual seria delineada pelas seguintes linhas comuns: a retórica e a dialética são capazes de provar tanto uma tese quanto a sua antítese (o que não significa que, como na sofística, as teses sejam equivalentes); ambas são universais, tratando de qualquer controvérsia, não tendo caráter científico e não implicando qualquer especialização; podem ser ensinadas metodicamente, sendo tratáveis como "técnicas"; diferentemente da sofística, são capazes de distinguir entre o verdadeiro e o aparente (a dialética, entre o realmente verdadeiro e o sofisma; a retórica, entre o realmente persuasivo e o logro); e utilizam tipos idênticos de argumentação (indução e dedução), situados entre a demonstração apodítica (ciência) e a erística dos sofistas (REBOUL, 2004, pp. 34 e ss.)

Dotada de funções pedagógica - treinamento intelectual sobre um método argumentativo - e filosófica - exercício da dialética em busca da verdade -, é se destacar, na sua relação com a retórica, a função homilética da dialética, consistente em facilitar o contato com os outros homens pela via da eleição dos *topoi*, elementos que he atribuem o condão de agregar os homens em torno do *ethos* predominante em uma dada comunidade. A dialética, pois, embora possa ser considerada como uma mera arte (*techné*), também pode integrar uma atividade séria, da vida prática, integrando um instrumento de ação social (persuasão), típico do domínio (deliberativo) do verossímil. Na dialética, não há causa a ser defendida, mas,

meramente idéias, teses. Na retórica, o verossímil, se objeto de consenso, transforma a aparência em realidade, o que torna tal atividade séria, pois influencia o destino judiciário, político ou ético dos homens (*práxis*). Nessa esfera, se o uso da retórica às vezes é desonesto, deve-se condenar o retor, e não a técnica, pois a dialética, parte argumentativa da retórica, não admite trapaças lógicas.

3.1.2. A tópica de Theodor Viehweg

Theodor Viehweg (1979, p.21), no período pós-Segunda Guerra Mundial, dedicou-se às obras de Aristóteles, Vico e São Tomás de Aquino, pensadores que estudaram o método dialético-retórico e a co-respectiva tópica, esquecida com o advento do pensamento sistemático e a epistemologia das ciências naturais na Idade Moderna. O método pré-moderno era pautado no discurso, ou seja, pensava-se a partir de problemas, propondo-se, diante deles, argumentos próprios, que eram imaginados como soluções verossímeis para o caso e que poderiam ser adotadas se recebessem a aceitação dos interlocutores (auditório). Por isso, tudo girava em torno da busca dessa aceitação, mediante uma exposição argumentativa. É com base em tais estudos que Viehweg propõe a aplicação do estilo tópico de pensar no âmbito jurídico⁴⁶.

Viehweg argumenta que os antigos sempre recusaram a sistematização, pois ela força a exclusão de problemas. Ao contrário, se você parte de problemas, pensa em sistemas, substituindo o raciocínio dialético (verossímil) em oposição ao apodítico (verdadeiro). O autor, aqui, tem o mérito de resgatar o que Descartes ousou ignorar em sua proposta racionalista: a distinção aristotélica entre lógica analítica e lógica retórica, pautada nos objetos a serem abordados. De tal forma, Viehweg busca corrigir o erro que o amálgama positivista entre a ênfase na faticidade do poder, no convencionalismo e no monopólio de produção de

⁴⁶ “Mas o que é que entende VIEHWEG por «tópica»? Na linha de ARISTÓTELES e dos retores, sobretudo CÍCERO, define-a como «um processo especial de tratamento de problemas», que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes — os «tópicos», precisamente. Os tópicos são «pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro». Empregam-se para pôr em marcha a discussão de um problema e abordá-lo, por assim dizer, de vários lados, bem como para descobrir o contexto inteligível, sempre anterior ao problema, em que este tem lugar. Mas enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicompreensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema. Os nexos dedutivos «tópicos» só podem ser portanto «de pequeno ou de pequeníssimo alcance»; o pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas «a uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a partir de um sistema total»?. (LARENZ,1997, p.203)

normas jurídicas por parte do Estado (Hobbes), o modelo de norma jurídica dotada de generalidade e abstração (Rousseau) e a neutralidade axiológica lógico-dedutiva cartesiana incorreu, qual seja, o de esquecer a caracterização aristotélica do direito como uma atividade prática, pertencente ao domínio do verossímil e do mutável, desenvolvida retoricamente e não sendo reconduzível ao domínio da *episteme* (conhecimento das coisas mutáveis).

Viehweg reafirma a necessidade da postura poética ser considerada fundamental no direito; Não se deve restringir o estudo jurídico à semântica e à sintática, devendo-se enfatizar a pragmática. Em tal ponto, o autor, ao mesmo tempo em que denuncia a impossibilidade de, nos moldes exegéticos, axiomatizar o direito, estabelecendo proibições de interpretar as normas *in claris cessat interpretatio*, requerendo uma intervenção contínua do legislador e sendo forçado a reconhecer o *non liquet*, busca preencher o fosso, dantes colmatada discricionariamente, causado pela cisão kelseniana entre ciência jurídica e prática judiciária, de forma a possibilitar o restabelecimento da relação entre direito e valores, direito positivo e justiça material.

Viehweg objetiva substituir o padrão de legitimidade positivista, qual seja, a validade, compreendida como critério científico de verificabilidade semântica e definível como pertinencialidade ao ordenamento, pelo consenso; não se trabalha, em direito, com verdade e falsidade, mas sim com o que pareça ser verdade a uma comunidade. Não existe uma verdade pré-concebida; cada verdade irá exsurgir como resposta correta a partir da variabilidade do consenso, que está condicionado à força dos argumentos (lugares-comuns/*topoi*) em cada caso (VIEHWEG, 1979, p.26). Esses *topoi* podem ser de primeiro grau ou, após sua organização em um catálogo de lugares, de segundo grau. Nesse quadro, as normas jurídicas enquadrar-se-iam como *topoi* de segundo grau, qualificados pela sua organização no catálogo de textos legislativos publicados pela autoridade estatal⁴⁷. No entanto, o desenvolvimento dialético do raciocínio jurídico não teria necessariamente que ser desenvolvida com base em premissas internas ao ordenamento, justamente pela caracterização de um padrão consensual na aplicação do direito pressupor sua integração aos valores albergados na experiência prática pela comunidade jurídica, os quais também poderiam figurar como *topoi*, seja de primeiro, seja de segundo (outros catálogos) grau, no raciocínio jurídico. A classificação dos *topoi* por

⁴⁷ “Mais em pormenor, VIEHWEG distingue na tópica dois níveis. No primeiro nível, o mais rudimentar, lança-se mão de «pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente» e que são aplicados ao problema. Assim se procede quase sempre na vida quotidiana. No segundo nível, os pontos de vista são objecto de pesquisa, e depois coligidos em «catálogos de tópicos» que se afiguram «adequados» a certos tipos de problemas. Também aqui, porém, se põe de parte toda e qualquer tentativa de estabelecer entre eles uma relação determinada. A organização de tais catálogos é arbitrária, por exemplo alfabética, e o número de tópicos possíveis praticamente ilimitado”. (LARENZ, 1997, p.204)

Viehweg em de primeiro e de segundo grau, simultaneamente, consegue inverter o ponto de partida do pensar jurídico, dantes caracterizado positivisticamente como o sistema, para o âmbito do problema, sem, no entanto, deixar de explicar o porquê de as normas autoritativamente emitidas pelo Estado, pertinentes a um catálogo estritamente relacionado à atividade jurídica, serem dotadas de maior densidade argumentativa do que os demais *topoi* (VIEHWEG, 1979, p. 36 e ss.)⁴⁸.

Apesar de todas as contribuições de Viehweg para a revitalização da idéia de justiça pela via da tópica, Larenz destaca a seguinte contingência a respeito de seu pensamento:

O belga CHAIM PERELMAN, filósofo do Direito e da Moral, ocupa nesta discussão uma posição-chave. VIEHWEG publicou e prefaciou no ano de 1965 dois ensaios de PERELMAN em tradução alemã, sob o título *Über die Gerechtigkeit*, dos quais o primeiro foi publicado pela primeira vez em 1945 e o segundo em 1965. Enquanto que o primeiro se coloca ainda totalmente sob o signo do cepticismo face à possibilidade de chegar a conhecimentos no âmbito da ética, o segundo procura demonstrar que esses conhecimentos são possíveis, e como o são, sendo ambas as vezes examinado o conceito de «justiça» como objecto de tais conhecimentos. (LARENZ, 1997, p.242)

Segundo Viehweg, a exposição (jurídica) iniciar-se-ia com o momento pré-lógico em que o argumento é inventado (*euresis/inventio*). Esses argumentos receberiam contrargumentos, de forma que nem todos subsistiriam ao final da argumentação. O processo pelo qual se pensa logicamente tais argumentos é chamado de *conclusio*. O justo, para Viehweg (1979, p.33), é uma aporia, a qual só pode ser solucionada *in concreto*; a tópica não é um método, mas apenas uma teoria sobre como as coisas ocorrem para o alcance desse justo, cujo padrão reside na noção de consenso sobre valores partilhados. Não há um sistema de conhecimento racionalizado dos valores jurídicos na obra de Viehweg, mas apenas a indicação de um estilo de pensar resolutivo de problemas jurídicos, lacuna que a obra de Perelman vai procurar colmatar pela via da construção de uma teoria sobre a racionalização da preferibilidade a respeito dos valores.

⁴⁸ “É missão dos tribunais decidir de modo «justo» os conflitos trazidos perante si e, se a «aplicação» das leis, por via do procedimento de subsunção, não oferecer garantias de uma tal decisão, é natural que se busque um processo que permita a solução de problemas jurídicos a partir dos «dados materiais» desses mesmos problemas, mesmo sem apoio numa norma legal. Esse processo apresentar-se-á como um «tratamento circular», que aborde o problema a partir dos mais diversos ângulos e que traga à colação todos os pontos de vista — tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica — que possam ter algum relevo para a solução ordenada à justiça, com o objectivo de estabelecer um consenso entre os intervenientes. Nesta conformidade, considera como mistificatória a Jurisprudência do século XIX, que procurou inferir de modo lógico- dedutivo decisões de proposições jurídicas construídas por via conceptual, conceitos esses inferidos de alguns conceitos de grau superior (axiomas) e ordenados em sistema”. (LARENZ, 1997, pp. 201-2)

3.1.3. A retórica de Perelman

Chaïm Perelman visa a recuperar a vertente mais material e criativa da retórica aristotélica, enquanto racionalidade argumentativa, destacando a importância dos laços entre aquilo que se quer admitir, por um lado, e aquilo em que à partida o auditório acredita. A composição e a caracterização do auditório são, pois, condicionantes do discurso do orador, reavivando a tríade *ethos*, *pathos* e *logos* no âmbito do discurso jurídico, tido por Aristóteles como o exercício de uma arte reconstrutiva de uma factualidade passada com o intuito de influenciar a ação julgadora de seu auditório.

Nesse contexto, Perelman (1996, p. 14-7) desenvolve uma teoria da argumentação inspirada na retórica aristotélica, diferindo-se, no entanto, de Viehweg por sua maior densidade filosófica, por sua preocupação em elaborar diversos tipos de argumentos aos quais se pode recorrer e, por fim, pela sua ênfase à noção de auditório, motivo pelo qual trata propriamente a sua tese como retórica, e não meramente dialética. Perelman questiona a verdade absoluta cartesiana, fundada em evidência demonstráveis universalmente e irrefutáveis para todo homem, ser racional. Seu pensamento perelmaniano caracteriza-se pela busca de uma racionalidade voltada para a vida prática, capaz de lidar com valores, organizar preferências e possibilitar decisões pautadas em um ideal de razoabilidade. Resgata, assim, o pensamento valorativo do beco em que foi jogado pela filosofia cartesiana, que o tachava de irracional, reconhecendo uma racionalidade a respeito das ações morais, pautadas pela possibilidade de discutibilidade, nos moldes da *práxis* aristotélica (CAMARGO, 2003, pp. 199 e ss.)

O filósofo entende que a conduta prática comporta mais de um resultado ou significado, conforme a aceitação por uma ou outra escala de valores no contexto de uma situação-problema especificamente considerada. O fundamento de validade das decisões fixadoras do sentido conotado é dado pela força do argumento que a justifique convincentemente dentro de uma concepção valorativa, tornando-a eticamente correta, mesmo que não necessária. Proporciona-se, assim, um tipo de racionalidade intersubjetiva, que se utiliza da técnica argumentativa e cujo padrão de verdade é o consenso. A busca dessa verdade a partir de opiniões, por meio do método dialético, pressupõe o diálogo, construtivo para além da coerência interna de suas teses, na medida em que os interlocutores procuram chegar a um acordo sobre o que consideram verdadeiro ou, pelo menos, sobre as opiniões que reconhecem como as mais sólidas.

O ato deliberativo manifesta uma preferência axiológica de dada posição em relação a

outras. Tal orientação da ação (prática) pela razão só é idônea a prevalecer, legitimando-se como correta, caso o auditório referencial, de acordo com o procedimento e o conteúdo da fundamentação decisória, a aceite. Faz-se, pois, central a noção de auditório na retórica perelmaniana para fins de estabelecimento, conforme explica Lacombe Camargo (2003, pp. 190 e ss.), de uma relação hermenêutica e dialógica de compreensão e acordo pela via do discurso, atribuindo um caráter intersubjetivo pela via da interação entre os elementos afetivos (*pathos, ethos*) e argumentativo (*logos*), diferentemente do solipsismo típico do cartesianismo e da postura discricionária defendida por Kelsen, duas posturas que abrem mão de qualquer preocupação com um padrão material de justiça⁴⁹.

Na sua tentativa de revitalizar a discussão sobre a justiça, Perelman, em um primeiro momento, adotou uma concepção de justiça meramente formal, indicativa de um apreço pela idéia de legalidade como parâmetro para a ação justa (justiça legal), bitola impositiva de uma medida igual no tratamento jurídico de todos os que se enquadrem na hipótese legal abstrata (justiça concreta: “A cada qual segundo determinadas características tidas como essenciais”. Entretanto, insatisfeito com o caráter meramente formal de suas conclusões, continuou a se indagar se é possível que os valores e normas sejam objeto de um exame racional, e não mero fruto de preferências valorativas arbitrárias, bem como, sendo a resposta afirmativa, questionou-se sobre como seria possível fundamentar a validade de tais valores e normas no contexto de uma racionalização conceitual da idéia de razão prática (LARENZ, 1997, p.244)⁵⁰.

⁴⁹“Mas o que é uma resolução «justa»? Sobre isso muito poucos se expressam. A questão é de se, sobre o significado do termo «justiça» podem em absoluto ser feitos enunciados que possam aspirar a ser conhecimentos adequados. Esta questão é negada por aqueles que acreditam poder acabar com todos os enunciados dessa espécie, enquanto mera «metafísica» — quer dizer: sobretudo pelos representantes do conceito positivista de ciência. Vêem nos enunciados que pretendem afirmar algo sobre o conteúdo da justiça meras «fórmulas vazias»; previnem contra o emprego na literatura científica de um tal conceito, entendido vagamente, diferentemente de pessoa para pessoa, a saber, de acordo com o seu interesse específico, particular. Como sintoma do positivismo jurídico, ele desapareceu então cada vez mais da literatura jurídica”. (LARENZ, 1997, pp. 241-2)

⁵⁰No início do primeiro ensaio, PERELMAN justapõe seis formulações correntes que, sob a forma de tópicos, devem dar indicações sobre o que seja «justo». (...) Demonstra em seguida que a maior parte destas formulações se contradiz e que cada uma delas está sujeita a reservas. Como saída apresenta-se a possibilidade de destacar o que é logicamente comum às diversas formulações, pois que sobre isto pode esperar-se a mais genuína das concordâncias. Decerto que o resultado só pode ser um conceito de justiça cujo preenchimento de conteúdo tem de ser deixado em aberto. O que é comum a todas as formulações mencionadas seria a idéia de «que ser justo significa um igual tratamento para todos os seres que são, sob determinada perspectiva, iguais, que apresentam a mesma índole». A este respeito permanece em aberto em que perspectiva se devem identificar aqueles que devem ser tratados identicamente. Expresso doutro modo: «a justiça formal ou abstracta deixa-se assim definir como um princípio de acção, segundo o qual os seres da mesma categoria ontológica devem ser tratados do mesmo modo». Esta definição é «formal» porque «não determina categorias essenciais para a aplicação da justiça». Estas categorias não poderiam contudo ser determinadas sem uma certa escala de valores, e esta seria, por sua vez, dependente da «visão pessoal do mundo» de cada um.” Para PERELMAN não é ainda inquestionável, nesta altura, que os valores não são acessíveis ao conhecimento, mas apenas à crença pessoal.

A conclusão de Perelman é nitidamente consistente em um ataque frontal ao ceticismo positivista⁵¹. A caracterização dos seres em uma mesma categoria, de forma a atribuir-lhes um tratamento eqüitativo, requer critérios materiais de justiça, os quais o autor também vem a elaborar. Ora, para que se possa discriminar relações de igualdade e diferença, é pressuposta a necessidade de determinação dos critérios de diferenciação a serem aplicados, o que, necessariamente, leva a uma discussão de caráter conteudístico. É nesse ponto que surge o problema de como raciocinar a respeito dos valores, os quais são naturalmente introduzidos na discussão jurídica ao se assumirem esses critérios materiais de justiça.

Perelman (2002, p. 183 e ss.) elege o consenso politicamente construído como critério de justificação pré-positivo para a escolha dos valores a serem positivados nas regras jurídicas, de forma a restaurar um ideal de legitimidade dos valores selecionados como relevantes a iluminar os elementos da estrutura hipótese-conseqüência da regra jurídica. Cabe aos legisladores elaborar leis justas correspondentes aos desejos da comunidade que representam, assim como os juízes têm o papel de aplicá-las eqüitativamente. Introduce, aí, pela via da idéia de “politicamente justo”, a noção de justificação externa, ou seja, a possibilidade de não-reconhecimento de uma regra como materialmente jurídica por descumprimento aos valores pré-positivos consensuais, o que desproveria uma decisão de uma aceitabilidade valorativamente racional. A retórica perelmaniana não se restringe à questão da persuasão, mas preocupa-se especialmente com o problema do convencimento, ou seja, da fundamentação racional que justifica o agir humano; não depende, pois, tanto de sua performance (*elocutio*), mas da qualidade dos seus argumentos (*inventio*) e do auditório ao

Num sistema normativo estaria estabelecido um «valor o mais geral possível», do qual se pudessem inferir normas, imperativos. «Uma vez que a afirmação deste valor não resulta nem de uma necessidade lógica, nem de uma universalidade conforme à experiência, o valor não é nem geral nem necessário. É logicamente, e de acordo com a experiência, arbitrário». «Todo o sistema de justiça representa apenas o desdobramento de um ou vários valores, cujo carácter arbitrário decorre da sua própria natureza». Uma vez que todo o valor é «arbitrário», «não existe nenhuma justiça absoluta, perfeita, fundada na razão». (...). «A justiça, enquanto manifestação no agir, tem de se contentar com um desenvolvimento formalmente isento de defeitos de um ou vários valores, que não são determinados nem pela razão, nem por um sentimento de justiça». Se se transpuser isto na Jurisprudência, a conclusão só pode ser de que só existem resoluções «justas» enquanto elas se representarem como a aplicação não defeituosa das normas do Direito positivo e dos valores que estão por detrás delas; não faz sentido questionar em si a justiça destas normas e respectivas valorações”. (LARENZ, 1997, pp.243-4)

⁵¹“PERELMAN insiste, na verdade, agora também em que os valores que fundamentam um sistema jurídico «nem resultam da experiência, nem podem ser deduzidos de princípios incontroversos». Mas não seria ainda necessário tirar daí a conclusão de «que os valores e normas fundamentais que guiam a nossa actuação são alheios a qualquer racionalidade, que não podem ser criticados nem justificados, que toda a reflexão a eles atinente é apenas a expressão dos nossos interesses e desejos». Esta conclusão será decerto óbvia «para aqueles para quem toda a prova é baseada no cálculo ou na experiência e todo o pensamento a fundamentar racionalmente de um modo convincente é uma forma de dedução ou de indução». No entanto, antes de «se subscrever as teses do positivismo sobre os valores» dever-se-ia deitar mãos à obra, no sentido de elaborar uma lógica dos juízos de valor, na qual se tivesse como ponto de partida o modo «como as pessoas raciocinam sobre valores». Isto deveria acontecer sob a forma de uma teoria da argumentação”. (LARENZ, 1997, pp.244-5)

qual ele se dirige⁵².

A persuasão seria um incitamento à imaginação e ao sentimento provocador da ação por parte de um auditório particular. O convencimento, por sua vez, seria o incitamento da razão, que pode levar ou não à ação por parte de um auditório universal. Nesse contexto, o filósofo teria o papel de porta-voz da razão e defensor de valores universais, válidos para toda a humanidade. Reconheceria, assim, apenas as regras apropriadas a se tornarem leis universais, nos moldes kantianos. Sua argumentação seria racional, não coerciva, destinada a um auditório universal de sábios, desprovida de caráter definitivo e consciente das limitações impostas pela comunidade de entendimento historicamente situada (PERELMAN, 2002, p. 141 e ss.).⁵³

A universalidade da verdade pretendida é historicamente condicionada. Conseqüentemente, cada cultura e indivíduo têm sua própria concepção de auditório universal. A questão primordial não é localizar a presença concreta do auditório universal, mas sim a de construí-lo mentalmente, tendo como referência os seus atributos intelectuais. É uma construção imaginária do orador: um ideal que lhe serve como idéia regulatória.

Em suma, o auditório universal poderia ser apenas uma pretensão, ou mesmo um truque retórico. Mas achamos que ele pode ter função mais nobre, a do ideal argumentativo. O orador sabe bem que está tratando com um auditório particular, mas faz um discurso que tenta superá-lo, dirigido a outros auditórios possíveis que estão além dele, considerando implicitamente todas as suas expectativas e todas as suas objeções. Então o auditório universal não é um engodo, mas um princípio de superação, e por ele se pode julgar da qualidade de uma argumentação." (REBOUL 2004, pp. 94-5)

⁵²“Mas de onde é que os participantes num discurso sobre os valores e as normas, cuja justificação está em causa, retiram os seus argumentos? A isto responde PERELMAN: «É assim que para cada sociedade e para cada espírito existem acções, agentes, crenças e valores, os quais num determinado momento são aprovados sem reserva e deixam de ser discutidos, não sendo portanto preciso justificá-los. Estas acções, estes agentes, estas crenças e estes valores fornecem casos de precedente, modelos, convicções e normas, que permitem a elaboração de critérios para fins de crítica e de justificação de modos de comportamento, de tendências e propostas». (...). De seguida, distingue PERELMAN entre o «politicamente justo» e o «filosoficamente justo». As leis e regulações «politicamente justas» não são por isso arbitrárias, pois que correspondem às crenças, desejos e valores da comunidade política. «Quando o poder de coerção de que dispõe uma autoridade legítima é exercido em conformidade com os desejos da comunidade, as resoluções são politicamente justas». Se, no entanto, se equiparasse o que é, neste sentido, «politicamente justo» ao «filosoficamente justo», renunciar-se-ia «a procurar um critério racional que permitisse criticar estas crenças, desideratos e valores». Por outras palavras, continuar-se-ia a não ir além do positivismo”. (LARENZ, 1997, pp. 244-5)

⁵³ “PERELMAN (...) não indica também no segundo ensaio quaisquer critérios materiais para a justiça; exorta apenas a discutir racionalmente sobre ela e considera em todo o caso como possível que o diálogo filosófico actue como uma espécie de aproximação progressiva ao conhecimento de valores universalmente válidos. Em contrapartida, remete os juristas para as representações valorativas da comunidade em causa. O Direito positivo que lhes corresponde realizaria o que ele denomina de «politicamente justo». Bom, mas este só é «justo» quando e na medida em que realize, pelo menos de modo aproximado, o «filosoficamente justo» — correspondente ao estágio de conhecimento de cada época. Em relação a este, porém, PERELMAN remete os juristas para o diálogo filosófico, o qual não tem resultado. O mérito de PERELMAN é o de ter legitimado de novo a discussão do conceito de «justiça» como propósito cientificamente sério” (LARENZ, 1997, p. 244)

A finalidade do discurso é justamente reforçar a comunhão em torno de valores que deverão prevalecer de forma a orientar a ação futura, mas as premissas e os resultados da argumentação jurídico-política encontra limites justamente nas condições históricas a respeito do estado da arte da filosofia e da ética em uma dada comunidade de entendimento. A busca pela intersubjetividade no pensamento perelmaniano a respeito das decisões judiciais passa, necessariamente, pela possibilidade de convencer o auditório universal (e, nesse ponto, distingue o convencimento da persuasão, a qual só vale para um auditório particular), o qual, assim, concretizaria a sua busca por justiça, evitando a discricionariedade positivista pela própria noção de consenso ínsita ao conhecimento que qualquer um, como auditório, poderia reconhecer racionalmente.

3.1.4. São inadequadas as teses de Viehweg e Perelman ao desiderato de satisfazer um ideal de justiça na atividade jurídica?

As contribuições de Viehweg e Perelman, malgrado tenham revitalizado a discussão sobre a justiça no direito, são severamente criticadas por diversos autores da filosofia do direito.

Manuel Atienza (2006, p.55) denuncia as insuficiências da tópica, atribuindo-lhe a mera exortação do valor da justiça, sem propor uma metodologia racional capaz de expressar nas decisões judiciais a relevância das leis, dos precedentes e da dogmática como instâncias paramétricas determinantes na busca por uma aceitabilidade não apenas formal, mas também material e democrática, das decisões judiciais. Denuncia Atienza (2006, p. 90), também, que a concepção perelmaniana cumpre uma função ideológica, muitas vezes conservadora, de justificar estrategicamente o direito positivo, “precisamente apresentando, como imparciais e aceitáveis, decisões que na realidade não o são”.

Karl Larenz, com apoio em Robert Alexy, critica as teses de Viehweg e Perelman, devido a suas limitações no tocante a uma vinculação histórico-institucional, elemento essencial para fins da conformação de uma bitola determinante do sentido de julgamentos pautados no ideal de justiça equitativa (formal), tão caro ao próprio Perelman desde o início dos seus escritos. Ademais, Larenz e Alexy atacam ainda o problema da adoção do consenso como critério de justiça material, o que, como explicado por Atienza, pode acabar significando incorrer em um conservadorismo ou uma manipulação discursiva, esvaziando o

caráter moral-conteudístico dos julgamentos com pretensão de justeza.

A convicção de que ALEXY comunga em conjunto com a *tópica* é só a de que, relativamente a problemas jurídicos controvertidos, se trata de determinar quem é que tem os melhores argumentos e que o meio mais adequado para o determinar é um discurso estruturado de acordo com regras racionais (formais). Reconhece no entanto claramente as insuficiências da *tópica* e enumera-as uma a uma. A sua principal insuficiência vê-a ele na «incapacidade de captar o significado da lei, da dogmática e do precedente», bem como em que «entre as diferentes premissas a que se recorre nas fundamentações jurídicas não é feita uma diferenciação suficiente». Uma teoria da argumentação jurídica, segundo diz, teria de deixar-se aferir pela bitola de «se e em que medida pode evitar estas insuficiências». ALEXY não se coíbe de afirmar que no discurso jurídico se trata da «*justeza de enunciados normativos*». Distingue-se assim claramente dos autores que tomam como referência a retórica, como PERELMAN e VIEHWEG, segundo os quais só se pode tratar de encontrar argumentos «aceitáveis» para os interlocutores, surgindo a «aptidão de consenso» no lugar da «justeza». (LARENZ, 1997, p.214).

Lênio Streck (2009, pp. 335-6) adiciona aos problemas expostos uma preocupação com os pressupostos ontológicos da *tópica* e das teorias argumentativas, devido a sua desconsideração a respeito da diferença ôntico-ontológica heideggeriana e a conseqüente impossibilidade de atribuições de sentidos adequados como respostas constitucionalmente corretas, mormente ao se considerar o trânsito do pensamento de base argumentativa na esfera meramente apofântica e ao se adotar o consenso como padrão de resposta *a posteriori* legitimada pela via de uma eleição apriorística e arbitrária de premissas.

Uma coisa, contudo, deve ficar clara: a hermenêutica sempre supõe que a historicidade do compreender e a historicidade da linguagem têm diversos graus de explicitação ou de manifestação; vão além dos simples enunciados. Existe uma espécie de *continuum*, em que podemos cair na tentação de convertê-lo em uma classificação de diversas respostas e soluções e, em uma distinção de grau, afirmar que essa resposta é melhor que aquela, que há várias respostas e cada um escolhe uma. Evitando essa tentação – que tem um fundo epistemológico –, temos que nos dar conta de que todas as respostas *se movem em um único horizonte e de que a distinção entre as respostas é apenas uma espécie de artifício*. Para ser mais claro: essas ‘variadas/múltiplas respostas’, em que cada um ‘escolhe’ uma, implicam – e aqui reside o cerne da problemática – uma *exclusividade de cada uma das respostas*. E disso as diversas teorias que tratam da interpretação – especialmente as teorias da argumentação – não se deram conta, o que é extremamente problemático, porque a possibilidade de múltiplas respostas está fundada na tese de que cada uma se julga, de alguma maneira, absoluta! Ora, na hermenêutica nada é absoluto. Cada resposta tem um enraizamento comum. *Ela se distingue somente no nível da objetivação*. As respostas não estão – de antemão – à disposição do intérprete, *como um catálogo em que este ‘escolhe’ uma delas como sendo a melhor*. (2009, pp.335-6)

Aliás, Lênio Streck, ao estabelecer uma oposição entre hermenêutica filosófica e teoria da argumentação, encontra apoio em Arthur Kaufmann (2009, pp.70 e ss.) Apesar de ambas concordarem quanto à necessidade de que a racionalidade decisória admita um número ilimitado de premissas, a teoria da argumentação é fundada em matrizes analíticas

(apofântico) e dotado de caráter anti-hermenêutico, por atribuir, erroneamente, à hermenêutica um suposto caráter metafísico-irracional, sem perceber que a racionalidade da hermenêutica passa justamente por lidar com o irracional da forma mais racional possível (interpretação como reflexividade sobre os pré-conceitos e as antecipações de sentido). Ademais, as teorias da argumentação não superariam a dicotomia sujeito-objeto, supondo a possibilidade de exaustão de argumentos até o alcance de uma objetividade nos moldes da metafísica tradicional, recaindo, por via transversa, no erro do solipsismo típico da filosofia da consciência, já existente nas matrizes positivistas de caráter autoritativo-convencionalista que Viehweg e Perelman tentaram superar⁵⁴.

Concluimos que Viehweg e Perelman, malgrado tenham logrado êxito em suprir o fosso já identificado (e, paradoxalmente, estimulado) por Rousseau entre a generalidade e abstração de uma concepção positivista de norma e a concretude e individualidade de sua aplicação, ainda recaem, ainda que mascaradamente, nos vícios do convencionalismo e da faticidade positivistas cujas origens são encontráveis no pensamento hobbesiano. Ora, apesar da preocupação de Viehweg em deslocar o foco do sistema para o problema, atacando o positivismo em seu mais caro dogma, a constituição casuística do sistema continua sendo encontrada de forma solipsista pelo aplicador do direito, o qual, ao final do processo judicial, decide autoritativamente a respeito da dialética desenvolvida pelas partes; pior, sem qualquer tipo de elemento científico capaz de servir como controle de concordância das decisões, já que o autor, assim como já fazia Kelsen, não acredita na cientificidade que tenha valores como objeto. Perelman, por sua vez, colaborou contra o positivismo ao retomar a filosofia do direito como preocupada com a justiça material, assumindo a necessidade de que a aplicação do direito (em sentido lato, considerando também o ato de legislar) concretize a idéia de justo, não descambando para um mero ato de vontade cético à garantia de ideais de objetividade justa e que elege arbitrariamente os valores a serem positivados. No entanto, e apesar de albergar a noção de justificação externa em sua teoria, tem como padrão de justiça uma aceitabilidade racional fundada no consenso, o qual, embora, supostamente, atribua intersubjetividade à decisão, pode esconder uma manipulação discursiva pelo decisor, que, mais uma vez, tem o condão de instituir uma resposta de forma autoritativa.

⁵⁴ "Certamente que consenso e intersubjetividade, argumentação e reflexão não são um senhorio do pensamento hermenêutico. Mas a hermenêutica jurídica possibilita, ao invés da teoria analítica do direito, um momento de comunicação com o texto. Enquanto a teoria analítica tem de separar radicalmente o significado do texto e a compreensão intersubjectiva, porque apenas pode determinar o significado do texto de acordo com regras semânticas gerais, o pensamento hermenêutico possibilita a inclusão do texto no processo de constituição intersubjectiva duma decisão correcta". (NEUMANN *apud* KAUFMANN, 2009, pp. 73-4)

3.2. ROBERT ALEXY: O RECONHECIMENTO DAS NORMAS-PRINCÍPIOS E A REAPROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NÃO SÃO SUFICIENTES PARA AFASTAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Robert Alexy e Ronald Dworkin são autores corriqueiramente citados no contexto do que se convencionou chamar de “pós-positivismo. Se Viehweg e Perelman abriram espaço para a adoção de uma abordagem aporético-problemática da resolução jurídica de casos, Alexy e Dworkin destacam-se por proporcionarem novos horizontes na teoria da norma jurídica ao atribuírem grande destaque à noção de normas-princípio. A crescente rejeição às matrizes positivistas identificadas no período pós-Segunda Guerra proporcionou terreno fértil à teoria dos dois autores, mormente ao considerarmos que, em um campo de intersecção entre filosofia do direito e hermenêutica jurídica, ambos buscam a categoria das normas-princípio como uma ponte restauradora da relação entre direito e moral, tanto na perspectiva teórica como na da aplicação prática,

Dadas tais semelhanças, tende-se a situar os pensamentos de Alexy e Dworkin como irmãos, como se a única distinção decisiva entre eles fosse o sistema jurídico em que tiveram origem (respectivamente, *civil law* e *common law*). Veremos, no entanto, que Alexy incorre em uma axiologização da prática de aplicação do direito redundante em discricionariedade, problema do qual Dworkin escapa ao preservar sua pretensão de formular as normas-princípio como elementos normativos aplicáveis deontologicamente.

3.2.1. Elementos gerais da teoria de Robert Alexy

Robert Alexy, autor responsável pela elaboração de uma teoria argumentativa dos direitos fundamentais, popularizou a concepção hodiernamente consagrada pelos nossos tribunais – em especial, o Supremo Tribunal Federal – quanto à proporcionalidade seu conteúdo tripartite, consistentes em juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁵. A adoção da máxima da proporcionalidade e suas submáximas como critério hermenêutico impõe uma análise da correspondência entre meios e fins, com o intento,

⁵⁵ Sobre as origens históricas do uso moderno da máxima da proporcionalidade, discorre Paulo Pimenta (2002, p.59): “O princípio da proporcionalidade surgiu no âmbito do direito administrativo, como limite ao exercício do poder de polícia, tendo migrado posteriormente para o campo do direito constitucional devido à valiosa contribuição do Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental”. Para uma análise de decisões do STF fundadas na máxima – ou, na nomenclatura utilizada pelo tribunal, princípio – da proporcionalidade, ver, além dos próprios acórdãos do Tribunal, obra de Suzana Barros denominada “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais” (BARROS, 2003, pp. 104 e ss).

baseado em uma lógica de otimização harmônica, de orientar a concretização dos direitos e garantias fundamentais mediante uma espécie de sopesamento, dos mandamentos axiológico-constitucionais⁵⁶.

Ao diferenciar normas-regra de normas-princípio, o autor compreende os princípios jurídicos como mandamentos de otimização⁵⁷. O professor de Kiel acredita que as normas-princípio devem ser aplicadas de acordo com um juízo de maior ou menor grau de aplicabilidade à luz do caso concreto, o qual remete à ponderação⁵⁸ de “valores” consubstanciados nesses princípios, na qual também será levado em conta o peso abstrato de tais normas. Conforme o entendimento de Alexy em sua obra “Constitucionalismo Discursivo” (2007, pp.67-68), uma colisão entre direitos fundamentais deve ser solucionada com base na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, a qual assume a forma de uma lei de ponderação⁵⁹.

⁵⁶ “[...] o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado *princípio da concordância prática*” (ALEXY, 2008, p.173). Observemos que, visto não concordarmos que haveria um princípio decorrente do §1 do art.5 da CF/88 em tal sentido, parece-nos mais adequada a utilização dos termos “metanorma”, “máxima”, “cânone” ou “postulado” para designar o (suposto) parâmetro interpretativo da concordância prática.

⁵⁷ Sobre a aceitação histórica do caráter normativo dos princípios, aduz Alexy (2000, p.294 – tradução nossa): “A distinção entre regras e princípios já tinha sido profundamente desenvolvida na Alemanha por Josef Esser durante a década de 1950, ainda que com uma terminologia ligeiramente diferente (Esser, 1974). Na Áustria, Walter Wilburg, nos anos 40, tinha antecipado os avanços de grande monta a respeito do tema na sua teoria dos sistemas flexíveis (Wilburg, 1941; 1951; 1963). Ainda assim, foi o intenso ataque de Ronald Dworkin, iniciado no texto “O modelo de regras”, à versão do positivismo jurídico de H.L.A. Hart o que marcou o início de uma discussão mais ampla (Dworkin, 1967).

⁵⁸ Para Ávila (2005, pp.130-131), a ponderação consiste “num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento.” Não a entendendo como uma lei contida na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, aduz que “a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do direito. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou idéia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.”

⁵⁹ Sobre a pesagem abstrata dos princípios, discorre Alexy (2007, pp.148-149), ressaltando que a lei da ponderação foi pensada mais propriamente para os casos em que os pesos abstratos são iguais: “O peso abstrato de um princípio *Pi* é o peso que cabe a *Pi* relativamente a outros princípios, independente das circunstâncias de alguns casos. Muitos princípios da constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Em alguns, isso, todavia, é diferente. Assim, o direito à vida tem um peso abstrato superior do que a liberdade de atuação geral. Se o peso abstrato dos princípios colidentes é igual, pode ele ser excluído da ponderação. A lei da ponderação denomina como primeiro objeto da ponderação somente a intensidade da intervenção. Isso mostra que ela foi formulada com vista à situação na qual os pesos abstratos são iguais, portanto, não desempenham nenhum papel. O que deve ocorrer quando os pesos abstratos diferem ainda deve ser demonstrado.” (pp.138-139). Completando, prossegue: “Na relação das intensidades de intervenção (*Ii*, *Ij*) e dos pesos abstratos (*Gi*, *Gj*) existem três conjunturas fundamentais. Nas primeiras, os pesos abstratos são diferentes, as intensidades de intervenção, porém, iguais. Nessa conjuntura, as intensidades de intervenção neutralizam-se. Trata-se somente dos pesos abstratos. Essa conjuntura é o equivalente da segunda conjuntura fundamental – essencialmente mais freqüente e, com isso, praticamente muito mais importante –, na qual os pesos abstratos são iguais, as intensidades de intervenção, porém, diferentes. Na terceira conjuntura fundamental, pelo contrário, são diferentes tanto os pesos abstratos como as intensidades de intervenção. Trata-se, então, de todos os quatro valores.”

Segundo a lei da ponderação, esta deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.

Pressuposto para que compreendamos o papel da noção de proporcionalidade no pensamento de Robert Alexy é a identificação precisa do que o professor entende por “mandamento de otimização”, mormente ao considerarmos que ele mesmo admite empregar freqüentemente a expressão de maneira inexata.

A inexatidão resulta da mistura de dois planos: de um plano do objeto e de um metaplano. No plano do objeto, encontram-se os princípios como mandamentos ideais e, por conseguinte, a serem otimizados. Como tais eles são, diferentes que regras, que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas, cumpríveis em graus diferentes [...]. Princípios, como mandamentos ideais, são os objetos de ponderações. Os mandamentos de otimização são, pelo contrário, estabelecidos em um metaplano, no qual é dito o que deve ser feito com aquilo que se encontra no plano do objeto. Mandamentos de otimização exigem que seus objetos, os mandamentos a serem otimizados, sejam realizados tão amplamente quanto possível. Eles mesmos, porém, não devem, outra vez, ser otimizados, mas sempre ou cumpridos ou não-cumpridos. Mandamentos de otimização como tais têm, por conseguinte, como fio observado, repetida e acertadamente, a estrutura de regras. Contudo, o assunto de mandamentos de otimização permanece cheio de sentido [...]. Esse conceito expressa, de modo particularmente simples, do que se trata, no núcleo, em princípios. Além disso, existe uma relação necessária entre o dever ideal, portanto, o verdadeiro princípio, e o mandamento de otimização como regra: o dever ideal implica o mandamento de otimização e às avessas. Trata-se de dois lados de uma matéria. A questão levantada por Peczenik, se o mandamento de otimização está estabelecido dentro ou fora do significado do princípio, que ele necessariamente acompanha, deve, por conseguinte, ser respondida no sentido de que ele é compreendido pelo significado de um princípio, porque sua eliminação, simultaneamente, iria tomar do princípio correspondente o seu caráter de princípio. (ALEXY, 2007, p.37)

Do extenso, mas imprescindível, ensinamento acima transcrito, depreende-se que o termo mandamentos de otimização é utilizado pelo autor tanto em um sentido estrito, qual seja, o da designação de regras a serem seguidas na operacionalização de princípios de forma aproximativamente ideal, como na descrição dos princípios mesmos como mandamentos ideais a serem otimizados. Conseqüência de tal esclarecimento terminológico é o entendimento de que aquilo que se costuma chamar de “princípio da proporcionalidade”, em verdade, segundo Alexy, possui o caráter de uma norma interpretativa estruturada semelhantemente às regras, diretriz situada num metaplano em relação ao objeto da interpretação⁶⁰. A esse

⁶⁰ A respeito da natureza da proporcionalidade, Ávila (2006, pp.122-127) apresenta visão que se aproxima bastante, embora não integralmente, da de Alexy: “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. [...] Caso seja aceita a distinção fraca entre

respeito, discorre o autor em nota de rodapé bastante elucidativa:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. (ALEXY, 2008, p.117)

Adotaremos, pois, em consonância com o pensamento de Alexy, o termo “máxima” para designarmos a categoria normativa em que se enquadra o “princípio” da proporcionalidade⁶¹.

Podemos dizer que a máxima da proporcionalidade, na obra de Alexy, é a fonte primordial da técnica interpretativo-aplicativa da “ponderação de princípios/interesses”, difundida nos estudos de hermenêutica dogmática constitucional atualmente a ponto de caminhar para o delineamento de um senso comum teórico-interpretativo expansível aos demais ramos do direito.

Estabelecidos os pressupostos jusfilosóficos assumidos pelo autor, abordemos agora a

princípios e regras, a proporcionalidade [...] não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não tem elevado grau de abstração e generalidade: ela dirige-se a situações determinadas (colisão entre princípios em razão da utilização de um meio cuja adoção provoca efeitos que promovem a realização de um princípio, mas restringem a realização de outro) e a pessoas determinadas (sujeitos, normalmente autoridades públicas, que adotam medidas com a pretensão de realizar determinados princípios). Também não pode ser considerada uma regra, pois não tem uma hipótese e uma consequência que permita a subsunção do conceito do fato ao conceito da norma. Em vez de uma hipótese de fato ou da definição de um efeito, a proporcionalidade estabelece uma estrutura de aplicação, algo bem diverso. Caso seja admitida a distinção forte entre princípios e regras, a proporcionalidade, por exemplo, também não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não é realizada em vários graus, mas num só (a medida é ou não é adequada, necessária ou proporcional), e porque não é o objeto de ponderação, mas o próprio critério dela, sendo inconcebível sua superação em razão de princípios horizontalmente colidentes. Do mesmo modo, não pode ser considerada uma regra, pois não tem uma hipótese e uma consequência a ser implementada no caso de subsunção. Muito menos poderá ser objeto de colisão e de decretação de invalidade. [...] definindo a proporcionalidade como princípio/regra, confunde-se o objeto de aplicação com o critério de aplicação. Para usar uma metáfora: quem define a proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa! E, ao fazê-lo, perde de vista a diferença entre o que deve ser realizado (princípios/regras) e o que serve de parâmetro para a realização (postulados).”

⁶¹ Não foi outra a decisão de Virgílio Afonso da Silva, tradutor da “Teoria dos Direitos Fundamentais” (2008) para o português: “[...] uma breve explicação acerca da escolha da tradução de alguns termos importantes da obra parece-me necessária. Talvez a mais importante diga respeito aos termos “Prinzip”, “Grundsatz” e, em alguns contextos, “Satz”. Os dois primeiros, em português, podem ser traduzidos pelo termo “princípio”. Ocorre que, em alguns momentos, há uma deliberada escolha do autor pelo uso de um ou de outro, justamente para marcar uma diferença que a ele pareceu necessária. O caso mais importante está ligado à idéia de proporcionalidade. Alexy evita denominá-la de princípio (“Prinzip”), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra. [...] para reproduzir a opção do autor – de intencionalmente usar dois termos distintos – escolhi traduzir “Grundsatz” por “máxima”. Por isso, a proporcionalidade será aqui chamada de “máxima da proporcionalidade”. Alerto, no entanto, que em outros poucos casos o termo “Grundsatz” foi eventualmente traduzido como “princípio”, sempre que não houvesse risco de confusão (ou seja, sempre que ele pudesse ser considerado como princípio em qualquer acepção da palavra).” (ALEXY, 2008, p.10)

caracterização das normas-princípio e de sua aplicação no pensamento de Alexy e estabelecamos uma comparação com a postura de Ronald Dworkin.

3.2.2. Uma hérculea superinterpretação: o *balancing* em Dworkin não é instrumental

Humberto Ávila (2006, p.39) descreve a diferenciação entre normas-regra e normas-princípio, na modalidade que ele denomina de “distinção forte”, como fundada pelos pensadores da teoria do direito em três critérios básicos⁶². O primeiro deles, qual seja, o do caráter hipotético-condicional, consiste na formulação das regras mediante a previsão de uma *fattispecie*, cuja incidência sobre um fato concreto implica sua juridicização e a correspondente consequência jurídica, enquanto os princípios funcionam como vetores axiológicos da aplicação de tais regras ao caso concreto, numa relação de densificação. Os outros dois critérios – modo final de aplicação e conflito normativo – interpenetram-se. O primeiro deles consubstanciar-se-ia na aplicação *all-or-nothing* das regras e na gradual aplicação dos princípios (*more-or-less*)⁶³. O outro pressupõe uma dimensão de peso a ser determinada em face do caso concreto quando da aplicação principiológica (DWORKIN, 2001, p.42). Desses dois critérios decorre o entendimento de que o conflito entre normas de tais espécies somente se dissolve no plano da eficácia e mediante uma relação de prevalência, e não em abstrato no plano da validade, como, normalmente, acontece com as regras – de maneira a resultar na exclusão de uma delas do ordenamento jurídico ou na criação de uma exceção⁶⁴.

⁶² O autor apresenta, no entanto, sua própria versão da distinção na obra “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.” (ÁVILA, 2006).

⁶³ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstância específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (nosso sistema jurídico [norteamericano] utiliza essas duas técnicas). [...] Sem dúvida, uma regra pode ter exceções [...]. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra.” (DWORKIN, 2001, pp. 39 e ss.)

⁶⁴ Conforme exposto acima, Alexy admite que os princípios já possuem um peso abstrato, a ser levado em consideração no cálculo realizado mediante sua fórmula peso. Desta forma, poderíamos dizer que haveria uma inexorável interpenetração entre os planos de validade e eficácia no processo de ponderação; esta não se esgota

Humberto Ávila considera que os referidos traços são, inclusive, abarcados pelo que ele chama de distinção forte entre princípios e regras realizada por Dworkin e Alexy. Em verdade, a síntese sobre o estado da arte relativo ao tema realizada por Humberto Ávila corresponde muito bem aos ensinamentos do professor alemão⁶⁵, mas negligencia as diferenças entre os ensinamentos de Dworkin e Alexy a respeito das normas-princípio.

O ponto fulcral da dissonância teórica entre Alexy e Dworkin a respeito das normas-princípio pode ser encontrado na distinção realizada por Dworkin entre princípios e políticas. O professor norte-americano entende que os primeiros seriam normas jurídicas cujo cumprimento é exigível por força de sua dimensão de moralidade, enquanto os últimos seriam diretrizes éticas a pautarem politicamente objetivos coletivos a serem alcançados⁶⁶. Na obra de Alexy, por sua vez, ambos os conceitos são indiferenciados, de maneira que o autor acaba por assumir os princípios como dotados dessa dimensão de planejamento, inerentemente axiológica, a ser densificada e otimizada em face do caso concreto, conforme podemos depreender do excerto que segue⁶⁷.

[...] una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina «valor». En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo,

no plano abstrato, mas dele também não prescinde (nem mesmo nos casos em que os pesos abstratos sejam equivalentes, já que tal constatação já pressupõe uma análise do plano de validade).

⁶⁵ “A base do argumento de princípio forma a distinção entre regras e princípios. Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como “mandamentos de otimização”. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente. Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo.” (ALEXY, 2007, p.37).

⁶⁶ “Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da modalidade.” (DWORKIN, 2001, p.36)

⁶⁷ A respeito da diferenciação entre princípios e regras por ele proposta, afirma Alexy (2008, p.91): “A distinção apresentada assemelha-se à proposta por Dworkin [...]. Mas ela difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.”

contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en outro caso bajo un aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores. (ALEXY, 1988, p.145 – tradução de Manuel Atienza)

Alguém poderia argumentar que, se Dworkin admite que os princípios colhem sua razão de ser em sua moralidade mesma, não haveria maiores diferenças entre sua concepção de princípio e aquela esposada por Alexy⁶⁸. No entanto, na obra de Dworkin, o fato de os princípios, pela sua normatividade mesma, assumirem um caráter deontológico determina que sua aplicabilidade se dê mediante um juízo de adequabilidade (*balancing*), não havendo em tal processo juízos de caráter otimizador de razões conflitantes. Dworkin não trabalha com uma lógica de princípios a serem ponderados, mas sim com juízos capazes de determinar o peso de um princípio no caso concreto, de maneira a proporcionar uma resposta correta à situação abordada. (DWORKIN, 1978). Tal correção da resposta não pressupõe um caráter demonstrativo em moldes absolutos, mas sim uma compreensão do direito como uma Integridade construída numa comunidade cuja história jurídica pode ser contada como num “romance em cadeia” (DWORKIN, 1998). Não teríamos, pois, em Dworkin uma busca por harmonização principiológica, nos moldes do já mencionado postulado da concordância prática, albergado pela teoria alexyana. A dimensão de peso dos princípios em Dworkin não significa que eles devem ser aplicados axiologicamente, na medida das possibilidades jurídicas e fáticas, com mera prevalência do mais pesado, como quer Alexy, mas sim que, em caso de haver princípios em conflito, aquele ao qual, *in casu*, for atribuído maior peso será integralmente aplicado, de forma a afastar a incidência do outro naquela situação concreta.

3.2.3. A moral como elemento corretivo na metodologia alexyana

A principal consequência da ausência de distinção entre princípios e políticas por parte de Alexy é justamente a sua conclusão, já aduzida acima, de que os princípios constituem

⁶⁸ Aqui, aproveitamo-nos da diferenciação entre conceitos e concepções trabalhada por William Gallie e devesas popular nos estudos de teoria do direito, filosofia do direito e filosofia política norte-americanos. As obras de Ronald Dworkin (2001) e John Rawls (2000) constituem ótimos exemplares da utilidade de tal diferenciação. Sobre o tema, discorre Stephen Guest: “As pessoas podem ter diferentes concepções sobre algo e podem, e obviamente o fazem, discutir com outras sobre qual delas é a melhor. Pode-se perceber a óbvia analogia com as interpretações rivais de uma ‘coisa’. No contexto das concepções, esta ‘coisa’ é o ‘conceito’, constituído de um nível de abstração a respeito do qual há um acordo sobre um primário complexo de idéias e aplicado em todas as interpretações. Uma concepção, por outro lado, levará a certa controvérsia, a qual, de acordo com Dworkin, é latente no ‘conceito’ (GUEST, p.34, 1991 – tradução nossa).

mandamentos ideais a serem otimizados, cujo grau de aplicabilidade deve ser aferido com base em uma postura permeada por considerações teleológicas e axiológicas. Alexy adota a existência de normas do tipo principiológicas, entende que é intrínseca ao sistema jurídico uma pretensão de correção – sob pena de esvaziamento de sua juridicidade – e adota as decisões como permeadas por uma concepção corretiva da moral⁶⁹. Justamente por essa proposta tender a apresentar grande espaço a considerações pragmáticas e de justiça/razoabilidade subjetiva, de maneira a recair em um velho solipsismo, assim como aconteceu – embora em moldes distintos – com o juiz kelseniano, o professor de Kiel procura construir uma rigorosa metodologia de aplicação do direito, cujo parâmetro-mor consubstancia-se no princípio da proporcionalidade.

Para o desiderato a que se propunha, Alexy parte da premissa de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (moral). O autor entende que toda atividade discursiva pressupõe uma pretensão de correção; diferencia-se o direito dos casos gerais por não aspirar sua pretensão a um caráter absoluto, mas sim à correção no bojo de um dado sistema jurídico⁷⁰. Exatamente por conta dessa relação de gênero-espécie entre o discurso prático geral e o discurso jurídico é que as assertivas neste realizadas podem ser fundamentadas naquele. Ora, obviamente que a função de especialização do discurso jurídico é exatamente a institucionalização de um espaço normativo capaz de abreviar os caminhos

⁶⁹ Esclarece Alexy (2005, pp.54-55) que um sistema não perde sua juridicidade pela não-satisfação da pretensão de correção, caso em que será meramente deficiente, mas sim pela ausência mesma de sua formulação: “Los sistemas normativos que no formulen, explícita ni implícitamente, la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. De esta manera, la pretensión de corrección permite distinguir entre derecho y fuerza bruta. Formular una pretensión no quiere decir que al mismo tiempo se la satisfaga. Los sistemas jurídicos que ciertamente formulan la pretensión de corrección pero que no la satisfacen, siguen siendo sistemas jurídicos. Sin embargo, son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión tiene una relevancia exclusivamente cualificatoria. La pretensión de corrección cumple un papel exclusivamente cualificatorio – nuevamente, contemplada aisladamente, y no en interacción con otros argumentos – en el caso de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales aisladas. Si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección son jurídicamente deficientes.” No sentido de depreender do pensamento de Alexy uma função corretiva da moral, aduz Streck (2008, p.184): “Na justificação externa, o problema diz respeito às “premissas não extraídas diretamente do direito positivo”, constantemente presentes no processo de aplicação (entra aqui o problema da moral – enquanto justificativa das premissas externas ao direito positivo -, que tem uma função corretiva em Alexy, embora tal circunstância não seja assumida explicitamente.”

⁷⁰ “A tese do caso especial sustenta que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (Alexy, 1989, p. 212). Essa afirmação baseia-se em três razões: a) no final das contas, o debate jurídico, como a argumentação prática geral, trata do que é obrigatório, proibido ou permitido – de questões práticas, portanto; b) uma pretensão de correção é sustentada no discurso jurídico assim como no discurso prático geral. Ambos os tipos de argumentação são, pois, *discursos*; c) a argumentação jurídica é uma matéria de um caso *especial* porque a pretensão de correção no discurso jurídico – a qual não diz respeito ao que está absolutamente correto, mas sim ao que é correto dentro da estrutura do sistema e fundado numa ordem jurídica validamente eficaz – é distinta da pretensão de correção no discurso prático geral. O que é correto no sistema jurídico depende essencialmente do que é fixado por autoridade competente ou institucionalmente e do que se adequa a esse sistema. Deve, pois, não contradizer o que está positivado e constituir um todo coerente. Podemos sintetizar essa idéia em uma sintética fórmula: a argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes e tem que observar o sistema de direito elaborado pela dogmática jurídica”. (ALEXY, 1999, p.375 – tradução nossa).

para a conclusão de um raciocínio pretensamente correto, cuja redução de complexidade se consubstancia no deslocamento da correção moralmente absoluta para a correção intrasistêmica.

Consectário da *ratio alexyana* é a compreensão de que quando não for possível afirmar proposições jurídicas de maneira tão categoricamente institucionalizadas ao ponto de prescindirem de justificação fora da dogmática, da lei ou do precedente, será possível a busca de uma justificação mediante argumentos práticos gerais. Isso nos leva a perceber no pensamento de Alexy uma dimensão corretiva da moral no tocante aos casos difíceis, os quais envolvem princípios em conflito, a serem regidos pela lei da ponderação consubstanciada na submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, e cuja decisão será direcionada à consecução dos fins jurídicos de justiça distributiva e comutativa; “La justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación⁷¹.” (ALEXY, 2003, p.163 – traduzido por Ana Inés Haquín)

A teoria discursiva proposta por Alexy permite ao operador do direito não mais se submeter a um demasiadamente complexo manejo tecnicista de conceitos jurídicos na busca de sua resposta para uma dada questão. Obviamente a atividade do jurista continua, nesse novo paradigma jusfilosófico, inerentemente ligada a um trabalho sistemático, com pretensões de coerência e racionalidade. No entanto, quando Robert Alexy (por todos) assume a moral como uma instância corretiva da atividade jurídica, e não mais como um elemento necessário de integração, inexoravelmente discricionário, como no pensamento descrente de Kelsen; mas sim com pretensões de justificação racional que alcancem, inclusive, os caminhos percorridos nessa mesma dimensão moral. Abre-se um novo horizonte interpretativo, na medida em que lidar com conceitos jurídicos passa a ser uma atividade pautada em parâmetros finalístico-axiológicos. Escapa-se, pois, da abissal diferença entre os dois lados do paradoxo em que

⁷¹ “Se lei, precedente ou dogmática determinam, inequivocamente, a decisão e se, sob o aspecto da correção quanto ao conteúdo, não existem objeções sérias, o caso é decidido somente pelo fundado em autoridade e institucional. Mas, se lei, precedente e dogmática não determinam a resposta a uma questão jurídica, o que define casos difíceis, são necessárias valorações adicionais, que não se deixam desprender somente do material fundado em autoridade dado. Se a pretensão de correção deve ser satisfeita, essas premissas adicionais devem ser fundamentadas. Mas isso é, se o fundado em autoridade ou institucional sozinho não dá resposta, possível somente no caminho da argumentação prática geral. Em seu quadro, reflexões de conformidade com a finalidade e idéias daquilo que é bom para a comunidade têm, sem dúvida, o seu lugar legítimo. [...] Porém, nada modifica [o fato de] que a questão diretiva do decidir judicial no âmbito da abertura é a questão sobre a compensação correta e a distribuição correta [...] questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a pretensão de correção funda, também, no plano da aplicação do direito, uma união necessária entre direito e moral.” (ALEXY, 2007, p.40).

incorreu Kelsen⁷², cindidos pelo seu momento ametódico – a realização de operações meramente lógico-dedutivas, na perspectiva científica, e uma postura eminentemente decisionista, no âmbito prático –, para se adentrar uma racionalidade material de valorações, com o intento de alcançar resultados adequados aos ideais de justiça e objetividade, mas sem perder de vista o elemento condutor constituído pela coerência.

3.2.4. A irredutível margem de discricionariedade no pensamento de Alexy

Soluções hermenêuticas baseadas na metodologia proposta por Robert Alexy devem ser determinadas, *ultima ratio*, por meios de recursos ao discurso prático geral, o que desemboca na admissão de um papel corretivo da moral na argumentação jurídica em casos difíceis. O autor, aliás, admite expressamente tal possibilidade.

Positivistas y antipositivistas están de acuerdo en que, como dice Hart, todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*). [...] El ámbito de apertura puede ser más o menos amplio, pero está presente en todo sistema jurídico. En el ámbito de apertura no se puede decidir sobre la base de las reglas del derecho positivo, pues si tal fuera el caso, no se estaría en el ámbito de apertura. Desde el punto de vista positivista, esto tiene como consecuencia que en el ámbito de apertura el juez está autorizado a crear discrecionalmente nuevo derecho sobre la base de pautas extrajurídicas. Por el contrario, la pretensión de corrección conduce hacia una interpretación antipositivista. Esta pretensión, por estar necesariamente vinculada con los fallos judiciales, es una pretensión jurídica, y no solo una pretensión moral. A ella le corresponde el deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente. En el ámbito de apertura este deber jurídico se refiere también a la aplicación correcta de normas morales correctas; ya que por definición, en el ámbito de apertura no se puede decidir solo sobre la base de las normas del derecho positivo, y el recurso exclusivo a consideraciones de conveniencia no es suficiente para resolver correctamente un problema jurídico. En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia. Con ello, desde una perspectiva metodológica o de la teoría de la argumentación, la pretensión de corrección crea una conexión necesaria de derecho y moral.

⁷² “Ora, por que não dizer que, agindo com método e conforme procedimentos racionais, não pode o doutrinador chegar a uma interpretação verdadeira? Kelsen responde que essa hipótese é irrealizável porque, se admitida, estaria criando uma ilusão, a ficção da univocidade das palavras da norma. Entendemos: para o autor, cumpre à ciência jurídica conhecer o direito, *descrevendo-o* com rigor. Exige-se, pois, método, obediência a cânones formais e materiais. A ciência, assim, é um saber rigoroso e que, por isso, caminha numa bitola bem determinada e impõe-se limites. Ora, se o objeto de hermenêutica são conteúdos normativos essencialmente plurívocos, se o legislador, porque age por vontade e não por razão, sempre abre múltiplas possibilidades de sentido para os conteúdos que estabelece, então à ciência jurídica cabe descrever esse fenômeno em seus devidos limites. Isto é, apenas *mostrar a plurivocidade*. Querer, por artificios ditos metódicos, ir além dessa demonstração, tentar descobrir uma univocidade que não existe, é falsear o resultado e ultrapassar as fronteiras da ciência. A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade. Daí para frente, o que se faz realmente é política [...]. Essa coerência de Kelsen com seus princípios metódicos, porém, deixa-nos sem armas. Sua renúncia pode ter um sentido heróico, de fidelidade à ciência, mas deixa sem fundamento a maior parte das atividades dogmáticas, as quais dizem respeito à hermenêutica.” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, pp. 266-7)

Em suma, se puede decir que la pretensión de corrección conectada con otros argumentos conduce a un concepto de derecho antipositivista, que une derecho y moral en la dos modalidades retratadas. (ALEXY, 2005, pp.59-61).

Acabamos por chegar a uma repaginação do “momento ametódico” kelseniano, em que, diante de diversas possibilidades de resolução, não temos um critério metodológico definitivo, capaz de nos levar à resposta correta (ou, minimamente, mais adequada). O próprio Alexy (1988, p.151) demonstra acreditar ser concretamente impossível alcançar conscientemente respostas jurídicas definitivas.

Aqui queda aún por ver si sobre la base de semejantes idealizaciones es posible una única respuesta correcta para cada caso o si las diferencias antropológicas de los participantes en el discurso que obstaculizan el discurso hacen que, pese a las idealizaciones, puedan existir casos sin una única respuesta correcta. En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su *status* con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas⁷³.

Depreende-se do trecho acima reproduzido que o autor entende ser possível meramente alcançar uma resposta tendente ao ideal (já que nem sempre haveria respostas corretas e, mesmo quando elas existissem, não seria possível identificar com certeza seu caráter de correção definitiva). Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento de um discurso jurídico racional e com pretensão de correção nos moldes alexyanos não é suficiente para nos proporcionar uma resposta correta à questão, mas sim uma mera resposta plausível. Sobre o

⁷³ “La pieza nuclear de la teoría del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. En otro lugar he tratado de formular explícitamente este sistema a través de un sistema de 28 reglas. Las reglas se extienden desde aquéllas que exigen no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquéllas que expresan la idea de universalizabilidad, entre otras cosas asegurando a cada uno el derecho a tomar parte en el discurso y a cada uno la misma consideración en el discurso, hasta aquéllas que rigen para la argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas. Este sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto”. (ALEXY, 1988, p.150)

proferimento de decisões jurídicas meramente plausíveis, discorre Larenz (1997, p.414).

O juiz não pode permitir-se um tal *non liquet*; ele está, ao contrário do cientista, sob uma obrigação de resolver. Tem que chegar a uma resolução do caso que lhe foi submetido e, por isso, tem que decidir-se a julgar de um ou de outro modo a situação de facto que lhe foi submetida. Tem que se aceitar o inevitável risco de insegurança para a jurisprudência dos tribunais em tais casos. É suficiente que o juiz tenha esgotado todos os meios de concretização de que dispõe, com ajuda de reflexões jurídicas, e que, nesses termos, a sua resolução surja como «plausível». O jurista denomina de «plausível» uma resolução quanto pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correcção, como em sentido oposto. Que ele se contenta freqüentemente com a mera «plausibilidade» de uma resolução, quando o leigo espera «correcção» comprovável, é algo que assenta no carácter inevitável da irredutibilidade de margens de livre apreciação e na obrigação de decidir que impende sobre o juiz. A ciência do Direito só pode produzir em relação a tais casos a asserção de se tal resolução é ainda plausível ou já o não é de todo. Uma tal asserção está, por seu lado, evidentemente, também subordinada à exigência de correcção do enunciado.

Admitir o quadro pintado por Larenz como inexorável significa reconhecer que a diferença entre o ato de vontade kelseniano e a utilização de valores (dentre eles, a justiça) como elementos morais corretivos do discurso jurídico é meramente uma (tentativa de) redução do grau de discricionariedade nos casos difíceis; nada impediria o juiz kelseniano de preencher a lacuna do momento ametódico com base na concepção de justiça que mais lhe aproovesse. Larenz, aparentando aderir descrentemente a tal pensamento, faz apenas duas ressalvas: a primeira, semelhante à “cláusula Radbruch”, no sentido de não admitir resoluções manifestamente injustas; na segunda, afirma que o juiz deve procurar afastar seus preconceitos na busca por sua “intuição valorativa”, o que não nos parece suficiente a resolver o problema⁷⁴.

Quando, por fim, o juiz tenha à escolha dois julgamentos igualmente plausíveis, é evidente que ele toma a opção mediante uma antevisão do resultado que de cada

⁷⁴ Assim como Larenz, Alexy, no bojo de sua caracterização do ordenamento jurídico como dotado de uma pretensão de correção, também manifestou sua adoção à “cláusula Radbruch”: “[...] cuando las normas de un régimen injusto presentan una extrema injusticia, ellas deben ser privadas del carácter jurídico, y con ello también de la validez jurídica. Esta tesis, que corresponde a la fórmula radbruchiana, no puede ser fundamentada sin argumentos normativos. No obstante, hay tanto razones normativas que hablan a favor de la fórmula de Radbruch, como aquéllas que lo hacen en contra. Las razones normativas para la negación del carácter jurídico em los casos de injusticia extrema desarrollan todo su peso tan solo teniendo como razón de fondo al argumento de la corrección. Si este argumento acierta, entonces los actos extremadamente injustos de un régimen injusto son desde el comienzo jurídicamente deficientes, debido a la violación de la pretensión de corrección necesariamente conectada con ellos. Además, el reconocimiento posterior de este acto extremadamente injusto será medido según el reconocimiento como um acto jurídico necesariamente conectada com la pretensión de corrección. Estas uniones analíticamente necesarias llevan a um reforzamiento de las razones que están em contra de la pérdida del carácter jurídico em caso de que se sobrepase el umbral de la injusticia extrema. De esta manera, el argumento de la corrección em unión com los ulteriores argumentos adquiere uma relevância clasificatoria que no tuvo cuando se lo considero aisladamente”. (ALEXY, 2005, pp.57-58)

juízo decorre, ou seja, da resolução do que caso que dessa opção resulte. Uma vez que o juiz quer resolver o caso, tanto quanto possível, «justamente», a justiça da resolução do caso é um desiderato legítimo da jurisprudência dos tribunais, é legítima a antevisão da resolução do caso vista como justa pelo juiz. Decerto que o juiz não sabe em todos os casos de antemão qual é a resolução «justa». Uma vez que é mais fácil dizer o que é claramente injusto do que o que é justo nos casos difíceis, o juiz pode evitar, deste modo, pelo menos uma resolução manifestamente injusta. Quando nenhuma das resoluções possíveis seja manifestamente injusta, a resolução é deixada, nos casos mencionados, à intuição valorativa e à convicção do juiz. Aqui existe, decerto, o perigo de que no julgamento do juiz se insinuem, sem que ele próprio disso tenha consciência, preconceitos de diversa ordem, que, como sempre, podem ser limitados. Deve exigir-se do juiz que se abstenha, tanto quanto lhe seja possível, de dar conta das suas motivações e que aprenda também com as resoluções errôneas. Pois que, quando falte uma disponibilidade para tanto, poderá mesmo um sentimento jurídico experimentado cair em erro com facilidade. (LARENZ, 1997, pp.414-415).

Entendemos, com Lúcio Chamon Júnior (2006, p.156), não ser cabível uma interpretação/aplicação ao caso concreto eticizante do direito nos moldes alexyanos, visto tal postura implicar inexorável esvaziamento de tal atividade, mormente considerando a pluralidade axiológica e a descrença em valores universalmente válidos – coisa de tempos jusnaturalistas.

A grande crítica ao pensamento kelseniano no âmbito da aplicação judiciária do direito trata do momento ametódico, no qual o intérprete decide valorativamente, sem se basear em quaisquer métodos ou critérios jurídicos, constituindo um posicionamento eminentemente moral⁷⁵. Acusa-se o Normativismo de, a despeito de pregar a neutralidade axiológica até o momento em que se extraem as possibilidades de aplicação da moldura normativa, incorrer em uma legitimação decisória meramente formal, calcada na noção de autoridade formalmente competente. Não estaríamos aqui, mais uma vez, sucumbindo à insegurança e conferindo ao juiz o poder exorbitante de atuar simultaneamente como legislador e aplicador por força de sua situação de “autoridade competente em conformidade com o sistema”? Em verdade, concepções eticizantes apriorísticas constituiriam *topoi*, intrinsecamente valorativos, a serem tomados como premissas legitimadoras de um entimema judicial, em detrimento da normatividade institucionalizada democraticamente. É aí que entra o argumento central de

⁷⁵ É mediante a interpretação autêntica que se desenvolve o caráter dinâmico do sistema jurídico kelseniano. Para que a relação de fundamentação e derivação entre as normas hierarquizadas configure-se no caso concreto, é necessário que o órgão estatal realize a interpretação das normas hierarquicamente superiores, as quais fundamentam formalmente o exercício de sua competência, consubstanciado na criação de direito. Tal momento criativo consiste em escolher volitivamente qual dos conteúdos possíveis de serem extraídos da fonte formal deve ser aplicado, ou, até mesmo. A autoridade competente, pois, cria direito com base em seus valores; é o chamado momento ametódico.

Chamon na sua crítica a Alexy:

“...não podemos assumir a lógica de argumentação dos princípios jurídicos, que é binária, como uma lógica de ponderação, sempre gradual. A solução de um caso sempre envolve a aplicabilidade, ou não, de determinadas normas, e não uma ponderação de quais os ‘valores’ envolvidos naquele caso e, dentre esses ‘valores’, qual merece ser protegido por ser ‘preferível’, ou mais ‘importante’. A ilegitimidade dessa interpretação se centra no fato de que torna obscuro, a si mesma, o fato de que *não se pode legitimamente decidir por valores ‘preferíveis’ a todos*, além de não ser papel do Direito estabelecer uma ordem de valores concreta a reger a sociedade. Muito antes pelo contrário, o Direito é antes o que garante, legitimamente, essa pluralidade valorativa. Não se pode, pois, pretender uma solução valorativa, sempre *parcial e particular*, a uma questão jurídica.” (CHAMON JÚNIOR, 2006, pp. 157-8)

A questão central ora discutida pode ser formulada nos seguintes termos: a perspectiva epistemológica de autores como Alexy estaria a permitir a invasão das decisões legislativas, já justificadas eticamente durante o exercício democrático do processo legislativo, no momento da aplicação jurídica?

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem constituir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta (ADEODATO, 2009, p.165)

Em outros termos: o Judiciário tem legitimidade democrática para agir de forma decisionista, como se fosse um novo Poder Moderador?

3.3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: É O PODER JUDICIÁRIO O NOVO PODER MODERADOR ?

O papel de destaque alcançado pelo Poder Judiciário no contexto das vertentes hermenêuticas estudadas nos tópicos anteriores tem ultrapassado a perspectiva epistêmica e estabelecido conexões de apoio mútuo com conclusões de estudos de ciência política e teoria do Estado.

A progressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do judiciário tornam-se, assim, três fatores importantes e estreitamente conexos, dentro do ambiente jurídico contemporâneo, a tornar obsoleta a tradicional separação de poderes. Se não é só o juiz o responsável, pois nem só em lides se concretiza a constituição, como quer, corretamente, Peter Häberle; certamente o papel dos juízes e, sobretudo, dos tribunais superiores vai ter uma importância diretora e indutora muito maior do que a que tem diante da mera litigância eventual (ADEODATO, 2009, p. 164)

O panorama traçado nos obriga a abordar o seguinte problema, formulado em termos descritivos: a inclinação pela defesa das instituições judiciárias como *locus* privilegiado de decisões fundamentais é fruto da adoção de um determinado posicionamento político-científico sobre o desenho institucional da separação de Poderes; ou, ao contrário, a adoção de determinada perspectiva filosófica moral-prática tem estimulado a preferência por determinados arranjos institucionais? A pergunta também seria pertinente caso construída em termos normativos: é preferível privilegiar o *input* procedimental (desenho institucional adequado), do qual derivaria a legitimidade das decisões; ou, ao contrário, deve-se partir de uma dada concepção de justiça substantiva, a qual fundamentaria a eleição do arranjo institucional correto? Notemos, ainda, que esta segunda questão admite uma variação, pois, àquele que defender o privilégio do *input* procedimental, ainda caberá responder se a legitimidade da decisão derivará formalmente do desenho institucional, pelo *pedigree* da autoridade decisória; ou alcançará um resultado substantivo correto justamente por conta das características concretas do ambiente institucional responsável pela decisão.

Especificamente em relação à questão normativa acima apresentada, Hübner Mendes (2011, p.23) defende que de uma determinada concepção de justiça substantiva não advém um modelo institucional questão a qual retornaremos posteriormente. Notemos, entretanto, que boa parte dos defensores da revisão judicial acreditam que a assertiva inversa é verdadeira: um desenho institucional adequado levará a resultados morais corretos. Argumentam que os membros de uma corte constitucional, depois de escolhidos, não podem perder o cargo em razão de suas decisões, o que os deixa imunes à dinâmica eleitoral e ao ritmo da alternância típica do ambiente parlamentar. Essa imunidade à prestação de contas e à responsabilização política (*unaccountability*) proporcionaria às cortes a liberdade necessária para tomar decisões de princípio, enquanto o ambiente parlamentar incentivaria compromissos incompatíveis com a racionalidade dos direitos fundamentais. Os direitos nem sempre seriam levados em conta pelos legisladores e, mesmo quando o fossem, não receberiam um tratamento de preocupação primária. Diferentemente, um regime moral que respeite liberdades qualificaria os direitos como trunfos, inegociáveis (*trade-offs*) (MENDES, p.84)⁷⁶.

“Argumentos pela revisão judicial, freqüentemente, assumem algum grau de *expertise* no papel dos juízes, treinados para decidir de uma certa maneira, supostamente mais sensíveis (ou em melhores condições deliberativas) para questões de princípios” (MENDES, 2011, p.

⁷⁶ Trata-se, pois, na terminologia habermasiana, da distinção entre o *forum* institucional do princípio e o *forum* institucional da utilidade, campos em que, respectivamente, praticar-se-iam o discurso de aplicação e o discurso de justificação das normas jurídicas.

47). Uma parcela considerável dos autores pertencentes à tradição favorável à revisão judicial atribui à corte uma margem de construção interpretativa, a qual implicaria o exercício de uma função ativa no desenvolvimento da lei, na sua adaptação às cambiantes circunstâncias concretas e na história de enraizamento de uma lei nas práticas sociais (MENDES, 2011, p.101). Will Waluchow (2007), por exemplo, defende que a corte lida com uma maior riqueza de detalhes, de forma a ter mais condições para avaliar melhor os elementos que permitem aos casos serem tratados de forma igual, em respeito à justiça equitativa, sem que isso signifique casuísmo. Assim, a corte não deixaria de estar vinculada a suas decisões passadas, de forma que os indivíduos podem delas extrair regras que orientem sua conduta futura.

[...] vantagem institucional da corte em relação ao legislador. Este é obrigado a produzir normas prospectivas, gerais e abstratas, que regula situações no atacado. Nem sempre terá facilidade para perceber as implicações de direitos fundamentais. Quando muito, é capaz apenas de especular sobre quais serão seus efeitos reais na sociedade. A corte, ao contrário, analisa a lei após essa ter sido processada por episódios reais. Mais do que isso a corte é treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais: decide caso a caso, de modo incremental, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a regra geral jamais poderá alcançar. Diferentemente do legislador, que olha somente para o futuro, a corte tem uma abordagem tanto retrospectiva quanto prospectiva (e modula os efeitos que a decisão presente terá em casos futuros). É uma metodologia que opera de baixo para cima (*bottom up*), dos casos concretos para generalizações modestas (MENDES, 2011, pp. 77-8).

O pensamento de Waluchow encontra-se com o de Zippelius (*apud* LARENZ, 1997, p. 172-4), para quem o reconhecimento de um *ethos* jurídico dominante pressupõe o entendimento de que a concretização da ideia de direito não se restringe à estrita legalidade como corolário dos valores segurança jurídica e justiça equitativa. Ora, a realização da justiça material, inexoravelmente voltada, como queria Fikentscher (*apud* LARENZ, 1997, p. 196 e ss.), para uma norma decisória voltada à faticidade (o que não pode ser lido, como queria o autor, subsuntivamente, mas sim nos termos da *applicatio* da hermenêutica gadameriana), e não apenas para um suposto tratamento equitativo de casos que seriam, apenas aparentemente, semelhantes; requer que a decisão judicial seja coadunável com a integridade jurídica da comunidade respectiva.

A corte teria, devido ao ambiente institucional favorável, liberdade para decidir por conta própria, desde que desse resposta a cada um dos argumentos que lhe foram apresentados. Juízes que estão abertos a serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos merecem nosso respeito por suas decisões, visto ajudarem a construir uma 'república de razões', não somente uma 'república de cidadãos' (ou de indivíduos

autointeressados)” (MENDES, 2011, p.81). Tal república de razões seria proporcionada justamente pelo fato de a corte falar na linguagem moral apropriada para a relação entre cidadãos, qual seja, a linguagem dos princípios (Rawls)

Até aqui, em resposta às questões expostas no início do tópico, poderíamos dizer, descritivamente, que as preferências relativas a desenhos institucionais, devido à caracterização do Judiciário como um ambiente faticamente favorável às deliberações de princípio, têm estimulado a defesa da instituição judiciária como *locus* privilegiado de decisões fundamentais. No entanto, é fundamental percebermos que o questionamento realizado *supra* não é respondido por tais autores como uma derivação formal do desenho institucional. Em outras palavras, autores como Rawls, Dworkin e Alexy não se satisfazem com o *pedigree* da autoridade decisória. Preocupam-se, isso sim, com o *input* procedimental na dimensão do Judiciário como espaço de reforço às probabilidades de que se alcance um *output* substantivo correto, já que a existência de uma instituição revisora atribui à constituição uma espécie de “segunda chance”. Obviamente, a adoção desse desenho institucional em nada garante o alcance de resultados corretos. Em outras palavras, dada a perplexidade da justiça procedimental imperfeita (Rawls), a defesa da revisão judicial seria necessária para que se alcançassem resultados desejáveis, mas sua legitimidade seria revisável reflexivamente, em cada caso e *ex post*, dependendo da conformidade com um dado padrão de justiça substantiva. Estabelece-se, assim, uma circularidade entre o elemento procedimental (*input*) e o elemento material (*output*).

Por outro lado, Waldron (1999), notório opositor ao instituto da revisão judicial, entende que os defensores da última palavra judicial teriam um preconceito contra os parlamentos, supondo que estes necessariamente adotariam uma perspectiva amoral a respeito de dilemas morais coletivos traduzíveis na linguagem dos direitos. Em outras palavras, a defesa do controle de constitucionalidade buscaria justificação na suposição de que a opção pela última palavra legislativa viria necessariamente nos moldes de uma “justiça procedimental pura”, de forma a sustentar um convencionalismo tipicamente positivista e sua caracterização de uma legitimidade de conteúdos morais legislativamente positivados unicamente com base em um critério formal de *pedigree*. Segundo Waldron, essa visão confunde teoria da autoridade com teoria da justiça, ou seja, a pergunta sobre “o que deve ser decidido” com a pergunta sobre “quem deve decidir”, como se não fosse possível construir uma teoria substantiva da democracia sem abrir mão da primazia do legislador.

Hübner Mendes (2011, p. 102) atribui aos defensores da última palavra legislativa a

elaboração de uma crítica ao pensamento favorável ao controle de constitucionalidade, o qual assumiria a crença de que as cortes, diferentemente dos parlamentos, estaria imune a conteúdos ideológicos. A corte não é neutra, e a decisão judicial, muitas vezes, não solucionaria o desacordo, mas apenas adicionaria uma interpretação possível que gera um custo para a democracia. As opiniões manifestadas pelos juízes viriam revestidas por uma linguagem aparentemente técnica, mais preocupada com o jargão do que com o argumento, a qual esconderia a manifestação de vontade afirmadora de uma dada agenda ideológica. Fundar-se-ia, assim, na ilusão da autonomia do direito, de forma a gerar uma imunização de suas opiniões à contestação pública⁷⁷.

[...] verborragia. Frequentemente, a argumentação judicial tem um caráter legalista e hermético. Está mais preocupada com a semântica do que com os valores subjacentes, mais presa ao jargão do que ao argumento. A busca do significado verdadeiro de expressões escritas, que ganham vida própria, vira uma obsessão desconectadas dos problemas reais que precisam resolver. Juízes estão enredados em camisas de força verbais. Escorregam para digressões e desvios irrelevantes. Dispersam-se em argumentos laterais sobre os canônes da argumentação jurídica, em vez de lidar com o dilema de fundo de modo franco e aberto. Em vez de deliberação moral com a qual o povo possa interagir, geram efeitos diversionistas”. (MENDES, 2011, p.102)

Ao contrário do que se diz, o legislador também justificaria suas decisões, assim como não se poderia atribuir ao juiz um padrão exemplar de razão pública. Não haveria nada de educativo na função da corte, sendo essa suposição um fetiche das propostas normativas em matéria de metodologia aplicativa do direito (MENDES, 2011, p.101-2)⁷⁸. Em verdade, os defensores da última palavra legislativa sobre as questões de direitos entendem, na esteira da distinção formulada por Fuller (1978) entre conflitos adversariais e conflitos policêntricos, que o parlamento tem um valor epistêmico superior ao da corte para tratar de decisões fundamentais. Não prosperaria a ideia de que a corte tem mais condições de analisar

⁷⁷ “[...] a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa - o mundo do legislador racional - no qual, em tese, tornam-se todos decidíveis. Ela não elimina, assim, as contradições, mas as torna suportáveis. Portanto, não as oculta propriamente, mas as disfarça, trazendo-as para o plano de suas conceptualizações. Repete-se, pois, na hermenêutica o que ocorre com a dogmática analítica. Enquanto esta, porém, exerce sua função ao isolar o direito num sistema, o saber interpretativo conforma o *sentido* do comportamento social à luz da incidência normativa. Ela cria assim condições para a decisão. Contudo, não diz como deve ocorrer a decisão. Para isso, existe um terceiro modelo dogmático que toma a própria decisão como seu objeto privilegiado. [...]. A esses momentos do questionamento argumentativo vincula-se o questionamento do próprio dogma do qual se parte - a lei, o direito consuetudinário, a norma administrativa etc. -, o que permite ao processo decisório discutir seus pontos de partida sem negá-los. Trata-se de uma astúcia da razão dogmática para extrair de sua vinculação ao dogma sua própria liberdade.” (FERRAZ JR., 2003, p. 286 e ss.)

⁷⁸ Dentre algumas vertentes hermenêuticas que partilham desse ceticismo sobre as teorias normativas de metodologia (em sentido constitutivo) do direito, podemos mencionar o realismo norte-americano e a proposta gadameriana de Josef Esser.

problemas sobre direitos por ter uma rica descrição concreta sobre um caso, enquanto o legislador não levaria em consideração uma gama diversificada de casos reais. Ora, o legislador teria melhor noção de impacto das leis por força da experiência legislativa anterior, já que a maioria dos temas já foi legislativamente regulada anteriormente.

Na esteira da distinção de Fuller, a competência da corte para tratar de conflitos adversariais, nos moldes de *bottom up*, não satisfaria a necessidade de “coletar informações, obter avaliações técnicas sobre diversos pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses e fazer concessões e compromissos” (MENDES, 2011, p.94). Os padrões típicos da argumentação técnica judicial, presos à lógica adversarial, impediriam o acordo e o compromisso, visto trabalhar com um código binário vencedor-perdedor. Não serviriam, pois, a uma função de pacificação, mas sim de polarização, algo inerente à linguagem dos direitos e suas rígidas declarações abstratas de princípio. Assim, os conflitos seriam despolitizados e os movimentos de mudança seriam neutralizados, não sendo possível a realização de concessões intermediárias, o que acabaria destruindo a possibilidade de uma boa deliberação moral. O Poder Legislativo, por sua vez, teria condições de cumprir tais missões pela via da consideração dos direitos fundamentais como ponderações necessárias de uma política pública, sem que isso significasse, necessariamente, um barateamento de direitos. (MENDES, 2011, p. 94).

Até mesmo Robert Dahl (1991), autor que defende a existência da revisão judicial – embora de forma menos empolgada do que substancialistas, como Dworkin e Alexy⁷⁹ –, preocupado com a instituição de um regime de guardiões platônicos judiciários, entende a aceitação da revisão judicial como um inadequado reconhecimento dos cidadãos de sua incapacidade de autogoverno, motivo pelo qual decidiram delegar a responsabilidade para a Corte, supostamente formada por pessoas mais preparadas para tanto⁸⁰. Sua preocupação é partilhada de forma mais veemente por Mark Tushnet (1995), para quem a revisão judicial não é uma decorrência da dinâmica da divisão de poderes, mas sim um mecanismo que delibita a democracia ao distorcer a política pública, desconfigurada pela interferência judicial

⁷⁹Hübner Mendes caracteriza Dahl como um procedimentalista, postura definida pelo autor brasileiro como uma defesa comedida da instituição da revisão judicial, cuja margem corretiva seria um expediente voltado à preservação da competição política (MENDES, 2011, p. 72). Trabalharemos no próximo capítulo a distinção entre procedimentalismo e substancialismo no interior das teorias defensoras da última palavra judicial.

⁸⁰“Uma rápida compilação das expressões que compõem a retórica anti-revisão judicial mostra o acento norteamericano: 'grupo de guardiões platônicos', 'reis-filósofos' (*bevy of Platonic Guardians*', '*philosopher kings*'), 'oráculo constitucional' (*constitutional oracle*'), 'oráculos do direito' (*oracles of law*'), 'censores morais da escolha democrática' (*moral censors of democratic choice*'), 'ideólogo da democracia americana' (*ideologue of the American democracy*'), 'confraria de guardiões da verdade moral', 'conselho sábio de tutores na verdade moral' (*coterie of guardians of the moral truth*', '*wise council of tutors in moral truth*'), 'profeta moral' (*moral prophet*'), 'oligarquia judicial' (*judicial oligarchy*'), 'juristocracia' (*juristocracy*'), etc.” (MENDES, 2011, p.37)

e violada em sua racionalidade original intentada pelo legislador, o que remonta, de certa forma, à mesma preocupação política que deu espaço ao surgimento da Escola de Exegese.

Na linha de pensamento de Waldron (2006, p. 1396), a derrota, mesmo que freqüente, de uma minoria no parlamento, nem sempre irá configurar uma tirania, podendo dever-se simplesmente à contingência de que a minoria esteja certa. Nem todo desacordo configuraria uma tirania, pois controvérsias também podem surgir entre sujeitos que levam direitos a sério. A preocupação com a ditadura da maioria, segundo o autor, só é legítima quando o grupo atingido, positiva ou negativamente, pela decisão (maioria ou minoria tópica) é majoritário e se alinha às maiorias decisórias, o que caracteriza uma situação atípica em relação à condição institucional de situação típica consistente no compromisso da maioria da sociedade de levar os direitos a sério. Em situações típicas, no entanto, pessoas que levam direitos a sério tomam posição independentemente de se beneficiarem ou de se prejudicarem pessoalmente com a decisão.

Waldron entende a tirania como a tomada de decisões erradas sobre direitos, independentemente de quem e de quantos sejam os agentes de tal decisão, bem como do procedimento que leva a ela, o que significa que cortes e parlamentos podem, igualmente, ser tirânicos. Assume, pois, como bem define Hübner Mendes (2011, p. 97), uma concepção substantiva, e não procedimental, do conceito. A tirania seria inevitável, o que não constituiria um grande problema, dado que o erro substantivo teria a tendência a se dissolver pela força de uma maioria consistente, inclusive quando esta remasse em sentido contrário ao da corte. No intervalo de tempo até tal triunfo da maioria, no entanto, o exercício da revisão judicial poderia submeter o regime a uma injustificável tirania da minoria.

Waldron, ao separar a crítica moral ao conteúdo substantivo (tirânico, em sua linguagem) de uma decisão em relação à legitimidade jurídico-política para alterá-la, separa teoria da autoridade e teoria da justiça. O autor entende que o posicionamento teórico normativo deve limitar-se a à prevalência de um dado desenho institucional (no caso, em favor do Legislativo), mas não vincula a este qualquer perspectiva normativo-substantiva de caráter metodológico-aplicativo. Ao qualificar o Legislativo como dotado de legitimidade democrática para proferir decisões últimas sobre os direitos, Waldron expressa, diante do fato do pluralismo contemporâneo, a necessidade de descarte de qualquer ponto arquimediano substantivo. De um lado, pode-se dizer que, ponto de vista da teoria da autoridade, Waldron vê a democracia como um “esquema procedimental completo” (MENDES, 2011, p.195). De outro, nega-se a reconhecer em seu pensamento uma subordinação da justiça ao

procedimento, justamente pela inexistência do referido ponto arquimediano, o que, em outras palavras, parece soar como um ceticismo em relação à possibilidade de uma teoria da justiça. Concluimos que, de certa forma, o autor acaba por adotar uma perspectiva convencionalista, ainda que condicione a perpetuação do desenho institucional favorável ao Legislativo à inexistência de situações atípicas, hipótese em que admite o modelo fraco de revisão judicial, o qual, *ultima ratio*, preserva o caráter autoritativo da última palavra legislativa⁸¹.

Diante das críticas apresentadas à revisão judicial pelos defensores da última palavra legislativa, evoca-se pejorativamente, em conjunto com a ideia de guardiões platônicos, uma conhecida figura da histórica política brasileira: o Poder Moderador. Essa instituição foi concebida por Benjamin Constant, autor que considerava inviável o exercício direto do poder por todos, motivo pelo qual seria necessária a delegação do poder soberano aos governantes. Tal expediente, no entanto, colocaria tais sujeitos em um plano superior em relação aos demais cidadãos, o que lhes permitiria atuar em proveito próprio, ainda que justificassem suas ações na legitimidade que o próprio povo, na forma da “vontade geral”, lhes teria conferido. Para neutralizar tal legitimação da arbitrariedade, Constant formulou um mecanismo de controle entre os poderes: a criação de um quarto poder, dotado das características de neutralidade, potencial equilibrador e *unaccountability*. Constant estipulou a separação entre o poder do rei e o poder do governo, assim como a divisão do Poder Legislativo em duas câmaras (poder representativo de continuidade e poder representativo de opinião). O rei, necessariamente desligado dos interesses dos demais Poderes, exerceria o Poder Moderador sobre as duas câmaras, os ministros (exercentes do poder de governo) e os juízes.

A remissão à ideia de Constant no contexto jurídico-político brasileiro costuma evocar uma imagem indesejável, dado que “no Brasil, mais uma vez a importação de um instituto não funcionou em nossa engrenagem político-jurídica, tendo o Imperador simplesmente deixado de ser neutro ao amesquinhar os demais poderes com sua força” (BESTER, 2005, pp. 302-3).

Após traçarmos o quadro (aparentemente) aporético do debate entre defensores de teorias da última palavra legislativa e defensores de teorias da última palavra judicial, resta, então, a seguinte dificuldade: como comparar, caso a caso, o mérito das cortes e dos

⁸¹ Como exemplo do que se chama de modelo fraco de revisão judicial, tem-se o desenho institucional instituído na Carta de Direitos e Liberdades de 1982 canadense, cuja seção 33 “deu ao parlamento o poder de recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial. Esse ato tem duração de cinco anos, prazo que pode ser renovado pelas legislaturas seguintes. Para aqueles que temiam a supremacia judicial, concedeu-se uma válvula de escape que institucionalizou a resposta legislativa: se o legislador não aceitar a posição da corte, ele tem condições de impor-se”. (MENDES, 2011, p.149)

parlamentos, de forma a gerar a escolha por um dado desenho institucional? Hübner Mendes (2008) ofereceu, em seu “Controle de constitucionalidade e democracia”, uma resposta parcial e provisória para tal questionamento: “A revisão judicial seria um recurso institucional desejável não pela substância de justiça que supostamente resguardaria, mas pelo simples efeito moderador derivado desse processo. Não se compromete com a resposta certa, mas com o valor por trás dessa técnica formal”.

Hübner Mendes (2011, p. 27) defende ser mais adequado ver a constituição como um mecanismo procedimental diluidor das funções da soberania, independentemente da atribuição de funções substantivas. Caberia, nesse contexto, ao Judiciário, apenas e quando tiver um bom argumento, vetar decisões legislativas, de forma a enriquecer a interlocução institucional. Esse veto encontraria fundamento na razão prudencial de acautelar o sistema político contra distorções causadas pelo sistema majoritário. Em outras palavras, tratar-se-ia de uma legitimação pelo potencial de enriquecimento da qualidade argumentativa da democracia. A preocupação central, portanto, não seria um conteúdo ético mínimo, mas sim a existência de um instrumento que retardasse o processo de decisão e forçasse um diálogo interinstitucional, de forma a incrementar a densidade deliberativa. A separação de poderes, na proposta do autor, seria um fundamento para um arranjo institucional que possibilitasse um veto qualificado pela linguagem dos direitos, em uma perspectiva que Hübner qualifica como “madisoniana”, em oposição à justificativa de caráter dworkiniano para a decisão judicial, em que o ponto de partida é a noção de direitos fundamentais. Nos dois próximos capítulos, testaremos a qualidade hermenêutica do modelo de separação de poderes apresentado por Hübner Mendes como um expediente dialógico para a construção de nosso posicionamento sobre a tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

4. DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA, AUTOGOVERNO E TEORIAS DO DIÁLOGO

4.1. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O DESAFIO ASSUMIDO POR HÜBNER MENDES

O problema da “dificuldade majoritária” costuma traduzir a tradição jurídico-política de identificação de uma tensão entre constitucionalismo e democracia⁸². Essa tensão teria como elemento metonímico institucional, respectivamente, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. A última palavra sobre a validade dos direitos institucionais (Dworkin) deve ser proferida em nome de um governo do povo, majoritariamente representado pelo parlamento, ou tendo como referência primeira uma constituição, produto da manifestação de um Poder Constituinte de uma dada ordem jurídico-política?

O sistema político democrático, como bem nota Hübner Mendes (2011, p. 20), busca uma combinação entre os ideais de democracia e constitucionalismo, sintetizada na expressão “democracia constitucional”, como fundamento de sua legitimidade e justificativa da coerção e da cobrança por obediência ao discurso jurídico estatal⁸³. Esse amálgama não comporta um matiz excludente, em sentido forte, da participação, seja do Legislativo, seja do Judiciário, no processo decisório jurídico-político. Como bem sintetiza Hübner Mendes (2011, p.71), sobre as teorias que reconhecem às cortes constitucionais a legitimidade para proferir a última palavra, “O ataque ao parlamento [...] consiste sempre numa tentativa de relativizar seu papel, não de suprimi-lo”. No entanto, a exigência pragmática (em sentido casual⁸⁴) do

⁸²A dificuldade crucial é a de que a revisão judicial é uma força contramajoritária no nosso sistema. [...] Isso, sem sobretons místicos, é o que na verdade acontece. Trata-se de questão completamente peculiar, e essa é a razão pela qual a acusação de que a revisão judicial é antidemocrática pode ser feita. [...] nada nestas complexidades pode alterar a realidade essencial de que a revisão judicial é uma instituição singular na democracia americana. (1962, pp. 16-8)

⁸³Hübner Mendes enxerga três caracteres tipológicos do regime de democracia constitucional: Constituição escrita, poder legislativo eleito e corte constitucional dotada da função de exercer um controle de constitucionalidade das leis. A ressalva sobre as variações institucionais encontradas nas democracias constitucionais contemporâneas vem nos seguintes termos: “Tais variações passam de modelos fortes de revisão judicial (o modelo difuso norte-americano e o modelo concentrado germânico são os dois ‘tipos puros’ encontrados na literatura comparada) para modelos fracos de revisão judicial (encontrados em inovações recentes dentro do ‘constitucionalismo do *commonwealth*’, especialmente no Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido), ou mesmo para modelos não judiciais, como o francês.” (MENDES, 2011, p.20).

⁸⁴Posner (2010, pp. 38-40) distingue “pragmatismo filosófico”, entendido como um discurso acadêmico tendente a ser contemplativo, em vez de orientado pela ação, e “pragmatismo cotidiano”, descrito como “o uso do senso comum para resolver problemas”, uso este sobre o qual o próprio pragmatismo filosófico reflete. Segue trecho em que Posner busca explicar melhor o sentido que atribui à expressão pragmatismo cotidiano: “O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os

proferimento de uma última palavra decisória dos conflitos sobre os direitos gerou uma aporia na teoria constitucional norte-americana, a qual se alastrou, conjuntamente com a tradição de controle de constitucionalidade, pelas esferas jurídico-científicas não apenas de países vinculados ao *common law*, mas também em espaços submetidos ao sistema romano-germânico.

Hübner Mendes (2011, p.35) define nos seguintes termos a pergunta central da dificuldade contramajoritária: “é legítimo, em nome da constituição, que juízes não eleitos e não sujeitos à responsabilização política revoguem leis editadas por um parlamento eleito pelo povo, especialmente se aceitamos que a interpretação constitucional é aberta ao julgamento moral e ao desacordo?”

Mendes elenca cinco pontos centrais referentes ao questionamento lançado: os significados e valores da democracia e do constitucionalismo; o papel da representação eleitoral; o esquema de prioridades entre procedimentos decisórios equitativos e resultados justos; as capacidades decisórias de juízes e legisladores e os valores por trás da legislação e da adjudicação e; os arranjos concretos sob discussão. Pespicazmente, o autor percebe que, na falta de uma teoria abrangente da moral, da política e do direito que dê conta da interpenetração entre os cinco aspectos apontados, desde “as fundações primeiras até as implicações últimas de cada argumento, há que se escolher uma porta de entrada, uma de saída e um determinado caminho para enfrentar essa rede de conexões conceituais”. (MENDES, 2011, p.35). Doravante, enfrentaremos a missão oferecida por Hübner Mendes, qual seja, a de desenvolver uma teoria normativa da interação entre parlamentos e cortes na busca da proteção de direitos numa democracia constitucional. Adotamos, para tanto, sua obra como eixo dialógico deste capítulo e buscamos superar os aspectos que reputamos insuficientes ou equivocados em sua tese.

4.2. TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM FAVOR DO JUDICIÁRIO

A ideia de tirania da maioria bem expressa a preocupação dos defensores das teorias da última palavra em favor do Judiciário. Evitar uma subversão do conteúdo institucionalizado pelo Poder Constituinte (no que remonta, na tradição norte-americana, aos federalistas) é uma função comumente referenciada à função da jurisdição constitucional, de

forma a consubstanciar uma justificação de seu papel e a sua legitimidade. O exercício democrático no espaço público estaria limitado pela preservação da qualidade de livres e iguais do sujeito político, o qual não pode ser juridicamente subjugado por ser minoritário, caso não haja substrato constitucional para tanto (MENDES, 2011, p.73).

O papel da corte como protetora das precondições da democracia e dos sujeitos politicamente minoritários é nota comum a duas variáveis das teorias da última palavra do Judiciário nas decisões sobre direitos. A concepção substancialista, partilhada por Dworkin, requer que “decisões legislativas sejam submetidas a um controle de substância, de acordo com os princípios de justiça que a democracia pressupõe”, enquanto a concepção procedimentalista, partilhada na tradição norte-americana por Ely, “aceita a interferência externa [do Judiciário sobre as decisões legislativas] somente para preservar o procedimento de competição democrática” (MENDES, 2011, p. 70).

Já mencionamos que as teorias da última palavra não podem ser vistas pela figura de uma linha extrema em que, em cada um dos pólos, estariam situados, respectivamente, os defensores de uma prevalência absoluta de uma concepção meramente majoritária de democracia, e os partidários do modelo forte de revisão judicial. Poderíamos dizer que, em uma escala gradativa, procedimentalistas e substancialistas estariam situados na mesma metade de um segmento de reta, qual fosse, aquela metade correspondente aos defensores da revisão judicial. Nessa imagem, os procedimentalistas estariam mais próximos da metade do segmento de reta do que da extremidade correspondente ao lado de que fazem partes (o das teorias favoráveis à prevalências das cortes constitucionais), enquanto os substancialistas estariam mais próximos dessa extremidade do que da metade do segmento de reta.

Os procedimentalistas valorizam mais intensamente os valores da representação e da regra de maioria em relação aos substancialistas, de forma a entenderem a margem corretiva da revisão judicial como um expediente voltado à preservação da competição política; a corte seria, na figura de Ely (1977, p.478), dotada de uma função meramente “antitruste” (em oposição à proposta de uma função dita regulatória, atribuída pelo autor à postura substancialista). A preocupação aqui refere-se, como explica o autor, à exclusão das “minorias separadas e insulares” (expressão utilizada pelo Justice Stone na decisão do caso “Carolene Products”), entendidos como “grupos sistematicamente excluídos dos processos decisórios e desprovidos de qualquer voz”. Cabe à corte, nesse contexto, preocupar-se com a ideia de imparcialidade procedimental, consubstanciada na proteção dos direitos civis e políticos de competição democrática. Não seria, pois, função da corte interferir nas decisões populares,

desde que essas tivessem seu caráter de legitimidade garantido pela satisfação do critério equitativo procedimental na manifestação de interesses por parte de cada integrante da comunidade jurídica; é, nos termos de Ely, um *participation-oriented, representation-reinforcing approach*, em oposição a um *value-protecting approach*.

O substancialismo, por sua vez, pode ser encontrado iconicamente no pensamento de Ronald Dworkin, para quem uma democracia constitucional pressupõe a satisfação de requisitos morais substantivos não legitimáveis pela mera satisfação da exigência procedimental de igualdade democrática no desenvolvimento das deliberações políticas. A clássica ideia de divisão de funções correlatas aos Poderes Legislativo e Judiciário foi traduzida, de forma dicotômica, na distinção realizada por Dworkin (2002) entre princípios, elementos normativos justificantes da defesa pelas cortes dos direitos fundamentais (entendidos estes como trunfos), e políticas, elementos normativos institucionalizados pelo legislador, tendo como referência um critério teleológico-utilitário. O autor distingue, assim, a “regra majoritária legítima” e um “mero majoritarismo” (soma de interesses individuais), entendendo que a linguagem dos direitos introduziu na moralidade política um recurso de proteção do indivíduo. Trata-se, nos termos de Hübner Mendes (2011, p.21), de uma pré-condição de legitimidade do “governo do povo” geradora de um deslocamento institucional. Essa saída substantiva encontrada por Dworkin pressupõe um ideal de igual consideração e respeito como mecanismo de filiação moral das manifestações institucionais à integridade do direito em uma dada comunidade jurídica à qual os indivíduos se sintam moralmente pertencentes, ou, em outras palavras, uma fusão entre democracia e constitucionalismo na ideia de *political partnership* (MENDES, 2011, p. 63).

As vertentes contrárias à revisão judicial atacam os teóricos normativos favoráveis ao instituto, acusando-os de fazer uma suposição equivocada sobre a super-racionalidade judicial, em que o juiz seria visto como um “representante da razão”, em oposição ao “representante da agregação”. Em verdade, muitos defensores do controle de constitucionalidade, segundo seus críticos, estariam iludidos ao pensar que as questões jurídico-políticas fundamentais seriam de pura *expertise*, sem perceber que se tratam de verdadeiras batalhas normativo-ideológicas, em que as decisões das cortes em nada seriam mais qualificadas do que a dos legisladores (MENDES, 2011, p.101-2). Faz-se, pois, necessário analisar, em tópico próprio, as propostas gerais dos defensores de teorias da última palavra legislativa.

4.3. TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM FAVOR DO LEGISLATIVO

Os defensores da última palavra legislativa, para justificar sua rejeição à revisão judicial, argumentam que a representação parlamentar é o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos (second-best choice). Diante da inviabilidade da democracia direta em uma sociedade moderna e complexa, em que as pessoas são muitas, os territórios são extensos e os cidadãos não podem se ocupar da política o tempo todo, a representação funciona como um recurso pragmático para tornar a democracia factível. A democracia representativa é um modelo aproximativo que busca suplantar a impossibilidade de reunião de todos os cidadãos em uma assembleia. Institui-se, assim, a participação limitada e periódica por meio das eleições, cujo resultado determinará os governantes que exercerão o papel de representantes do povo. Por tal motivo, a vontade da maioria deveria prevalecer sobre uma instituição judicial que, se não é necessariamente contramajoritária, é contrarrepresentativa. (MENDES, 2011, p.92-3).

Muitos partidários da prevalência da primazia legislativa assumem uma ideia também defendida por Urbinati (2007, p.224), autora que chega a entender o parlamento representativo como um aperfeiçoamento da democracia direta (a representação eleitoral é uma first-best choice). A representação seria um salto de qualidade idôneo a dar espaço às dimensões de julgamento e deliberação na política, impedindo que esta seja reduzida a um presentismo operacionalizado por atos de vontade consubstanciados na primazia da decisão e do voto. Transformar-se-ia, assim, a presença física em presença por meio da voz, estabelecendo uma mediação entre as esferas formal e informal da política num contínuo de influência e deliberação. Multiplicar-se-iam, assim, as dimensões temporais da vida política, de forma a configurar a democracia como um regime idôneo a satisfazer a exigência permanente de aperfeiçoamento contínuo e orientado para o futuro.

Segundo Hübner Mendes (2011, p.89), a relação entre parlamento e democracia, visto dispensar um ônus especial de justificação, é vista como mais óbvia do que o pretense papel de guardião do Poder Judiciário. A representação eleitoral é vista como uma replicação do povo em menor escala e submetida à regra de maioria, recurso procedimental que, segundo os defensores da primazia legislativa, promoveria a igualdade ao estruturar uma competição política em bases equitativas pela via da atribuição universal de um igual direito a votar e ser votado. Waldron entende que a regra de maioria é uma conquista por permitir que o

consentimento popular resulte da força moral da igualdade, força essa consistente em um duplo respeito aos indivíduos: levam-se a sério as diferenças de opinião, sem qualquer tipo de repressão ao pensamento diferente; e tratam-se os cidadãos como iguais. A legislação encontra sua dignidade em sua origem majoritária, a qual permite que cada participante tenha igual peso na decisão. Em linha semelhante, Ian Shapiro (2006) argumenta que, ao contrário do que se pensa, a possibilidade dos “ciclos de votação” contribui para a estabilidade da democracia.

Jeremy Waldron, como autor-símbolo no combate à revisão judicial, estabelece uma distinção entre situações típicas, em que o instituto é completamente inaceitável, e situações atípicas ou patológicas, em que a revisão judicial, mesmo sendo antidemocrática, caso adotada nos moldes de um modelo fraco, pode ser desejável, desde que se demonstre que a corte protegerá direitos de modo mais eficaz do que o Parlamento. O autor apresenta os quatro caracteres de uma situação típica: 1) instituições democráticas em bom funcionamento (condição institucional); 2) instituições judiciais não representativas em bom funcionamento (condição institucional) 3) compromisso genuíno da maioria da sociedade com a ideia de direitos (condição cultural); 4) persistente desacordo de boa-fé sobre os direitos (condição cultural). Para Waldron, quando a não-satisfação de um ou mais desses componentes torna-se estável, como no caso de culturas políticas corruptas, parlamentos disfuncionais e legados de racismo, um modelo fraco de revisão judicial pode ser útil, mas o forte, entendido como aquele em que um tribunal não eleito revoga uma lei com base em uma autoridade última sobre a interpretação constitucional, continua sendo inaceitável. Da mesma forma, nas hipóteses em que, eventualmente, o legislador tenha dificuldades para enxergar a dimensão de direitos fundamentais numa lei, um modelo fraco de revisão judicial seria suficiente para lançar luzes sobre o problema de constitucionalidade sem retirar do legislador a decisão sobre a permanência ou não da lei no sistema jurídico (WALDRON, 2006, p.1370).

Já no plano da comparação entre a primazia legislativa e a primazia judicial, Waldron afirma que a revisão judicial não conseguirá proteger os direitos das minorias se não houver apoio a tais direitos na sociedade. O autor acusa os defensores da revisão judicial de esperarem que tal apoio venha das elites, o que ele interpreta como uma revitalização de um antigo preconceito contra a democracia, ideia que teria, inclusive, fundamentado períodos de não-universalidade do sufrágio. (WALDRON, 2006, p. 1405).

Conclui-se que o cerne do pensamento de Waldron e, de certa forma, de grande parte dos autores favoráveis à primazia legislativa pode ser definido como a defesa de um *status*

efetivo de agente moral autônomo para todos os cidadãos como exigência para que os direitos, ao mesmo tempo, sejam respeitados de maneira ótima e preservem-se como uma linguagem político-moral dominante. (MENDES, 2011, p. 98). O apontado déficit de preocupação com a justiça no plano do *output* na postura de Waldron impõe-nos, no entanto, a necessidade de abordarmos a relação entre o autogoverno popular (*input*) e os resultados decisórios (*output*)

4.4. AUTOGOVERNO, *INPUT E OUTPUT*: A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL IMPERFEITA COMO TRADUÇÃO FILOSÓFICA DO PROBLEMA POLÍTICO DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

A democracia assume a igualdade de aptidão dos indivíduos para autogovernar-se. A vida em uma comunidade política democrática pressupõe que tal comunidade também é dotada de autonomia, o que pode ser traduzido como uma transposição do ideal de autogoverno individual para uma dimensão coletiva. Michelman (1999, p. 15) chamou de “dificuldade institucional” o problema da tradução do ideal de autogoverno individual em decisões políticas. Essa tarefa exige uma mediação institucional, função que, quando exercida desmesuradamente, implica paternalismo político, entendido este como a supressão da autonomia individual com base no argumento de que nem todos os indivíduos estariam aptos a participar de decisões coletivas. A mediação institucional, portanto, ao mesmo tempo que é elemento necessário do sistema de democracia representativa, traz embutida a ameaça de erosão do ideal democrático, o que impõe a adoção de um desenho institucional idôneo a concretizar a representatividade sem incorrer em paternalismo (MENDES, 2011, p.165).

Alguns opositores da revisão judicial entendem que tal mecanismo retira do povo sua capacidade de autogoverno. Segundo James Thayer (1893), a revisão judicial retira a capacidade e a responsabilidade políticas do povo, fragiliza sua educação moral e desestimula a luta política, de forma a impedir-lhe de aprender com os próprios erros. De certa forma, os legisladores sentem-se estimulados a pensarem que questões constitucionais não lhes dizem respeito quando há uma instituição capaz de realizar esse filtro *a posteriori*. Para evitar que os legisladores não exerçam sua capacidade de auto-correção à medida que as experiências se renovem, a revisão judicial deveria ser adotada de forma minimalista, o que significaria a sua aceitabilidade apenas em hipóteses de “erros claros” praticados pelo Parlamento. Igualmente, Learned Hand (1974) entende que o ato de escolher representantes estimula um senso de “empreendimento comum”, o que, obviamente evoca o problema da representatividade da

Corte ao lembrarmos que seus integrantes não são eleitos pelo voto popular. Por sua vez, Dahl (1991) entende a aceitação da revisão judicial como um reconhecimento dos cidadãos de sua incapacidade de autogoverno, motivo pelo qual decidem delegar a responsabilidade para a Corte, supostamente formada por pessoas mais preparadas para tanto.

Hübner Mendes (2011, p. 166), em sentido contrário ao dos autores mencionados no parágrafo anterior, entende que o autogoverno não pode ser adotado como único valor de orientação da construção de procedimentos decisórios, dado que estes também teriam o compromisso de gerar boas decisões. O desenho de instituições precisa ter uma pretensão epistêmica. Em outras palavras, trata-se de defender que um modo de decidir (*input*) gerará, ou pelo menos terá maior probabilidade de gerar, os melhores resultados (*output*).

Hübner Mendes (2011, p. 64) busca apresentar uma teoria da legitimidade política que não encara democracia e constitucionalismo como termos conflitantes. Propõe, isso sim, uma “tentativa de estruturar institucionalmente um único ideal: o autogoverno coletivo, que implica em [...] igual *status* moral de todos os cidadãos e culmina, por sua vez, em demandas formais e substantivas”. A preocupação de Mendes em compatibilizar o ideal de autogoverno com a geração de um *output* adequado exige o enfrentamento de uma afirmação convencional da sabedoria política de desenho institucional: “instituições são falíveis”. Nas palavras de Rawls (1971, p.86 – tradução nossa), não há como escapar da justiça procedimental imperfeita, entendida esta como a inexistência de um procedimento idôneo a levar ao resultado correto, ainda que tal correção seja determinada de acordo com um critério independente da escolha da autoridade decisora (o que, em outras palavras, traduz-se na distinção entre uma teoria da justiça e uma teoria da autoridade). A assunção de tal premissa implica a reformulação do debate entre as teorias da última palavra favoráveis à decisão judicial e as teorias da última palavra favoráveis ao Parlamento nos seguintes moldes: a disputa pela última palavra é uma disputa em torno do direito de errar por último, o que gera a necessidade de determinar qual instituição tem mais condições de estimular a assunção de responsabilidade popular sobre os próprios erros inerentes ao autogoverno.

4.4.1. Crítica à última palavra legislativa como legitimação pelo procedimento

Mendes (2011, pp. 167-8) critica os defensores das teorias da última palavra que entendem ser o Parlamento o *locus* institucional exclusivo do ideal de autogoverno, pois

entende que a representação não se esgota na eleição. Como alvo-referência, o autor adota o pensamento de Jeremy Waldron.

Como já visto, Waldron considera a regra de maioria um instrumento que permite o alcance de um consentimento da comunidade integrada resultante da força moral da igualdade, visto levar a sério as diferenças de opinião, não reprimir os indivíduos por pensarem diferente e tratá-los como iguais, dado o igual peso de cada voto na decisão. Segundo Waldron, em uma sociedade pluralista, reina o desacordo moral, de forma que o acordo procedimental, fundado no direito dos direitos, que é o direito de participação (sujeito público autônomo), deve ser utilizado como instrumento de compensação da impossibilidade de um acordo sobre o conteúdo. O problema da justiça só poderia, pois, ser resolvido em termos formais, por meio da indicação de “quem decide”, nos moldes já pensados por Hobbes, para quem o risco de uma desobediência generalizada justificava a localização da legitimidade institucional em um procedimento autoritativo, e não na justiça da decisão. Trata-se da independência postulada por Waldron entre o problema do melhor procedimento institucional, chamado pelo autor de “teoria da autoridade”, e o problema de uma “teoria da justiça”, entendida como uma teoria sobre os melhores resultados possíveis. A eventual existência de uma resposta certa para os dilemas morais seria irrelevante para os fins de um pensamento sobre instituições, pois o desacordo moral em sociedades pluralistas resistiria aos melhores argumentos. Daí a inferência de que o dever de obediência a uma decisão não pode depender de sua correção conteudísticas, o que esvazia a pretensão de proteger os direitos fundamentais postulada pelos defensores da revisão judicial (MENDES, 2011, p.25).

Hübner Mendes, por sua vez, defende a adoção de um conceito mais abrangente de legitimidade, o qual não seja fundado em uma oposição entre “povo” (Parlamento) e “juízes”, bem como admita que cada instituição, como disse Michelman, tenha “rastros de autogoverno”. O fetichismo legislativo das teorias da última palavra defensoras do Parlamento pode acarretar a negação da viabilidade do estabelecimento de um critério epistêmico de correção das decisões políticas, de forma a transmutar a mera observância do procedimento previamente instituído em critério único de legitimidade. Essa postura, chamada por Rawls de justiça procedimental pura, privilegia o *input* em detrimento do *output*, dispensando a eleição de um critério independente de justiça e ecoando o posicionamento de Luhmann em seu “Legitimação pelo procedimento” (1984)

Luhmann, preocupado em preservar a integridade do sistema jurídico, em vez de, como Kelsen, buscar uma dissociação epistemológica entre ciência do Direito e Sociologia,

estabelece as seguintes estratégias: o princípio da clausura operacional e abertura cognitiva do sistema que sustenta a distinção código/programa; a recusa à possibilidade de que venha o meio ambiente a produzir, por si só, transformações no sistema; e o esvaziamento ético-político da normatividade⁸⁵. A unidade do sistema em Luhmann, diferentemente do que ocorre com Kelsen, não encontra qualquer critério lógico de sustentação (*grundnorm*). Como entende Marília Muricy (in BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p.112-4), a validade, em Luhmann, é um símbolo responsável pela unidade do sistema, desempenhando a função de enlaçar as operações que estabelecem os limites sistêmicos e produzir referências que garantam a circularidade do sistema. Luhmann radicaliza a adoção da legalidade como parâmetro de legitimidade. Se em Kelsen, as questões de conteúdo não deixam de indicar uma subordinação material entre normas, ainda que secundariamente em relação ao aspecto dinâmico-processual da normatividade; em Luhmann a noção de validade é destituída de qualquer valor intrínseco, indiferente ao conteúdo prescritivo das normas. Essa desvinculação explica-se pela relevância atribuída por Luhmann à decisão jurídica e à independência entre esta e quaisquer critérios de conteúdo valorativo que fundamentem a sua aceitabilidade social.

Larenz (1997, pp. 274 e ss.) explica que Luhmann faz uma distinção entre a utilização dos termos “legitimidade/legitimação” em dois sentidos distintos: o sentido normativo, como sinônimo de “justificação” e; o sentido sociológico, entendido como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indeterminado, dentro de certos limites de tolerância, adotando-as como premissas da sua própria conduta, estruturada em conformidade às expectativas normativas. Neste último sentido, a participação dos destinatários no procedimento decisório acresceria a disposição deles em aceitar as decisões, no que Larenz (1997, p. 277) vê até mesmo uma reminiscência da “astúcia da razão” de Hegel. Nesse ponto, Larenz identifica um erro de Luhmann quando este considera que a legitimação pelo procedimento ocupou o lugar das antigas fundamentações jusnaturalistas, dotadas de caráter normativo e condicionantes da validade do direito positivo. Ora, o próprio Luhmann entende que a constatação de tal aceitação pelos destinatários prescinde das respectivas razões, ou seja, de uma justificação, ainda que pelo reconhecimento do caráter autoritativo da decisão, o que denota, segundo Larenz, a adoção de uma perspectiva axiologicamente neutra de legitimação, dotada de caráter processual e que depende apenas de uma observância fática, não adquirindo propriamente sentido normativo.

Larenz (1997, pp. 278-9) entende que Luhmann incorre em um erro inevitável a que é

⁸⁵Essas noções serão mais bem desenvolvidas em tópico posterior.

levado por suas premissas epistemológicas, pois, como explica Habermas, o funcionalista tem que rejeitar, como questão destituída de sentido, a exigência de uma fundamentação discursiva de pretensões de validade de regras de conduta que possa ganhar efetividade nos discursos práticos. Habermas informa que Luhmann encara a norma jurídica como desprovida de caráter deontológico, sendo passível de definição como uma espécie de expectativa cognitiva, cuja natureza contrafática a torna imune à aprendizagem. Daí Luhmann não poder tematizar de modo adequado a diferença entre ser e dever ser, entre verdade e rectidão, pois trata estas como se fossem questões de eficiência (objetivo último de redução de complexidade). Desenvolve, assim, um conceito sociológico de verdade, segundo o qual o conteúdo de verdade de um enunciado tem de ser aferido pela contribuição de que é portador para a constituição social de um mundo ordenado e dotado de sentido. Não reconhece, pois, validade a outro critério que não seja o da eficácia social.

Hübner Mendes (2011, p. 168) nota, com grande razão, que a assunção da legitimidade da Corte não implica a substituição de uma legitimação meramente procedimental ao Parlamento por outra de igual espécie em favor do Judiciário. Ainda que os defensores da última palavra judicial possam, em alguns casos, exagerar em sua descrença no Parlamento, é traço típico dessa vertente atribuir aos juízes tal legitimidade justamente por acreditarem no potencial epistêmico da *expertise* jurídica, o que, obviamente, vem acompanhado pela assunção de uma teoria normativa da decisão judicial. Ora, não é outro o motivo pelo qual os defensores da revisão judicial defendem a legitimidade dos juízes para proferir a última palavra: trata-se de uma legitimidade racional-normativa (alguns falam em legitimidade argumentativa, de caráter *ex post*).

4.4.2. Pretensão epistêmica e teorias da última palavra judicial

Hübner Mendes (2011, p.168) nota que uma pretensão epistêmica não é exclusividade das teorias da última palavra judicial, podendo não estar conectada a nenhuma instituição uma presunção de infalibilidade. Essencial a uma pretensão epistêmica é a adoção de medidas valorativas que transcendam o procedimento em si. Obviamente, no entanto, sempre existirá a possibilidade do erro institucional, o que tem feito perdurar a velha rivalidade entre os dois tipos de teorias da última palavra, dada a necessidade de determinação de quem “erra por último”. Como sempre existe a possibilidade de falha, e todas as instituições estão a ela

submetidas, a atribuição da última palavra ao Parlamento ou à Corte costuma ser lida como desprovida de qualquer pretensão epistêmica, como se o desenho institucional fosse irrelevante no tocante à qualidade da decisão. Em outras palavras, a ideia de “justiça procedimental perfeita” costuma vir acompanhada por uma visão binária dessa possibilidade de falha, em um esquema falível-ínfalível, de forma a perpetuar a disputa pela última palavra com foros de definitividade.

Ao criticar as teorias da última palavra, Mendes (2011, p. 181) afirma que a obsessão pela determinação do *locus* decisório definitivo reduziu a análise da legitimidade das decisões a uma questão autoritativa. O autor utiliza Waldron como exemplo da adoção de uma espécie de regra de ouro da política, a qual pode ser formulada nos seguintes moldes: “se não há acordo sobre determinado tema coletivo, algum procedimento decisório precisa resolver o problema”. É justamente com o resgate da supracitada pretensão epistêmica que Mendes está comprometido ao abandonar o esquema binário falibilidade-ínfalibilidade, em prol de um arranjo institucional que considera idôneo a estimular a produção de decisões corretas em face de um critério substantivo de justiça, ainda que essa correção não venha a se concretizar em todos os casos. Diante de sua assunção da justiça procedimental imperfeita como um fato, o autor busca combinar um dado desenho institucional com a perspectiva da teoria do diálogo, de forma a encontrar uma perspectiva de democracia que conjugue os objetivos de autogoverno (*input*) e resposta correta (*output*).

As teorias do diálogo têm em comum a defesa da substituição de uma competição pela última palavra por uma interação permanente e cooperativa entre as instituições, cada qual com suas *expertises* e conceitos decisórios. Nenhuma das instituições seria hierarquicamente superior à outra, inclusive em matéria de direitos fundamentais. A passagem do tempo forenceria boas respostas para os dilemas coletivos e a separação de poderes seria atrelada a uma noção de circularidade e complementaridade infinitas (MENDES, 2011, p.31)

Mendes (2011, pp. 33-4) entende que a adoção de uma teoria do diálogo dissolveria a aporia da última palavra, pois não haveria um erro por último, mas sim um erro de curto prazo, o qual seria inexoravelmente revisável em posteriores rodadas procedimentais. No entanto, acertadamente, percebe que isso não é suficiente para configurar as teorias do diálogo como uma solução completa para os problemas da democracia. Ora, nem todos os diálogos são aceitáveis em uma democracia

dizer que a corte não tem a última palavra, já que as instituições estão dialogando e a história continua, não enfrenta a constatação óbvia de que nem todos os tipos de

diálogo são aceitáveis na democracia e que cada decisão coletiva tem custos e efeitos que requerem justificativa adequada. Entre tais custos, algumas teorias do diálogo subestimam especialmente o 'custo temporal' de novas 'rodadas procedimentais'. [...]. Há um momento em que a deliberação precisa se encerrar e abrir espaço para uma decisão em face de um desacordo persistente. Dentro do processo legislativo (ou mesmo num tribunal), isso se resolve pelo voto. Quando um desacordo persistente ocorre entre diferentes instituições, parece importante encontrar um caminho que o resolva, ainda que temporariamente. Por trás desta preocupação, há um imperativo do Estado de Direito (*rule of law*). Assim, busca-se uma teoria da separação de poderes que não esconda o desacordo e decomponha analiticamente tipos de conflito institucional, tipos de diálogo correspondentes e maneiras de encontrar soluções temporárias e legítimas. (MENDES, 2011, p. 33-4)

A tensão entre a necessidade de uma estabilização do conflito e a inexorabilidade do caráter provisório da resposta mantém a necessidade de fixação da autoridade detentora do papel de proferir a decisão que encerra uma rodada procedimental, sem prejuízo da continuação do diálogo interinstitucional. Em busca de uma resposta para a questão sobre a titularidade da última palavra provisória, Mendes toma como referência o pensamento de Pickerill, autor que apresenta uma teoria do diálogo caracterizada por tratar o desenho institucional como elemento idôneo a promover um diálogo interinstitucional, independentemente da disposição para a conversação dos dos agentes envolvidos.

Pickerill empreendeu uma pesquisa empírica sobre as circunstâncias em que o legislador tende a deliberar seriamente sobre os valores constitucionais. O autor concluiu que a presença de uma “ameaça” de revisão judicial faz o legislador considerar com mais parcimônia a dimensão constitucional dos temas sobre os quais exerce sua competência legiferante. Exemplificativamente, aponta que entre 1930 e 1990 o Judiciário norte-americano adotou uma postura deferente em relação ao Legislativo e isso acarretou uma falta de debates constitucionais na esfera legislativa. Diferentemente, nos períodos anterior a 1930 e posterior 1990, em que a corte se fez mais austera, o parlamento adotou maior cautela na deliberação sobre questões constitucionais. Pickerill atribui essa postura legislativa ao desinteresse em responder às decisões judiciais, ainda que tenha meios e estratégias para tanto. Em outras palavras, o legislador, sempre que possível, busca um equilíbrio entre a política pública e o posicionamento da corte, raramente estando disposto a comprar a briga argumentativa sobre direitos. Prefere, normalmente, editar uma lei que se adapte às exigências judiciais, até mesmo porque o exercício do desafio legislativo só seria pragmaticamente necessário em questões que integrassem a agenda política prioritária e que não pudessem ser objeto de deliberação no sentido desejado pelo Legislativo sem que este entrasse em conflito com o Judiciário.

Pickerill (2004) vê o resultado da política pública como um produto da interação entre os poderes em que ambos ganham, diferindo das conclusões a que cada um deles teria

chegado isoladamente. O Legislativo tem as questões de princípio em sua lista de preocupações e tem a responsabilidade de apresentar boas justificativas constitucionais, mas como a conveniência de políticas públicas é prioritária, a eventual falha em relação a justificativas constitucionais é suscitada pelo Judiciário, o qual tem na consideração de princípio a sua função primária. Trata-se, pois, de um modelo de primazia judicial, ou seja, um meio-termo entre supremacia e igualdade de funções, em um arranjo institucional de hierarquia não-excludente. Com razão, Mendes conclui que Pickerill parte de considerações descritivas para um “desdobramento normativo do argumento: mais legítima será a revisão judicial quanto mais claro estiver que não houve deliberação constitucional no parlamento”.

Inspirado em Pickerill, o autor brasileiro defende que há um valor epistêmico superior no desenho institucional que opta pela revisão judicial, ainda que reconheça a imperfeição da justiça procedimental. Para tanto, vale-se também da descrição de Rawls (2005) sobre o papel de instituição exemplar da Suprema Corte norte-americana como catalisadora dos princípios constitucionais pela via da promoção da deliberação fundada na razão pública. A revisão judicial serviria como um instrumento de popularização da razão pública, entendida esta como uma linguagem necessária da democracia, dado que o exercício do controle de constitucionalidade perpetuaria esse tipo de argumento como um código moral na interação entre Legislativo, Judiciário e os cidadãos. A opção pela corte como detentora da última palavra provisória, portanto, não garantiria respostas corretas, mas alimentaria uma cultura pública de maior densidade deliberativa, o que, obviamente, seria pressuposto para a manutenção de sua legitimidade⁸⁶.

Em outras palavras, o mais importante não é escolher aquele que dará a última palavra provisória, mas sim “desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais ou, em outras palavras, de levar o potencial epistêmico da deliberação interinstitucional a sério, sem desconsiderar a necessidade do estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias” (MENDES, 2011, pp. 33). Busca-se, assim, um diálogo institucional entre Corte e Parlamento, o qual virá acompanhado pelo estabelecimento de critérios substantivos que permitam avaliar a legitimidade de cada instituição caso a caso (*ex post*), prescindindo de argumentos epistêmicos favoráveis à

86A respeito do posicionamento de Rawls sobre o controle de constitucionalidade, Mendes faz a seguinte ressalva: “É importante mencionar que Rawls não faz propriamente uma 'defesa positiva' de um modelo de revisão judicial, como se outros arranjos fossem inferiores a este. Afirma apenas que a Suprema Corte é um exemplo de como a razão pública pode funcionar dentro das instituições. É curioso, apesar dessa ressalva, como ele propõe que, quando estivermos em dúvida se estamos de fato usando 'razão pública', que imaginemos uma corte decidindo” (MENDES, 2011, p. 198)

supremacia de qualquer uma das instituições. Assim, a minimização do erro depende primordialmente da interação deliberativa entre as duas instituições na busca por melhores razões públicas (resultados corretos fundados em um critério substantivo), ainda que o Judiciário detenha a função de proferir a última palavra provisória (MENDES, 2011, pp. 168-9)⁸⁷.

4.4.3. É possível alcançar uma complementaridade entre teorias da última palavra e teorias do diálogo?

Hübner Mendes (2011, p. 179-81) faz uma criativa leitura da tensão entre última palavra e diálogo ao adotar como elemento metonímico o debate entre Herbert Hart e Lon Fuller. Hart (2001) identifica o elemento de diferenciação do direito em relação à moral nas regras secundárias, as quais conferem poderes e faculdades às autoridades institucionais, de forma a evitar que as regras de condutas sejam percebidas como meras práticas sociais dispersas e possibilitar o reconhecimento de uma regra que institucionaliza o poder normativo estatal e pode ser lida como o fato da observância dos indivíduos às prescrições desse poder. Fuller (1969), por sua vez, entende o direito como um empreendimento teleológico, entendido como a perseguição contínua do propósito de submissão do direito a regras, desiderato que supõe uma arte prática e política daqueles que o conduzem. Segundo Mendes, as teorias da última palavra têm foco semelhante ao de Hart, o qual destaca a perspectiva sincrônica da relação entre direito e política, consubstanciada na prática social de obediência às decisões dotadas de *pedigree*, ou seja, origem em fontes veiculadas por autoridades reconhecidas como dotadas de competência para tanto. Por outro lado, as teorias do diálogo dariam ênfase à mesma questão destacada por Fuller, autor que adota uma perspectiva temporal diacrônica, de forma a destacar a conquista buscada pelo engenho humano com o Estado de Direito,

87“Uma resposta seria: prevalece, no final das contas, aquela que tiver a prerrogativa da última palavra provisória. Num sistema de controle de constitucionalidade, a corte, portanto. Todavia, se, em outra perspectiva temporal, há circularidade, e se a instituição derrotada – o parlamento – poderá sempre reiniciar uma nova rodada, não caberia à corte deferir? No extremo do desacordo sincero, engendrado pela razão pública, seria possível sustentar que a instituição com o melhor *pedigree* deve ter um trunfo especial? Essa aparenta ser uma questão fundamental de qualquer teoria do diálogo. Se a última palavra provisória não impede novas rodadas procedimentais, significa que a estabilização de um determinado tema coletivo ocorreria somente a partir de alguma acomodação entre os dois poderes, ou quando um deles aceitar a posição do outro (a qual, a propósito, pode ser resultado de seguidas negociações argumentativas de rodadas anteriores). A abdicação judicial na situação-limite talvez fosse uma defesa normativa plausível. A corte daria ao parlamento o benefício da dúvida. No entanto, este cenário é mais especulativo do que realista. Com maior frequência, poderes reduzem progressivamente o desacordo, fazendo concessões recíprocas. É um jogo político, mas nada impede que uma deliberação genuína influencie o processo.” (MENDES, 2011, pp. 204-5)

entendido como um “tem que ser”. Não estão, no entanto, falando propriamente de perspectivas excludentes, mas sim mostrando a existência de duas metas paralelas em uma democracia constitucional⁸⁸.

Mendes defende que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, entendido como maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo. Obviamente, decisões finais acontecerão, mas elas serão inexoravelmente provisórias e a separação de poderes admite que sejam tomadas por poderes diferentes a cada momento, ou, em alguns casos, até mesmo de forma combinada entre mais de um poder. Ora, concordando com Mendes (2011, p.182), entendo que *“a política é uma seqüência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade. Isso não é regressão ao infinito, mas continuidade histórica”*. Sobre a decisão a respeito de qual agência exercerá tal função, Hübner Mendes discorre nos seguintes termos:

Minha busca, portanto, não é por dispensar a última palavra, mas por descobrir o seu papel teórico remanescente. Situa-la, ao menos dentro de uma rodada procedimental, é uma escolha institucional necessária e não trivial. Dependerá de qual balanceamento entendermos ser mais desejável, do grau de resistência à mudança que queremos dar à última palavra provisória (em especial, aquela que trata de direitos, o mote da tese), da estimativa do preço que vale a pena pagar pelos seus custos, do cálculo do que ganhamos e do que perdemos [...]. A última palavra sobre direitos importa [...] para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for “mais democrática”, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for “mais democrática”, dificilmente poderá ser derrotada por muito tempo. (MENDES, 2011, pp. 182-3).

A tensão deliberativa entre instituições estimula a produção de boas decisões, e o desenho institucional pode ser elemento crucial na estruturação de uma relação propícia ao desenvolvimento de deliberações fundadas na razão pública, independentemente de um modelo virtuoso de cidadão (MENDES, 2011, p.202). Obviamente, cada instituição tem o seu papel na sustentação da democracia, mas o autor percebe algo crucial para uma compreensão adequada do princípio da separação de poderes: encará-lo, como de costume, nos moldes de uma tradução de um controle recíproco significa tirar de foco as razões motivadoras das

⁸⁸“Suspeito que, por baixo do desacordo que eles mesmos insistem em verbalizar, tais autores estejam falando de coisas diferentes, orientados por objetivos teóricos diversos. Hart não necessariamente nega que o conjunto de técnicas para manter o fenômeno jurídico em funcionamento precisa de empenho contínuo daqueles que fabricam tais regras. Ele simplesmente aponta que o direito não pode existir, antes de tudo, sem referência precisa a quais são as fontes de autoridade e a uma prática social de obediência a elas. Fuller, de outro lado, alerta para o perigo de ver isso como um dado pronto e acabado, e lembra da importância de perceber o engenho humano subjacente a esse fenômeno (a “conquista” por trás do “fato”).” (MENDES, 2011, p. 180-1)

decisões institucionais. Em outras palavras, a separação de poderes não pode ser tratada como a designação de uma estrutura política defensiva em que as instituições se encaram adversarialmente, como sujeitos políticos estrategicamente orientados, cujos limites precisam ser previamente estabelecidos constitucionalmente. Tal visão pressupõe um pessimismo resultante de considerações da teoria política empírico-descritiva a respeito da funcionalidade dos poderes, especialmente no contexto brasileiro, em que a corrupção, como fator alopoietico, alcança níveis preocupantes na interação entre os sub-sistemas sociais⁸⁹.

Com apoio na perspectiva normativa do pensamento de Pickerill, pode-se visualizar o estabelecimento de uma relação entre legitimidade da revisão judicial e fragilização da deliberação constitucional no parlamento. A separação de Poderes é um arranjo institucional pensado para produzir normas jurídicas que reflitam o balanceamento entre as funções estatais e satisfaçam o ideal de uma república das razões, o qual será estimulado pelo próprio mecanismo de revisão judicial e seu efeito constatado de direcionamento das considerações legislativas. Há, pois, uma preocupação em buscar uma deliberação de qualidade dentro e fora das cortes, ainda que o Judiciário detenha a primazia no papel de disparar a reflexividade constitucional do legislador no contexto de uma “tecnologia institucional para estimular a prática de justificação” (MENDES, 2011, p. 138).

Uma teoria normativa precisa preocupar-se em ver a separação de poderes como um elemento de interação institucional, contexto em que modelos de desenho institucional a respeito da última palavra em cada rodada procedimental, a exemplo do controle de constitucionalidade, podem auxiliar o deslocamento do centro das preocupações em direção ao desempenho deliberativo e a um diálogo produtivo por parte das instituições e dos cidadãos. Por outro lado, essa teoria normativa não pode fechar os olhos para a dimensão dinâmica da relação entre os poderes, cuja legitimidade, na proposta de Hübner Mendes, é verificável *ex post* e em função de critérios substantivos. Desenvolvamos tais questões no próximo capítulo.

4.5. SEPARAÇÃO DE PODERES, TEMPO, DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE

A revisão judicial, no contexto das teorias do diálogo, é apenas um estágio decisório a

89 Na visão de Adeodato (2006), os subsistemas das sociedades subdesenvolvidas dificilmente seriam funcionalmente diferenciados, o que inviabilizaria a promoção da autopoiesis em relação ao seu ambiente. Os subsistemas jurídicos periféricos, portanto, tenderiam à alopoiese, não funcionando em termos de autoreferência.

mais, cujo produto pode ser questionado incessantemente nas rodadas procedimentais posteriores. Tal ideia, embora nos permita captar o senso de continuidade da política, não nos dá uma resposta sobre a legitimidade da interferência de cada instituição na manifestação de uma “vontade democrática”. É especificamente desse desafio que iremos tratar agora.

4.5.1. A relação entre separação de poderes e soberania

Hübner Mendes considera que a tensão entre constituição mista (renomeada separação de poderes pela teoria política moderna) e soberania pode ser lida contemporaneamente na oposição entre teorias do diálogo e teorias da última palavra. Mendes explica, no entanto, que não se discutia, na origem da separação de poderes, o problema da última palavra decisória, ou, em outros termos, da “autoridade soberana”. Ora, a ideia de constituição mista, em Roma, era entendida como uma mescla de formas simples de governo, com o intento de equilibrar as forças da realeza, da aristocracia e do povo no contexto de uma sociedade hierarquizada, em que cada agência de poder. A institucionalização do desacordo político não se coaduna com perspectivas centradas fortemente na ideia de uma autoridade soberana, como no modelo hobbesiano de Estado-Leviatã. Como diz o professor Mendes (2011, p. 177), “há, de cada lado, recomendações opostas de desenho institucional: uma, verticalizada, com o cume da autoridade claramente definido; outra, horizontalizada por meio de mecanismos que possibilitam a coexistência sem uma autoridade suprema”.

Apenas posteriormente a Hobbes surgirá a ideia de divisão de funções institucionais, estruturada nos moldes do chamado “sistema de freios e contrapesos”, para o qual foi determinante, como ensina Cícero de Araújo (2004, p. 162), não o pensamento de Montesquieu, ainda associado a uma hierarquia estamental, mas sim a obra “Os Federalistas”, em que se propõe um mecanismo endógeno de controle do poder sem pressupor uma sociedade rigidamente dividida⁹⁰. A preservação da liberdade não poderia ser concretizada

90 Atribuindo maior relevância ao pensamento de Montesquieu, Fernando Bronze (2006, p. 357-8 e ss.) defende que o princípio da separação de poderes “está fortemente ligado aos nomes prestigiosos de Montesquieu e de Locke. Estes dois AA. Não criaram, é verdade, o mencionado princípio, mas foram capazes de dar a palavra às pretensões gerais que então se manifestavam e que o exigiam. E foi mesmo o primeiro (um aristocrata do *ancien régime*, empenhado em afirmar – e em salvaguardar – a liberdade do homem no quadro estratificado [...] da sociedade do seu tempo) quem o enunciou. Dotado de uma grande *sagesse*, compreendeu que a única via susceptível de garantir a defesa da liberdade num horizonte societário constituído por diversos estratos consistia na moderação do poder. [...] os poderes repartidos compensar-se-iam reciprocamente e controlar-se-iam uns aos outros, pondo-se assim termo ao despotismo do Estado absoluto imediatamente anterior. Para se realizar aquele objectivo impunha-se, portanto, separar em poderes o ... *poder* absoluto do soberano do antigo regime. E Montesquieu, com sua enorme prudência, sustentava que cada um desses poderes representava, em princípio, um certo estrato social: o poder legislativo, exercido pelo parlamento, representava a aristocracia e o povo (em que

com base em limites escritos em papel, mas apenas com o efetivo funcionamento de um sistema em que a repartição do poder em funções permite a cada uma destas controlar a outra, em um movimento recíproco de equilíbrio e flexibilidade política. A doutrina de *checks and balances* não se coaduna facilmente com a identificação de um *locus* de poder soberano interno à estrutura do Estado, pois tal ideia de soberania vem acompanhada pela ideia de um cume do processo decisório (constitucional). É justamente esse o ponto em que reside a “dificuldade contramajoritária”: como compatibilizar a limitação do poder soberano, o equilíbrio funcional do *checks and balances* e a necessidade de determinar uma instância de último recurso que cumpra o papel de soberano quando os poderes não encontrem convergência sobre uma dada questão política (ARAÚJO, 2006, p. 252)? A questão torna-se ainda mais complexa quando consideramos que, no plano externo, a titularidade da soberania é transferida pelas democracias contemporâneas ao povo, o que talvez explique melhor a afirmação de Araújo (2006, p.252) de que “o espírito da separação de poderes é deixar essa questão em aberto”. Segundo o autor, a ideia de constituição mista é compatível com a ideia de diferentes centros decisórios e funciona, inclusive, como um estímulo a tal desenho institucional, no qual cada poder tem legitimidade para “reivindicar divergentemente a representação do povo, desde que este não seja pensado [metafisicamente] como um ente homogêneo apto a providenciar um *self* inequívoco à representação”.

Hübner Mendes (2011, p. 178) aponta que as teorias da última palavra buscam identificar o povo dentro de uma das instituições estatais, como forma de evitar a fragilidade da teoria do poder constituinte originário, o qual se esvai na prática política cotidiana (ou persiste em forma de concepções interpretativas originalistas, as quais buscam uma metafísica vontade do legislador constituinte)⁹¹. Essa estratégia de “última palavra”, no entanto, ecoa muito mais a antiga ideia de soberania, de forma a fragilizar o mecanismo de *checks and balances*, do que se coaduna com o que Araújo chamou de “espírito da separação de poderes”, entendido como uma imposição de que os poderes encontrem formas de cooperar, sob pena de falha no desiderato de descrever a coexistência de uma pluralidade de fontes de autoridade

radicava a democracia); o poder executivo, representava o rei (o monarca soberano); e o poder judicial (atendendo a que os seus membros eram recrutados em todos os estratos sociais, distribuindo-se a 'competência jurisdicional [em função] da condição social do acusado [, com] os nobres [a serem] julgados pelos nobres e o povo pelo povo') ... não representava qualquer deles, tendo apenas por função aplicar as ordens provenientes dos outros, constituindo como que um poder 'invisible et nulle', ou 'em quelque façon nulle'”.

91 “Esta doutrina reúne os estudiosos americanos que preconizam a busca do sentido das expressões constitucionais de acordo com o pensamento popular do tempo em que a Constituição Americana foi elaborada, ou seja, em 1787. Naturalmente que esta corrente é pouco numerosa seja porque não é possível saber o real significado das expressões, seja porque isto acarretaria uma cláusula implícita de vedação ao progresso ante a ausência de adequada regulamentação constitucional”. (DUTRA, 2004, p. 26).

por meio do conceito de soberania (MENDES, 2011, p. 178). Araújo nota, ainda, que não basta assinalar “o momento e a responsabilidade específica na qual essa ou aquela agência governamental se apresentaria como 'o soberano'”, pois tal solução não dá conta de explicar a dinâmica política interinstitucional, donde o surgimento das teorias do diálogo como tentativas de superação das limitações inerentes às teorias da última palavra. Destacaremos, no próximo tópico, a teoria do diálogo e Barry Friedman e estabeleceremos uma leitura crítica de tal pensamento à luz da hermenêutica filosófica.

4.5.2. Teoria do diálogo de Barry Friedman

A teoria de Barry Friedman pode ser caracterizada como uma teoria do diálogo otada da pretensão de destacar o aspecto temporal da interação institucional e mostrar que essa interação é qualificada pela cultura da deliberação por ela própria estimulada. Ao mesmo tempo, tem o propósito de realizar um ataque empírico às teorias normativas tradicionais e seu distanciamento em relação à realidade institucional. Em tal concepção, a inevitável imersão da corte na política precisa ser levada em conta como um elemento que influencia decisivamente sua compreensão a respeito do sentido constitucional (MENDES, 2011, p. 162).

Barry Friedman propõe uma teoria do diálogo que não se restringe a defender elementos de uma “construção coordenada” de caráter exclusivamente institucional. Sua teoria enfatiza a importância da “opinião pública” como participante dessa conversação, de forma a fundir as esferas formal e informal da política na explicação do diálogo (MENDES, 2011, p. 148). Em sua teoria, a revisão judicial é vista como um instrumento de cobrança do exercício de responsabilidade (*accountability*) pelos outros agentes políticos, função que é exercida com o respaldo da opinião pública, a qual, em conjunto com os demais poderes, devolve ao Judiciário o ônus de demonstrar a integridade jurídico-política de suas decisões constitucionais.

Friedman (1993) ataca dois supostos mitos básicos em torno dos quais giraria a “dificuldade contramajoritária”. Em primeiro lugar, não existe uma metafísica vontade da maioria fixa e identificável a ser manifestada pelo legislador. Em verdade, o Legislativo recepcionar a participação democrática de diferentes grupos, integrando-na. Em segundo lugar, a corte não tem propriamente a última palavra, pois esta ideia contraria a flexibilidade

do texto constitucional, o qual, dotado de um caráter dinâmico, admitiria diversas interpretações, historicamente modificáveis. Caberia aos poderes, pois, dialogar sobre a institucionalização da pluralidade de posicionamentos morais manifestados pelos diversos setores dos sub-sistemas sociais, processo em que Friedman, à semelhança de Pickerill e Whittington, vê as decisões de caráter geral do Judiciário sobre temas intensamente controversos como catalisadores de debates que testam a aceitabilidade do posicionamento da Corte.

Friedman critica a restrição cognitiva causada pela preocupação das teorias normativas da decisão judicial em apresentar regras dogmáticas de aplicação do direito. Segundo o autor, o exercício da função jurisdicional é limitado pelos **círculos concêntricos de influência** (2005, p. 160 e ss.), os quais dispõem-se em quatro níveis principais: (i) interação estratégica entre os juízes dentro do espaço colegiado do tribunal; (ii) pressões impostas pelas instâncias inferiores do Judiciário; (iii) pressões impostas pelos outros poderes e; (iv) pressões exercidas pela opinião pública. O autor afirma que as teorias da interpretação costumam ignorar tais constrangimentos, sem perceber que os juízes são influenciados em suas decisões por preocupações como a manutenção da credibilidade institucional, a reputação e o risco de desobediência a suas decisões. “As teorias normativas [...] podem alegar que o que os juízes estão fazendo não é o que eles têm obrigação de fazer. Mas elas também devem apresentar um discurso sobre por que os juízes agiriam de forma diferente ou o que os fará fazer isso” (FRIEDMAN, 2005, p.279 – tradução nossa).

Friedman, no plano descritivo, expõe que os juízes, envolvidos pelos círculos concêntricos de influência, teriam uma menor esfera de autonomia do que se costuma imaginar, constatação que invalidaria a factibilidade do Hércules de Dworkin. Por força de questões políticas, Hércules não teria condições de agir sozinho, sem calcular as reações dos demais agentes políticos em busca de uma cooperação idônea a viabilizar a efetividade do exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, Friedman caracteriza Dworkin como partidário de uma teoria normativa que se preocupa em limitar o poder de agentes institucionais que já estão limitados no plano moral-prático pelas forças políticas.

Friedman entende que os poderes se distanciam e se aproximam da opinião popular alternadamente. Essa caracterização de aproximação ou afastamento seria mais bem determinada na dimensão do Poder Legislativo, dada a modificação periódica do ciclo de alinhamento entre a instituição e os sub-sistemas sociais. Diferentemente, a Corte flutuaria mais intensamente entre um majoritarismo – o qual, se inflexível, fragilizaria a credibilidade

da instituição e esvaziaria sua função crítico-dialógica – e uma liderança na condução de modificações das perspectivas morais dos agentes públicos e privados – a qual, se exacerbada, ameaçaria a própria capacidade da Corte de se impor. A respeito deste último aspecto, Dahl bem anotou que a corte não consegue ser contramajoritária por muito tempo, a não ser que as maiorias sejam de ocasião; ao máximo, consegue atrasar o processo. Essa constatação, segundo Hübner Mendes (2011, p.162), ao mesmo tempo que não permite qualificar a ilegitimidade da revisão judicial nesse curto espaço de tempo em que a corte consegue segurar uma maioria, impõe aos defensores da revisão judicial o ônus de comprovar por que essa proteção anti-majoritária de duração limitada se justificaria na democracia, o que afasta o absolutismo de ambas as teorias da última palavra.

Friedman vê o desenho institucional como condição de possibilidade do diálogo e seu conseqüente movimento incessante de aproximação e afastamento entre a corte, os agentes privados e a instituição legislativa. De tal forma, a corte não deve ser vista como inimiga das maiorias, mas sim como uma instituição mediadora entre as visões de vários agentes, institucionais ou não, os quais, eventualmente, iriam se mobilizar para contestar a decisão, seja na esfera legislativa, seja em manifestações extrainstitucionais.

A movimentação da corte entre os pólos de majoritarismo e liderança, segundo Friedman, pode ser lida, em outros termos, como um movimento de ir-e-vir entre, de um lado, os freios e contrapesos, com seu correlato ônus de *accountability*, e, de outro, a separação e a independência dos poderes. Nos termos do autor, (2005, p. 260 – tradução nossa), “a Constituição concede a Hércules um certo grau de independência, mas também o embute na política. Isso não é um acidente.”⁹² Essa ideia é assumida e desenvolvida por Mendes, para quem a Corte, como mediadora entre a opinião pública e as instituições, não está “isenta da responsabilidade de boas decisões e de um teste rigoroso de legitimidade”.

A constatação de que o ponto de chegada de uma rodada procedimental é inexoravelmente provisório leva à percepção de que o caminho que precede e sucede a decisão judicial tem relevância determinante. Um desenho institucional adequado estimula a interação entre as esferas políticas formais e informais, mas tal arquitetura não é suficiente para determinar um comportamento institucional desejável, ponto em que se faz necessária a assunção de uma teoria normativa. Em outras palavras, Hübner Mendes está a tratar da necessidade de que uma teoria do diálogo combine a abordagem de um desenho institucional de separação de poderes com uma teoria da decisão expressiva de uma cultura política. Por

⁹²Aqui, na linguagem da teoria dos sistemas, podemos falar em acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político, noção que será devidamente visitada mais à frente neste trabalho.

outro lado, como já notado por Friedman, tal teoria normativa precisa levar em consideração os constrangimentos políticos externos sofridos pelos magistrados. Abordemos tal questão em tópico independente.

4.5.3. Teoria normativa, juízes políticos e representação

Hübner Mendes (2011, p. 183-4) entende que a independência judicial é um mito, dada a existência de constrangimentos políticos externos, o que, nos termos de Friedman, corresponde aos “círculos concêntricos de influência”. Para defender sua tese de que o juiz não estaria limitado apenas pelo direito, Mendes menciona três teses defendidas pela ciência política empírica: a da reatividade política, a das acomodações prudenciais e a das flutuações de legitimidade. Pela primeira delas, a corte é politicamente sensível e testa ininterruptamente o espaço que tem condições pragmáticas de ocupar na separação de poderes a partir de um cálculo baseado na resposta potencial dos outros poderes às suas decisões. A segunda tese qualifica a separação de poderes como um fenômeno dinâmico de interação entre as instituições, indescritível por normas gerais e abstratas. A terceira atribui à legitimidade de cada instituição um caráter oscilante, responsável pela variação de poder no arranjo de forças.(MENDES, 2011, p. 183-4).

A hipótese central de Hübner Mendes pode ser formulada nos seguintes termos: os juízes comportam-se, por uma questão de sobrevivência institucional, como “animais políticos” (Bickel), de forma a tomarem como critérios de orientação decisória a realização de juízos de ocasião e de medida, muito mais do que métodos cunhados por teorias normativas da decisão judicial.

A admissão de que juízes não estão presos à norma choca-se com um antigo tabu. Esse mal-estar foi atenuado por uma nova tentativa da teoria jurídica de constranger o juiz por demandas de consistência, por exigências, ao menos, de argumentação racional. A ciência política volta e denuncia a nudez do rei: o juiz constitucional é um ator político que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão, ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça. Friedman parece ter respondido a esse problema defendendo um redirecionamento de foco para a teoria normativa: não são os juízes que ela deve pretender influenciar, mas a “opinião pública”. O juiz somente seria limitado por razões à medida que sentir a expectativa deliberativa que há sobre ele. A corte será legítima, nessas condições, se conseguir atender a tal expectativa.” (MENDES, 2011, p. 193)

O teste para a hipótese é realizado tendo como referência o estudo de alguns casos emblemáticos de atuação das cortes em momentos políticos críticos em países como a

Austrália, a Índia e a Alemanha. Com certa ironia, o autor colhe tais exemplos de uma coletânea de artigos (GOLDSWORTHY *apud* MENDES, 2011, p.184) que objetivou analisar o posicionamento das cortes à luz de uma investigação metodológico-aplicativa no campo do direito constitucional, de forma a qualificar a postura hermenêutica dos respectivos aplicadores como “positivista”, “teleológica”, “sociológica”, entre outras alcunhas. Hübner Mendes (2011, p. 185) intenta comprovar que “cada corte testou sua legitimidade e calibrou o seu grau de intervenção conforme o ambiente e a expectativa social sobre seu papel”. Em outras palavras, a corte teria agido com reatividade política às respostas dos potenciais poderes, de forma a sentir o grau de flutuação de sua legitimidade em função dessa interação, o que estaria em perfeita consonância com a ideia de um sistema de freios e contrapesos. Sem propriamente supor que haja uma causalidade linear de caráter inversamente proporcional entre Parlamento e Corte, sua preocupação principal é indicar que os “métodos interpretativos parecem ter sido, em todos esses casos, subprodutos para racionalizar decisões, não os seus próprios determinantes” (MENDES, 2011, p. 185)

Essa ideia encontra apoio em Whittington (2001), defensor da ideia de “construção coordenada”, para quem os perigos normalmente apontados pelos defensores da revisão judicial como última palavra em relação às mazelas legislativas são neutralizados pela adoção de uma teoria do diálogo, até mesmo porque preocupações como a referente à anarquia institucional superestimam a capacidade judiciária e subestimam a capacidade principiológico-justificativa do Legislativo. Whittington adota uma postura mais incisiva contra a teoria da última palavra judicial ao afirmar que os membros dos tribunais realizam barganhas e negociações sobre seus votos cotidianamente. O autor defende o modelo de construção coordenada e desincumbe-se do ônus de negar as críticas dos defensores de teorias de última palavra em favor do Judiciário a tal modelo compositivo, entendendo que não há uma dicotomia representativa entre Legislativo e Judiciário em um suposto embate pré-estruturado entre maioria e minoria.

Whittington, ao contrário do que normalmente acontece com os defensores do controle de constitucionalidade, não vê a corte como responsável por: combater, pelo proferimento de uma decisão definitiva, a anarquia institucional causada pela multiplicação horizontalizada dos intérpretes constitucionais; realizar deliberações racionais, como forma de consertar os vícios da conveniência irracional que governaria o Legislativo e; proteger as minorias contra a ditadura da maioria. Em verdade, a corte não seria uma entidade salvadoras das minorias, mas sim a instituição responsável por publicizar as despercebidas violações constitucionais,

perspectiva que o autor corrobora ao afirmar que “as interpretações constitucionais da Corte mais importantes são aquelas que acontecem em consonância ou na falta de manifestações legislativas majoritárias [...], quando a interpretação judicial converge, em vez de divergir, com a interpretação constitucional extrajudicial” (WHITTINGTON, 2001, p. 834-5 – tradução nossa).

Na linha de pensamento de Whittington e Mendes, constituição e política não devem ser teoricamente afastadas, dado manterem uma relação de simbiose (em termos sistêmicos, trata-se do acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico). O significado constitucional é alcançado dentro da política em um contexto institucional-dialógico. Determinante, pois, seria o processo de acomodações prudenciais contingentes, dotado de caráter necessariamente informal, devido à inviabilidade de regulamentação estática por um texto normativo constitucional.

Mendes (2011, p. 175) acredita que a flutuação de legitimidade da Corte depende da aceitabilidade material das decisões por ela proferidas, não sendo sustentável politicamente uma postura repetidamente desconectada da realidade, sob pena de desconfiguração da própria eficácia de suas decisões, o que é bem notado pelo autor ao descrever a relação entre história e instituições. Mendes fala em uma construção, por meio de continuidade e gradativo enraizamento, da reputação das instituições. Essa longevidade traria um valor adicional dotado de relevância empírica e normativa. A tese de Mendes pode ser formulada nos seguintes termos: a legitimidade, portanto, não seria determinável em um modelo estático e puramente *ex ante* de separação de poderes, mas sim do desempenho deliberativo de cada instituição, verificável *ex post*. O próximo capítulo deste trabalho consistirá em uma análise crítica desta afirmação.

5. DESEMPENHO DELIBERATIVO: CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE INERENTE À TENSÃO VIRTUOSA ENTRE FORMA E SUBSTÂNCIA (?)

Hübner Mendes (2011, p. 193 e ss.) propõe-se a enfrentar o seguinte problema: assumida a premissa de que as flutuações das instituições em função do respaldo da opinião pública acontecem, podemos dizer que elas se justificam na perspectiva de uma teoria normativa? Em outras palavras, podemos condicionar a legitimidade de cada instituição à sua reputação perante a opinião pública?

O problema em questão envolve a tensão entre forma e substância caracterizada pela oposição entre posturas substancialistas favoráveis à revisão judicial, como a de Dworkin, e posturas que assumem um padrão de justiça procedimental pura (esquema procedimental completo), como faz Waldron. Ora, como já mencionamos anteriormente, este último tipo de pensamento separa as teorias da justiça e da autoridade, de forma a considerar independentes as questões sobre resposta correta e legitimidade autoritativa. Diferentemente, Dworkin, ao ver a democracia como um esquema procedimental incompleto, assume o ideal de igual consideração e respeito como elemento essencial de decisões democraticamente corretas e, para evitar um regresso procedimental *ad infinitum* para fins de verificação de tal condição, atribui ao exame consequencialista dos resultados o papel de referência da legitimidade institucional para o *ex post* das decisões substantivas. Eis, então, a tese de Mendes (2011, p. 194):

Se concordarmos que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados, passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer independentemente de seu *pedigree* (subvertendo a estrutura formal)

Hübner Mendes, por entender que Dworkin considera aceitável a flutuação de legitimidade nas situações em que seja satisfeito o ideal de consideração e respeito, aproxima o pensamento do autor estadunidense ao de John Rawls, especialmente pela circunstância de que ambas as teorias são dotadas de uma pretensão epistêmica. O princípio liberal de legitimidade – entendido como a aceitação do critério de reciprocidade para fins de validação do poder de coerção –, assumido por Rawls em seu enfrentamento ao problema do pluralismo razoável, seria compatível com as flutuações. Em outras palavras, Rawls considera a coerção legítima quando as razões justificantes forem aceitáveis pelos demais cidadãos, independentemente de suas convicções abrangentes.

Essa leitura que proponho dos dois autores pode parecer ligeiramente excêntrica e diluir uma distinção analítica relevante entre autoridade legítima e decisão legítima (“quem decide” e “o que decide”), determinados, respectivamente, *ex ante* e *ex post*. De fato, não é bem a “flutuações” que Dworkin e Rawls se referem. Eles simplesmente aceitam um mecanismo não-majoritário e não-representativo por concordarem que a democracia não pode prescindir de uma pretensão epistêmica sobre princípios, e deve dispor de processos que maximizem a probabilidade de boas decisões. Fornecem, ademais, um critério moral independente para julgá-las. Se isso é verdade, a decisão judicial não é legítima *per se*, mas desde que atenda a esse critério.

Portanto, é plausível inferir que, a não ser que eles adotassem uma presunção da infalibilidade judicial, o que não fazem, pois se limitam a um cálculo probabilístico, decisões legislativas serão mais legítimas que as judiciais se aquelas, e não estas, atenderem àquele critério moral (e vice-versa). Negam legitimidade *a priori*, pelo mero *pedigree* majoritário, ao parlamento, mas não aceitam passivamente qualquer ativismo judicial. É exatamente isso que entendo como justificativa da flutuação.

Este capítulo abordará, primeiramente, a influência da noção de razão pública no pensamento de Mendes. Em seguida, trataremos do desenvolvimento da tese do autor brasileiro sobre o exercício de virtudes políticas ativas e passivas orientadas por um ideal de prudência no contexto de um padrão cambiante e *ex post* de legitimidade.

Como a compreensão da proposta de Mendes exige uma breve incursão nas ideias gerais de John Rawls, cumprimos tal missão no próximo tópico.

5.1. O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS

John Rawls⁹³ (2000) elege como preocupação central de sua abordagem sobre a

93Assumimos neste trabalho, assim como Mendes, a versão do pensamento de Rawls exposta pelo filósofo em sua obra “Liberalismo Político”. Para uma análise comparativa detalhada em relação ao pensamento exposto em “Uma Teoria da Justiça, veja-se “O Liberalismo de Ronald Dworkin”, de autoria de Lilian Furquim (2010, p. 190-2), de quem tomamos de empréstimo o seguinte trecho sobre a referida comparação: “No §41 da TJ, Rawls explicita sua preocupação em mostrar que a perspectiva contratualista define um ponto de vista arquimediano. A questão que se coloca é que a escolha das instituições que regularão a vida das pessoas deve se basear em alguma concepção de bem. O sistema social exerce essa influência sobre o que as pessoas querem ser e o tipo de pessoas que são. Então, diante disso, pode parecer que a teoria da justiça se baseia nos objetivos de indivíduos existentes e os princípios seriam escolhidos com base nesses objetivos. Mas a posição original e sua interpretação kantiana apenas fazem suposições genéricas sobre os objetivos das partes. Definir que as partes desejam os bens primários não é vincular a escolha dos princípios de justiça a um determinado padrão de interesse da pessoa. O que temos é uma teoria rasa do bem. [...]. Em LP, Rawls vai questionar a idéia de sociedade bem-ordenada apresentada na TJ. Uma das premissas é que os cidadãos endossam a “justiça como equidade” com base numa doutrina filosófica abrangente. Os dois princípios de justiça escolhidos na *posição original* estão fundamentados nessa doutrina, mas o que temos é uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, que ele chama de *pluralismo razoável*. Por isso, não faz sentido falar numa sociedade bem-ordenada. O autor vai reformular a justiça como equidade que passa a ser uma concepção política de justiça, o *liberalismo político*. Para garantir que ela não seja mais uma concepção abrangente, que seja aceita voluntariamente e tenha legitimidade, mesmo diante do pluralismo razoável, deveremos tratá-la como auto-suficiente em relação às doutrinas abrangentes. Isso significa, nas palavras de Dworkin, a separação entre ética e moralidade. [...]. A forma como os princípios são selecionados e a estrutura da concepção de justiça são, em essência, os mesmos. O

democracia nas sociedades pluralistas a determinação das condições que cada cidadão pode exigir para fins de reconhecimento da autoridade de uma decisão da qual discorda. O autor entende não ser satisfatória a adoção de um *modus vivendi* conveniente e instrumental, em que os cidadãos meramente aceitem as decisões por razões pragmáticas. Sua adoção do princípio liberal de legitimidade exige a qualificação de decisões políticas como posições justificáveis independentemente de convicções filosóficas abrangentes, em um modelo de Estado que adote uma posição de neutralidade em relação às diversas concepções de bem. Presta-se, pois, a teoria de Rawls a caracterizar uma concepção política de justiça, em que o pluralismo razoável pode ser sustentado por uma base pública de justificação das ações políticas. Em outras palavras, os cidadãos precisam compartilhar da estrutura básica da sociedade pela razões corretas, independentemente de qualquer projeto completo de ética material que assumam em sua vida pessoal. Discutir escolhas políticas fundamentais com base em doutrinas abrangentes, e não em razões públicas, significaria violar o dever de civilidade (constituição de laços de amizade cívica). Estabelece-se, pois, a razão pública como um filtro de validade dos fundamentos que podem ser utilizados nas deliberações sobre decisões políticas.

Rawls enxerga na Constituição o elemento fundante do desenho institucional democrático. Exige-se de uma Constituição a contemplação dos elementos essenciais do liberalismo político e a idoneidade para despertar uma cultura da razão pública. O desenho institucional estabelecido constitucionalmente deve ser pensado de forma a maximizar a probabilidade do proferimento de decisões corretas fundadas em boas deliberações. A legitimidade de cada instituição aumentaria em razão diretamente proporcional a tal probabilidade, o que indica que um critério independente de justiça determinaria os elementos procedimentais da estrutura do Estado Democrático de Direito. De tal forma, o desacordo sobre questões essenciais de justiça deveria ser resolvido anteriormente à construção institucional, o que significou, para Rawls, a necessidade de elaborar o constructo da posição original.

Rawls (2000, p. 67 e ss.), como justificação moral para o liberalismo, propõe um

que muda é o foco que Rawls dá nessa segunda obra, qual seja, garantir a estabilidade da concepção política de justiça, isolando-a de quaisquer doutrinas abrangentes. [...]. Na TJ, a prioridade do correto se conecta com uma concepção kantiana de pessoa, na qual somos livres, independentes, sem amarras morais antecedentes e capazes de formular objetivos. Esta concepção adere perfeitamente à neutralidade do Estado em relação às concepções do bem. Mas no LP Rawls afirma que não depende dessa concepção kantiana de pessoa, nem de qualquer outra concepção. Essa mudança ocorre porque a idéia de que as pessoas compartilhariam os princípios de justiça com base numa doutrina abrangente é irrealista dado o pluralismo razoável. Ele deixa de lado um possível “liberalismo abrangente” na TJ, para defender o “liberalismo político”. (FURQUIM, 2010, p. 190-2; 207)

modelo contratualista em que as partes aceitariam voluntariamente os termos do contrato para poderem viver e realizar seus planos de vida, admitindo a convivência de diferentes concepções de bem. Esse contrato social é estabelecido de forma independente das convicções pessoais, nos moldes do que Rawls chamou de “véu de ignorância”. Os sujeitos, ao deliberarem sobre o contrato, não têm informações sobre seus próprios gostos e preferências, o que possibilita a realização de um acordo sem interferências éticas. Garantir-se-ia, assim, a escolha de princípios aceitos voluntariamente por pessoas livres, iguais e racionais, e, por conseguinte, uma prioridade do correto sobre o bem⁹⁴. O primeiro desses princípios determina que certas liberdades sejam garantidas a todos e o segundo princípio qualifica como toleráveis apenas as desigualdades toleráveis que melhorarem a situação do pior posicionado na escala social. Tais princípios estabeleceriam as bases para uma concepção política de justiça, cujo conteúdo seria resultante de ideias fundamentais da cultura política de uma sociedade democrática agrupadas em uma concepção coerente de justiça. Essa formulação, ao colher elementos já adotados pelas pessoas em sua vida pública e constituintes de uma cultura de fundo formada pelas doutrinas abrangentes, permite que a concepção liberal de justiça formada tenha mais chances de alcançar o consenso. Constitui-se, assim, um eixo político do liberalismo, definindo-se, no contexto de tal orientação, o lugar da igualdade, da liberdade e da tolerância.

Na versão rawlsiana do contrato social, as partes na “posição original” fazem uma escolha racional baseada no interesse próprio, ponto em que se verifica uma influência da versão hobbesiana do contrato. Entretanto, o “véu de ignorância” também incorpora condições morais ao privar as partes do conhecimento sobre seus interesses concretos, o que as motiva a agir de forma avessa ao risco, concluindo pelo “princípio da diferença” e alcançando uma motivação moral para a formulação do contrato (FURQUIM, 2010, p. 107-8)⁹⁵.

94 Segundo Werle (2008, p.41), a primazia da justiça sobre o bem pode ser entendida em dois sentidos: “[...] do *ponto de vista normativo*, a justiça deve preceder ao bem porque impõe limites às formas pelas quais os cidadãos podem se empenhar em perseguir seus interesses e realizar suas concepções de bem. Trata-se aqui da ideia [...] da primazia dos direitos individuais fundamentais. Do *ponto de vista 'epistêmico'*, o primado da justiça significa que os princípios de justiça são fundamentados sem pressupor a validade de nenhuma concepção abrangente do bem. Eles se apoiam em razões morais e políticas neutras que todos os cidadãos podem compartilhar, sem que tenham de necessariamente abrir mão das verdades de suas doutrinas filosóficas, morais e religiosas abrangentes”.

95 “No LP, as partes na posição original têm “o mais alto interesse” em exercer e desenvolver seus poderes morais, quais sejam a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem. É isso que torna as pessoas iguais. Somente com esses poderes morais desenvolvidos, elas serão efetivamente livres e iguais. Desse mais alto interesse derivamos a lista dos bens primários sociais (direitos e liberdades em geral, oportunidades, riqueza, e o auto-respeito). Sem os bens primários, os dois poderes morais não poderão ser exercidos e desenvolvidos. Daqui derivamos o interesse das partes no contrato de Rawls. [...] esse interesse não

Os agentes morais livres e iguais são tidos como racionais, ou seja, capazes de conceber um plano de vida baseado em suas doutrinas abrangentes, e razoáveis, o que significa aptas a entender e aplicar os princípios de justiça. No modelo rawlsiano da justiça como equidade, a capacidade de ter uma concepção de bem (racional) e o senso de justiça (razoável) são ideias básicas e complementares. A razoabilidade é entendida no contexto da teoria de Rawls como um pressuposto para a realização de um acordo razoável, capaz de substituir a busca pela verdade e seu envolvimento com as doutrinas éticas abrangentes. A ação moral razoável implica levar em conta as conseqüências de suas ações perante os outros, em uma configuração da sociedade como um sistema de cooperação equitativa cujos termos equitativos só são endossáveis se forem razoáveis. A razoabilidade na cooperação equitativa está relacionada à ideia de reciprocidade, entendida como o benefício de todos aqueles que respeitam as regras cooperativas, em um reconhecimento da validade independente das reivindicações alheias (RAWLS, 2000, p. 97 e ss.).

Enquanto a dimensão do racional é dotada de um cunho privado, a dimensão do razoável implica o reconhecimento recíproco de todos como iguais na esfera pública. Os indivíduos têm, portanto, duas dimensões identitárias. Uma delas, institucional, é caracterizada por uma concepção de objetivos políticos (justiça política) e separada de quaisquer concepções de bem. Essa concepção política de pessoa possibilita os agentes a abstrair de seus objetivos pessoais na posição original. A outra dimensão identitária, não-institucional, é aquela em que se manifesta propriamente a opção do sujeito em matéria de doutrinas abrangentes. Ambas estão relacionadas e coadunadas na conformação da identidade individual.

O razoável não é derivado do racional, dado que as limitações do juízo acarretam o pluralismo de doutrinas abrangentes assumidas por indivíduos distintos⁹⁶. Uma versão razoável desse pluralismo pressupõe a aceitação de tais limites e a conseqüente garantia da liberdade de pensamento, de forma que os cidadãos partidários de uma mesma doutrina

é pessoal, mas baseado numa concepção ainda mais rasa de bem. Os interesses, portanto, não são objetivos finais dos agentes, mas regulam a forma como vão conduzir suas ações em busca de seu plano de vida” (FURQUIM, 2010, p. 193)

96“[...] o razoável pressupõe e subordina o racional. Ele define os termos justos da cooperação aceitáveis a todos no interior de algum grupo de pessoas identificáveis separadamente, cada uma delas exercendo e titularizando os dois poderes morais. Todos têm uma concepção do seu bem que define sua vantagem racional, e cada um tem um senso de justiça normalmente efetivo; a capacidade de honrar os termos justos da cooperação. O razoável pressupõe o racional, pois, sem as concepções do bem que movem os membros do grupo, não há lugar para a cooperação social nem para as noções do direito e da justiça, ainda que tal cooperação realize valores que ultrapassam o que as concepções do bem assumem em particular. O razoável subordina o racional porque seus princípios limitam, e na doutrina kantiana limitam absolutamente, os fins últimos que podem perseguir”. (RAWLS, 1980, p.530 – tradução de Denilson Werle).

abrangente não possa empregar a coerção estatal como forma de imposição de tal concepção de bem àqueles que delas não partilhem, sob pena de uma injustiça sócio-institucional. É por isso que a assunção do caráter razoável dos agentes morais na posição original impõe que o primeiro princípio básico seja um princípio de liberdade, o qual vinculará a estrutura social que está a se formar a possibilitar a todos uma representação igualitária no poder coletivo, sem que nenhuma autoridade política possa impor uma concepção abrangente de bem sobre as outras (RAWLS, 2000, p. 105 e ss.)

A concepção política de justiça, estabilizada pelo isolamento em relação às doutrinas éticas abrangentes, é assumida na forma de um consenso sobreposto ideal entre as visões razoáveis abrangentes dos agentes morais mediante uma reflexão sobre os ideais latentes na cultura política. A unidade não é baseada em uma única doutrina abrangente, mas sim em um consenso entre as doutrinas abrangentes, de forma a evitar conflitos fortes com as convicções pessoais dos agentes. Assim, o liberalismo político torna-se auto-sustentável, dado que, ao mesmo tempo, separa-se das doutrinas abrangentes, mas nelas se encaixa. Lida-se, então, com o pluralismo pela via da redução de questões sobre as quais se busca um acordo razoável, desiderato satisfeito ao situarem-se os objetivos pessoais fora de uma teoria da justiça, já que cada indivíduo irá escolher seu plano de vida de acordo com sua concepção de bem.

A posição original funciona como uma situação de “justiça procedimental pura”, já que as partes vêm-se livres de qualquer vinculação a outros princípios de direito e justiça previamente determinados (FURQUIM, 2010, p.194). Trata-se, assim, de uma situação de estrito convencionalismo, como um verdadeiro contrato em que as partes prescindem das opiniões externas sobre seus pontos de vista a respeito dos termos equitativos de cooperação social cunhados na forma de princípios da justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade (RAWLS, 2000, p.118).

Da mesma forma que um indivíduo razoável articula seus planos e define uma forma de tomar decisões, a sociedade política também o faz, orientando-se, nesse contexto, pela ideia de razão pública, característica de um povo democrático e cujo objeto é o bem público relacionado a questões constitucionais (liberdades e direitos políticos) e de justiça básica. Ora, o reconhecimento recíproco da igualdade na esfera pública manifesta-se como uma relação política entre os cidadãos livres e iguais, a qual assume uma forma própria de exposição de razões destinada ao estabelecimento dos termos da vida pública. A razão pública, portanto, traduz-se como a forma de relacionamento entre os cidadãos, bem como entre estes e as instituições (estrutura básica da sociedade), e presta-se a identificar princípios de cooperação

por meio de um processo de justificação orientado por um ideal de imparcialidade a ser observado nas manifestações deliberativas realizadas na esfera pública. A concepção de cidadania em uma democracia constitucional é exercida por meio de argumentações pautadas pelos critérios de correção de justificação da razão pública. Nem sempre a deliberação orientada pela razão pública permitirá o alcance de um acordo geral, mas ela permite que o debate proporcione um entendimento do pluralismo acerca de valores políticos. Por tal motivo, as decisões decorrentes do exercício de democracia deliberativa não obedecem a um código de verdade ou correção, mas sim de razoabilidade. A legitimidade reside justamente no consenso de cidadãos razoáveis que deliberam com base na razão pública, e isso não implica um desrespeito aos direitos de sede constitucional que garantem, na esfera privada, a livre opção por concepções abrangentes de bem.

A razão pública tem como uma de suas funções abrandar os conflitos que derivam da diversidade de valores e doutrinas, de forma a colaborar para a estabilidade social. De tal forma, a argumentação fundada na razão pública não pode criticar doutrinas abrangentes, salvo se estas forem incompatíveis com os valores e princípios fundamentais da razão pública e com as ideias intuitivas de uma comunidade política democrática. O dever moral (“não-legal”) de civilidade envolve a disposição de ouvir os outros e uma postura de equanimidade (*fairmindedness*), traduzida como a abertura para a realização de ajustes em suas próprias concepções quando isso for razoável. É por meio da razão pública que a justiça como equidade pode conseguir a aceitabilidade racional necessária a suas pretensões normativas e a aceitação fática por parte dos cidadãos, de forma a constituir as leis como legítimas (RAWLS, 2000, p.265).

Rawls diferencia a razão pública, entendida como o padrão de argumentação moral utilizado como critério autônomo para julgar a legitimidade das decisões, da própria deliberação política. É nesse ponto que a sua teoria diferencia-se das concepções de justiça procedimental pura, em que o *pedigree* da autoridade é suficiente para a legitimação autoritativa de qualquer decisão por ela proferida, independentemente de considerações conteudísticas. Em outras palavras, Rawls, ao contrário de Waldron, não incorre em um convencionalismo reminescente do positivismo. Rawls não se rende ao ceticismo e ao desânimo perante o fato do pluralismo da sociedade contemporânea. Prefere, isso sim, enfrentar a questão por um viés substancialista, com o intento de caracterizar um pluralismo (publicamente) razoável, o que, obviamente, não significa abrir mão de um procedimento, mas sim assumir a existência de uma tensão inexorável entre forma e substância no seio da

questão da legitimidade (MENDES, 2011, p. 197).

5.2. RAZÃO PÚBLICA E DESEMPENHO DELIBERATIVO EM HÜBNER MENDES

Mendes (2011, p.200) assume a razão pública como critério substantivo adequado para a justificação das oscilações inerentes à separação de poderes. A Corte cumpre o papel institucional de fazer que o bom argumento seja variável de peso na competição democrática ao atribuir vitalidade à razão pública. Os direitos tornam-se razões dotadas de dignidade especial, as quais servem como critérios para a realização de testes de legitimidade substantiva não por mera via de censura social difusa, mas sim por um mecanismo endógeno de controle. Ao contrário, defender a supremacia parlamentar pura enfraqueceria o potencial crítico e deliberativo da separação de poderes ao impedir que críticas substantivas às decisões legislativas adquirissem expressão institucional externa ao Poder Legislativo. Um arranjo institucional defensor da revisão judicial, ao mesmo tempo que valoriza a maior probabilidade de alcançar a resposta correta em questões de justiça sobre elementos constitucionais essenciais, permite uma incorporação da tensão entre forma e substância, componentes necessários da legitimidade. Assim, o parlamento submete-se a um ônus adicional para demonstrar que respeitou as precondições da democracia⁹⁷.

Rawls traça um paralelo entre a utilização da razão pública e o dever de julgar dos tribunais. Assim como os juízes estariam vinculados aos precedentes e às leis, os cidadãos estariam vinculados a argumentar com base na razão pública e no critério de reciprocidade ao tratarem de questões constitucionais essenciais e questões de justiça básica⁹⁸. Assim como um juiz não pode resolver um problema jurídico com base em convicções pessoais, os cidadãos não podem resolver questões sobre os temas mencionados com base em doutrinas filosóficas

97 “Não preciso supor que o legislador esteja mais inclinado ao erro e a corte mais próxima do acerto, nem mesmo que a legitimidade do legislador esteja exclusivamente apegada à forma e da corte à substância (apesar de ambas afinidades serem plausíveis), para defender a contribuição dessa circularidade permanente. [...]. Mesmo que se possa dizer que também há tensão deliberativa e “circularidade” dentro do próprio parlamento, e também entre diferentes legislaturas ao longo do tempo, destaco aqui a virtude dessa particular tensão inter-institucional, não apenas da intra-institucional. [...]. A democracia não pode abdicar do julgamento consequencialista para certificar a legitimidade de instituições. Esta não deve se limitar a um critério formal *ex ante* e não se esgota num cálculo de engenharia institucional [...]. A solução de Bentham para o conflito entre direito e moral é ilustrativa: 'Obedeça pontualmente, censure livremente'. Ele também permitia, entretanto, a válvula de escape da resistência para o caso de decisões políticas excessivamente injustas. A possibilidade de resistência e censura institucionalizadas é o que estamos discutindo.” (MENDES, 2011, p. 202).

98 “Recall that public reason sees the office of citizen with its duty of civility as analogous to that of judge with its duty of deciding cases. Just as judges are to decide cases by legal grounds of precedent, recognized canons of statutory interpretation, and other relevant grounds, so citizens are to reason by public reason and to be guided by the criterion of reciprocity, whenever constitutional essentials and matters of basic justice are at stake.” Rawls (1997, p. 797).

abrangentes, sob pena de violação do princípio de reciprocidade. Em ambos os casos, a decisão está vinculada ao mandamento de imparcialidade e à busca pela decisão razoável. A razão pública serve como um princípio de legitimação do poder e apresenta os critérios indicativos dos tipos de normas e informações que guiam os juízos políticos sobre questões políticas fundamentais. Esse caráter normativo indica como deve funcionar a deliberação, e não propriamente como elas têm funcionado na história das democracias. Por outro lado, não se trata de uma separação estanque entre o que “é” e o que “deve-ser”, já que sua expressão do que pode vir a ser encontra respaldo conteudístico e procedimental, ainda que de forma parcial, na cultura política pública das democracias constitucionais.

Mendes, em seu esforço de compatibilização entre Rawls e Dworkin, invoca este último para reforçar a tese de que o desenho institucional não pode definir aprioristicamente a instituição que assegura as condições democráticas, mas apenas apresentar uma proposta que maximize as possibilidades de acerto. A legitimidade de uma dimensão de princípios não é um problema de procedimento, mas sim de conteúdo (o que, na terminologia adotada por Hübner, trata-se de um teste consequencialista ou *ex post*)⁹⁹. Essa legitimação difere-se, então, daquela referente ao estabelecimento de políticas, a qual se dá *ex ante* e é atribuída ao Poder Legislativo. Na dimensão de princípio, em que não há melhor instituição, mas apenas a decisão boa ou ruim tomada por alguém, o procedimento (*input*) é irrelevante na dimensão de princípio, para qual importa apenas o resultado (*output*) reconduzível às condições democráticas de igual consideração e respeito, participação, reciprocidade e independência. A decisão sobre princípios extrai legitimidade do bom argumento, e não da representação, o que implica entender a revisão judicial como democrática ou antidemocrática em função de cada resultado decisório favorável ou ofensivo às condições democráticas. Um erro da Corte não é mais nem menos sério do que um erro do Legislativo (DWORKIN, 1996).

A adoção de um critério consequencialista (*ex post*) de legitimidade indica uma mudança significativa na perspectiva sobre o princípio da separação de poderes, cuja dimensão estrutural pode, no máximo, assumir uma instituição como responsável, *prima facie*, pela última palavra provisória, como proposto por Rawls em seu esquema procedimental incompleto.

⁹⁹“O termo 'consequencialista' costuma ser usado na literatura jurídica com outro sentido. Interpretação jurídica consequencialista é aquela por meio da qual o juiz, antes de construir uma decisão, verifica os resultados práticos que ela vai gerar. Certamente não é este o sentido que utilizo nesta passagem. Sua forma de legitimar teoricamente a decisão judicial orienta-se pelo resultado da decisão (e, portanto, é consequencialista, no outro sentido). [...] Dworkin pede que o juiz tome a decisão correta [...]. Se efetivamente tomar a decisão correta, a revisão judicial será legítima” (MENDES, 2008, p.76)

O desempenho deliberativo, entendido como a medida de aproximação de um ideal deliberativo, é a medida genérica do ângulo competitivo de interação no pensamento de Mendes. A tensão entre forma e substância é lida pelo autor como uma pressão por consistência na busca pelo melhor argumento, de forma a instituir um padrão contextual e comparativo de legitimidade institucional, pautado por um teste *ex post*. A legitimidade seria um predicado institucional alcançado continuamente, em função do desempenho deliberativo, espelhado nos resultados das decisões, de forma a afastar um esquema procedimental puro, em que a legitimação seria puramente *ex ante*. De tal forma, a decisão em sede de revisão judicial continua sendo dotada de autoridade, mas isso não afasta a legitimidade dos desafios apresentados pelo Legislativo (ou pela esfera de senso comum) quando este apresentar melhor desempenho deliberativo. Em contrapartida, a relevância do elemento dinâmico-funcional é apontada por Hübner Mendes quando o autor reconhece a variabilidade dos contornos da lógica flexível da separação de poderes, em que a qualidade deliberativa poderia, ao longo do tempo, fundamentar, com base no respeito de ambas as instituições ao critério da razão pública, mutações na delimitação do poder da revisão judicial. (MENDES, 2011, pp. 203-4).

Mendes (2011, p. 213-4). aceita oscilações e funções cambiantes na dimensão da legitimidade em função do desempenho deliberativo. Obviamente, ainda que este seja medido por um critério de substância, o autor não está a defender uma dissolução da autoridade, como se cada indivíduo fosse livre para desobedecer a partir de seu julgamento individual. Apenas está a destacar que, diante da inevitabilidade dos desafios recíprocos entre a corte e o parlamento, os resultados deliberativos poderão servir como um elemento de legitimação em agregado. Uma teoria normativa, portanto, teria como tarefa elaborar um modelo de métrica institucional idôneo a organizar as inevitáveis variações de qualidade de resposta, intervalo entre uma decisão e outra e consciência de cada poder de que está desafiando o outro. Trata-se, portanto, de um cálculo pragmático que, ao mesmo tempo, envolve a busca por um lapso temporal ideal, o exercício de um senso de oportunidade e o sopesamento de valores do estado de direito, tarefas que exigem um exercício prudente de virtudes políticas.

O tipo deliberativo de interação institui uma justificativa condicionada para que a corte exerça a revisão judicial, mas, ao mesmo tempo, retira-a da função mítica de “guardião” quando reconhece a possibilidade de que o parlamento a desafie. A obediência à corte deve ser entendida como respeito à vinculatividade autoritativa de suas decisões em uma dada rodada procedimental, e não como um reconhecimento de pretensa definitividade de suas decisões, as quais podem ser desafiadas em outra rodada. Ora, a “retórica do guardião

entrincheirado”, ao alimentar uma dinâmica adversarial e hierárquica, é incompatível com a interação deliberativa, neutralizando o papel de estímulo à assunção de uma monoglota linguagem de princípio pelo legislativo. Deve, portanto, ser rejeitada por uma teoria normativa que, sem abrir mão da revisão judicial, pretenda recepcionar as contribuições da teoria do diálogo com a finalidade de aproveitar o potencial epistêmico da separação de poderes. Na perspectiva empírica, por sua vez, a assunção do mito do guardião pela retórica da corte e a sua disseminação na comunidade jurídica pode culminar numa reação mais agressiva (e menos deliberativa) do outro poder ou em uma reiterada deferência legislativa prejudicial ao exercício democrático.

Um modelo que atribui à última palavra judicial uma pretensão de definitividade, sem o aporte da interação deliberativa típico das teorias do diálogo, fragiliza a noção de *accountability* legislativa, situando-se o legislador em uma posição cômoda de não precisar se preocupar em justificar a presunção de constitucionalidade de seus próprios atos. Em outros termos, a corte, ao aceitar um modelo de construção coordenada e admitir a possibilidade de respostas legislativas, não deve ver afrontas a sua autoridade. Cabe-lhe desafiar o Legislativo a buscar um melhor argumento de princípio, e não a meramente obedecer. Seria mais produtivo, portanto, que a corte investisse na imagem de participante de um processo interinstitucional de construção do significado da constituição, o qual não se intimida em exercer a revisão judicial quando detentor de um bom argumento. (MENDES, 2011, pp. 214-5)

O desenho institucional, na lógica flexível da separação de poderes, estabelece uma ordem das intervenções nas rodadas procedimentais, mas não regula estritamente os argumentos e estratégias políticas de cada poder ao desafiar os outros. Por tal motivo, à teoria normativa caberia identificar as estratégias de ação que possam estimular padrões de interação mais próximos do deliberativo e rejeitar aquelas que, de forma ilegítima, servem como formas sub-reptícias de esconder ou adiar o conflito e esperar que este se resolva por outros meios. As tradicionais técnicas interpretativas não dão conta da variável decisória temporal, tendo pouco a contribuir no contexto de uma interação deliberativa. Isso exige que a avaliação da legitimidade das instituições considere não apenas o que elas fazem (virtudes ativas), mas também o que deixam de fazer (virtudes passivas). Nos termos de Mendes, o exercício de virtudes ativas e passivas não pode se confundir com a prática de “vícios passivos”, entendidos estes como um modo não deliberativo de evitar o problema e congelar a pauta constitucional. Essa postura institucional inadequada significa abdicar silenciosamente da

responsabilidade de decidir, sem que se esteja fazendo qualquer tipo de “uso construtivo do silêncio” (virtude passiva) destinado a proporcionar uma legítima maturação do debate público.

No contexto do Supremo Tribunal Federal, Mendes identifica os seguintes exemplos de técnica legítima: reconhecimento de que leis, devido a uma mutação constitucional, estejam a caminho da inconstitucionalidade; modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em um exercício de prudência consequencialista, o qual leva em conta o impacto e a eficácia da decisão; estabelecimento de prazo para que o Executivo decida, podendo o Judiciário suprir a omissão em caso de silêncio; e o “julgamento a conta-gotas”. Por sua vez, três vícios passivos que Mendes identifica na prática do STF seriam os seguintes: a definição da pauta de julgamento como um poder administrativo concentrado nas mãos do presidente do tribunal e que se define por critérios discricionários nem sempre relacionados à ordem de chegada dos casos; o voto-vista, consistente em uma permissão para que qualquer ministro da corte interrompa um julgamento colegiado sob o pretexto de querer refletir mais sobre o assunto, ainda que anteriormente à manifestação dos demais ministros (o regimento interno do STF prevê prazos para o exercício da reflexão, mas os usos e costumes tornaram vazia essa regra); e a decisão liminar em medida cautelar, a qual permite ao tribunal, estrategicamente, esperar manifestação legislativa a respeito, de forma que a ação perca objeto e não seja resolvida no mérito (MENDES, 2011, pp. 217 e ss.).

A interação deliberativa proposta por Mendes deve oscilar entre pautas constitucionais aquecidas – os temas já foram objeto de diversas rodadas procedimentais, mas continuam na ordem do dia – e estabilizadas – produtos de rodadas deliberativas anteriores, em que a interação proporcionou uma convergência entre Legislativo e Judiciário. As pautas aquecidas, nesse contexto, expressam exatamente o processo de interação institucional buscado pela preocupação dialógica de Mendes e manifestam-se na forma de uma reação ativista (alta produtividade de decisões, independentemente do desempenho deliberativo) recíproca entre Legislativo e Judiciário, a qual só será cessada quando da convergência estabilizadora. Em caso de alto desempenho deliberativo de ambos, trata-se da situação ideal de diálogo institucional. Por outro lado, pautas reprimidas – tensões sociais refletidas no debate público informal e ainda não introduzidos no espaço institucional) – e pautas congeladas – temas já provocados institucionalmente, mas ainda pendentes de decisão – costuma expressar patologias institucionais. Essa leitura nos permite traduzir, na linguagem da teoria dos sistemas, a inércia do STF desprovida de justificativa pública como um caso típico de

alopoiese, em que os princípios do estado de direito e a proibição do *non liquet* são ofendidos pela intromissão demasiada do político no jurídico, desvirtuando o acoplamento estrutural entre os dois subsistemas.

A fronteira entre “inércia” e “ativismo” é extremamente controversa e depende da estipulação de um lapso temporal. Um indicativo para a identificação da inércia pode ser a expiração de um prazo regular dentro do qual uma lei ou uma decisão judicial costumam ser produzidas (MENDES, 2011, p. 214 e ss.). Como na concepção de separação de poderes assumida por Mendes não é possível que haja receitas abstratas e prefixadas que esgotem a definição das funções, persistiria a possibilidade de que a corte, em certas circunstâncias, praticasse um acentuado ativismo. Seria o caso da inércia ou insuficiência legislativa em relação a exigências constitucionais explícitas (inconstitucionalidade por omissão, por exemplo) ou construídas pelo debate público (novas interpretações do texto constitucional, as quais exijam uma mudança nas decisões legislativas anteriores). O sistema de revisão judicial de omissões legislativas ocasiona uma superação da ideia de que todo tipo de mudança ocorre apenas no Parlamento, mito este que, como já visto anteriormente, era deveras forte no período do positivismo exegeta. A corte pode, prudentemente, testar seu espaço e estimular reações, criando um ônus de razão pública para o parlamento (MENDES, 2011, p. 232). Essa possibilidade abre espaço para o questionamento de decisões legislativas tomadas há tempos e que, diante da consciência histórico-efeitual (Gadamer), precisam ser novamente discutidas. Trata-se de um reaquecimento de uma pauta pretensamente estabilizada, mas que, em verdade, pode ter sido convertida em uma pauta reprimida, não mais apoiada em um sólido consenso entre as instituições e o senso comum.

Mendes (2011, p. 47) trabalha com a dicotomia ordinário e extraordinário para traçar um comparativo entre o julgamento de questões políticas normais (infraconstitucionais) e questões políticas constitucionais. A estas últimas, seria reservado um *status* privilegiado de dignidade política, visto não tratar de meras questões de rotina, mas sim de grandes mudanças de rumo. Em verdade, o que estaria verdadeiramente em questão não seria puramente o caráter constitucional da matéria examinada, mas sim o seu “alto grau de saliência política”, de forma que, excepcionalmente, certas questões processadas formalmente pela política normal, materialmente, teriam relevância pragmática similar às constitucionais. Nesse ponto, faz-se pertinente a tese de Friedman, para quem os constrangimentos exercidos pelos círculos concêntricos de Friedman sobre a corte teriam papel inevitável na decisão proferida. Portanto, testar as estratégias utilizadas pelo Judiciário para lidar com as pautas políticas pode ter um

efeito epistêmico produtivo, motivo pelo qual analisaremos agora, em tópico específico, alguns tipos de virtudes ativas e passivas apresentadas em propostas de teorias dialógicas.

5.3. GRADUALISMO E VIRTUDES PRUDENCIAIS

Hübner Mendes (2011, p. 107) separa as teorias do diálogo em dois grupos. Existiriam aquelas teorias que tratam o diálogo como produto necessário da separação de poderes, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes por “dialogar”. As teorias desse grupo vêm o diálogo como uma decorrência do desenho institucional e partem, basicamente, de proposições empíricas, ainda que acabem desembocando (Friedman) ou, ao menos, colaborando (Whittington e Pickerill) para a apresentação de propostas normativas. Diferentemente, há teorias que, com caráter evidentemente normativo, propõem um diálogo entre Judiciário e Legislativo no bojo do próprio processo decisório judicial. Funcionam, portanto, como teorias da decisão judicial, cujo cerne não se trata propriamente de um método de interpretação pré-determinado, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. Seu caráter prescritivo diz respeito, pois, à compreensão do papel da corte no contexto da interação institucional e dos reflexos que essa autocompreensão precisa ter em suas decisões. É nesse contexto que identificamos as virtudes prudenciais passivas e ativas.

Tradicionalmente, o Estado de Direito é pensado a partir de uma clara divisão de funções entre uma instituição produtora de regras gerais e um poder que as aplique de forma previsível. Essa distinção se torna mais complexa no âmbito da discussão sobre direitos fundamentais, especialmente diante da desmitificação da distinção entre criação e aplicação do direito, bem como do caráter demasiadamente simplista de eventual caracterização do Legislativo como espaço propositivo e do Judiciário como exercente de função meramente negativa.

Uma descrição formal do desenho institucional constitucionalmente estabelecido na dimensão estrutural da organização dos poderes não capta as negociações argumentativas informais que ocorrem entre os poderes e supõe um modelo adversarial das relações entre Legislativo e Judiciário. Trata-se, pois, de um retrato de uma relação com baixíssimo potencial para a persuasão interinstitucional, em que as instituições só poderiam prevalecer por meio da utilização de instrumentos de autoridade, como a emenda legislativa.

Esquece-se, pois, dos círculos concêntricos de influência (Friedman) e da possibilidade

de reações legislativas sutis, como a elaboração de uma nova lei ligeiramente modificada ou até mesmo idêntica à declarada inconstitucional. Ora, se as teorias do diálogo têm como mérito estimular a argumentação de princípio no espaço legislativo, tal instituição pode apresentar desempenho deliberativo similar ou até superior ao da Corte. Mendes (2011, p.216), então, propõe, inspirado em Ian Shapiro (“mais do que processo, menos do que substância”), que a corte possa modular suas intervenções e contenções a depender do desempenho deliberativo do Parlamento¹⁰⁰.

Hübner Mendes (2011, p.40 e ss.) distingue duas formas de pensamento sobre conceitos políticos e jurídicos. A primeira delas, o binarismo, consiste em estruturar o raciocínio a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, para qualificar um objeto como tendo ou não uma dada qualidade. A outra forma de pensamento, a gradualista, avalia a medida de certa qualidade, o grau de realização de um dado ideal, tendo como referência parâmetros de mensuração eleitos. Explica Mendes que, em verdade, o gradualismo não dispensa as dicotomias, e sim assume os seus pólos como tipos-puros, nunca realizáveis por inteiro na realidade, em modelo similar ao dos tipos ideais de Max Weber, ao contrário do tratamento estanque que é recebido pelos extremos no binarismo.

Mendes vê a democracia como o maior exemplo no campo político da ideia de “conceito essencialmente contestado” (GALLIE, 1964), não bastando para a resolução sobre o desacordo em torno dessa noção um processo rigoroso de investigação racional¹⁰¹. Sendo defensáveis diversas posições genuínas sobre o sentido da democracia, o potencial de desacordo é infinito, motivo pelo qual o gradualismo seria uma estratégia mais adequada para abordar esse tipo de conceito. Ora, o potencial gradualista para amenizar desacordos e

100 “A revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiar-la a superar-se em qualidade.” (MENDES, 2011, p. 212).

101 Adeodato (2009, p. 162) descreve a visão realista sobre a democracia e a separação de poderes nos seguintes termos: “A separação de poderes e o princípio da maioria são *topoi* retóricos, lugares-comuns estabelecidos, que provocam adesão no discurso justamente por seu caráter impreciso. Ou seja, pode-se sempre invocar um *topos* nesta ou naquela direção, pode-se argumentar pela exceção à regra tópica, há *topoi* antagônicos para situações contraditórias etc. [...] o realismo vem acompanhado de uma visão entimemática e mesmo erística do discurso jurídico. A interpretação é vista pelo realismo como um processo indutivo, e não silogístico-dedutivo, diferentemente das teorias da única decisão correta e da moldura. O julgador primeiro decide e depois vai procurar no sistema o fundamento textual de sua decisão. E aí faz parecer e mesmo pensa que trabalho dedutivamente, a partir de uma regra dedutivamente posta. Assim, toda norma jurídica é individual. A lei é apenas um texto, um dado de entrada para a construção da norma diante do caso concreto. A decisão se baseia em argumentos normativos, sim, mas não nas normas alegadas, componentes prévios do ordenamento jurídico. A decisão se baseia em normas ocultas, *topoi* de grupos, por exemplo, *topoi* dos próprios juízes, dos administradores, enfim, daqueles que decidem. Esses *topoi* não só nem sempre estão positivados na dogmática como, por vezes, até a contrariam. A decisão é casuística, individual e, nesse sentido, irracional, para os mais extremados. Não há decisão correta, há decisão efetiva, e não se pode exatamente saber se e como uma decisão vai produzir efeitos no mundo da retórica material; nem nesse sentido da previsibilidade há uma racionalidade”.

enxergar complementaridades entre diferentes abordagens de democracia possibilita entendê-la como um “empreendimento coletivo contínuo e sempre incompleto, que está sujeito a avanços mas também a retrocessos”. Aqui, Mendes invoca Fuller, autor que parte de um raciocínio gradualista para afirmar que o Estado de Direito é um empreendimento teleológico, em que os princípios inerentes à moralidade interna do direito são uma questão de grau e devem ser otimizados.

Hübner entende que o gradualismo exige um balanceamento entre os diversos valores situados em um plano complexo e multidimensional, os quais não se realizam em grau máximo senão à custa de outros também importantes. Ora, o raciocínio gradualista nos permite avaliar a medida de certa qualidade, não se restringindo à definição de um modelo ideal, mas sim desenvolvendo parâmetros de mensuração do seu grau de realização. Teria, assim, maior potencial explicativo e aderência à diversidade do mundo real e suas transformações incrementais, em vez de prender-nos em uma camisa-de-força cognitiva, como faz o binarismo. Uma teoria normativa, portanto, teria que ser sensível a gradações, justamente para mostrar que um ponto mais próximo do ideal é melhor do que o mais distante.

A estratégia gradualista vai ser aplicada por Mendes no contexto da oposição entre os valores de “autogoverno” e “igual respeito e consideração”, respectivamente relacionados às dimensões institucionais legislativa e judicial. Já apontamos anteriormente que Hübner Mendes considera fundamental o reconhecimento de um direito de errar à manifestação majoritária, até mesmo pelo maior grau de responsabilidade coletiva assumido pelo Legislativo do que pelo Judiciário. Aqui, Mendes recorre a Dahl (1991, p.192), o que não é coincidência, dada a afinidade deste autor com as estratégias gradualistas¹⁰². Para Dahl, até que, no plano empírico, o tribunal se desincumba do ônus argumentativo a respeito das circunstâncias excepcionais, o legislador é presumido não como um manifestante da tirania da maioria, mas sim como uma autoridade que, legitimamente, adotou uma dada decisão coletiva. Dahl, em síntese, defende que as razões de contrapeso institucional só podem ser estendidas até o limite da corte assumir uma postura de *quasi-guardianship*, nos moldes de

102“Conceber a democracia como um meio de limitar a dominação oferece diversas vantagens. Primeiro, situa as questões normativas sobre a democracia em uma estrutura comparativa, porque a democracia passa a ser julgada não pela questão binária sobre sua capacidade de cumprir funções de bem-estar social ou levar a acordos, mas sim pela aferição de quão bem tal regime habilita as pessoas a administrar as relações de poder com base em uma régua de minimização da dominação. Segundo, esta abordagem convida-nos a evitar outra forma de pensamento binário: sobre a democracia em si mesma. As formas de administrar as relações de poder podem ser mais ou menos democráticas. Essa é uma das contribuições singulares da ideia de poliarquia concebida por Dahl, a qual transforma as questões sobre democracia, antes questões de sim-ou-não, em questões de mais-ou-menos.” (SHAPIRO, 2006, p.51 – TRADUÇÃO NOSSA).

um modelo garantidor das condições essenciais à democracia, motivo pelo qual Mendes qualifica seu pensamento como procedimentalista.

Em Dahl (1991, p. 192), até mesmo a adoção do modelo de *quasi-guardianship* nem sempre é desejável, sendo defensável apenas em sociedades que demonstrem os seguintes elementos: o descumprimento do ideal de igual consideração aos interesses dos administrados; a capacidade do Judiciário de resguardar tal mandamento e; a superior gravidade do dano infligido sobre o direito de igual consideração em relação ao dano causado ao direito de autogoverno. Este último requisito estaria especialmente relacionado ao já mencionado temor de violação da oportunidade de errar e aprender com as experiências. Assim como o autor estadunidense, Mendes preocupa-se com a adoção de uma postura paternalista por parte do Judiciário, a qual subjugaria a capacidade individual para exercer sua autonomia pública no ambiente majoritário.

Diferentemente de Dahl, Mendes não é contrário à revisão judicial substantiva, mas sim defensor de um sistema de legitimação *ex post* que toma como critério o desempenho deliberativo das instituições. Justamente nesse ponto se fazem relevantes as teorias defensoras de um diálogo no interior à decisão judicial elencadas por Hübner Mendes, visto negarem o caráter binário da decisão sobre constitucionalidade. Tais perspectivas dialógicas pressupõem que a justificação de uma decisão sobre questões constitucionais, seja reconhecedora de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, poderia adotar diversos graus de intensidade de sinalização ao legislador, manifestando, implicitamente, até onde a corte se sentiria legitimada para ir em um determinado caso. Esse desiderato tornaria necessário aos tribunais o exercício político de virtudes ativas e passivas, idôneas a permitir uma variação sustentável no estado das pautas que lhes sejam oferecidas para apreciação.

5.3.1. Virtudes passivas

A noção de “virtudes passivas” assumida por Mendes foi cunhada por Alexander Bickel. Estudaremos agora a proposta normativa deste autor em relação ao proferimento de decisões pelos tribunais constitucionais, bem como analisaremos a tese minimalista oferecida por Cass Sunstein. Guardadas as devidas diferenças, ambas as orientações propõem, em graus distintos, que os juízes adotem uma postura de auto-contenção, motivo pelo qual podem ser englobadas pela expressão de Bickel, ainda que tomada em sentido lato.

5.3.1.1. Bickel e a professora da cidadania

Alexander Bickel (1962), para quem a corte é inevitavelmente influenciada por fatores externos ao direito, devendo saber assumir essas influências e manejá-las com jogo de cintura. Bickel não quer dizer que as cortes, ao realizarem um juízo político, são governadas deliberada e livremente por predileções ideológicas. Mantém-se a ideia de uma vontade desinteressada e isenta, mas o seu exercício é assentado na virtude da prudência do homem como um animal político. O autor entende que toda decisão da corte é política e isso significa a reunião de duas dimensões: a de princípio e a de conveniência e oportunidade (*expediency*). Em outras palavras, todo ato de governo tem uma relação com valores duradouros que dão coesão e unidade à comunidade política, mas também tem efeitos concretos.

Não há, segundo Bickel, sociedade boa sem princípios, mas também não há sociedade viável governada exclusivamente com base em princípios, o que torna inevitável ao legislador e ao juiz a sujeição a tal “tensão lincolniana”. As exigências de princípio, entendidas como valores morais rígidos, estariam sujeitas à necessidade pragmática de acomodação estável à realidade, o que implicaria a necessidade de uma postura flexível na condução de mudanças de forma gradual e estável.

As cortes têm a missão de defender a dimensão de princípio, o que exige costumes institucionais mais fáceis de ser desenvolvidos em um ambiente acostumado a lidar com a linguagem de direitos diante de casos concretos. Deixa-se a questão de princípio amadurecer e ser objeto de processos deliberativos na sociedade, enquanto se exerce um outro tipo de racionalidade, a prudencial, até mesmo porque a autoridade da corte não teria condições de se sustentar diante de uma contrariedade à opinião pública. Um exercício de decisões fortes a todo tempo tende a transformar a corte em um substituto (*second guesser*) do juízo de conveniência do legislador.

As virtudes passivas [...] não produzem decisões constitucionais. [...] as variáveis que as tornam decisivas não podem estar contidas em qualquer princípio. A autoridade da Corte para exercitar as virtudes passivas é derivada da função definitiva de proferir julgamentos de princípio; essa função só pode ser sabia e frutiferamente exercida se a Corte também é investida dos poderes de decidir se e quando exercitá-la. [...] E os argumentos da Corte não precisam ser compulsórios para serem convincentes. Muitas das virtudes de não fazer engajam a Corte [...] em colóquios com as instituições políticas. (BICKEL, 1962, p.205 – tradução nossa).

Bickel (1962, p. 239) vê a corte como professora da cidadania (*teacher of the citizenry*), prevenindo que a sociedade se divida sem deixar de gerar uma pressão, pela via do colóquio gerado, por uma ação legislativa. Assim, o exercício dessa missão educativa deve ser

a regra, cabendo à corte deixar o colóquio estabelecer novos valores no contexto dos processos deliberativos. O Judiciário deve decidir somente quando a solução possa ser entendida como decorrência natural desse processo. A função da corte não se restringe ao mero registro de uma opinião. Ela tem, sim, um papel de liderança. Entretanto, esse papel não pode ser confundido com uma autorização para imposições, de forma que seus pronunciamentos sobre princípios devem se restringir àqueles que possam obter aceitação generalizada. O Judiciário é um profeta da opinião que vá prevalecer e durar, e não o responsável por proferir atos hermenêuticos divinatórios pretensamente veiculantes de respostas corretas.

5.3.1.2. Sunstein e o uso construtivo do silêncio

Cass Sunstein (2001), em uma formulação mais detalhada da proposta de exercício de virtudes passivas do que a de Bickel, apresenta uma proposta que chama de minimalista, definível como uma prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado e deixar o máximo possível não decidido. Essa perspectiva contrapõe-se à postura maximalista, entendida como a atitude de decidir, em todo caso, tudo o que pode ser decidido. A teoria de Sunstein tem um cunho gradualista. Apesar de usar comumente as expressões “uso construtivo do silêncio” e “deixar coisas não-decidas” para designar a postura sugerida, seu principal enfoque não está exatamente nas técnicas de não-decisão (como é o caso de Bickel), mas sim no proferimento de decisões comedidas. Essa mudança de perspectiva permite uma superação de um problema central no pensamento de Bickel: a dificuldade de racionalizar a utilização das técnicas processuais que servem de instrumento ao exercício das virtudes passivas. A preocupação com a discricionariedade no manejo dessas técnicas seria resolvida em Sunstein pela circunstância de que sua proposta tem, por essência, o proferimento de decisões de princípio. Não se trata de juízos de conveniência e oportunidade em relação ao “se”, mas apenas ao “quando” e ao “quanto” as decisões de princípio devem abarcar, noção adequadamente sintetizada na expressão “acordos teóricos incompletos”.

Na leitura de Mendes (2011, p. 121 e ss.), Sunstein não está tão preocupado com as mudanças abruptas e inspirado no conservadorismo de Burke quanto Bickel, mas sim com o risco do proferimento de decisões judiciais erradas, bem como com a possibilidade de decisões, ainda que corretas, serem abrangentes e ambiciosas demais, gerando efeitos

contraproducentes. O autor nota que essa prática de decidir pouco é bastante comum na Suprema Corte Americana, transcendendo rígidas adoções de teorias unitárias da interpretação em nome do primado do problema sobre o sistema teórico, de um raciocínio orientado a grupos de casos sobre uma metodologia dedutiva.

A assunção do princípio liberal de legitimidade por Sunstein (1996, p.7 e ss.) está atrelada a uma preocupação com a necessidade de aumentar o espaço para as escolhas democráticas e reduzir os custos da decisão e do erro. O minimalismo é uma forma moderada de auto-contenção, em que esta não é exercida como regra geral ou com um apreço irrestrito ao majoritarismo. Trata-se apenas de, com consciência de suas limitações, inclusive quanto às conseqüências imprevisíveis de suas decisões, deixar questões fundamentais não decididas. O ônus da decisão e a possibilidade de erros é reduzido quando os juízes não adotam formulações muito gerais que pretendam decidir definitivamente certos temas. Toma, isso sim, no caso específico do exercício do controle difuso, decisões qualificáveis, em uma escala gradual, como estreitas, ou seja, destinadas a resolver o problema concreto em questão, sem abranger um grande número de casos. Ademais, ainda em uma perspectiva gradualista, entende que as decisões devem ser rasas, ou seja, resoluções do problema que, para reduzir o desacordo, evitem adentrar profundamente o nível das razões utilizadas, sem, ao mesmo tempo, deixarem de ser fundamentadas – até mesmo pela necessidade de respeitar a concepção de uma “república de razões”, em que todo ato de autoridade é acompanhado de justificativas.

A constituição de “acordos teóricos incompletos” permite a preservação do espaço para a realização de deliberações democráticas posteriores, o que é de suma importância nos casos em que a corte trata de temas de incerteza moral não-pacificados socialmente. Uma missão central para um sistema jurídico seria a de permitir que as discordâncias em relação a princípios mais gerais não impedisse a convergência em relação a casos particulares. Sunstein acredita que um equilíbrio pragmático entre a realização de acordos e a manifestação de desacordos é questão central para a configuração de um respeito mútuo no contexto de uma sociedade pluralista em que a convivência seja viabilizada e a criatividade na busca de soluções tenha espaço para florescer. Assim, torna-se possível o acordo quando este é necessário, e torna-o desnecessário quando uma convergência for impossível (SUNSTEIN, 1994, p. 12 e ss.)

O minimalismo tende a receber críticas por sugerir uma limitação da largueza e da profundidade das decisões judiciais, o que pode vir a ser lido como uma ofensa ao valor

básico da segurança jurídica em um Estado de Direito. Sunstein faz, aqui, uma concessão, admitindo que os temas em que a previsibilidade for fundamental devem ser encarados de forma maximalista. O autor estabelece uma presunção em favor do minimalismo, mas admite exceções quanto ao mínimo substantivo que essa postura, como técnica de estímulo à democracia deliberativa, pressupõe. Para que as decisões judiciais catalisem deliberações em vez de torná-las preclusas, certas pré-condições precisam ser satisfeitas. Ele reconhece, então, que, em relação a certos elementos constitucionais essenciais, variáveis histórico-espacialmente, a postura da corte deve ser maximalista. Essa oscilação entre maximalismo e minimalismo pressupõe, para fins da assunção de uma das posturas em uma situação concreta, a avaliação das controvérsias substantivas subjacentes, a qual deve ser orientada por indicativos formuláveis sem maior grau de especificidade, sob pena de prejudicar o espírito particularista de sua proposta.

Os indicativos abstratos favoráveis ao maximalismo são os seguintes: confiança considerável na correção da solução; potencialidade da decisão para reduzir os custos da incerteza para litigantes futuros; grande importância do planejamento; e temática referente às pré-condições da democracia ou a incentivos à *accountability* do Legislativo. Por outro lado, os parâmetros que justificam a abordagem minimalista são, intercambiavelmente à lista anterior: a presença de uma grande incerteza sobre fatos ou questões morais envolvidas; solução potencialmente causadora de confusões nos casos futuros; inexistência de necessidade premente de planejamento; e temas que não estejam relacionados às pré-condições da democracia (SUNSTEIN, 2001, p.57).

A escolha entre as posturas maximalista e minimalista exige uma avaliação comparativa de capacidade institucional, até mesmo porque decisões minimalistas podem, eventualmente, desrespeitar a imparcialidade. Ambas buscam promover a democracia, motivo pelo qual podem ser consideradas oscilações de grau, mas o minimalismo, por desconfiar da capacidade de o juiz fazê-lo pode justificar o seu silêncio, seja por insegurança na correção da resposta, seja por temor à reação pública, de forma a levantar perguntas e exigir um refinamento textual por parte do legislador. Os efeitos de uma decisão maximalista podem estimular o processo deliberativo ou silenciar o Legislativo. Essas consequências irão variar circunstancialmente, motivo pelo qual a postura minimalista reduz a possibilidade de efeitos indesejados. Nesse contexto, Sunstein destaca o potencial de estímulo deliberativo da invalidação minimalista, a qual promove o oferecimento de razões e a *accountability* na esfera legislativa. Por outro lado, a desconsideração maximalista em relação às pressões majoritárias, freqüentemente,

implica um problema, e não uma solução moralmente heróica.

Hübner Mendes conclui que o papel da corte não se restringe a um juízo binário de constitucionalidade. A corte deve seguir o propósito de, no contexto da adoção do desempenho deliberativo como critério de legitimidade, catalisar um debate mais qualificado sobre direitos nas esferas formais e informais da política. O gradualismo pode ser empiricamente verificado e fundar propostas normativas que atribuem ao Judiciário uma zona discricionária de juízos de ocasião sobre “se”, “quando” e “quanto” é conveniente e oportuno exercer a revisão judicial, sempre fundada em bons argumentos. Tratar-se-ia de uma questão de modular prudentemente o exercício de virtudes passivas, de forma particularista e pragmática, com forte apelo aos indicativos de Sunstein para fins de resolução, em cada caso, da oscilação entre maximalismo e minimalismo (MENDES, 2011, p. 207-8).

5.3.2. Virtudes ativas: tribunais conselheiros e instrumentalização do diálogo interinstitucional por via da proporcionalidade

Kumar Katyal (1997, pp. 1710 e ss.) defende uma postura das cortes que, sem deixar de ser uma manifestação de conselho, se configure como uma “virtude ativa da corte”, ou seja, a adoção de um papel regente e diretor no diálogo interinstitucional. Segundo o autor, a função de aconselhamento da Corte seria uma espécie de quarto poder utilizado pelos juízes como uma adaptação política natural diante de contextos em que há um risco considerável de questionamento de sua legitimidade caso assumam decisões muito amplas e interventivas. A forma clássica de veiculação proativa de conselhos seria o proferimento de decisões com estreita *ratio decidendi* e amplo *obiter dictum*. Ora, a inserção de afirmações mais drásticas justamente como elementos não-vinculantes de uma decisão judicial promoveria a democracia e adaptabilidade da decisão judicial em consonância com a ideia de previsibilidade, já que funcionaria como uma espécie de recado às demais instituições estatais sobre o posicionamento da corte a respeito de dada matéria.

Igualmente, podemos elencar a utilização da máxima da proporcionalidade como uma “virtude ativa” por Alec-Stone Sweet e Jud Matthews (2008), ainda que com um cariz um pouco mais incisivo do que o da proposta de Katyal. Segundo os autores, a “técnica de proporcionalidade” seria um “parâmetro de melhor prática” inerente ao constitucionalismo e assumido como um “critério de perfeição do Estado de Direito”¹⁰³. O Judiciário, ao utilizar a

103 Em sentido semelhante e também adotando a terminologia “princípio da proporcionalidade”, já por nós afastada nesse texto, Willis Guerra Filho: (2009, pp. 175): “[...] fórmula política da nossa Constituição [...], que

“técnica”, induz o Executivo e o Legislativo a remodelarem seus próprios papéis em termos de proporcionalidade. Gerar-se-ia uma linguagem interinstitucional comum, de forma a favorecer a postura dialógica postulada pelas teorias do diálogo pela via da configuração dos poderes como monoglotas, o que facilitaria ao Legislativo, inclusive, desafiar, com argumentos técnico-jurídicos, as decisões da corte. A proporcionalidade, dada sua variação histórica em razão de circunstâncias exógenas e endógenas, possibilitaria à Corte moderar seu grau de deferência em relação ao Legislativo em função do respeito que a instituição legiferante venha demonstrando diante dos juízos de proporcionalidade manifestados nas decisões judiciais.

Mendes (2011, p.127-9) admite que a “técnica” da proporcionalidade costuma ser assumida como um instrumento de exercício de supremacia judicial e que sua utilização efetivamente confere uma grande margem de atuação à corte, mas entende ser cabível sua caracterização como uma forma forte de exercício de virtudes ativas inserível no contexto de uma teoria do diálogo. O autor brasileiro caracteriza a “técnica” como flexível e aberta para calibração em função do desempenho do legislador, em contraposição ao caráter estanque que atribui ao julgamento de princípio. A proporcionalidade, na visão de Mendes, seria uma “estrutura de análise para racionalizar o exame sobre a validade de restrições a direitos fundamentais”, atribuindo destaque à existência de um dever do legislador de otimizar a promoção de um valor e de minimizar a eventual restrição a direito. Mendes reconhece, felizmente, que a “técnica” é uma mera “estrutura de balanceamento que não clama neutralidade e, assumidamente, faz escolhas de natureza moral e política”. Entretanto, enxerga na “técnica”, equivocadamente, uma vantagem de funcionar como “moldura analítica” de uniformização do argumento, conferindo-lhe uma ordem racionalizante, ponto em que se fazem pertinentes as críticas realizadas em tópico anterior sobre o caráter teleológico-utilitarista do pensamento de Robert Alexy.

Mendes adota uma figura de legitimação dotada de caráter *ex post*, em que o desenho institucional impõe ao Judiciário o papel de manifestar, no bojo do processo decisório, sua posição de auto-contenção (virtudes passivas) ou regência (virtudes ativas) no diálogo. Em

condensa dois princípios estruturantes de nosso sistema jurídico, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, pois, na medida em que eles se implicam mutuamente, pode-se imaginar que o respeito unilateral de um deles leve ao desrespeito do outro. [...] podem-se figurar situações em que um excessivo apego à igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, exigência do princípio do Estado de Direito, leve a que se esqueça a desigualdade material entre eles e se cometa ofensa ao princípio democrático, o que termina desvirtuando o próprio sentido da isonomia. Em ambas as hipóteses, para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o “princípio dos princípios”: o princípio da proporcionalidade”.

outros termos, o Judiciário declararia o quão legítimo se compreenderia como qualificado para interferir sobre a questão em análise, cabendo-lhe provocar ativamente o diálogo quando considerasse necessário, fosse pela proporcionalidade, fosse pelo proferimento de conselhos via *obiter dicta*. Tal juízo de auto-consciência estaria condicionado ao desempenho deliberativo do Legislativo em questões constitucionais, cabendo à instituição parlamentar legitimidade diretamente proporcional à observância que venha demonstrando ao critério da proporcionalidade como tradutor de uma deliberação atenta à linguagem dos direitos.

Lembremos que Dahl considera como condição de realização do controle judicial de constitucionalidade a comprovação da superior gravidade do dano infligido sobre o direito de igual consideração em relação ao dano causado ao direito de autogoverno, hipótese em que admite, inclusive, a realização atividade político-legiferante pelo Judiciário¹⁰⁴. No contexto do pensamento do autor estadunidense, a admissão da revisão judicial deve ser estabelecida abstratamente, no contexto da própria determinação do desenho institucional adotado por uma dada comunidade política¹⁰⁵. Diferentemente, Mendes, ao assumir as preocupações do autor estadunidense a respeito da necessidade de levar em conta o direito de errar e, ao mesmo tempo, a máxima de proporcionalidade, aparenta admitir, no cotejo de gravidade de razões como *prima facie* conflitantes, que, por via transversa, o direito ao autogoverno e o direito de igual consideração sejam vistos como interesses em conflito sopesáveis com base em uma lei de ponderação. A aceitação da proporcionalidade como “virtude ativa” viria acompanhada da adoção de um metacritério político para o juízo sobre a oportunidade da revisão de uma dada manifestação legislativa pelo Judiciário.

Poderíamos entender que, *a contrario sensu*, Mendes estaria a defender a possibilidade de um posicionamento legislativo orientado por metas coletivas, ainda que ofensivo ao direito de igual consideração, vir a prevalecer *in concreto* caso o Judiciário, em seu exercício de modulação de sua própria função revisora, não se considerasse legitimado para intervir com base em razões de princípio. Nesse caso, a legitimidade do Legislativo traduzir-se-ia em deferência do Judiciário, de forma a possibilitar a prevalência, na linguagem de Dworkin, de

104 “If fundamental rights and interests cannot be adequately protected by means consistent with the democratic processes, then the remaining alternative is to ensure their protection by officials not subject to the democratic process. Because these officials would make their decisions within the context of a generally democratic system, yet would not be democratically controlled, they might be called quasi guardians. [...]. The broader the scope of rights and interests subject to final decision by the quasi guardians, the narrower must be the scope of the democratic process. [...]. The broader the scope of the rights and interests the quasi guardians are authorized to protect, the more they may take on the functions of making law and policy.” (DAHL, 1991, p. 189-90)

105 “Na falta de uma solução universalmente melhor, soluções específicas precisam ser adaptadas às condições históricas e experiências, cultura política, e instituições políticas concretas de cada país. *Quasi-guardianship* [...] não pode ser considerada desejável em poliarquias de forma generalizada.” (DAHL, 1991, p. 192 – tradução nossa)

argumentos de política sobre argumentos de princípio.

A proporcionalidade não seria utilizada pelo Judiciário como argumento para o exercício da revisão judicial quando o seu desempenho deliberativo não fosse superior ao de um Legislativo que viesse demonstrando consistência na utilização de uma linguagem principiológica. Na hipótese de o Legislativo apresentar esse prestígio, um conflito entre o estabelecimento de políticas apresentado pelo legislador e os argumentos de princípio postulados pela Corte estaria subordinado a um metaconflito entre o direito de autogoverno e o direito de igual consideração (nos termos de Dahl). Este metaconflito seria resolvido por um metacritério para a decisão sobre a conveniência de utilizar ou não a máxima de proporcionalidade¹⁰⁶.

Não é à toa que Mendes descreve Alexy como um autor que, em sua teoria sobre princípios, ponderação e balanceamento, teria contribuído para que a racionalidade jurídica deixasse de ser indiscutivelmente maniqueísta (MENDES, 2011, p.41). A solução do conflito entre as razões do legislador e do juiz seria, em verdade, pré-determinável pelo jogo político de exercício de virtudes ativas e passivas pelo Judiciário, nos moldes do já mencionado cálculo pragmático que, ao mesmo tempo, envolve a busca por um lapso temporal ideal, o exercício de um senso de oportunidade e o sopesamento de valores do estado de direito.

Dahl enxerga limites pragmáticos ao exercício da revisão judicial, a qual só seria sustentável a longo prazo diante de maiorias frágeis e episódicas. A Corte não seria politicamente forte o suficiente para assumir uma postura ativista quando fosse perceptível a estabilidade da maioria legislativa, de forma que a atividade contra-majoritária conseguiria, no máximo, atrasar o processo de estabilização do posicionamento majoritário. Como bem notou Mendes, uma aceitação dessa afirmação empírica de Dahl situaria uma nova questão: a revisão judicial seria ilegítima e indesejável durante o curto espaço de tempo em que a corte consegue segurar uma maioria?

Elucubramos que, em um modelo procedimentalista de *quasi-guardianship*, o Judiciário, ainda que só conseguisse ser contra-majoritário a curto prazo, seria legitimado para praticar a revisão judicial não apenas no caso de maiorias eventuais, mas também no de maiorias estáveis, dado o pressuposto de que tal sistema estabeleceria, nos moldes das

106 Nada mais metalingüístico, ao considerarmos que a perspectiva utilitária no pensamento de Alexy nem se reserva à dimensão jurídica, estendendo-se também ao campo das possibilidades fáticas de aplicação de uma medida aprovada no teste da proporcionalidade: “[...] exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover a qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados”. [...]. [...] isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da idéia do optimal de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra.” (ALEXY, 1999, p. 136)

condições impostas por Dahl, uma prevalência ao direito de igual consideração (apenas aquelas garantias essenciais ao exercício da democracia) sobre o direito de autogoverno.

Mutatis mutandis (guardadas as diferenças de abrangência conteudística entre procedimentalismo e substancialismo), o modelo de Mendes reconheceria a necessidade de confrontar uma maioria estável como uma situação justificante do exercício da revisão judicial e, em um modelo substancialista, do manejo recorrente da proporcionalidade, virtude ativa idônea a provocar o legislador reiteradamente desatento à linguagem dos direitos. O Judiciário poderia se considerar legítimo para intervir ativamente sobre questões constitucionais quando considerasse que o direito de igual consideração deveria, *in concreto*, prevalecer sobre o direito de autogoverno. Ainda que o reconhecimento de uma maioria estável impedisse o Judiciário de prevalecer por muito tempo, tal circunstância fática não faria a Corte questionar sua própria legitimidade no contexto da ponderação entre ambos os direitos, dado que o desempenho deliberativo, e não a impositividade fática, é o critério de legitimidade decisivo na tese de Mendes. Entendimento contrário acarretaria a perplexidade de admitir que a estabilidade de uma maioria legislativa sistematicamente desrespeitosa à linguagem dos direitos a legitimaria como imune à instituição da revisão judicial.

Mendes, ao tentar fugir do senso comum sobre o ideal constitucionalista e a revisão judicial, assume uma perspectiva institucional sobre a forma de enxergar a separação de Poderes que já pressupõe, como é hermeneuticamente inexorável, um dado posicionamento conteudístico a respeito dos valores democráticos. Como bem nota Dworkin em sua crítica ao procedimentalismo, como seria possível fugir da substância, detendo-se exclusivamente nos aspectos procedimentais da competição política, sem fazer uma escolha substantiva prévia sobre qual a melhor concepção de democracia? Entretanto, a aproximação entre Mendes e Dworkin em relação aos juízos *ex post* fica apenas na dimensão da inaceitabilidade de um *pedigree* legislativo ou judiciário como elemento de legitimidade das decisões, cabendo uma avaliação de fundo do caráter correto da manifestação institucional. Conseguimos até verificar uma compatibilidade entre os autores no tocante à exigência *ex ante* de provocação do diálogo, já consubstanciada na separação de Poderes. Entretanto, de forma alguma Dworkin assume uma postura instrumental-casuística-utilitarista como a de Mendes para fins de determinação da legitimidade institucional do Legislativo e do Judiciário, a qual, em nome da “qualidade deliberativa” ao longo do tempo, admite até mesmo a ocorrência de mutações na delimitação do poder da revisão judicial. (MENDES, 2011, pp. 203-4) Nesse ponto, podemos lembrar, de forma crítica, um exemplo de conseqüências admissíveis por uma concepção

realista da separação de poderes mencionado por Adeodato (2009, p.162)

Um exemplo na jurisdição constitucional brasileira é que a separação de poderes já foi alegada para que o STF não preenchesse a injunção do mandado e foi ignorada para que o Senado não precisasse exarar resolução para conceder efeitos *erga omnes* da decisão em ação direta de inconstitucionalidade, decidindo que o art. 52, X, somente se aplicaria na ação incidente; vale dizer: o STF elimina a lei sozinho. [...].

Dworkin rejeita a noção de otimização aplicativa de valores, questão que já foi desenvolvida quando tratamos, no capítulo 4 deste trabalho, sobre a diferença entre sua concepção de normas-princípio e aquela esposada por Robert Alexy. Para entendermos melhor o pensamento de Dworkin nesse particular, precisamos lembrar que ele, assim como Mendes, recepciona a distinção de Gallie entre conceitos (essencialmente contestados) e concepções. Uma interpretação construtiva, ao assumir dadas concepções dos conceitos que lhe sejam pertinentes, pode entender tais conceitos de forma não-excludente, em busca da melhor versão de uma totalidade coerente do objeto que pretende compreender. Estamos, aqui, a tratar do ponto central do debate de Dworkin com Isaiah Berlin, autor que parte de uma afirmação do poeta grego Arquíloco para distinguir duas formas de encarar o problema do pluralismo moral (“Muitas coisas sabe a raposa; mas o ouriço sabe uma única grande coisa”). A perspectiva teórica do ouriço tenta relacionar o conhecimento holisticamente, em um sistema coerente e articulado. Diferentemente, a perspectiva teórica da raposa reconhece que o conhecimento teórico nem sempre se dá de forma articulada e coerente. Dworkin considera-se um ouriço e entende que valores não entram em conflito¹⁰⁷.

A grande questão do pluralismo de valores e do conflito político no debate entre Berlin e Dworkin diz respeito à definição dos valores políticos como independentes entre si ou interdependentes (DWORKIN, 2010, p. 160). Berlin acredita que os valores são objetivos e entende que existem conflitos insolúveis entre os valores verdadeiros. Segundo o autor, o fato de uma comunidade política não poder alcançar todo o sucesso econômico ou cultural desejado por seus integrantes leva-os à decepção em relação a certas escolhas políticas que lhe sejam desfavoráveis. Os valores políticos implicariam responsabilidades políticas de uma comunidade perante seus integrantes, de forma que, em caso de valores antagônicos, uma

107“[...] tentarei defender o ideal holístico que Berlin condenou de modo tão veemente. Antes disso, porém, gostaria de comentar sua sugestão de que esse ideal não é apenas falso, mas também perigoso. É verdade que há perigos no ouriço, mas não devemos nos esquecer de que também os há na raposa. Assim como os tiranos têm tentado justificar grandes crimes recorrendo à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quando está a seu serviço, também outros crimes morais têm sido justificados pela atração pela ideia oposta, a de que os valores políticos importantes entram necessariamente em conflito, que não se pode defender nenhuma escolha entre eles como a única escolha correta e que os sacrifícios em alguma das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis” (DWORKIN, 2010, p.151)

escolha terá que ser feita e consistirá em uma atitude necessariamente errada, seja em favor de um lado, seja do outro. Nesses termos, decidir, por exemplo, entre liberdade e igualdade significaria escolher qual das responsabilidades infringir e com quem ser injusto. Aqui, surge o questionamento de Dworkin (2010, p.157): “Quando temos o direito de acolher não apenas a ideia negativa de que não sabemos o que é correto em nossos atos, mas de fazer a afirmação positiva de que sabemos que nenhum dos nossos atos é correto porque, sejam eles quais forem, estaremos sempre fazendo algo errado?”

O caso do tradicional conflito entre liberdade e igualdade ilustra a perspectiva de Dworkin (2006, p.417). Segundo o autor, a ideia de um direito à liberdade presta um desserviço ao pensamento político ao criar a falsa noção de que existe necessariamente um conflito entre a liberdade e outros valores nos casos em que uma regulamentação social é proposta. Ao mesmo tempo, a ideia de um direito à liberdade ofereceria uma resposta excessivamente fácil ao questionamento sobre os motivos pelos quais certos tipos de restrições são consideradas por muitos como especialmente injustas. Em outras palavras, tratam-se tais regulamentações como restrições a um direito à liberdade, sem se perceber que, em verdade, uma outra concepção do conceito de liberdade poderia ser assumida, de forma a integrá-lo coerentemente as referidas regulamentações, desfazendo-se, assim, a suposta oposição. Liberdade, na formulação esboçada por Dworkin (2010, p. 159-60), portanto, não seria fazer aquilo que se quer, mas sim o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais das outras pessoas.

Embora Mendes esteja correto ao atribuir a Dworkin a legitimação *ex post*, condicionada à força substantiva do resultado, equivoca-se ao não perceber que a ideia de uma modulação no exercício de virtudes ativas e passivas orientada pelo desempenho deliberativo de cada instituição ao longo do tempo é incongruente com a perspectiva jusfilosófica do autor norte-americano. Em outras palavras, autogoverno e igual respeito e consideração têm espaço na teoria de Dworkin, mas não se tratam de valores em conflito ponderáveis politicamente. Ao contrário, devem ser construtivamente interpretados, de forma a permitir uma construção da melhor versão coerente de uma prática democrática do direito.

Este trabalho já tratou, no capítulo 3, da necessidade de estabelecer uma concepção filosófica de representação. Conforme indicamos no final daquele capítulo, precisaríamos enfrentar o problema político da representação, de forma a encontrarmos uma convergência entre a dimensão filosófico-hermenêutica e a dimensão democrática do representar. Esse desiderato exigiu que, nos capítulos 4, 5 e 6, visitássemos: as perspectivas jurídico-filosóficas

que permitiram um rompimento com a prevalência do sistema na teoria do direito e na hermenêutica jurídica; as implicações de tais aportes para uma nova compreensão da função jurisdicional e os dilemas institucionais a ela atrelados (“dificuldade majoritária”); as novas contribuições da teoria do diálogo para a interação entre Legislativo e Judiciário; e a proposta de Hübner Mendes relativa a uma concepção de separação de poderes variável e que assume o desempenho deliberativo como critério de legitimidade das instituições. O que resta do nosso desafio pode agora, parafraseando Dworkin, ser formulado nos seguintes termos: assumida a concepção filosófico-hermenêutica de representação, quais os conceitos de “igual consideração e respeito”, “democracia” e “representação política” construídos coerentemente pela melhor versão da prática jurídica e como eles se atrelam a uma teoria da decisão judicial?

6. A CONVERGÊNCIA ENTRE AS CONCEPÇÕES POLÍTICA E FILOSÓFICO-HERMENÊUTICA DE REPRESENTAÇÃO

O intento de apresentar uma convergência entre os conceitos de representação filosófico-hermenêutica e representação política no contexto de uma teoria da decisão judicial exige a construção de uma versão do conceito essencialmente contestado de “democracia”. A perspectiva de interpretação construtiva postulada por Dworkin ocupará papel central na elaboração de nossa versão dos referidos conceitos, motivo pelo qual aprofundaremos a tese do autor, mormente diante de sua contribuição para a compreensão do que entendemos por “igual consideração e respeito”. Preliminarmente, no entanto, precisaremos revisitar o pensamento de John Rawls, notadamente no que diz respeito ao “equilíbrio reflexivo”, ideia de influência decisiva em Dworkin, ainda que com a devida reformulação desenvolvida na obra deste último.

6.1. A POSIÇÃO DAS DOUTRINAS ÉTICAS ABRANGENTES NO LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS E SUA CONCEPÇÃO DE EQUILÍBRIO REFLEXIVO

Denilson Werle (2008, p. 40) entende que o pensamento de Rawls combina uma dimensão procedimental, consubstanciada no “equilíbrio reflexivo” e na “posição original”, e uma dimensão substantiva, residente no conteúdo dos dois princípios de justiça determinados por aqueles procedimentos. Igualmente, essa tensão entre procedimento e substância também seria imanente à “razão pública”, a qual tanto é uma forma de raciocínio pautada pela razoabilidade dos cidadãos e pelo respeito mútuo (procedimento de deliberação), como apresenta o conteúdo da deliberação dos cidadãos (conjunto substantivo de razões). Enquanto na posição original a justificação dos princípios de justiça exige um acordo unânime e fundado nas mesmas razões rasas de bem, independentemente de doutrinas abrangentes, o equilíbrio reflexivo entre as ideias intuitivas e os princípios de justiça, para fins de alcance do consenso sobreposto, exige uma justificação pública. A razão pública, por sua vez, orienta a reconciliação entre as razões particulares das doutrinas abrangentes e o valor político dos princípios de justiça, de maneira que estes possam ser aceitos pelos cidadãos eticamente situados. Mas por que os cidadãos devem respeitar os limites da razão pública? Essa seria uma exigência dos direitos e liberdades individuais fundamentais ou da autocompreensão político-cultural da sociedade?

Rawls considera que os direitos individuais fundamentais, os princípios de justiça e os valores políticos da justiça como equidade têm uma espécie de primazia em face das avaliações fortes das doutrinas abrangentes. Os princípios da justiça e a razão pública envolvem-se em uma relação de complementaridade, em que estabelece-se uma área de concordância entre os valores políticos e outros valores, na forma de um consenso sobreposto razoável, o que permite a fixação de liberdades e direitos políticos fundamentais, dotados de uma prioridade especial e imunes aos cálculos de interesses sociais. Os princípios de justiça política definidos na posição original, portanto, estabelecem as expectativas que temos perante os outros na atividade deliberativa.

A posição original costuma ser vista como um empreendimento de fundamentação independente na teoria de Rawls, em uma espécie de representação procedimental do conceito kantiano de autonomia e do imperativo categórico¹⁰⁸. Nessa interpretação, as qualidades formais e substantivas do procedimento permitiriam determinar ou deduzir os princípios de justiça a serem objeto do contrato. Segundo Denilson Werle (2008, p.75-6), a aceitação dessa leitura significaria que a razão pública seria mais restrita na delimitação das razões válidas e menos dinâmica no que tange às questões e aos conflitos a serem por ela orientados. Nos moldes da concepção kantiana do juízo determinante de aplicação da regra ao caso, o papel da razão pública seria restrito à aplicação, na realidade política das instituições, dos princípios de justiça previamente acordados na posição original. Haveria aí, então, uma relação de determinação entre moral e política, na qual esta se subordinaria àquela.

Por outro lado, a necessidade de evitar que a própria figura da posição original seja assumida de forma axiomática exige, para fins de sua justificação, o suporte da noção de equilíbrio reflexivo.

não apenas os princípios de justiça têm que ser publicamente justificados, mas também os pressupostos normativos do procedimento da posição original têm de submeter-se ao crivo de uma reflexão pública e serem compatíveis com nossas intuições morais cotidianas. As mesmas ideias normativas usadas para delinear a posição original e, portanto, os princípios que nela são escolhidos, devem ser coerentes com os juízos bem ponderados no equilíbrio reflexivo. [...] o típico argumento contratualista a favor da justiça como equidade, que lhe dá uma força de justificação moral independente, convive lado a lado com um segundo momento de validação, o consenso sobreposto alcançado no equilíbrio reflexivo. Com o método

108“[...] A posição original pode então ser descrita como uma interpretação procedimental da concepção kantiana de autonomia, e do imperativo categórico, dentro de uma teoria empírica. Com esse duplo caráter de sua teoria, Rawls pretende desenvolver uma leitura intersubjetiva e não metafísica da noção de razão prática ou de autonomia em Kant, que não dependa das tradicionais dicotomias kantianas (transcendental e empírico, númeno e fenômeno) e que esteja enraizada no contexto da cultura política pública de sociedades democráticas.” (WERLE, 2008, p.57)

do equilíbrio reflexivo, a ideia de deliberação pública entre os cidadãos eticamente situados passa ao primeiro plano da validação normativa (WERLE, 2008, p. 58-9).

A posição original não assume necessariamente um lugar privilegiado no esquema de fundamentação apresentado por Rawls, visto ser submetida ao teste adicional do equilíbrio reflexivo. O dispositivo contratualista teria, assim, o caráter de um meio de autoesclarecimento público, tradutor dos valores políticos e ideias intuitivas fundamentais presentes na tradição política democrática. Nesse caso, conforme explica Werle (2008, p.76), a razão pública seria compreendida segundo o modelo kantiano do juízo reflexionante, que parte do caso e busca a regra, sem ter uma guia previamente determinada. A razão pública, portanto, não poderia ser identificada com a posição original ou o consenso sobreposto. Seria, isso sim, dinâmica, reflexiva e crítica, podendo gerar novos consensos e acordos, e não apenas recordar acordos já existentes ou espelhar acordos hipotéticos. Um leque mais amplo de razões poderia servir de base para a fundamentação de princípios de justiça, ainda que isso exija aos agentes a satisfação dos requisitos de reciprocidade e razoabilidade.

Denilson Werle (2008, p.76), para justificar sua leitura da razão pública à luz dos juízos determinante e reflexionante kantianos, aponta para a distinção realizada por Rawls entre uma concepção exclusivista de razão pública – segundo a qual as razões oferecidas pelas doutrinas abrangentes não podem ser introduzidas na argumentação pública fundada em princípios de justiça e valores do político – e uma concepção inclusiva de razão pública – em que os cidadãos podem apresentar a base dos valores políticos como enraizada em sua doutrina abrangente, desde que o façam de forma a fortalecer o ideal de razão pública. Em “Liberalismo Político”, Rawls considera que a escolha por uma das duas concepções de razão pública depende de sua idoneidade a possibilitar uma maior estabilidade de uma sociedade bem ordenada. Já em “A ideia de razão pública revisitada” (1997), Rawls inclina-se pela versão inclusiva¹⁰⁹, o que, na interpretação de Furquim (2010, p.202), aparenta ser justificado pelo filósofo a partir da ideia de que os valores políticos nem sempre podem ser isolados de outros valores quando no debate de questões políticas fundamentais, como no exemplo, dado pelo autor estadunidense, da possibilidade de se considerarem como componentes da justiça a equidade de liberdades básicas e a igualdade de oportunidades.

109 “This requirement still allows us to introduce into political discussion at any time our comprehensive doctrine, religious or nonreligious, provided that, in due course, we give properly public reasons to support the principles and policies our comprehensive doctrine is said to support. I refer this requirement as ‘the proviso’ [...]. [...] we are required first to work to the basic ideas of a complete political conception and from there to elaborate its principles and ideals, and to use the arguments they provide. Otherwise public reason allows arguments that are too immediate or fragmentary”. Rawls (1997, p. 776-8)

A concepção inclusiva de razão pública possibilita a atenuação de um dos problemas apresentados pela proposta de Rawls em face da questão do pluralismo, qual seja, o da necessidade de que os cidadãos, em sua busca por cooperação social e estabilidade político-institucional, precisem adaptar ou sacrificar elementos de suas concepções abrangentes do bem. Rawls tenta justificar a adoção de seu modelo com a alegação de que ele seria o menos danoso às concepções de bem e permitiria a tolerância recíproca dos indivíduos em relação a seus planos de vida. Nesse contexto, o equilíbrio reflexivo fornece um teste de coerência aos nossos juízos sobre questões políticas. Os princípios de justiça são identificados, aí, a partir de razões corretas, compatíveis com nossas intuições morais cotidianas. Por outro lado, devem ser compatíveis com a razão pública, de forma que os cidadãos adotem uma mesma concepção de justiça, ainda que cada um desses cidadãos busque uma adequação dessa concepção com sua própria doutrina ética abrangente, o que caracteriza o consenso sobreposto e a satisfação das exigências impostas pelo fato do pluralismo.

Rawls (2003, p.43) distingue a realização de juízos políticos em três níveis de generalidade: o dos juízos particulares sobre ações específicas, o de juízos sobre a justiça política, e o dos juízos sobre convicções éticas abrangentes. Como o equilíbrio reflexivo precisa harmonizar esses diferentes pontos de vista, ele precisa ser desenvolvido em três níveis de progressiva justificação pública dos princípios, sendo a posição original apenas um desses momentos.

O primeiro nível é o do equilíbrio reflexivo restrito, alcançável monologicamente e que busca eliminar certas discrepâncias mais evidentes nos juízos morais concretos do indivíduo, harmonizando-os com os princípios morais de ordem mais elevada. Trata-se de um processo de ida e vinda entre juízos concretos e princípios de justiça destinado a um ajuste mútuo e coerente, mas não precisam ser levadas em contas as concepções distintas de justiça e os argumentos que as sustentam.

O segundo nível, o do equilíbrio reflexivo amplo, aponta para uma justificação pública da concepção de justiça no percurso de um alinhamento coerente entre os princípios fundamentais, as convicções gerais e os juízos específicos da pessoa. Aqui, agregam-se uma reflexão abrangente e possíveis mudanças de opinião. Alcança-se um estágio dialógico e realista de justificação, pois o cidadão já considera cuidadosamente concepções alternativas da justiça presentes em nossa tradição e a força de vários argumentos a favor delas.

O terceiro nível, o do equilíbrio reflexivo pleno (amplo e geral), funciona como critério global do razoável e diz respeito à situação em que uma sociedade é efetivamente regulada

por uma concepção pública da justiça e ocorre quando todos os cidadãos afirmam a mesma concepção de justiça a partir dos juízos ponderados de cada um. Nossa visão como um todo se entrelaça e articula com as convicções mais firmes, em todos os níveis de generalidade, após a realização de todos os ajustes e revisões necessários. Forma-se, então, intersubjetivamente, o consenso sobreposto, atributivo de validade geral neutra e força vinculante aos princípios de justiça e aceito por parte dos cidadãos.

Segundo explica Rainer Forst (*apud* Werle, 2008, p.80), Rawls percebe que as doutrinas éticas abrangentes desempenham um papel insubstituível nas reflexões práticas, não sendo possível colocá-las completamente “entre parênteses”. As bases públicas de um acordo político só podem ser encontradas “de dentro” das doutrinas abrangentes”, já que as pessoas não estariam dispostas a abrir mão de suas concepções de mundo, o que, aliás, nem mesmo se coadunaria com o caráter liberal do projeto de Rawls. Por outro lado, o autor, criticamente trata o equilíbrio reflexivo amplo e geral como uma justificação levada a cabo no uso privado da razão com propósitos político-públicos. Ora, os cidadãos não adotam uma perspectiva comum imparcial, mas aceitam a concepção política da justiça a partir das razões não públicas derivadas de suas concepções de bem, ou seja, de um encaixe monológico em suas próprias doutrinas abrangentes. Aqui, faz-se pertinente a crítica de Dworkin, para quem o equilíbrio reflexivo em Rawls tem sua fragilidade justamente na reticência a permitir um embate direto entre as doutrinas abrangentes e uma continuidade entre ética e moralidade.

6.2. DWORKIN, HERANÇA RAWLSIANA E LIBERALISMO ABRANGENTE

Dworkin, em sua proposta de liberalismo abrangente, parte de um direito pré-positivo de igual consideração e respeito para enfrentar o problema da justiça e do respeito aos direitos individuais em uma sociedade pluralista¹¹⁰. O autor realiza uma personificação da comunidade, na forma de um agente moral, para estruturar sua concepção de legitimidade justificativa da coerção estatal¹¹¹. O respeito aos dois princípios de dignidade deriváveis do direito de igual respeito e consideração funcionam justamente como condições de pertença à

110 “Se assim for, o direito à consideração e ao respeito é tão fundamental que não pode ser apreendido através da caracterização geral dos direitos como trunfos diante dos objetivos coletivos, a não ser como um caso limite, pois ele é a fonte tanto da autoridade geral dos objetivos coletivos quanto das restrições especiais à autoridade desses objetivos, usadas para justificar direitos mais particulares.” (DWORKIN, 2002, p. XX).

111 Sobre a integridade política, discorre Dworkin: “Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.” (2007, p. 204)

comunidade, entendida esta como uma comunidade coletiva formada por cidadãos integrados que se importam com o destino de seus compatriotas.

O primeiro desses princípios estabelece que devemos ser tratados como iguais, enquanto o segundo princípio impõe a assunção de uma responsabilidade pessoal por cada cidadão. Esse princípio de responsabilidade pessoal estabelece, pela via da igualdade de recursos, uma igualdade *ex ante* expressiva do que significa tratar todos como iguais, simultaneamente protegendo os cidadãos em relação às contingências e responsabilizando-os por suas escolhas. É justamente no princípio de responsabilidade pessoal que reside a exigência de tolerância ao pluralismo perante o Estado.

Dworkin identifica-se com Rawls ao não admitir a imposição de concepções de bem por parte do Estado e adotar o conceito de “equilíbrio reflexivo”, ainda que reformuladamente. Igualmente, ao assumir o direito de “igual consideração e respeito” como o conceito fundamental da teoria profunda de Rawls, justifica sua própria confissão de ter sido fortemente influenciado pelo autor de “Liberalismo Político”¹¹².

Os homens que não fazem ideia de sua própria concepção do bem não podem agir de modo a favorecer aqueles que defendem um ideal em detrimento daqueles que defendem outro. A posição original é bem concebida para a aplicação do direito abstrato à igual consideração e ao igual respeito, que deve ser entendido como o conceito fundamental da teoria profunda de Rawls.

[...] e não há caso em que afirme, que as partes escolham ser igualmente respeitadas a fim de promover algum direito ou meta mais básicos. Ao contrário, o direito ao igual respeito não é, segundo ele, produto de um contrato, mas uma condição para a admissão à posição original. Esse direito, diz ele, é “devido aos seres humanos enquanto pessoas morais”, e deriva da personalidade moral que diferencia os seres humanos dos animais. Possuem-no todos os homens que podem fazer justiça, e somente esses homens podem estabelecer um contrato. Este é, portanto, um direito que não emerge do contrato, mas que deve ser pressuposto, em sua concepção, como deve sê-lo o direito fundamental (DWORKIN, 2002, p.280)

Por outro lado, Dworkin afasta-se do liberalismo político de Rawls ao apresentar uma proposta de liberalismo abrangente em que a posição original, como ponto arquimediano de justificacão moral a partir do qual são selecionados os princípios de justiça, e a razão pública, como elemento de legitimação, são prescindíveis. Diferentemente de Rawls, Dworkin defende uma continuidade entre ética (o que devemos fazer para alcançar nosso plano de vida) e

112“Alguns de vocês terão notado certa congruência entre as posições que afirmo ser defendidas pelos argumentos de Rawls na teoria do direito e aquelas que eu próprio tentei defender, e talvez pensem que isso não acontece por acaso. Portanto, farei aqui uma confissão, mas sem pedir desculpas. A obra dos ícones filosóficos é rica o bastante para permitir a apropriação por meio da interpretação. Cada um de nós tem seu Immanuel Kant, e, a partir de agora, cada um de nós lutará pela bênção de John Rawls. E por um motivo muito bom. Depois de todos os livros, todas as notas de rodapé e todas as maravilhosas discussões, estamos apenas começando a nos dar conta de quanto temos a aprender com esse homem”. (DWORKIN, 2010, p.369)

moralidade, donde a abrangência de sua proposta e a desnecessidade da razão pública como elemento de separação entre as doutrinas éticas abrangentes e a deliberação política.

Dworkin crítica a neutralidade de justificação que o contrato rawlsiano pretende alcançar com a separação entre doutrinas abrangentes e convicções políticas, visto acreditar que essa neutralidade pode ser alcançada sem que haja necessidade de tal divisão. Segundo o autor, uma concordância hipotética não poderia ser uma razão para se aplicar regras como seria no caso de uma concordância real. Em outros termos, a aceitação abstrata dos princípios de justiça não significa que seja justo aplicá-los em circunstâncias em que as pessoas não os aceitariam; um contrato hipotético não é um contrato. A descontinuidade entre ética e política postulada por Rawls torna os direitos e deveres derivados do arranjo institucional estabelecido contratualmente, e não de nossas convicções privadas, já que elas foram excluídas, quando da realização do contrato, pelo “véu de ignorância”. É justamente pelo fato de nossas convicções privadas não serem determinantes nessa formulação que Dworkin não vai reconhecer a força categórica do contrato. O caráter arquimediano do contrato criticado por Dworkin reside justamente na falta de uma justificação moral para o próprio contrato, já que, anteriormente a ele, supostamente não haveria direitos e deveres. É justamente por tal motivo que Dworkin defende ser o direito de igual respeito e consideração, e não a posição original, o elemento fundante da justiça como imparcialidade no pensamento de Rawls. O contrato só é estabelecido, na formulação rawlsiana, em função da necessidade de atribuir força categórica a esse direito. Em verdade, o essencial no pensamento rawlsiano é a garantia de que as pessoas escolham os princípios de justiça a partir de uma situação equânime, dado que o contrato social não poderia ser uma fonte autônoma de direitos e deveres.

Na versão de liberalismo de Dworkin (2007, p. 40), a força categórica é encontrada em uma teoria da justiça abstrata o suficiente para, pela via de uma abordagem interpretativa, unir a ética e a moralidade, não em uma adequação às práticas políticas ou sociais de uma comunidade concreta, mas sim às convicções mais abstratas e elementares de cada intérprete. As concepções relativas a conceitos interpretativos, como a liberdade, a igualdade e a comunidade emergem de nossas convicções pessoais e precisam ser assumidas em uma perspectiva integrativa e conceitualmente coerente, a qual englobará a continuidade entre ética e moralidade. O que desejamos para a nossa vida (dimensão do racional em Rawls) não pode ser separado do tratamento que nós devemos dar aos outros (dimensão da reciprocidade, intrinsecamente ligada à razoabilidade, em Rawls). Ao mesmo tempo, as questões políticas têm relevância paramétrica em nossa vida ética e estabelecem as liberdades a que temos

direito, inviabilizando qualquer separação entre ética e justiça (GUEST, 1991, p. 250). Dworkin presta-se, então, a buscar a construção de concepções genuínas dos conceitos de igualdade, de liberdade e de comunidade como princípios do liberalismo. Nessa interpretação construtiva, cada conceito é relacionado a um propósito, cuja relevância, por sua vez, deve ser justificada. Para tanto, não precisa partir de fora do campo avaliativo do objeto em questão pela via de contratos sociais arquimedianos.

Dworkin critica a assunção de pontos arquimedianos e a pretensão de neutralidade de discursos filosóficos de segunda ordem, como o da metaética, os quais acarretam uma incapacidade de entender o papel dos conceitos no debate político e, conseqüentemente, de conceitar a justiça. Em verdade, os conceitos, segundo o autor, funcionam como um platô abstrato de acordo para o início de um debate. Qualquer afirmação filosófica a respeito da natureza de tais conceitos é tão normativa quanto qualquer argumentação sobre a justiça realizada no “discurso de primeira ordem” (DWORKIN, 2010, p. 201-2). As dimensões descritiva e normativa dos conceitos políticos estão conectadas, de forma que qualquer pretensão de identificação de valores políticos pelo discurso filosófico não tem como adotar uma postura neutra. Justamente por não haver um critério compartilhado de uso correto dos conceitos interpretativos, a questão não se esgota no âmbito semântico.

O equilíbrio reflexivo em Dworkin é interpretativo e mais abrangente do que o de Rawls, visto incluir a ética. Não deve ficar restrito, como queria Rawls, aos fundamentos constitucionais da política, mas sim englobar uma teoria abrangente que inclui tanto a moral pessoal quanto a ética e percebe os valores políticos como integrados, e não como autônomos¹¹³. O exercício da democracia deliberativa deve incluir as doutrinas abrangentes, de maneira a possibilitar um debate genuíno e o conseqüente alcance de um *common ground* para a resolução de controvérsias políticas, o fortalecimento dos princípios democráticos e a satisfação da exigência contemporânea de pluralismo. Questões morais, para o autor, não podem ser tratadas de outra maneira. A continuidade entre ética e moralidade não impõe que as pessoas definam sua vida em torno da imparcialidade ou da busca pela justiça, mas apenas que o debate público ressoe nas convicções sobre as nossas concepções de vida. A ética pessoal adentrará a discussão, mas esta não resultará em nenhuma perspectiva pessoal, no

113 “Minha recomendação é semelhante ao método de equilíbrio reflexivo de Rawls, que pretende alinhar nossas intuições e teorias sobre a justiça. Todavia, a diferença com a metodologia de Rawls é mais surpreendente do que as semelhanças, pois o equilíbrio que, acredito, a filosofia deva procurar, não fica restrito, como no caso dele, aos fundamentos constitucionais da política, mas abrange o que ele chama de teoria 'abrangente', que inclui tanto a moral pessoal quanto a ética. Se a filosofia política não for abrangente em suas ambições, deixará de resgatar a percepção crucial de que os valores políticos são integrados, e não autônomos”. (DWORKIN, 2010, p.228-9)

sentido solipsista, específica. Um bom exemplo dessa circunstância na obra de Dworkin é o das discussões sobre o aborto, em que o autor considera impossível não incluir as doutrinas abrangentes, dado que decidir se o feto tem interesses e direitos é uma questão moral (e não puramente política, no sentido rawlsiano) condicionante do resultado da compreensão jurídica do problema.

Em seu modelo de “cúpula geodésica”, Dworkin propõe que o entendimento dos valores éticos integrados e não-instrumentais deve ser realizado à luz uns dos outros, ou seja, holística e interpretativamente, sem qualquer tipo de hierarquização. As decisões sobre nossa concepção de dados conceitos interpretativos e sobre sua relevância deve ser conformada ao nosso sentido de vida boa. (DWORKIN, 2010, p. 226 e ss.) A compreensão dos conceitos políticos deve ser orientada pela busca de um reforço recíproco entre eles, o que explica sua pretensão de agregar liberdade e igualdade em um modelo abrangente de liberalismo com fundamento ético que possibilita uma conexão entre a ética, a moralidade e a estrutura política.

A interpretação construtiva de Dworkin encontra espaço central em sua teoria do direito. Segundo o autor, as verdadeiras divergências entre juristas não são de natureza empírica (sobre as decisões institucionais vinculantes proferidas anteriormente), mas sim de natureza teórica, ou seja, relacionados aos fundamentos do direito e a uma compreensão do que se pode entender por direito. Os operadores do direito não estão de acordo a respeito de tais fundamentos, o que torna central na determinação do sentido normativo o estabelecimento daquilo que o intérprete entende que o direito é e que o direito deve ser. Mais uma vez, as dimensões conceitual (descritiva) e normativa (prescritiva) estão interligadas.

As teorias semânticas postulam que advogados e juízes compartilham critérios lingüísticos para avaliar as proposições jurídicas. Entretanto, os juristas não precisam estar de acordo com os critérios sobre os fundamentos do direito para divergirem. Pensar assim significaria, segundo Dworkin, estar submetido ao “agulhão semântico” positivista. A divergência genuína é justamente aquela em que os critérios, na dimensão do uso dos conceitos jurídicos, são distintos. A atitude interpretativa em relação às normas jurídicas envolve uma determinação do valor do direito como prática e o estabelecimento de uma correlação entre o conteúdo das normas jurídicas e a finalidade do direito como prática. O propósito atribuído ao direito como prática é adequado quando oferece a melhor interpretação correta desta prática, servindo-lhe como justificativa moral e influenciando na determinação do conteúdo normativo.

Dworkin reconhece que uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos, já que o próprio conceito de interpretação também é interpretativo. A interpretação construtiva, portanto, é uma concepção do conceito de “interpretação”, para a qual, na visão de Furquim (2010, p. 38), foi decisiva a influência da hermenêutica filosófica gadameriana.

Dworkin foi influenciado pela literatura filosófica da interpretação em Dilthey, Habermas e em Hans-Georg Gadamer. Dworkin defende a idéia de que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva, diferente dos teóricos da literatura. Para eles interpretar uma obra literária é capturar as intenções do autor. Mais adiante, Dworkin ressalta que Gadamer (ver *Verdade e Método*, 2004) faz uma observação fundamental ao dizer que a interpretação reconheceria as imposições da história, mas também luta contra ela, mostrando que a interpretação não é um ponto de Arquimedes, mas participa 'de dentro'. Ou ainda, quando novamente ele cita Gadamer ao afirmar que a 'interpretação deve pôr em prática uma intenção' (ID:67). Aqui Dworkin quer dizer que a interpretação não é simplesmente a reconstrução da intenção do autor, mas o relato de um propósito. É uma proposta do intérprete de uma forma de ver o que é interpretado, pode ser uma prática social, texto ou pintura¹¹⁴.

A construção interpretativa e o propósito nela atribuído ao direito, obviamente, desenvolvem-se na historicidade e na tradição, de maneira que a própria forma da prática impõe limites interpretativos à interação entre propósito e objeto, o que em nada obsta a recusa de que o intérprete esteja situado em um ponto arquimediano externo à prática que interpreta¹¹⁵. Busca-se a construção de uma teoria geral em que as intuições não são pistas para a existência de princípios autônomos, mas sim elementos a serem conformados holisticamente. A busca pela melhor interpretação deve mostrar-nos as funções do direito para a nossa vida e fazer presentes os valores que as pessoas compartilham, mas isso pressupõe uma distinção entre o que os membros da prática do direito pensam que ela exige e aquilo que

114“Gadamer foi além da metodologia científica e avançou para os domínios da arte, das ciências, do espírito e da linguagem. Ele estava buscando a morada da verdade. A experiência interpretativa para Gadamer repousa na própria 'experiência mundana', na realidade histórica, na experiência, no tempo e na tradição (ver em Côrtes, 2006). Por isso não podemos pensar em ponto arquimediano. Para ele a participação do intérprete com seus pré-conceitos é fundamental para o sentido da compreensão. '[...] o mundo resulta dos esforços compartilhados, interativos e auto-interpretativos (hermenêuticos) dos seus agentes constituintes. Ele não se exhibe simplesmente como um agregado caótico de entes substantivos, mas revela-se e é laboriosamente construído em uma espécie de contrato ontológico perenemente negociado que, ao predicar suas propriedades – através de um acordo conflituoso que distingue o certo e o errado, o falso e o verdadeiro, o meu e o teu, o bem e o mal, a obediência e o mando, o sujo e o limpo etc.-, define e estabelece tudo aquilo que é.' Côrtes (2006: 278). Nada mais dworkiano” (FURQUIN, 2010, p.38)

115“Os cientistas sociais já encontram seus dados pré-interpretados. Devem compreender o comportamento do modo que este já é compreendido pelas pessoas que têm tal comportamento; um cientista social deve ser pelo menos um participante “virtual” das práticas que pretende descrever. Deve estar pronto a julgar, bem como a reportar, as afirmações que fazem seus sujeitos, pois, a menos que possa julgá-los, não poderá compreendê-los”. (ID: 78, nota 14).

ela realmente requer no contexto da comunidade¹¹⁶.

A interpretação construtiva, segundo Dworkin, tem três etapas. A etapa pré-interpretativa diz respeito à identificação dos padrões que nos podem fornecer o conteúdo da prática, identificação esta que já tem um quê interpretativo. Na etapa interpretativa, trata-se da exposição de uma justificativa geral para os elementos da prática identificados na etapa pré-interpretativa, justificativa essa que não pode consistir na invenção de uma nova prática, dados os limites da historicidade e da tradição. É na etapa pós-interpretativa que se dá propriamente a conformação entre a ideia do intérprete, aquilo que a prática realmente requer e a justificativa apresentada na segunda etapa. Enquanto Rawls busca, por via das ideias de “equilíbrio reflexivo” e “posição original”, equilibrar as intuições sobre a justiça e uma teoria formal sobre tais intuições, Dworkin descarta o constructo da “posição original”, mas mantém a figura de um “equilíbrio reflexivo” para explicar a conformação que se dá na fase pós-interpretativa.

Podemos reformular esse exercício interpretativo como um método para a filosofia do direito. Podemos identificar o que aparentemente nem é preciso dizer que faz parte de nesso direito [...]. Podemos dizer que se trata de paradigmas do direito. Em seguida, podemos criar o outro polo de um equilíbrio interpretativo, pois compartilhamos um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel que o conceito de justiça desempenhava para Rawls. Este é o conceito de direito – ainda que, às vezes, quando enfatizamos seu caráter político, o descrevamos de outro modo, como o conceito de legalidade ou o conceito de Estado de Direito. Podemos, então, criar uma concepção adequada de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade. (DWORKIN, 2010, p. 348-9)

A comunidade personificada permite-nos ver o direito como integridade, do qual emergem os direitos e as obrigações, independentemente de um acordo implícito sobre os princípios de justiça representado por uma figura de contrato social. Ora, o contrato não legitima o apoio dos cidadãos às instituições públicas, visto não estabelecer uma ligação estreita entre as obrigações políticas e as comunidades. Em verdade, essa legitimidade surge a partir do estabelecimento de uma relação de justificação entre as decisões políticas anteriores

116“O cientista social deve interpretar o ato coletivo como um participante virtual das práticas que deseja descrever a sua versão competirá com a versão dos demais membros da comunidade. Aqui vemos a influência de Habermas, já que para Dworkin o intérprete deve 'participar do espírito de seus participantes', 'aderir à prática' que pretende compreender, desta forma os resultados não serão relatos neutros” (FURQUIN, 2010, p. 45). Segue o trecho da obra de Dworkin (2007, p. 78) ao qual a autora se refere: “Os cientistas sociais já encontram seus dados pré-interpretados. Devem compreender o comportamento do modo que este já é compreendido pelas pessoas que têm tal comportamento; um cientista social deve ser pelo menos um participante “virtual” das práticas que pretende descrever. Deve estar pronto a julgar, bem como a reportar, as afirmações que fazem seus sujeitos, pois, a menos que possa julgá-los, não poderá compreendê-los”.

e a coerção atual, em uma evolução histórico-institucional que indica como o direito guia e restringe o poder do governo. A coerção, portanto, só é legítima se puder ser integrada ao “romance em cadeia” da comunidade personificada, o que significa que certas práticas políticas podem ser criticamente consideradas (etapa pós-interpretativa) como incoerentes e inválidas. O direito fundamental que orienta essa comunidade personificada, criada pelas práticas nas quais se inscreve, é dotado de natureza pré-positiva e traduz-se como uma exigência de “igual consideração e respeito”. A integridade exige que tratemos os casos semelhantes da mesma maneira, e isso não se confunde com dizer, o que também é verdade, que precisamos de uma estrutura política imparcial (*fairness*), de uma justa distribuição de recursos (justiça) e de um processo idôneo a garantir o vigor das normas por ele estabelecidos (devido processo legal). A integridade é aplicável a essas outras três virtudes, cujo exercício, tanto na dimensão legislativa quanto na judicial, deve coadunar-se com a exigência de tratamento semelhante aos casos semelhantes para fins de justificação da força vinculante do direito.

Se, de um lado, a integridade justifica a coerção do Estado, do outro lado temos o problema do surgimento das obrigações morais, as quais originam-se nas práticas constitucionais desenvolvidas no contexto da comunidade. A justificação para o caráter obrigatório de tais conteúdos dá-se com base na concepção de responsabilidade. A responsabilidade, segundo Dworkin, não surge pelo *pedigree* de autoridades competentes para proferi-las, mas sim pelo situar-se em eventos e atitudes cujo sentido, institutivo de um *status* especial, nem sempre é percebido. Trata-se, aí, da concepção de reciprocidade em Dworkin, a qual impõe àqueles assim caracterizados, pela próprio tipo de relações mútuas, um nível de sacrifício. Uma comunidade política mobiliza responsabilidades especiais e individualizadas, conectadas a um abrangente interesse mútuo e a uma concepção plausível de igual interesse, de forma a constituir obrigações políticas de natureza fraternal. Essas comunidades não tratam sua associação como estabelecida de forma meramente fática, mera eventualidade histórica. Igualmente, no liberalismo abrangente de Dworkin, a associação dos membros da comunidade política não reside na aceitação de um compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas puramente por força de seu *pedigree*, em moldes convencionalistas. Esse modelo de regras só se ajustaria às pessoas que tentam promover sua própria concepção de justiça e equidade por meio de negociação e acordo. Na proposta de Dworkin, as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que são governadas por princípios comuns, e não por regras oriundas de acordos políticos. Esse modelo de princípios, portanto,

não se restringe à obediência ao conteúdo das regras, nem abre a possibilidade de comportamentos egoístas. As práticas políticas geram um interesse mútuo que transcende a dimensão autoritativa.

Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Se podemos entender nossas práticas como apropriadas ao modelo de princípios, podemos sustentar a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, como uma questão de fraternidade, e deveríamos portanto tentar aperfeiçoar nossas instituições em tal direção. (2007, p. 258).

A concepção de Dworkin para o “equilíbrio reflexivo” precisou de certas reformulações em relação à de Rawls, de forma a possibilitar a desconsideração da “razão pública” e a inclusão das doutrinas abrangentes no processo interpretativo. Afinal, dizer o que é válido na fase pré-interpretativa, determinar se a justificativa da fase interpretativa se ajusta à prática e decidir se esta versão mostra a melhor versão da prática jurídica são expedientes que pressupõem ao intérprete sua reunião de convicções ou crenças, o que, em linguagem gadameriana, poderíamos chamar de pré-compreensão. Obviamente, as convicções da fase pós-interpretativa resguardam uma função crítica em relação às convicções de adequação presentes na segunda fase. Isso implica uma independência das convicções pós-interpretativas como condição para que estas exerçam coerção sobre as primeiras e apresentem limites à justificativa da prática, de forma que esta não se transmude em invenção. Novamente, poderíamos dizer, com Gadamer, que a fundamentação da prática do direito apresentada na segunda fase deve ser alvo de uma reflexão vigilante, a qual se presta a evitar que a antecipação de sentido seja orientada pelos pré-conceitos irrefletidos e, conseqüentemente, não possa ser reconduzida à integridade comunitária. Essa perspectiva reflete-se no posicionamento de Dworkin sobre o problema da discricionariedade do juiz.

“Os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis são responsáveis pela coerência, não simplesmente com doutrinas específicas aqui e ali, mas, da melhor maneira possível, com a coerência baseada em princípios que abrangem toda a estrutura do direito. [...] [...] os juízes, mesmo quando visam unicamente à justiça, divergem freqüentemente acerca do que é a justiça, e os próprios juízes podem ser influenciados por ideias preconcebidas, preconceitos ou outros inimigos da justiça imparcial. (DWORKIN, 2010, p. 354-5)

A concepção de justiça partilhada pelo filósofo deve-se ajustar a suas convicções

abstratas e elementares, e não exatamente às práticas sociais de uma comunidade específica, como um mero espelho. Por outro lado, as convicções de justiça do filósofo devem permitir uma concepção suficientemente abstrata para que seja aceita na comunidade. Entretanto, ainda que suficientemente abstrata, essa concepção de justiça não é neutra; os filósofos da justiça estão “escolhendo lados”. Reside aí a função crítica da justiça, a qual, ainda que tenha na linguagem sua condição e seus limites de possibilidade, não pode funcionar como mero espelho. A experiência na tradição lingüisticamente partilhada admite, no seio dessa própria tradição, a crítica aos esquemas institucionais (DWORKIN, 2003, p. 46-7). Não podemos ver a prática sem as lentes da moralidade, inclusive na fase pré-interpretativa, e o desafio do filósofo político, na versão de Dworkin, é cunhar uma teoria do direito que derive de proposições morais relacionadas à liberdade e à igualdade: o liberalismo abrangente (GUEST, 1991).

Uma preocupação crítica também já estava presente no pensamento de Rawls, em mais uma manifestação da grande influência exercida pelo autor sobre Dworkin. Tratemos, agora, dessa questão, de forma a buscarmos um aprofundamento para uma pretensão reflexiva da nossa tese.

6.3. RAWLS E HABERMAS: DIVERGÊNCIAS FAMILIARES

Rawls, ao combinar ideias de sociedade e de pessoa simultaneamente colhidas da “razão prática” - pressupostos indispensáveis na formação do juízo moral imparcial – e ideias intuitivas implícitas na cultura política democrática, procura reunir uma interdependência dialética entre o ponto de vista moral do que é bom para todos e o ponto de vista do que é bom para nós¹¹⁷. Tenta-se, assim, mostrar que os princípios de justiça podem ser justificados em todos os níveis de generalidade, sem que fique prejudicado o fornecimento de um padrão objetivamente válido de orientação de juízos. Essa combinação permitiria a preservação de uma função crítica da filosofia política, a qual caberia identificar os limites da possibilidade política praticável, em uma espécie de “utopia realista”, na qual a elaboração dos princípios

117 “[...] nem tudo é construído. [...] o procedimento de justificação funciona de modo análogo ao método adotado por Kant na primeira seção de *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Kant parte da consciência moral comum, o conceito de boa vontade, e os pressupostos aí implícitos, elabora o procedimento do imperativo categórico, que funciona como um procedimento de teste que possibilita distinguir como válidas máximas de ação suscetíveis de universalização. Quer dizer, Kant não inventa uma moral, mas confere uma articulação e fundamentação filosófica a uma moral já existente. Rawls faz algo parecido: toma como ponto de partida as ideias morais intuitivas fundamentais da cultura política pública das democracias constitucionais e procura articulá-las numa concepção de justiça, seguindo o modelo do contrato social”. (WERLE, 2008, p.51)

de justiça respeitaria as fronteiras do pluralismo razoável.

A questão da possibilidade e dos limites da liberdade é fundamental e, portanto, a filosofia política deve exercer a função de reconciliação tendo o cuidado de não transformar sua concepção de justiça em mera confirmação sistemática do existente. Rawls nega que se deva contar como moralmente justo somente aquilo que se mostrar coerente com o que já existe, embora a filosofia política, em seus empreendimentos de justificação, tenha de levar sempre em conta as restrições impostas pelas circunstâncias do aqui e agora de sua época. Para fazer jus à dupla exigência que se coloca à justificação da normatividade nas sociedades modernas, a saber, a de ser, ao mesmo tempo, transcendente e imanente ao contexto, a função de reconciliação deve ser levada a cabo no espírito de uma reconciliação crítico-reflexiva por *meio do uso público da razão*. (WERLE, 2008, p.39)

Por outro lado, a dimensão normativa da prioridade do justo sobre o bem, caso seja definida de forma muito estreita, pode acabar significando o endosso de um ideal particular de vida boa. O próprio Rawls (2000, p. 220) admite que a justiça política está apoiada em várias ideias de bem, o que implica falar em uma concepção fraca de bem presente nas ideias intuitivas fundamentais implícitas na cultura política pública e potencialmente aceitável por todos. O filósofo estadunidense diz que a prioridade do justo sobre o bem estabelece limites iniciais para dizer o que é bom e quais tipos de pessoas os homens devem ser (RAWLS, 2000, p,34). Essa concepção fraca de bem continua tendo sua pretensão de ser imanente e transcendente ao contexto, mas o liberalismo político do autor poderia excluir da agenda pública as discussões sobre o reconhecimento das identidades particulares e suas revelações sobre a inexistência de “ideias intuitivas fundamentais” amplamente aceitas na cultura pública. Em outros termos, como explica Werle (2008, p.79), os comunitaristas acusam Rawls de pretender como consensual uma concepção de pessoa moral que seria, atualmente, uma questão legítima de discussão pública. Por via transversa, portanto, Rawls estaria a assumir uma moralidade liberal abrangente excludente de questões controversas, de forma a contrariar o desiderato de não fundar sua teoria em uma doutrina ética abrangente buscado em “Liberalismo Político”¹¹⁸. Diante do exposto, Werle questiona: “será que a distinção entre justiça como equidade e doutrinas morais abrangentes não se resume, então, a uma diferença de graus de arbitrariedade moral?” Parece-me que uma resposta positiva permite-nos atribuir

118 “A interpretação rawlsiana da tradição democrática liberal corre o risco de mascarar os conflitos entre ideais rivais que essa própria tradição pressupõe e entre as interpretações sobre o que é mais fundamental nessa tradição. [...]. Ressaltar a concepção kantiana de pessoa e a interpretação dos ideais implícitos na tradição liberal democrática leva Rawls a excluir dimensões da identidade política [...] que são igualmente centrais para a articulação dos sentidos da vida social moderna e que entram em conflito com a concepção de pessoa e de sociedade apresentada por Rawls. Isso gera tensões normativas e conflitos profundos acerca da justiça social que não podem ser resolvidos pelo método e justificação e pela teoria da justiça apresentados por Rawls.” (WERLE, 2008, p.79)

ainda mais razão às críticas de Dworkin à descontinuidade entre ética e política presente em Rawls. A tentativa rawlsiana de separação das esferas negaria a co-originariedade entre direito e moral, consistindo em uma espécie de violação ontológica.

Werle (2008, p.65) considera que o procedimento de justificação concebido por Rawls apresenta uma tensão entre uma estratégia de fundamentação transcendental (ideal de pessoa livre e igual, restrições do justo sobre o bem e formação imparcial do juízo) e uma estratégia de fundamentação reconstrutivo-hermenêutica (ideais da sociedade democrática concreta). Os valores políticos democráticos reunidos nesta última dimensão constituem a identidade política dos cidadãos. São eles: a igual liberdade política e civil; a igualdade equitativa de oportunidades; a reciprocidade econômica; e o respeito mútuo entre os cidadãos. Mas o que faz desses valores os mais importantes, especialmente ao considerarmos que Rawls trata as ideias intuitivas fundamentais como dotadas de razoabilidade e neutralidade ética (Werle, 2008, p.67)? Poder-se-ia dizer que eles expressam uma concepção normativa da ação moral e expressam, pela via da posição original, as condições indispensáveis da autonomia pessoal e os princípios da razão prática. No entanto, também é possível imaginar que eles preponderam por serem os valores faticamente seguidos na cultura pública democrática e reconhecidos como tais pelos cidadãos no equilíbrio reflexivo. Embora os limites impostos pela fundamentação transcendental estejam presentes na teoria de Rawls, resta o problema da identificação do fundamento de tais limites e da função da posição original.

Vallespín (*apud* Werle, p.65) oferece duas conjecturas sobre a questão. A primeira delas é a de que Rawls considere a cultura política pública e a normatividade das sociedades democráticas como tendo se tornado kantiana, contexto em que a percepção deste fato demandaria o artifício de representação da posição original como meio de reflexão e auto-esclarecimento público. A outra hipótese é a de que, assim como Habermas, Rawls considere que, ao tratar de questões de justiça e de decisões sobre o que é bom pra todos, torna-se praticamente inevitável o recurso aos princípios kantianos da razão prática (obviamente, na leitura habermasiana, como razão comunicativa). Em verdade, Rawls incorre no que Baynes (*apud* Werle, 2008, p.67) chamou de “paradoxo da justificação democrática”: a legitimidade de princípios de justiça em um espaço democrático pressupõe a aceitação pública por cidadãos livres e iguais, mas a distinção entre legitimidade de fato e de direito impõe o estabelecimento de critérios para determinar se o acordo alcançado é um acordo verdadeiramente entre livres e iguais. Trata-se de uma dificuldade típica de filosofias políticas com caráter normativo, como as de Rawls e Habermas, em indicar como se dá a articulação

entre “ser” e “dever ser”, as pretensões críticas normativas e as instituições realmente existentes (WERLE, 2008, p.81)¹¹⁹.

Rawls e Habermas partem da ideia de que certos pressupostos normativos e uma demanda por uma ordem política mais racional já estão implícitos na cultura política pública. O entendimento da democracia não como mero regime político-jurídico, mas como formação social caracterizada por práticas de autodeterminação e autocompreensão política dos cidadãos, implica assumir a deliberação pública como ideal normativo e teste para a legitimidade democrática. Ambos os autores assumem princípios das éticas deontológicas, os quais se manifestam, em Rawls, na assunção de condições de imparcialidade, e, em Habermas, na consulta dos envolvidos para que decidam quais interesses devem ser atendidos. Em ambos os casos, o consenso fático não garante a correção do resultado, e todo acordo é sempre passível de revisão.

Habermas, no entanto, diferencia-se de Rawls ao não indicar orientações de conteúdo, mas apenas um procedimento que permita pensar como garantir a imparcialidade na formação do juízo. Ainda que reconheça em Rawls as qualidades de cognitivismo, universalismo e formalismo presentes em seu próprio pensamento, Habermas (1989, p.149), ao adotar um princípio neutro de discurso, nega o privilégio e a fixação de conteúdos normativos em uma teoria moral, o que torna inadmissível, por exemplo, a formulação rawlsiana do princípio da diferença.

Luiz Moreira (2004, pp. 99 e ss.) divide o pensamento de Habermas em três fases. Habermas desenvolveu a primeira fase de seu pensamento vinculadamente à Escola de Frankfurt e com maior ênfase em trabalhos referentes à Sociologia. Num segundo momento, Habermas “descobre” a linguagem e publica “O que é a pragmática Universal”, artigo que sintetiza a sua teoria da ação comunicativa. Nessa segunda fase, fortemente influenciado por Apel, Habermas constata que, num mundo pós-metafísico, pós-religioso, em que o Direito Natural, a Religião ou o costume (eticidade material) não podem mais explicar a validade do Direito, é necessário desenvolver um conceito procedimental de legitimidade, que, ao contrário do que pensava Weber, não se limite à legalidade. Habermas então entendia como legítimas as normas jurídicas que obrigavam, moralmente, todos os membros da comunidade,

119“[...] Rawls e Habermas [...] procuram contornar duas posições problemáticas na teoria política. Por um lado, ao recorrerem a uma fundamentação de caráter normativo abstrato de uma crítica irrealista, numa espécie de oposição platônica entre ideia e realidade, segundo a qual a realidade da política deveria espelhar a universalidade do mundo ideal. Por outro lado, ao reconstruir as práticas, a cultura pública e as instituições político-jurídicas do Estado democrático de direito [...], no sentido de mostrar que o 'dever ser' já se encontra inscrito – ainda que parcialmente – no 'ser', o risco a ser evitado é o de uma posição realista acrítica”. (WERLE, 2008, p.82)

o que significa uma recondução da normatividade jurídica a uma validade deontológica em sentido prático-moral (relação de complementaridade entre direito e moral). O poder exercido conforme o Direito devia sua legitimidade ao conteúdo moral das qualidades formais do direito. A legitimidade não pode, pois, assentar-se apenas na política legislativa ou na jurisdição, estando fundada em uma base racional, ligada à idéia de imparcialidade. Tal posicionamento, no entanto, seria modificado na obra “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade” (1997), quando inicia-se a terceira fase habermasiana, em que o autor desenvolve uma nova posição sobre a relação entre Moral e Direito.

O Habermas da terceira fase vai entender o direito como garantidor da integração social. O discurso, no qual Habermas encontrava uma Ética, passa a ser neutro. A Moral não pode mais ser, portanto, fundamento do Direito, sendo ambos fundamentados autonomamente no princípio do discurso, ponto em que Habermas afasta seu pensamento em relação ao de Apel. O discurso é a forma reflexivamente intransponível de todo pensar, estando presente até mesmo no ato de pensar solitário com pretensões de validade. Para Habermas, o princípio do discurso tem um conteúdo normativo, mas se encontra em um tal nível de abstração que o torna ainda neutro em relação ao Direito e à Moral. Habermas apresenta esse princípio através da seguinte formulação: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.

Mas a modificação no pensamento de Habermas não quer dizer que moral e direito não tenham relação alguma. A diferença central entre as fases é a substituição de uma relação de fundamentação por uma relação de co-originalidade (simultaneidade) entre as normas jurídicas e as normas morais. Sustenta-se, no entanto, uma relação de complementaridade recíproca em nível meramente funcional (procedimental). Ora, embora o Direito tenha uma neutralidade normativa imediata, o mundo jurídico se abre ao universo moral pela via do procedimento legislativo. Por outro lado, a moral racional, que, no mundo pós-convencional, é desprovida de normatividade sem o apoio da institucionalização, não tem mais mera facticidade, dependendo do ato de legislar para ser integrada ao direito, de forma legítima. Assim, o Direito alivia a moral do fardo da integração social ao retirar o peso das decisões individuais pela via da produção de normatividade institucional. De tal forma, o ônus de decidir constante e individualmente sobre justiça desaparece, pois os cidadãos já o fizeram pela via legislativa, reduzindo a complexidade social (HABERMAS, 1997, t.1, p. 141)

A preocupação de Habermas refere-se ao problema de estabelecer os procedimentos e

premissas a partir dos quais as justificações adquirem um poder gerador de consenso. Descartadas as noções de legitimação, que contam com imagens do mundo com conteúdo, a lógica da evolução social nos levou ao instrumentalismo. A legitimação moral, jurídica ou política não mais procedem do conteúdo de normas, mas sim do procedimento pelo qual foram obtidas. A lógica do desenvolvimento dos sistemas normativos desfaz a dicotomia entre moral interna e externa (oposição entre campos morais e campos jurídicos). Como a ética comunicativa é universal, as premissas geradoras de consenso são comuns às três esferas: jurídica, política e moral. O discurso político trata de questões de natureza moral, o poder político é exercido por meio de decisões juridicamente vinculantes e a política tem sua especificidade na função de estabelecer fins coletivos no âmbito da formação pública da vontade. Direito e moral têm as mesmas características estruturais do ponto de vista da fundamentação, mas o direito, diferentemente da moral, livra os destinatários do ônus de fundamentar, aplicar e obter normas, atribuindo-o aos órgãos estatais.

A moral pós-convencional, o direito positivo e o Estado Democrático são complementares e estão entrelaçados. A moral não pode exigir cumprimento das normas válidas sem a garantia jurídica; o direito positivo, deficiente em matéria de fundamentação, precisa de uma razão moral de caráter imparcial instrumental; e a legitimidade política do Estado de Direito tem raízes em uma legalidade que reflete a estrutura da razão prática. O direito encontra sua força legitimadora no procedimento democrático legislador. As leis surgidas das maiorias parlamentares podem arrogar-se legitimidade com base na ideia de imparcialidade. A ideia de imparcialidade permite a elaboração de modelos democráticos normativos que tenham uma aspiração comum: proporcionar procedimentos que garantam que os interesses de todos os envolvidos serão realmente levados em conta.

A superioridade do direito sobre a moral consiste justamente na possibilidade de constituição de critérios institucionais e independentes, que permitem provar a obediência das regras oportunas na decisão mesmo sem que os envolvidos participem do procedimento original, enquanto a moral exige que se reconstrua o ponto de vista adotado e comprove discursivamente a obediência ao procedimento. O rompimento com a razão prática, informativo moral para a ação, em direção à razão comunicativa, com fundamento no princípio neutro do discurso, de forma a estabelecer um consenso discursivamente estabelecido, implica considerar a noção de validade como permeada pela noção de legitimidade. A legitimidade em Habermas surge da legalidade, desde que essa seja compreendida como criação e reflexo da produção discursiva da opinião e da vontade dos

membros livres e iguais de uma dada comunidade jurídica. A ordem jurídica não é heterônoma, mas emana da produção discursiva da vontade política dos membros da comunidade jurídica, a qual requer um processo de institucionalização. Configura-se aqui a idéia de autoconstituição da liberdade comunicativa, ou seja, a livre composição dos temas e contribuições que devem formar a agenda de institucionalização, o que pressupõe a garantia de procedimentos idôneos a afastar a arbitrariedade decisória.

A tese de Habermas é a versão mais difundida da vertente procedimentalista. Em sua formulação, os requisitos de imparcialidade procedimental não são compostos apenas por direitos civis e políticos, mas também por direitos de natureza social idôneos a configurar uma convergência entre igualdade formal e igualdade material como pressupostos de uma experiência verdadeiramente democrática. O procedimento de institucionalização, ao abandonar a busca da legitimidade em um fundamento jusnaturalístico pré-positivo, deve, segundo Habermas, pela via da teoria do discurso, não se limitar à noção de direitos humanos como meros direitos negativos. Ora, os direitos fundamentais, entendidos como direitos humanos positivados em Constituições ou em outras declarações, são necessários à Teoria Discursiva do Direito, na medida em que garantem a própria participação dos sujeitos de Direito no processo de formação discursiva do Direito. Diante disso, torna-se necessário estabelecer uma complementaridade, e não de concorrência, entre direitos humanos e soberania popular, na medida em que os sujeitos de direito se identificam não só como destinatários, mas também como co-autores da ordem jurídica, emanada da formação discursiva da opinião, pautada, por sua vez, em um princípio do discurso moralmente neutro, que se transforma em princípio da democracia através da institucionalização do Direito (HABERMAS, 1997, t.II, p.316)

Cabe então perguntar: quais são os direitos necessários de se garantir para que os sujeitos compreendam-se como simultaneamente destinatários e co-autores da ordem jurídica?

a) primeiro passo: direitos que garantem a autonomia privada, gerando obrigatoriedade recíproca dos direitos subjetivos (direitos de liberdade, direitos individuais, direito de ação).

b) segundo passo: direitos que configuram a ordem jurídica como produto da opinião e da vontade dos cidadãos (direitos à participação política em igualdade de chances).

c) terceiro passo: direito que garantam condições sociais, técnicas e ecológicas suficientes à fruição igualitária dos anteriores (HABERMAS, 1997, t.1, p.159-60)

Cabe ao direito não apenas estabelecer as liberdades subjetivas em geral, mas também

institucionalizar a igualdade dessas liberdades subjetivas (liberdade comunicativa), de forma a concretizar o princípio do discurso, o qual, em sua forma jurídica, permeia a produção de normas cuja vinculatividade advém da força do melhor argumento. Essa normatividade gera uma obrigatoriedade que precisa ser confirmada na factualidade do caráter democrático das decisões, podendo sempre ser revogada, sob pena de cairmos em positivismo, já que a autoridade do Direito não advém de um poder de fato, mas sim das razões democraticamente consensuadas. São, pois, sempre revisáveis os contornos da relação de complementaridade entre direitos humanos e soberania popular, em um raciocínio que permite o equilíbrio na tensão entre facticidade e validade.

Adela Cortina (2008, p. 170 e ss.) entende que o direito positivo, em Habermas, funcionaria como um momento moral de fundamentação, consistente na força transcendente de um procedimento autorregulador, que controla sua própria racionalidade. Habermas adota a doutrina kantiana dos dois mundos e a transforma em dois momentos de tensão de um mesmo âmbito. O filósofo defende um mínimo de racionalidade universal, a qual é, ao mesmo tempo, imanente aos jogos lingüísticos concretos e transcendente à prática cotidiana. Esse transcendente, categórico, seria metafísico. Precisa-se de um universalismo mínimo como justificação da face bifronte do moral, em que se dá a articulação entre a pretensão universalista de validade das normas morais e a historicidade de seus conteúdos. A legalidade possibilita a legitimidade justamente porque o referido resquício de metafísica está inserido no conceito de racionalidade e no direito autônomo. O direito positivo congrega a dupla perspectiva do idealismo transcendental – a instrumentalidade dos imperativos (perspectiva fenomênica) e a categoricidade das leis morais (perspectiva numênica) – em um mundo da vida, no qual as pretensões de racionalidade têm de ser aceitas ou rejeitadas de modo imanente, mas transcendem as formas de vida concretas. Aqui reside a chave da fundamentação racional do direito positivo e a chave da ética. O direito positivo reúne um momento de intocabilidade, entendido como sua legitimação (validade), e um momento de instrumentalidade, entendido como funcionalidade (faticidade).

Cortina entende que as éticas procedimentais têm como motivo gnosiológico a manutenção de uma ética normativa sem precisar descobrir uma natureza normativa. Por outro lado, comom motivos morais, poderiam ser elencados os seguintes: pretensão moderna de liberdade radical, independente de fins dados pela natureza; pretensão de universalidade que ultrapassa as formas particulares de vida (*éthos* concreto); e pretensão de revisão e crítica, extraível de um procedimento racional, e não da *práxis* social (formulação de um dever ser

que excede o cotidiano). Em outros termos, o instrumentalismo ético nega-se a reconhecer como fim moral um fim metafisicamente descoberto ou qualquer outro fim empiricamente acessível, noções que implicam heteronomia; o fim moral é aquele que os homens querem dar a si mesmos (autonomia).

Uma comparação entre Rawls e Habermas parece deixar em evidência a dificuldade de lidar com o conteúdo normativo. Como já sinalizamos, Habermas buscou evitar o privilégio a e a fixação de conteúdos normativos em uma teoria moral, o que poderia servir como uma alternativa às concepções fracas de bem em que resultou a formulação de Rawls. Habermas não quis incorrer em uma diferença de graus de arbitrariedade moral, para lembrarmos o questionamento de Werle sobre Rawls. Diante do problema do pluralismo, Habermas considera necessário buscar um fundamento moral do direito que não reviva as propostas do direito natural e seja dotado de caráter instrumental. Nesse contexto, os princípios de justiça (caráter categórico de intocabilidade) são condição das qualidades instrumentais de um direito positivo e estão nele inseridos. Ao mesmo tempo, as normas jurídicas, dotadas de pretensão de correção, não expressam apenas uma racionalidade cognitivo-instrumental, mas também uma racionalidade comunicativa.

Por outro lado, a neutralidade do princípio do discurso habermasiano, se encarada como um grau de zero sentido, incorre no já mencionado problema do distanciamento em relação às instituições existentes, entre “ser” e “dever-ser”. Adela Cortina caracteriza como principal dilema da teoria do discurso a manutenção da tensão entre a comunidade real e a ideal, entre o que querem faticamente os sujeitos implicados em uma sociedade ideologizada e o que eles poderiam querer em uma situação de racionalidade. Em uma dialética de imanência e transcendência da racionalidade prática, o instrumentalismo ético lê as estruturas e os procedimentos na práxis concreta, ainda que tal racionalidade prática tenha a pretensão de universalidade de transcender as barreiras do contexto, de forma a manter o caráter crítico da razão. De um lado, surge o desafio de que a necessidade de evitar que a filosofia moral (moral pensada) e a moral (vivida) confundam-se e a universalidade e autorreflexividade da filosofia se esvaziem. De outro, uma ética da responsabilidade só pode exigir moralmente o cumprimento de normas que contam com a obrigatoriedade jurídica (universalidade de cumprimento), sob pena de abstracionismo utópico. As éticas procedimentalistas arrogam-se sobre as éticas substancialistas neorristotélicas justamente a vantagem de, sem perderem a dimensão de historicidade, poderem justificar racionalmente a pretensão do moral à universalidade. Mas assumir que as normas procedimentalmente legitimadas não poderiam

obrigar moralmente enquanto não obrigassem juridicamente implica tornar inúteis a exigência e a obrigação morais. O que resta do moral, se a dimensão deontológica se torna supérflua?

6.4. ÉTICA SEM MORAL?

Adela Cortina (2008, p. 191 e ss.) encontra no pensamento de Habermas um problema concernente à relação entre moral e direito. Se Habermas diz que Kant fez do direito um modo deficiente de moral, as éticas kantianas, ao reduzirem o âmbito da ética ao dos procedimentos legitimadores de normas supõe renunciar a elementos que vêm constituindo parte imprescindível do saber ético, de forma a reduzir a moral a uma forma deficiente de direito. Incorre-se, então, em falácia abstrativista: a ética discursiva só leva em consideração a dimensão racional do homem, esquecendo-se da dimensão tendente. No nível filosófico (e não no da moral substancial), as motivações dos sujeitos não são levadas em conta, mas apenas o princípio racional. Desconsideram-se o valor e as virtudes que levam os homens a optar pela racionalidade comunicativa. Aqui, surge o risco de que o procedimentalismo ético transmude-se em uma ética não valorativa, falando-se da moral sem valores. Ora, não há motivo para seguir um princípio sem a percepção de um valor. O princípio racional da ética discursiva só deve ser incorporado em atitudes e virtudes se for considerado valioso ou indicativo de elementos valiosos. O próprio Kant falava do ser racional como absolutamente valioso, dotado de dignidade.

A ética discursiva tem assumido uma espécie de intelectualismo moral, preocupando-se apenas com virtudes dianoéticas, como a formação democrática da vontade e a disposição para o diálogo, mas não com virtudes éticas (caráter). A instituição autônoma de normas exige não apenas um reconhecimento cognitivo, mas também um reconhecimento prático por livre decisão, que não se confunde com o elemento cognitivo. Na razão real também estão em jogo o querer e o decidir, não podendo ser eliminados o querer e a virtude, os atos ilocucionários e perlocucionários. O fim originário da razão é o de constituir um reino de seres autolegislares. A autonomia passa a ser o direito a defender argumentativamente as convicções e receber réplicas argumentadas, o que possibilita uma teoria dos direitos humanos conjugadora de racionalidade e história, mas aparenta esvaziar a autonomia do sujeito.

Segundo a autora, a filosofia moral de Kant trata do bem moral, do móvel das ações, dos fins, do valor e das virtudes, construindo não apenas uma ética mínima, mas sim uma

antroponomia, motivo pelo qual a ética discursiva não precisa dissolver o fenômeno moral ou empobrecer a filosofia moral, dissolvendo-a em outras disciplinas. Deveria buscar, pois, como caminhos de enriquecimento capazes de solucionar esse problema, uma teoria dos direitos humanos, uma doutrina da virtude/atitude (valor, móvel moral da ação, telos e ethos individual) e uma reflexão sobre a democracia participativa. Na leitura da autora, o que importa na ética discursiva é a disponibilidade para o diálogo, porque a característica de uma ética da responsabilidade é ter o bem como o acontecimento do bom, e não a bondade da intenção (agente). Em sentido contrário, Cortina prega a restauração da dimensão da intenção do agente.

Adela Cortina entende que a obediência ao direito é um dever ético indireto, pois a complementaridade entre direito e moral afirmada por Habermas e devida à necessidade de estabelecimento de caráter coativo à moral pode ser moralmente fundamentada. O desenvolvimento da tese de Cortina (2008, p. 54 e ss.) exigiu o recurso à ética formal de bens de tradição hispânica, cujas raízes remontam a Aristóteles. Tem em Aranguren, influenciado pelas contribuições antropológicas de Zubiri, sua versão mais bem acabada. Enquanto o instrumentalismo neokantiano atribui a pretensão de universalidade das normas morais (e não do bem moral) à razão (prática ou comunicativa), o formalismo agatológico é uma vertente da ética que atribui a pretensão de universalidade à estrutura constitutivamente moral do homem e à bondade da realidade, cabendo à razão o papel ulterior de configurar os conteúdos concretos a partir de esboços determinados. Essa perspectiva diferencia uma dimensão protomoral e uma dimensão da moral normativa. A primeira delas trata-se de um nível ético em que a análise do caráter constitutivamente moral do homem, sua religação e obrigação a uma realidade boa e o papel estimativo e avaliativo do *lógos* (apreensão das coisas enquanto bens e valores). A segunda, por sua vez, consiste na tarefa de construção de uma ética racional. Cortina entende que os resultados alcançados pela protomoral no pólo antropológico e no pólo de análise da bondade da realidade não são igualmente valiosos.

A ética formal de bens adota um ponto de partida fenomenológico idôneo a evitar: a falácia naturalista do pan-moralismo; o dualismo agatológico de uma ética material dos valores (sentir/inteligir); e o dualismo ontológico/ético (separação ser/dever-ser) dos empiristas e sua falácia antirrealista. A protomoral é um fundamento formal da moralidade e de todo dever, em consonância com o que caracteriza uma ética procedimental: a pretensão de liberdade radical em face de todo fim dado por natureza. Com a noologia zubiriana, não há uma ruptura entre o bem primordial apreendido na realidade e que leva o *lógos* a avaliar as

coisas, e os bens e deveres concretos. A impressão da realidade é diferente em relação às coisas (reais por si mesmas) e aos homens (por si mesma e por si, como pessoa). Há uma relação entre o homem e a realidade, estando aquele obrigado a esta. O homem, por ter uma estrutura constitutivamente moral, capta seu meio como realidade a partir de uma inteligência senciante e possuinte, apropriante, que dá ao moral um caráter físico. Diferentemente de um animal, o homem precisa justificar seus dados (ajustamento a uma ou outra forma de vida), em um incontornável sentido de justiça. A estrutura protomoral não é composta por bens, valores ou normas concretas, mas é incoativamente moral, visto ser o marco que impossibilita aos homens agir amoralmente.

A ética formal de bens não satisfaz por apoiar-se, nessa ordem, em uma pretensa bondade da realidade, nas preferências subjetivas e na experiência moral. O fato de o homem ter de justificar suas escolhas (realidade debitória) afirmado pela ética agatológica não significa que exista um critério para decidir que tipo de deveres são morais, a partir dos quais julgar se a escolha é de tipo moral. A ética discursiva, nesse aspecto, vai à frente ao oferecer, com seu próprio princípio racional, o critério para decidir quais normas devem ser consideradas morais. Esse mesmo critério, fundado na razão, embasa a pretensão de dar um tipo de “conteúdos” formais universais, independentes da mudança histórica e justificantes da pretensão de universalidade do moral. Por outro lado, a ética formal de bens nos lembra que a análise fenomenológica é complemento necessário para qualquer ética. Qualquer construção de um mundo racional que, em nome de um “como se” ficcional (idealista), ignore a diferença entre a realidade pessoal e a das demais coisas, é injusta com a realidade e não serve para justificar nossa escolha de possibilidades. A contribuição da ética formal de bens à ética instrumental de normas diz respeito à percepção de que o amoralismo é um conceito vazio, porque o homem se encontra sempre “protomoralmente” estruturado, o que a antropologia zubiriana mostra com anterioridade ao juízo e aos princípios morais. Tomar a via transcendental de reflexão em vez de considerar os pressupostos pragmáticos do discurso prático e chegar a uma pragmática universal sem buscar uma antropologia acessível à apreensão primordial, na visão de Cortina, é modéstia demais para a ética discursiva. A ética discursiva situa-se desde o início no plano racional, precisando tomar pé na realidade e de seu caráter noérgico, que nos obriga a valorizar, preferir e justificar escolhas.

Tomar pé na realidade para a ética discursiva, na concepção de Cortina, é atender aos atos de fala e aos pressupostos pragmáticos que, em relação à vertente prática, expressam a realidade social de um mundo intersubjetivo gerador de normas. Dessa forma, a lógica do

discurso prático poderá apresentar um critério para avaliar a correção das normas ao propor um procedimento de legitimação e, ao mesmo tempo, um fundamento dessas normas, que é a própria estrutura da razão. Para tal desiderato, a autora considera necessário que uma dimensão virtuosa seja assumida pela ética procedimental.

A ética kantiana, como uma ética de princípios (enunciados prescritivos universalizados), costuma ser considerada por alguns como oposta a uma ética de atitudes (virtudes). Este último tipo de ética é aquele que podar lugar ao hábito, ao caráter, ao *ethos*. Cortina (2008, p.222-4) não chega a admitir a reconstrução das éticas procedimentais a partir de uma teoria substancial da vida boa, como quer Taylor. Entretanto, dá razão a este em outro ponto: as éticas procedimentais baseiam-se em uma valoração forte. Só se pode responder à pergunta “por que tenho de seguir determinado procedimento” com valorações fortes como “dignidade do homem” (Kant), “acordo racional” (Habermas) ou “conceito kantiano de pessoa” (Rawls). Ora, o princípio da ética discursiva pode ser rechaçado, ainda que tendo em vista as dimensões pragmáticas dos atos de fala, em favor de uma alternativa solipsita. O próprio Habermas admite que são tidos como “moralmente bons” aqueles que, em situações de conflito, mantêm a competência interativa, em vez de rejeitar inconscientemente o conflito. Trata-se, como diz Apel, de um compromisso com a razão impossível de ser demonstrado, cujo sentido, na visão de Cortina, pressupõe a percepção de um valor.

A reconstrução de uma ética procedimental a partir de uma teoria substancial da vida boa não é admissível justamente porque as éticas procedimentais ocupam-se do universalizável no fenômeno moral, mas não dos bens relativos a determinados indivíduos, grupos ou sociedades. Mas a assunção de um elemento valioso pelas éticas deontológicas é necessária para fins de entrelaçamento entre princípios e atitudes, justamente porque o interesse por um valor motiva determinadas atitudes, as quais são idôneas a estimular o hábito e a virtude. Isso significa que a ética procedimental pode contar com um *ethos* universalizável. A identificação de uma origem para este valor exige a reconstrução do que se entende por razão prática. É próprio da estrutura da ação racional tender a fim, sem o qual não se poderia falar de sentido subjetivo da ação. Porém, no caso da razão prática, a ação por ela regulada não pode ser considerada um meio a serviço de um fim situado fora dela. Ao contrário, a ação inclui o *télos* em si mesma, e é esse momento teleológico incluído na própria ação que faz dela um tipo de ação maximamente valiosa e realizável por si mesma. Leva-nos, portanto, não a uma ética de bens, mas sim a uma ética de valores, atitudes e virtudes (CORTINA, 2008, p. 222-4). “O *télos*, para aqueles que desejem se comportar racionalmente, leva ao *déon*. O momento é

deontológico por ser teleológico. [...] [...] não têm por que ser opções disjuntivas, já que a percepção de um procedimento como valioso gera um *éthos* correspondente” (CORTINA, 2008, p. 224)

Cortina (2008, p.225-6), inspirada em Cubells, recorre a Aristóteles para demonstrar que desde a filosofia do ser, passando pela filosofia da consciência e chegando à filosofia da linguagem, um deontológico teleológico sempre esteve presente¹²⁰. Em Aristóteles, as ações humanas são dirigidas para um *télos*, mas a constituição da *práxis* diante da *poiesis* consubstancia um momento deontológico. Enquanto o fim da produção é diferente dela própria, o fim da ação é, em si, um fim. No primeiro caso, trata-se de *práxis atelés* (*kínesis*). Por sua vez, o segundo caso diz respeito à *práxis teleía*, em na qual tendência e fim se identificam em uma simultaneidade temporal.

Isso é o que acontece na *práxis* do homem enquanto homem, isto é, na contemplação: o conhecimento move a vontade, que, por sua vez, desperta um novo desejo. A sucessão entre desejo e felicidade não tem por que ser interrompida, por isso nos encontramos diante de uma atividade contínua. Ao contrário, na atividade em que tendência e fim se dão sucessivamente, alcançar o fim supõe o desaparecimento da tendência. Por isso, aqui, o fim é perfeição e limite da ação. [...]. O conceito de *práxis teleía* ilumina, portanto, o campo prático em toda a sua amplitude: na ética teleológica de Aristóteles, o momento constitutivo da racionalidade do prático é deontológico. (CORTINA, 2008, p.226)

Cortina vê na razão prática kantiana um momento teleológico-deontológico semelhante ao do intelecto prático aristotélico, visto que os imperativos categóricos têm o fim englobado pela própria ação ordenada, enquanto os imperativos hipotéticos submeteriam o preceito a um fim diferente da ação. O imperativo categórico entrelaça o preceito e a vontade de todo ser racional, o que exige a ampliação da concepção dessa vontade como universalmente legisladora, um fim em si mesma, ou seja, autotélica. Em Kant, há uma convicção de que a razão nos foi dada para produzir uma vontade boa, motivo pelo qual um ser que é um fim em si, absolutamente valioso, tem dignidade e, dotado de capacidade autolegisladora, não deve se submeter a leis alheias. Estabelece-se assim uma ponte entre uma ética procedimentalista e o

120 “Se Aristóteles supunha uma ordem teleológica do ser, que fazia o fim e o bem coincidirem, Kant supõe uma ordem teleológica das faculdades do ânimo que lhe permite confiar, em última instância, que todas terão um uso correto. Por isso, a Crítica tem por tarefa descobrir, em cada caso, qual é esse uso e impedir excessos. Essa confiança básica na ordenação teleológica das faculdades do ânimo reproduz, a meu ver, a *teleologia aristotélica do ser*, mas no nível da *consciência*; enquanto a pragmática formal a reproduzirá por meio da *linguagem*, porque a linguagem também terá um uso originário e usos derivados. O uso originário será determinado pelo *télos* da linguagem, e ater-se a ele, em caso de conflito, suporá ater-se à razão prática, entendida agora como racionalidade comunicativa. Um mesmo modelo teleológico, uma *confiança na ordem* do ser, da *consciência* e da *linguagem*, constitui o pano de fundo de alguns modelos filosófico, cuja única alternativa total possível é o caos” (CORTINA, 2008, p.230).

sentimento, o que exige o cultivo de uma atitude correspondente ao princípio de moralidade, representável pela forma da universalidade, pelo reconhecimento do fim em si mesmo e pela concordância de todas as máximas em um reino dos fins.

“Naquilo que se refere à proximidade com o sentimento moral, existe entre eles uma gradação: a representação que um homem tem a respeito de si mesmo, ou como fim em si, ou como membro de uma comunidade de seres que são fim em si, está mais próxima do sentimento que a representação da lei em sua universalidade. Talvez seja essa a razão pela qual os termos-ponte entre o princípio e a atitude, os termos 'valor absoluto' e 'dignidade', introduzem-se mediante o reconhecimento do fim em si e do reinos dos fins”. (CORTINA, 2008, p.231)

As éticas procedimentais podem fazer afirmações de valor, as quais possibilitam aos indivíduos e aos grupos se interessarem por esses elementos valiosos. Nesse particular, a ética dialógica habermasiana, caracterizada pela entrada do princípio dialógico no lugar do princípio moral, é constituída por um momento deontico-teleológico, o qual não se encontra mais na consciência, mas sim na linguagem, entendida esta como estrutura do ato de fala. Se o bem moral em Habermas é a capacidade de preservar a competência interativa em situações de conflito, a bondade moral, agora entendida como uma atitude de disponibilidade para a solução dialogada de conflitos, pode, assim como em Kant, ser predicada da vontade. Boa vontade e formação discursiva da vontade estão em uma relação estreita. Aqui, Cortina (2008, p. 232-3) faz um questionamento pertinente: considerando que os programas educativos e culturais promovem a disponibilidade para o diálogo e isso colabora bastante para a acolhida do princípio da ética discursiva nas democracias ocidentais, este princípio deixaria de valer caso a mentalidade generalizada fosse modificada em favor da violência generalizada?

Habermas considera que o uso lingüístico orientado para o acordo é o modo originário de usar a linguagem. Os efeitos perlocucionários produzidos contingentemente, independentemente dos contextos regulados de modo gramatical, só podem ser alcançados com a ajuda de ações lingüísticas quando estas são consideradas como meios dentro do contexto de ações teleológicas que buscam o êxito. Trata-se de um uso parasitário da linguagem orientado pelas conseqüências, dado que o acordo é inerente como *télos* à linguagem humana. Linguagem e acordo não se comportam reciprocamente como meio e fim; ao contrário, os conceitos de fala e de acordo se interpretam reciprocamente, pois só podemos esclarecer o conceito de acordo quando definimos o que significa utilizar proposições com sentido comunicativo. Dessa forma, conclui Cortina que o que confere especial valor à ação comunicativa é o fato de realizar o fim próprio da linguagem.

Diante disso, mesmo com uma mudança na mentalidade generalizada, a estrutura originária da linguagem não seria modificada, o que implica reconhecer a continuidade da solução dialógica de conflitos como o melhor caminho. Seguir sem reservas as metas ilocucionárias do próprio discurso em busca de um acordo pressupõe adotar uma forma de vida transparente e desinteressada, cujos atores estão dispostos a perseguir apenas os interesses conjugáveis com os demais e dialogar com eles sem reservas. Pode-se, então, falar em uma nova teleologia, de caráter moral, em que a linguagem é originariamente encaminhada a alcançar um fim moral: a conjunção de interesses, a união entre a vontade particular e a universal. O uso correto da linguagem exige a forma de vida moral do homem que quer um universal (CORTINA, 2008, p.234-6).

A forma de vida daquele que busca o acordo é um *éthos* universalizável, o qual se sente impelido a cultivar quem aprecia o valor do princípio da ética discursiva. Pode-se, assim, conceber uma doutrina da virtude idônea a complementar substancialmente a ética discursiva. Cortina indica quatro traços da dimensão do *éthos* universalizável do “homem com vocação humana”, apropriando-se analogicamente da descrição de Peirce de uma atitude investigativa desejável daquele que busca a verdade.

Autorrenúncia em face dos próprios interesses e convicções que, em virtude de sua limitação, obscurecem o caminho rumo à verdade; reconhecimento do direito dos membros da comunidade real de pesquisadores a expor suas próprias descobertas e da obrigação, diante deles, de justificar os próprios achados; compromisso na busca da verdade, porque só se pode encontrá-la por meio dos participantes reais em uma comunidade real, mesmo falível; e esperança no consenso definitivo, que é crítica e garantia dos consensos fáticos e, nesse sentido, ideia reguladora. (CORTINA, 2008, p.237-8)

O princípio da ética discursiva não esgota sua fundamentalidade na norma. Existe uma dimensão ética da argumentação em que reside o reconhecimento como pessoas de todos os seres capazes de comunicação. A norma fundamental dessa ética da argumentação seria aquela formulada por Apel (*apud* CORTINA, 2008, p.246), nos seguintes termos:

“Todos os seres capazes de comunicação lingüística devem ser reconhecidos como pessoas, visto que em todas as suas ações e expressões são interlocutores virtuais, e a justificação ilimitada do pensamento não pode renunciar a nenhum interlocutor e a nenhuma de suas contribuições virtuais à discussão”.

Cortina, com fundamento da norma de Apel, entende os direitos humanos como aqueles atribuídos ao todo homem pelo simples fato de ser homem, ou seja, de, em consonância com a pragmática lingüística, ter competência comunicativa ou potencial para possuí-la. Essa

caracterização permite-lhe escapar de uma falácia naturalista e encontrar uma fundamentação normativa dos direitos humanos mediante o princípio da ética discursiva. Todo participante virtual em um discurso prático deve ter certos direitos reconhecidos, direitos estes descobertos pela via da reflexão transcendental, porque todo aquele que argumenta seriamente já os reconheceu. Obviamente, tais direitos são diferentes daqueles efetivamente reconhecidos pelas comunidade concretas de comunicação ao longo da história. Os direitos humanos são exigências cuja satisfação deve ser legalmente obrigada justamente porque sua satisfação é condição de possibilidade para que se possa falar de “homens” com sentido. Nesses termos, tanto aquele que não apresente tais exigências como aquele que não respeite tais direitos em outros estariam a agir contra sua própria racionalidade e, portanto, dificilmente poderiam ser reconhecidos como homens. O estatuto normativo dos direitos humanos, pela sua intrínseca relação com a humanidade, acarreta a legitimação de todos os homens para fazê-los valer como direitos, mesmo que não tenham sido reconhecidos como tais pelas legislação correspondentes, o que permite qualificá-los como direitos “morais”, e não “legais”.

Lembremos, quanto ao problema do pluralismo, que a protomoral serve como sistema de referência para a construção racional de uma moral normativa: os homens tendem à felicidade (autorrealização), alcançável pela apropriação de possibilidades que conduzem a ela. A protomoral não avaliza nem obsta o formalismo kantiano, o princípio de imparcialidade ou o convite ao amor, pois ela não propõe caminhos universais para alcançar a autorrealização; se assim o fosse, teria dado razão da pretensão de universalidade do fenômeno moral. Os ideais de felicidade pertencem à dimensão do moral e seu pluralismo (ideais distintos de vida sincrônica e diacronicamente). Trata-se de uma caracterização formal comum que conta com o *daímon* de cada homem. A felicidade é entendida aí como realização de um projeto no qual se crê e se espera continuar realizando, devendo corresponder ao desejo, à vontade, e ao desenvolvimento de virtudes que a potencializem, motivo pelo qual a ética apenas pode dar conselhos, mas nunca impor concepções de felicidade, o que é coadunável com a relevância do reconhecimento da capacidade autolegisladora do homem pela ética discursiva.

A preocupação de Cortina quanto às limitações da ética discursiva habermasiana na dimensão da realidade assemelha-se, em certos termos, com a crítica de Arthur Kaufmann (2009, p. 431 e ss.) sobre as teorias do consenso. O autor germânico entende que o modelo discursivo habermasiano considera o consenso como legitimado pela força do melhor argumento, conceito vazio que não estabelece prioridades de conteúdo e pode ser explicado

unicamente à luz de características formais do discurso, recaindo mais uma vez em uma geração da matéria a partir da forma, ou seja, no círculo jusnaturalista presente em Kant e em todas as fundamentações materiais da justiça. Kaufmann estende essa crítica à ética do discurso de Apel, mesmo com a fundamentação do direito na moral sustentada por este autor, pois também nele o consenso continua tendo um caráter meramente ideal e fictício, impossível de ser determinado empiricamente, o que o torna passível de legitimar qualquer conteúdo, já que seu único princípio moral é o da universalização.

A fraqueza da teoria do consenso consistiria, segundo Kaufmann, essencialmente no fato de ela crer poder dispensar a experiência e o material, o que, inclusive, se coaduna com a mera preocupação com as asserções de verdade (teoria do consenso), e não com a verdade em si (teoria da correspondência). Não é possível se ter uma garantia de evitar-se empiricamente o agir estratégico, de forma que se faz necessário pensar sobre os conteúdos do direito e da justiça. O autor, ao buscar uma superação da teoria habermasiana, não deixa de concordar com este quanto ao fato de que a verdade (correção), no domínio normativo, se produz não apenas através do processo, mas precisamente no processo. Entretanto, esse discurso normativo também precisa ter um tema, um “objeto” (em sentido não metafísico-substancial). O consenso, como critério de verdade e correção deve ser substituído pelo critério de um conhecimento convergente objetivamente/materialmente fundado a respeito do mesmo “objeto” por vários sujeitos independentes uns dos outros.

Adota Kaufmann a via da posição processual que encara os conhecimentos normativos como um produto, embora não-exclusivo, daqueles que conhecem um objeto processual não pré-dado, mas sim como um acontecimento histórico caracterizado pela sua relação com o direito e cujos contornos precisos e concretos só se dá no decorrer do processo. Esse objeto a que se refere o discurso sobre a justiça não pode se encontrar nem totalmente dentro nem totalmente fora do processo de determinação do direito, ou seja, é “sujeito” e é “objeto”, da ordem do ser e processual, e é o homem, em sentido ôntico-processual, como pessoa, em sentido ontológico-relacional, pois o direito legitima-se sempre pelo fato de garantir a cada um o que lhe compete como pessoa e pela exigência de respeito mútuo. Aqui, o consenso não é o fundamento, mas sim um meio de identificação do direito objetivo correto, ponto em que, simultaneamente, complementa-se a teoria discursiva de Habermas com um princípio de convergência, cerne de uma teoria processual materialmente fundada, bem como se supera o pensamento substantivo-ontológico (metafísico).

Trabalhamos até agora, com Cortina e Kaufmann, as limitações do pensamneto

habermasiano quanto a um *déficit* ontológico de realidade. Marcelo Neves, também incomodado com as insuficiências da ética procedimental, desloca o foco de suas preocupações para o papel da teoria do consenso no contexto de uma concepção de democracia e busca qualificá-la pela via de um diálogo com a teoria sistêmica de Luhmann. Obviamente, como já indicamos desde o início do trabalho e ficou claro pela relação estabelecida entre autolegislação e virtude estabelecida por Cortina, as dimensões política e hermenêutica de representação não estão desligadas. Ao contrário, visitaremos agora os elementos básicos do pensamento de Luhmann para que, em seguida, possamos encontrar, no diálogo com Neves, o ponto de convergência entre ambas as perspectivas de representação.

6.5. A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Marcelo Neves (2006, p. 79 e ss.) entende que, em um primeiro momento, Luhmann concebe a positividade do direito como decidibilidade e alterabilidade do sistema jurídico e, por tal motivo, teria sido acusado por Habermas de defender uma postura decisionista. O autor brasileiro enxerga, no entanto, uma virada no pensamento de Luhmann, na qual a noção de positividade passa a subordinar o problema da decidibilidade à questão da autonomia operacional. Nesses termos, o caráter autopoietico do sistema jurídico passa a ser o cerne da noção de positividade, traduzida como atribuição do significado normativo pelo próprio sistema jurídico, ainda que tal atribuição altere radicalmente o direito.

Luhmann enxerga o sentido inerente às estruturas de comunicação como base ontológica do sistema. O fechamento operacional não é assumido em nome de uma dada perspectiva epistemológica. Está, isso sim, atrelado ao modo de ser das próprias operações do sistema e de sua reprodução. “Não há lugar, portanto, para que se possa prescrever, metodologicamente, os limites do direito”. (MURICY *in* BOUCAULT; RODRIGUEZ, p. 110, 11)¹²¹.

O subsistema jurídico, como sistema cognitivamente aberto e operacionalmente

121“ A teoria sistêmica, como se vê, é dotada de uma *universalidade* que a torna extremamente atraente em uma época como a nossa, em que se busca reencontrar o 'fio da meada', perdido com a alta especialidade do conhecimento nos tempos modernos. A essa universalidade se associa uma outra característica sua, que ao mesmo tempo é um dos conceitos básicos por ela empregados: a *reflexividade*. Por pretender uma universalidade, de tudo poder explicar, a teoria de sistemas já de, por si mesma, explicar a si própria. Isso lhe confere uma terceira característica, que também é atribuída aos sistemas por ela estudados: a *auto-referência*. A teoria de sistemas deve, então, poder tudo explicar ('universalidade'), inclusive o próprio teorizar ('reflexividade'), o que faz explicando tudo como sendo *sistema* ('auto-referência') + o que não é esse sistema: o *meio circundante*.” (GUERRA FILHO, 2009, p. 207-8)

fechado, assimila os fatores de seu ambiente com base em seus próprios critérios, em um processo seletivo de filtragem conceitual no interior do próprio subsistema. A abertura cognitiva possibilita a alteração do sistema, para fins de adaptação ao ambiente, ao mesmo tempo que o fechamento operacional impede a confusão entre sistema e ambiente. Nesse contexto, a diferenciação funcional do sistema jurídico torna irrelevantes os valores circulantes na sociedade, os quais tornam-se valores próprios do direito. A justiça, então, só é considerada a partir do próprio sistema, seja como consistência das decisões nos moldes de uma conexão da reprodução normativa autopoietica (justiça interna), seja como adequada complexidade adquirida pela via da abertura cognitiva às informações do ambiente (justiça externa) (NEVES, 2006, p. 80 e ss.)

Luhmann assume uma concepção de justiça independente de teorizações prévias produzidas no âmbito moral. Tratar-se-ia de uma mera “fórmula de contingência” situada no limite entre determinabilidade e indeterminabilidade decisória, legitimando as resoluções de conflitos sem que isso signifique uma deslegitimação de outras opções de resposta. A justiça perde o significado ético e torna-se unidade operacional do sistema, obediente a suas regras internas. Esse desprezo aos fundamentos de ordem ética é devido à sua compreensão como elementos desestabilizadores da função seletiva do direito e de sua capacidade de generalizar expectativas. A justiça deixa de ser vista como valor e torna-se uma forma de reflexão do sistema acerca dele próprio¹²². (MURICY *in* BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p.120-1)

A unidade do sistema jurídico em Luhmann não é estabelecida por um critério lógico, dado que o próprio sistema estabelece operacionalmente os seus limites. Não há qualquer esquema de hierarquia escalonada, mas sim uma circularidade reflexiva de operações sistêmicas garantidas operações e referências atreladas à validade. Esta é apenas um símbolo desprovido de valor intrínseco, indiferente ao conteúdo prescritivo de normas e responsável pela unidade do sistema. A norma jurídica não tem um caráter deontológico, mas apenas de uma espécie de expectativa cognitiva contrafática e imune à aprendizagem. Norma e validade estão desvinculadas em nome de uma independência da decisão jurídica em relação a conteúdos valorativos que pudessem ser alegados como fundamentos para sua aceitabilidade social. A questão da legitimidade material dá espaço a um decisionismo funcionalista, não havendo espaço para uma discussão sobre o consenso e a natureza dos fundamentos das decisões judiciais (MURICY *in* BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p. 111)

¹²²“Enquanto o símbolo formal da validade facilita a auto-referência sistêmica recorrendo a textos deteminados do direito vigente, a Justiça realiza o papel de projetar o sistema em sua totalidade unitária, como espécie de ‘programa para todos os programas’” (MURICY *in* BOUCAULT; RODRIGUEZ, 2005, p.120-1).

Luhmann (2004, p. 196 e ss.) defende que os programas condicionais, estruturados como “se-então”, estabeleceriam as condições pelas quais seria realizada, *a posteriori*, a adjudicação dos valores direito/não-direito a fatos passados atualmente verificáveis. O programa condicional está diretamente relacionado à função de estabilização das expectativas contrafáticas atribuída ao direito. Ora, se a contingência já significa a insegurança de que a satisfação das expectativas venha a se realizar, ao menos é necessário que sejam conhecidas, de antemão, quais são essas expectativas. Em outros termos, dada a insegurança inerente à possibilidade sempre presente de descumprimento das prescrições normativas, o direito presta-se a garantir a segurança a respeito de quais expectativas serão reconhecidas como exigíveis no momento da decisão, não permitindo que fatos futuros sejam determinantes para tanto. O estabelecimento de programas finalísticos, ao contrário, deixaria em aberto a questão sobre a justificabilidade futura das expectativas, de forma a gerar uma indeterminação insuportável para um sistema que se pretende autopoietico. Os programas finalísticos não seriam adequados ao sistema jurídico, visto que apenas os programas condicionais serviriam a instruir o enlace entre auto-referência e heterorreferência.

Os programas condicionais, dependendo da escolha das condições, podem ser programas abertos ao futuro. Isso não significa, no entanto, que fatos futuros, ainda não determinados no momento da decisão, sejam determinantes para a qualificação do fato como lícito ou ilícito. Ao contrário, essa é uma característica dos programas finalísticos. A abertura ao futuro, portanto, pode ser realizada apenas por via de programas condicionais, no contexto da seleção legislativa das condições estabelecidas, e não por uma técnica que deixa em aberto os meios para a consecução de finalidades políticas, sob pena de desvirtuamento da diferenciação funcional do direito.

Luhmann, ao afirmar que os programas do sistema jurídico são sempre programas condicionais, não quer dizer que, empiricamente, o direito contemporâneo não apresente programas finalísticos, mas apenas que não há programas de fins “verdadeiros”, no sentido de deixar ao futuro o estabelecimento do que é conforme ou discrepante com o direito. Os programas finalísticos, em verdade, são operações que servem para guiar as estruturas do sistema. Nessa leitura, o conceito de fim pode marcar um conceito de temporalidade duplamente modalizado. Trata-se, aqui, da unidade de uma diferença dupla: a diferença entre estados alcançáveis e que se cumprem; e a diferença, no âmbito do alcançável, entre futuro presente e presentes futuros. Os programas de fins atraem ao presente o risco de separação entre futuro presente e presentes futuros, visto que estes podem não coincidir com aqueles. O

juiz, para Luhmann, deve decidir unicamente tendo como base aquilo que no presente de sua decisão visualiza como futuro, ou seja, o futuro presente que enxerga após estabelecer com bastante cuidado o enunciado fático. O futuro não oferece informação suficiente a respeito de si desde agora, o que inviabiliza a decisão de que algo virá a ser, embora ainda não o seja, qualificado como lícito ou ilícito.

A orientação por fins pode ser politicamente sensata, mas sua aplicação no sistema jurídico leva a uma imprecisão técnica. Nomear um fim significa que as medidas só são corretas juridicamente no caso de cumprirem os critérios orientados aos objetivos, critérios estes como o de competência causal e o da legitimidade de seleção dos meios. Os programas finalísticos não podem ser mais do que guias para a determinação das condições que podem embasar a qualificação lícito/ilícito pela decisão. Tratar-se-ia de uma constituição de um programa condicional mais ou menos caso a caso, o que gera o problema de conferir ao juiz a tomada em conta de medidas estereotipadas de utilidade presumida. Quanto mais considerações a respeito do fim uma decisão contém, maior será a probabilidade de que esteja equivocada, pois o futuro continua sendo desconhecido pelo juiz. Nesse caso, apenas a autoridade do cargo e a proibição do *non liquet* validarão a decisão, a qual, empiricamente, será criticada.

O marco jurídico de uma decisão nunca é um programa finalístico que exige a busca de meios adequados para a consecução de um fim, mas sim uma estrutura do tipo “se-então”. Apenas quando se apresentam problemas na interpretação desse texto o sistema jurídico poderá partir da consideração de qual é a finalidade em função da qual o programa deve operar. Nesse caso, temos um programa condicional que permite certa liberdade na elaboração de metas pela inclusão, em seu contexto, de um programa finalístico. Esse expediente passa necessariamente pela referência a resultados desejáveis ou não. A argumentação justifica-se pela avaliação das diferentes conseqüências que a aplicação de diferentes regras acarretaria. Mas essa relevância argumentativa das conseqüências não pode se confundir com uma programação finalística da decisão, o que se percebe facilmente ao lembrarmos que os juízes não têm meios para assumir riscos. Igualmente o legislador, segundo Luhmann, também não poderia, em matéria de técnica-jurídica, traduzir sua assunção de riscos em linguagem de programas finalísticos no sentido aqui já rejeitado. Entretanto, os tribunais costumam assumir critérios de interpretação legal orientados a fins e culpar o legislador pela deficiência de concretização desses fins, deficiência esta que pode esconder compromissos políticos. Uma postura tal permite ao juiz conceber um fictício programa

finalístico, necessário para o proferimento de uma decisão com cunho político, mas cuja autoridade não lhe permitiria formular assumidamente como criação própria (LUHMANN, 2004, p.336)

Luhmann estabelece uma distinção entre conseqüências internas e conseqüências externas do sistema. As conseqüências internas são jurídicas, motivo pelo qual os juízes estão vinculados a avaliá-las em sua justificação dos efeitos a serem atribuídos tanto ao caso passado julgado como às decisões futuras (na forma de precedente). A discussão sobre as regras que generalizam razões tem como momento fundamental a análise de qual conduta seria considerada lícita ou ilícita se uma determinada regra fosse aplicada. Tal avaliação não exige uma estimativa de conseqüências externas e não precisa, pois, induzir uma responsabilidade do juiz em relação à imprevisibilidade. Basta ao julgador referir-se à doutrina e ao conhecimento jurídico presentemente disponível, nos moldes da redundância exigida pelo sistema.

Há situações em que a consideração das conseqüências internas ao sistema não induz claramente a nenhuma solução. Luhmann afirma que, nesses casos, os juízes costumam resolver o caso com vias a uma orientação finalística. Trata-se, então, a lei como meios para a consecução de dada meta, o que pressupõe uma tentativa de prever os efeitos fáticos do estímulo ao comportamento assumido como lícito no conteúdo da decisão. Essas decisões pragmáticas vinculam devido ao seu caráter autoritativo, mas, criticamente, Luhmann considera-as mera atividade imaginativa dotada de efeitos jurídicos e chega a mencionar a existência de trabalhos no campo da teoria do direito que consideram um ponto de decadência da racionalidade jurídico-aplicativo essa utilização do direito como caminho de execução de funções de política social. Já situando-se na perspectiva do sociólogo, o autor descreve essa tendência tentar prever empiricamente as conseqüências externas das decisões como um elemento relacionado à variação do sistema, e não a sua redundância, o que resulta em situar a responsividade sistêmica diante das mudanças de preferências sociais, e não da justiça.

A capacidade de elaboração dos decisores jurídicos determina como pode ser apreendida e elaborada a complexidade da situação de fato. Essa influência da complexidade do problema na decisão pressupõe uma orientação da resolução em função das conseqüências. Nos conformes do pensamento de Luhmann, isso seria dispensável numa programação de determinação do direito exclusivamente condicional. A programação condicional empregada para o exterior é funcional justamente por reproduzir redutivamente a complexidade do ambiente, já que o sistema jurídico e a dogmática jurídica não têm condições de prever as

conseqüências da decisão para tomá-las adequadamente em consideração. A estrutura “se-então” possibilita ao juiz eximir-se da responsabilidade sobre conseqüências imprevistas, já que a validade da norma estaria garantida. Cabe ao legislador, isso sim, escolher conseqüências e agir segundo programas orientados para objetivos.

Quanto mais o sistema reflete sobre fundamentos em busca de elementos necessários, mais encontra contingência, distanciando-se do passado ao futuro. O paradoxo da argumentação reside justamente na circunstância de que a valoração das conseqüências pode levar todos a considerarem-se seguros de sua própria resposta, o que aumenta a variação do sistema e força uma reorganização das redundâncias, sem que se possa propriamente alcançar uma melhor razão. Afinal, enquanto a ciência encontra soluções em previsões, o direito as encontra em decisões.

A possibilidade de inclusão de um programa finalístico no contexto dos programas condicionais implica o reconhecimento de uma textura aberta (Hart) e da indecidibilidade argumentativa de certas controvérsias. O estabelecimento de condições reduz-se a uma norma de competência. O juiz considera como determinante um meio adequado para um fim. Ainda assim, trata-se de um programa condicional, pois só é direito devido à competência do juiz. Direito é o que o direito denomina direito. Nada disso afeta a previsibilidade e a autopoiese do sistema, pois esta se garante por meio do código, e não dos programas.

Luhmann (2004, p. 287 e ss.) considera os *hard cases* como situações em que os tribunais não podem se apoiar no direito vigente de forma inquestionável, devendo criar um direito sem ter condições de garantir que o programa decisório nesse caso será válido para os próximos casos. Remete, aí, à noção de *ratio decidendi*, como elemento vinculante das decisões judiciais particulares para os casos posteriores, o que, obviamente, não resolve o problema da determinação do que deve ser essa razão decisória e de como ela é encontrada. Em verdade, as cortes limitam-se ao que é necessário para justificar as respostas concebidas, muitas vezes distinguindo entre uma *rationes decidendi* elaborada de forma restrita e um *obiter dicta* mais amplas.

A autolimitação judicial está relacionada à diferenciação entre a obrigatoriedade de decidir imposta às cortes e a não-obrigatoriedade de decidir titularizada pelo Legislativo. No sistema de hierarquias entrelaçadas, a corte, quando provocada, tem a função de converter a indeterminação legislativa em determinação casuística, transformar a compulsoriedade em liberdade. A legislação, como periferia do sistema jurídico, é o alvo por excelência das irritações do ambiente, o que redundará em uma proteção ao Judiciário em sua condição de

centro do sistema. Os tribunais não podem depender de um consenso, visto que o papel de filtragem do que adentra o sistema já foi realizado pelo processo político, este sim um *locus* próprio para o estabelecimento de consensos políticos.

Os tribunais costumam recorrer a fórmulas morais vagas como “as aspirações morais do povo” ou o “senso de decência das pessoas sensatas”. Em verdade, essas ficções servem como forma de integrar o espaço residual nas leis válidas, as quais têm a função de reduzir a complexidade e permitir ao Judiciário fundar-se em programas condicionais na qualificação de um fato passado como lícito ou ilícito. Uma recondução a posicionamentos morais tem o efeito prejudicial de traduzir-se como uma rejeição a perspectivas morais contrapostas, o que se torna problemático diante do pluralismo contemporâneo. Ora, quem entende a fundamentação como sustentação sobre razões se vê obrigado também a fundamentar as próprias razões, o que se torna demasiadamente complexo, justamente em oposição ao que se espera quando a periferia realiza seu papel de seletividade na elaboração de programas condicionais.

Um caminho para a estruturação dessas decisões comumente apontado é o dos princípios jurídicos, o qual, nas versões de autores como Alexy e sua máxima de proporcionalidade, incorre exatamente no referido problema sobre a assunção de perspectivas morais. Esse tipo de solução, ao buscar razões que fundamentam razões, leva a uma remissão ao entorno do sistema, espaço em que princípios morais são reconhecidos. Remete-se, aí, a considerações éticas e de razoabilidade, em uma violação do fechamento operativo do sistema jurídico pela utilização de razões da própria prática argumentativa (LUHMANN, 2004, p.312).

[...] divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e as novas concepções axiológicas ou morais do direito. Pressuposto que à positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos 'donos do poder', mas também a neutralização moral do sistema jurídico, torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo. [...]. A positividade não se limita, pois, ao *deslocamento* dos problemas de fundamentação, no sentido da teoria do discurso habermasiana; significa a *eliminação* da problemática da fundamentação. O fato de que o direito preenche sua função perante um ambiente hipercomplexo, inundado das mais diversas expectativas normativas, exige, segundo Luhmann, um desengargo mais radical com respeito à fundamentação ética ou moral, seja ela material ou argumentativo-procedimental. A relevância eventual de ponderações referentes a valores pretensamente universais teria como consequência a imobilidade do sistema jurídico, o bloqueio de sua tarefa seletiva, portanto, efeitos disfuncionais. (NEVES, 2006, p.84-5)

Os princípios, na concepção de Luhmann, são elementos que precisam ser distinguidos uns dos outros. Essa tarefa cabe ao próprio sistema, visto que as decisões fundadas em

princípios freqüentemente podem ser contrapostas por decisões, também fundadas em princípios, em sentido contrário. Fundamentar uma decisão em princípios significa devolver ao sistema a função de distinguir, de forma que o princípio oculta, em sua formulação estática, a temporalidade das operações do sistema, a tensão entre repetições e mudanças, entre *distinguishing* e *overruling* (LUHMANN, 2004, p. 250 e ss.) Nesses moldes, os princípios servem para simular unidade e consistência onde há inconsistência, servindo como fórmulas de redundância que parecem ser coadunáveis com as exigências de variedade do sistema. Não se tratam de princípios morais, mas sim de concepções doutrinárias, fruto de uma auto-reflexão do sistema desenvolvida pela cultura jurídica e pela competência profissional em busca de significados aceitáveis para o texto concebido como pertencente ao “gênero textual” especificamente jurídico. É igualmente no espaço doutrinário que residem as alternativas rechaçadas constituintes de uma reserva a que recorrem a legislação e o juiz quando da formação de sua criatividade jurídica (LUHMANN, 2004, p.310 e ss.)

A argumentação oferece razões para que uma interpretação particular seja tida como preferível perante outra. Obviamente, existe aí uma vedação implícita à utilização de argumentos absurdos, os quais são afastados justamente pela formação de uma tradição de princípios. As razões não são simples pontos de vista significativos, mas sim complexas ordenações de ideias que justificam seus efeitos de exclusão. A sua reutilização exige uma condensação em forma de regras para que com isso se possa reconhecê-las e mencioná-las em novos casos. Por sua vez, a utilização prolongada dessas regras permite a sua condensação em princípios, agora sim não apenas como elementos excludentes, mas também como resoluções definitivas para uma decisão em casos futuros (LUHMANN, 2004, p. 314)

As razões são símbolos da redundância referentes à consistência (justiça) do sistema, assim como a validade é um símbolo referente a sua unidade. As razões permitem uma destautologização da seguinte assertiva: “o que é válido é válido porque é válido”. É necessária uma razão para sustentar essa afirmação sobre a validade. Aquilo que se demanda sem razão, não é válido. Permite-se, assim, uma duplicação semântica da validade na qualidade de uma razão aplicável às normas correspondentes, com sustento na noção de fontes do direito, dentre as quais Luhmann situa a doutrina. Resolve-se o problema da validade desconsiderando-se as exigências da justiça em sentido ético, inúteis argumentativamente. A justiça só pode ser lida como redundância e variedade, e essa variedade não surge de razões eticamente discutíveis ou de uma postura decisionista, mas sim de sua própria exigência em um sistema contemporaneamente contextualizado e auto-observado pela doutrina

(LUHMANN, 2004, p. 332 e ss.)

6.6. MARCELO NEVES: ENTRE TÊMIS E LEVIATÃ

Marcelo Neves (2006) entende que uma compreensão adequada do problema do pluralismo na sociedade contemporânea passa por um esforço de compatibilização entre o pensamento de Habermas e a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. O autor visualiza um ponto de encontro os pensamentos de Luhmann e Habermas: ambos referem-se à superação da moral tradicional conteudística e hierárquica.

De um lado, temos em Habermas a imagem da modernidade como resultante do desenvolvimento das estruturas da consciência no sentido da superação das representações morais pré-convencionais e convencionais. O advento de uma moral pós-convencional e universalista implica a diferenciação entre sistema (espaço de intermediação do agir instrumental e estratégico) e “mundo da vida” (horizonte dos agentes comunicativos orientados na busca do entendimento intersubjetivo). A modernidade exigiria a construção de uma “esfera pública”, entendida esta como um *topos* democrático discursivamente autônomo com relação aos meios sistêmicos “poder” e “dinheiro”.

Do outro lado, Luhmann vê a sociedade moderna como assentada na hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação. O desaparecimento de uma moral tradicional válida para todas as esferas de ação deu surgimento a sistemas sociais operacionalmente autônomos (autopoiéticos), reproduzidos com base em códigos e critérios próprios, embora condicionados e influenciados pelos seus ambientes respectivos. Nessa sociedade complexa, a moral fragmentou-se, de forma que o código moral “consideração/desprezo” difusamente, sem instituir uma generalização congruente de expectativas de comportamento (ausência de consenso suposto em torno de programas ou critérios morais). Cada sistema funcional reproduz-se de maneira moralmente neutra.

Neves (2006, p.124-5) reconhece a existência de dois pontos de contraposição entre os pensamentos de Luhmann e Habermas. O primeiro deles diz respeito à aceitação de uma fragmentação e neutralização da moral em Luhmann, enquanto Habermas busca um paradigma de fundamentação por um princípio neutro do discurso. O segundo tópico é a ênfase sociológica no dissenso em torno de conteúdos morais presente em Luhmann, questão que Habermas encara como a busca de uma construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal. Mesmo diante das aparentes incompatibilidades,

Neves propõe-se a retirar de ambas as teorias elementos conceituais que possam servir à compreensão das condições limitantes de realização do Estado Democrático de Direito. Para tanto, assume que a divergência moderna de conteúdos morais implica uma exigência funcional e normativa de absorção do dissenso conteudístico pela via do consenso procedimental. Os procedimentos, portanto, servem, discursiva e funcionalmente, não exatamente para orientar a construção do consenso, como quer Habermas, mas sim para intermediar o dissenso conteudístico.

Neves (p. 125 e ss.), em uma releitura habermasiana à luz da teoria dos sistemas, enxerga o mundo da vida como uma esfera social em que a comunicação se reproduz em linguagem natural, e não em linguagens especializadas dotadas de códigos binários de preferência (sistemas). No mundo da vida, a preferência entre “sim” e “não” é difusa e imprecisa, de forma que os sistemas surgem dada a exigência de diferenciação funcional diante do problema do condicionamento da compreensibilidade à interação intersubjetiva concreta. Essa intersubjetividade desenrolada no mundo da vida pode implicar a busca do entendimento ou a manifestação do desentendimento. Existe, ainda, a possibilidade da utilização de estratégias manipulativas, as quais ferem a comunicação nos moldes da qualidade que lhe é reconhecida por Habermas como essencial.

A sociedade hipercomplexa não comporta uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito, o que torna o consenso meramente eventual. “A multiculturalidade, por um lado, e a pluralidade de esferas autônomas de comunicação, por outro, implicam uma fragmentação do mundo da vida no que diz respeito às certezas e convicções partilhadas intersubjetivamente no cotidiano”. O mundo da vida apresenta-se, mais comumente, como um espaço de reprodução do dissenso intersubjetivo, de forma a configurar o respeito às identidades éticas e a autonomia de esferas plurais de comunicação como seu fator de integração. Não há, ao contrário do que quer Habermas, condições para a emergência de uma moral orientada procedimentalmente para a produção do consenso. Na linguagem da teoria dos sistemas, a moral, na sociedade hipercomplexa, não se reproduz como sistema funcional, tendo mantido-se apenas como um código difuso “consideração/desprezo”, expresso em linguagem natural. Sobra, pois, à moralidade o papel de, entendida como reconhecimento do outro, viabilizar o dissenso em torno de valores e interesses, com destaque para a caracterização de uma exigência moral de respeito à autonomia das diversas esferas de comunicação. Segue a sintetização da tese central de Neves:

O consenso moral que se impõe diz respeito apenas aos padrões de expectativas (princípios) que tornam possível e promovem a interação dissensual. Estes não visam à busca de um resultado racionalmente consensual ou a afastar o risco do dissenso. Destinam-se precisamente a promover o dissenso provável e a tornar provável o dissenso improvável nas relações interpessoais. [...] só os princípios de uma moral do dissenso podem ter o caráter universalista e includente no sentido do acesso de toda e qualquer pessoa, independentemente de seus interesses, expectativas e valores, a procedimentos discursivamente abertos”. (NEVES, 2006, p. 127-8)

Em Habermas, a coordenação da ação mediante os “meios lingüísticos” de comunicação, tais como “verdade” e “vínculo valorativo”, serviriam à construção da esfera pública e da integração social. No entanto, esse tipo de coordenação pressupõe, para fins de constituição da esfera pública, a formação de um consenso intuitivo na prática cotidiana, de forma a aliviar, sem ser indiferente, os “riscos do dissenso”. A esfera pública seria, assim, o horizonte de racionalização do consenso no mundo da vida. Neves, no entanto, por enxergar, com Luhmann, um dissenso estrutural (e não um consenso intuitivamente presente, como quer Habermas) na sociedade hipercomplexa, pensa em termos de intermediação generalizada do dissenso, e não de sua atenuação. Dados tais pressupostos, segue a concepção de esfera pública proposta pelo autor brasileiro:

[...] a esfera pública pode ser compreendida, no sentido estrito, como *campo de tensão entre mundo da vida*, de um lado, e *sistemas político e jurídico*, de outro, ou, mais precisamente: como campo de tensão entre mundo da vida e Constituição enquanto acoplamento estrutural desses dois sistemas. À medida que se constroem procedimentos constitucionais para viabilização, intermediação e absorção do dissenso, a esfera pública pluralista emerge do mundo da vida em forma de interesses, valores e discursos que pretendem, através desses procedimentos, generalizar-se politicamente, isto é, como decisão coletivamente vinculante, e/ou juridicamente, a saber, como norma jurídica vigente.

Na esfera pública concentram-se interferências (não apenas interpenetrações) estruturais entre sistema (político-jurídico) e mundo da vida. Esse campo de tensão constrói-se, em primeiro lugar, em face da perspectiva de inserção e comutação de sentido de estruturas do mundo da vida (valores, expectativas e interesses) em procedimentos políticos e jurídicos constitucionalmente estabelecidos. Assim sendo, pode-se dizer, do ponto de vista inverso, que a Constituição é o mecanismo de intermediação sistêmica do mundo da vida, do qual resulta a esfera pública. (NEVES, 2006, p. 131-2)

A Constituição não é um fundamento do consenso, e sim um fundamento consentido do dissenso. Os procedimentos constitucionais permitem a estruturação de uma arena do dissenso, em que as pretensões de generalização de valores, interesses e expectativas são expostos de forma livre e igual no espaço jurídico-político, visto como esfera pública pluralista, espaço que também é integrado pelas exigências emergentes dos subsistemas sociais e que buscam alcançar um grau de generalização. Esse sentido amplo de esfera pública

pluralista é concebido como um campo de tensão entre, de um lado, os subsistemas jurídico e político acoplados estruturalmente pela Constituição, e, de outro, o mundo da vida e outros subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade. Esse campo de tensão engloba um dissenso estrutural não apenas sobre valores, interesses e expectativas normativas que surgem em seu interior, como os movimentos sociais e de protesto, os quais, embora ultrapassem a esfera pública em direção a outros subsistemas funcionais, normalmente nela têm sua sede. Esses movimentos constituem irritações e podem emergir como mecanismo de variação idôneo a contribuir mediante seleção e restabilização político-jurídica para a reciclagem do Estado Democrático de Direito, mormente ao considerarmos que o subsistema político orienta-se pela opinião pública (NEVES, 2006, p.134-5). A relevância da opinião pública não consiste em definir diretrizes de consenso, mas sim em possibilitar a reprodução contínua de dissensos compreensíveis.

Luhmann e Habermas associam a positividade do direito na modernidade à realização do Estado Democrático de Direito. Em Luhmann, o pluralismo democrático no sistema político é pressuposto da positividade do direito. Em Habermas, há uma pressuposição recíproca entre autonomia privada e autonomia pública, traduzidos, respectivamente, como direitos humanos e soberania. Ambos os autores, ao conceberem a positividade como autonomia do direito, pressupõem o desaparecimento da moral tradicional, conteudística e hierárquica. Habermas situa a racionalidade procedimental do Estado Democrático de Direito como forma de construção do consenso na esfera pública, enquanto Luhmann interpreta os procedimentos básicos do Estado como mecanismos de seleção de conteúdos e imunização do sistema jurídico-político perante o ambiente. Portanto, temos, de um lado, a legitimação discursiva atribuída pela esfera pública pluralista aos procedimentos do Estado Democrático e, de outro, a estruturação “sistêmico-legal” dos procedimentos como condição de possibilidade da discussão pública (NEVES, 2006, p. 143-4).

Em Luhmann, o consenso, seja entendido como consenso fático, seja como aceitação de todas as normas por todos, não é tido como condição de validade jurídica. O procedimento, ao estabelecer a igualdade dos participantes e a incerteza dos resultados, indica uma noção de “consenso suposto”, o qual reorienta as expectativas a partir do resultado do procedimento, independentemente de considerações sobre sua aceitação. Temos aí um mecanismo intra-sistêmico de validação jurídico-política, em que o procedimento imuniza o sistema em relação ao dissenso, de forma que é prescindível o consenso sobre o resultado do procedimento. Por outro lado, essa autolegitimação, ainda que é necessária, não é suficiente, dada a relevância da

função de heterolegitimação assumida pela esfera pública como intermediário entre o sistema jurídico-político e o mundo da vida. As informações advindas do mundo da vida e dos subsistemas sociais autônomos podem, ao adentrarem a esfera pública, suscitar novas possibilidades de vigência normativa, de forma que a autolegitimação não se sustenta caso ignore a continuidade do dissenso na esfera pública. O pós-convencionalismo moral implica que os resultados vitoriosos nos procedimentos político-jurídicos sejam sempre suscetíveis de crítica e de superação em procedimentos posteriores, impedindo-se a absolutização da eticidade particular de um determinado grupo. (NEVES, 2006, p. 146 e ss.).

Obviamente, uma proposta que repensa as condições limitantes de realização do Estado Democrático de Direito em um contexto pluralista exige o enfrentamento da questão sobre a soberania desse Estado e de seu povo. Marcelo Neves (2006, p. 160 e ss.) parte da complementaridade entre um conceito sistêmico de soberania do Estado e um conceito procedimental de soberania do povo para propor uma redefinição da noção de soberania na sociedade contemporânea. Na interpretação de Neves, a perspectiva sistêmica compreende a soberania como a autonomia funcionalmente condicionada e territorialmente determinada do sistema político. A autopoiese do subsistema político permite que o ambiente social só ganhe significado político com caráter de decisão vinculante pela via do mecanismo de abertura cognitiva, o qual pressupõe uma filtragem sistêmica e uma comutação discursiva nos termos dos procedimentos do Estado Democrático de Direito. Obviamente, essa soberania do Estado só se sustenta com a autonomia operacional do subsistema jurídico, dado o seu acoplamento estrutural ao subsistema político, sob pena da descaracterização de um Estado de Direito. A Constituição, então, assume o caráter de mecanismo sistêmico da soberania do Estado, de forma a desparadoxizar a relação entre soberania política e soberania jurídica, na medida em que institucionaliza a condicionalidade política da positividade jurídica e a vinculação da política estatal soberana ao direito. Essa desparadoxização implica uma “hierarquia entrelaçada” na relação entre soberania política e soberania jurídica do Estado, em que ambas fundamentam-se reciprocamente. A soberania do povo, assubjetivada e discursivamente construída, precisa de sua institucionalização constitucional (acoplamento estrutural), ao mesmo tempo em que a soberania do Estado estruturada sistemicamente depende do fluxo de legitimação proveniente da heterogeneidade do povo (NEVES, 2006, p.166)¹²³.

123“Evidentemente o paradoxo da soberania não é solucionado definitivamente pela Constituição como acoplamento estrutural, mas sim deslocado para o paradoxo da fundação pelo poder constituinte. Aqui, porém, deve-se passar da soberania do Estado para a soberania *do povo*, para novamente desparadoxizar ou solucionar o paradoxo da soberania”. (NEVES, 2006, p.141)

Enquanto a soberania sistêmica do Estado é percebida em uma perspectiva interna de autolegitimação, a soberania procedimental do povo é observada do ponto de vista externo da heterolegitimação, visto fluir do dissenso conteudístico que caracteriza estruturalmente o mundo da vida e a esfera pública. Não há, neste último caso, manifestação de uma vontade geral homogênea e unitária, nos moldes de Rousseau. Ao contrário, a noção mencionada por Neves segue o modelo habermasiano, caracterizado pela dessubstancialização e pela construção discursiva (democrática). O povo apresenta-se de forma plural, despersonalizado, em um modelo disperso (dessubjetivado) de soberania. Nesse contexto, as regras do jogo democrático implicariam a inexistência do próprio povo, o qual, como pluralidade, manifesta-se soberanamente na dissensualidade dos procedimentos. O resultado do procedimento não pode ser absolutizado como uma expressão da “vontade geral”; ao contrário, até mesmo, em certos casos, fortifica o dissenso conteudístico no próprio povo, ponto em que se faz presente a questão da temporalidade das rodadas procedimentais e do caráter inexoravelmente provisório de seus resultados já pontuada pelas teorias do diálogo.

Marcelo Neves (2006, p.185 e ss.) adentra o problema da separação de poderes propondo uma releitura como princípio da circularidade e polaridade de procedimentos no Estado Democrático de Direito, o qual não se legitima a partir de uma única instância procedimental, mas sim em uma diversa complexidade de procedimentos. O autor reconhece, como na teoria tradicional, o seu papel de diferenciar e especializar funções, de forma a caracterizar a autonomia funcional de esferas de atuação do Estado e, ao mesmo tempo, configurar um controle recíproco entre os órgãos do Estado. Concorda também, de um lado, com Luhmann, para quem a especialização de funções serve a um prolongamento sistêmico da cadeia de poder, e, de outro, com Habermas, para quem o princípio assegura uma vinculação entre 'poder administrativo' e 'poder comunicativo'. Apresenta, no entanto, uma discordância significativa em relação ao pensamento deste último, dado que não aceita que tal vinculação de poder atribui uma primazia ao Legislativo. Ao contrário, Neves defende que há uma conexão circular e conflituosa entre os procedimentos eleitoral, legislativo, jurisdicional e administrativo, não havendo uma redução de complexidade crescente entre tais procedimentos. Ainda que os procedimentos eleitoral e legislativo apresentem um maior grau de complexidade indeterminada do que o jurisdicional, este, ao reabsorver um alto grau de complexidade determinada ou estruturada, trata de problemas que freqüentemente ressurgirão naqueles.

imperativo'), contrapôs-se na teoria clássica a teoria do 'mandato livre', conforme a formulação de Montesquieu da designação de capacidades. Evidentemente, a concepção de que a eleição serve à designação dos mais competentes ou capazes desempenha um forte papel ideológico, não oferecendo elementos analíticos para uma compreensão do fenômeno representativo. Também a discussão na tradicional Teoria Geral do Estado sobre a representação de vontade ou de interesses partia da equivocada noção de homogeneidade do eleitorado e do parlamento. Em sentido contrário, o modelo formalista de caracterização da relação representativa como ficção jurídica não fornece elementos para a compreensão do significado *político-jurídico* complexo que envolve a conexão entre eleitorado e 'representante' (NEVES, 2006, p.187))

Por sua vez, o procedimento eleitoral, como mecanismo seletivo redutor de complexidade de estruturação de expectativas, relaciona-se mais diretamente ao dissenso presente na esfera pública e à complexidade desestruturada do ambiente dos sistemas político e jurídico. Obviamente, diante da noção de cidadania assumida por Neves, a garantia de voto secreto, universal, livre e igual petrificada no art. 60, par.4, da Constituição de 1988 permite que tal seleção fique imune a particularismos políticos ameaçadores à autopoiese do sistema político. A tal função sistêmico-seletiva une-se a função de heterolegitimação do Estado. O universalismo e a periodicidade das eleições institui o caráter de rodada procedimental, cujos resultados, por serem provisórios, possibilitam uma reciclagem posterior da composição do parlamento e do governo, ainda que, neste caso, os prazos para o início e o fim da nova rodada sejam pré-definidos de forma rígida. De tal forma, o dissenso e a dinamicidade da esfera pública têm um momento pré-ordenado de influxo, pré-situado em relação ao debate no espaço público institucionalizado pelo Estado para o desenrolar do processo legislativo e, ao mesmo tempo, relacionado à eleição dos representantes que o compõem.

A teoria dos sistemas indica uma função de flexibilização e desencargo da eleição democrática em relação ao sistema político, dado que os representantes tornam-se imunizados contra os particularismos e aptos a decidir coletiva e vinculantemente. Rompe-se, então, com a unidade de interesse ou de vontade entre eleitor e representação e situa-se o foco na função de filtragem realizada pelo sistema político em relação a seu ambiente. Segundo Neves, tal concepção seria demasiadamente unilateral diante do papel de heterolegitimação da esfera pública pluralista como campo de intermediação entre mundo da vida, subsistemas sociais e acoplamento estrutural entre direito e política. A legitimação do representante reside no procedimento eleitoral, ao qual tiveram acesso as diversas esferas de opinião presentes na esfera pública pluralista. Preserva-se aqui, em função da ideia de mandato livre, a impossibilidade de alegação de desrespeito à linha programático-eleitoral como fundamento para que se afaste o representante (salvo nos casos em que se prevê o instituto do *recall*). No

entanto, Neves toca em ponto decisivo ao afirmar que

“[...] nunca se exclui um *quantum* de juridicidade na relação entre eleitorado e 'representantes': a Constituição determina os limites do 'mandato'”. Entretanto, o problema da função heterolegitimante do procedimento eleitoral para a respectiva 'representação', no Estado Democrático de Direito, diz respeito, em última análise, à capacidade de um fluxo e refluxo permanente de informações entre a heterogeneidade do eleitorado e o pluralismo parlamentar, sem exclusões ou privilégios procedimentais” (NEVES, 2006, p.190)

O procedimento legislativo apresenta uma complexidade mais determinada do que o eleitoral em função do estabelecimento de uma maioria legislativa e de um programa político vitorioso. No entanto, justamente por força da noção de 'mandato livre', as expectativas normativas a serem transformadas em decisões vinculantes têm influência ativa das pressões da esfera pública, não se restringindo ao programa proposto pelos vitoriosos no procedimento eleitoral. O legislativo atua não apenas seletivamente, mas também, por força do influxo direito da esfera pública pluralista, reconstrutivamente.

Neves conclui que a pluralidade de procedimentos no Estado Democrático de Direito apresenta duas dimensões. De um lado, a circulação e contracirculação dos procedimentos funcionalmente especializados apontam para um processo de redução de complexidade e seleção de expectativas, o que, diferentemente de um procedimento central e superior, se coaduna com a sociedade hipercomplexa. Por outro lado, a pluralidade procedimental satisfaz o pluralismo da esfera pública ao possibilitar que os discursos ético-político, moral, pragmático e jurídico fluam, em conformidade com o pensamento habermasiano. Neves, entretanto, discorda de Habermas quanto à existência de uma racionalidade consensual entre tais discursos. Ao contrário, vê na pluralidade procedimental uma expressão do dissenso presente na esfera pública. Nesse contexto, o controle recíproco entre os procedimentos impede uma decisão definitiva excludente. Ora, a noção de hierarquias entrelaçadas sustenta-se justamente na circunstância de que, de um lado, o Judiciário e a Administração estão vinculados às decisões legislativas, mas, de outro, há uma rearticulação do sentido do texto legal na atividade interpretativo-compreensivo-aplicativa dos juízes e executores¹²⁴. Seja em

124 “Contra a proposta de caracterizar o Estado Democrático de Direito através da pluralidade circular de procedimentos poderia levantar-se a objeção de que todos eles estão previstos na Constituição como ordem básica da comunicação jurídico-política. [...] Mas é na prática dos diversos procedimentos que será revestido de sentidos normativos específicos. [...] A construção e reconstrução do significado do documento constitucional na práxis legislativa e político-administrativa, assim como no âmbito da concretização constitucional, relativizam a posição hierárquica do procedimento constituinte. [...] o texto constitucional, apesar de configurar-se como metalinguagem de todas as linguagens procedimentais, torna-se simultaneamente linguagem-objeto da metalinguagem jurisdicional”. (NEVES, 2006, p. 194-5)

outro momento procedimental ou outro tipo de procedimento, os interesses, valores e exigências até então excluídos podem ressurgir como vitoriosos.

Marcelo Neves percebe a necessidade de conceber um modelo hermenêutico adequado a integrar seu esforço de compatibilização entre a teoria dos sistemas e a teoria do discurso. Não se restringiu, nesse particular problema da interpretação, a buscar respostas em Luhmann e Habermas, ainda que tenha tomado como pressuposto a ideia de hierarquias entrelaçadas como tradução do problema hermenêutico da distância entre a generalidade da norma legislativa e a riqueza do caso a ser decidido.

Neves (2006, p. 203-4), ao tratar da questão dos participantes da interpretação constitucional, dialoga com a contribuição de Peter Häberle (1997), para quem todos os órgãos estatais, cidadãos e grupos estão envolvidos. Segundo o professor alemão, a diversidade prática de interpretação da Constituição é catapultada por tal multiplicidade de interesses e funções, o que impossibilita a superestimação do texto constitucional diante da configuração pragmática do direito constitucional material. A esfera pública pluralista ocuparia o primeiro plano do processo interpretativo, cabendo ao jurista constitucional um papel de mero intermediário. Nesse ponto, Neves adota uma postura crítica em relação a Häberle, por considerá-lo pouco atento ao papel seletivo que os participantes do processo interpretativo dotados de autoridade formal têm em relação às manifestações públicas. Ora, são justamente tais “participantes em sentido estrito” os responsáveis por decidir entre as expectativas e interesses conflitantes manifestadas na esfera pública.

Neves (2006, p. 207-8), em busca de uma caracterização adequada da relação entre os “participantes em sentido amplo” e “participantes em sentido estrito” do processo de interpretação-aplicação do direito, tenta, mais uma vez, compatibilizar a teoria dos sistemas e a teoria do discurso. De Luhmann, colhe a percepção de que o procedimento interpretativo-aplicativo seleciona uma dentre as expectativas conflitantes sobre o texto constitucional, de forma a perpetrar uma redução de complexidade. Tal seleção não seria realizada de forma decisionista, dado que o próprio sistema, como conexão comunicativa, delimita as possibilidades de decisão. A validade sistêmica da solução interpretativa não se confunde com a mera vigência técnico-jurídica de uma decisão judicial irrecorrível e insuscetível de revisão. A seletividade precisa ser praticada em congruência com outras soluções no interior do sistema, de forma que sua continuidade seja garantida por uma via de redundância construída argumentativamente. Por outro lado, tal expectativa de consistência não afasta a necessidade de que o procedimento esteja estruturado de forma a viabilizar uma reorientação de

expectativas. Contudo, Neves percebe que a validade, na leitura sistêmica, “parte do interior do sistema jurídico, seja em sua auto-referência ou heterorreferência”, desconsiderando-se a questão de uma validação interpretativa por parte da esfera pública. Aqui o recurso a Habermas torna-se pertinente, até mesmo pela percepção deste autor sobre a circunstância de que o procedimento democraticamente igualitário garante a segurança jurídica que dele depende, mas não uma segurança de resultado.

“[...] a estrutura do processo argumentativo jurisdicional (do Estado Democrático de Direito) preencheria as condições formal-pragmáticas para a 'correção' (*Richtigkeit*) como a 'aceitabilidade racional' do julgamento. Vinculado a essa visão do consenso como veículo racional da 'validade' de um julgamento, Habermas adota a ideia de 'uma única decisão correta', evidentemente no sentido de um 'ideal regulativo'. Dessa maneira, parece-me que se mantém preso a um racionalismo e idealismo que não avalia adequadamente a complexidade da sociedade moderna e o alto grau de incerteza do direito positivo contemporâneo” (NEVES, 2006, p. 208-9)

Neves, preocupado com o problema da aceitabilidade material das decisões, já suscitado neste trabalho quando visitamos os pensamentos de Viehweg e Perelman, lembra a ideia de auditório universal deste último e a aproxima, com apoio em Alexy, da situação ideal de fala habermasiana. Por outro lado, a aproximação entre Habermas e Dworkin quanto à adoção da resposta correta como ideal regulatório leva Neves a frustrar-se com as perspectivas oferecidas pelo pensamento do autor germânico nesse particular. Segue, portanto, outro caminho, qual seja, o de utilizar-se da ideia de “formas de vida” como ponto de referência para que a ideia de aceitabilidade racional tome pé na realidade. Neves recorre inicialmente a Aulis Aarnio, autor que busca uma combinação entre a Nova Retórica, a Filosofia da linguagem ordinária wittgensteiniana e o racionalismo discursivo habermasiano, resultando numa concepção de interpretação como soma dos jogos de linguagem.

Aarnio (1991), após colher de Wittgenstein a possibilidade de interpretar o conceito de auditório com a ajuda do conceito de forma de vida e assumir que expressões só têm sentido no contexto de um jogo de linguagem, busca as teorias da coerência e do consenso como critérios interpretativos. Assumindo a linguagem como prática, entende que seus jogos possibilitam o processo de comunicação, entendido este como o processo em que as pessoas alcançam o conteúdo mediante uma racionalidade comunicativa, no sentido habermasiano. A linguagem é concebida como o resultado dessa ação comunicativa. A necessidade desse processo fica muito clara ante a ambigüidade e a vagueza da língua. Nesse sentido, o resultado da interpretação não seria a “verdade” no sentido tradicional de correspondência com o real, mas uma verdade intersubjetiva criada por meio do debate no processo

argumentativo.

Aarnio encontra o fundamento para o uso do poder jurisdicional na aceitabilidade material de suas decisões, e não em sua competência formal, o que possibilita uma reaproximação entre direito e moral. Nesse contexto, a necessidade de oferecer justificção, também levantada por Perelman, é uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão no contexto de uma teoria da razão que objetiva aplicar o direito de forma a contar com a aceitação geral, num processo de reconciliação entre as atitudes legalista e antilegalista. Aarnio distingue as perspectivas de justificção interna e externa, colocando nessa última o peso da aceitabilidade valorativa da decisão. Confere, assim, uma posição central à teoria dos valores e, mais especialmente, à teoria da justiça na missão do julgador de satisfazer a expectativa de certeza jurídica sem cair em arbitrariedade e mediante uma decisão correta, equilibrando assim a tensão entre faticidade e validade abordada por Habermas mediante um consenso valorativo democrático oriundo da posição dos valores da maioria.

Aarnio estabelece um refinamento das categorias de auditório perelmanianas e concebe a figura do auditório ideal particular, a qual se distingue de um auditório concreto por supor que seus membros cumprem as condições de racionalidade. Trata-se de um auditório cujos membros adotam valores comuns e estão ligados a determinadas formas de vida, de forma que a aceitabilidade racional de um enunciado interpretativo estaria ligada aos critérios valorativos desse auditório.

Marcelo Neves (2006, p.209-11) considera a proposta de Aarnio insuficiente diante do fato do pluralismo. Diante da heterogeneidade de valores da esfera pública pluralista no Estado Democrático de Direito, a “forma de vida” não pode ser tratada como um plexo de valores comuns. Na visão do autor brasileiro, uma “forma de vida” não pode ser constituída por uma unidade de valores, mas sim por regras do jogo linguisticamente estruturadas. O que pode ser exigido em uma sociedade pluralista é um acordo sobre o sentido da linguagem em que se estruturam as regras do jogo. O emprego estranho da palavra é aquele que não se coaduna com o jogo de linguagem em que a efetivamente empregamos. A determinação das fronteiras entre as interpretações jurídicas corretas e incorretas seria dada, do ponto de vista da heterovalidação na esfera pública pluralista, pela possibilidade ou não de que dada interpretação possa ser compreendida como expressão de uma regra do jogo reconduzível ao texto normativo. A estranheza seria justamente a característica daquela interpretação que, por não ter capacidade de generalizar-se consistentemente como critério para o tratamento de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos, deve ser considerada incorreta, visto

constituir uma introdução arbitrária de uma nova regra no jogo, ofensiva à constitucionalidade, a legalidade e ao próprio Estado Democrático de Direito.

[...] não se pode afirmar que a linguagem jurídica, especialmente a constitucional, seja arbitrária. É verdade que os sentidos objetivos são construídos em cada contexto específico de uso, mas os sentidos construídos socialmente passam a ter uma força que ultrapassa a vontade ou a disposição subjetiva do eventual intérprete ou utente. Portanto, na interpretação jurídica, não se trata de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentidos dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista, mas também é insustentável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz de princípios e regras constitucionais parece-me evidente. O problema está exatamente em delimitar as fronteiras entre as interpretações justificáveis e as que não são 'atribuíveis' aos textos constitucionais e legais no Estado Democrático de Direito. [...] não se trata de limites estáticos, uma vez que metamorfoses normativas sem alteração textual podem conduzir à mudança das fronteiras entre os campos das interpretações legítimas e ilegítimas". (NEVES, 2006, p. 206-7)

Neves (2006, p.211) destaca que não está a negar a flexibilidade, incerteza e improbabilidade da interpretação jurídica em uma sociedade caracterizada por uma esfera pública heterogênea ou a possibilidade de realização de interpretações inovadoras. Enunciado interpretativo estranho, em sua visão, significa uma interpretação absurda, totalmente insuscetível de ser reconduzida ao texto normativo na esfera pública. Trata-se da falta de condições para que a proposição interpretativa concebida pelo Judiciário seja partilhada como expressão de segundo grau de uma regra do jogo já revestida lingüisticamente em primeiro grau pelo texto de lei. Há aí uma dependência em relação ao contexto dos sentidos construídos, entendido como usos dos textos na esfera pública, usos este que são intermediados seletivamente pelos usos dos participantes em sentido estrito do procedimento interpretativo.

A proposta de Neves (2006, p.212) recupera a noção wittgensteiniana de acordo em relação à partilhada de sentido da linguagem das regras do jogo, ou seja, a uma dimensão procedimental, mas sem que isso signifique um consenso sobre valores, uma convergência de interesses ou uma satisfação generalizada com os resultados. O autor preocupa-se em demonstrar que não está em contradição com o dissensualismo contitudístico defendido em sua proposta de compatibilizar os pensamentos de Luhmann e Habermas. A partilha de sentido da linguagem de que Neves fala não é uma partilha como sentido único, mas apenas como congruência de expectativas em relação à pluralidade de sentidos plausíveis. Os textos normativos configuram, para o intérprete oficial, as partes e a esfera pública, regras consensuais procedimentais da atuação do Poder Judiciário. Admitem-se as divergências

interpretativas, desde que não se observe uma estranheza do enunciado interpretativo e reconheça-se sua capacidade de generalização congruente. O dissenso conteudístico perdura na esfera pública e pode apontar para uma mutação das regras procedimentais do jogo jurisdicional, seja pela via de alteração legislativa, seja pela modificação do sentido normativo atribuído pelos juízes a dado texto normativo.

Marcelo Neves (2006, p.213) considera que sua leitura wittgensteiniana permite a integração entre a perspectiva sistêmica ou interna (Luhmann), com sua autovalidação fundada na consistência (auto-referência) e na reorientação das expectativas (heterorreferência), e a perspectiva externa (Habermas), entendida como heterovalidação do fluxo de sentidos advindos da esfera pública. De um lado, redução de complexidade e seletividade que permitem a continuidade do sistema jurídico e sua adequação ao ambiente. Do outro, a participação da esfera pública pluralista na construção dos sentidos dos textos normativos. De forma abrangente, percebe-se frequentemente a existência de tensões entre autovalidação e heterovalidação, entre os sentidos partilhados prevalentemente pelos intérpretes em sentido amplo e os intérpretes em sentido estrito. O desafio do subsistema jurídico, seria, portanto, evitar a fragilização do Estado Democrático de Direito, equilibrando os influxos da esfera pública pluralista e a necessidade de resguardar a autonomia operacional do direito perante os demais subsistemas sociais.

Neves preocupa-se em delimitar a necessidade de um equilíbrio em relação aos mecanismos de validação sistêmica de heterorreferência e de auto-referência. Um fenômeno característico dos países centrais é a dificuldade de fornecer respostas adequadas às exigências dos demais subsistemas funcionais e do “mundo da vida”, o que pode ser traduzido, na perspectiva interna ao acoplamento estrutural, como um problema de reciprocidade adequada entre política e direito¹²⁵. Já nos países periféricos, a autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional e a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania não se desenvolveram (NEVES, 2006, p. 228).

Habermas denuncia uma colonização interior do “mundo da vida” pela hipertrofia regulatória destrutivamente catalisada pelos subsistemas “economia” e “Estado”. O direito, instituição reguladora da esfera do agir comunicativo, muitas vezes a invade, sendo tratado como direito-meio (agir instrumental e estratégico), de forma a prejudicar a construção de

125“Conforme metáfora sugerida neste trabalho, por um lado, a relação entre Têmis e Leviatã é rígida e pouco sensível perante a sociedade envolvente; por outro, Têmis e Leviatã relacionam-se problemáticamente, com dificuldades de 'compreensão' recíproca”. (NEVES, 2006, p. 228-9)

uma razão intersubjetiva. Neves (2006, p. 230-1) entende, diferentemente de Habermas, que a hipertrofia sistêmica do direito pode ter uma atuação destrutiva não apenas em relação ao mundo da vida, mas também sobre outros subsistemas funcionais, e que tal hipertrofia não é uma exclusividade do modelo de Estado Social. O problema da heterorreferência, portanto, é a estatalização como expansão dos sistemas jurídico e político em detrimento da sociedade envolvente (ambiente estruturado sistêmico-funcionalmente e 'mundo da vida'). Essa atividade excessiva do Estado impede a continuidade da reprodução social fundada na diferença em uma sociedade pós-convencional e obsta a emergência de formas autônomas e plurais de discursividades ou racionalidades sociais. Fragilizam-se, assim, a esfera pública pluralista e sua função de mediar a tensão dissensual entre, de um lado, o acoplamento estrutural direito-política e, de outro, os subsistemas sociais e o mundo da vida. A estatalização é realimentada pelo próprio empobrecimento das relações intersubjetivas travadas nas interações cotidianas no “mundo da vida” e a conseqüente apatia que atinge a esfera pública (NEVES, 2006, p.232)

Os efeitos desintegradores não atingem apenas a sociedade, mas também o próprio Estado, em face dos limites de sua capacidade funcional e de seu isolamento pela falta de amparo heterolegitimador. As instituições estatais são provocadas de forma a responder abrangentemente aos problemas emergentes de relações intersubjetivas fragilizadas, as quais deveriam ser objeto de debate no espaço de dissenso estrutural concebido pelo Estado (NEVES, 2006, p. 232-3)¹²⁶.

O problema da heterorreferência está relacionado ao problema da tensão representativa entre Legislativo e Judiciário. Uma postura de “guardião entrincheirado” por parte das instituições judiciais reduz o espaço da discussão política e prejudica a legitimação democrática, fenômeno que Neves chama de “justicialização da política”. No caso de cortes constitucionais decidirem fundamentalmente de acordo com critérios políticos, podemos, então, falar em “politização da justiça”. Ainda que o acoplamento estrutural entre política e direito imponha aos tribunais o envolvimento em conflito entre esses dois subsistemas, a sobrecarga política do Judiciário e o respectivo confinamento do jogo político paralisam os sistemas funcionais e estimulam o fechamento do Estado para o fluxo de informação legitimadora que advém da esfera pública. (NEVES, 2006, p.234-5)

O entrelaçamento entre Legislativo e Judiciário traz à tona a complexidade do problema da representação, em moldes já esboçados ao discutirmos as contribuições das teorias do diálogo, mormente na versão de Barry Friedman. De um lado, a instituição

¹²⁶“Extremamente conjugados, Leviatã e Têmis não percebem os limites de sua inserção social”. (NEVES, 2006, p.231-2)

legislativa, âmbito por excelência dos influxos da esfera pública pluralista, elabora textos legislativos com pretensão de vinculatividade perante os cidadãos e o próprio Judiciário. De outro, a função jurisdicional é justamente a de desvelar o sentido normativo daqueles textos. Em outras palavras, o Judiciário torna a obra legislativa presente, como norma jurídica inexoravelmente orientada à faticidade. Alcançamos, portanto, o ponto de convergência entre as dimensões filosófico-hermenêutica e política de representação.

Nosso projeto exige agora que entrelacemos um estatuto ontológico-aplicativo do direito, uma dimensão crítico-reflexiva nos moldes habermasianos, e uma perspectiva sistêmica nos moldes de Luhmann. Tal objetivo exige o resgate da dimensão prática da hermenêutica jurídica, já visitada neste trabalho ao tratarmos de Gadamer, a partir do pensamento de autores decisivos para a compreensão do direito como conduta.

6.7. FENOMENOLOGIA EXISTENCIAL: COSSIO, KAUFMANN, HRUSCHKA E LARENZ

Iniciaremos esse tópico com um autor que, ao tratar o direito como conduta humana em interferência subjetiva, abriu caminhos para uma mudança radical tanto na concepção que o intérprete tem de si mesmo como em relação à perspectiva do objeto da interpretação: Carlos Cossio

6.7.1. Cossio: da coação kelseniana à liberdade

Cossio rejeita tanto uma filosofia jurídica escolástica e partidária de idéias anteriores ao surgimento da Dogmática, como as generalidades de fundo empírico construídas por uma Dogmática a-filosófica. Reale (2010, p 323) manifesta expressa concordância, entendendo não ser desejável uma redução da Filosofia do Direito a uma Filosofia do Direito Positivo estatal, mas sim uma mutuação de resultados entre as pesquisas da Jurisprudência e da Filosofia Jurídica. O objetivo epistemológico da teoria egológica é, pela via da apropriação do instrumental teórico da filosofia contemporânea (mais especificamente, com base na teoria dos objetos, na lógica do dever-ser e na idéia do tempo existencial), concretizar uma filosofia do direito nunca separada da dogmática, mas sim gravitando em torno de uma ciência do direito capaz de dotar os juristas de instrumentais compreensivos do direito positivo.

O jusfilósofo argentino coloca em discussão a busca por um fundamento

epistemológico idôneo a proporcionar a seleção de um metamétodo, adequado a servir como critério para a identificação do método que leve a uma resposta jurídica correta de acordo com dado ordenamento jurídico-positivo. O autor, partindo da concepção husserliana das regiões ônticas objetais, vai considerar que a abordagem metodológica de um objeto deverá ser condicionada a partir da fenomenologia deste próprio objeto, o que implica reconhecer que cada tipo de objeto, devido a sua especificidade, deverá ser abordado de acordo com um dado método específico. Desta forma, Cossio entende ser possível uma convivência harmoniosa de métodos, desde que estes não extrapolem a sua esfera objetal, de forma que o problema da possibilidade de respostas diferentes só surgirá caso tais limites não sejam respeitados. Com base em tais pressupostos, preocupa-se em estabelecer os limites entre as áreas da estimativa jurídica, que trata da valoração jurídica como experiência necessária, da lógica jurídica, que trata da estruturas lógico-jurídicas, e da dogmática jurídica, que trata do conteúdo dogmático como experiência contingente. Respeitadas as peculiaridades de tais componentes do que se entende pelo objeto da ciência do Direito, não se incorrerá em problemas de conflitos metodológicos, de forma, ao contrário, a congregar a unidade e a totalidade do direito como objeto de estudo, o que possibilitará o devido alcance da verdade jurídica pelo cientista do direito.

Kant buscou elaborar um esquema da experiência da natureza composto por um elemento lógico-estrutural, apriorístico, formal e necessário (princípio da causalidade); e um elemento material e a posteriori (natureza empírica) e contingente (variável). Cossio, após criticar a tentativa de transposição do esquema kantiano desenvolvida por Stammler, buscou, em atitude também criticista, criar um modelo analítico-descritivo próprio para a experiência jurídica, visto ser esta composta não apenas por dois, mas sim por três elementos essenciais, quais sejam: a norma, como elemento formal (estrutura vazia que em cada caso será preenchida por um distinto conteúdo histórico-condicionado) e necessário (não há outra maneira de pensar uma situação jurídica, dever-ser existencial, que não seja nos termos do princípio da imputação, dever-ser lógico); o valor, elemento material (a conduta é o substrato da valoração jurídica) e necessário (o direito, como objeto cultural, não pode deixar de implicar um sentido jurídico valorativo de uma conduta como dever-ser existencial); e a conduta/fato: elemento material (conteúdo dogmático de uma forma lógica) e contingente (histórico-espacialmente condicionado) (MACHADO NETO, 1974)

Os conteúdos dogmáticos (jurídico-positivos) são as formas sensíveis que delimitam e delineiam a conduta, unificando-se em uma relação forma-matéria e constituindo o substrato

material da valoração jurídica, compreendida como vivência existencial. Diante de tal conclusão, Cossio aponta uma quintupla tarefa jusfilosófica a ser cumprida pela Ciência Dogmática, desiderato que encontra, segundo Machado Neto (1974), suas raízes ideológicas na fenomenologia, na filosofia dos valores e no existencialismo, ademais da já mencionada disposição de criticismo kantiano, quanto ao campo da filosofia geral, e na teoria kelseniana, quanto ao campo do específico do direito. Reale (2010, p.324), por sua vez, aponta como primordiais influências em Cossio os nomes de Husserl, Heidegger e Kelsen, entendendo como objetivo fundamental do autor uma conciliação entre a fenomenologia e o pensamento kelseniano com foco na posição do sujeito, o que ressalta a influência heideggeriana, ao contrário do que ocorre nas teses daqueles que, com intenção semelhante, postulam o primado da norma objetiva, como Fritz Schreier e Felix Kaufmann.

As preocupações filosóficas da Teoria Ecológica podem ser divididas em cinco. A primeira, a da “ontologia jurídica”, realiza-se uma análise intuitiva e de caráter descritivo-fenomenológico do “ser” do Direito (direito-objeto na forma de ações). Na segunda, a da “lógica jurídica formal”, desenvolve-se um estudo analítico-formal do pensamento jurídico como pensamento conceitual (*logos*), com o mínimo apoio em seu objeto e voltado para si mesmo como estrutura normativa. A terceira, a da “lógica jurídica transcendental”, estuda a relação gnosiológica entre o pensamento e o modo de ser dos diferentes tipos de objetos. A quarta, a “axiologia jurídica”, pesquisa os valores jurídicos, estudando os tanto em uma perspectiva metafísica (“axiologia jurídica pura”) como em sua imanência qualitativa nos bens culturais (“axiologia jurídica positiva”). A quinta preocupação filosófica diz respeito à “gnoseologia do erro”, a qual estuda o problema da historicidade da Ciência do Direito, sendo, pois, de índole perisistemática, ao contrário dos problemas sistemáticos anteriores. Nessa última preocupação filosófica, Cossio encara a Ciência do Direito como norteada por um mandamento de imparcialidade. Diferentemente das partes envolvidas em um litígio, que podem optar pelo método que lhes seja mais favorável, o cientista tem por objetivo unicamente o alcance da verdade jurídica. Diante disso, Cossio preocupa-se em apresentar um fundamento ontológico para uma correta compreensão do direito, de forma a garantir-se contra a consciência falsa e o pensamento ideológico. Cossio encontra no “método” fenomenológico e no chamado de Husserl às coisas mesmas o fundamento e o caminho para o conhecimento da verdade, sem incorrência em erro (COSSIO, 1964)

Cossio assume na dimensão ontológica, assim como Del Vecchio, o direito como interferência intersubjetiva. Ambos concordam também quanto à distinção entre direito e

moral. Por outro lado, Cossio transmuda o caráter do critério da referida diferença, lógica em Del Vecchio, em ontológico (REALE, 2010, p. 328). A versão do quadro de regiões ônticas apresentada por Cossio difere um pouco da de Husserl. Cossio, com a pretensão de ater-se estritamente à intuição como princípio fenomenológico de todos os princípios, não apresenta em sua versão uma região específica para os valores, entendidos por Cossio como qualidades peculiares dos objetos culturais, impossíveis, pois, de serem intuitivamente experienciáveis como universalidades objetivas independentes.

A teoria dos objetos na versão de Cossio reconhece quatro regiões ônticas (ontologias regionais). A primeira delas é relativa aos objetos ideais, que se caracterizam por serem irrealis e neutros de valor. O contato com eles não se dá na experiência. Sua cognição se dá pelo ato de conhecimento da “intelecção” (intuição intelectual), obediente ao método racional-dedutivo e cujo conhecimento forma um todo simples e fechado. Simples porque a demonstração de teoremas objetiva levar as verdades mais complexas ao nível de verdades elementares (axiomas e postulados). Fechado porque sua releitura indefinida terá sempre a mesma conclusão. A segunda região ôntica diz respeito aos objetos reais naturais, encontráveis na experiência, neutros ao valor e cuja cognição se dá pelo ato de conhecimento da “explicação”, obediente ao método empírico-indutivo e cujo conhecimento forma um todo composto e aberto. Composto porque o ser natural é um mundo de complexidade em comparação às idéias. Aberto porque a explicação pode ser enriquecida indefinidamente pelo seguimento da cadeia causal. A terceira ontologia regional abarca os objetos reais culturais, encontrados na experiência, positiva ou negativamente valiosos e conhecidos mediante o ato gnoseológico da “compreensão” (Dilthey e Rickert). Obedecem ao método empírico-dialético e seu conhecimento forma um todo simples e aberto. Simples por ser um tipo de conhecimento no qual o homem parece reconhecer-se em suas próprias obras e criações (revivência). Aberto porque o objeto cultural sempre tem algo mais a mostrar-se à compreensão quando revisitado. A quarta região é a dos objetos metafísicos, que têm existência real, não estão na experiência sensível e são valiosos positiva ou negativamente. A cada uma das regiões ônticas, devido a suas características especiais, corresponde um determinado tipo de ciência (respectivamente, as ciências formais, como a matemática e a lógica, as ciências naturais/experimentais e as ciências humanas/sociais/culturais, dentre elas o direito), salvo no caso da última, própria metafísica, terreno extracientífico por excelência

Os objetos culturais, dentre os quais encontramos o direito, são formados por um substrato (suporte fático) e um sentido (caráter valioso ou desvalioso do objeto) sustentado

por tal suporte. Quando o suporte é físico, o objeto é dito mundanal (Dilthey). Em casos de o suporte ser uma conduta humana, o objeto é dito egológico, expressão de eu atuante que constitui as ações humanas de forma transcendental. O método é empírico, por tratar de objetos reais – condutas –, impossíveis, pois, de tratar-se pelo método racional-dedutivo. É dialético, porque a compreensão envolve um caminho circular de ida e volta do substrato ao sentido até que o sujeito protagonista considere-se inteirado, ainda que nunca definitivamente (conhecimento simples e aberto) do sentido integrado ao substrato.

A conduta humana, mesmo em interferência intersubjetiva, ou seja, enfocada do ponto de vista de sua impeditividade, é liberdade metafísica fenomenizada, incessantemente criativa, devendo, pois, ser regida por uma lógica específica, distinta da lógica do ser típica das ciências naturais. Nesse contexto, a teoria pura do direito, entendida como lógica jurídica formal, é assimilada ao acervo teórico da escola egológica como estilo de pensamento próprio do jurista ao abordar o direito como conduta.

Machado Neto (1974) explica que toda a ontologia de Cossio se desenvolve por meio de sua descrição fenomenológica da sentença judicial. O próprio Cossio indica que uma crítica válida de sua concepção requer um dos seguintes conteúdos: a prova de que a sentença não é uma realidade jurídica, de forma a configurar a descrição egológica como válida para a sentença, mas não para o direito; ou a indicação de um erro fenomenológico em sua descrição. Para o jusfilósofo argentino, a sentença, estrutura da validade concreta do direito, seria uma referência do caso à lei por subordinação dedutiva logicamente precedida por uma referência da lei ao caso por dialética estimativa, ou seja, a declaração da lei como valorativamente apropriada ao caso. Nesse contexto, a lei teria o papel de predeterminar uma moldura de possibilidades decisórias, ou seja, o âmbito (estrutura) da sentença, mas, devido a sua generalidade e abstração, a lei, formal, precisa ser concretizada na sentença, ponto em que se manifesta o problema hermenêutico da transição norma-caso.

Reale (2010, p. 325-6) identifica na fenomenologia da sentença de Cossio a estrutura tridimensionalista fundamental, formada pela norma, pelas circunstâncias do caso (ingrediente empírico) e pela valoração jurídica do juiz sobre a totalidade das circunstâncias do caso e sobre a própria lei. O propósito da introdução de “La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad” é o de apresentar internamente, como vivência, a sentença, um dos três fragmentos da experiência jurídica, como um ato proferido por um juiz que não deve ser visto como ente estranho ou externo ao direito e integrativo da criação normativa em que consiste o ordenamento jurídico. É, pois, para Cossio, a sentença “uma norma individual

a posteriori do caso para normar o caso”, de caráter equivalente à criação legislativa, só que individual e concreta, circunstância tal já percebida antes por Kelsen.

Na segunda parte do livro supracitado, Cossio adentra a polêmica com Máynez que estimulou a elaboração da obra. O jusfilósofo argentino entende ser a liberdade jurídica uma especificação da liberdade metafísica, única liberdade verdadeira, enquanto o autor mexicano entende a liberdade-fato como realidade do poder de querer, e a liberdade-direito como idealidade, faculdade de fazer ou não fazer algo sem a implicação de uma sanção, o que implica considerá-las pertencentes a regiões ônticas distintas. Cossio, diferentemente de Máynez, não distingue entre experiência social e experiência jurídica, concentrando ambas na conduta, o que Reale, embora não chegue a ver Cossio como um sociologista, encara como uma redução do Direito ao fato da conduta possível, aceita pelo próprio Sociologismo criticado pelo argentino. Machado Neto, por sua vez, considera a teoria egológica como uma evolução da posição teórica iniciada com a primeira fase da Escola Histórica e revisitada pelas teorias sociologistas, qual seja, a de que a ciência jurídica é uma ciência de realidades, abordando objetos reais. Segundo o autor brasileiro, qualificar-se-ia, no entanto, o pensamento de Cossio por buscar uma compatibilidade de tal posição com a dignidade epistemológica da Jurisprudência, não o funcionalizando em relação à história do direito (Escola Histórica) ou à Sociologia (Sociologismo).

Na relação entre Egologismo e Teoria Pura do Direito, Cossio teria tentado superar, segundo Reale (2010, p. 332), as três seguintes dificuldades do pensamento kelseniano: que representam as normas jurídicas em face da experiência jurídica; se as normas jurídicas são enquanto devem ser, quem as põe como tais? O arbítrio do legislador?; e que relação há entre validade, como expressão de positividade normativa, e eficácia, como efetivo cumprimento da regra?

À primeira das questões, Cossio busca responder pela recepção da Teoria Pura do Direito apenas como Lógica jurídica formal, a qual dá a forma dos conceitos (normas) que proporcionam a apreensão intuitivo-axiológica da liberdade que é o direito como conduta estimada com base na experiência humana. Segundo explicação de Reale (2010, p. 329-30), o professor argentino apresenta uma interpretação da doutrina kelseniana diferente das tradicionais, como a de Fritz Schreier, que encontra em Kelsen uma situação da experiência concreta em um plano metajurídico e a atribuição ao direito de uma essência ideal de tipo matemático, pura significação conceitual. Cossio não vislumbra uma separação entre a Ciência Jurídica e a experiência no pensamento kelseniano, o qual englobaria a Ciência

Dogmática como ciência da conduta e a Teoria Pura como Lógica Jurídica formal, o que seria identificável, imagina Reale, inclusive, pela idéia kelseniana de que a relação entre norma e conduta é um processo cognitivo, sendo esta o conteúdo ou substância daquela e, portanto, do dever ou faculdade jurídica. Cossio chega inclusive a atribuir parcialmente tais interpretações errôneas à fragilidade, imprecisão e insegurança de Kelsen quanto ao tema da experiência humana.

Cossio (1956, p.3), inspirado pela formulação kelseniana da cópula do dever-ser como cópula imputativa dos juízos jurídicos, realiza certas modificações na teoria pura do direito, dentre elas, a transformação da estrutura lógica da norma jurídica em um juízo disjuntivo (disjunção proposicional), em vez de um juízo hipotético. O grande elemento diferenciador entre ambas as versões é o caráter essencial que Cossio atribui também à norma secundária kelseniana (terminologia da segunda edição de Teoria Pura do Direito), não a considerando como mero elemento expletivo em relação à norma sancionadora. Cossio, chamando, respectivamente, de endonorma e perinorma as normas secundária e primária de Kelsen, reorganiza a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, tratando a perinorma como uma norma que impõe uma obrigação ao juiz de sancionar o praticante do ilícito, sob pena de sofrer uma sanção por uma autoridade superior, e assim sucessivamente, até o regresso de fundamentação à norma fundamental. A estrutura do juízo disjuntivo de Cossio tem, ademais de seus elementos centrais, quais sejam, o dever-ser, presente duplamente (na endo e na perinorma) e a conjunção “ou”, indicativa da disjunção proposicional, os seguintes elementos da relação jurídica: fato jurídico e prestação (antecedente da endonorma); sujeito passivo e sujeito ativo (conseqüente da endonorma); ilícito (antecedente da perinorma); sanção, funcionário – sujeito passivo – e comunidade pretensora – sujeito ativo (conseqüente da perinorma).

A teoria egológica também reformulou a teoria pura no tocante ao conceito de direito subjetivo, tido por Kelsen como mero direito reflexo do dever jurídico, em consonância com sua distinção entre norma primária e secundária. Como em Cossio o direito é essencialmente liberdade, o *prius* de onde se há de iniciar, a norma torna-se disjuntiva e o direito é tido como um contínuo de licitudes, cujo descontínuo de ilicitudes vai sendo estabelecido normativa e paulatinamente. A norma especifica a conduta nas quatro formas gerais do direito: prestação, faculdade, ilícito e sanção; é ela que distingue entre faculdade e ilícito e implica sanção, bem como caracteriza o direito subjetivo como faculdade de senhorio ou inordinação (direito de cumprir o próprio dever), dissolvendo a primeira e a segunda antinomias da Epistemologia

Jurídica normativista, qual seja, a da personalidade (a superposição da personalidade jurídica com a condição de homem é meramente acidental, e não de essência) e a da liberdade (dissociação entre liberdade e licitude).

A estrutura piramidal do ordenamento jurídico fecha-se com o princípio da hermética plenitude do ordenamento jurídico, ontologizado por Cossio (1939) como um juízo sintético *a priori*, fundado na intuição da liberdade pura, ponto em que, informa Reale (2010, p. 339-42), Kelsen, quando da sua visita à Argentina, fez-lhe uma concessão, ainda que recebendo o dito “axioma ontológico”, aparentemente, como “condição transcendental”.

Cossio (1964) ontologizou o lógico mais uma vez ao impedir a conversão do princípio “o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido” em “o que não está juridicamente permitido, está juridicamente proibido”, já que a condição ontológica do direito é justamente a de ser conduta e, conseqüentemente, liberdade metafísica fenomenizada; donde sempre resta certa margem de liberdade no cumprimento da prestação, ainda que a lei seja repleta de proibições. O autor, assim, responde à primeira questão proposta (qual o papel da norma na experiência jurídica), resolvendo dois problemas: um lógico (plenitude hermética do ordenamento) e um ontológico (ser do direito).

Cossio, buscando respostas para a segunda e a terceira questões apontadas por Reale, acompanha Kelsen na identificação do Direito com o Estado. Ambas as perguntas estão necessariamente relacionadas, pois se não há, para Kelsen, outro direito que não o positivo, a origem do ordenamento torna-se um problema metajurídico, ou seja, uma questão de fato, o que deu lugar à sustentação de Schmitt de que o fundamento último do sistema normativo teria natureza empírica (interpretação do normativismo como sociologismo implícito). Ora, Reale (2010, p. 334 e ss.) explica que a solução kelseniana para tal problema tematiza exatamente a terceira questão, visto que, nos termos do tridimensionalista, o autor da Teoria Pura busca um compromisso entre validade e vigência fática, sendo a existência de um mínimo dessa uma condição daquela, numa relação de dependência extrínseca de condicionalidade, na qual perdura a irredutibilidade lógica entre ser e dever-ser, os quais só são sintetizáveis no plano da positividade, entendida como algo que é enquanto deve ser.

Machado Neto (1974), em defesa do Egologismo, explica que Kelsen, apesar de ter resguardado a autonomia epistemológica da Jurisprudência, considerou-a como ciência de normas, desvinculando-a das demais ciências culturais e negando a tríade fato-valor-norma defendida pelo culturalismo dominante na jusfilosofia da época de Cossio. O jusfilósofo argentino critica o senso comum teórico dos juristas inspirado em Max Scheler, para quem a

ciência é um saber de dominação, instrumento aplicável ao objeto que se pretende dominar, não fazendo sentido querer-se dominar as normas, já que estas são apenas um instrumento para alcançar o objetivo vital que é a conduta. Caem, no entanto, os juristas práticos, ao tomar as normas como direito *tout court*, em uma dupla instrumentalização, conservando o normativismo como seu lugar geométrico. Aliás, criticando Kelsen, afirma Cossio que pretender ser a norma o objeto científico do direito implica dizer que o jurista, pela via da legislação, cria o objeto material de sua ciência, e não, como prega o neokantismo, só o objeto formal (Machado Neto utiliza-se aqui da clássica distinção escolástica). Ademais de ser uma raridade epistemológica, seria também uma contradição: o homem cria um problema (objeto material da ciência) para depois tentar resolvê-lo cientificamente.

O pensamento kelseniano leva a contradições como a de postular ser a norma o objeto do Direito, de caráter ideal, atemporal e fora do espaço, mas, ao mesmo tempo, admitir como temas da ciência jurídica as de vigência e positividade, o que implica uma referência a uma validade espaço-temporal, surgindo um abismo entre a idealidade da norma e a temporalidade inexorável do direito. Surge, aqui, a terceira antinomia da Ciência Jurídica tradicional apontada por Cossio, qual seja, a da vigência. Há casos em que a norma é um conceito que não se adequa à intuição e a sua finalidade de pensar a conduta; não é, pois, norma verdadeira, a única que é verdadeiramente norma, levando o juiz ou, em caso de dessuetudo, o próprio particular, a apartar-se da lei. Surge, aqui, o problema da relação entre a proposta jurídico-epistemológica de Cossio e a questão hermenêutica da tensão entre norma válida e faticidade.

Na relação com os diversos tipos de conhecimento da complexidade do direito, Cossio (1944, p.114) distingue a dogmática jurídica (ciência da experiência que tem por objeto o ser da conduta em seu dever-ser positivo, ou seja, o ideal real; dever-ser lógico), a sociologia jurídica (tem por objeto o dever-ser positivo em seu ser efetivo; ser) e a axiologia jurídica pura (tem por objeto o dever-ser puro ou ideal verdadeiro; dever-ser axiológico). Fundando-se na lógica do ser, a sociologia descreve e propõe significar o dever-ser positivo da conduta jurídica em seu ser; ao contrário, baseando-se na lógica do dever-ser, a ciência do Direito descreve o ser da conduta em seu dever-ser positivo. Diante disso, apenas a dogmática é inteiramente compatível com a liberdade metafísica fenomenizada, visto não sujeitar-se a uma concepção petrificada de liberdade, como ocorre com a Sociologia. São ambas, pois, ciências da realidade, mas fundadas em lógicas diversas, conclusão que, na visão de Machado Neto (1958, p.142-3), afasta Cossio de qualquer relação com o sociologismo. Consignemos, ainda, que a história do Direito, para o Egologismo, não pode ser tomada como ciência do Direito, já

que o horizonte temporal da dogmática é o presente existencial, o que, em verdade, só seria um problema para concepções historicistas (COSSIO, 1944, p.145)

O direito se distingue da teologia e da moral, que também lidam com a conduta, pelo fato de a norma, como disjunção proposicional, conservar a neutralidade à ciência do Direito. Compreender a questão hermenêutica em Cossio pressupõe uma compreensão do papel da norma em sua tese. Enquanto a norma é tida como um juízo disjuntivo no plano da lógica formal, no plano gnoseológico (lógica transcendental) ela é um conceito que pensa a conduta em sua liberdade fenomenizada, em seu dever-ser; a relação entre norma e conduta é uma relação conceito-objeto, a qual não poderia ser estatuída de acordo com a lógica das ciências naturais sem desnaturar a liberdade em previsibilidade. “Juízo para o pensamento (lógica formal), a norma é, pois, um conceito para o conhecimento (lógica transcendental)” (MACHADO NETO, 1974)

Em seu aspecto ôntico (exterior), a norma como juízo pensa a conduta na totalidade de seus elementos e superpõe-se, com perfeita identidade, à norma como conceito, pensamento normativo que integra a conduta como pensamento de si mesma. A norma como conceito, condição transcendental da apreensão da conduta como liberdade, não pode identificar-se diretamente com o objeto conduta (pensamento pensado), só integrando-se a essa como seu pensamento pensante pela via da reflexão do juízo.

Já quanto ao aspecto ontológico (interior) da norma, o pensamento normativo que é o juízo menciona o ato da conduta (substrato) e o seu sentido, o que faz o sentido jurídico ser um sentido antecipadamente pensado como projeção futura da conduta. Para que esse pensamento se transmude em verdadeira norma, é necessária a fusão entre a sua menção do sentido antecipado da conduta e o próprio sentido da conduta em uma só vivência, o que se dá com o experienciar da conduta, que será, pois, um experienciar conceitualmente emocional, desde que faticamente reconduzível à estrutura deôntica do juízo normativo. Assim, o próprio juízo que menciona a conduta leva esse pensamento a conhecimento, formando parte da conduta pensada.

Como explica Marília Muricy (2006, p. 54 e ss.), no egologismo o direito manifesta-se na relação entre sujeitos, sendo um ser que se projeta para o futuro, segundo um conjunto de estimativas. Esse ser autoconhece-se como "um ser que deve ser", apresentando a razão jurídica como dotada de natureza material e valorativa. Tal autoconhecimento, perpetrado pela figura do juiz, não compromete a objetividade, visto que o sentido normativo projetado é parte da conduta mesma.

Cossio, fundado em Heidegger, encara o conhecimento judicial como conduta em interferência intersubjetiva, pois o conhecimento do juiz é um julgar, ou seja, um atuar (conduta) pensado por meio de uma norma (sentença). A conduta do juiz integra-se com o pensamento normativo dela mesma, não sendo separados, usando-se a terminologia de Husserl, o ato noético de pensar e a significação noemática pensada neste ato, já que a lógica do dever-ser não admite a dicotomia sujeito-objeto, já que a conduta, "objeto", é também sujeito. A existência se dá em atos, ou seja, conduta, viver no presente orientando-se para o futuro.

O juiz não desenvolve um conhecimento de espectador, como faz o cientista natural, mas sim um conhecimento de protagonista, resultante em uma sentença cuja força de convicção apresenta-se como uma verdade revelante estimativa da conduta. Essa verdade fundamenta-se em dois critérios. O primeiro deles, negativo-formal, chamado de “vivência de contradição”, cuja desobediência implica uma sentença sem força de convicção. Trata-se de um sentimento, por parte do juiz, de estar a proferir uma decisão injusta por força das exigências formais do sistema, idéia que estabelece uma associação entre aspectos de natureza lógica e aspectos ontológicos e existenciais. O segundo critério, positivo-axiológico, consubstancia-se na concepção de norma como um conceito que pensa a conduta. (MURICY, 2006, p. 103 e ss.)

A ciência é neutra para o direito, visto funcionar pela lógica do dever-ser (se fosse pela lógica do ser, ela afirmaria valores, em vez de descrever sua conceituação jurídico-positiva), embora sempre envolva certa valoração. Ora, o objeto da interpretação, para Cossio, não é a norma (racionalismo) ou o fato social (lógica do ser – empirismo sociologista), mas sim a conduta, a qual deve ser pensada como um “dever-ser existencial” pelo seu conceito representativo, que é a norma. A atividade hermenêutico-aplicativa, pois, é uma valoração da norma para o caso, desenvolvida quando ela é selecionada. Tal valoração sempre realiza os valores jurídicos, mas isso não acontece de forma livremente emocional, e sim conceitualmente emocional, ponto de sua tese em que Cossio denota o papel das fontes como instâncias intersubjetivas de valoração, ou seja, um critério de objetividade para sua proposta de racionalidade material de valorações. Esse é o ponto central da hermenêutica em Cossio, visto indicar a sua proposta aplicativa do direito em busca de um ideal de justiça e objetividade, superando o momento ametódico kelseniano e a idéia de legitimidade como validade formal; “A maior ou menor verdade será a força de convicção da sentença; o erro jurídico, a arbitrariedade (discricionariedade)”. (FONTE)

Cossio, em face da relação fato-valor-norma, por reconhecer, como se costumou majoritariamente fazer desde Savigny, o direito positivo como único direito real, afirma a imanência da justiça no direito positivo, não tendendo esse para uma justiça transcendente. O direito, portanto, é uma conduta em que os valores estão imanentes, e não um intermediário entre a conduta e os valores finalisticamente considerados, ponto em que se afasta de Reale. O brasileiro identifica nas recepções, por Cossio, das doutrinas de Del Vecchio e Kelsen, respectivamente nos horizontes da experiência jurídica da Ontologia e da Lógica Formal, uma influência de Recasens Siches e Legaz y Lacambra, autores que, assim como Cossio, buscaram conciliar a fenomenologia e o existencialismo com as pesquisas lógico-formais de Kelsen, chegando a conclusões jusnaturalistas clássicas. Reale não vê Cossio como jusnaturalista, manifestando-se, inclusive, o argentino contra essa corrente, mas o brasileiro enxerga a sua teoria da imanência do justo na positividade jurídica como uma atribuição ao Direito Positivo de caracteres ideais comumente atribuídos ao Direito Natural, o qual seria, *in casu*, historicamente mutável.

Marília Muricy entende que Cossio afasta-se do jusnaturalismo, cuja noção de justiça é a-histórica e incide sobre a vida histórica, agregando-se a ela como qualidade de certas instituições. Em Cossio, os critérios de legitimidade não estão ligados a uma instância de referência com conteúdo pré-constituído, mas sim depositados no próprio mundo da vida. Kunz objeta a Reale que a simples imanência dos valores no Direito Positivo não lhe confere características próprios do Direito Natural, com o que o jusfilósofo brasileiro concorda em abstrato, mas entende inaplicável ao pensamento de Cossio, devido à sua peculiar concepção da positividade jurídica como liberdade metafísica fenomenizada, incompatível com sua concepção do valor como simples qualidade dos bens. Examinemos mais detidamente essa crítica.

Reale (2010, p. 336), ao notar que Cossio, fundado em Stern, vê a preferibilidade, que é liberdade, como substrato constitutivo do mundo dos valores, os quais, sem tal “toque de Midas”, ontologicamente não podem ser, encara tal idéia como contraditória com a noção de valores como qualidades e categorias materiais de futuridade (em oposição, segundo Cossio, à idealidade dos valores platônica). O tridimensionalista entende tal noção de valores como implicativa da distinção ente valores subordinantes (em Cossio, a liberdade) e valores subordinados, no contexto da dialética de implicação e polaridade. Reale concorda com Cossio a respeito da caracterização do valor como uma qualidade existentes nos bens culturais, mas discorda que tal qualidade seja similar às desprovidas de sentido, por entender

que isso reduziria os valores a objetos ideais. Quanto a isso, explica bem Aftalión o pensamento de Cossio: os valores são considerados objetos não-independentes, irrealis, não podendo ser experienciados isoladamente, mas apenas como dever-ser axiológico compreendido por um sujeito em relação a um objeto cultural. Tem sentido tudo aquilo que integra um conjunto de valores, nos moldes do trinômio sentido-valor-estrutura característico do estruturalismo e seu caráter historicista-realista vislumbrado em Dilthey e Spranger. Diferem-se, assim, também em Cossio os valores e os objetos ideais, sendo estes independentemente experienciáveis, tendo os valores apenas um caráter ideal como projeções de um futuro existencial.

Cossio vê os valores constitutivos do direito e o direito como concretização de valores como horizontes voltados para o mesmo objeto, ainda que encarados a partir de perspectivas distintas: a Axiologia Jurídica Positiva volta-se ao ideal real, imanente na positividade jurídica, e a Axiologia Jurídica Pura volta-se ao ideal verdadeiro, sendo atividade de caráter metafísico (Cossio afirma que a metafísica dos valores é a metafísica da liberdade, sendo a essência do espírito não mais psíquica, como no empirismo, mas sim axiológica).

Marília Muricy (2005, p. 103) explica que quando Cossio encara a verdade jurídica como verdade de conduta, propõe uma identificação entre a verdade e a consciência de justiça por parte do operador do direito; sendo o oposto, a injustiça, vista pela sociedade como um erro. Nesse contexto, o conhecimento jurídico não é resultado da atividade de um sujeito cognoscente externo a um objeto cognoscível, mas sim um sentido surgido na própria estrutura do fenômeno jurídico, pela via da tradução e, ao mesmo tempo, constituição do sentido normativo da conduta pelo juiz. Para Cossio, os valores jurídicos identificados pela Axiologia Jurídica Pura não devem ser entendidos finalisticamente, como princípios norteadores do direito, mas sim como elementos imanentes às manifestações jurídicas. São os seguintes: ordem; segurança; poder; paz; cooperação; solidariedade; e justiça.

No plexo de valores listado por Cossio, a justiça representa um papel análogo ao que representa o sistema das virtudes cardinais de Platão, inserido este, pelo Egologismo, na noção aristotélica de justiça como alteridade. Disso resulta uma justiça sem conteúdo material específico, conferindo equilíbrio e proporção recíprocas aos demais valores bilaterais de conduta. Cossio aproveita, ainda, a noção tomista de justiça social, de forma a superar a distinção aristotélico-tomista entre justiça comutativa e justiça distributiva, com o intento de substituir uma postura analítico-atomista por um pensar compreensivo-totalizante, de cariz estruturalista. O indivíduo puro e a sociedade pura são meras abstrações, devendo o projeto

coletivo fundar-se em um entendimento comunitário, correspondente ontologicamente à justiça social, cujos fundamentos de existência, essência e verdade estimativa são, respectivamente, a liberdade, a criação e a razão. Uma razão imanente à liberdade não se comporta como igualdade, mas sim como uma contínua criação de igualizações de liberdade como pontos de vista renovados, em cujo processo a vivência, como ensina Ortega y Gasset, liberta-se da personalidade livre e a ela retorna, sucessivamente, pela via da criação. Compreende-se o *suum cuique tribuere* como o dar-se a cada um o que falta para estar em iguais condições de liberdade com aquele com quem interfere intersubjetivamente, encontrando-se o padrão objetivo de justiça pela via das fontes do direito, instâncias intersubjetivas de valoração. Aqui, permite-se a compreensão do sentido jurídico como integrado no todo estruturalista que é a comunidade jurídica e como fundado em valores objetivos, outorgando validade ao conhecimento cultural, nos moldes do pensamento de Dilthey; a cultura não é, em última instância, apenas anímica ou apenas psíquica, mas, isso sim, espiritual.

As preocupações do Egoísmo quanto à compreensão do fato jurídico abriram caminhos, a partir da ideia de direito como conduta humana em interferência intersubjetiva, para discussões ainda aquecidas no campo da hermenêutica jurídica. Wálber Carneiro explica que a preocupação com a conduta humana (problema ou caso concreto) é o reflexo da adoção de uma perspectiva fenomenológica e sua busca pela coisa mesma, ou seja, pelo modo mais originário de compreender o direito. Ainda que o texto ilumine aquilo que pode ser verdadeiro, o lugar da verdade, o “objeto” do direito”, não é o texto (CARNEIRO, 2010, p. 225). Já para Castanheira Neves (*apud* CARNEIRO, 2008, p.9), a norma é apenas um fator-critério da dialética de decisão do problema jurídico, este, sim, o *prius* metodológico para a compreensão do fenômeno jurídico.

Marília Muricy (2006,p.49) nota que a aproximação entre a Teoria Ecológica e a hermenêutica filosófica gadameriana limita-se ao reconhecimento da relevância da pré-compreensão e ao trabalho com um conceito processual de objetividade, segundo o qual o raciocínio não é objetivamente válido por suas intrínsecas qualidades lógicas, mas sim como resultado da sua confirmação histórico-social. No entanto, enquanto Gadamer não tem maior preocupação com questões de natureza metodológica, o empenho no sentido da fundamentação metodológica da ciência do direito foi sempre decisivo na obra de Cossio e sua proposta de um método empírico-dialético, ainda que, como aponta Muricy, o jusfilósofo argentino, ao sublinhar heideggerianamente a unidade entre ser e dever-ser, já aponte uma

ressalva quanto aos excessos do método.

Embora Cossio (1974) trabalhe a diferença ôntico-ontológica como pensamento pensante (sentido da conduta) e pensamento pensado (substrato da conduta), imagina ainda ser possível uma circularidade entre substrato e sentido da conduta, o qual seria metodologicamente integrado pela norma. Ora, a circularidade sempre se dá entre sentidos, e não entre o ente e o seu correlato ser, justamente devido à “dobra da linguagem”. O jusfilósofo argentino não percebe que a circularidade se dá, como explica Wálber Carneiro (2010, p. 284), entre o sentido do problema projetado e o sentido do sistema interpretado.

Assumindo a busca da autonomia da compreensão jurídica – e do direito – em um momento reflexivo, onde aquele que compreende se pergunta sobre o que compreendeu, lembramos um grande acerto do culturalismo de Cossio, qual seja, aquele referente ao nível doutrinário de estratificação (apofântica) do sistema, trabalhado, ainda que com certas discrepâncias, por Castanheira Neves e Wálber Carneiro¹²⁷. Como explica Muricy, Cossio restaura a razão jurídica como razão normativa, perpetrando a união entre o mundo dos valores e o mundo do conhecimento e permitindo à noção de justiça cumprir o seu papel de critério de legitimidade no processo de justificação da decisão.

Cossio não encontra os critérios de legitimidade em uma instância de referência com conteúdo pré-constituído, mas sim depositados no próprio mundo da vida, restaurando a integração entre ser e dever-ser e revitalizando a relação entre direito e senso comum, como também fez Gadamer. A racionalidade da decisão depende, portanto, da convergência entre as opções valorativas contidas na decisão e os valores da própria sociedade. Nesse ponto, Muricy (2006, p.51) nota em Cossio a influência do *lebenswelt* husserliano, como âmbito em que as relações intersubjetivas ensejam formas primárias de normatividade, as quais se transformam posteriormente, mediante procedimentos institucionais, em "normas do sistema", ecoando a co-originariedade entre direito e moral mencionada por Habermas. Lembremos a força de convicção em Cossio: condição de verdade de uma sentença capaz de ser absorvida pelo universo cultural e político-institucional a que se endereça, consubstancia a preocupação com a eficácia da decisão e o empenho de imprimir-lhe justiça como elemento de legitimidade, de forma a evitar uma vivência de contradição de um decisor que tenha a experiência da prática

127 Concordamos, com Lênio Streck e Wálber Carneiro, que não há um caminho metodológico mágico; apenas meros indicadores formais, uma entrada diligente no círculo, pautada na consciência da história efetual, de quem está aberto para jogar com a coisa e permitir que ela se desvele. Isso, na comunidade jurídico-comunicativa, significa trazer à tona as contradições entre as conclusões de intérpretes distintos a respeito do mesmo caso, de maneira que a resposta correta, impulsionada pela hetero-reflexão, se imponha – embora sempre sujeita à continuidade compreensiva da espiral hermenêutica – na tradição linguisticamente partilhada.

de um erro em forma de injustiça.

Estabelecidos os elementos essenciais do pensamento de Cossio, tratemos agora da aproximação entre seu pensamento e o de outro autor vinculado à tradição hermenêutica: Luigi Pareyson.

6.7.2. Pareyson e Cossio: liberdade e verdade

Marília Muricy (2006, p. 103-5) explica que o culturalismo de Cossio antecipa Pareyson, para quem o homem pode, pelo exercício da liberdade, produzir a própria história, em uma autoconstrução que proporciona uma correspondência entre sujeito e objeto. Pareyson entende a verdade como a relação entre a pessoa e o ser. A verdade é formulável interpretativamente, entendida aí a interpretação como uma posse pessoal da verdade. A pessoa interpreta primariamente como um meio de acesso, um órgão do conhecimento, e essa interpretação é sempre um processo ativo e performativo porque a individualidade da pessoa faz sua própria situação histórica um instrumento de indicação e revelação da verdade. O caráter produtivo da interpretação não significa uma produção da verdade pela pessoa, mas sim uma postura de atenção e escuta constante, a qual permite que a interpretação pessoal revele a verdade. A liberdade permite um ato por ou contra o ser, e esse ato é também o ato com o qual ela decide de si própria, se reforça ou renega a relação ontológica em que consiste o próprio ser do homem, donde a ligação entre ser e liberdade, dado que esta o afirma até mesmo quando o renega (PAREYSON, 2005, p.49-50)

Pareyson entende que um filósofo, em sua reflexão, assume a verdade como revelação, nos moldes heideggerianos, mas intenta transcender uma simplista análise histórica da verdade. A verdade constitutiva do pensamento tem como condição uma unidade entre teoria e *práxis* de cariz objetivista. A manifestação da verdade diz respeito à dimensão do “pensamento relativo”, o que não significa uma negação da dimensão do “pensamento expressivo”, entendida esta expressividade como histórico-concreta. Enquanto o puro “pensamento expressivo” é destituído de verdade, o pensamento revelativo não deixa de ter uma dimensão expressiva, mas sim congrega, indissociavelmente, considerações historicistas e especulativas. A verdade manifesta-se por meio da interpretação pessoal e esta sempre será, simultaneamente, revelação da verdade na medida em que exprime a pessoa e expressão da pessoa no ato de revelar a verdade, sem que nenhum dos dois aspectos prevaleça sobre o

outro. Não se trata, obviamente, de distinguir elementos permanentes, em sentido suprahistórico, e elementos temporais, pois tudo é igualmente histórico, mas sim de reconhecer, na história, as manifestações revelativas do ser como verdade (PAREYSON, p. 10-1)

Marília Muricy ensina que Pareyson e Cossio aproximam-se por expressarem uma preocupação em associar o conceito de verdade às expressões fundamentais da vida e da liberdade humana, sem abrir mão de critérios de controle que preservem a possibilidade da crítica. O pensamento revelativo da verdade exige da pessoa a realização de escolhas concretas realizadas, o que significa não se submeter ao curso externos dos acontecimentos (ter história), mas sim, pelo exercício da liberdade, produzir sua própria vida (ser história) (PAREYSON, 2005, p. 9-10). A vida humana constrói-se e justifica-se a si própria, autocompreende-se, projeta-se para o futuro, responsabilizando-se por ser história. A situação pessoal é o único veículo que nos permite recuperar sua originária abertura ontológica pela via da multiplicação de formulações da verdade. Ao mesmo tempo, a verdade não deixa de ser única e intemporal frente às suas múltiplas formulações, e essa unicidade, em vez de impedir a infinidade interpretativa, serve como estímulo para novas formulações. A verdade, como origem inexaurível, solicita a cada vez uma nova interpretação que possa colhê-la toda sem esgotá-la, sendo sempre um convite a novas formulações. A palavra é reveladora e eloqüente não apenas pelo que diz, mas também pelo que não diz. Ela diz a mesma verdade que nela reside com inexaurível e, conseqüentemente, muito mais como não dita que como dita (PAREYSON, 2005, p. 16)

Um pacto entre liberdade e justiça pressupõe uma compreensão do conceito de verdade jurídica ligada a uma ontologia da vida humana, cujas escolhas, inexoravelmente valorativas (preferibilidade), estão obrigadas a ser justificadas perante sua responsabilidade ética, como já assinalado anteriormente nesse trabalho quando da abordagem da ética agatológica. Daí, pois, a conclusão de Marília Muricy no sentido de que a filosofia hermenêutica tem como problema central a questão da fundamentação ética, a respeito da qual trataremos, no próximo tópico, com suporte nos pensamentos de Kaufmann, Hruschka e Larenz.

6.7.3. Kaufmann, Hruschka e Larenz: a justiça e a ideia-direito

Arthur Kaufmann (2009, p. 431 e ss.), adota uma postura ontológica que segue a tradição de Aristóteles, Hegel e Aquino, ainda que vislumbrando nesse a admissão de que a ordem não é substância, mas sim relação. O autor entende que as relações da vida a que se referem as normas jurídicas pertencem já a uma realidade estruturada em si e pré-dotada de sentido. Isso significa que dever-ser e ser, ou valor e realidade, não são dois domínios completamente díspares, mas sim vinculados e interrelacionados, desde antes da estatuição das normas. Em toda a estatuição e achamento do Direito, trata-se de levar o dever ser e o ser a corresponderem-se como uma unidade na diferença, o que não se dá pela via de um silogismo lógico, mas apenas na linha de elaboração de uma analogia, entendida esta como um pensamento a partir da natureza das coisas. A norma e a situação de fato não seriam nunca completamente idênticas, mas apenas semelhantes, e isso exatamente naquilo que constitui o seu sentido como uma unidade na diferença. O sentido da lei não se dá a entender em conceitos legais abstratos, devendo-se apreender algo de mais vivo, a natureza das situações concretas da vida a julgar e seu valor imanente, que deve convergir com o que é intencionado na lei.

A tese de Kaufmann fundamenta-se na idéia de que o momento subjetivo emana, em cada conhecimento, de uma fonte diferente, enfraquecendo-se mutuamente quando em confronto, enquanto os momentos objetivos provêm sempre do mesmo ser, de forma a remeterem todos para o ponto de unidade do sentido normativo, mostrando-se, assim, fundamentados. A concepção de Kaufmann configura uma interligação entre as teorias da correspondência e do consenso, superando as concepções essencialista e convencionalista da linguagem pela via da assunção da noção do círculo hermenêutico da compreensão inerente ao *dasein*. Devem, pois, as cadeias comunicativas ser vistas não como situações ideais de fala, mas sim como efetivamente existentes no trajeto da historicidade do direito, de forma que os princípios da justiça não sejam caracterizados como fórmulas vazias, pontos estes em que, a despeito da discordância sobre a tematização entre ser e dever-ser, concorda com Larenz e sua preocupação com a tensão entre justiça eqüitativa e justiça material.

A preocupação de Larenz com a justiça diz respeito à necessidade de justificação da vinculatividade do direito. O autor dialoga com Joachim Hruschka (*apud* LARENZ, 1997, p. 281), também partidário da hermenêutica filosófica e para que o direito e a justiça estão intimamente ligados, de forma que mesmo que o Direito positivo legislativo e judicial nem sempre sejam justo, mas apenas uma dentre as possíveis tentativas de conformação da justiça, ambos devem ser sempre aferidos, na qualidade de sua pretensão de validade, em função

dessa justiça. Larenz explica que, embora as expressões normativas não possam ser definidas pela remissão a características ou conceitos de um outro jogo de linguagem, seu significado pode ser alcançado pela via da participação no próprio jogo-de-linguagem normativo, de forma que as vivências-chave serão aquelas em que desenvolve-se um poder de distinção relativo à justiça, tanto eqüitativa quanto material, das exigências de justificação. São estas vivências-chave que possibilitam a todo o indivíduo, desde tenra idade, o acesso à esfera normativa e a possibilidade de compreensão histórica do justo. De forma semelhante, Hruschka (*apud* LARENZ, 1997, p. 281) diz que o Direito em vigor (validade formal) não é “coisa Direito”, mas já uma interpretação (lingüística) desta “coisa Direito”, que como tal transcende a linguagem apofântica do texto normativo, é suprapositiva, condição de possibilidade (*a priori* em sentido hermenêutico) do direito positivo e de sua compreensão, ponto em que se manifesta a tensão entre direito justo e direito posto.

Kaufmann diz que a máxima precisão da linguagem só se deixa alcançar com o preço do máximo esvaziamento de conteúdo e de sentido. O autor percebe aqui, a outra dimensão do estudo lingüístico de Aristóteles, revelada, como explica Manfredo Araújo de Oliveira (2001, pp. 29 e ss.), por Heidegger e radicalizada no sentido de que reconhecer a linguagem como condição mesma do conhecimento humano. De um lado, Aristóteles acentuou a distância entre linguagem e ser e a aprofundou, por meio de sua teoria do juízo, a concepção designativa da linguagem elaborada por Platão. Aristóteles apresenta a peculiaridade de tratar a função judicativa não como função da linguagem, mas sim da alma, cabendo ao discurso apenas significar o ato judicante, não substituindo a verdade do julgamento, mas sendo seu substituto necessário e imperfeito. Apesar da distância entre linguagem e ser, a inacessibilidade imediata ao ser pelo homem sem a mediação lingüística, posicionamento que remonta aos filósofos gregos e sua noção de unidade entre *logos* e *ón*, já antecipava a principal tese da filosofia contemporânea da linguagem: toda reflexão é sempre reflexão mediada lingüisticamente. Essa linguagem pressupõe uma ontologia como condição de possibilidade da comunicação humana. Embora seu discurso não seja imediato sobre o ser, a linguagem só é compreensível a partir de seu fundamento, o ser, e vice-versa. Assim, pois, na maneira como falamos das coisas, já se mostra uma pré-compreensão das coisas, e a tarefa da filosofia consiste exatamente na explicitação, mediada lingüisticamente, dessa pré-compreensão do real.

Larenz (1997, p. 196-7), ao trabalhar a relevância da dimensão eqüitativa da justiça, ensina que tal concepção remonta à tradição greco-romana de relacionar direito e justiça a

uma exigência de tratamento idêntico para todos os casos similares, o que passa pela recondução da decisão a uma norma. Fundado na terminologia de Fikentscher (ainda que não assumindo o modelo subsuntivo deste autor), Larenz distingue-se a justiça equitativa em relação à justiça material, descrita como a adequação da norma decisória à situação de fato em questão. Esse movimento de adequação do caso a precedentes ou leis, segundo o autor alemão, é um pressuposto para que se possa indicar racional e objetivamente o caráter correto de uma compreensão de um evento como jurídico. São, pois, ambas as dimensões valorativas, a material e a equitativa, elementos determinantes do caráter justo de uma decisão.

Uma «bitola» exige ser aplicada do mesmo modo a todos os casos que hajam de ser medidos por ela. Isto não é possível se o seu conteúdo, como GADAMER expressamente pretende que seja o caso também para a interpretação jurídica, «tem que ser entendido de novo e de modo distinto em cada situação concreta» — quer dizer, para cada caso singular. É decerto verdade que nenhum caso é igual a outro em todos os seus aspectos. Não obstante, se houver de ser utilizada a «mesma» bitola, não pode, no entanto, qualquer variação da constelação do caso implicar por si uma nova e distinta interpretação da bitola, pois que, a ser assim, a ideia de «medida igual», um elemento de base da «justiça», seria pura ilusão. Torna-se necessário, pois, dar um certo desconto às teses de GADAMER. Antes do mais, há que observar que toda a concretização (conseguida) de um critério rector estabelece uma medida para o julgamento de outros casos semelhantes, em face dos pontos de vista valorativos. É aqui que reside, entre outras coisas, o grande alcance dos «precedentes» (LARENZ, 1997, p.296).

Consideramos que não devemos compreender de forma demasiadamente estrita a relativização do pensamento gadameriano esposada por Larenz no trecho acima. Em verdade, a preocupação do jurista alemão já é albergada pela tese gadameriana da *applicatio*, visto que a relevância atribuída por Gadamer à distância temporal também integra o caráter de densificação do sentido normativo por meio da incorporação dos julgamentos anteriores à tradição jurídica. Na verdade, parece-nos que Larenz busca evitar uma compreensão da hermenêutica gadameriana como porta aberta para um casuísmo, o qual proporcionasse uma mera busca pela justiça material, sem o contraposto elemento da justiça equitativa, o que redundaria em decisionismo subjetivista. Aliás, a respeito da exigência de justiça material vislumbrada por Larenz, podemos perceber que encontra semelhança com o papel da integridade na tese de Dworkin, tema que aprofundaremos no próximo tópico.

6.7.4. Dworkin e Larenz: o ponto de chegada da compreensão jurídica

Larenz (1997, p.674 e ss.), por conceber norma como algo estruturável na forma lógica do “se-então”, não chega a conceber taxativamente os princípios como uma categoria normativa. Em verdade, representam, em seu pensamento, elementos de um sistema interno, o qual tem por missão tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento jurídico. O autor reconhece, entretanto, a força vinculante dos princípios, ainda que nem sempre possam servir diretamente como fundamento determinante da resolução de um caso, visto precisarem de uma densificação aplicativa maior do que a das regras. Essa concretização pode se dar em diversos graus. No mais elevado, não há ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma idéia jurídica geral que orienta a concretização ulterior como por um fio condutor, como no caso do princípio do Estado de Direito. Em um grau de maior densidade, surgem os primeiros indícios de uma especificação de previsão e consequência jurídica, como no caso do princípio da confiança, mas ainda se está longe de possibilitar a resolução direta de um caso particular. Por fim, os princípios mais densos recebem de Larenz o reconhecimento não apenas como *ratio legis*, mas sim como *lex*, visto poderem condensar uma norma imediatamente aplicável. É o caso dos princípios com forma de proposição jurídica, em contraposição às categorias anteriores, chamadas de princípios abertos.

Larenz reconhece que as fronteiras entre os princípios com forma de proposição jurídica e os princípios abertos são fluidas, não podendo ser determinadas com exatidão. Os princípios com forma de proposição jurídica são intermediários entre os princípios abertos, por eles concretizados numa determinada direção, e as normas jurídicas (regras, na terminologia de Dworkin). A distinção entre esses princípios mais densos e as normas propriamente ditas diz respeito à importância destacada dos princípios no contexto global de uma regulação. Aqui, Larenz recorre a Betti, para quem esses princípios têm um excesso de conteúdo de sentido valorativo: seu conteúdo de sentido faz referência, por cima do conteúdo formulado em forma de proposição jurídica, ao princípio fundamental por eles concretizado.

Larenz, ainda que não estabeleça fronteiras tão claras e fortes entre princípios e regras como faz Dworkin, apresenta aspecto fundamental em sua concepção de princípio: tratam-se de ideias jurídicas materiais que manifestam a ideia de direito tal como apresentada em sua evolução histórica. Os princípios, em Larenz, são pautas directivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas¹²⁸. Nesse

128“Alguns deles estão expressadamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma «analogia geral» ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram «descobertos» e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes

ponto, ambos os autores atribuem grande relevância aos princípios no processo de “alteração do curso do romance em cadeia”, para usarmos a expressão de Dworkin.

A norma que acaba de ser estatuída está, decerto, «mais ou menos» determinada no seu conteúdo: aguarda a concretização no processo, que agora se estabelece, da sua aplicação. Mas a interpretação extraída da norma, com vista à sua aplicação, não acrescenta nada — no decurso do processo — à norma, tal como ela «se apresenta»; todavia, leva em conta as interpretações anteriores. Claro que estas não são nunca «vinculantes» para o juiz: ele pode, tem mesmo que abandonar uma interpretação já encontrada se esta se vier a revelar insustentável, ao retornar à própria norma, ao seu conteúdo significativo (que há-de ser entendido no contexto da lei) e às peculiaridades do caso presente (ou a uma situação completamente alterada). Não obstante, não são estes os casos normais — qualquer que seja a aparência, só são tomadas em conta as decisões dos *tribunais superiores* —, mas em boa verdade, constituem excepções; na grande generalidade dos casos, os tribunais seguem um precedente de um tribunal superior, não só para poupar tempo e trabalho, mas porque, caso contrário, se perderia a «medida igual» e a consequência seria a maior insegurança jurídica. O facto de estes critérios rectores só no decurso do processo da sua aplicação alcançarem o grau de determinação de conteúdo que torna possível a sua aplicação igual a casos iguais só pode espantar aqueles que não conseguem desembaraçar-se da imagem do metro articulado, ou, dito de modo mais moderno, que considerem a aplicação das normas como integralmente programável. A par da interpretação invariada da norma (nos termos da interpretação que em algum momento lhe foi conferida pelos tribunais) existem de igual modo interpretações sempre novas, mediante as quais o seu conteúdo — com resultados paradigmáticos para decisões futuras — é ulteriormente concretizado, precisado, modificado. Ambas as coisas, a função de bitola da norma — que requer a sua aplicação uniforme — e a necessidade, que ocorre constantemente, de interpretação (ulterior), bem como, por fim, a «retroacção» da interpretação e da concretização, uma vez conseguidas, em relação a uma ulterior aplicação da norma, têm de ser tomadas em conta, se se quiser que o processo — «dialéctico», de acordo com a sua estrutura — de aplicação do Direito não venha a ser considerado unilateralmente, e nestes termos, de modo incorrecto. (LARENZ, 1997, p..296-7)

Larenz e Dworkin reconhecem uma espécie de força vinculante dos precedentes judiciais, tomados como elementos de sedimentação de uma tradição institucional decisiva para a concretização de um ideal de coerência decisória, idôneo a proporcionar a satisfação da exigência de justiça equitativa. A despeito de tais similitudes em sentido global, podemos observar certas discrepâncias teórico-hermenêuticas relevantes entre as teses dos dois autores. Em primeiro lugar, a tese de Larenz, em sua tentativa de superar a dicotomia entre vontade da lei e vontade do legislador, defende uma espécie de ponderação entre os elementos/critérios de interpretação em conflito, seguindo a tradição jurídica de buscar uma “teoria mista” (“teoria unificadora”). Nesse ponto, observamos que Larenz, ainda preso, parcialmente, à tradição psicologista, não segue a transcendência radical de Dworkin em relação ao ponto de chegada da compreensão jurídica. Tal constatação torna-se flagrante quando observamos a

atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na «consciência jurídica geral», graças à força de convicção a eles inerente” (LARENZ, 1997, p. 674)

relutância de Larenz a admitir integralmente a ideia de *applicatio* gadameriana. O jurista alemão, de certa forma, receoso no tocante a uma vinculação do mandamento de justiça equitativa, procura evitar o subjetivismo na aplicação mediante a conservação de um resquício da ideia de interpretação *prima facie*, como podemos depreender do trecho acima, em que ele afirma estar a norma “mais ou menos determinada no seu conteúdo”.

Parece, portanto, que, apesar de atribuir ao processo de aplicação da norma jurídica o condão de densificar *in concreto* a inter-relação entre os critérios de interpretação, especialmente o histórico-teleológico e os teleológico-objetivos, Larenz ainda se prende parcialmente – visto que, inegavelmente, reconhece a relevância da experiência prática ao relevar o questionamento dado pelo problema (faticidade) como ponto de partida do processo hermenêutico – a um modelo de reconstrução do sentido subjetivo dos atos de vontade a partir do substrato material do espírito objetivo consistente no objeto cultural. Aliás, é de se estranhar sua expressa aproximação com a hermenêutica de Emilio Betti ao lembrarmos a inesgotável disputa filosófica travada com Gadamer a respeito da relevância do método e da alteridade existencial do objeto cognoscível¹²⁹.

Na identificação da contradição exposta acima, é decisiva a percepção da relevância atribuída por Larenz à questão do método, registrada no próprio título de sua obra e reforçada em tópico intitulado “A metodologia como auto-reflexão hermenêutica da Jurisprudência”, bem como em sua preocupação em delimitar os contornos epistemológicos da ciência jurídica, de caráter dogmático fundado no dogma da validade e pretensão de vinculatividade das normas de um dado ordenamento jurídico, em relação às demais ciências que estudam o fenômeno jurídico¹³⁰.

129“É o que também é sublinhado por BETTI, que classifica a interpretação jurídica como «interpretação com missão normativa». Não obstante, é indiscutível, diz, «que a interpretação jurídica não pode renunciar a tomar em consideração o processo de gênese da lei, quer dizer, o modo como a normação foi originalmente pensada e como foram valorados e ponderados os interesses em jogo. É o que há que sustentar, apesar da contradição paradoxal de certas formulações que parecem afirmar o contrário. O conhecimento da valoração originária, que perpassa de modo latente as palavras da lei e constitui o fundamento jurídico (*ratio iuris*) da norma é imprescindível para se estabelecer em que medida sobrevieram variações de sentido com o surgimento de mutações no ambiente social ou de novas diretrizes adentro do ordenamento jurídico: pois que só mediante a indagação da valoração originária e não, porventura, de modo directo, é admissível e tem justificação passar a uma adequação e acomodação do texto da lei ao presente vivo. Para o que é necessário equilibrar o interesse estático da constância, salvaguarda e segurança da normação jurídica, com a exigência dinâmica da adaptação e configuração ajustada à direcção da evolução social, mas sem prejuízo da continuidade». Estas considerações merecem concordância. Põem a claro que uma interpretação dirigida à indagação do sentido normativo (actual) da lei não pode deixar de ter em conta a intenção do legislador histórico, e evitam assim, acertadamente, a unilateralidade tanto da teoria subjectivista da interpretação como da objectivista” (LARENZ, 1997, p. 449)

¹³⁰ “A metodologia de qualquer ciência é, antes do mais e em primeiro lugar, a reflexão desta ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão. Toda a ciência desenvolve tais modos de pensamento, e, para além disso, determinados procedimentos para se certificar da sua matéria e para verificar os seus enunciados. A reflexão sobre este procedimento não ocorre em separado da sua

Dworkin e Larenz diferenciam-se, ainda, quanto a um elemento fulcral: a admissibilidade de uma irreduzível margem discricionária de apreciação por parte do juiz. Larenz defende que o intérprete/aplicador deve pautar-se em um método científico-espiritual, o qual consiste em um pensamento racional orientado a valores mediante a ponderação de critérios hermenêuticos como o sentido literal, o contexto significativo da lei, o elemento histórico-teleológico e os elementos teleológico-objetivos. Após o esgotamento de tais meios de buscar o ponto de chegada da compreensão jurídica, será possível ao juiz, segundo o jurista alemão, decidir de forma meramente plausível, desde que esforçando-se ao máximo para afastar os pré-conceitos negativos no momento de tal ato subjetivista¹³¹.

Dworkin, evidentemente, ao defender sua tese da resposta correta, não admite a ideia

aplicação, mas acompanha-a ou segue-a de imediato e está na mais estrita conexão com a ciência em causa. Isto é válido também para a metodologia da Jurisprudência. Que é, assim, sempre metodologia de uma determinada Jurisprudência: a de um Direito codificado ou a de um *case law*, ou antes, até um certo ponto, a de um determinado sistema jurídico. [...] A metodologia descreve assim não só como se há-de proceder de facto, mas coloca também a questão do valor, do êxito possível de determinados métodos. Não se comporta, nestes termos, apenas de modo «descritivo», mas também de modo «normativo». A bitola que para este fim terá de empregar só pode ser naturalmente o fim cognoscitivo especial desta ciência. [...] A meta do trabalho juscientífico é assim, por um lado, a descoberta de uma unidade interna, de uma contínua conexão de sentido das normas e, por outro lado, a sua concretização tendo em vista distintas constelações de casos. Os métodos que são adequados a aproximar a Jurisprudência deste seu escopo cognoscitivo e, com isso, da missão prática que lhe vai apontada, serão os que a metodologia haverá de sancionar, e deixará, pelo contrário, de o fazer em relação àqueles que para tal não sejam adequados. [...] A metodologia pretende contribuir também para as tarefas práticas da Jurisprudência, mediante o afinamento da consciência metodológica. Mas a sua meta primeira é a obtenção de conhecimentos sobre a ciência do Direito. Nesta medida, é uma teoria da ciência do Direito, e, como tal, uma parte da teoria do Direito” (LARENZ, 1997, p. 339 e ss.).

¹³¹“É suficiente que o juiz tenha esgotado todos os meios de concretização de que dispõe, com ajuda de reflexões jurídicas, e que, nesses termos, a sua resolução surja como «plausível» O jurista denomina de «plausível» uma resolução quanto pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correcção, como em sentido oposto. Que ele se contenta freqüentemente com a mera «plausibilidade» de uma resolução, quando o leigo espera «correcção» comprovável, é algo que assenta no carácter inevitável da irreduzibilidade de margens de livre apreciação e na obrigação de decidir que impende sobre o juiz. A ciência do Direito só pode produzir em relação a tais casos a asserção de se tal resolução é ainda plausível ou já o não é de todo. Uma tal asserção está, por seu lado, evidentemente, também subordinada à exigência de correcção do enunciado. [...] Quando, por fim, o juiz tenha à escolha dois julgamentos igualmente plausíveis, é evidente que ele toma a opção mediante uma antevisão do resultado que de cada julgamento decorre, ou seja, da resolução do que caso que dessa opção resulte. Uma vez que o juiz quer resolver o caso, tanto quanto possível, «justamente», a justiça da resolução do caso é um desiderato legítimo da jurisprudência dos tribunais, é legítima a antevisão da resolução do caso vista como justa pelo juiz. Decerto que o juiz não sabe em todos os casos de antemão qual é a resolução «justa». Uma vez que é mais fácil dizer o que é claramente injusto do que o que é justo nos casos difíceis, o juiz pode evitar, deste modo, pelo menos uma resolução manifestamente injusta. Quando nenhuma das resoluções possíveis seja manifestamente injusta, a resolução é deixada, nos casos mencionados, à intuição valorativa e à convicção do juiz. Aqui existe, decerto, o perigo de que no julgamento do juiz se insinuem, sem que ele próprio disso tenha consciência, preconceitos de diversa ordem, que, como sempre, podem ser limitados. Deve exigir-se do juiz que se abstenha, tanto quanto lhe seja possível, de dar conta das suas motivações e que aprenda também com as resoluções errôneas. Pois que, quando falte uma disponibilidade para tanto, poderá mesmo um sentimento jurídico experimentado cair em erro com facilidade. [...] A margem de livre apreciação é decorrência óbvia da personalidade criadora, surpreendendo apenas àqueles que ainda acreditam na racionalização sem resquícios valorativos. Não se pode prescindir, no domínio da aplicação do Direito, da influência pessoal. A autorização para decidir segundo a própria descrição significa a entronização no plano da concretização do Direito da personalidade que aspira à realização de um sentido, de forma que, nesse caso, o subjetivamente justo é tido como o justo em geral”. (LARENZ, 1997, p.414-416).

de plausibilidade de respostas alternativas. Aliás, tal é a tese central de seu *Taking Rights Seriously* (1978), em que, atacando Herbert Hart (2001), inadmite a existência de respostas alternativas em casos difíceis. Decerto que Larenz esforça-se, com base na utilização da hermenêutica filosófica gadameriana, por transcender a tese decisionista típica dos pensamentos de Hart e Hans Kelsen. No entanto, sua preocupação com o caráter metodológico do proceder jurídico-compreensivo acaba por não permitir-lhe perceber que o sentido normativo sempre surge anteriormente a qualquer possibilidade de direcionamento metódico. De tal forma, podemos registrar que Larenz perde-se em seu desiderato de superar a polêmica entre vontade da lei e vontade do legislador, visto que sua adesão à tese da teoria unificadora acaba por não solucionar o problema hermenêutico central por ele mesmo identificado: a tradução entre a generalidade da norma e a especificidade do caso, origem da (suposta) possibilidade subjetiva de que sejam encontrados múltiplos sentidos normativos. Diferentemente de Dworkin, que supera a tensão entre psicologismo e teleologismo nos moldes de Betti, justamente por captar corretamente a quebra da dicotomia sujeito-objeto, Larenz oscila dialeticamente entre tais elementos, prendendo-se a uma espécie de polaridade já superada pelo próprio Gadamer (inclusive na já visitada crítica a Schleiermacher), a quem nomeia como seu referencial filosófico.

A ênfase da preocupação dworkiniana com a justificação substantiva e a conclusão da decisão judicial coaduna-se com a matriz hermenêutico-gadameriana pressuposta na versão de sua tese consubstanciada em *Law's Empire*. Não é à toa que Dworkin resigna-se em relação à propositura de um modelo metodológico, em sentido constitutivo, de interpretação do direito. Diversos autores veem em tal aspecto uma deficiência comprometedora da proposta do professor estadunidense, o qual supostamente pretenderia que a falta de metodologia fosse suprida pelas qualidades de um jurista hercúleo¹³².

Comprendemos aquilo que Rodrigues compreende por omissão como um elemento proposital, mormente diante da influência da hermenêutica filosófica gadameriana sobre o pensamento de Dworkin, a qual fica explícita no seguinte trecho de *Law's Empire*.

¹³²“A ausência de metodologia em Dworkin tem vindo a ser notada ao longo da sistematização das críticas que temos vindo a considerar. Os métodos propostos por Dworkin não funcionam: a coerência não é um método metodologicamente suficiente, assim como não o é a *chain novel*. [...] a coerência, na construção de Dworkin, é elevada a critério último e decisivo de validade normativo-jurídica; e, a utilização deste critério conduz, como afirma Castanheira Neves, à desconsideração da dimensão específica exigida pelo caso concreto, e ao desprezo pelos momentos específicos que concorrem nessa decisão. [...] O que, conseqüentemente, compromete a *chain novel* enquanto modelo metodológico, pois, em nenhum momento, Dworkin explica como se processa o encadeamento dos capítulos-decisões sem que remeta para a coerência, dita narrativa.” (RODRIGUES, 2005, p..151-2)

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, e nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. 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, 2003, p.75)

Uma proposta que albergue como pressuposto filosófico a hermenêutica gadameriana precisa, de forma a manter a coerência com o próprio referencial filosófico de Gadamer, qual seja, a ontologia fenomenológica de Martin Heidegger, compreender o fenômeno jurídico como uma totalidade compreensiva/interpretativa/aplicativa, o que implica o reconhecimento da insuficiência do método, em sentido constitutivo, como ponte entre um ponto de partida e um ponto de chegada da compreensão jurídica. Nesse ponto, Lênio Streck parece desvelar a verdade sobre o pensamento dworkiniano, mostrando que o autor estadunidense aborda o elemento central de sua tese, a virtude da integridade, como um existencial (Heidegger).

A dificuldade na tradução apofântica da integridade se deve ao fato de que o fenômeno chamado por Dworkin de integridade é um fundamento não-metafísico, portanto para longe de um “princípio epocal” (*inconcussum veritatis*). [...] Eis, assim, a relação de Dworkin com o substancialismo. Veja-se, nesse sentido, a preocupação metódica de Dworkin, percebida quando ele tenta descrever os passos do Hércules, exigindo a colocação desse elemento entre o acontecer e o acontecido. Desse modo, a integridade foi colocada por ele entre o acontecer e o acontecido, tentando justificar esse último. No fundo, a virtude não é ela, porque, a rigor, não há nada entre o acontecer e o acontecido, mas sim o estar-aberto-a-ela. O existencial seria, portanto, o que ele tenta explicar com a virtude da integridade, e não a integridade em si. Daí a alusão a Netuno, um planeta que foi descoberto “antes de ser visto”. Por isso, é razoável concluir, em Dworkin, que o modo como ele demonstra a presença da integridade a traduz como um “existencial”, cuja ausência de descrição apofântica (ôntica) nos angustia. E essa angústia é a todo momento refletida por ele. (STRECK, 2008, p.307-308)

É por isso que Dworkin prescinde, em sua tese, de uma tentativa de pré-determinação, ainda que provisória, do sentido dos textos jurídicos, albergando em sua proposta a busca pelo desvelamento da verdade no seio da experiência (prática) jurídico-comunitária. Não é necessária a preocupação com pontos de vista metódicos previamente delimitados, o que resulta no desvelamento de uma resposta correta dotada de unicidade, sem significar uma exclusividade incompatível com os pressupostos da relação entre verdade e método em Gadamer.

Após uma longa viagem pela hermenêutica filosófica, retomemos o outro ponto do nosso círculo: a representação política. Daqui para frente, ambas as dimensões da representação apresentar-se-ão um tanto entrelaçadas no texto, de forma a espelhar estilisticamente a nossa própria visão sobre o tema.

6.8. *INPUT* E *OUTPUT*: DWORKIN, EM SUA BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA, NÃO ABRE MÃO DE UM ELEMENTO PROCEDIMENTAL

Hübner Mendes, conforme explicação desenvolvida no capítulo anterior deste trabalho, enxerga a legitimidade principiológica das decisões em Dworkin como um problema de conteúdo, e não de procedimento. A concepção de democracia no autor estadunidense exigiria o preenchimento de certos requisitos morais substantivos, condensados na ideia de “igual consideração e respeito”, que nem sempre são satisfeitos pelo procedimento majoritário, mas apenas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais. Mendes (2011, p.2) sintetiza sua interpretação da tese de Dworkin na seguinte elaboração: “Democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, é uma questão de *output* substantivo, não de *input* procedimental”.

A figura de Mendes sobre o pensamento de Dworkin deve ser lida com cuidados. Devemos notar que, na dimensão referente ao *input*, o fato de a democracia não se esgotar em uma entrada de caráter procedimental não pode ser lido como uma negação dessa entrada, ou mesmo como uma incompatibilização entre o substancialismo principiológico e um elemento participativo de cariz popular.

Dworkin procura configurar a convergência entre democracia e constitucionalismo pela via de um elemento substancial de democracia, o qual leva em consideração as decisões político-teleológicas manifestadas legislativamente, embora não se restrinja a elas. Enquanto as posições legislativas referentes à satisfação do bem-estar geral (*policy*) legitimam-se *ex ante* pelo critério de “quem” e “como” se decide (*one man, one vote*), as decisões judiciais legitimam-se *ex post*, pelo seu conteúdo correto, e não pelo *pedigree* adquirido por uma autoridade decisória por força de ter sido investido na função com base em um processo eleitoral.

A rejeição de Dworkin a uma legitimação do conteúdo decisório pelo mero procedimento, além de justificar-se ontologicamente, ganha importância política diante da percepção de que o convencionalismo positivista tinha essa legitimação autoritativa como cerne de seu discurso científico. Não é outro, lembremos, o embrião da Escola de Exegese, em que o apego à literalidade do legislador não pode ser lido apenas como uma crença epistemológica ingênua em uma razão teórica lógico-dedutiva de cariz cartesiano, mas sim como a expressão epistemológica de uma preocupação política com o resguardo dos direitos naturais do homem, positivados na legislação infraconstitucional, contra a ameaça de um

retorno do *status quo* tirânico. Os estudiosos franceses do século XIX, ao buscarem sedimentar uma concepção de direitos preferenciais (de fundo jusnaturalista, nesse caso) pela via de sua conversão em direitos institucionais¹³³, acabaram por hipertrofiar a dimensão democrática em relação aos valores que o constitucionalismo norte-americano viria a difundir¹³⁴. A relegação da constituição francesa, elemento fundante do sistema jurídico interno, a documento meramente político não auto-executável na linguagem do sistema jurídico externo (científico) é ilustrativa do risco de institucionalização de um ceticismo moral que acompanha uma ode ao princípio majoritário desatenta à função de freio e contrapeso passível de desempenho pelo Poder Judiciário no tocante às manifestações legislativas¹³⁵.

Já na dimensão referente ao *output*, devemos notar que a identificação dos direitos demandaria do juiz capacidades sobre-humanas, daí a metáfora do juiz-Hércules³. O juiz teria nesse caso, a difícil tarefa de reconhecer a diferença entre os “direitos preferenciais”, e os “direitos institucionais” no contexto da decisão judicial. Enquanto os direitos preferenciais fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, os direitos institucionais que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica e podem ser lidos como direitos à decisão de um tribunal em um sentido específico (DWORKIN, 2002, XV). Em outras palavras, os *hard cases* são decididos

¹³³ “Qualquer teoria adequada distinguirá [...] entre direitos preferenciais (*ground rights*), que fornecem uma justificação para decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, e direitos institucionais, que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica” (DWORKIN, 2002, p. 145)

¹³⁴ Sobre a distinção entre “direitos preferenciais” (*background rights*) e “direitos institucionais” (*institutional rights*), discorre Dworkin (2002, p. 145-6): “Suponhamos que minha teoria política afirme que todo homem tem direito à propriedade de outro desde que dela necessite mais. Eu posso ainda admitir que ele não tem um direito legislativo com o mesmo sentido; em outras palavras, eu posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a que a presente legislatura promulgue uma lei que viole a Constituição, algo que uma tal lei presumivelmente faria. Também posso admitir que ele não tem nenhum direito institucional a uma decisão judicial que perdoe o roubo. Mesmo que eu faça essas concessões, posso manter minha alegação inicial, argumentando que as pessoas, em seu conjunto, têm uma justificação para emendar a Constituição com o fito de abolir a propriedade, ou talvez para se rebelar e derrubar por completo a atual forma de governo. Eu posso alegar que cada homem possui um direito preferencial residual que pode justificar ou exigir tais atos, mesmo que eu conceda que ele não tem direito a decisões institucionais específicas, quando se considera como essas instituições estão atualmente constituídas”.

¹³⁵ Utilizamos aqui a distinção feita por Heck entre sistema externo e interno, explicada por Larenz (1997, pp. 74-5; 171; 624) nos seguintes termos: “Já HECK tinha feito a distinção entre «sistema externo» e «sistema interno». [...] «Através da reunião dos conceitos ordenadores forma-se o sistema científico, na acepção de sistema externo», sistema — como se lê em HECK — em cuja edificação é determinante o interesse na exposição da matéria, ou seja, a «tendência, por um lado, para a clarificação, e, pelo outro, para a condensação e a perspectiva geral». STOLL assinalou a este «interesse na exposição» mais um outro desígnio, para o qual o «sistema externo» será ainda necessário: o de permitir ao juiz a subsunção lógica. Indicámos os conceitos abstractos como elementos básicos do sistema externo. Chamam-se «abstractos» porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objectos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto» umas das outras como em relação aos objectos a que sempre estão ligadas de um modo determinado. Ao sistema externo contrapõe HECK o «sistema interno», sistema que resulta do nexu objectivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses [...], da revelação de pensamentos jurídicos gerais, do evitar contradições valorativas, da concretização de princípios jurídicos nos conteúdos de regulação e na jurisprudência dos tribunais”.

pelos juízes com base em direitos institucionais, dotados de concretude e juridicidade.

A distinção feita por Dworkin (2008, p.1) entre “regra de maioria legítima (*legitimate majority rule*) e mero majoritarismo (*mere majoritarianism*) ilustra precisamente que, embora o autor não admita uma concepção de justiça procedimental pura, isso não significa negar a relevância heterorreflexiva do *input* procedimental percebido na preocupação reflexiva (apofântica) com a legitimidade democrática do ponto de chegada da compreensão jurídica. Ao contrário, sua concepção de democracia, no contexto de sua versão do equilíbrio reflexivo, engloba os dois ideais, como já seria de se esperar de um “ouriço”¹³⁶.

Precisamos de uma descrição de nossos valores políticos que nos mostre por que, no caso de cada um de nossos valores importantes, as coisas se passam desse modo. Nossos principais valores políticos – liberdade, igualdade, democracia, justiça e tudo mais – são ideais de caráter geral que, em termos abstratos, concordamos em endossar. Essa concordância abstrata é importante: concordamos que é essencial que os cidadãos não sejam coagidos pelo Estado de modo agressivo, que a estrutura econômica trate as pessoas com igual consideração, que as pessoas se governem a si próprias, e assim por diante. Quando tentamos tornar esses valores abstratos mais concretos, decidindo quais formas de coação são agressivas, qual distribuição de recursos trata as pessoas com igual consideração, que as pessoas se governem a si próprias, e assim por diante. Quando tentamos tornar esses valores abstratos mais concretos, decidindo quais formas de coação são agressivas, qual distribuição de recursos trata as pessoas com igual consideração, que forma de autogoverno é possível, e assim por diante, devemos respeitar e preservar esse entendimento inicial. Devemos formular concepções mais precisas de nossos valores, de modo a mostrar, mais precisamente, o que o valor que identificamos em nível abstrato realmente é. (DWORKIN, 2002, p. 162)

Hübner Mendes (2011, p. 72) depreende do pensamento de Dworkin que o “procedimento não tem valor algum se, posto em marcha, não estiverem presentes as exigências daquele ideal. A decisão quantitativa e estatística da democracia só goza de legitimidade se não produzir decisões que desrespeitem suas próprias condições”. Ora, é verdade que, em Dworkin, o procedimento majoritário não é condição suficiente para a

¹³⁶“Pode-se mostrar impossível encontrar um conjunto coerente de princípios que tenha um apelo independente e sustente todo o conjunto de nossas convicções intuitivas [...]. Se isso acontece, devemos chegar a uma solução conciliatória, cedendo de ambos os lados. Poderíamos atenuar, mas não abandonar, nossa percepção inicial do que poderia constituir um princípio aceitável. [...] poderíamos vir a aceitar, após uma reflexão adicional, algum princípio que inicialmente nos tivesse parecido sem atrativos [...] se nos convencêssemos de que nenhum outro princípio menos agressivo pudesse sustentar o conjunto das convicções políticas que relutávamos especialmente em abandonar. Por outro lado, também devemos estar dispostos a modificar, ajustar, ou mesmo abandonar por completo as convicções intuitivas que não se ajustam a nenhum princípio que convenha a nossos padrões atenuados. Para ajustar essas convicções intuitivas, utilizaremos nossa percepção inicial de quais nos parecem mais seguras, e de quais nos parecem menos, ainda que em princípio nenhuma convicção intuitiva possa ser considerada imune à reavaliação ou abandono, caso se mostre necessário. Podemos esperar por um procedimento de vai-e-vem entre nossos juízos intuitivos e a estrutura dos princípios explicativos, fazendo ajustes primeiro em um dos lados e, em seguida no outro, até chegar ao que Rawls chamou de estado de equilíbrio reflexivo, no qual ficamos satisfeitos ou pelo menos tão satisfeitos quanto podemos racionalmente esperar” (DWORKIN, 2002, pp. 243-4)

atribuição de legitimidade decisória ao ponto de chegada da compreensão jurídica. No entanto, isso não significa que não seja condição necessária para uma concepção de democracia, como se pode perceber da preocupação, raramente lembrada, do autor estadunidense em especificar qual o fenômeno indesejado a que se refere como “julgamento de política”.

Dworkin, em complexo e central argumento de “Levando os direitos a sério” (2002), detém-se na diferenciação entre a decisão judicial fundada em políticas concebidas pelo próprio julgador e a norma decisória que encontra justificação em políticas previamente instituídas pelo Poder Legislativo. O “julgamento de política” rejeitado por Dworkin diz respeito à última figura, expediente pelo qual o juiz transmudaria sua concepção em relação a dados direitos preferenciais em direitos institucionais concretizados na decisão judicial.

Mas, uma vez que Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos, sua “interpretação” das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio; ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo. Mas, quando “interpreta” as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas. (DWORKIN, 2002, p.173)

Aqui, faz-se pertinente uma incursão no pensamento de Josef Esser, autor cujo pensamento, ainda que vinculado à filosofia gadameriana, pode ser entendido como uma expressão hermenêutica do “juiz legislador” criticado por Dworkin.

6.8.1. Esser, consequencialismo e a astúcia da razão dogmática

Esser, notadamente ligado à tradição jurídica do *common law*, pode ser considerado uma espécie de precursor de Dworkin na linhagem de autores que trabalham a distinção entre normas-regra e normas-princípio a partir da referência filosófica de Gadamer. Esser (*apud* Larenz, p. 288) reintegra no direito o elemento da tradição moral e jurídica, mas, para tanto, funda-se na hermenêutica gadameriana e entende que a pré-compreensão possibilita ao juiz, quando entra em contato com o caso, realizar uma conjectura de sentido face ao seu entendimento da norma e da solução a encontrar, como a construção de uma convicção de justiça, processo que se dá preliminarmente a qualquer contato com a lei ou com

considerações dogmáticas¹³⁷. O autor, seguindo Gadamer também quanto à questão do método, considera este como destituído de papel constitutivo no resultado interpretativo, não o compreendendo como uma dimensão a-histórica e universal válida em qualquer contexto textual-normativo e em qualquer circunstância fática. Seu modelo casuísta é hermenêutico-filosoficamente fundado na irrepetibilidade das situações jurídicas e na impossibilidade de encontrar um metamétodo que elucide qual dos métodos é mais adequado diante de um problema jurídico – percepção essa já feita, inclusive, partindo de outros pressupostos filosóficos, por Kelsen.

Esser considera a prática judicial como a verdadeira fonte de direito, representando a interpretação uma articulação entre *lex scripta* e *jus non scriptum*, que conforma em primeira mão a verdadeira norma positiva como *Law in action*. A proposta de Esser (*apud* Larenz, p. 192-3), ao abordar a tensão hermenêutica entre norma e caso, compreende os princípios como “pensamentos jurídicos gerais”, os quais não são retirados da lei, e sim da realidade e das circunstâncias do caso, mas são expostos artificialmente, na fundamentação judicial, como se fossem. A eficácia desses princípios extrasistemáticos justifica-se a partir da natureza das coisas ou da instituição em causa (sentido do ser inscrito nas próprias relações humanas) e da convicção geral, composta por valorações extraleais, ponto em que o institucionalismo de Weinberger ecoa novamente, mesmo que não possamos, devido a seu aporte na hermenêutica filosófica, alcunhar Esser de positivista. São, pois, princípios ético-jurídicos, o que permite ao autor defender que a sua proposta não é dotada de caráter subjetivista, já que tal substrato é colhido na intersubjetividade consensual da tradição, legitimando a transformação dos princípios pré-positivos, meros pontos de partida, em proposições e instituições jurídicas positivas qualificáveis como injunções vinculativas para uma situação concreta, em consonância com a noção gadameriana de *applicatio*.

Esser (*apud* Larenz, p. 168-9), em companhia de Kriele, para quem a escolha dos critérios da interpretação pelo juiz também é livre, adota uma perspectiva consequencialista da atividade de criação judicial do direito, entendendo que o juiz deve ser guiado em suas valorações particulares de acordo com as conseqüências previsíveis do resultado, elemento que delimita a direção de utilização dos métodos, dos precedentes e das formulações dogmáticas. Diante disso, poderia parecer que Esser assume um relativismo ético realista. No entanto, vejamos, com base em Zaccaria (p. 379-86), que Esser não prescinde da noção de justiça, atribuindo à jurisprudência uma função de mediação entre o direito e a vida, vendo o

¹³⁷ Sobre a influência de Gadamer no pensamento de Esser, ver “Ermeneutica e giurisprudenza, saggio sulla metodologia di Josef Esser”, de Giuseppe Zaccaria (1984, p. 32).

juiz como o intérprete das tensões renovadoras surgidas na sociedade e ligadas ao desenvolvimento da pessoa humana, sendo a sua função a de proferir um *rectus ordo*, de forma a concretizar a justiça pela via principiológica, em uma tarefa de racionalização e objetivação de interesses subjetivos e sociais.

Mas apesar dessa sua inclinação para o *case-law* e para o pensamento problemático (reminiscente do *situation sense* em Llewellyn), é justamente para superar o ceticismo realista que Esser (*apud* Larenz, pp. 312 e ss.) não quer renunciar a toda a formação do sistema na Jurisprudência. O autor distingue o sistema fechado, que seria representado pela idéia de codificação, e o sistema aberto, que se constituiria em última análise também num Direito casuístico, o qual não pode subsistir a longo prazo sem um nexo de dedução valorativa a partir de critérios em forma de conceitos-quadro-materiais desenvolvidos pela dogmática, que torne as resoluções particulares racionalmente comprováveis e o seu conjunto um sistema sempre provisório e renovado na medida do desenvolvimento jurisprudencial, em uma espécie de processo circular de descoberta de problemas, formação de princípios e consolidação do sistema.

Quanto ao problema da discricionariedade, devemos perceber preliminarmente que Esser (*apud* Larenz, p. 195) distingue entre o achamento da decisão, com o que se chegaria a uma decisão materialmente adequada do caso concreto fundada naquilo que se considera antecipadamente como justo, e a fundamentação da decisão, realizada posteriormente pela via da escolha e utilização do método adequado a demonstrar a compatibilidade da decisão encontrada por outras vias com o Direito legislado e com a dogmática, nos moldes da instrumentalização dos métodos suscitado pela Doutrina do Direito Livre. Nesse processo a dogmática, dotada de uma função estabilizadora desenvolvida de forma axiologicamente neutra (aqui, lembrando os *steadying factors* de Llewellyn), possibilita uma transformação de questões de valoração em questões de conhecimento ou de verdade, convertendo as questões de justiça em questões juridicamente operacionais, nos moldes do que Tércio Sampaio (2003), com fundamento em Bourdieu e Warat, chama criticamente de astúcia da razão dogmática.

A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das conseqüências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, "domesticado". Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc.) dando a impressão de que o intérprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado. Essa astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis (FERRAZ JR,

No pensamento de Esser, os métodos de interpretação serviriam unicamente, pois, em idéia já levantada por Isay (*apud* LARENZ, p.81) – ainda que este autor, diferentemente, considerasse os valores como irracionalizáveis –, como um ulterior controle de concordância, idôneo a forçar o juiz a abandonar uma solução que a princípio anteviu sempre que esta se não revele como susceptível de fundamentação.

A neutralização da conotação política pela via da tradução (hermenêutica) da linguagem moral dos direitos para uma linguagem institucional dos direitos é incompatível com a proposta de democracia constitucional de Dworkin. Ora, o elemento substancialista em Esser adquire cariz ativista em sentido forte ao transmutar o ideal de “igual consideração e respeito” em um discurso de violência simbólica capaz de neutralizar os comunicadores em busca do estabelecimento de um consenso social. Nesse contexto, a integridade do direito não é construída democraticamente no contexto de uma ordem constitucional institucionalizada, mas sim silenciosamente atribuída a supostos valores partilhados pela comunidade jurídica, como um expediente de velamento da tradução de uma concepção monológica sobre um dado direito moralmente considerado em uma linguagem técnico-científico-instrumental sustentada pela mitologia dos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica.

Esse “juiz dogmaticamente astuto” é apenas uma variação mais refinada do decisor que profere “julgamentos de política” tão criticado por Dworkin. O apofântico, em Esser, desvirtua a concepção de “igual consideração e respeito” defendida por Dworkin ao admitir que o posicionamento moral do juiz, desde que compatibilizado apofanticamente na explicitação decisória com o arcabouço dogmático-conceitual, seja legitimado, em uma espécie de voluntarismo hermenêutico às escuras. Desrespeita-se, assim, o indicador formal de interpretação vigilante de Gadamer, o que implica velamento da “coisa mesma”.

Dworkin, diferentemente, em sua concepção ordenamento jurídico principiológico, relembra a co-originariade hermenêutica entre direito e moral, superando discussões tipicamente positivistas como a de um repositório do sentido normativo. A tensão entre generalidade da norma e especificidade do caso não há de ser hermeneuticamente problemática de forma apriorística, pois ambos não têm um sentido (hermenêutico) pré-determinado, o que se torna facilmente perceptível a partir das distinções ser/ente (diferença ôntico-ontológica), norma/texto, sentido da conduta/conduta¹³⁸.

¹³⁸ A respeito da diferença ontológica, aduz Jean Grondin (1998, p.61): “Heidegger exprime este não-estar-expresso, pela diferença entre um ‘como’ ‘hermenêutico’ e outro ‘apofântico (ou expressável)”. Mais

Dworkin, em “Levando os direito a sério”, também admite a atribuição de relevância às conseqüências das decisões, mas diferentemente do que prega Esser, não se trata aí de buscar um critério de justificabilidade a posteriori concebido e veiculado na dimensão da fundamentação da decisão, pretensamente distinta da dimensão do achamento da decisão. Veremos agora como esse elemento da tese do autor estadunidense pode ser conformado à sua rejeição aos julgamentos de política e constituir objeto de diálogo com a teoria dos sistemas.

6.9. REDUNDÂNCIA, VARIAÇÃO, COERÊNCIA E INTEGRIDADE

Dworkin (1977, p. 294), respondendo à crítica de Greenawalt, para quem seu pensamento não conseguiria sustentar a distinção entre princípios e políticas diante da necessidade de afastamento dos juízos sobre conseqüências, explica que os argumentos de princípio não implicam necessariamente um não-conseqüencialismo. Esses argumentos tentam justificar decisões políticas que beneficiam uma pessoa ou grupo pela via da demonstração de que o beneficiado titulariza um direito respectivo, enquanto argumentos de política são utilizados para justificar decisões em que, embora não se reconheça àqueles que venham a fruir o benefício a titularidade *ex ante* de um direito, os resultados da solução serão benéfico para a comunidade. Dentre as teorias baseadas em direitos, e não em objetivos políticos, existem vertentes conseqüencialistas e não-conseqüencialistas.

O fato de os argumentos de política serem orientados por conseqüências não significa que todo argumento conseqüencialista seja um argumento de política. Enquanto os argumentos conseqüencialistas de política dizem respeito a resultados no contexto de metas coletivas, um argumento conseqüencialista de princípios caracteriza-se pela postulação do reconhecimento ou negação de um direito a sofrer ou não sofrer determinadas conseqüências. A diferença entre os argumentos de princípios e de políticas não é uma questão de tipos de fatos que podem figurar na resposta, mas sim uma diferença entre duas questões que uma instituição política pode colocar para si própria. A melhor forma de determinar se uma dada decisão foi tomada com base em argumentos de princípio ou de política é escolher aquela versão que encaixe melhor nas teorias políticas e morais atribuíveis à prática judiciária.

A distinção entre argumentos de princípio e de política pode ser relacionada, ainda que

originariamente do que o ‘como’ apofântico, isto é, como a expressão dos fenômenos, que se exprime em locuções ou enunciados, atua um ‘como’ hermenêutico, que realiza uma pré-compreensão interpretante elementar das coisas do meio, ao nível do ser-aí”.

em outro contexto filosófico, à diferença entre programas condicionais e finalísticos na teoria dos sistemas.

O acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político implica um entrecruzamento horizontal dos meios de comunicação “poder” e “direito”, em uma espécie de heteroobservação recíproca. As seleções realizadas em um dos subsistemas configuram motivações relevantes para o outro, de forma a fortificar a pressão seletiva em ambos, como um incremento de possibilidades por controles recíprocos, ou, em outros termos, um aumento de complexidade mediante redução de complexidade (NEVES, 2006, p.90). As circularidades poder-direito e Estado-cidadania implicam prestações recíprocas entre ambos os sistemas, pois:

assim como o direito normatiza procedimentos eleitorais e parlamentares, regula organizações partidárias e estabelece competências e responsabilidades jurídicas dos agentes políticos, a política decide legislativamente sobre a entrada de novas estruturas normativas no sistema jurídico. [...] o direito põe a sua própria complexidade à disposição da autoconstrução do sistema político e vice-versa. Porém, como a complexidade de um é desordem para o outro, isso implica uma necessidade recíproca de seleção ou de estruturação da complexidade penetrante (NEVES, 2006, p.91-2)

O processo circular de ordenação política de desordem jurídica e ordenação jurídica de desordem política impele-nos a questionar a existência de um espaço de interferência entre os dois subsistemas. Aqui, como explica Marcelo Neves (2006, p. 92-4), Luhmann e Teubner entram em divergência, dado que, em função da relevância das informações de ambos os sistemas em cada situação concreta, o último admite a possibilidade de interferências sistêmicas. Segundo essa visão, os procedimentos formais do Estado operam constantemente com elementos e estruturas de ambos os sistemas, como seria possível verificar nas discussões legislativas sobre a adequação jurídico-constitucional dos projetos de lei, bem como na realização de juízos de conveniência política pelos tribunais, notadamente no contexto do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis¹³⁹. Não se trataria, no entanto, de harmonia entre os subsistemas, mas sim de conflitos intersistêmicos, os quais seriam travados não apenas entre aqueles que argumentam com base em programas condicionais jurídico-

¹³⁹ “Na relação entre direito e política, a legislação, em princípio orientada politicamente com respeito a fins, apresenta-se como mecanismo mediante o qual se manifesta a capacidade de aprendizado do sistema jurídico. Além do mais, embora atuando sempre no âmbito de programas condicionais, o procedimento jurisdicional, em sua atividade controladora do poder, tem que se orientar também, em grau maior ou menor, de acordo com programas finalísticos. [...]. Por seu turno, o sistema político, na elaboração e operacionalização de seus programas finalísticos, fica vinculado, em dimensões diversas, aos programas condicionais de natureza normativo-jurídica. Embora isso não fique claro no âmbito da atividade legislativa, é inegável que o legislador, além de orientar-se por programas finalísticos, inclusive constitucionalmente previstos, também se subordina a programas condicionais jurídico-constitucionais”. (NEVES, 2006, p. 93-4)

normativos e os que ponderam politicamente com fundamento em programas finalísticos, mas também nas dificuldades de solução de problemas por um mesmo agente concreto.

Haveria uma mútua implicação entre programação condicional, primariamente jurídica, e programação finalística, primariamente política. Não basta que o código lícito/ilícito funcione como segundo código da política, já que os códigos binários são formas vazias e inoperantes. A distinção entre código e programa é necessária para fins de capacidade operativa, em uma combinação entre fechamento e programa no subsistema. Assim como a legislação, orientada politicamente com respeito a fins, manifesta a capacidade de aprendizado do sistema jurídico e concebe programas condicionais, o Judiciário, embora atue no âmbito de programas condicionais, teria que se orientar também de acordo com programas finalísticos. Esta peculiaridade da atividade judicial ganharia especial importância no contexto do controle de constitucionalidade, em que o “se-então” do programa condicional referente à decisão pressupõe a realização de ponderações programático-finalísticas. Ao mesmo tempo, o subsistema político, em sua elaboração de programas finalísticos, está vinculado não apenas aos programas finalísticos constitucionais, mas também aos programas condicionais constitucionais (NEVES, 2006, p.95)

A perspectiva de Teubner difere da Luhmann, para quem, como já explicamos anteriormente, os programas finalísticos só têm espaço como guias e no contexto dos programas condicionais, mas nunca com a pretensão de previsibilidade perante o futuro. Luhmann (2004, p.196), reconhecendo que sua afirmação de que programas finalísticos só são encontrados no sistema jurídico entranhados em programas condicionais é comumente contestada, cita a distinção realizada por Robert Summers entre razões de metas e razões de direitos. O autor germânico lembra que programas finalísticos estão sujeitos a avaliações jurídicas como qualquer forma de conduta, desde que sejam transformados em programas condicionais. Em outras palavras, entender que alguém está autorizado a perseguir dadas metas significa que este alguém está autorizado a agir em conformidade com certas condições estabelecidas.

Willis Guerra Filho (2009, p.229-30), fundado em Luhmann, explica que o Judiciário, como unidade do sistema legal que opera de forma recursiva (auto-referência) somente com elementos internos ao direito, ocupa o centro do subsistema jurídico. Os elementos encontrados no ambiente, quando utilizados pelo Judiciário, são convertidos em elementos do subsistema jurídico, em uma espécie de “toque de Midas”. O Legislativo, por sua vez, tem papel periférico em relação ao direito. Já no subsistema político, ao contrário, o

Legislativo ocupa o espaço central, enquanto o Judiciário figura na periferia. Essa distinção explica as condições em que um acoplamento estrutural não viola o caráter autopoiético dos subsistemas acoplados: cada um deles continua trabalhando com seu próprio código. De tal forma, quando o Judiciário passa a operar com critérios políticos, perpetra-se a alopoiese do direito pela política.

Nesse ponto, a conversão da linguagem finalística em linguagem condicional é reminescente, *mutatis mutandis* da ideia de que Hércules, ao interpretar as leis, ainda que atribua a elas argumentos de política, o faz apenas para determinar quais direitos já foram criados pelo Legislativo, direitos estes que serão, isso sim, a base da decisão judicial. Da mesma forma, em relação à argumentação por conseqüências, Luhmann, como já visto, apenas o admite como uma avaliação dos possíveis efeitos previstos no sistema, e não nos moldes de um exercício de previsões que, em sua forma de ver, são cientificamente irrealizáveis¹⁴⁰.

Retornamos ao problema da “politização da justiça”. Enquanto em Teubner as interferências são tidas como naturais da própria ideia do acoplamento estrutural, a posição mais reservada de Luhmann sobre a avaliação de conseqüências e a introdução de programas finalísticos pelo legislador também remete a tal tema, motivo pelo qual entabulamos, como anteparo, esse diálogo entre a teoria dos sistemas e o pensamento hermenêutico de Dworkin, ainda que sempre cientes da enorme diferença entre suas respectivas matrizes teóricas. Diante das perspectivas de ambos sobre os temas do decisionismo e da discricionariedade, é surpreendente que, em certo aspecto, Luhmann assuma um tom mais áspero do que o de Dworkin: enquanto o primeiro acredita que os juízes introduzem considerações finalísticas de política social, mascaradamente ou não, como argumentos decisórios, o segundo, em sua pretensão de não separar as perspectivas descritiva e normativa da decisão judicial, considera a utilização da linguagem dos princípios, e não das políticas, como praxe dos tribunais. Por outro lado, pelas próprias características já estudadas em ambas as teorias, a aceitação do decisionismo em Luhmann proporciona certa resignação no tocante à qualidade dos argumentos, de forma que sua crítica reside mais fortemente na dimensão sociológica do problema. Diferentemente, a força de fundamentos éticos na tese de Dworkin faz o autor

¹⁴⁰ “[...] nos termos de Schneider e Schroth (*in* HASSEMER; KAUFMANN, 2008, p. 539-40), a construção de um tipo de responsabilização futura no âmbito da própria relação jurídica e a relação com programas de tipo finalista são mecanismos que permitem ao sistema e à dogmática exercer uma 'função de correção' para resolver o problema das conseqüências. Ainda que não seja possível uma consideração geral das conseqüências ou um tratamento amplo da informação sobre conseqüências fáticas e jurídicas, as conseqüências para os casos individuais podem ser levadas em conta pela via de uma função corretiva do esquema geral condicional”.

preservar uma pretensão crítica à postura discricionária no âmbito de convergência entre o direito, a teoria moral e a filosofia política.

Mas que conseqüências estruturais a substituição dos detalhados programas condicionais por programas finalísticos acarretaria no sistema jurídico e em suas relações de interpenetração com o ambiente? Em verdade, segundo Luhmann (LUHMANN, 2004, p. 144-5), a fixação do direito em programas condicionais permite que programas finalísticos de outros sistemas funcionais se remetam ao direito, como no caso emblemático da política em relação ao direito constitucional, sem que se juridicizem as próprias funções ou fins. O direito, assim, oferece segurança condicional aos outros sistemas, permitindo-lhes uma ampla seleção de seus fins. Esse jogo concertado entre programas condicionais e finalísticos é frutífero e pressupõe que os sistemas e os tipos de programas mantenham-se separados. Aqui, mais uma vez, podemos identificar uma aproximação entre Dworkin e Luhmann quanto à leitura do dilemas redundância-variação e coerência-integridade. Ambos os autores preocupam-se com o risco de ameaça à consistência do sistema/romance em cadeia gerado pelo proferimento de decisões judiciais de caráter político. Obviamente, entretanto, enquanto a preocupação de Luhmann diz respeito ao aspecto operacional do sistema, Dworkin angustia-se quanto ao problema da justificação ética em uma comunidade de princípios orientada pelo ideal de “igual respeito e consideração”.

O diálogo entre Dworkin e Luhmann serviu como enriquecimento para o nosso retorno ao problema da convergência entre as dimensões política e filosófica da representação. A perspectiva sistêmica nos oferece um manancial de grande valor, especialmente no aspecto descritivo, para fins de integração de elementos sociológicos a nossa tematização prioritariamente político-hermenêutica da representação. Essa qualificação sociológica encontra espaço também na esfera da crítica de Marcelo Neves ao fenômeno da alopoiese nas sociedades periféricas, nas quais não foram construídos sistemas sociais interferentes e impenetráveis capazes de se desenvolverem autonomamente com base em seu *topos* específico. A tradição não foi superada pelo surgimento de sistemas funcionais autônomos, mas sim por uma mera hipercomplexidade desagregadora do moralismo hierárquico tradicional. Os subsistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente por injunções heterônomas de outros critérios sistêmicos e por particularismos difusos oriundos da sociedade envolvente, em uma quebra do fechamento operacional diluidora das fronteiras entre o direito e as demais esferas de comunicação. Os procedimentos jurídicos do Estado Democrático de Direito são invadidos por critérios extrajurídicos que corrompem o

processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade. Inviabilizam-se, assim, a integração sistêmica e a inclusão social. Ao mesmo tempo, o próprio interior do Estado é espaço de intrusões destrutivas do código político sobre o código jurídico (NEVES, 2006, p.239-40).

A modernidade como construção negativa prejudica a possibilidade de assunção de uma pretensão normativa de uma moral pós-convencional nos moldes habermasianos no contexto de uma sociedade periférica. De tal forma, não se estrutura uma “consciência moral universalista” e uma esfera pública dotada de autonomia. Ora, o “consenso racional” habermasiano pressupõe uma inclusão generalizada no acesso a procedimentos democráticos discursivamente autônomos. A falta de um alto grau de institucionalização da cidadania impede a pretensão universalista habermasiana e deturpa a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos (NEVES, 2006, p. 238-9)

No âmbito da interpretação-aplicação do direito, o problema da alopoiese é descrito por Neves (2006, p. 240-1) a partir da distinção entre texto normativo e concretização jurídica. Ainda que haja uma grande quantidade de textos legais na experiência de países periféricos como o Brasil, isso não implica uma concretização normativa generalizada de tais dispositivos. Ao contrário, códigos de preferência diversos são assumidos de forma particularista, de forma a impedir que os textos legais assumam força normativa, em uma espécie de desjuridicização fática. Da mesma forma, os procedimentos eleitorais e legislativos são submetidos a códigos de outros subsistemas sociais, violando-se o fechamento operacional do subsistema político. O código lícito/ilícito, muitas vezes, não funciona eficientemente como segundo código da política, fragilizando qualquer expectativa de legitimação política generalizada do Estado como organização.

Não bastasse a alopoiese da sociedade envolvente sobre os subsistemas jurídico e político, a própria relação entre Têmis e Leviatã, em uma perspectiva interna, envolve-se em uma repetição de bloqueios recíprocos entre poder e direito, não no sentido de um acoplamento estrutural que preserva a autopoiese, mas sim na forma de uma sobreposição destrutiva, a qual pende para uma sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código lícito/ilícito. O código do direito, assim, não funciona adequadamente como segundo código do poder, em uma fragilização de legalidade e constitucionalidade empobrecedora do Estado Democrático de Direito. A Constituição deixa de exercer um papel de filtragem simétrica entre poder e direito, o que redundará não apenas em alopoiese do sistema jurídico, mas também do próprio sistema político, já que este fica submetido aos particularismos da

sociedade envolvente quando não encontra no direito o suporte procedimental para a estruturação de uma esfera pública pluralista. Assim, Leviatã, ao subjugar Têmis, dada a relação simbiótica com ela mantida, acaba por cometer uma espécie de autofagia (NEVES, 2006, p. 242-3)

Diante das considerações aqui ressaltadas, voltemos nosso olhar ao problema do diálogo institucional e das condições políticas e hermenêuticas para uma leitura coerente da representação nos dois âmbitos. Para tal desiderato, retomemos as contribuições de algumas das teorias do diálogo já discutidas neste trabalho à luz da hermenêutica-filosófica.

6.10. BICKEL, FRIEDMAN, HERMENÊUTICA HETERORREFLEXIVA E SENSO COMUM

Bickel e Dworkin, como já mencionado, travaram diálogos caracterizados pela oposição de pensamentos. Apesar de nossa assunção do pensamento de Dworkin, consideramos, entretanto, que nossa tese pode aproveitar, em uma perspectiva inclusiva, certas contribuições de Bickel. Este autor descreve três tipos de situações que legitimam a corte a exercer a revisão judicial: 1) quando tem *expertise* especial no assunto; 2) quando há informação e conhecimento confiável; e 3) quando seu senso político diz que é necessário. A elaboração de uma lista como essa tende a soar como uma tentativa de racionalização, mas o próprio autor busca traduzi-los como um faro político, e não como critérios formais e quantificáveis.

A corte, nessas situações, está no terreno intangível do juízo de ocasião e de medida, do exercício da prudência. Bickel reconhece a dificuldade de expressar esse conceito, dado seu caráter escorregadio. É uma sabedoria prática, uma capacidade de reconhecer o momento certo segundo o caso particular. Diante dessa dificuldade, usando as palavras do juiz Frankfurter, Bickel compara tal habilidade à do artista, que precisa de um sensor que registre sentimentos para além de provas lógicas e quantitativas. A corte opera como um profeta, um líder de opinião que aponta para o futuro. Não é apenas alguém que espelha e registra as opiniões presentes. (MENDES, 2011, p. 115)

Entendo que podemos ler a ideia de um radar para captar o estado de espírito da comunidade em Bickel, mais do que com uma conotação idealizante e metafísica, nos moldes de uma compreensão inspirada pela noção de integridade, entendida como existencial, nos moldes da já mencionada lição de Lênio Streck. Igualmente, ao utilizar a expressão senso de oportunidade histórica diante do caso particular, Bickel poderia ser lido como um autor

preocupado com a situação hermenêutica em que se dá a *applicatio*, em nítida relação com a noção de consciência histórico-efeitual.

O passado gravado é, obviamente, experiência; é um laboratório no qual ideias e princípios são testados. [...]. Quando a corte assume a função de realizar um equilíbrio valorativo, ela o faz com uma orelha nos sussurros do passado e um olho voltado para a visão do futuro muito mais do que com especial atenção ao presente. A descrição de Burke da evolução é satisfatória: não produzir nada completamente novo e não reter nada completamente obsoleto. (BICKEL, 1975, p. 108; BICKEL, 1975, p.25 – traduções nossas)

Em Bickel, a prudência do *spoudaios* guiaria a corte, a qual deve adotar uma postura parcimoniosa quanto ao reconhecimento de princípios pleiteados por alguns segmentos da sociedade, e não radicalmente pronta para afirmar princípios abarcantes para todos. O autor pensa que as teorias da interpretação não percebem que a corte participa da política de forma sutil, liderando criativamente a agenda pública sobre temas congelados. Não se restringiria, pois, o papel da corte à aplicação do direito como uma defesa da sociedade contra suas próprias fraquezas, até mesmo porque um princípio costumaria durar apenas uma ou duas gerações, sendo sempre provisório.

Bickel quer mostrar que a corte pode enraizar a dimensão de princípio na sociedade, como uma visão de longo prazo, sem ter uma postura imperialisticamente ativista. Decisões de princípio, independentemente de seu conteúdo, podem ser inócuas na prática quando impostas sem respeito à opinião pública e ao diálogo interinstitucional. Aqui, une-se a Kronman, para quem a prudência permite, simultaneamente, uma resistência aos imperativos morais e a valorização do consentimento, o que exige um respeito à baixa velocidade das mudanças. Em outras palavras, a corte deve decidir de maneira forte apenas quando a orientação principiológica que fundamenta a decisão já esteja maturada o suficiente para ser reconhecida como amplamente aceita de acordo com a ideia de igualdade democrática, soando até mesmo como óbvia. Trata-se, mais uma vez, da tensão entre coerência e integridade.

Bickel centra suas preocupações em evitar choques de extremos, o que o leva a defender que os efeitos da decisão da corte devem ser sentidos no agregado, ao longo do tempo, de forma a satisfazer o dissenso típico da esfera pública pluralista. Obviamente, no entanto, tocando as linguagem sistêmica e de Barry Friedman, a utilização de técnicas pela corte com o fulcro de congelar a pauta em função dos círculos concêntricos de influência pode acarretar, em certas hipóteses, a alopoiese do sistema jurídico.

Hübner Mendes (2011, p. 147) caracteriza a tese de Friedman como defensora de uma

teoria normativa atenta às coisas como elas são, levando em conta a complexidade das motivações por trás das decisões judiciais. Traz à tona, então, a seguinte afirmação de Barry Friedman: “Ser não implica dever-ser, mas dever-ser supõe poder ser”. Essa assertiva indica a filiação de Friedman a uma artificial separação dever-ser/ser, seguida pela ideia de que a teoria normativa teria como seus limites as realidades imutáveis do mundo. Ele acerta ao perceber que os limites de atuação da Corte não surgem com as teorias normativas da aplicação do direito, mas sim, no próprio plano ontológico da *práxis*. Sua leitura a respeito dessa questão, no entanto, é político-pragmática, com referência direta aos constrangimentos exercidos pelos círculos concêntricos de influência sobre os juízes, os quais inviabilizariam o cumprimento da função hercúlea que Dworkin lhes atribui.

Friedman não percebe que a quebra da dicotomia sujeito-objeto assumida por Heidegger é idônea a reintegrar as dimensões do ser e do dever-ser, de forma a permitir entender os referidos círculos concêntricos como limitações inerentes à linguagem, tida como condição de possibilidade da compreensão. Ora, os círculos concêntricos nada mais são do que a tradição linguisticamente partilhada em que os juízes, inexoravelmente, pela dinâmica da experiência compreensiva, desenvolvem sua pré-compreensão (ou, nas palavras de Friedman, “a complexidade das motivações por trás da decisão judicial”). Essa dinâmica do ser, obviamente, é condição para que se possa esboçar qualquer proposta normativa a respeito do arranjo institucional de separação das funções estatais. Mas esse próprio modelo institucional pressupõe, necessariamente, um modelo epistemológico-reflexivo, de caráter normativo, que traduz artificialmente a busca vigilante pelo desvelamento da verdade.

Friedman incorre em um erro compreensivo sobre o pensamento de Dworkin ao atribuir à teoria normativa deste autor a pecha de buscar uma separação absoluta entre a política e o direito. Para Friedman, Dworkin veria o direito como o critério hermenêutico-decisório exclusivo a ser levado em conta por uma instituição judiciária que se situaria à parte da política. A perspectiva de Friedman desconsidera, em primeiro lugar, que a separação entre direito e moral pregada pela epistemologia jurídica positivista é o objeto central da crítica de Dworkin em seu “ataque geral ao positivismo”¹⁴¹. Em segundo lugar, Dworkin afirma

¹⁴¹“Quero lançar um ataque geral ao positivismo e usarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2002, p.36).

explicitamente que os princípios assumem, em sua teoria, o papel de reintegração entre direito e moral, o que pode ser lido à luz da hermenêutica filosófica como uma restauração da racionalidade jurídica como racionalidade moral-prática. A admissão dessa força orientadora dos princípios, os quais respondem a exigências morais, permite conceber o jurídico e o moral como aspectos interpenetrados, sem que este seja, no plano ontológico, necessariamente precedente àquele e passível de adentrá-lo apenas mediante um processo artificial de juridicização. Antes, poder-se-ia quiçá perceber uma espécie de co-originariedade entre direito e moral (Habermas) no pensamento dworkiniano¹⁴², em um contexto em que as normas-políticas também denotariam o acoplamento estrutural identificado por Luhmann entre os sub-sistemas sociais jurídico e político.

A despeito das críticas inconsistentes ao pensamento de Dworkin, Friedman, ao atribuir aos juízes o papel de causar ruídos nas preferências institucionais até então manifestadas em nome da provocação do debate político, traduz ideia semelhante ao desenvolvimento das noções de coerência e integridade por seu rival, explicadas pelo autor de “O império do direito” nos seguintes termos:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo [...] A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental (DWORKIN, 2003, p.263-265)

Dworkin percebe a importância da reflexividade, a qual impõe, por meio dos princípios, que se considere a tradição institucional como contribuições do mundo prático, seja na esfera judiciária, doutrinária, legislativa, ou de senso comum, como instância de direcionamento do curso do romance em cadeia. E é justamente a integridade que servirá

¹⁴²“A maior parte das condutas que possuem um significado intersubjetivo não é considerada como direito. O que significa a conclusão de que o direito é originariamente desvelado por condutas que provocam interferência intersubjetiva e, ao mesmo tempo, por apenas algumas dessas condutas? Significa que o direito é uma artificialidade que seleciona condutas de significado intersubjetivo e que a distinção entre direito e moral só pode ser feita reflexivamente, não sendo originária. Direito e moral são hermeneuticamente cooriginários, cindindo-se artificialmente no plano apofântico. Essa reflexão vai se dar a partir do ente que provoca essa cisão: os textos. [...] O direito não pode ser visto a partir dos textos, e sim da própria conduta, sendo que o ser desvelado deve ser filtrado, reflexivamente, a partir dos textos”. (CARNEIRO, 2008, pp.8-9)

como ponto de encontro dos horizontes do evento e da tradição, impulsionados pela angústia do ser perante uma situação problematizada, encarada como o novo a ser desvelado no contexto de uma separação de poderes lida como cooperação de poderes. Como diz o próprio Friedman (1993, p. 652 – tradução nossa), “o processo de interpretação constitucional é dinâmico, não estático [...] ademais, esse dinamismo é decisivo para o sucesso do empreendimento [institucional] [...] decisões judiciais são experimentos, e experimentos raramente são completamente bem-sucedidos”.

Abre-se, pois, espaço para uma teoria do diálogo, em cujo contexto a divergência entre o sentimento popular e o Judiciário faz o diálogo funcionar, em uma tensão dinâmica entre moral e direito, tradição de senso comum e integridade reflexivamente perpetrada. Caberia à Corte, nos termos de Dworkin, rival de Friedman, adotar uma postura que, sem ser solipsista, buscasse respeitar a integridade moral de uma comunidade jurídica e contribuir para a construção dialógica do sentido da Constituição, ainda que isso seja traduzido em uma decisão com certo rechaço popular em um primeiro momento. Nesse aspecto, parece positiva a ressalva de Friedman sobre a limitação da Corte pelo círculo concêntrico da pressão da opinião pública, o que exige dela um limite ao estoque difuso de capital de apoio, sob pena de sucumbir perante a hostilidade pública. Parece-me que, em verdade, esse limite pode ser visto não de forma político-pragmática, mas sim como a preocupação do intérprete vigilante em não adotar uma postura solipsista, o que, obviamente, pressupõe uma especial atenção à necessidade de fundamentação das decisões judiciais em termos de coerência e integridade.

A corte é livre para mudar de ideia. As pessoas são livres para discordar da corte. A corte é livre para discordar do povo. Os membros da corte são livres para, e geralmente o fazem, discordar uns dos outros. À medida em que as discordâncias ocorrem, o documento adquirirá novos sentidos. (FRIEDMAN, 1993, p. 651 – tradução nossa).

A Corte, segundo o autor, devolve o tema para a sociedade e o Legislativo, e vice-versa, assim como adversários em uma partida de tênis, os quais não podem disputar o esporte uns sem os outros, em uma manifestação típica de heterorreflexividade intra e interinstitucional. O Judiciário, no entanto, não pode mesmo se orientar pelo critério popular a todo tempo, sendo servil à opinião pública. Muitas vezes, em verdade, é necessário o proferimento de decisões impopulares, sob pena de transformação da corte em um espaço normal de atividade política.

Os elementos filosófico-hermenêuticos que suportaram as leituras ora realizadas encontram melhor tradução teórica na tese de Wálber Carneiro (2010, p. 244), autor que,

utilizando-se da terminologia sistêmica, propõe uma teoria prescritiva da decisão judicial composta por dois tempos. O primeiro deles consiste em uma abertura cognitiva a partir do problema, com o fulcro de ampliação do horizonte moral-prático. No segundo tempo, uma filtragem sistêmica que preserve a autopoiese do direito em relação à moral no âmbito da compreensão.

O primeiro tempo da tese de Wálber Carneiro implica um enfrentamento direto e contratextual da conduta. Não se trata de neutralização do papel redutor de complexidade do sistema jurídico, pois o problema, como ente, funciona como elemento de redução, dado que só trabalharemos com as demandas por ele apresentadas, jogando e compreendendo com ele, ainda que seu sentido seja incorporado à tradição institucional para fins de aproveitamento nos casos posteriores.

A abertura ao problema é abertura ao outro, é jogo com o ente, é um “diálogo apofântico” com a comunidade, os movimentos sociais e de protesto e os textos não-normativos oriundos de outros espaços de pensamento, como a filosofia, a sociologia e a literatura. Trata-se, nas palavras de Carneiro, de um direito autônomo e, ao mesmo tempo, cognitivamente aberto à interdisciplinaridade.

O jogo com o problema favorece a identificação dos verdadeiros motivos do dissenso e exige uma imunização ao diálogo quanto aos artifícios metafísicos (técnicos) que encobrem o agir estratégico (Habermas) e permitem aos sujeitos furtar-se à responsabilidade por suas manifestações. Não necessariamente chegaremos a um consenso (o que, *mutatis mutandis*, também defende Marcelo Neves), até mesmo pela necessidade de sedimentação da tradição como autêntica, o que dá razão à postura burkeana de Bickel e à advertência de Friedman quanto à impossibilidade de servidão à opinião pública. Entretanto, essa postura permite uma densificação do pano de fundo ontológico e amplia o horizonte de sentido, consistindo na forma adequada de adentrar corretamente a circularidade entre sentido do problema e sentido do sistema.

O segundo tempo do modelo de Wálber Carneiro consiste em uma estratificação do sistema em quatro níveis apofânticos: o do conteúdo substancial dos princípios; o do conteúdo semântico das regras; o da doutrina; e o da jurisprudência. Especialmente quanto à anterioridade lógica do tempo da doutrina, Carneiro encontra razão para tanto no caráter experimental da atividade jurídico-científica, desprovida de caráter vinculante em sentido forte. A doutrina pode trabalhar no modelo de tentativa-e-erro, diferentemente do que ocorre com a decisão judicial, dotada de efeitos vinculantes na esfera individual e concreta, modificativos da esfera jurídica dos envolvidos. Trazendo mais uma vez o diálogo com Bickel, o exercício de virtudes passivas dar-se-ia na fase contratextual, possibilitando, de forma análoga com a relação entre a

doutrina e a jurisprudência, que o exercício de tentativa-e-erro não tenha repercussões individuais e concretas, mas sim apenas no campo legislativo e do senso comum, o que reconhece à dimensão principiológica o papel de veicular a integridade do direito como elemento de filiação moral dos indivíduos à comunidade política. Não se reduz, assim, a efetividade dos princípios, os quais funcionam como guias valorativos desenvolvidos na história de forma heterorreflexiva, e não impostos unilateralmente.

O primeiro tempo do pensamento de Carneiro torna necessária a abordagem da relação entre senso comum, ciência do direito e interpretação jurídica, questão que Cossio, ao abrir intérprete à multiplicidade de referências do mundo da vida e ao problema, já havia antecipado. O cientista não pode indagar o que o mundo significa de forma solipsista, mas sim questionar aos demais atores sociais o que o mundo significa para eles. O conhecimento, seja geral ou especializado, surge de uma base comum de experiências compartilhadas linguisticamente, do mundo da vida. O conhecimento jurídico produz realidades, não apenas por influenciar o processo decisório, mas também pelo papel fundamental que cumpre na seleção de fatos e interpretações componentes de um esquema de relevâncias. Reúne, pois, um fundamento ético e colhe possibilidades positivas e negativas no senso comum (MURICY, p. 20 e ss.)

Existe no senso comum certo grau de organização de pensamento, pois a consciência de um fato implica um processo de seletividade interpretativa. A intersubjetividade do senso comum permite-nos que, em uma reciprocidade de perspectivas, cada um possa enxergar a realidade tal qual seu semelhante, ponto em que Marília Muricy (2006, p.24) enxerga uma coincidência entre o pensamento de Schutz e a teoria da verdade consensual habermasiana. O senso comum é o espaço privilegiado da ética e das questões sobre o justo e o injusto, o direito e a moral. Com Ricoeur, Muricy lembra que o senso comum não tem apenas uma função estabilizadora (Habermas), mas também contém os elementos do dissenso e da utopia. A autora faz a relevante ressalva de que não se está a propor a substituição da ciência pelo padrão de senso comum, mas sim o reconhecimento da complementaridade entre ambos. A pré-compreensão, em Gadamer, tem *status* de conhecimento pré-científico e antecipa-se ontologicamente ao método.

Pareyson (2005, p. 248 e ss.) também destaca a relevância dialógica do senso comum para a atividade do filósofo. Ambos devem adotar uma atitude colaborativa. O senso comum oscila entre a exigência de universalidade e sua inexorável historicidade. Como bom senso, deseja julgar corretamente e identificar-se com a universalidade da razão, mas, ainda que se proponha revelativo, não consegue ser mais do que uma expressão do seu tempo.

Diferentemente, a filosofia não permite que sua historicidade neutralize seu caráter de universalidade, dado o compromisso da atividade pessoal do filósofo com a manifestação da verdade e do ser. Como a reflexão filosófica nasce por meio do contato com a experiência e oferece esquemas para interpretá-la e critérios para avaliá-la, os problemas presentes no senso comum são objeto de reflexão desta. Ora, a relação ontológica originária estabelece a identidade entre teoria e *práxis* e a presença do ser em toda atividade humana. O senso comum é um centro único e seguro que, sem se dissipar, se renova continuamente no processo histórico, multiplicando-se na pluralidade das vozes que nele se inspiram. Sem filosofia, pode-se tornar mesmo lugar comum, mas, com ela, serve como trâmite entre a verdade e o tempo, unidade espontânea de pensamento e ação. O pensamento filosófico reconfirma o senso comum mais profundo.

Faz-se pertinente, para ilustrar a relevância do senso comum como instância dialógica, adentrarmos a história contada por Lon Fuller (1993, p. 20 e ss.), em seu clássico “O caso dos exploradores de cavernas”. Nessa obra, pela voz do Juiz Handy e suas tendências sociologistas, a relevância do senso comum é destacada como elemento de determinação do sentido normativo. A personagem fictícia alega que o governo é um assunto humano, e que os governados são comandados por outros homens, os quais só cumprem bem o seu papel quando compreendem os sentimentos e concepções do povo. O magistrado enxerga no Judiciário uma grande tendência a perder contato com a população, mormente pelo costume de operar instrumentalmente com conceitos abstratos, chegando a afirmar que, nessas condições, a sociedade é destruída. Essa preocupação, guardadas as hipérboles, ecoa a preocupação de Neves com a situação de heterorreferência e seu conseqüente silenciamento da esfera pública.

Handy propõe uma abordagem sociologista de adaptação dos métodos ao caso concreto, em uma seleção de meios orientados à obtenção do resultado objetivado. Essa postura permitiria a consecução de um governo eficiente, flexível e atento ao senso comum. No caso específico (fictício) dos mineiros que, após ficarem presos em uma caverna e decidirem tirar a sorte para fins de determinação de qual deles seria morto e serviria de comida ao grupo, Handy destaca, de pronto, a grande repercussão pública nos meios de comunicação e no público, dentro e fora dos Estados Unidos. Menciona, inclusive, uma pesquisa de opinião realizada por um grande jornal acerca da questão, pesquisa esta em que noventa por cento dos entrevistados votaram a favor da absolvição dos sobreviventes, conclusão que, segundo o juiz, mesmo sem pesquisa poderia ter sido alcançado pela observação do senso comum.

O discurso de Handy também é pertinente no ponto em que faz menção à tendência dos membros do tribunal em considerar a opinião pública como emocional, caprichosa e baseada em meias verdades. Aqui, a crítica diz respeito propriamente à separação entre ciência e senso comum, típica do pensamento moderno, em que a opinião popular é drasticamente desvalorizada em relação à *episteme*, como bem denunciou Gadamer. Handy aponta, inclusive, certos *topoi* utilizados pelo discurso jurídico-científico positivista, como as garantias legais e uma busca racional da verdade, questões que supostamente não poderiam ser subjugadas pela opinião pública. Em seguida, o magistrado adentra considerações políticas referentes aos bastidores do julgamento e à notícia de que o chefe do Poder Executivo, pessoa de idade avançada, extremamente rígida e resistente a clamores públicos, caso fosse provocado pelo tribunal, não concederia clemência aos acusados. Nesse ponto, ecoam, de um lado, a questão dos círculos concêntricos de influência, e, de outro, a oposição entre poder político e opinião pública, em mais uma imagem de neutralização da esfera pública.

Handy propõe uma solução dialógica para o caso, a qual pressuporia um exame conjunto entre os membros do tribunal e o chefe do Poder Executivo, o que remonta à ideia de interação deliberativa defendida por Mendes, mas indica, de pronto, que tal proposta, certamente, não será aceita pelos membros do tribunal. Diante disso tudo, arremata suas críticas com uma revelação que mostra uma dissociação entre prática judiciária e concepções de vida, em oposição à abertura dialógica orientada pelo equilíbrio reflexivo propugnada por Dworkin.

Seus escrúpulos em obter diretamente informações exatas não os impede de estarem muito perturbados com o que souberam de maneira indireta. Seu conhecimento dos fatos que acabei de relatar explica porque o presidente deste Tribunal, normalmente um modelo de decoro, julgou conveniente agitar sua toga na face do Executivo e ameaçá-lo de excomunhão se não comutasse a sentença (FULLER, 1993, p.24)

Handy conclui seu voto com a afirmação de que, em um primeiro momento, tinha ficado sem saber como julgar o caso. Após examinar a questão à luz do senso comum, entretanto, o litígio assumiu para ele uma nova perspectiva e permitiu-lhe concluir pela absolvição, o que se coaduna perfeitamente com as propostas de Barry Friedman e da hermenêutica heterorreflexiva de Wálber Carneiro.

Pareyson (2005, p.252), entretanto, faz um alerta: o apelo ao bom senso pode funcionar como um exercício arbitrário da razão, fundado meramente em uma tradição sustentada por um consenso durável. A generalidade do senso comum, em vez de coincidir com a universalidade da razão, realmente pode ser reduzida à mediocridade de uma voz

pública, reunida às pressas, ou ao anonimato da opinião de massa. O senso comum, como improvisado, é o espaço em que a originalidade deve prevalecer, onde reside o dissenso. Entretanto, vida prática impõe-nos constrangimentos temporais e pragmáticos, os quais, freqüentemente, nos induzem a recorrer à memória, à convenção, à aceitação das soluções mais fáceis e cômodas, justamente aquele perigo que parecia meramente anacrônico quando mencionado por Handy em sua acusação aos demais ministros. Certo, aqui, se faz Friedman, quando avisa que a opinião pública interage dialogicamente com as instituições, sem assumir uma posição que tende à unidimensionalidade sociologista tal qual a de Handy. Igualmente, é pertinente a observação de Dworkin quanto à impossibilidade de instituir o autogoverno como preponderante, nos moldes de uma justiça procedimental pura, pela mera circunstância de o Legislativo ser o *locus* por excelência de manifestação do senso comum. Como ficou bem claro com Neves, a autoreferência e a heterorreferência do sistema são situações-padrão, comumente não caracterizadas na sociedade contemporânea, motivo pelo qual a Constituição merece sua “segunda chance”, sem que, para tanto, o Judiciário precise provar, como quer Mendes, que o desempenho deliberativo do Legislativo é inferior ao da corte.

Após tratarmos da temática do senso comum, dimensão em que o sistema jurídico olha para seu ambiente, abordemos o papel da doutrina, instância de auto-reflexividade do sistema, na perspectiva de Carneiro e do seu diálogo com a teoria dos sistemas

6.11. A DOUTRINA COMO LENTE DE AUTO-REFLEXIVIDADE DO SISTEMA

Hübner Mendes (2011, p.210) recorre a Mill para fundamentar seu otimismo quanto à capacidade crítica da livre manifestação de opiniões como elemento estimulante à reflexão em busca da verdade. A caracterização da verdade pressupõe a possibilidade de que seja posta à prova. É na corroboração diante dessa livre contestação que a verdade, ao superar os testes falibilísticos que continuamente lhe sejam impostos, se mostra como reflexiva. Essa exigência de liberdade dialógica coaduna-se com o ideal de interação institucional deliberativo – mais adequado a alcançar respostas corretas do que o modelo adversarial – e seu estabelecimento de uma cultura de reatividade política criativa e justificação pautada em bons argumentos.

Mendes (2011, p. 211) percebe que a submissão da deliberação institucional a uma pressão temporal pode acarretar a imperfeição das decisões. Essa demanda por decidibilidade imposta aos agentes estatais limita o tempo de reflexão em relação ao que se tem, por exemplo, em uma discussão acadêmica, a qual pode servir como uma espécie de laboratório

em que hipóteses decisórias são testadas e refutadas dialogicamente, sem a produção de efeitos autoritativamente vinculantes e garantidos coercitivamente. A obrigação de decidir imposta pela proibição do *non liquet* não permite ao prático do direito retardar sua decisão até que o problema tenha sido discutido exaustivamente pela dogmática¹⁴³. Ainda assim, o juiz precisará arriscar uma solução, a qual não poderá deixar de ser fundamentada com argumentos jurídicos. A necessidade de satisfazer as limitações procedimentais não exclui a responsabilidade coletiva de continuar a perseguir a melhor resposta, o que deve levar em conta, no estágio de evolução em que se encontra, as contribuições do pensamento doutrinário.

A atividade de deliberação institucional e o exercício jurídico-dogmático, ainda que dotados de efeitos distintos, são ontologicamente comutáveis e estão vinculados, na dimensão epistêmico-prescritiva, a adotar uma postura dialógica adequada a, na linguagem heideggeriana, proporcionar uma entrada correta no círculo hermenêutico. O regime democrático, em sua dimensão sistêmica, tem um compromisso de auto-aperfeiçoamento, em cujo contexto a pressão institucional por respostas céleres pode servir, paradoxalmente, como um elemento de maximização da capacidade epistêmica em cada rodada procedimental. O pensamento doutrinário, como mecanismo sistêmico de auto-observação, presta, em sua função de experimentação, uma função auxiliar à prática de decisões de princípio, sejam estas legislativas ou judiciais.

A circulação comunicativa no sistema jurídico dá-se na forma de regulamentação de conduta, de forma a garantir as expectativas de comportamento. Tal regulamentação é transmitida pela via de aplicações das normas do sistema, seja na forma de decisões judiciais, promulgação de leis, realização de contratos ou proferimento de atos administrativos. A atividade aplicativa do direito, obviamente, pressupõe sua compreensão e uma possibilidade de reflexão científica sobre os potenciais resultados aplicativos no contexto do sistema jurídico, em uma circularidade auto-referencial. A doutrina, como unidade cognitiva, fornece possibilidades compreensivo-aplicativas a serem adotadas pelo Legislativo e, especialmente,

¹⁴³A impossibilidade de omissão do juiz tem como fonte, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (pp. 149 e ss.), um dos **princípios da razão dogmática**, qual seja, o da **proibição do *non liquet***. Ferraz Júnior vê esse princípio como uma regra de calibração, elemento estrutural do sistema jurídico que atribui imperatividade a uma situação de fato, institucionalizando-a pela via do consenso e consubstanciando o respectivo sentido normativo em uma norma-origem, a qual, por não ser imunizada por outra norma do repertório do sistema, não pode ser considerada dotada de validade normativa, embora seja efetivamente imperativa. Em verdade, pois, a modalização de uma conduta não depende da previsão legal de uma sanção ao seu descumprimento, já que a imperatividade da norma-origem não é colhida a partir do elemento punitivo, mas sim de sua institucionalização. De qualquer forma, o direito brasileiro incorporou a referida “norma de calibração”, proporcionando que se lhe atribua validade normativa pela via do art. 5º, XXXV, da CF/88, compreensível como uma prescrição de inafastabilidade da jurisdição.

pelo Judiciário, em uma espécie de unidade dos discursos de ambos os poderes.

No pensamento de Luhmann (*apud* LARENZ, 1997, p.320 e ss.) a dogmática tem como sua função positiva elevar, mediante o arranjo das interdições de negação (inegabilidade dos pontos de partida), a flexibilidade na interpretação de textos e experiências. O dogmata não se limita a fixar o estabelecido, mas também exerce, de maneira distanciada em relação à multiplicidade de normas e decisões singulares, uma atividade crítica. Não se trata de agrilhoar o espírito, mas sim de acrescer as liberdades no tratamento de experiências e textos pela via da recolocação de dúvidas e do acréscimo de incertezas comportáveis.

A esse acréscimo de complexidade, agrega-se, por outro lado, uma função negativa da dogmática: desenvolver pautas orientadoras das decisões. Ora, o recurso às normas, na visão de Luhmann, é insito à noção de direito. Como nenhum caso é idêntico ao outro em todos os aspectos, e a interpretação dos textos jurídicos é variável, a relação entre a norma e o caso é uma relação entre duas variáveis (relação reciprocamente variável). Com bem nota Wálber Carneiro, a doutrina desenvolve seus postulados sem fazer referência aos problemas concretos que demandaram determinada classificação ou conceito, mas uma situação concreta, ainda que hipotética, não deixa de ser idealizada, tendo em vista a inexorabilidade da *applicatio* gadameriana. Trata-se, pois, de um grau intermediário, mais abstrato que a jurisprudência e mais concreto que o texto normativo.

Luhmann, apesar de apresentar uma tendência a reconhecer o pensamento dogmático como conceitualmente neutro, chega a mencionar como muito útil a ideia de um sistema móvel orientado tipologicamente e desprovido de um catálogo fixo de elementos. Concebido por Wilburg (*apud* LARENZ, 1997, p. 669 e ss.), o sistema móvel é composto por elementos dotados de uma força variável diante de cada situação aplicativa. Essa variação admite também que, em certas circunstâncias, alguns dos elementos nem estejam presentes e, eventualmente, sejam substituídos por outros. O caráter sistemático não se perde justamente porque a mobilidade do sistema torna evidente a unidade na pluralidade. Ainda que Wilburg tenha concebido a figura, originalmente, como um modelo de concessão de uma ampla margem de discricionariedade do juiz em relação à textura aberta do texto normativo, Larenz estabelece uma analogia entre a figura do sistema móvel e o jogo concertado de diferentes princípios em diferentes graus de concretização tipológica orientada a valores com suporte na organização de grupos de casos representativos reconduzíveis aos elementos do sistema.

Com apoio na sinalização de Luhmann em relação ao pensamento de Wilburg, podemos dizer, tomando de empréstimo a leitura de Larenz, que a circularidade hermenêutica entre

sentido do sistema e sentido do problema encontra na dogmática um guia que reflete as razões de semelhança dos casos e faz as decisões dependerem de pontos de vista constantes. Daí decorre a função de restringir, mediante a conceituação, a arbitrariedade das variações ocorridas no processo de ajustamento recíproco entre norma e fato, de maneira que – na utilização de uma expressão gadameriana por Larenz – a espiral hermenêutica não deságue fora do ordenamento jurídico. A dogmática define as condições do juridicamente possível, restringindo a capacidade de variação das normas e dos casos e assinalando os limites adentro dos quais uma solução pode ainda considerar-se plausível (conforme ao Direito).

A autopoiese dos sistemas sociais exige um mecanismo de *auto-observação*, próprio de sistemas cognitivos, idôneo a perceber a diferença sistema/ambiente pelo interior do próprio sistema, de forma a garantir sua diferenciação funcional. Tanto o direito como a ciência são voltados para uma garantia de expectativas. Apesar da distinção entre expectativas cognitivas e normativas, Luhmann reconhece que a ciência, em sua função tipicamente cognitiva, também tem uma estrutura normativa, a qual possibilita a manutenção, por certo tempo, de conhecimentos adquiridos não mais compatíveis com o resultados de novas pesquisas. Isso se aplica também ao direito, em que a preservação da integridade do sistema social estabelece uma tensão entre estagnação e necessidade de mudanças. Sua função normativa não dispensa uma estrutura cognitiva (GUERRA FILHO, 2009).

A dogmática, em sua função orientadora, estabelece uma relação entre o duplo processo de acréscimo/redução de complexidade e a idéia de justiça, representada na unidade da ordem jurídica e na adoção do ordenamento como critério funcional de qualificação do justo e do injusto. Enquanto a justiça refere-se às exigências gerais do Direito, a doutrina representa o plano imanente ao sistema jurídico, no qual estas exigências se especificam e operacionalizam na evolução dos critérios que servem para diferenciar o subsistema jurídico em relação a seu ambiente. Esses critérios consistem em regras de diferenciação do igual e do desigual orientadas pelas exigências da justiça formal e mediadoras da aplicação das regras e princípios às inúmeras situações possíveis (LUHMANN *apud* LARENZ, 1997, p. 324)

A dogmática é entendida por Luhmann como liberdade de pensamento desenvolvido conceitualmente e, ao mesmo tempo, crítico a esses próprios conceitos, em expressão epistemológica da já mencionada tensão entre a necessidade de uma decisão atualizada e a preservação da consistência do sistema jurídico¹⁴⁴. Como produto de pesquisas universitárias

¹⁴⁴ “Um dos traços distintivos da abordagem luhmanniana em sociologia jurídica pode ser visto justamente no compromisso assumido com a produção de conceitos com relevância jurídica que sirvam aos que trabalham com o direito na sua atividade de inteligência do jurídico e, logo, também na sua prática. Como a teoria sistêmica é

conectadas com a comunidade, cumpre função relevante de legitimação do sistema e proporciona aos juízes um diálogo com a sociedade. A rede doutrinária atualiza, fecha e legitima as diferentes leituras que os princípios e as regras poderiam produzir. Não se trata, obviamente, de repositórios de verdade abstrata, mas sim de uma iluminação do que pode ser verdadeiro. No percurso do juiz pelas diversas vertentes doutrinárias, não devem ser feitas perguntas sobre “natureza jurídica, mas sim sobre o que as divergências entre os doutrinadores revelam sobre o caso a ser decidido. A doutrina não é ponto de partida decisório, mas sim uma lente que alimenta, por via das classificações e estruturas analíticas, a interpretação como reflexividade. É, pois, uma fonte dialógica do direito, desprovida de vinculação em sentido autoritativo-funcional, mas idônea a constranger o juiz a assumir ou rechaçar, com fundamentos substantivos, os entendimentos esposados pela dogmática.

A doutrina deve ditar os rumos da jurisprudência, pois os seus erros não provocam danos e os seus acertos podem legitimar uma quebra da coerência do sistema em favor da integridade do direito na prática jurisprudencial. Sem o apoio da doutrina, a jurisprudência, cujas decisões, por serem vinculantes diante de problemas concretos, não podem ser tomadas como ensaios, incorreria no seguinte dilema: atuar de forma conservadora, desequilibrando a tensão entre coerência e integridade em nome da primeira, ou julgar ativística e solipsisticamente, de forma a reconduzir a tarefa de estabilização do sistema às instâncias superiores em uma excessiva quantidade de questões, a qual o Judiciário não teria condições de suportar (CARNEIRO, 2010, p.265).

Em Luhmann, as dúvidas colocadas pela dogmática não implicam aceitar uma eleição arbitrária do método, uma comutabilidade dos *topoi*, uma manipulação das normas, as decisões como decisionismos. Não se trata, pois, de “decidir primeiro e fundamentar depois”, como queria Esser. Ao contrário, Luhmann dirige críticas à argumentação a partir do resultado e à exigência de fazer depender as decisões jurídicas das conseqüências reais nelas pressupostas¹⁴⁵. Essa recusa dá-se muito em função da imprevisibilidade de uma cadeia causal

uma aquisição evolutiva de nossa sociedade, que através dela observa e compreende melhor, uma vez que o objeto dessa teoria é essa mesma sociedade, ela é objeto de si mesma, e, na medida em que a teoria reflete as transformações da sociedade, ela vai transformando-se, transformando também a sociedade que a produziu. O mesmo se aplica ao sistema jurídico e à teoria sistêmica do direito” (GUERRA FILHO, 2009, p. 261-2)

¹⁴⁵ Larenz, apesar de recepcionar grande parte das ideias de Luhmann sobre a dogmática jurídica e a aplicação do direito, anuncia pontos de discordância com o autor: “sem dúvida que se há-de exigir ao juiz que tome em consideração as conseqüências jurídicas socialmente relevantes que se apresentam com segurança, se é que o juiz não interpreta só a lei, mas desenvolve o Direito de modo «transcendente à lei»; todavia, é certo que as conseqüências requerem por seu lado uma valoração e que as pautas para esta valoração só podem, por sua vez, ser dessa natureza jurídica. [...] E igualmente certo que o juiz, por falta de suficientes possibilidades de informação, não pode descortinar de modo algum todas as conseqüências. Mas se isto é assim, então as pautas de valoração jurídica, previamente dadas no ordenamento jurídico, são imprescindíveis e a missão da dogmática é

entre as conseqüências conjecturadas e seus desdobramentos, inclusive na dimensão do alcance de objetivos políticos pretendidos. A preocupação de Luhmann coaduna-se com sua pretensão de superar um modelo causal de ciências sociais pela introdução da noção de contingência. O código lícito-ilícito do subsistema jurídico não pode garantir sua autopoiese caso fique dependente das próprias conseqüências de suas decisões, sob pena de suas operações acabarem por ser submetidas aos códigos de outros subsistemas, especialmente o político e o econômico, o que aproxima sua preocupação à clássica crítica de Habermas.

O Judiciário, na leitura luhmanniana, ao ser considerado como vinculado à lei, seria desprovido de responsabilidade política na atribuição de fornecer pautas de conduta social, ao mesmo tempo em que adquiriria liberdade para operar com o direito a partir do próprio direito. Os tribunais ocupam o centro do sistema jurídico, na condição de única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema e está vinculado, pela proibição do *non liquet*, a decidir os casos que lhe sejam levados. O Poder Legislativo, por sua vez, dado estar situado em uma região fronteira com o subsistema político, ocuparia a periferia do sistema jurídico. Desenha-se, então, um 'paradoxo de transformação da coerção em liberdade', já que o juiz estaria vinculado pelo legislador, mas o sentido normativo seria desvelado na compreensão do juiz. Na célebre formulação de Luhmann, quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível para a construção do Direito”.

Luhmann (2004, p. 323-4) atrela a interpretação à argumentação com pretensão de convencimento, e não à busca pelo sentido verdadeiro de um texto. O autor considera que mesmo a reflexão consigo mesmo sobre o sentido de um texto já se pretende contextualizada comunicativamente. As relações sociais servem como uma linha de defesa da objetividade interpretativa. O texto em si não pode garantir que todos o entendam da mesma maneira; se fosse assim, a ideia de interpretação seria desnecessária e os exegetas estariam corretos. A interpretação do texto destina-se à utilização do sentido em um contexto comunicativo que contribui para o reconhecimento da autoridade, independentemente da forma como os resultados e razões são apresentados na argumentação. Está pressuposto que os outros

elaborar estas pautas de tal modo que possibilitem, mesmo nos casos duvidosos, uma decisão suficientemente apoiada — mas não toda e qualquer decisão arbitrária — por meio de argumentação. [...]. Precisamente, para cumprir a função actual da «dogmática jurídica» indicada por LUHMANN, a Jurisprudência necessita daqueles conceitos e formas de pensar que são variáveis dentro de certos limites e que por isso podem ser considerados flexíveis na aplicação, especialmente a situações imprevistas. [...] LUHMANN continua a falar do «estilo classificatório de abstracção» da dogmática e compartilha claramente da opinião de ESSER de que a dogmática jurídica é «trabalho conceptual valorativamente neutro». Se ela fosse só isto, há muito que teria renunciado ao seu papel” (LARENZ, 1997, p. 323 e ss)

participantes têm em vista o mesmo texto. Sua forma escrita não garante o respeito a limites interpretativos, mas apenas a unidade do contexto social de um episódio comunicativo, em que novos sentidos atribuíveis ao texto podem surgir, desde que não se destrua a função constitutiva da unidade do texto. No âmbito próprio do direito, a argumentação expositiva da compreensão textual, por estar relacionada com decisões sobre assuntos alheios, está necessariamente orientada à comunicação, para todos, do poder de convencimento das melhores razões, independentemente dos motivos dos juízes.

A descrição interpretativa assumida por Luhmann é baseada em Owen Fiss, para quem a interpretação é uma interação dinâmica entre o texto e o leitor delimitada pela realidade da comunidade interpretativa. Utilizaremos essa interação entre os autores com o fulcro de desenvolver a ponte entre Luhmann, Dworkin e hermenêutica filosófica já esboçada por Carneiro.

6.12. DWORKIN, FISS E O *NEW CRITICISM*

A perspectiva de Fiss é influenciada pela vertente da teoria literária conhecida como New Criticism, contraposta à antiga tendência de preocupação com o autor vigente no século XIX. A exclusiva preocupação com o texto é caracterizada por Joana Aguiar e Silva (2001, p.80-1), no campo do direito, como um pensamento interpretativista objetivista de caráter gadameriano. Fiss (*in* LEVINSON/MAILLOUX, 1998, p. 230 e ss.) percebe, com Gadamer, que o decisor judicial nunca deixa de estar constrangido por determinadas pautas de conduta interpretativa, as quais não implicam a possibilidade de determinação apriorística unívoca do sentido de um texto. A identidade entre direito e interpretação leva à conclusão de que os limites da autoridade legítima para aplicar o direito confundem-se com os limites impostos à interpretação jurídica, os quais são encontrados na historicidade de todos os textos e nas limitações sócio-históricas dessa pré-compreensão que determina constitutivamente o próprio resultado interpretativo. Assim, o conjunto de leituras que vai se acumulando em torno de um texto ao longo de sua história condiciona o seu sentido, intersubjetivamente determinado, na medida em que dependente das relações intersubjetivas estabelecidas entre o leitor e o texto e entre a própria comunidade de leitores, de forma hermenêutica co-originária com o que acontece na linguagem literária. Temos, pois, uma circularidade entre o texto e o seu intérprete.

Posner, ao abordar criticamente a aproximação entre direito e literatura desenvolvida por Dworkin, relaciona-o ao *New Criticism*.

Ele afirma que a escolha entre duas interpretações de um trabalho literário é feita decidindo-se qual delas torna o trabalho melhor, mais coerente, mais aprazível, e que devemos fazer o mesmo com as leis e a Constituição, com a ressalva de que o critério de qualidade, coerência e integridade (um conceito privilegiado por Dworkin e o *New Criticism*) seria jurídico e político, em vez de estético (POSNER, 1998, p. 209 – tradução nossa).¹⁴⁶

Dworkin assume a identidade entre a prática judiciária e a atividade interpretativa, lançando mão de uma imagem segundo a qual o direito desenvolve-se construtivamente nos moldes em que se elabora um romance em cadeia, em que cada capítulo é pensado e redigido por um autor diferente. O autor, ao visualizar o direito sob a lente de uma concepção hermenêutica tal qual a gadameriana, reconhece um modelo interpretativo histórico unitário entre direito e literatura, já que ao juiz, assim como aos autores comprometidos como uma tal empreitada literária, compete inserir-se numa cadeia de decisões, convenções e práticas resultantes da assunção de todo um patrimônio histórico e profissional que lhe cabe continuar (AGUIAR, 2001, p.88-89).

Posner observa que as noções de coerência e integridade são típicas do movimento do *New Criticism*, o que reforça a ideia de que a tese dworkiniana busca uma reconstrução da confiança no potencial do texto. Ademais, a ideia de interpretar dentro dos parâmetros das leis e da Constituição é típica do interpretativismo objetivista característico do referido movimento literário. No entanto, assim como faz Fiss, Dworkin não vê o texto a partir de uma perspectiva realista-essencialista, mas sim como um ente referencial a permitir o desvelamento do sentido normativo. Por outro lado, contrapõe-se ao psicologismo típico do pensamento voluntarista da *mens legislatoris* e ao pensamento do próprio Posner (1998, p. 236-45), o qual, fundado em uma visão pragmatista, defende que, diferentemente da hermenêutica literária, a interpretação jurídica deve combinar uma consideração das conseqüências práticas deflagradas pela interpretação escolhida a um respeito pela intenção do legislador, único intérprete verdadeiramente autêntico, dotado da competência de impor comandos não apenas àqueles que devem se comportar cotidianamente de acordo com a norma, mas também aos próprios juízes.

Dworkin (1998) valoriza o texto, sua coerência unitária e sua congruência com um

¹⁴⁶ “He claims that we choose between two interpretations of a work of literature by deciding which one makes the work better, more coherent, more pleasing, and that we should do the same with statutes and the Constitution, except that criteria of goodness, of coherence, of integrity (a favorite concept for both Dworkin and the *New Critics*) would be legal and political rather than aesthetic”. (POSNER, 1998, p. 209)

universo jurídico concebido como sistema de direitos e princípios ético-jurídicos, bem como reconhece, em sua alegoria entre direito e literatura, a interpretação do direito como eminentemente político-moral. A mediação entre direito, de um lado, e moral e política, de outro, é desenvolvida na tese de Dworkin por meio dos princípios, normas densamente moralizadas que proporcionam ao direito remontar a sua origem hermenêutica, co-originária à da moral. São os princípios jurídicos que possibilitam ao direito realizar a analogia hermenêutica entre a hipótese estética e a hipótese política e cumprir as exigências de coerência, integridade, justiça e igualdade democrática colhidas na experiência (prática) da comunidade jurídica¹⁴⁷.

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo [...] A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental. (DWORKIN, 2003, p.264-265)

A relação entre coerência, integridade, reflexividade e resposta correta no pensamento dworkiniano está entrelaçada na figura do Juiz Hércules, entendida aqui, com apoio em Lênio Streck (2009, p.341), como um modelo regulativo da atividade judicial, ao qual o julgador deveria se aproximar ao máximo em busca compreensão jurídica adequada ao problema. E é

147 "A política comum compartilha com a teoria política utópica certos ideais políticos, os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. [...]. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. [...] A integridade torna-se um ideal político quando exigimos [...] do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Se aceitarmos a integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade, então teremos um argumento geral, não estratégico, para reconhecer tais direitos." (DWORKIN, 2003, p.199-203 – tradução de Jefferson Luiz Camargo). Optamos pela utilização da expressão "igualdade democrática", em vez de "equidade", para traduzir, no corpo do texto, a palavra "fairness" utilizada pelo autor no original, visto entendermos que o termo "equidade", trazido pela tradução oficial brasileira, mormente considerando as diversas acepções em que já foi historicamente utilizado na filosofia do direito, desvirtua o sentido da palavra no contexto da obra de Dworkin. Segue trecho, no original, em que Dworkin define a ideia de *fairness*: "Fairness in politics is a matter of finding political procedures – methods of electing officials and making their decisions responsive to the electorate – that distribute political power in the right way" (DWORKIN, 1998, p. 164).

justamente na necessidade de decidir de forma respeitosa à tradição institucional comunitariamente partilhada, e não com base em convicções pessoais, que seu trabalho é dito hercúleo, justamente por não abarcar um procedimento metódico em sentido constitutivo (STRECK, 2009, p. 447).

Entretanto, a ideia de interpretação construtiva em Dworkin e a figura do juiz Hércules levam-o comumente a ser acusado de assumir uma postura moralista solipsista, especialmente quando seu pensamento é comparado com objetivismo da hermenêutica gadameriana. Por tal motivo, propomos uma leitura arrojada do seu pensamento à luz da filosofia de Pareyson.

6.13. A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA COMO FORMULAÇÃO DA VERDADE

Valgenti (*in* MALPAS; ZABALA, 2010, p.73), sobre Pareyson, propõe o seguinte questionamento: “o que mantém a história não desvelada de tais interpretações de degenerar em uma insípida, relativista multiplicidade de perspectivas sem nenhum critério sólido para decidir se ou não deve-se continuar ou rejeitá-los?” Uma primeira possibilidade de resposta que vem à mente é a de que a compreensão dos valores é determinada absolutamente por sua realidade histórica, em uma espécie de relativismo. Na história, os valores são todos históricos, e a história é tanto a substância de que são formados quanto a atividade que eles promovem. Cada valor é, ao mesmo tempo, resultado e modelo, encerramento e início, inclusão do passado e abertura ao futuro. A permanência dos valores consiste nessa sua presença durável no tempo, a qual não apenas estabiliza a história de que se nutriu, mas também suscita a própria história e estimula uma nova atividade. O entendimento comum da tradição, em que os valores transmitem-se no decorrer das gerações, é uma “dialética da exemplaridade e congenialidade”. Os valores históricos permanecem enquanto existe um equilíbrio entre conservação e inovação, entre o que é parte de uma tradição compartilhada e o que é verdadeiramente novo e original. O enfraquecimento da continuidade compartilhada sobre fenômenos puramente históricos quebra esse equilíbrio e dispara o “dilema da repetição e revolta”. A exemplaridade não se torna eficaz quando não é acolhida em um ambiente histórico espiritualmente afim àquele de onde emergiu o valor original; apenas a congenialidade torna possível um seu prolongamento, por sua vez, original. Isso significa que um valor histórico, ainda que persista no tempo, não necessariamente pode ser considerado uma tradição viva (PAREYSON, 2005, p.36)

É justamente quando se pode identificar uma verdadeira tradição, e não apenas uma mera duração histórica, que a interpretação se liberta do relativismo e não se dissolve em uma pluralidade de ações arbitrárias, mantendo a obra interpretada como uma versão identificadora de si própria. Identificação aí não significa uma confusão entre formulação e verdade, mas sim uma constitutiva inseparabilidade, em que não são coisas “diversas” de modo a não se dever identificar, nem coisas “similares” de modo a poder-se confundir. (PAREYSON, 2005, p.63). A obra pertence a uma comunidade de entendimento compartilhado, de forma que uma interpretação revelatória requer uma pluralidade de formulações sem que isso signifique tratá-la relativisticamente, como se a verdade se esgotasse em suas interpretações.

Outra hipótese, diametralmente oposta, é a de que a compreensão histórica reflete uma ordem absoluta e supratemporal. A verdade é supra-histórica e intemporal, mas essas características só se fazem valer no interior da formulação histórica e temporal. Toda formulação da verdade é histórica e temporal, mas essas historicidade e temporalidade não passam com o tempo, pois são abertura e trâmite para o verdadeiro, presença originária e profunda do ser (PAREYSON, 2005, p. 58)

A interpretação, expressão da história e revelação do ser, pressupõe a verdade como unidade constituída por uma tradição, verdade esta em que coexistem as interpretações em uma comunidade de diferenças qualitativas. A presentificação da verdade é necessariamente plural e permite que floresça do passado da tradição o aparecimento temporal do ser. A unidade da experiência da verdade existe quando a pluralidade de perspectivas não se pretende um agregado relativístico de interpretações conflitantes (PAREYSON, 2005, p.44 e ss.). A tradição, entendida como originária, previne as interpretações de serem trancadas em seus próprios momentos históricos. A possibilidade da tradição está necessariamente atrelada à interpretação da verdade, interpretação esta que implica uma discrepância entre dito e não dito, pensado e não pensado. Essa discrepância subtrai do presente a possibilidade de encontrar o sentido autêntico do passado, referindo-o à origem e, ao mesmo tempo, oferece-lhe a possibilidade de atingir a origem, remetendo-se a um passado. A interpretação, como forma histórica é, ao mesmo tempo, uma interpretação determinada do ser e um espaço de possibilidades para descobrir e desenvolver. O estímulo para desenvolvê-las está ao mesmo tempo no passado – não como tempo transcorrido, mas como realidade histórica reportada à origem – e no ser, historicamente determinado. A recuperação do passado em seu enraizamento ontológico e recolocado na aparição temporal do ser faz fluir uma tradição. A unidade de todos os eventos é a tradição, condição do ser como possibilidade que apenas uma

interpretação pode corretamente trazer à presença.

A tradição indica as condições de lealdade na transmissão, e não o conteúdo específico das formas históricas. Pareyson perpetra uma virada personalista em relação a Gadamer ao situar uma dessas condições da tradição dentro do retorno originário e produtividade futura do intérprete individual. Entretanto, as conseqüências dessa mudança apontam para longe da pessoa individual e em direção à comunidade de intérpretes, visto que a formulação interpretativa da verdade permite ao seu possuidor compreender a verdade presente em uma formulação diferente (VALGENTI *in* MALPAS; ZABALA, 2010, p. 75). Não se trata de uma objetividade nos moldes de uma ciência histórica, mas sim de considerar que a interpretação pessoal da tradição está fundada na força unificadora da verdade, em sua unicidade e universalidade. O verdadeiro torna-se valioso em cada formulação singular mais como um apelo à liberdade do que como uma conformidade à evidência, mais como uma demanda por comunhão e diálogo do que um respeito a convenções habituais. Resguarda-se, aqui, a pretensão crítica da interpretação da tradição, a qual institui, em vez de reproduzir, uma comunidade de pessoas afins.

A interpretação construtiva de Dworkin caracteriza-se justamente por situar o intérprete na posição daquele que formula relativamente uma versão da verdade. Trata-se do elemento ativo do intérprete em Dworkin, tão criticado como moralismo solipsista. A figura do equilíbrio reflexivo serve justamente como a disposição para escutar e buscar a verdade nas formulações alheias e no contexto da tradição e a possibilidade de superação dessa tradição na dialética de congenialidade e exemplaridade pode ser lida como a tensão entre coerência e integridade. Aqui, podemos oferecer uma aproximação com Kaufmann, para quem o momento subjetivo emana, em cada conhecimento, de uma fonte diferente, enfraquecendo-se mutuamente quando em confronto, enquanto os momentos objetivos provêm sempre do mesmo ser, de forma a remeterem todos para o ponto de unidade do sentido normativo, mostrando-se, assim, fundamentados. Em outros termos, essa ideia parece pode ser traduzida na relação entre interpretação e verdade em Pareyson: o pensamento revelativo, ao conceber uma dada formulação da verdade, aponta para a comunidade de intérpretes, dado que a formulação interpretativa da verdade permite ao seu possuidor compreender a verdade presente em uma formulação diferente. É justamente o que também faz Dworkin: propõe que o sujeito formule a sua versão da prática interpretativa como a melhor versão de verdade que consiga conceber, para, em seguida, abrir-se dialogicamente ao outro, consubstanciado na comunidade personificada e em suas instâncias de relevância para o

direito: os três poderes, a doutrina e a opinião pública. Nesse particular, deve ser levado em conta não o desempenho deliberativo, de forma utilitária, como queria Mendes, mas sim a ideia de coerência e integridade não apenas no espaço judicial, mas também no Legislativo. Afinal, a capacidade de autogoverno não autoriza os legisladores a proferirem decisões irresponsáveis e incoerentes, ainda que reconheçamos a necessidade, por força de sua função criadora de políticas, de uma maior tendência à mudança de curso do que no âmbito judicial.

No próximo tópico, seguiremos no âmbito da hermenêutica filosófica, retornaremos a Gadamer e reuniremos definitivamente as dimensões política e hermenêutica da representação

6.14. PRESENTAÇÃO, CRÍTICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

John Weinsheimel e Donald Marshall, tradutores de “Verdade e Método” para o inglês, explicam, no prefácio da obra, que o jogo, em Gadamer, não é uma atitude subjetiva dos jogadores. Em verdade, eles são surpreendidos na estrutura de atividade do próprio jogo, o qual, ao assumir forma duradoura, se faz conformação, cujo próprio ser está em ser mediado. No jogo, nós não nos expressamos; é o próprio jogo que se faz imediatamente presente, como algo com uma forma ou estrutura particularmente manifestada na apresentação. A obra, na apresentação, performatiza uma mediação, ou seja, aquilo que foi transformado em estrutura torna-se novamente completamente disponível. Ao mesmo tempo, o intérprete entrega-se ativamente à participação ativa e construtiva no jogo de reflexão presente na obra. No jogo, os participantes dispõem-se a conversar, de forma a permitirem-se a manifestação da coisa mesma, a qual se faz presente pela conversação (GADAMER, XIV-XVII, 2006).

Realizemos uma alegoria com a função representativa dos retratos de autoridades, tema trabalhado por Gadamer. Suianni Cordeiro (2005, p. 78) indica que a utilização de um objeto material como representativo de uma pessoa pressupõe a determinação da concepção de representação assumida. Gadamer (2006, p.169) adota uma concepção de representação como apresentação como *Darstellung*, fazer-se presente, e não como mimesis, no sentido de imitação. Assumida tal perspectiva, um retrato serve para presentificar a autoridade retratada, ou seja, transformá-la, de ausente, em presente. Representar, portanto, é entendido como apresentar o que já se fez presente outrora, re-presentá-lo.

O retrato enquanto representação materializa através da imagem a personalidade. Sua capacidade de “presentificação” abrange também a autoridade investida no retratado. Assim, o personagem e o poder por ele aglomerado são apresentados ao público. O efeito, entretanto, ainda é mais amplo. Os retratos multiplicam não somente o portador da autoridade, mas o poder nele centralizado. Essa multiplicação

produz uma espécie de caminho de mão dupla. Por um lado, é o poder do retratado que lhe permite estar presente em muitos lugares, por outro, seu poder é consolidado e ampliado na medida em que se multiplica. (CORDEIRO, 2005, p. 79-80)

De um lado, o retrato adquire sua realidade própria justamente porque é posto no mundo dada a necessidade de que o agente público faça-se presente para os indivíduos da comunidade política. Do outro lado, a presença do retrato converge com a presença do representado, de forma que este não pertence mais a si mesmo. Sua auto-apresentação, até então autônoma, torna-se condicionada pela representação desta própria auto-apresentação, dado que as expectativas suscitadas pelo retrato exigem satisfação pública de uma integração com a auto-representação pictórica publicamente divulgada. Em outras palavras, a função pública impõe ao indivíduo que a representa a necessidade de mostrar-se em certo sentido, a tal medida que seu ser, na tradição lingüisticamente partilhada, funde-se ao sentido desvelado no retrato, forçando-o a mostrar-se como na figura (GADAMER, 2006, p. 137)

Gadamer (2006, p. 199) dá uma pista do ponto de contato entre a representação pictórica e a representação jurídico-política ao reconhecer um significado constitucional de representação como uma presença representativa. Segundo o autor, a autoridade pública é dita como representante por não aparecer como um indivíduo privado ao fazer uma aparição oficial, mas sim como exercente de sua função, a qual ele torna presente. Ora, da mesma forma como deixa de pertencer a si mesmo o indivíduo que exerce uma posição de autoridade que exige uma exibição representativa – como um membro do Congresso Nacional ou um Ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda que em medida menos ostensiva do que o Presidente da República –, o Legislativo e o Judiciário, ao presentarem-se politicamente em um dado sentido, impõem que os sujeitos ocupantes dos cargos respectivos tenham sua autonomia de auto-apresentação condicionada pela imagem-atributo disseminada em relação à entidade que representam. A tese defendida pode ser formulada nas seguintes palavras: Legislativo e Judiciário, ao serem publicamente representados na continuidade histórica, adquirem um dado contorno compreensivo na tradição lingüisticamente partilhada, de forma a nutrirem nos cidadãos e no próprio espaço interinstitucional expectativas condicionantes em relação a suas posturas políticas, as quais serão mais ou menos legítimas em função da aceitabilidade material dos conteúdos decisórios proferidos em cada caso.

Urbinati (2008, pp. 223 e ss.) considera que a representação permite à política superar a dimensão de uma vontade imediatamente manifestada e abrir-se para a prática do julgamento e da deliberação. A autora entende que a democracia representativa tem um caráter multitemporal, de forma a estabilizar o permanente processo de revogação

característico da democracia. Escapa-se, assim, de uma concepção unidimensional e voluntarista de soberania, viciada pelo presentismo, e dá-se lugar a uma “soberania mediada”, a qual costura as diferentes “camadas temporais da política” em um *continuum* “que une a política de curto prazo das eleições (a política do sim ou não) ao longo prazo dos ciclos eleitorais”. De tal forma, a mediação da soberania abre espaço para a opinião, manifestada por meio da voz, de forma a impedir que o exercício democrático se esgote no mero voto¹⁴⁸.

Obviamente, falar em aceitabilidade material e eficácia das decisões institucionais significa evocar o tema da resposta da opinião pública como integrante de uma interação que não se esgota na esfera interinstitucional formal e, por conseguinte, o problema da representatividade. Segundo Nadia Urbinati (2008, p.224), “As eleições 'fazem' a representação, mas não 'fazem' representantes. No mínimo elas fazem um governo limitado e responsável, mas não um governo representativo”. Há, portanto, ainda um grande desacordo sobre o que significa, afinal, “representar”, e quais são os deveres do “representante”, por mais que haja um consenso significativo sobre quais são as instituições representativas e qual o papel central das eleições¹⁴⁹. É justamente por tal motivo que precisamos de uma interpretação construtiva como formulação da verdade idônea a estruturar de forma holística uma interação coerente entre autogoverno e igual consideração e respeito.

A “soberania mediada” estimula a interação entre as esferas formal e informal da política, o que nos permite, com Urbinati, entender a representação como o elemento que proporciona a circulação entre instituições estatais e práticas sociais. A dinamização das esferas temporais da política não é um fim em si mesmo, mas sim um caminho para o reconhecimento da relevância da deliberação como um processo cujos resultados são inexoravelmente revisáveis (ainda que em outra rodada procedimental) e têm como caráter fundamental o exercício dialógico. A ideia de representação permite, assim, em sua dimensão teórica, a identificação do lugar e do papel do julgamento na vida política, ao mesmo tempo em que, em sua dimensão fenomenológica, muda a perspectiva de tempo e espaço na política.

148“Enquanto a imediatidade e a presença física são os requisitos de um governo democrático não-representativo, a multitemporalidade e a presença mediante a voz e as ideias são os requisitos do governo democrático representativo. No primeiro, a vontade devora a política em uma série de atos de decisão discretos e absolutos. No segundo, a política é uma narrativa ininterrupta de propostas e projetos que unem os cidadãos e requer que eles se comuniquem em dados espaço e período de tempo normativamente estabelecidos”. (URBINATI, 2008, p. 225 – tradução nossa)

149 Hübner Mendes (2011, p.89) lista algumas hipóteses sobre qual seria esse papel: atender aos interesses expressos de seus eleitores; seguir a opinião pública; buscar decidir o que os eleitores decidiriam se estivesse na posição privilegiada do parlamento, com a riqueza de informações e de debates ali disponíveis; tentar entender os interesses genuínos e autênticos de seus eleitores, mesmo que seja necessário ir contra os desejos expressos deles e; atender ao melhor interesse de toda a sociedade e buscar as melhores respostas por meio de deliberação sincera.

A representação eleitoral é vista como uma replicação do povo em menor escala e submetida à regra de maioria, recurso procedimental que, segundo os defensores da primazia legislativa, promoveria a igualdade ao estruturar uma competição política em bases eqüitativas pela via da atribuição universal de um igual direito a votar e ser votado. Transforma-se, assim, a presença física em presença por meio da voz, estabelecendo uma mediação entre as esferas formal e informal da política num contínuo de influência e deliberação. Multiplicam-se, assim, as dimensões temporais da vida política, de forma a configurar a democracia como um regime idôneo a satisfazer a exigência permanente de aperfeiçoamento contínuo e orientado para o futuro em uma comunidade caracterizada pela imparcialidade.

Em caso de ilegitimidade do conteúdo decisório quando cotejada com o existencial da integridade, trata-se de representação sem poderes, definida por Betti nos seguintes termos e relacionada expressamente pelo próprio autor à dimensão de representação na esfera do poder público:

“Pode haver representação sem poderes quando quem age em representação excede os limites (de conteúdo) do poder conferido, ou usa do poder em oposição com o fim de tutela do interesse alheio, em vista do qual ele lhe foi atribuído, estando em conflito de interesses com o representado (conflito que também pode haver no caso de dupla representação), ou age para além dos limites de tempo, tendo já cessado a representação [...], ou se comporta como representante sem nunca o ter sido (*falsus procurator*), ou, finalmente, no caso de representação necessária, age sem observar as necessárias formas de habilitação (autorizações etc.). Conservam-se distintos a falta e o abuso do poder de representação.

Trata-se, nos termos de Betti, de uma dissociação entre o poder de autonomia e o interesse a regular, com a não coincidência entre o sujeito deste interesse e o investido naquele poder. É o caso de insubordinação funcional e teleológica ao interesse do representado e a ele vai buscar limites e *diretivas*. O que assegura concretamente a realização da destinação do ato aos administradores é justamente a *legitimação* do representante para agir em seu nome, justamente o elemento que vem a faltar em caso de abuso (BETTI, 2008, p. 829-830). Obviamente, pressupõe-se, para tal determinação, o abandono do dogma da vontade para fins de determinação da legitimação, cuja falta só será estavelmente reconhecida no desenrolar contínuo das rodadas procedimentais e dos diálogos entre as interpretações construtivas sobre o reconhecimento de direitos de forma consentânea com o arranjo entre coerência, integridade, imparcialidade e justiça, ponto em que estavam certos os partidários das teorias do diálogo.

Aqui, voltamos à peculiaridade da indissociabilidade entre descritivo e normativo em

Dworkin (1977, p. 305 e ss.), já que o sucesso da descrição da aplicação do direito depende da questão de que, para os juízes, se trata daquilo que eles devem fazer. Dworkin avisa que sua teoria não tem um cunho revolucionário ou de crítica radical, até mesmo porque sua principal tese é a de que os juízes habitualmente decidem com base em argumentos de princípio. Seu caráter normativo, nesse particular, não é tão forte, o que se coaduna com a pretensão de cunhar uma teoria simultaneamente descritiva e normativa. Por outro lado, o autor reconhece força crítica na sua teoria ao negar a discricionariedade e o proferimento de decisões orientadas politicamente. Entretanto, segundo Dworkin, a maior contribuição crítica de sua teoria diz respeito aos juízes que, embora assumam a teoria dos princípios, cometem erros por basearem-se em pobres teorias políticas ou morais ou cometerem erros de análise. A teoria de Dworkin expõe a estrutura dos argumentos jurídicos nos casos difíceis, incluindo os princípios de direitos ali contidos, bem como as teorias políticas e morais mais gerais pressupostas por tais decisões. Dworkin pretende que sua crítica sirva para isolar e avaliar esses princípios e teorias e, se necessário, confrontá-las com teorias mais ou menos sólidas, de forma a entabular uma conexão entre direito, política e filosofia moral, o que se perpetra pela via do equilíbrio reflexivo.

A reflexão trata-se, na definição de Rawls (2003, p.42), de juízos realizados sob condições em que nossa capacidade para o julgamento pôde ser plenamente exercida e não foi afetada por influências distorcidas. Parece-nos que aqui já podemos perceber dicas daquilo que seria aperfeiçoado em Dworkin. Em outras palavras, o processo de ida e vinda da deliberação pública reflexiva permite-nos aquilo que, em linguagem gadameriana, poderíamos chamar de uma confirmação vigilante de sentido. No primeiro momento do equilíbrio reflexivo, poderíamos falar de autoreflexividade. Já no segundo e no terceiro momentos, caberia falarmos em diálogo e heterorreflexividade, à qual, na fase final, se agregaria um critério de razoabilidade, qual seja, a noção de pessoa moral livre e igual, exercente da cidadania em um sistema de cooperação equitativa. É nesse ideal de pessoa moral e seu reconhecimento da vinculatividade da reciprocidade que reside a carga de justificação. Justamente para evitar que essa concepção de pessoa seja vinculada a alguma doutrina abrangente ou concepção antropológica, a justificação da razoabilidade oscila entre os termos da teoria moral (posição original) e a eticidade política (equilíbrio reflexivo).

Segundo explica Rainer Forst (1996, p.158), Rawls percebe que as doutrinas éticas abrangentes desempenham um papel insubstituível nas reflexões práticas, não sendo possível colocá-las completamente “entre parênteses”. As bases públicas de um acordo político só

podem ser encontradas “de dentro” das doutrinas abrangentes”, já que as pessoas não estariam dispostas a abrir mão de suas concepções de mundo, o que, aliás, nem mesmo se coadunaria com o caráter liberal do projeto de Rawls. (revisitar) Em leitura gadameriana, seria possível dizer que a linguagem, como condição e limites de possibilidades compreensivas, não nos permite atribuir sentido a partir de um ponto arquimediano, externo à nossa pré-compreensão, motivo pelo qual o exercício de reflexividade funciona como caminho para a compatibilização dialógica entre os pré-conceitos e os demais cidadãos que compartilham a tradição lingüística conosco.

As já apontadas deficiências na teoria de Rawls nos impele, entretanto, a preferir uma conjugação entre a hermenêutica filosófica, Dworkin e a pretensão crítica mais intensa de Habermas. Na ética dos discurso, a dimensão da confirmação de sentido, orientada pelos seus aspectos procedimentais, ganha relevância no percurso da argumentação racional desenvolvida criticamente na comunicação voltada para o consenso. Nessa argumentação reside a base da fundamentação ética, em uma relação que pode ser lida no binômio justificação-verdade, em que a justificação é sempre passível de revisão e divergência. O intérprete não pode fugir dos constrangimentos externos procedimentais impostos pelo direito como limitações do processo dialógico, nem pode deixar de se entregar ao processo de abertura com o mundo na compreensão dos textos normativos (MURICY, 2006, p.97)

Os casos de alopoiese, por sua vez, podem ser definidos como falta de representação por abuso de poderes.

exercício da representação de um modo formalmente respeitador dos limites do conferimento, mas substancialmente contrário à destinação da representação, que é a tutela do interesse do representado. A teoria do abuso da representação refere-se à hipótese, adiante referida, de um conflito de interesses entre o representante e o representado. O representante exerce o seu poder de autonomia em sentido contrastante com as razões pelas quais foi investido na representação, quando, intervertendo-o, para si ou para outros, pratica, em nome do representado, negócios que aproveitem diretamente a ele mesmo ou a um terceiro: o que, na valoração do direito, exclui e paralisa a legitimação para a representação, que, na sua figura normal, tem caráter essencialmente derivado e subordinado (BETTI, 832-3)

Há abuso de representação quando o representante ou um terceiro tirem vantagem do negócio celebrado, não apenas econômica, e por isso imediata, mas também jurídica: ou seja, dele derivem imediatamente direitos a seu favor. Alargando um pouco o âmbito dessa afirmação é o caso da corrupção sistêmica e da subjugação do sistema jurídico pelos demais subsistemas sociais, a qual acarreta uma desconexão entre o *input*, como elemento procedimental que autoriza a tomada de decisões, e o *output*, como exigência de correção de um resultado consentâneo com a melhor interpretação construtiva sobre a prática do direito

naquela comunidade.

Por fim, pertinente a menção à leitura da obra de Vernant e Naquet por Marília Muricy (2006, p.132-3), sobre a tragédia grega e seu diálogo entre o herói, mítico, e o coro, a força do anonimato e da espontaneidade, todos vestidos com a mesma roupa, em um consenso irrefletido. A *persona* permite ao ator vestir-se à imagem do herói, de forma a fundir-se com ele e não mais deixar de ser, como pessoa, integrado pelo herói. A cidade se desempenha diante do público, e o ator, em sua interpretação personalista, apresenta a comunidade para seus próprios integrantes em forma de problema, o que estimula uma interação de horizontes, seja deliberativa ou não. A *polis* aprende com o herói, professor da democracia, e ele se autocompreende em seu papel a cada apresentação. Na tragédia reside a linguagem jurídica dos tribunais da *polis* e sua proximidade à vida e à tradição, como abertura contratextual ao problema. E esse problema não é, ele mesmo, formulado pelas narrativas das partes tragicamente? E sua solução mesma, dada a escassez de bens em uma sociedade e, no contexto atual, o fato do pluralismo, não pode ser lida como uma tragédia material e pessoal do derrotado, ainda que, na resposta do ouriço à raposa, moralmente não haja problemas caso a versão da representação trágica seja a melhor formulação possível da obra?

7. AS HIERARQUIAS ENTRELAÇADAS APLICADAS AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: O QUE RESTA DA SEPARAÇÃO DE PODERES?

O último capítulo deste trabalho consiste em uma aplicação da nossa proposta de convergência entre representação política e representação hermenêutica no contexto de uma concepção do princípio da proibição de retrocesso social, de forma a iluminar o funcionamento das hierarquias entrelaçadas em um Estado Democrático de Direito.

7.1. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: ESTADO DA ARTE

O princípio da proibição de retrocesso social consiste, de acordo com o entendimento doutrinário-jurisprudencial predominante na comunidade jurídica brasileira, em uma norma jurídica cujo mandamento proíbe que a atividade legislativa redunde em supressão de normas concretizadoras de direitos fundamentais. Habitualmente relacionado por estudiosos como Ingo Wolfgang Sarlet (2005), Felipe Derbli (2007) e Mário de Conto (2008) à noção de segurança jurídica, diz-se que o referido princípio coaduna-se perfeitamente com a noção de Estado Social, a qual permeia a dimensão axiológica do Estado Democrático de Direito, dito positivado no art. 1º da Constituição Federal.

Consta do texto constitucional um plexo de dispositivos destinados a institucionalizar direitos e garantias fundamentais, aos quais, sem prejuízo de sua aplicabilidade imediata, caberia ao legislador ordinário densificar mediante normas que especifiquem moldes para sua concretização. Nesse ponto, exsurge o caráter notadamente político do esforço teórico despendido para delimitar o conteúdo da proibição do retrocesso social, donde resultou a concepção dominante de que pertenceria à classe dos princípios constitucionais implícitos, definidos por Paulo Pimenta (2002, p.50) como “aqueles elaborados pelo intérprete, embora não estejam previstos em disposições legais. É o caso [...] do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que integram o sistema constitucional brasileiro, mesmo não estando expressamente mencionados no texto da Constituição”¹⁵⁰.

150 “[...] o princípio da proibição de retrocesso [...] decorre [...] de modo implícito do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos [...]: a) Do princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas [...]. b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que [...] tem como efeito, na sua

Ora, sabe-se que os humores legislativos podem variar da água pro vinho, sendo fortemente influenciados, infeliz e comumente, por interesses pessoais dos próprios integrantes do Poder Legislativo, de lobistas e até mesmo de grupos dotados de concepção política distinta da apregoada em um Estado Democrático de Direito, mormente em relação às prescrições normativas de cunho social. O princípio em questão funcionaria justamente como um obstáculo a tais variações, de maneira a configurar-se como corolário normativo do postulado hermenêutico da máxima efetividade dos dispositivos constitucionais veiculantes de direitos e garantias fundamentais, em especial o princípio-garantia da segurança jurídica, que tem desenrolado um papel singular na delineação teórica da noção de proibição de retrocesso social¹⁵¹.

A relação entre segurança jurídica e proibição de retrocesso social desenrolar-se-ia em termos de interpenetração; o princípio da segurança jurídica, ao mesmo tempo em que funcionaria como um sobreprincípio, constituindo um fundamento para a instituição do

perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar. c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, §1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que [...] exige uma proteção [...] contra medidas de cunho retrocessivo [...]. d) As manifestações [...] expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de direito. e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público [...] o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo [...]. f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores [...]. g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso social significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte [...]”. (SARLET, 2005, pp.427-428).

151 Com base em classificação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p.201), o qual distingue as funções normativas de resguardo, programa e bloqueio, Paulo Pimenta aduz que “os princípios-garantia são os que atribuem aos administrados garantias contra o Poder Público, tais como a maioria dos positivados no art.5º da nossa Carta Magna. Nessa espécie de princípio prevalece a função de bloqueio”. (2002, p.51). Trabalharemos aqui, no entanto, em relação aos princípios, com a classificação proposta por Humberto Ávila (2005, p.98), que, inclusive, reconhece, como função de eficácia interna indireta dos princípios, a função bloqueadora, nos moldes esposados pelos autores citados. Já a respeito da distinção entre direitos fundamentais e garantias institucionais, ensina Konrad Hesse que “nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por um lado, eles são *direitos subjetivos*, direitos do particular e, precisamente, não só nos direitos do home e do cidadão no sentido restrito [...], mas também *ka* onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito da vida [...]. Por outro, eles são *elementos fundamentais da ordem objetiva* da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição [...]. Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos.” (1998, pp.228-229).

princípio da proibição de retrocesso social, seria um direito fundamental em si, a ter também, *ultima ratio*, sua função de bloqueio reforçada pela função definitiva do princípio da proibição de retrocesso¹⁵². Parece até óbvia a conclusão de que, se um Estado se propõe a densificar legislativamente valores sociais fundamentais, inovações legislativas que venham a diminuir ou suprimir tal sedimentação representam uma afronta ao ideal fundamental de segurança jurídica, o qual, mediante sua função rearticuladora, deve nortear a operacionalização do princípio da proibição de retrocesso social.

Poder-se-ia argumentar que a observação do processo legislativo escorreito, condizente com suas respectivas normas procedimentais, não deveria encontrar óbices a sua realização. Acontece que, no caso de retrocesso social, estar-se-ia a tratar da segurança jurídica não apenas em sua dimensão formal, ordinariamente aferida e que não estaria sendo ofendida em caso de processo legislativo devidamente conduzido, mas sim em sua dimensão material, a qual, mormente por estarmos a tratar de matéria constitucional, assume um caráter eminentemente político, no que concerne à confiabilidade dos indivíduos no planejamento legislativo.

Apresentaremos agora uma contemporânea noção de cidadania, de forma a preparar nossa formulação interpretativa do conceito de proibição de retrocesso social

7.2. A RELAÇÃO ENTRE CIDADANIA, VIRTUDE E IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO

Marcelo Neves identifica uma evolução do conceito de cidadania de uma noção estrita para uma ampla, em um processo de constitucionalização crescente de exigências fundamentais de integração jurídico-política, traduzido sistemicamente na emergência de

152 “[...] relativamente às normas mais amplas (sobreprincípios), os princípios exercem uma *função definitiva*, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica. [...] em relação às normas de abrangência mais restrita, os (sobre) princípios exercem uma *função interpretativa*, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos. [...] os princípios exercem uma *função bloqueadora*, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. [...] Os sobreprincípios, como, por exemplo (sic), os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, [...] exercem as funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas, justamente por atuarem “sobre” outros princípios (daí o termo “sobreprincípio”), não exercem [...] a função [...] definitiva (porque essa função, apesar de indireta, pressupõe a maior especificação e os sobreprincípios atuam para ampliar em vez de especificar). Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a *função rearticuladora*, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado”. (ÁVILA, 2005, pp.98-99)

novos direitos. A perspectiva assumida pelo autor é inspirada na semântica científico-social de T.H. Marshall, autor que não restringe a cidadania à nacionalidade, mas sim a enxerga como *citizenship*, mecanismo jurídico-político de inclusão social consistente em uma pluralidade de direitos reciprocamente partilhados e exercitáveis contra o Estado. No contexto da autonomia pública, a cidadania, construída a partir da esfera pública pluralista, é exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos como exigência moral ou valorativa do reconhecimento e satisfação de expectativas normativas emergentes na sociedade e tidas como imprescindíveis à integração de indivíduos e grupos. Tal semântica pressupõe tanto o desenvolvimento de representações morais universalistas (orientadas no sentido da construção e da ampliação generalizada dos direitos de cidadania), como a complexificação e diferenciação da sociedade em esferas autônomas de comunicação.

Obviamente, a filtragem sistêmica do acoplamento estrutural direito-política converte em linguagem normativa, seletivamente, a heterogeneidade de expectativas e interesses de integração consistentes na autonomia privada dos sub-sistemas sociais que não o direito, o que, em linguagem constitucional, assume a forma de direitos fundamentais. Aqui, Neves, preocupado com o problema da constitucionalização simbólica e inspirado em Häberle, lembra que

“Só quando a Constituição é um reflexo da esfera pública, existe e desenvolve-se a cidadania como mecanismo político-jurídico de inclusão social. Havendo bloqueios do processo de concretização constitucional por fatores políticos, econômicos e culturais, a reprodução autônoma do direito não se realiza (NEVES, 2006, p. 182-3)

Neves, mais uma vez em um esforço de complementação entre os pensamentos de Luhmann e Habermas, busca uma reformulação da concepção de cidadania. De um lado, a cidadania é vista como integração entre a concepção de cidadania como mecanismo político-jurídico de inclusão, cujo conteúdo seria constituído pelos direitos humanos, constitucionalizáveis em direitos fundamentais e capazes de deixar um espaço aberto para a reprodução autopoietica do sistema social. Já do lado habermasiano, a cidadania seria compreendida como a tensão permanente entre autonomia pública (soberania do povo) e autonomia privada (direitos humanos). Na proposta unificadora do autor brasileiro, a pluralidade de direitos encontra-se no âmbito da diferenciação sistêmica da sociedade, enquanto a circulação de pretensões heterogêneas na esfera pública e a correspondente exigência de tratamento equânime nos procedimentos constitucionais residente na perspectiva da teoria do discurso. Ambas as dimensões convergem em um conceito uno de cidadania, a

qual flui e reflui entre a esfera pública e os sistemas jurídico e político.

Na perspectiva interna e sistêmica, a cidadania afirma-se enquanto há a inclusão jurídico-política generalizada, sem privilégios ou classificações negativamente discriminantes, nos diversos sistemas sociais. Parte-se aqui das prestações sistêmicas e da determinação constitucional do acesso a elas. De outro ângulo, a cidadania é construída a partir da esfera pública pluralista, tanto como exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos, que, em princípio, não está vinculada a qualquer subsistema da sociedade, quanto nas diversas formas de luta pela concretização dos direitos fundamentais. De fato, não se trata mais aqui de inclusão de pessoas e grupos nos sistemas funcionais, mas a 'autonomia pública' pode ser conceituada como *inclusão* de pessoas e grupos nos diferentes discursos da esfera pública e, dessa maneira, nos procedimentos constitucionais; a autonomia privada, por sua vez, diz respeito às exigências por integração na sociedade em geral, que emergem da prática cotidiana do mundo da vida (NEVES, 2006, p. 185)

A perspectiva de uma soberania do povo está intrinsecamente relacionada a um mandamento de acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito. Neves (2006, p. 166 e ss.) enxerga esse mandamento como o princípio da igualdade. Na concepção do autor, que assume a igualdade como “igualdade de direito”, e não “igualdade de fato”, a ênfase recai sobre o papel de viabilização, nas esferas autônomas de comunicação, do respeito recíproco e das diferenças. O princípio da igualdade, então, não é tratado como um elemento de homogeneização da sociedade, indiferente à pluralidade de valores, interesses e crenças. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social são viabilizadas pela garantia de um direito de todos a serem tratados como iguais, nos moldes da igual consideração e respeito de Dworkin.

Neves enxerga duas dimensões na noção de acesso igualitário aos procedimentos. De um lado, a perspectiva sistêmica implica a neutralização das desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos. Do outro, a esfera pública pluralista precisa respeitar as recíproca e simetricamente as diferenças, o que pressupõe procedimentos sensíveis ao convívio dos diferentes. Aqui está pressuposto o *equal concern and respect (treatment as an equal)* de Dworkin, do qual derivaria o direito de igual tratamento (*equal treatment*), referente a uma distribuição igual de oportunidades, recursos ou encargos. Enquanto o *treatment as an equal* é construído a partir da esfera pública pluralista, o *equal treatment* é uma resposta sistêmica às exigências de integração jurídico-política igualitária, a qual, ainda que derivada do primeiro, é essencial a sua sustentação. Ora, os sistemas jurídico e político não podem distribuir desigualmente as oportunidades, recursos e encargos sem que isso signifique uma violação do direito de ser tratado como igual no âmbito da esfera pública

pluralista.

Portanto, em vez de relação de fundamentalidade e derivação, pode-se afirmar que se trata da pressuposição recíproca das duas perspectivas através das quais o princípio da igualdade pode ser observado: a perspectiva interna e sistêmica, referente ao tratamento jurídico-político igual, que envolve a neutralização das desigualdades presentes no ambiente; a perspectiva externa da esfera pública pluralista, concernente ao direito a ser tratado como um igual ou ao direito de igual respeito e consideração (NEVES, 2006, p. 171)

Neves, para compatibilizar a perspectiva de igual respeito e consideração com a sua tese, faz uma leitura dessa noção não propriamente com um direito, mas sim como uma questão de reconhecimento, no contexto do problema de dupla contingência na esfera pública. Em linguagem sistêmica, o autor diz que a falta de reconhecimento faz as expectativas de *alter* não serem levadas em consideração ou, até mesmo, serem desprezadas por *ego*. Uma generalização dessa postura em relação a certos indivíduos e grupos, na esfera pública e na interação cotidiana, pode levar à exclusão jurídica e à falta de satisfação dos direitos fundamentais. Esse reconhecimento, portanto, figura como um problema de consideração das expectativas (relativamente indeterminadas) de *alter* por parte de *ego*, podendo ser convertido em pressuposto do direito de ser tratado como um igual¹⁵³. (NEVES, 2006, p. 171)

Adela Cortina, por sua vez, em sua leitura procedimentalista qualificada por elemento substanciais de virtude, afirma de o *télos* da comunicação (acordo) só poder ser plenamente produzido em condições de simetria material e cultural impõe o reconhecimento não apenas de direitos humanos universais, independentes dos contextos, chamados, na terminologia de Cortina, de “direitos pragmáticos”¹⁵⁴, mas também de certos direitos concretamente situados

153 “[...] para Maturana só haja relacionamento social quando se dêem relações de aceitação mútua, com respeito um pelo outro como legítimo outro – isto é, como diferente – na convivência, onde negar o outro para se afirmar é, na verdade, negar também a si mesmo, ou ao 'si mesmo' (*self*) por negar a diferença do que não é 'si mesmo', diferença que o constitui e que é o 'outro'. Em sendo assim, é perfeitamente coerente que relações hierárquicas, quanto fundadas na sobrevalorização de um indivíduo, que manda, e conseqüente desvalorização do outro, que obedece, não sejam tidas como relações sociais. Também só se terá um sistema social, nessa perspectiva, quando nele haja uma congruência espontânea na conduta dos indivíduos que o integram, por resultar de sua convivência em um domínio consensual, de mútua aceitação. [...]. As leis interferem para regular relações que não seriam já relações sociais, impondo uma conduta que, em sendo assim, não é uma conduta mais da pessoa, mas sim uma conduta que lhe é atribuída para ser aceita, por ela e pelos outros.” (GUERRA FILHO, 2009, p. 210/MATURANA, 1990, p. 63 e ss.)

154 Segue a lista de direitos pragmáticos esboçada pela autora: “1) Todo interlocutor virtual de um discurso prático, no qual se discute sobre normas, cuja entrada em vigor o afeta, tem ao menos direito à vida. 2) Ele não pode ser forçado a tomar posição na discussão por nenhuma coação física ou moral, porque só a força do melhor argumento é um motivo racional. 3) Ele está legitimado para ser reconhecido como pessoa, ou seja, como interlocutor igualmente habilitado, nos discursos em que se discutem normas, cuja entrada em vigor poderia afetá-lo. 4) Daqui se depreende o direito a participar de tais discursos, levantar questões, expressar e defender argumentativamente as próprias posições, necessidades e os desejos; assim como o direito daqueles que defendem posições contrárias a defendê-las com argumentos. 5) Todo participante virtual de um discurso prático sobre normas, cuja entrada em vigor possa afetá-lo, tem ainda o seguinte direito: seus argumentos reais ou

em uma dada comunidade. Esses direitos historicamente reconhecidos estão basicamente relacionados às condições materiais culturais que permitam aos interlocutores discutir e decidir em pé de igualdade.

A proposta de Cortina manifesta-se em um conceito de dualista de direitos humanos, dotado de um momento de instrumentalidade e um momento de indisponibilidade do direito positivo. Essa teoria dos direitos humanos, preocupada com o fato do pluralismo, encontra base em uma ética procedimental, e não em uma ética de bens. A concreção desse conceito de direitos humanos é obviamente contextual. Entretanto, sua validade não é determinada apenas pela história, visto que sua necessária positividade jurídica não se faz suficiente, dado o caráter indispensável da reflexão filosófica sobre a legitimidade.

Cortina (2008, p.275 e ss.) identifica um declínio das chaves do liberalismo e do socialismo ao longo da história. Essas pretensas ideologias aproximaram-se até praticamente chegarem a uma identificação. Atualmente, nenhuma ética política, nem liberal, nem socialista, quer renunciar à liberdade e à igualdade, os dois grandes valores da modernidade. Não se deve esquecer que a matriz ética do socialismo é composta pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade, o que indica sua origem liberal. Não é de surpreender, portanto, que o liberalismo ético-político atual busca conciliar os valores de liberdade e igualdade em alguma concepção coerente de justiça. Cortina vê na imagem da dialética hegeliana o surgimento de um terceiro, surgido da unilateralidade entre liberalismo e socialismo, em que se congregam as conquistas irrenunciáveis de ambos, ao mesmo tempo em que as duas vertentes são superadas pela conjugação da autonomia pessoal, já não mais vista como individualismo possessivo, com a solidariedade, já não mais vista como um coletivismo¹⁵⁵.

virtuais têm de ter um efeito nas decisões tomadas consensualmente. [...]. Naturalmente, a princípio, temos de pressupor apenas contrafaticamente uma sociedade na qual os argumentos de todos tenham incidência efetiva nas decisões consensuais. Mas se quisermos agir racionalmente, sem cair em contradição pragmática, é preciso nos esforçarmos para alcançar tal meta, provendo os meios técnicos para tanto. Nesse caso, a meta é uma ideia reguladora [...]. 6) O direito de participar dos discursos e de ser convencido unicamente pela força do melhor argumento exige não apenas liberdade de consciência, liberdade religiosa e liberdade de opinião, como também liberdade de associação. E podemos até dizer que tal direito exige [...] a veracidade dos outros interlocutores” (CORTINA, 2008, p.251-2)

155 “Mas exatamente porque a realidade social muda constantemente [...], e refuta em sua mudança toda configuração utópica concreta, vale mais considerar essas configurações como revisáveis, refutáveis, [...], mantendo, contudo, os valores que lhe dão sentido e que dão, inclusive, sentido à necessidade de mudar o projeto de organização social quando ele é mais um obstáculo que uma ajuda para encarná-los. [...] eu proporia aos políticos prestar atenção aos valores compartilhados pela realidade social – pois eles não são agentes de moralização nem sacerdotes de uma religião secularizada –, e tratar de gerir modelos sociais que permitam encarná-los, que os tornem viáveis. Porque o campo da política é, sem dúvida, o campo do possível, mais do que o campo do utópico, mas a tarefa do político consiste não em ater-se passivamente ao possíveis, mas em fazer ativamente com que o valioso seja possível. [...]. Tornar possível uma sociedade de homens autônomos em solidariedade é, a meu ver, a tarefa política de uma época herdeira do liberalismo e do socialismo. [...]. Não sei se é lá muito aconselhável construir utopias concretas a partir desses valores; talvez seja mais fecundo apontar

Cortina (2008, p. 281 e ss.) já vê mesmo em Rawls certas características socialistas, como a posição original, em que os indivíduos estejam dispostos a submeter suas capacidades naturais e sociais a uma vontade geral, e o princípio da diferença. Entende, portanto, que a teoria da justiça do liberalismo político já consiste em uma superação do individualismo possessivo e do coletivismo, em uma conciliação entre autonomia e solidariedade. De um lado, o cálculo de cada indivíduo racional na posição original sobre quais princípios seria mais conveniente proteger e quais planos fomentar indica uma concepção individualista e monológica. Do outro, a razoabilidade da cooperação e as condições de imparcialidade, condições estas que expressam a noção kantiana de autonomia, e não propriamente um individualismo. O personalismo kantiano, como herança da modernidade, preserva-se na forma de capacidade legisladora igual e conforma o sentido reflexivo de justiça, ainda que não governe completamente nossas decisões jurídicas e políticas. Em verdade, a privatização das doutrinas éticas abrangentes, portanto, não englobaria as perspectivas liberal e socialista, já que, no contexto das democracias constitucionais, o consenso ampliou-se progressivamente e institucionalizou-se, ainda que de forma imperfeita.

A solidariedade impõe uma dialética de autocentramento e descentramento que não surge de um querer-se a si mesmo por mais racional que seja. Trata-se de uma relação entre pessoas, as quais têm o mesmo interesse na participação em algo, e exprime a atitude de empregar interesse e esforço em empreendimento alheio. Enquanto, na dimensão do autocentramento, o indivíduo valoriza-se a si mesmo, na dimensão do descentramento, esse indivíduo já se sabe inscrito em uma comunidade, com a qual já compartilha interesses, e valoriza como valioso em si cada uma das pessoas integrantes. O indivíduo autocompreende-se em uma trama de relações sem a qual não poderia fazê-lo. A pessoa o é como pertence a uma comunidade, em que as pessoas se reconhecem reciprocamente. É questão de linguagem, do *dasein* que se reconhece na linguagem e, com Kaufmann, na relação com o outro (CORTINA, 2008, p. 290-2)

A *práxis* lingüística revela uma dupla face. Na primeira delas, o uso de pronomes pessoais aponta para sujeitos autônomos, dotados da capacidade de comunicação e acordo e sem os quais desapareceria o acontecer lingüístico. Essa autonomia é protegida pelos princípios da justiça e pela exigência de reconhecimento de direitos do homem,

problemas que teriam de ser enfrentados por aqueles que hoje, em um país como o nosso, desejassem tornar possível a sociedade proposta. [...] [...] a necessidade de estabelecer um sistema de prioridades na distribuição dos orçamentos que revele a real preocupação com a autorrealização daqueles que, material e culturalmente, carecem de condições para se autorrealizar". (CORTINA, 2008, p.298-9)

primordialmente o de participação na legislação do país em que vivem. Não se esgota a autonomia pessoal, no entanto, neste último direito, sob pena de um reducionismo coletivizante castrador da reflexão intrassubjetiva, insubstituível pelo diálogo (intersubjetivo). Na outra face da *práxis* lingüística, percebe-se que as pessoas não subsistem sem uma trama de relações intersubjetivas, de forma que, se a justiça é necessária para proteger os sujeitos autônomos e postula igual respeito e direitos iguais para eles, a solidariedade exige empatia e preocupação com o bem-estar do próximo (CORTINA, 2008, p. 293-4)

A imagem da dialética, *mutatis mutandis*, pode ser substituída pela interpretação construtiva em Dworkin, a qual em sua postura personalista vista pela lente de Pareyson, não abandona a tradição ou a disposição para o diálogo. Nossa concepção da proibição de retrocesso social assume as considerações expostas por Cortina e Neves. Para fins de heterorreflexividade, entretanto, deve se expor a uma doutrina de cunho radicalmente distinto, motivo pelo qual o desenrolar de nossas conclusões terá como anteparo o pensamento de Posner. O próximo tópico, propositalmente, será composto por uma grande quantidade de citações intercaladas entre Dworkin e Posner, de forma a caracterizar a postura dialógica sobre doutrinas morais postulada pelo próprio Dworkin.

7.3. O SOCIAL É MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA?

Mas o que é esse “social?” Não podemos restar limitados a uma aferição analítica do significado do termo. Ultrapassemos, pois, o mero plano apofântico e tratemos de delinear a noção. Para tal desiderato, utilizaremos como eixo de nossa construção o debate travado por Ronald Dworkin e Richard Posner, representante da escola de pensamento jurídico conhecida como Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a respeito da possibilidade de se considerar a maximização da riqueza como um componente ou um instrumento do valor social¹⁵⁶. O discurso dos autores funda-se em uma tensão entre uma perspectiva da atividade

156“Pode-se pensar que a riqueza social é, ela própria, um componente do valor social - isto é, algo que por si só vale a pena ter. Há duas versões dessa afirmação. (a) A versão imodesta sustenta que a riqueza social é o único componente do valor social. Argumenta que o único aspecto em que uma sociedade pode ser melhor ou estar em melhor situação que outra é o da riqueza social. (b) A versão modesta argumenta que a riqueza social é um componente entre outros do valor social. Uma sociedade, *pro tanto*, é melhor que outra se tem mais riqueza, mas pode ser pior, de modo geral, quando outros componentes são levados em conta, inclusive componentes de distribuição [...] Pode-se pensar na riqueza social não como um componente, mas como um instrumento do valor [...]. (a) A afirmação causal argumenta que melhoras na riqueza social não podem, por si só, causar outras melhoras: melhoras na riqueza, por exemplo, melhoram a posição do grupo em pior situação na sociedade, aliviando a pobreza mediante algum processo invisível. (b) Uma segunda afirmação alega que melhoras na

jurisdicional como orientada para a maximização da riqueza, tese defendida por Posner, e a importância reconhecida por Dworkin ao ideal político de uma justa distribuição de recursos e oportunidades.

Dworkin, no texto “A riqueza é um valor?” (2001), propõe-se a analisar as possibilidades abertas pela análise econômica do direito, de maneira a testar sua coerência e viabilidade. Para tal desiderato, questiona uma premissa fundamental adotada pelos adeptos da teoria, qual seja, a de que a riqueza é um valor caro à sociedade.¹⁵⁷

O professor de Oxford, na primeira parte da sua exposição, aborda a possibilidade de se considerar a riqueza como um componente (seja o único ou não) do valor social.

Começarei examinando se a afirmação de que a riqueza social é um componente do valor, nas versões imodesta ou modesta dessa afirmação, é uma idéia defensável. Acho evidente que não é. Talvez ninguém ache que é, embora tenha havido muita retórica descuidada a respeito. [...]. Se a análise econômica afirma que as ações judiciais devem ser decididas de modo a aumentar a riqueza social, definida do modo descrito, deve demonstrar por que uma sociedade com mais riqueza, por essa única razão, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade com menos riqueza[...]. Distingui, e agora proponho examinar, uma forma de resposta: a riqueza social é, em si, um componente do valor. Essa resposta formula uma teoria do valor. Sustenta que se uma sociedade muda, de modo que haja mais riqueza, essa mudança é, em si, pelo menos *pro tanto*, um aumento no valor, mesmo que não haja outras mudanças que constituam também um aumento no valor, e mesmo que a mudança represente, em outros aspectos uma queda no valor. A presente questão não é se uma sociedade que segue a análise econômica do Direito produzirá mudanças que constituem aumentos de riqueza sem nada mais que as recomende. A questão é se tais mudanças constituiriam um aumento no valor. Essa é uma questão de filosofia moral [...]. Se a resposta à minha pergunta é não - um mero progresso na riqueza social não é um aumento no valor -, a afirmação de que a riqueza social é um componente do valor não se sustenta [...]. (DWORKIN, 2001, pp.358-359)

Dworkin (2001, pp. 363 e ss.), com base em um exemplo fictício, ilustra seu posicionamento de que a maximização da riqueza social pode levar a uma sociedade considerada pior, o que tornaria indefensável o pensamento adotado por Posner. Podemos observar, inclusive, no seguinte excerto da obra do autor, a supracitada tensão entre justiça

riqueza social são ingredientes do valor social porque, embora não funcionem automaticamente para causar outras melhoras, fornecem o material para tais melhoras. (c) Uma terceira afirmação sustenta que a riqueza social não é causa nem ingrediente do valor social, mas um substituto dela. Se a sociedade almeja diretamente algum progresso no valor, tal como tentar aumentar a felicidade geral entre seus membros, seu fracasso na obtenção desse objetivo será tanto maior quanto seria se, em vez dele, almejasse promover a riqueza social [...], segundo essa descrição de "alvo falso", um segundo melhor objetivo [...].” (DWORKIN, 2001, pp.356-357)

157 Richard Posner acredita que os órgãos do governo, particularmente os tribunais, deveriam tomar decisões políticas de modo a maximizar a riqueza social. Em "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication" ele delimita sua afirmação e oferece um novo argumento. Procura demonstrar não, como antes, por que a sociedade como um todo deveria procurar a maximização da riqueza em todas as decisões políticas, mas apenas por que os juizes do Common Law deveriam decidir os casos de modo a maximizar a riqueza. (DWORKIN, 2001, p.411). [...]. A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que os comprariam, não fossem os custos da transação. Mas não está claro por que a riqueza social é um objetivo digno. (DWORKIN, 2001, p.356)

distributiva e riqueza social.

Se o indivíduo deve escolher a sociedade moralmente melhor, por que não considerar sua justiça exclusivamente? [...] duas respostas são similares em essência porque ambas presumem que a maximização da riqueza é um componente do valor social. Na primeira, a maximização da riqueza é tratada como um componente que rivaliza com a justiça e, na segunda, como um componente da justiça, mas que rivaliza com outros componentes desse conceito. [...] É absurdo considerar a maximização da riqueza um componente do valor, dentro ou fora do conceito de justiça.

Posner (2007, p.496), por sua vez, ao tratar do tema da distribuição de recursos numa sociedade, defende a tese de que uma boa distribuição de renda pode vir a intensificar os conflitos em uma sociedade democrática, visto que, como nunca haverá uma perfeita igualdade de renda, a tendência de comparação entre os indivíduos tornar-se-á maior caso as diferenças entre eles se tornem reduzidas o suficiente para que se sintam minimamente capazes de invejar uns aos outros. Pitorescamente inspirado no ditado “a grama é sempre mais verde do outro lado” (*the grass is always greener on the other side*), o defensor da análise econômica do direito entende que a maximização da riqueza constitui um valor social muito mais sólido do que uma distribuição voltada à redução de desigualdades¹⁵⁸.

A igualdade de renda é menos importante do que a renda total no tocante à manutenção da paz social e da estabilidade política. Numa sociedade em que a grande maioria da população é pobre e há apenas uma pequena classe rica, a maioria não tem vez no regime democrático e, conseqüentemente, não o defende contra um *Putsch*. Sendo pobres, eles estão predispostos a sentir (ainda que, com freqüência, erroneamente) que eles não têm nada a perder com uma mudança no sistema de governo. Contraste isso com uma sociedade que, tendo ou não uma grande classe baixa, é formada predominantemente por pessoas ricas: se, além do mais, como parece plausível, a liberdade política for considerada um bem superior, mais será demandado se a renda *per capita* for alta. Ademais, pessoas ricas, são menos propensas a adotarem uma atitude rebelde e mais difíceis de reprimir.

Então, a menos que a distribuição de renda delinhe-se de maneira peculiar, ou seja, que exista uma minúscula classe alta e uma enorme classe baixa, uma alta média de renda, ainda que desigualmente distribuída, deve assegurar a estabilidade democrática. Ademais, se as pessoas avaliarem sua situação com base em sua

158 “A existência de inveja pode parecer capaz de conferir um poderoso suporte normativo para a redistribuição, a menos que a inveja seja, de alguma forma, rotulada como uma “má” preferência. Um economista tende a não criticar preferências que não geram externalidades negativas significativas, e a inveja pode, na verdade, gerar externalidades positivas, visto servir como um estímulo para que as pessoas sejam mais produtivas com o objetivo de aproximar seu *status* ao dos invejados. Mas ainda que não haja nada de errado com a inveja, ela não proporciona um suporte sólido em favor da distribuição. A inveja pressupõe que se possa sentir empatia em relação àqueles que são diferentes, de maneira a sentir as alegrias deles como dores – e vice-versa. A inveja, pois, pode ser mais aguda quando as diferenças de renda são pequenas do que quando elas são grandes, porque é fácil sentir empatia, seja positiva ou negativamente, com pessoas que são como nós. Tocqueville famosamente assinalou que “uma maior igualdade tende a produzir comparações invejosas: os indivíduos, à medida que se tornam mais iguais, passam a ter mais e mais dificuldades para suportar suas desigualdades”. (POSNER, 2007, p.495)

própria experiência, e não nas experiências de pessoas que vivem em circunstâncias consideravelmente diferentes das delas, um aumento na desigualdade de renda dificilmente exacerbará quaisquer despeito dos integrantes da camada mais baixa em relação àqueles que estejam acima deles na distribuição de renda – contanto que a renda média esteja crescendo. (POSNER, 2007, p.496)

Conforme podemos observar da exposição de Dworkin (2001, p.380), uma leitura da defesa de Posner em favor da maximização de riqueza que entenda esta não mais como componente, mas como instrumento de consecução do valor social, pressupõe erroneamente que os integrantes de uma sociedade baseada no incremento da riqueza produzem mais benefícios para seus pares do que uma sociedade orientada para a distribuição de renda.

O argumento de Posner é direto: numa sociedade dedicada à maximização da riqueza, as pessoas somente podem melhorar sua posição beneficiando outros, pois, quando alguém produz bens e serviços que os outros comprem, deve estar produzindo algum benefício não para si, mas também para os outros. O argumento não especifica o sistema de medida que presume para verificar se uma sociedade inclinada à riqueza produz mais atividade benéfica para outros do que uma sociedade que encoraja um altruísmo mais direto. Mesmo que a riqueza produzida para os outros seja considerada como medida, sem levar em conta a distribuição, está longe de ser claro que as pessoas produzirão mais riqueza para outras pessoas, que não elas próprias, na maximização da riqueza do que em um sistema de tributação e redistribuição, mesmo que o segundo tenha, no conjunto, produzido menos riqueza. Com certeza, o bem-estar para todos é uma medida melhor da conquista moral do que simplesmente a riqueza para os outros, e, por causa da utilidade marginal, o bem-estar para os outros é um padrão que inclui exigências de distribuição. Está longe de ser claro que a maximização da riqueza irá gerar mais bem-estar para outros que outras estruturas políticas e econômicas mais conciliadoras.

Dworkin (2001, pp. 381 e ss.), ao arrematar sua argumentação, afirma expressamente sua incredulidade no mecanismo transversal de distribuição de renda que a leitura instrumental da maximização da riqueza social poderia proporcionar.

Quanto melhor uma pessoa é na maximização da riqueza pessoal [...], menos os seus atos beneficiarão outros, porque mais ele será capaz de reter do excedente em cada transação ou empreendimento. Qualquer benefício para os outros vem da mão invisível, não da boa vontade. Não pode ser o valor intrínseco dos atos que geram riqueza que recomenda a maximização da riqueza.

Talvez sejam as conseqüências desses atos. Talvez os indivíduos que busquem apenas a riqueza pessoal produzam uma distribuição justa. Essa sugestão, no seu âmbito mais amplo, supõe que uma sociedade que busca a maximização da riqueza chegará mais perto dos ideais de justiça distributiva do que uma sociedade que não persiga exclusivamente esse objetivo. Esses ideais de justiça distributiva devem ser especificados ou, pelo menos, concebidos, independentemente da maximização da riqueza. Será incorreto dizer que a justiça distributiva é qualquer estado de coisas que seja produzido pela maximização da riqueza. Isso porque a afirmação de que a maximização da riqueza leva à justiça distributiva seria mera tautologia.

É implausível pensar que uma sociedade que busca exclusivamente a maximização da riqueza conseguirá mais utilidade total que uma sociedade que busca a

maximização da riqueza mas coloca um limite superior no nível de desigualdade que irá tolerar em nome da riqueza social.

Diante das considerações realizadas pelos autores a respeito do valor social, temos que a Constituição de 1988 albergou veementemente uma concepção de “social” diretamente ligada à distribuição de renda; afastou-se, pois, de leituras economicistas como a da análise econômica do direito. Ora, uma Carta Constitucional que prevê como objetivo fundamental do país “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da CF/88) de maneira alguma poderia limitar-se a estimular a maximização da riqueza social, mesmo que na esperança de que, mediante o esdrúxulo mecanismo da economia acima esposado, tal postura redundaria numa boa distribuição de renda – até mesmo porque, como já afirmado por Dworkin, não há nenhuma garantia de que a adoção da premissa de Posner levaria a tal conclusão.

Ademais, outro dos objetivos da República Federativa do Brasil é o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da CF/88). As noções de justiça e solidariedade social não se coadunam com a linha de pensamento de Posner acima reproduzida, mormente no tocante à inveja. Primeiro, porque, baseado em estudos econômicos, o autor retira da inveja um caráter negativo, visto acreditar que tal sentimento possui o potencial de estimular a produtividade do ser humano, o que destoa completamente da noção de solidariedade que permeia o sentido democrático de nossa Constituição. Segundo, porque ele entende que uma distribuição de renda voltada para a redução das desigualdades, em vez de ser um bom caminho para aplacar a inveja, pode vir a incrementá-la, donde seria mais prolífico maximizar a riqueza ao máximo, devendo a preocupação com sua distribuição ficar restrita a situações em que a distância entre uma pequena classe rica e uma grande classe pobre seja abissal a ponto de ameaçar a estabilidade democrática.

Dworkin estuda ainda uma terceira possibilidade de adoção da maximização de riqueza como instrumento de concretização dos valores sociais, qual seja, a da maximização da riqueza como um instrumento para a consecução de valores sociais. Chamada pelo autor de teoria utilitarista-instrumental, supõe que “se os juízes decidissem tais casos (difíceis) de modo que aumentasse a riqueza total, outras instituições - legislativas talvez - redistribuiriam a riqueza total aumentada para promover a utilidade média ou total” (DWORKIN, 2001, p.388). O professor estadunidense questiona se tal posicionamento pressuporia que ao legislativo caberia a redistribuição da riqueza maximizada pelas decisões judiciais, para, em seguida, descartá-la, visto que, por um lado, nada garantiria a atuação do legislativo nesse sentido, e, por outro, seria mais proveitoso, já que se estaria a tratar de uma orientação da

atividade jurisdicional por argumentos de política, decidir tendo em vista a maximização direta da utilidade¹⁵⁹.

Obviamente, Dworkin (2001, p.397), defensor da tese de que as decisões judiciais devem ser proferidas com base em argumentos de princípio, não concorda que a atividade do juiz deve ser pautada em ideais políticos de maximização de riqueza ou de utilidade.

Podemos tentar demonstrar que as decisões que parecem maximizar a riqueza são necessárias, não como decisões instrumentais buscando produzir certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade, ou qualquer outra meta de política, mas, antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade.

O pensamento de Dworkin permite-nos abarcar a dimensão social do nosso Estado Democrático de Direito como componente do tratamento com "igual consideração e respeito". Adotar como componente do valor social a maximização da riqueza, implicaria, por outro lado, atribuir à dimensão liberal do nosso Estado democrático uma prevalência que nunca se apresentou como desejável na paulatina construção do sentido de nosso ordenamento constitucional. Além do mais, mesmo que a maximização da riqueza seja considerada um mero instrumento do valor social, não podemos apostar na idéia de considerá-la um falso alvo e ficar na leviana expectativa de acertar os verdadeiros, nem seria apropriado relegar os supracitados objetivos de nossa República à ação da mão invisível.

A versão de comunidade concebida por Dworkin (2003, p.212 e ss.) estabelece uma vinculação entre as responsabilidades de cada membro da comunidade e suas autoridades, de forma que estas, ao representarem aqueles politicamente, devem tratá-los como iguais, em função de uma obrigação de imparcialidade (*fairness*). O respeito aos representantes como aqueles que fazem presente nossas próprias vozes pressupõe a concepção da comunidade como um sistema coerente de princípios. Aí reside a origem da virtude soberana de "igual consideração e respeito".

A aceitação dos dois princípios de dignidade humana significa que devemos compreendê-los em suas implicações recíprocas. O primeiro princípio de dignidade, o da igual importância ou valor intrínseco, atribui à vida humana um tipo especial de valor objetivo, sendo importante independentemente da busca por um modelo de sucesso. O segundo princípio, o da responsabilidade especial, nos permite determinar livremente qual

159 "O processo político poderia, por varias razões, deixar intactos os ganhos dos que mais ganham com a maximização da riqueza. Devíamos, portanto, perguntar se a teoria utilitarista-instrumental requer que os legisladores redistribuam efetivamente para promover a utilidade total ou se, para apoiar essa teoria, é suficiente simplesmente que possam fazê-lo." (DWORKIN, 2001, p. 388)

modelo de vida pode ser bom para nós, decisão que não pode ser imposta por outrem ou pelas instituições. Isso não significa, entretanto, que a vida do indivíduo não seja compreendida no contexto da comunidade e da tradição a que pertence, nem que neguemos os valores comunitários. Cada um atribui importância objetiva à sua forma de viver e, a partir daí, deve reconhecer isso em medida igual às demais pessoas. Não podemos separar o respeito pelas nossas vidas e o respeito pelos outros, pois é impossível negar a importância intrínseca da vida humana sem insultarmos nossa própria dignidade, ponto em que a lição de Dworkin faz referência a Kant.

Dworkin preocupa-se em compatibilizar a responsabilidade especial e a liberdade por ela exigida. Nossa definição de responsabilidade, portanto, deve ser conformada a nossa assunção de que a vida de todos é igual valor intrínseco e de que todo mundo tem uma responsabilidade pessoal por sua vida. Se formularmos a liberdade como o direito de fazermos o que desejamos com os recursos justamente distribuídos, não podemos falar em violação de liberdade quando o governo adota certas medidas regulatórias em função de razões distributivas. O exemplo clássico de Dworkin é a tributação, a qual seria legítima caso satisfizesse um padrão distributivo de justiça, pois o impacto das políticas públicas na vida de cada cidadão deve ser igualmente importante.

Um tratamento coletivo dos membros da comunidade com igual consideração e respeito dá-se quando o arranjo político faz a riqueza de cada um depender apenas das escolhas que ele fez a partir de um ponto inicial comum. Os membros da comunidade devem começar suas vidas com riqueza material igual, ainda que, obviamente, a responsabilidade especial de cada um e a neutralidade do Estado quanto às concepções de vida implicará a tomada individual de decisões distintas, o que implicará situações de desigualdade fundada nas próprias escolhas livremente adotadas. O igual respeito e consideração pode, então, ser interpretado como igualdade de recursos *ex ante*. Essa igualdade de recursos é o que nos dá uma justificativa moral para defender as liberdades fundamentais, de forma que os direitos individuais devem ser reconhecidos em função das demandas do direito de ser tratado como um igual. Se a igualdade é definida como igualdade de recursos, precisamos incorporar a liberdade como a possibilidade de que todos tenham iguais possibilidades nas escolhas pessoais de suas vidas. Assim, a liberdade serve como uma garantia à igualdade, estando ligada a ela não de forma instrumental, mas sim em uma concepção coerente de condicionamento recíproco. Não há, então, qualquer hierarquia lexicográfica de princípios de justiça, diferentemente do que acontece em Rawls, em que o primeiro princípio tem prioridade sobre o segundo.

A teoria sobre a justiça distributiva em Dworkin parte do direito abstrato de igual consideração e respeito em direção a dois princípios mais concretos: o de ser tratado como igual e o de tratar todos igualmente. Ser tratado como igual significa que ninguém pode ter vantagens ou se apropriar de recursos sem que isso se dê de forma igualitária. O papel da comunidade será o de garantir o pleno atendimento dos dois princípios, das leis e dispositivos que não dependam da origem, raça ou posição social, além de ser sensível às escolhas das pessoas.

Dworkin distingue entre dois modelos de vida. O modelo de impacto mede o caráter bom de uma vida pelo sucesso alcançado e pela repercussão que a vida da pessoa adquiriu. Esse modelo não garante uma neutralidade no contexto do pluralismo, pois pressupõe a definição de quais resultados permitem a qualificação objetiva de uma vida como boa. O valor ético seria transcendente e independente do contexto em que se encontra. Ao mesmo tempo, seria pessoa, visto estar no impacto do indivíduo no mundo e na comunidade como um todo. Diferentemente, o modelo de desafio apenas indica que o plano de vida escolhido e enfrentado terá valor, cabendo ao indivíduo, em sua liberdade, responder pela suas escolhas. Nesse modelo, o que importa é a performance do indivíduo no desenvolvimento de sua experiência de vida e os motivos dos atos praticados por ele, e não os resultados produzidos. Aqui, a situação histórica do indivíduo influencia o plano de vida, caracterizando o valor ético como indexado e tornando nosso desafio maior ou menor em função das mudanças culturais e legais, o que liga nossas convicções a um exercício comunitário e permite a qualificação do valor ético como coletivo. Os recursos aparecem como parâmetro para o desafio que cada um deve escolher e se identificar, e é isso o que a justiça determina, e não qual a concepção de vida boa a ser eleita e imposta aos outros. Viver bem, portanto, é viver justamente, o que significa responder da maneira correta ao desafio correto. A integridade ética é alcançada quando o sujeito considera sua vida apropriada e não imagina que outro estilo de vida a ser tomado teria sido melhor.

O tecido emocional do liberalismo de Dworkin concebe a igualdade como igualdade de recursos, a liberdade como a possibilidade de escolha e ação sem desrespeitar os direitos alheios, e uma comunidade em uma respeito compartilhado pela liberdade e pelas responsabilidades individuais. As decisões políticas em uma democracia não são influenciadas apenas pelas preferências pessoais, mas também pelas preferências externas, entendidas estas como aquelas sobre o que os outros devem fazer ou ter. As preferências externas podem invadir a liberdade de cada indivíduo e, assim, desrespeitar o princípio da

igualdade. De tal forma, a democracia exige uma estruturação de direitos e deveres fundamentais que garanta a possibilidade de que cada um tenha suas preferências externas, mas as mantenham fora da formulação básicas das instituições políticas. Esses direitos fundamentais protegem os cidadãos quanto desigualdades inaceitáveis geradas pelas variações do mercado e das instituições democráticas. Servem, portanto, como trunfos dos quais os cidadãos podem dispor contra as desigualdades e que possibilitam uma aperfeiçoamento da própria moralidade política.

Dworkin, aproximando-se de Platão, entende que a vida boa pressupõe uma base justa, de forma que justiça e interesse próprio nunca poderiam estar em conflito. Por tal motivo, uma boa vida exige que sua experiência se dê em condições justas, o que é entendido, em Dworkin, como uma distribuição justa de recursos *ex ante*. Isso significa também que nenhum cidadão poderia ter uma vida caso tenha, *ex ante*, mais recursos do que a quantidade justa impõe, donde a justificação do reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso social como um elemento densificador da igualdade e do respeito aos direitos como trunfos.

7.4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO DA RELAÇÃO ENTRE AS CONCEPÇÕES FENOMENOLÓGICA E FILOSÓFICO-HERMENÊUTICA DE REPRESENTAÇÃO

Uma compreensão do fenômeno jurídico com base na hermenêutica filosófica pressupõe, conforme já afirmamos, a consciência da diferença ôntico-ontológica, a qual, vertida reflexivamente na dimensão apofântica da linguagem, traduz-se, em relação ao direito na diferença entre texto e norma. Ora, seria impossível distinguir de maneira estanque as funções do legislador e do juiz como nos moldes clássicos da separação dos poderes, de maneira que nunca poderíamos pretender que ao legislador caberia meramente distribuir a riqueza, a qual seria maximizada pelas decisões judiciais. Dizemos isso porque, como ao texto legislativo só pode ser atribuído sentido em sua dimensão hermenêutica (norma), sua significação não pode ser cindida em relação à faticidade, donde imperioso o reconhecimento de que qualquer distribuição de renda só poderia vir a ser perpetrada quando da interpretação/aplicação realizada pelo juiz diante de um dado problema, real ou hipotético, a ser resolvido. A interpretação/aplicação, portanto, deve ser obviamente referenciada ao caso jurídico, “*prius metodológico*”, no dizer de Castanheira Neves (*apud* CARNEIRO, 2008, p.9).

Aqui, faz-se pertinente a consideração da noção sistêmica de hierarquias entrelaçadas. Não há uma hierarquia linear no interior do subsistema jurídico e do seu acoplamento estrutural com o subsistema político. A jurisdição estabelece o que é legal e o que é constitucional, controlando o sentido normativo das decisões legislativas, mas, ao mesmo tempo, está vinculada a tais manifestações parlamentares. Esse desenho impede o estabelecimento de uma hierarquia unilateral do processo legislativo nos moldes exegeticos, de forma a obstar a configuração de uma “ditadura da maioria”. Não seria adequada a descrição realizada pelas teorias tradicionais do Estado de Direito, em que a subordinação do juiz à lei é traduzida em subordinação à legislação como procedimento. A vinculação do juiz à lei precisa levar em conta o pressuposto lingüístico de que os textos legais, como entes, precisam da atividade compreensiva do juiz para fins de desvelamento de sentido (existência) aplicativo em um caso real (e não apenas hipotético). Essa questão ganha ainda maior densidade no que diz respeito ao exercício do controle de constitucionalidade. A lei vincula a jurisdição, mas sua própria validade da lei está subordinada ao sentido desvelado pela jurisdição. Nos termos de Neves (NEVES, 2006, p. 191-2), pode-se dizer que não há uma relação unilateral “metalinguagem legal → linguagem-objeto jurisdicional”. Ambas constituem simultânea e reciprocamente linguagem-objeto e metalinguagem. A Constituição não estabelece, portanto, uma hierarquia procedimental, mas sim uma repartição orgânica de competências e um controle interorgânico. A Constituição, no contexto do Estado de Direito, não funciona como fórmula de isolamento, mas sim como modelo de horizontalidade orgânica e circularidade procedimental. (NEVES, 2006, p. 152-3)

Com base na premissa acima estabelecida, temos que a atividade do legislador não pode densificar *per se* o texto constitucional, nem distribuir bens autonomamente, justamente porque a compreensão normativa de uma tal distribuição densificante pressupõe a faticidade inerente à interpretação/aplicação. Assim, é a compreensão do juiz que, pautada por uma leitura dos textos legislativos orientada pelo sentido da historicidade da nossa Constituição, do nosso romance em cadeia, pode resultar no entendimento de que a norma do texto infraconstitucional, na unicidade de um caso concreto, é concretizadora de direito fundamental e de mandamentos constitucionais, como os de solidariedade, justiça social e redução das desigualdades sociais – os quais pressupõem a distribuição de bens como corolário do sentido normativo dos textos constitucionais, mas não com base em argumentos de política, e sim em argumentos de princípio.

Decorre do raciocínio acima o reconhecimento de que a corrente compreensão da

proibição de retrocesso social na nossa comunidade jurídica configura-se como equivocada. Tal princípio não consistiria na impossibilidade de que o legislador reduza o grau de concretização infraconstitucional de direitos fundamentais, justamente porque esse tipo de aferição só pode ser realizado na experiência de uma situação concreta. De tal maneira, o intérprete, ao deparar-se com um problema a respeito do qual lhe demandam solução jurisdicional, inspirado pela nossa construção histórica de direitos fundamentais, não deve meramente buscar um cotejo entre os dispositivos constitucionais para investigar se o legislador reduziu o grau de concretização de direito fundamental e, em caso de concluir por uma resposta positiva, decidir pela inconstitucionalidade da atuação legislativa com base no princípio da proibição de retrocesso social, como se tal resposta fosse *prima facie* aplicável para quaisquer casos que envolvessem matéria semelhante. Ao contrário, a proibição de retrocesso social constitui especial mandamento ao juiz, a quem cabe realizar, com orientado pelas normas (sentidos) dos textos (entes) constitucionais e infraconstitucionais, uma atividade crítico-reflexiva a respeito de eventual necessidade de mudança no nosso romance em cadeia, em respeito à integridade do direito em uma dada cadeia comunicativa.

É indubitável que uma decisão judicial, por englobar latentemente a possibilidade de modificação no curso do romance em cadeia, exerce uma espécie de *gravitas* em relação aos casos seguintes, em consonância com o ideal de coerência e integridade defendido por Dworkin. Um precedente, no entanto, não pode ser meramente vertido na dimensão apofântica da linguagem em afirmações de que “o legislador reduziu o grau de concretização de direito fundamental sem, no entanto, ofender indevidamente o princípio da proibição de retrocesso social, visto que haveria razões mais pesadas para justificar tal posicionamento” ou de que “o legislador ofendeu o princípio da proibição de retrocesso social, donde o reconhecimento da lei superveniente como inconstitucional”. Entendimentos desse tipo importariam em admitir uma cisão entre os discursos de justificação e aplicação, idéia incompatível com um neoconstitucionalismo de cariz hermenêutico-filosófico. Temos, isso sim, que pensar no precedente em razão de sua unicidade decisória, de maneira que seu peso deve ser levado em consideração no sentido de afastar ou fundamentar interpretações transgressoras do nosso sentido de constituição. Retrocessivo, pois, não seria o texto legislativo em si, mas sim uma decisão no sentido de que seu ser consiste em uma norma que aponta, sem fundamentos sólidos para tal virada de orientação, contra a concretização de direito fundamental numa situação concreta.

Não há que se buscar a caracterização do princípio da proibição de retrocesso social

como uma norma implicitamente derivada de outros princípios, como o da segurança jurídica e o da proteção da confiança, nos moldes do esforço doutrinário já mencionado na introdução deste trabalho – por todos, Sarlet. Da mesma maneira que a compreensão do Estado brasileiro como fundado no regime democrático, diante do processo que originou a nossa Constituição, não precisaria estar registrada expressamente na Carta Constitucional, não precisamos de maiores esforços dogmáticos para depreender que o caráter dirigente de nossa Constituição impõe um mandamento de não retrocesso em matéria de concretização de direitos sociais. Nomear um princípio da proibição de retrocesso social, no máximo, constitui um refinamento da dimensão artificial da linguagem mediante um esforço de sintetização (sempre imperfeita, por força da anterioridade da dimensão hermenêutica e do déficit inerente à tentativa de sua transposição para a linguagem apofântica – há sempre um não-dito no dito), nessa expressão, do sentido progressista, sempre orientado, como na utopia de Cortina, para um acontecer futuro mais democrático, que nossa situação hermenêutica impõe a nós, ouriços, reconhecer a Constituição como formulação da verdade de nossa comunidade interpretativa.

8. CONCLUSÃO

O primeiro capítulo deste trabalho apresentou nossa proposta de realizar uma leitura filosófico-hermenêutica da representação política no contexto da separação de poderes.

O segundo capítulo deste trabalho consistiu em uma interação entre as concepções de representação vigentes nos espaços jurídico, filosófico-representacionista, filosófico-hermenêutico e político-novecentista e nos permitiu traçar as deficiências hermenêuticas e institucionais da relação entre o Legislativo e o Judiciário no período posterior à Revolução Francesa. Ao final do capítulo, delineamos a concepção ontológica de (re-)representação adotada por este trabalho.

O terceiro capítulo tematizou a superação dos paradigmas positivistas legalista e normativista pela guinada em direção ao problema desenvolvida no segundo pós-guerra por autores como Viehweg, Perelman e Alexy. Como grande contribuição hermenêutica das referidas perspectivas tivemos a introdução da ideia de aceitabilidade material como indicativo da reaproximação entre direito e moral, tanto na perspectiva teórica como na perspectiva prática. O advento de novas concepções do pensamento jurídico foi acompanhado pela modificação da relação institucional entre Legislativo e Judiciário, a qual nos levou a refletir sobre a seguinte pergunta: diante dos resquícios discricionários nas teses dominantes na segunda metade do século XX, o Judiciário teria se tornado um novo Poder Moderador?

O quarto capítulo desenvolve o questionamento com que se encerrou o anterior. Para tal desiderato, assumiu como eixo a ideia de dificuldade contramajoritária e abordou criticamente teorias favoráveis à última palavra legislativa, à última palavra judicial e à interação dialógica entre o Legislativo e o Judiciário. As noções de autogoverno, justiça procedimental imperfeita, revisão judicial, círculos concêntricos de influência e pretensão epistêmica de um desenho institucional foram entrelaçadas e permitiram a fixação de novos pontos de reflexão sobre a questão da legitimidade representativa dos parlamentos e das cortes.

O quinto capítulo teve como mote a proposta normativa de Hübner Mendes, para quem o desempenho deliberativo das instituições legislativa e judiciária serve como variável de determinação de sua legitimidade para decidir questões jurídico-políticas. Uma visita ao liberalismo político de John Rawls permitiu-nos analisar criticamente a adoção, por Mendes, da ideia de razão pública como critério de avaliação da qualidade das deliberações de cada instituição. A introdução da perspectiva gradualista do autor brasileiro e de sua recepção das virtudes passivas e ativas concebidas por alguns autores relacionados às teorias do diálogo foi

acompanhada por uma crítica ao caráter político-pragmático da proposta do autor, a qual acarreta uma subjugação do critério de legitimidade fundado na correção conteudística proposto por Dworkin à avaliação da qualidade política continuada do Legislativo e do Judiciário.

O sexto capítulo espelhou a concepção de hierarquias entrelaçadas assumida pela teoria dos sistemas em relação à tensão hermenêutico-institucional Legislativo-Judiciário e suscitou interações múltiplas e circulares entre os pensamentos de Dworkin, Luhmann, Habermas, Marcelo Neves, Cortina e alguns autores relacionados às matrizes heideggeriana e/ou gadameriana, como Cossio, Kaufmann, Larenz, Esser, Hruschka, Pareyson, Wálber Carneiro, Streck e Fiss. As relações entre Legislativo e Judiciário foram qualificadas pela abertura dialógica às contribuições do senso comum, instância relacionada à ideia de aceitabilidade material, e da doutrina, lente de auto-reflexividade do sistema jurídico. Ao final do capítulo, alcançou-se a convergência entre as concepções política e filosófico-hermenêutica de representação a partir de uma leitura pareysoniana da tese da interpretação construtiva de Dworkin, qualificada pela dimensão operacional da teoria dos sistemas, pela ideia de equilíbrio reflexivo originada em Rawls, pela pretensão crítica da ética do discurso, pela leitura de Urbinati sobre a representação política e pela noção de apresentação gadameriana.

O oitavo e último capítulo do trabalho prestou-se a densificar a convergência entre as concepções política e hermenêutica de representação alcançada no decorrer do texto. O eixo dialógico adotado foi o princípio da proibição de retrocesso social e seu potencial ilustrativo do caráter ontologicamente inexorável da configuração da separação de poderes nos moldes do entrelaçamento hierárquico, visto que a visão costumeiramente assumida a respeito do instituto não se coaduna com o condicionamento do sentido normativo dos textos legais à compreensão judicial. Tal tarefa exigiu uma formulação do sentido do princípio da proibição de retrocesso social a partir do pensamento de Dworkin, das visões de cidadania assumidas por Neves e Cortina, e da crítica de Posner à tese da interpretação construtiva. Concluiu-se que a perspectiva da hermenêutica filosófica implica a exigência de *accountability* judicial e uma concepção de separação de poderes como elemento de estímulo à interação dialógica em busca de uma formulação coerente dos ideais de autogoverno e igual respeito e consideração nos moldes do pensamento revelativo de um ouriço.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable* - un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*). São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *El Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- _____. *Justicia como corrección*. In: *Revista Doxa* n° 26, 2003, pp. 161-173.
- _____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: *Revista Doxa* n° 5, 1988, pp.139-151.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica. a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy editora, 2001.
- _____. *The special case thesis*. *Ratio Juris*, Vol. 12 No. 4, December 1999, pp.374-384.
- _____; BULYGIN, Eugênio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ARAÚJO, Cícero. *Quod Omnes Tangit: Fundações da República e do Estado*, tese de livre-docência apresentada ao Departamento de Ciência Política da FFLCH-USP no ano de 2004.
- _____. “Representação, Retrato e Drama”, *Lua Nova*, v. 67, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª Edição. Editora Malheiros, São Paulo, 2004.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos*

- fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. São Paulo: Manole, 2005.
- BETTI, Emilio. *Interpretação das leis e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Teoria do negócio jurídico*. Servanda, 2008.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Bobbs-Merrill, 1962.
- _____. *The Morality of Consent*. Yale University Press, 1975.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARNEIRO, Wálber. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*. São Leopoldo: Tese de doutorado da Faculdade de Direito da Unisinos, 2010.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos*. Madrid: CEC, 1989.
- CONTO, Mario de. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Do Advogado, 2008, p. 100.
- COSSIO, Carlos. *La plenitud del orden jurídico y la interpretación jurídica de la ley*. Buenos Aires: Losada, 1939
- _____. *teoría egológica del derecho y concepto jurídico e libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944.
- _____. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. São Paulo: tese de Doutorado da Faculdade de Direito da UNB, 2008.
- CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. Yale University Press, 1991.
- DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 2003
- DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na CF/88*. Renovar, 2007.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, 1996.

_____. *Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EDMUNDSON, William. *Uma introdução aos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. "Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review", *Maryland Law Review*, v. 37, 1977.

FRIEDMAN, Barry. "Dialogue and Judicial Review", *Michigan Law Review*, v. 91, 1993.

_____. "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 84, n. 2, 2005.

FENSTERSEIFER, Paulo Evaldo. *Giros epistemológicos: o giro hermenêutico*. Texto de referência para Mesa Especial: Giros epistemológicos na Educação Física/ Ciências do Esporte, promovida pelo GTT – Epistemologia, realizada por ocasião do XV Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte e II Congresso Internacional de Ciências do Esporte. Recife – PE.

<http://www.cbce.org.br/cd/mesas/GTT%204%20Epistemologia%20MESA%20REDONDA%202%20Paulo%20Fensterseifer.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, 4.ed. Atlas, 2003.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Hermenêutica Filosófica e Direito. O Exemplo privilegiado da Boa-fé Objetiva no Direito Contratual*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2006.

FISS, Owen. Objectivity and interpretation. In: LEVINSON, Sanford; MAILLOUX, Steven (ed.) *Interpreting Law and Literature: a hermeneutic reader*. Evanston, Northwestern University Press, 1991.

FULLER, Lon. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review, v. 92, 1978.

_____. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969.

FURQUIM, Lilian. *O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin*. São Paulo: tese de

doutorado da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. “*Os limites da razão histórica (1949)*”. In: *Hermenêutica em Retrospectiva: a virada hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Truth and Method*. Continuum: New York, 2004.

_____. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio P. Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GALLIE, William B. Essentially contested concepts. In: *Philosophy and the historical understanding*. Chatto & Windus, 1964.

GAY, Maria Eugenia. *Estou de altos! As possibilidades do jogo para a história*. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da PUC-RJ, 2010.

GRONDIN, Jean. *Introdução a hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford University Press, 1991

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, Vols. I e II*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Verdade e justificação*. Rio de Janeiro: Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HAND, Learned. *The spirit of liberty*. Alfred Knopf, 1974.

HART, Herbert, *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª Edição.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Edição digital de: <http://www.philosophia.cl>, 2002.

_____. *Tempo e Ser*. São Paulo, Nova Cultural, 1991. Os Pensadores, V. 5. 241p.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

KATYAL, Neal Kumar. Justices as Advicegivers. In: *Stanford Law Review*, v. 50, 1997.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: *Martins Fontes*, 1995.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed., Lx. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, trad. de José Lamego, revisão de Ana de Freitas, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980.
- MACHADO NETO, A. L. *Fundamentación Ecológica da la Teoria General del Derecho*. Carlos Manzanares. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- _____. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo, Editora Saraiva, 1975.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton University Press, Press, 1999.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação: diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 110.
- _____. MURICY, Marília. *Senso comum e interpretação jurídica*. São Paulo: Tese de doutorado da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2006.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral – Tomo I - Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas*. 4a ed. São Paulo: RT, 1974.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- OÑATE Y ZUBIA, Teresa (et. al). *Hans-Georg Gadamer: ontologia estética y hermenêutica*. Madrid: Dickinson SL, 2005.
- PALMER, Richard E. *The Relevance of Gadamer's Philosophical Hermeneutics to Thirty-Six Topics or Fields of Human Activity*. Disponível em: _

<<http://www.mac.edu/faculty/richardpalmer/relevance.html>> Acesso em 20 set. 2009.

- PAREYSON, Luigi. *Verdade e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System*. Duke University Press, 2004.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Aspen, 7th edition, 2007.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971.
- _____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, nº 3, pp. 765-807, 1997.
- REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RICOEUR, Paul. *O conflito da interpretação: ensaios de hermenêutica*. Rio de Janeiro: Imago, 1978.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Vol I*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- _____. *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível na Internet: <www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2007.
- SUNSTEIN, Cass. *Incompletely Theorized Agreements*. *Harvard Law Review*, v. 108, 1994.
- _____. *The Supreme Court, 1995 Term – Foreword: Leaving Things Undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, 1996.
- _____. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 2001.

- SHAPIRO, Ian. *The State of Democratic Theory*, Princeton University Press, 2006.
- SHIMOTE, Carlos Alberto. *A Retórica de Aristóteles* in: CORRÊA, Leda (Coord). Barueri, SP: Manole. 2008.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. In: *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47.1, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- _____. *Verdade e Consenso*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- TUSHNET, Mark. “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-Majoritarian Difficulty”, *Michigan Law Review*, v. 94, 1995.
- URBINATI, Nadia. *Representative democracy: principles and genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WALDRON, Jeremy. “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.
- _____. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999.
- _____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999b.
- WALUCHOW, Wil. *A Common Law theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge University Press, 2007.
- WERLE, Denilson Luis. *Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Esfera Pública, 2008.
- WHITTINGTON, Keith. “Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses”, *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Ermeneutica e giurisprudenza, saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Milão: Giuffrè, 1984.
- _____. *Razón Jurídica e Interpretación*. Madrid: Civitas, 2004.