

Guilherme Scotti Rodrigues

**A AFIRMAÇÃO DA JUSTIÇA COMO A TESE DA ÚNICA DECISÃO
CORRETA: O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DO CARÁTER
ESTRUTURALMENTE INDETERMINADO DO DIREITO MODERNO**

Brasília

2008

Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito - FD

**A AFIRMAÇÃO DA JUSTIÇA COMO A TESE DA ÚNICA DECISÃO
CORRETA: O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DO CARÁTER
ESTRUTURALMENTE INDETERMINADO DO DIREITO MODERNO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Menelick de Carvalho Netto

Orientando: Guilherme Scotti Rodrigues

Brasília, 2008.

O candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Orientador

Professora Doutora Vera Karam de Chueiri
Membro (UFPR)

Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes
Membro

Brasília, 19 de fevereiro de 2008

Ao que foi, e ao que será.

Agradecimentos

Num momento de alívio como o da conclusão de um trabalho que tanto esperamos, redigir os agradecimentos parece funcionar como uma caótica catarse. Muito e muitos vem à mente, e não é fácil colocar ordem nisso. Mas deixemos a ordem pro trabalho formal. A tradicional lista de parentes, amigos e colegas é inevitável, e mesmo assim querida. Até pela lógica da existência, mas por muito mais que isso, vô Joubert e vô Isa, vô Célio e vô Dirce, pai Joubert e mãe Rosana têm aqui papel fundamental, espelhos inexatos de nossos vícios e virtudes, e com o tempo essas passam a ganhar importância sobre aqueles. Primos muitos, especialmente Pedro, não só pela amizade e fraternidade, mas pelo compartilhamento dos desafios da vida acadêmica. Tios aos montes, de todos os tipos, formas, cores e tamanhos, apoio, afeto e muitas risadas pra todas as horas. Saulo e Daniel, Ju Brina, velhos companheiros da UFMG, presentes na distância, Camila “Demônia” Caram, Romero Sri Krsna Murti Das. Novos bróderes de Brasília, Jorge e Janaína, Eduardinho, Gustavo “Mulher”, Damião das Veredas, Léo Barbosa, Paulo Blair, e tantos que me acolheram calorosamente nessa árida cidade. Companheiros republicanos Isac, Beбето, Clóvis, cachorro Osho, gata Matilda e sua inominada prole. Cafés, chás e a divinamente apimentada comida da Isa alimentaram a fome e a gula ansiosamente demandada por esse trabalho. Mestres Miracy, Limoeiro, Cattoni e Juliana, da UFMG, companheiros do Pólos de Cidadania, professores Cristiano e Alexandre, em especial, dessa minha nova casa acadêmica. Lia, Helena e Teresa, fundamentais.

Minha querida Juliana, pelo carinho e por aturar minha rabugice.

Ao professor Menelick, mestre de todas as horas, responsável por meu reencantamento com o direito. Sem dúvida o que houver de melhor nesse trabalho se deve à sua orientação, que muito o antecede.

Esse trabalho, como a própria razão humana, se sabe precário e provisório; mas suas falhas são de minha responsabilidade, não da Humanidade.

RESUMO

O problema a ser enfrentado pelo trabalho é o da possibilidade de aplicação da justiça diante do reconhecimento do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno, tendo-se em vista o esgotamento da força explicativa das teorias positivistas. Face à crença irracional de que textos racionalmente elaborados poderiam reduzir a complexidade da tarefa interpretativa e ao ceticismo decisionista, Ronald Dworkin buscou resgatar a crença na força normativa dos direitos virando do avesso a pureza epistemológica pretendida pelo positivismo e restaurando a plausibilidade do conceito de justiça em termos pós-metafísicos e pós-convencionais, defendendo que a postura a ser adotada pelo aplicador do direito deve ser a de buscar a *única resposta correta* no ordenamento jurídico em sua *integridade*. O resgate reflexivo do conteúdo normativo da modernidade e da própria idéia de razão se mostra fundamental para a compreensão do papel dos princípios na argumentação jurídica contemporânea, na fundamentação da democracia e no desenvolvimento de eticidades reflexivas. A teoria de Ronald Dworkin será o fio condutor da análise a ser empreendida, por sua abordagem que busca fazer valer simultaneamente as pretensões à justiça e à segurança jurídica. A compreensão da tensão existente entre normas fundamentais, e o debate travado com teorias que vêem os princípios como incompatíveis será de fundamental importância para as conclusões do trabalho, que buscará então demonstrar que mesmo em decisões onde se procura afirmar explicitamente um balanceamento de valores a busca por correção, no sentido apontado, se faz presente e desempenha um papel decisivo na compreensão das exigências normativas dos princípios jurídicos.

ABSTRACT

The problem confronted in this work is that of the possibility of application of justice in face of the recognition of the structurally indeterminate character of the modern law, having in sight the exhaustion of the explaining force of the positivist theories. Challenging both the irrational belief that rationally elaborated legal texts could reduce the complexity of the interpretative task and the decisionist skepticism, Ronald Dworkin aims at rescuing the belief in the normative force of rights, turning upside down the epistemic pureness intended by the positivism and restoring the plausibility of the concept of justice in post-metaphysical and post-conventional terms, defending that the attitude to be adopted by those who apply the law must be that of searching the one right answer required by the legal system in its integrity. The reflective rescue of the normative content of the modernity and the proper idea of reason is considered essential for the understanding of the role of principles in contemporary legal reasoning, in the legitimate basis of democracy and in the development of reflexive ethics. The theory of Ronald Dworkin will be the conducting wire of the analysis undertaken, for its approach that seeks simultaneously to validate both the claim to justice and to legal certainty. The understanding of the existing tension between basic norms, and the debate with theories that comprehend principles as being essentially incompatible will be of great importance for the conclusions of the work, that it will then try to demonstrate that even in decisions where a balancing of values is explicitly defended, the search for rightness, in the sense described, is present and plays a decisive role in the understanding of the normative requirements of legal principles.

Sumário

Introdução	10
1. O CARÁTER ESTRUTURALMENTE INDETERMINADO DO DIREITO MODERNO E O ESGOTAMENTO DAS TEORIAS POSITIVISTAS.....	14
1.1. O projeto positivista – a implosão da teoria pura	14
1.1.1. Teorias jurídicas positivistas	14
1.1.2. O positivismo, os <i>Hard Cases</i> e a <i>única resposta correta</i> de Dworkin	17
1.2. O papel dos princípios – os estágios de Kohlberg	24
1.3. Alexy e a continuidade de elementos do positivismo normativo e filosófico	28
2. RACIONALIDADE, DEMOCRACIA E CORREÇÃO NORMATIVA	33
2.1. Breve resgate da idéia de racionalidade no Iluminismo	33
2.1.1. Introdução	33
2.1.2. Liberdade religiosa e o espírito do capitalismo.....	39
2.1.3. Religião, passado e futuro	41
2.1.4. A idéia de autonomia	42
2.2. Razão pratica, Moral e Direito – uma leitura contemporânea....	45
2.2.1. Resgate discursivo da razão prática	45
2.2.2. Racionalidade reflexiva – o iluminismo do iluminismo	48
2.3. Discursos éticos, morais e jurídicos – o bom e o justo.....	51
2.3.1. A categoria do direito na teoria discursiva	53
2.3.2. Excurso sobre a importância da categoria do direito para a constituição de uma eticidade reflexiva – a luta por reconhecimento na psicologia social de George Herbert Mead	58
2.3.3. Direito e eticidade reflexiva	64
3. CORREÇÃO NORMATIVA NA TEORIA E NA PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEAS	71

3.1. A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito	71
3.1.1. Dworkin e o realismo moral	72
3.1.2. Interpretações de “boa fé” sobre o sentido dos Direitos Humanos	75
3.1.3. Dworkin e o realismo utilitarista de Richard Posner	76
3.1.4. A interpretação construtiva em Dworkin	79
3.2. Limites internos e externos – conflitos de valores	83
3.2.1. Teorias interna e externa dos limites	83
3.2.2. O problema da teoria externa	85
3.2.3. Pluralismo moral e incompatibilidade entre valores	89
3.3. Correção normativa na jurisprudência do STF – O caso Ellwanger	96
3.3.1. Elementos centrais da argumentação empreendida no caso	98
3.3.2. O balanceamento de valores como fundamentação explícita na argumentação	104
<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	110

Tabelas

Tabela 1: Definição dos Estágios Morais	25
---	----

Introdução

O problema a ser enfrentado pelo trabalho é o da possibilidade de aplicação da justiça diante do reconhecimento do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno, tendo-se em vista o esgotamento da força explicativa das teorias positivistas. A saída positivista para o problema da indeterminação redundou em decisionismo, portanto no desencantamento do direito pela impossibilidade de se obter simultaneamente justiça e segurança jurídica concebendo-se o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras.

A discricionariedade foi a pedra de toque do positivismo, ao conceber a decisão jurídica como essencialmente um ato volitivo fundamentado extrajudicialmente. A identificação entre racionalidade e neutralidade pretendida pela Teoria Pura revela uma concepção de ciência atrelada ao positivismo filosófico, portanto baseada numa filosofia centrada monologicamente no sujeito, incapaz de discernir os limites e possibilidades da razão prática em sociedades pós-convencionais de crescente complexidade. Se autores da primeira metade do século XX como Francesco Ferrara já percebiam a força normativa dos princípios jurídicos, relutavam ainda em se livrar das amarras textuais, na crença de que bons textos normativos fossem capazes de reduzir significativamente o desafio da aplicação. Face à crença irracional de que textos racionalmente elaborados poderiam reduzir a complexidade da tarefa interpretativa e ao ceticismo decisionista, Ronald Dworkin buscou resgatar a

crença na força normativa dos direitos virando do avesso a pureza epistemológica pretendida pelo positivismo e restaurando a plausibilidade do conceito de justiça em termos pós-metafísicos e pós-convencionais. Dworkin defende que a postura a ser adotada pelo aplicador do direito deve ser a de buscar a *única resposta correta* no ordenamento jurídico em sua *integridade*, diante das especificidades de cada caso concreto, compreendendo os princípios jurídicos como normas deontológicas que estabelecem direitos e deveres que pré-existem ao momento da decisão, não estando, portanto, sujeitos à discricionariedade do aplicador, muito menos à uma escolha entre valores concorrentes que implique no sacrifício de direitos, que não se confundem com interesses.

Entretanto, outra leitura do papel dos princípios jurídicos é feita por Robert Alexy, principal representante da teoria axiológica dos direitos fundamentais na Alemanha, com grande repercussão acadêmica e institucional no Brasil. Valendo-se da distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios¹, Alexy promove uma leitura dessa dicotomia como sendo inerente à *estrutura* das normas jurídicas, mantendo as regras como normas precedentes aos princípios na tarefa de aplicação, bem como as noções de *lacuna* e *discricionariedade* típicas da concepção positivista das normas. A tarefa de aplicação de princípios é então compreendida como uma atividade de *balanceamento de valores* concorrentes, em que direitos, entendidos como interesses, devem ser sacrificados de acordo com seu grau de relevância, e em

¹ ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales., p. 87 e ss.

que os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisão correta disponíveis à discricionariedade do aplicador.

O resgate reflexivo do conteúdo normativo da modernidade e da própria idéia de razão se mostra fundamental para a compreensão do papel dos princípios na argumentação jurídica contemporânea e na fundamentação da democracia. Para tanto buscarei reler criticamente os princípios inaugurados pela modernidade, em especial com o movimento iluminista do século XVIII, identificando seus potenciais emancipatórios e os problemas advindos de uma concepção metafísica de razão, hoje perceptível como irracional. O imperativo categórico de Kant é paradigmático na compreensão iluminista de razão, e mostra como a aplicação de normas gerais e abstratas pode se tornar perversa numa concepção de neutralidade e universalidade que se torna cega à complexidade e ao sentido vivencial dos princípios jurídicos na sociedade moderna. Mas o potencial emancipatório dos próprios princípios gerais e abstratos de liberdade e igualdade que irrompem com a modernidade pode ser resgatado numa leitura contemporânea como a empreendida pela Teoria Discursiva, que se apropria das idéias de universalidade e racionalidade numa perspectiva intersubjetiva e dialógica, ciente da complexidade e dos riscos inerentes às suas concepções.

No campo da Teoria do Direito, a teoria de Ronald Dworkin será o fio condutor da análise a ser empreendida, por sua abordagem que busca fazer valer simultaneamente as pretensões à correção no caso concreto – justiça – e

à segurança jurídica, enquanto respeito às normas estabelecidas no passado – *fairness*.

A leitura dos princípios empreendida por Dworkin também permitirá a compreensão da tensão existente entre normas fundamentais, e o debate travado com teorias que vêem os princípios como incompatíveis será de fundamental importância para as conclusões do trabalho.

O papel da concepção de correção normativa como *única decisão correta* na argumentação jurídica será defendido nesse trabalho, que buscará então demonstrar que mesmo em decisões onde se procura afirmar explicitamente um balanceamento de valores a busca por correção, no sentido apontado, se faz presente e desempenha um papel decisivo na compreensão das exigências normativas dos princípios jurídicos.

1. O CARÁTER ESTRUTURALMENTE INDETERMINADO DO DIREITO MODERNO E O ESGOTAMENTO DAS TEORIAS POSITIVISTAS

1.1. *O projeto positivista – a implosão da teoria pura*

1.1.1. Teorias jurídicas positivistas

O cenário político que privilegiou a afirmação do positivismo tornava plausível a crença dos juristas no poder regulatório de regras racionalmente cunhadas por especialistas. A noção linear de progresso, num contexto de relativa homogeneidade moral e estabilidade de mercado, se comparado com o século XX, tornava possível a percepção do utilitarismo positivista de Bentham como uma força capaz de combater tradições morais reacionárias:

Mesmo nos primeiros anos do século passado, juristas progressistas compartilhavam a visão de Bentham: o progresso, acreditavam, estava disponível por meio de agências administrativas, atuando com amplos mandatos parlamentares, editando regulamentos detalhados que poderiam ser aplicados e executados por técnicos. Ou, nos Estados Unidos, por meio de detalhados códigos uniformes compilados por um instituto jurídico nacional formado por juristas acadêmicos e proposto para a adoção por diversos estados. (...) Em uma atmosfera como essa, juízes requerendo poder para extrair princípios morais a partir de um antigo e inadequado direito consuetudinário pareciam arcaicos, conservadores e caóticos.²

²DWORKIN, Ronald (2006). *Hart's postscript and the point of political philosophy*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 180 – “*Even in the earlier years of the last century, progressive lawyers shared Bentham's views: progress, they thought,*

As teorias positivistas buscam estabilizar expectativas sem recorrer a tradições éticas como suporte para a legitimidade das normas jurídicas. Kelsen e Hart buscaram conceber o ordenamento jurídico como *sistema fechado de regras* cuja compreensão seja independente da política e da moral. Reduz-se o Direito a uma determinada história institucional, com abstração de qualquer princípio *supra-positivo*.³

O problema da legitimidade e das fontes se resolve com a explicitação de *regras de reconhecimento*, regras secundárias de identificação do direito/não-direito, ou seja, regras auto-referentes do ordenamento jurídico instituidoras de autoridades e identificadoras de suas respectivas competências para decidir. A legitimidade das normas refere-se portanto unicamente à sua *procedência*, não à racionalidade de seu conteúdo. Essa regra de reconhecimento, porém, não pode ela mesma ser fundamentada em outra regra jurídica, devendo portanto ser reconhecida como um fato histórico, como parte de uma determinada forma de vida, aceita de forma auto-evidente pelos próprios participantes do “jogo de linguagem”.⁴

Como bem aponta Habermas, para o positivismo a noção de *segurança jurídica* se sobrepõe, abarca, *eclipsa* a idéia de *justiça* enquanto pretensão de

was available through administrative agencies, acting under broad parliamentary mandates, issuing detailed regulations that could be applied and enforced by technicians. Or, in the United States, through detailed uniform codes compiled by a national law institute trained by academic lawyers and proposed for adoption by several states. (...) in this atmosphere, judges claiming power to distil moral principles from an ancient and unsuited common law seemed archaic, conservative, and chaotic”.

³ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 250

⁴ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 251

correção normativa. A fundamentação das normas jurídicas é *puramente procedimental* – de forma bem distinta do procedimentalismo⁵ de Habermas –, refere-se unicamente à sua gênese, deixando o problema do conteúdo das normas para outros âmbitos normativos ou científicos – moral, política, sociologia, história etc.

A noção do ordenamento jurídico como sistema de regras, tendo-se em vista a base teórica lingüística pressuposta pelos expoentes maiores do positivismo, implica o reconhecimento de seu caráter impreciso, indeterminado ou *lacunoso*. Admitindo-se a *estrutura aberta da linguagem*⁶, a pretensão de regulação de todas as possíveis condutas por meio de regras abstratas se mostra inviável, cabendo ao sistema jurídico lidar com essa indeterminação diante de sua tarefa inescapável de decidir. Tanto em Kelsen quanto em Hart, portanto, a saída é *decisionista*. A discricionariedade do juiz preencherá o espaço não regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas⁷. A própria ciência do direito, como fica patente na obra revista de Kelsen, pode apenas indicar, mas não assegurar qualquer *moldura de interpretações* que vincule as autoridades competentes para decidir – capazes de realizar

⁵ Assim como Habermas, Dworkin compreende a relação entre forma e conteúdo ou procedimento e substância no direito como algo marcado por complementariedade, e não oposição. “Aqueles que dizem que a expressão ‘devido processo substantivo’ consiste num oxímoro, porque substância e processo são opostos, desconsideram o fato crucial de que uma demanda por coerência de princípio, que traz óbvias conseqüências substantivas, é parte essencial do que faz um processo de tomada de decisão ser um processo jurídico”. DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., n. 4. “Those who say that ‘substantive due process’ is an oxymoronic phrase, because substance and process are opposites, overlook the crucial fact that a demand for coherence of principle, which has evident substantive consequences, is part of what makes a process of decision making a legal process”. [Justice in Robes, cap. 5, n. 4]

⁶ HART, H. L. A. (1961). *The concept of law*. Oxford, Clarendon Press., pp. 124-25

⁷ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 251

interpretações autênticas, pois impositivas –, cujas decisões podem assim ter fundamentos extrajurídicos:

A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa⁸.

1.1.2. O positivismo, os *Hard Cases* e a única resposta correta de Dworkin

O positivismo jurídico concebe os *hard cases* como casos que não podem ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara, cabendo portanto ao juiz fazer uso de sua discricionariedade para decidir. Ao fazê-lo uma nova regra estaria sendo criada e aplicada retroativamente, por mais que o juiz se esforçasse para dar a entender que estaria simplesmente aplicando um direito pré-existente, tentando assim salvaguardar a ficção da segurança jurídica⁹. A idéia de certeza do direito como atividade de mera cognição, ou seja, como desvelamento racional do sentido pré-existente das normas, é expressamente rejeitada por Kelsen:

⁸ KELSEN, Hans (1998). *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes., p. 394

⁹ DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 81.

A Teoria Pura destrói a visão segundo a qual as normas podem ser criadas por meio da cognição, uma concepção que decorre, em última instância, da necessidade de se imaginar o Direito como um sistema fixo que regula todos os aspectos do comportamento humano e, em especial, as atividades dos órgãos que aplicam o Direito, sobretudo as de todos os tribunais. A função desses últimos - e, assim, também a interpretação - há de ser vista simplesmente como o desvelamento das normas vigentes, normas que, então, não de ser simplesmente, de uma certa maneira, reveladas. A teoria jurídica tradicional, deliberadamente ou não, se esforça por manter a ilusão da certeza jurídica.¹⁰

O argumento de Dworkin da *única resposta correta* consiste na afirmação de que mesmo nesses casos considerados pelo positivismo como *hard cases*, onde não há uma regra estabelecida dispendo claramente sobre o caso, uma das partes pode mesmo assim ter um direito pré-estabelecido de ter sua pretensão assegurada. Cabe ao juiz descobrir quais são esses direitos, mas isso não poderá ser obtido com auxílio de algum método ou procedimento mecanicista. Dworkin deixa claro que se trata primeiramente de uma *postura* a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua *integridade*¹¹, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a

¹⁰ KELSEN, Hans (1990). *On the theory of interpretation*. Legal Studies **10**(2): 127-135., p. 132 – “*The Pure Theory decimates the view that norms can be created by way of cognition, a view that arises in the end from the need to imagine the law as a fixed system governing every aspect of human behaviour, and governing in particular the activity of the organs that apply the law, above all the courts. Their function - and thus, interpretation too - is to be seen simply as the discovery of existing norms, norms, then, that are simply to be uncovered in a certain way. The illusion of legal certainty is what traditional legal theory, wittingly or not, is striving to maintain*”.

¹¹ Sobre a integridade em Dworkin como teoria normativa da coerência, cf. GÜNTHER, Klaus (1995). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa(17-18): 271-302.

resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados, cidadãos, etc.¹².

A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos cuja distinção é cara a toda a estrutura política das sociedades modernas: *argumentos de política* e *argumentos de princípio*. Os primeiros se referem à persecução de *objetivos e bens coletivos* considerados relevantes para o bem-estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam *direitos* de indivíduos ou grupos, possuindo assim um papel de garantia *contra-majoritária*¹³.

Nos casos em que é inequívoca a atribuição de um direito a um requerente por meio de uma regra – ou melhor, em que não se sustentam argumentos em contrário em face dos dispositivos normativos – fica claro que o se exige é a prevalência de um argumento de princípio, mesmo que o direito em questão, previsto na norma, tenha se originado de argumentos de política,

¹² DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 81

¹³ DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 82

como um subsídio fiscal criado para promover o crescimento de um setor específico da economia¹⁴.

Até aqui as diferenças não se mostram com toda a sua força. Em se tratando de um *hard case*, entretanto, surge a questão sobre a aplicabilidade de cada tipo de argumento por parte do aplicador. Se os juízes atuam como *legisladores delegados*, como na concepção positivista, então toda a gama de argumentos de política está à sua disposição¹⁵. Um caso pode ser decidido, na ausência de uma *regra*, de forma a promover, por exemplo, a maximização de objetivos econômicos considerados relevantes pelo juiz, ou a prevalência de valores sociais considerados superiores, sem que isso reflita necessariamente princípios jurídicos enquanto comandos normativos deontológicos. Se, por outro lado, a tarefa jurisdicional se distingue em essência da atividade legislativa, atuando como um *fórum de princípio*, nos *hard cases* as decisões devem se basear em argumentos de princípio¹⁶.

Dworkin rejeita a legitimação do direito baseada na simples legalidade, em termos da gênese procedimental do Direito, como em Kelsen ou Hart. A diferenciação entre direito, moral e política deve ser mantida, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e dos objetivos políticos na linguagem propriamente jurídica, internalizando e ressignificando

¹⁴ DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 83

¹⁵ DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 84

¹⁶ DWORKIN, Ronald (1985). *A matter of principle*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 69

assim seus conteúdos no direito positivo¹⁷. A diferenciação *interna* ao direito entre *direitos* e *políticas*, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, garantindo a primazia dos *argumentos de princípios*, que remetem aos *conteúdos* morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos¹⁸. É o Legislativo, assim, a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, a serem incorporados no discurso judicial de forma seletiva e condicionada, dado o papel de *firewall* atribuído aos direitos fundamentais, com sua linguagem deontológica, no ordenamento jurídico¹⁹.

A insuficiência das teses positivistas também é demonstrada pela distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios. A leitura positivista do direito como sistema auto-suficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação suas situações de aplicação, deixa escapar a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional: sua estrutura principiológica, necessariamente indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos²⁰ das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais. Importante ressaltar que num sistema principiológico

¹⁷ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 257

¹⁸ DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 82 e ss.

¹⁹ Robert Alexy critica a distinção proposta por Dworkin entre princípios e políticas por considerá-la “por demais estreita” - ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales., p. 111.

²⁰ Essa característica da aplicação jurídica, mesmo se tratando de regras, também não é captada da mesma forma na teoria de Alexy. Cf. ALEXY, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa 5: 139-151., p. 144.

mesmo as regras, que especificam com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las; podem, portanto, ter sua aplicação afastada diante de princípios.

A perspectiva decisionista a que chega o positivismo em face da reconhecida indeterminação das regras é rechaçada assim pelo caráter normativo dos princípios jurídicos que, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito. Essa exigência de Dworkin é bem apreendida por Habermas:

Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um *medium* sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo. O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das “únicas decisões corretas”.²¹

É nesse sentido que pode Dworkin falar da exigência de se buscar a *única decisão correta* autorizada pelo ordenamento: não enquanto mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, mas como **postura** a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não-reguladas apresentadas pelos *hard cases*²², de densificação dos sentidos abstratos em face de um compartilhamento existente, embora sempre passível

²¹ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 259.

²² DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., pp. 81 e ss.

de ser problematizado e polemizado, do sentido vivencial dos princípios jurídicos, presente naquela determinada comunidade de princípios, tanto na assimilação prática dos direitos pela sociedade em seu cotidiano, em suas lutas, reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do sentido dessa história pelos órgãos oficiais.

Exatamente em função dessa dimensão vivencial, pragmática dos princípios, assumidos como componentes necessariamente presentes na auto-compreensão normativa das sociedades pós-convencionais, em contextos epistemologicamente cientes da contingência e precariedade da validade e verdade de proposições lingüísticas, não se atribui a eles uma natureza metafísica, mas claramente social, histórica, intramundana.

Dworkin ressalta que não é em qualquer tipo de comunidade que as idéias de única resposta correta e integridade, baseadas em princípios, terão lugar como elemento integrante de sua moralidade política. Num modelo de comunidade *de fato*, em que as pessoas não se sentem vinculadas por nenhuma responsabilidade em especial, e num modelo de comunidade *de regras*, em que a responsabilidade recíproca se baseia em meras convenções contratuais, o tipo de vínculo existente entre os cidadãos e de responsabilidade exigível da comunidade não remete necessariamente a princípios de conteúdo moral. A postura adotada pelos membros da comunidade de fato pode ser puramente estratégica; na comunidade de regras, o puro pragmatismo é balizado por acordos de tipo contratual, vistos como *limites à ação*; apenas

numa comunidade de princípios as normas estabelecidas podem ganhar conteúdo universal e serem vistas como condição de possibilidade para a liberdade e a igualdade, para além de limites convencionais, e passam a requerer a integridade na compreensão de seus princípios.²³

Essa leitura de Dworkin sobre o tipo de vínculo intersubjetivo dos cidadãos e de sua postura diante das normas, bem como sobre o papel dos princípios numa comunidade política nos remete à teoria dos estágios de desenvolvimento moral, especialmente como desenvolvida por Lawrence Kohlberg, que veremos a seguir.

1.2. O papel dos princípios – os estágios de Kohlberg

Os estudos realizados por Lawrence Kohlberg na Universidade de Chicago foram de grande relevância para o desenvolvimento de um corpo teórico analítico empiricamente embasado capaz de comprovar o sentido prático de teorias morais formalistas. Em sua tese de doutorado, onde estudou o desenvolvimento moral em crianças e adolescente de 10 a 16 anos²⁴, Kohlberg ampliou e desenvolveu conceitos sobre o desenvolvimento cognitivo e moral trabalhados por Jean Piaget. Posteriormente, estendeu seus estudos empíricos para grupos de crianças e adolescentes de diversas culturas ao

²³ DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 252 e ss.

²⁴ KOHLBERG, Lawrence (1958). The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16. Department of Psychology. Chicago, University of Chicago. **Ph.D.:** 491.

redor do mundo, comprovando o caráter universal das etapas de desenvolvimento descobertas por ele.

Trabalhando com a idéia de distintos níveis de percepção do caráter heterônomo ou autônomo das normas sociais, verificáveis tanto no desenvolvimento dos indivíduos quanto no das sociedades, a teoria de Kohlberg delinea a diferença entre os níveis pré-convencional, convencional e pós-convencional (vide tabela 1), sendo cada nível subdividido em dois estágios. Para o nosso tema mostram-se relevantes especialmente os dois últimos níveis, onde podemos localizar as compreensões e teorias normativas²⁵ mais relevantes nas sociedades contemporâneas.

Os aspectos mais relevantes de cada nível e estágio estão resumidos na seguinte tabela, que vale a pena transcrever:

Tabela 1: Definição dos Estágios Morais²⁶

Níveis	Estágios
I. Nível Pré-convencional Neste nível a criança responde às regras e aos rótulos culturais de bom e mau, de certo ou errado, mas interpreta estes rótulos nos termos das conseqüências físicas ou hedonistas da ação (punição,	Estágio 1: A orientação pela punição-e-obediência. As conseqüências físicas da ação determinam se são boas ou ruins, não obstante o significado ou o valor humano destas conseqüências. A evitação da punição e a deferência incontroversa ao poder são avaliados por si sós, não nos termos do respeito por uma ordem moral subjacente suportada pela punição e pela autoridade (sendo este o estágio 4).

²⁵ Em entrevistas realizadas com diversos filósofos, Kohlberg pôde verificar que eles desenvolvem suas teorias de forma inter-relacionada com seus respectivos estágios "naturais", e todos eles argumentam com base nos estágios 5 e 6, os mais elevados. Cf. KOHLBERG, Lawrence (1973). *The claim to moral adequacy of a highest stage of moral judgment*. The Journal of Philosophy **70**(18): 630-646.

²⁶ KOHLBERG, Lawrence (1973). *The claim to moral adequacy of a highest stage of moral judgment*. The Journal of Philosophy **70**(18): 630-646., p. 631-2, tradução livre.

<p>recompensa, troca de favores) ou em termos do poder físico daqueles que enunciam as regras e os rótulos. O nível é dividido nos seguintes dois estágios:</p>	<p>Estágio 2: A orientação instrumental-relativista. A ação correta consiste naquela que satisfaz instrumentalmente as próprias necessidades da pessoa e, ocasionalmente, às necessidades de outras. As relações humanas são vistas em termos semelhantes aos das relações de mercado. Elementos de <i>fairness</i>, de reciprocidade, e de compartilhamento igualitário estão presentes, mas são interpretados sempre de uma maneira físico-pragmática. Reciprocidade é uma questão de “você coça as minhas costas e eu coçarei as suas”, não de lealdade, gratidão ou justiça.</p>
<p>II. Nível convencional Neste nível, manter as expectativas da família, do grupo, ou da nação é percebido como algo de valor por si só, não importando as conseqüências imediatas e óbvias. É uma atitude não somente de <i>conformidade</i> às expectativas pessoais e à ordem social, mas de lealdade a ela, que busca ativamente <i>manter</i>, apoiar e justificar a ordem, e de se identificar com as pessoas ou grupo envolvidas por ela. Neste nível, há os seguintes dois estágios:</p>	<p>Estágio 3: A orientação pela concordância interpessoal ou do “bom menino – boa menina”. O bom comportamento é aquele que satisfaz ou ajuda a outros e é aprovado por eles. Há grande conformação às imagens estereotipadas do que seja o comportamento da maioria ou “natural”. O comportamento é julgado freqüentemente pela intenção - “ele teve boa intenção” se torna importante pela primeira vez. Se ganha aprovação sendo “agradável.”</p>
<p>III. Nível pós-convencional, autônomo, ou principiológico Neste nível há um claro esforço no sentido de definir os valores morais e os princípios cuja validade e aplicação se separem da autoridade dos grupos ou das pessoas que os detêm e apartada da própria identificação do indivíduo com estes grupos. Há neste nível outra vez dois estágios:</p>	<p>Estágio 4: A orientação da “lei e ordem”. Há uma orientação em direção à autoridade, às regras fixas, e à manutenção da ordem social. O comportamento correto consiste em cumprir o seu dever, mostrar respeito pela autoridade, e em manter a ordem social estabelecida como um bem em si mesmo.</p> <p>Estágio 5: A orientação legalista do contrato-social, geralmente com tons utilitaristas. A ação correta tende a ser definida nos termos de direitos individuais gerais, e de padrões que tenham sido criticamente examinados e acordados pela sociedade como um todo. Há uma clara consciência do relativismo de valores e de opiniões pessoais e uma correspondente ênfase nas regras procedimentais para a obtenção de consenso. Com exceção do que é acordado constitucional e democraticamente, o direito é uma questão de “valores” e de “opiniões” pessoais. O resultado é ênfase no “ponto de vista legal,” mas enfatizando a possibilidade de se mudar o direito com base em considerações racionais de utilidade social (ao invés de congelá-lo nos termos do estágio 4 “lei e ordem”). Fora da esfera legal, o livre acordo e o contrato são o elemento vinculante das obrigações. Esta é a moralidade “oficial” do governo e da constituição americanos.</p> <p>Estágio 6: A orientação pelo princípio ético-universal. O direito é definido pela decisão de consciência de acordo com os princípios éticos auto-determinados que apelam à compreensibilidade lógica, à universalidade, e à consistência. Estes princípios são abstratos e éticos (a Regra de Ouro, o imperativo categórico); não são regras morais concretas como os Dez Mandamentos. Fundamentalmente, são princípios universais de justiça, da reciprocidade e da igualdade dos direitos humanos, e do respeito pela dignidade dos seres humanos como indivíduos.</p>

Como podemos perceber, apenas no terceiro nível, o pós convencional, os princípios adquirem papel central na auto-compreensão normativa das sociedades. Ao estudarmos as teorias jurídicas mais importantes da contemporaneidade, podemos perceber como elas se localizam nos níveis e estágios, combinando muitas vezes elementos de mais de um deles. A distinção entre justificação e aplicação, evidenciada por Klaus Günther, não foi categorizada explicitamente por Kohlberg em sua teoria²⁷, mas, não obstante, podemos perceber a relação entre essas formas argumentativas e os estágios de desenvolvimento moral. O positivismo jurídico do século XX concebe a fundamentação das normas jurídicas nos termos do estágio 5 – da orientação legalista do contrato social. No plano da criação de normas a flexibilidade política de argumentos e a percepção pragmática sobre os efeitos regulatórios se fazem presentes; entretanto, no plano da aplicação, podemos identificar a permanência de elementos típicos do estágio 4, próprio do nível convencional.

Estando a aplicação das normas restrita a um sistema fechado de regras, não há espaço para uma análise de aplicabilidade mais sofisticada, que requer a compreensão da complexidade principiológica do ordenamento e do vínculo existente entre o direito e a moralidade política, elementos rechaçados pelo positivismo de Kelsen e de Hart. Dessa forma a aplicação das normas se

²⁷ De acordo com Günther, “Infelizmente Kohlberg não utiliza os resultados de seu estudo sobre o desenvolvimento dos conceitos de justiça para traçar a diferença, no estágio 6, entre a justificação e a aplicação das normas sob condições de imparcialidade procedimental. (...) Entretanto, (...) ele não pode evitar ao menos uma distinção implícita entre justificação e aplicação”. GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press., p. 135 - “Unfortunately, Kohlberg does not use the results of his study on the development of concepts of justice to differentiate at Stage 6 between the justification and the application of norms under conditions of procedural impartiality. (...) However (...), he cannot avoid at least an implicit distinction between justification and application”.

percebe como uma atividade de manutenção da “lei e ordem”, percebidas como um bem em si mesmo, algo típico do estágio 4. A sofisticação atingida pela atividade de criação de normas não é assim acompanhada no plano da aplicação, cujo desafio não pode ser suplantado a partir de uma criação racionalizada de normas, como hoje podemos perceber.

Apenas no estágio 6 o modelo de comunidade de princípios, como descrito por Dworkin, pode ter pleno curso. O tipo de obrigação existente entre os cidadãos e entre a coletividade e seus membros não mais se baseia apenas em acordos de tipo contratual traduzidos em regras, entendidas como limites, mas remete a princípios de conteúdo moral e com apelo universalista.

1.3. Alexy e a continuidade de elementos do positivismo normativo e filosófico

Outra leitura do papel dos princípios jurídicos é feita por Robert Alexy, principal representante da teoria axiológica dos direitos fundamentais na Alemanha, com grande repercussão acadêmica e institucional no Brasil. Valendo-se da distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios²⁸, Alexy promove uma leitura dessa dicotomia como sendo inerente à *estrutura* das

²⁸ ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales., p. 87 e ss.

normas jurídicas²⁹, mantendo as regras como normas precedentes aos princípios na tarefa de aplicação:

A teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras; isto é, que ela não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que **o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios**. O seu ponto decisivo é o de que **atrás e ao lado das regras existem princípios**.³⁰

As noções de *lacuna* e *discricionariedade* típicas da concepção positivista das normas também são mantidas pela teoria das normas de Alexy, que rejeita a tese da única resposta correta. Para o autor apenas uma implausível teoria “forte” dos princípios, capaz de determinar a priori todas as relações entre normas em todas as possíveis situações de aplicação, poderia sustentar a tese da única resposta correta:

A variante mais forte [de uma teoria dos princípios] seria uma teoria que contivesse além de todos os princípios, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles e, portanto, determinasse univocamente a decisão em cada um dos casos. Se fosse possível uma teoria dos princípios da forma mais forte, seria certamente acertada a tese de Dworkin da única resposta correta.³¹

²⁹ Cf. ALEXY, Robert (2000). *On the structure of legal principles*. Ratio Juris **13**(3): 294-304.

³⁰ Robert Alexy, em conferência proferida no Rio de Janeiro em 1998, transcrito e traduzido em MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 26, grifei.

³¹ ALEXY, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa **5**: 139-151., p. 145 - “La variante más fuerte sería una teoría que contuviera, además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Si fuera posible una teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta”.

Além disso, a plausibilidade da única decisão correta requereria, para Alexy, um **consenso**³², uma irrestrita concordância entre a comunidade de argumentação, numa situação ideal onde tempo, informação e disposição fossem ilimitados.

A questão da única resposta correta depende essencialmente de se o discurso prático leva a uma única resposta correta para cada caso. Levaria a ela se a sua aplicação garantisse sempre um consenso. Um simples esboço já mostra claramente que várias de suas exigências, sob condições reais, só se podem cumprir de maneira aproximada.³³

Aqui fica claro que Alexy não compreende bem a idéia de Dworkin da "única resposta correta". Ela em definitivo não depende de um real consenso sobre a sua correção, mas de uma postura hermenêutica diante do caso, dos princípios jurídicos de todo o ordenamento e da história institucional. Dworkin buscou deixar isso claro desde o "Levando os direitos a sério", em 1977:

Essa teoria não defende que exista qualquer procedimento mecânico que demonstre quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Pelo contrário, o argumento supõe que **juristas e juízes razoáveis irão muitas vezes divergir sobre os direitos**, assim como cidadãos e políticos divergem sobre questões políticas. [Essa discussão] descreve as questões que juízes e juristas devem colocar para si próprios, **mas isso não**

³² Leitura semelhante das teorias de Dworkin e Habermas quanto à idéia de consenso é realizada por Chantal Mouffe, como veremos no item 3.2.3.

³³ ALEXY, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa 5: 139-151., p. 150-151 - "La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada".

garante que todos eles darão a mesma resposta a essas questões.³⁴

Como se percebe, ao contrário de Alexy a teoria de Dworkin não levanta a pretensão de cunhar um procedimento metodológico “racional” capaz de fornecer a correção das decisões jurídicas³⁵. Resta implausível, portanto, a afirmação feita por Alexy de que a tese da única resposta correta de Dworkin derivaria de um “racionalismo metodológico”.³⁶ Pelo contrário, como vimos, a afirmação da possibilidade de uma atividade cognoscente reside precisamente no aprendizado decorrente da dificuldade das tarefas de aplicação, sobretudo vivencialmente. Em Dworkin estamos certamente num terreno de racionalidade que se sabe limitada. A postura, e não o método, é determinante.

A tarefa propriamente de *aplicação* dos princípios é então recusada por Alexy, ao considerá-la como algo idêntico à legislação, uma atividade de *balanceamento de valores* concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e sujeitos a hierarquização. Direitos, entendidos como interesses, devem assim ser sacrificados de acordo com seu grau de relevância, e os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisão correta disponíveis à discricionariedade do aplicador.

³⁴ DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 81 – “it is no part of this theory that any mechanical procedure exists for demonstrating what the rights of parties are in hard cases. On the contrary, the argument supposes that reasonable lawyers and judges will often disagree about legal rights, just as citizens and statesmen disagree about political rights. This chapter describes the questions that judges and lawyers must put to themselves, but it does not guarantee that they will all give these questions the same answer”.

³⁵ Cf. ALEXY, Robert (2006). *Discourse theory and fundamental rights*. In Arguing fundamental rights. Agustín J. MENÉNDEZ and Erik O. ERIKSEN. Dordrecht, Springer: 15-30.

³⁶ ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales., p. 528.

Segundo Menelick de Carvalho Netto

Robert Alexy (...) afirma apoiar-se em Dworkin para, no entanto, retornar a uma concepção de fórmulas metodológicas heurísticas, reduzindo os princípios a políticas, ou seja, a normas de aplicação gradual, retomando as regras como normas capazes de, por si sós, regularem a sua situação de aplicação, já que seriam aplicáveis na base do tudo ou nada, como se a distinção entre princípios e regras em Dworkin fosse simplesmente morfológica. Os direitos fundamentais que, em Dworkin, condicionam a legitimidade das políticas públicas, na teoria de Alexy, perdem precisamente essa dimensão.³⁷

No próximo capítulo veremos como a idéia de racionalidade irrompeu na Modernidade. Por um lado, o entusiasmo vivenciado pelos iluministas com o seu potencial emancipatório é um marco na história da Humanidade, e em tempos de desencantamento como os de hoje, torna-se relevante resgatar esse papel libertário. Por outro, os excessos das pretensões racionalistas hoje podem ser percebidos como geradores de abusos, injustiça e irracionalidade. Veremos então a possibilidade de uma releitura dos ideais iluministas e da própria idéia de razão, bem como seus reflexos no direito, na sua relação com a eticidade e na compreensão da correção normativa.

³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). *Entrevista*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais **65**(4): 7-12., p. 10.

2. RACIONALIDADE, DEMOCRACIA E CORREÇÃO NORMATIVA

2.1. Breve resgate da idéia de racionalidade no Iluminismo

2.1.1. Introdução

O movimento antropocêntrico iluminista³⁸ que perpassa o surgimento da modernidade na ruptura com as tradições medievais é marcado pela forte crença na racionalidade humana como instância capaz de, por suas próprias forças, por a prova qualquer dilema mundano. Como um movimento pendular, podemos identificar a força dessa crença num grau de intensidade equivalente ao acumulado de crenças metafísicas de explicação da realidade humana dos períodos anteriores. Ou seja, o racionalismo se instalava com a força de uma religião, embora secular. O “ousar saber” era o lema do século das luzes. *Sapere aude!*, dizia Kant ao responder à pergunta “o que é o Iluminismo?”.

O Iluminismo é a emergência do homem de sua auto-imposta imaturidade. Imaturidade é a inabilidade de usar o próprio entendimento sem ser guiado por outrem. Tal imaturidade é auto-imposta quando a sua causa repousa não na falta de entendimento, mas na falta de determinação e coragem de usá-lo sem a orientação alheia.³⁹

³⁸ Os primeiros a utilizar o termo “Iluminismo” para designar uma época específica foram os alemães – *Aufklärung* – já no próprio século XVIII. Na Alemanha e na França, embora vivenciassem os novos tempos de forma central, faltava-lhes o termo. Na França era usual a referência ao século XVIII como *siècle des lumières* ou ainda “século filosófico”. Os franceses cunharam o epíteto do novo homem de saber: o *philosophe*. Designava um filósofo de novo tipo: homem do mundo, cosmopolita, apreciador das novas ciências, escritor, com coragem e astúcia para varrer as trevas com as luzes da razão. Cf. GAY, Peter (1973). *The enlightenment; a comprehensive anthology*. New York, Simon and Schuster.p. 13

³⁹ KANT, Immanuel An Answer to the Question: What is Enlightenment? (1784) Trad. Michael Gamer. <http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/kant.html> (acesso em 2/1/2007).

Os potenciais emancipatórios da Modernidade irrompem com os ideais iluministas, mas, devidamente atualizados, nele não se esgotam. Os principais ideais surgidos no período têm caráter universal, exatamente por sua capacidade de reapropriação e releitura para além dos contextos temporais, espaciais e circunstanciais dos primeiros séculos modernos. Para Robert Darnton, independentemente das reais proporções do movimento setecentista, seus valores permaneceram e ainda são o marco divisor das sociedades modernas⁴⁰. Interessam-nos aqui principalmente as idéias de conteúdo e repercussão morais, políticos e jurídicos, isto é, dentre o amálgama das novas idéias, as que diziam respeito à organização social e à regulação da conduta humana em sociedade.

Para Robert Darnton⁴¹, a originalidade das idéias não era uma característica marcante do Iluminismo enquanto movimento, já que muitos dos escritos são variações sobre temas desenvolvidos desde a antiguidade. Entretanto, para Darnton o que realmente distinguia o *philosophe* era o engajamento, o comprometimento com a causa da razão. Diderot assim definiu o *philosophe*, como uma espécie de guia universal, de **preceptor para a humanidade**:

(“Enlightenment is man's emergence from his self-imposed immaturity. Immaturity is the inability to use one's understanding without guidance from another. This immaturity is self-imposed when its cause lies not in lack of understanding, but in lack of resolve and courage to use it without guidance from another”).

⁴⁰ DARNTON, Robert (2005). *Os dentes falsos de George Washington - um guia não convencional para o século XVIII*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo, Companhia das Letras., p. 26

⁴¹ DARNTON, Robert (2005). *Os dentes falsos de George Washington - um guia não convencional para o século XVIII*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo, Companhia das Letras., p. 19

O magistrado lida com a justiça; o filósofo ensina ao magistrado o que é justo e o que é injusto. O soldado defende seu país; o filósofo ensina ao soldado o que é uma nação. O sacerdote aconselha seu povo a amar e respeitar os deuses; o filósofo ensina ao sacerdote o que são os deuses. O soberano comanda a todos; o filósofo ensina ao soberano as origens e os limites de sua autoridade. Todo homem tem deveres para com sua família e sua sociedade; o filósofo ensina a todos o que são esses deveres. O homem é exposto ao infortúnio e à dor; o filósofo ensina ao homem como sofrer.⁴²

Mas os *philosophes* estavam por toda parte, com destaque para a Grã-Bretanha (David Hume, Adam Smith, Edward Gibbon), os estados germânicos (Gotthold Ephraim Lessing, Christoph Martin Wieland, Immanuel Kant), o norte da Itália (Cesare Beccaria, os irmãos Verri) e as colônias britânicas da América (Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, James Madison). No Brasil, não podemos nos esquecer do impacto e disseminação dos ideais iluministas em momentos como o da *Inconfidência Mineira*.⁴³, através de figuras ilustradas como Tomás Antônio Gonzaga, Cláudio Manuel da Costa e José Álvares Maciel. Os próprios franceses tinham consciência do caráter cosmopolita dessa “família iluminada”, desses homens de letras, para quem as fronteiras nacionais não poderiam constituir barreiras para a razão. Segundo Thomas Schlereth,

⁴² DIDEROT, Denis, *Essay on the Reigns of Claudius and Nero*, apud GAY, Peter (1973). *The enlightenment; a comprehensive anthology*. New York, Simon and Schuster., p. 14 - “The magistrate deals out justice; the philosopher teaches the magistrate what is just and unjust. The soldier defends his country; the philosopher teaches the soldier what a fatherland is. The priest recommends to his people the love and respect of the gods; the philosopher teaches the priest what the gods are. The sovereign commands all; the philosopher teaches the sovereign the origins and limits of his authority. Every man has duties to his family and his society; the philosopher teaches everyone what these duties are. Man is exposed to misfortune and pain; the philosopher teaches man how to suffer”.

⁴³ Cf. ROUANET, Sérgio Paulo (1994). *As Minas iluminadas: a Ilustração e a Inconfidência*. In Tempo e história. Adauto NOVAES. São Paulo, Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura: 329-345.

O cosmopolita do século XVIII buscava a sofisticação e o *savoir faire* originados de vastas viagens e da vida urbana numa 'cosmópolis'. Ele insistia em ser, como definido pelo famoso *Dictionary* de Samuel Johnson em 1755, um '**cidadão do mundo**', um homem que estaria em casa em todo e qualquer país do mundo. Por meio dos salões, das sociedades científicas, e das lojas maçônicas, essa pretensão abstrata adquiriu um certo grau de realidade para uma pequena minoria de intelectuais setecentistas.⁴⁴

Para Peter Gay os *philosophes* percebiam a sociedade como um entrelaçamento de várias esferas, sendo que o desenvolvimento em uma delas – como na ciência ou no comércio – alavancava o desenvolvimento das demais. Essa percepção de interdependência não era algo novo, mas os *philosophes* a utilizaram como justificativa para sua própria importância, ou seja, para o papel do movimento de busca e ensino da verdade, eliminação de erros e fomento da confiança na humanidade no desenvolvimento da sociedade como um todo.⁴⁵ O espetacular desenvolvimento das ciências exatas moldava o paradigma de racionalidade ao qual se submeteriam todas as áreas do saber, e impulsionava a crença no progresso racional. Isaiah Berlin descreve com precisão a especificidade da época:

O século XVIII talvez seja o último período na história da Europa Ocidental em que a onisciência humana fora percebida como um objetivo atingível. O progresso sem paralelos da física e da matemática no século anterior transformara o senso comum sobre a natureza do mundo material e, ainda mais, da

⁴⁴ SCHLERETH, Thomas J. (1977). *The cosmopolitan ideal in Enlightenment thought : its form and function in the ideas of Franklin, Hume, and Voltaire, 1694-1790*. Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press., p. xii, grifei. - "The eighteenth-century cosmopolite sought the sophistication and *savoir faire* arising from wide travel and from urban life in a 'cosmopolis'. He insisted that he was, as Samuel Johnson's famous *Dictionary* put it in 1755, a 'citizen of the world', a man at home in any and every country on the earth. Through the salons, the scientific societies, and the freemasonry lodges, this abstract claim took on a certain degree of reality for a small minority of eighteenth-century intellectuals".

⁴⁵ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton., p. 25

natureza do conhecimento verdadeiro, de maneira tão intensa que essa época ainda representa uma barreira entre nós e as épocas que a antecederam, e faz com que as idéias da Idade Média, e mesmo do Renascimento, pareçam remotas, fantasiosas, e às vezes ininteligíveis. A aplicação de técnicas matemáticas – e de sua linguagem – às propriedades mensuráveis do que é revelado pelos sentidos se tornou o único método válido para as descobertas e para as explicações. Descartes e Spinoza, Leibniz e Hobbes, todos buscaram dar a seus raciocínios uma estrutura de tipo matemático. O que pode ser dito deve ser enunciado em termos quase matemáticos, pois uma linguagem menos precisa pode acabar ocultando as falácias e obscuridades, a massa confusa de superstições e preconceitos que caracterizava as doutrinas teológicas e outros saberes dogmáticos sobre o universo que a nova ciência veio varrer e substituir.⁴⁶

A divisão de trabalho entre os intelectuais não era algo muito avançado no Iluminismo. Os *philosophes* não se caracterizavam tanto como *especialistas*, mas como literatos com formação filosófica clássica e interesse pelas ciências, cuja versatilidade de suas produções apontava para a pretensão universalista⁴⁷ de seus conhecimentos e interesses.⁴⁸

⁴⁶ BERLIN, Isaiah (2000). *the philosophers of the enlightenment*. In *The power of ideas*. Isaiah Berlin and Henry Hardy. Princeton, Princeton University Press: 36-52., p. 39 – “*The eighteenth century is perhaps the last period in the history of Western Europe when human omniscience was thought to be an attainable goal. The unparalleled progress of physics and mathematics in the previous century transformed the generally held view of the nature of the material world, and, still more, of the nature of true knowledge, to such a degree that this epoch still stands like a barrier between us and the ages which preceded it, and makes the philosophical ideas of the Middle Ages, and even the Renaissance, seem remote, fanciful and, at times, almost unintelligible. The application of mathematical techniques – and language – to the measurable properties of what the senses revealed became the sole true method of discovery and of exposition. Descartes and Spinoza, Leibniz and Hobbes all seek to give their reasoning a structure of a mathematical kind. What can be said must be stutable in quasi-mathematical terms, for language less precise may turn out to conceal the fallacies and obscurities, the confused mass of superstitions and prejudices, which characterised the discredited theological or other forms of dogmatic doctrine about the universe which the new science had come to sweep away and supersede*”.

⁴⁷ Essa passagem de Montesquieu nos dá uma amostra do espírito cosmopolita de seu tempo: “*Se eu soubesse de algo útil para mim, mas prejudicial à minha família, disso eu livraria meus pensamentos. Se eu soubesse de algo útil para minha família mas não para meu país, eu tentaria esquecer. Se eu soubesse de algo útil para meu país mas prejudicial à Europa, ou útil para a Europa e prejudicial à raça humana, eu o consideraria algo criminoso*”. MONTESQUIEU, *Pensées*, in *Oeuvres*, II, 221-2, apud GAY, 1969, p. 38 (“If I knew something useful to me, but prejudicial to my family, I would reject it from my mind. If I knew something useful to my family

O medo da estagnação passava a tomar o lugar do medo da mudança. O progresso, e não mais a estável continuidade do passado tradicional era o que animava os *philosophes*. Para Peter Gay o próprio surgimento de idéias *conservadoras* era um sinal claro da mudança dos tempos, afinal “*uma sociedade estacionária não precisa de conservadores*”⁴⁹. A noção linear de tempo, voltado para o futuro, onde se realiza o progresso, rompe radicalmente com a compreensão cíclica do tempo típica da Antigüidade e da Idade Média.⁵⁰

Hans Blumenberg, ao caracterizar a modernidade como época histórica, identifica a sua pretensão de poder romper radicalmente com a tradição, na ilusão de que fosse historicamente possível recomeçar desde o princípio⁵¹ – concepção que será um dos principais objetos de ataque de Hans-Georg Gadamer⁵², cuja obra busca reabilitar o sentido construtivo de *tradição* contra a concepção iluminista.

but not to my country, I would try to forget it. If I knew something useful to my country but prejudicial to Europe, or useful to Europe and prejudicial to the human race, I would regard it as criminal”).

⁴⁸ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.321

⁴⁹ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton., p. 3.

⁵⁰ PAIXÃO, Cristiano (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte, Del Rey., p. 10 e ss.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen (2000). *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa and Rodnei Nascimento. São Paulo, Martins Fontes., p. 12

⁵² GADAMER, Hans-Georg (2003). *O problema da consciência histórica*. 2ª ed. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro, FGV. GADAMER, Hans-Georg (1997). *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ, Vozes.

2.1.2. Liberdade religiosa e o espírito do capitalismo

Para Peter Gay o espírito do capitalismo integrava o ideário iluminista, mas este não se pode reduzir à ideologia burguesa, o que seria um reducionismo.⁵³ O iluminismo foi mais do que a racionalização da covardia, da avareza e da exploração. A glorificação do trabalho e do livre comércio ladeava, muitas vezes de forma contraditória, um crescente humanitarismo.

O espírito do capitalismo questionava os modos costumeiros, desprezava a tradição e, assim, precisamente como a *Encyclopédie*, ajudava a mudar a maneira geral de pensar e a apontá-la, se não diretamente em direção ao humanitarismo, ao menos para a racionalização da vida.⁵⁴

Voltaire, em suas viagens à Inglaterra em 1726 e 1727, observara que a liberdade de consciência e o livre comércio seriam condições coligadas para o progresso. O comércio, ao enriquecer os cidadãos da Inglaterra, teria contribuído para sua liberdade, liberdade essa que, por seu turno, encorajava a livre iniciativa mercantil. Os *philosophes* observavam a Inglaterra como uma nação rica, feliz e livre, e tais características guardariam uma relação de dependência uma em relação às demais, sendo que seu fortalecimento

⁵³ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.,p. 48

⁵⁴ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton., p. 45 - "*The spirit of capitalism questioned customary ways, despised tradition, and thus, precisely like the Encyclopédie, helped to change the general way of thinking and to point it, if not directly toward humanitarianism, at least toward the rationalization of life*".

pioneiro na Inglaterra a colocaria na posição de alavancar o restabelecimento da energia e do vigor da humanidade (“*recovery of nerve*”).⁵⁵

Voltaire exaltava, em suas *Lettres philosophiques*, o igualitarismo religioso presente nas bolsas de valores inglesas, onde protestantes, católicos, judeus e muçulmanos negociavam como iguais, assumindo e honrando compromissos uns perante os outros. Exaltava-se o comerciante sobre o herói guerreiro⁵⁶, aquele muito mais útil que este para a felicidade e a riqueza das nações.⁵⁷

Desde o início, então, e no curso de seu desenvolvimento no Iluminismo, esse novo ideal continha um componente positivo e um componente crítico. Por um lado, ele atribuía alto valor social aos comerciantes – na opinião de Hume, ‘uma das mais úteis raças de homens’. Por outro, ridicularizava os militares, criadores da guerra e da desolação – ‘mestres açougueiros’ era a designação de Diderot para eles. Em meados do século ambos epítetos tornaram-se lugar-comum nas altas rodas.⁵⁸

⁵⁵ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.24

⁵⁶ Entre os inconfidentes das Minas Gerais também verificamos o ímpeto antimilitarista em escritos como os de Gonzaga, em suas *cartas chilenas*: “*Não há, não há distúrbio nessa terra/ de que mão militar não seja autora*”. GONZAGA, Tomás Antonio "Cartas chilenas (1789)." Biblioteca Virtual do Estudante de Língua Portuguesa (<http://www.bibvirt.futuro.usp.br>) **Volume**, DOI: Acesso em 21/10/2006.

⁵⁷ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.p. 50

⁵⁸ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.p. 51 - "*From the beginning, then, and in the course of its development in the Enlightenment, this new ideal had a positive and a critical component. On the one hand, it assigned high social value to merchants - in Hume's opinion, 'one of the most useful races of man.'* *On the other, it derided military men, the makers of war and desolation - 'master butchers' was Diderot's name for them. By mid-century, both these epithets were commonplace in advanced circles*".

2.1.3. Religião, passado e futuro

Diderot, em cartas ao escultor Falconet, escrevera que "a posteridade é para o filósofo o que o outro mundo é para o religioso", ambos servindo ao desejo humano de uma vida após a morte.⁵⁹ "A posteridade é apenas o eco do presente corrigido pela experiência", afirmava Diderot, estabelecendo um "mito secular", através do qual o homem visava a imortalidade, mas não no sentido da "salvação" cristã, e que o motivava a uma vida virtuosa, tendo, assim, um caráter pragmático tipicamente iluminista.

Na verdade – Diderot insiste nisso – a posteridade é uma realidade presente, e não futura. Ela surge na imaginação enquanto os homens realizam as ações que, esperam, lhes trarão imortalidade; (...) E, assim como a posteridade se materializa, enquanto tal, apenas nos homens vivos, ela existe somente para seu próprio interesse; os homens alcançam a imortalidade apenas através de feitos lembrados, mas nunca em seus corpos ou em suas almas.⁶⁰

A filosofia da história se valia do conceito de "novos tempos" para situar o presente no horizonte da história em sua totalidade. Não por acaso, é próprio do século XVIII o uso do singular coletivo "História"⁶¹. Mais uma vez a idéia de ruptura, de abertura para o progresso futuro, é a marca da consciência moderna do tempo identificada com o Iluminismo, como destaca Habermas:

⁵⁹ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.90

⁶⁰ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.p. 91 - "To be sure - Diderot insists on this - posterity is a present, not a future, reality. It appears on the imagination while men are performing the actions which, they hope, will bring them immortality; (...) And, just as posterity materializes, as it were, only in living men, so it exists solely to their sake; men achieve immortality only through works remembered, but never in their bodies or their souls".

⁶¹ HABERMAS, Jürgen (2000). *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa and Rodnei Nascimento. São Paulo, Martins Fontes., p. 10

Uma vez que o mundo novo, o mundo moderno, se distingue do velho pelo fato de que se abre para o futuro, o início de uma época histórica repete-se e reproduz-se a cada momento do presente, o qual gera o novo a partir de si. Por isso, faz parte da consciência histórica da modernidade a delimitação entre o “tempo mais recente” e a “época moderna”: o presente como história contemporânea desfruta de uma posição de destaque dentro do horizonte da época moderna. Hegel também entende o “nosso tempo” como o “tempo mais recente”. Ele data o começo do tempo presente a partir da cesura que o Iluminismo e a Revolução Francesa significaram para os seus contemporâneos mais esclarecidos no final do século XVIII e começo do XIX. Com esse “magnífico despertar” alcançamos, assim pensa ainda o velho Hegel, “o último estágio da história, o nosso mundo, os nossos dias”. Um presente que se compreende, a partir do horizonte dos novos tempos, como a atualidade da época mais recente, tem de reconstituir a ruptura com o passado como uma *renovação contínua*.⁶²

2.1.4. A idéia de autonomia

Para os filósofos do Iluminismo a autonomia do Homem estava em sua essência: o indivíduo seria responsável pelo próprio destino, pelo seu desenvolvimento racional e, por extensão, pelo bem estar de seus pares. A idéia de pecado original lhes soava absurda, seria um resquício medieval conceber o Homem como um pecador por natureza. Pela educação e pela participação política, e não pela oração, o homem poderia buscar a reforma da humanidade. A sociedade não mais seria vista como uma família dos filhos de Deus, obrigada a manter sua unidade religiosa e social como requisito para sua estabilidade, ao custo muitas vezes do expurgo de infiéis e detratores. A idéia de hierarquia social como algo natural, divinamente ordenada, era o alvo

⁶² HABERMAS, Jürgen (2000). *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa and Rodnei Nascimento. São Paulo, Martins Fontes., p. 11

principal dos ataques à tradição. “Razão, habilidade, e mesmo sorte, e não o nascimento, eram os critérios pelos quais os philosophes queriam que os homens fossem julgados na sociedade”.⁶³

Para Sérgio Paulo Rouanet, o pensamento moral da ilustração, em suas variadas vertentes, caracterizava-se por ser cognitivista, individualista e universalista. O cognitivismo, grosso modo, postula a possibilidade de se conhecer princípios morais seculares de forma categorialmente idêntica ao conhecimento de fatos do mundo físico. Para Kant a mesma razão rege o mundo físico e o mundo ético, embora com usos diversos, uma racionalidade pura regendo o conhecimento do mundo físico e uma racionalidade prática capaz de conhecer as leis morais.⁶⁴ A concepção de homem do Iluminismo era atomística, individualista, e esse era um elemento de radical ruptura com as eras antecessoras, onde prevaleciam noções holísticas e organicistas da sociedade e a idéia de indivíduo moderno seria totalmente implausível. Se para Aristóteles o homem era um *zoon politikon*, já em sociedade política enquanto homem, para os modernos o “como viver em sociedade” passa a ser a questão crucial. Segundo Menelick de Carvalho Netto,

É claro que as pessoas já viviam e vivem em sociedade quando colocam esse problema, esse enorme problema de como se constituir a sociedade, de como viver em conjunto. Inventar-se o indivíduo, a pessoa pode ser vista agora como uma mônada isolada, cheia de apetites e plena de egoísmo no

⁶³ GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton., p. 399 - "Reason, ability, even luck, rather than birth, were the criteria by which the philosophes wanted men to be judged in society".

⁶⁴ ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 23-78., p 30

mercado, e não mais como um microcosmo que só adquiriria sentido como parte de um todo, a sociedade.⁶⁵

O caráter universalista do Iluminismo fica patente em suas pretensões cosmopolitas, conforme já exposto. Além disso, uma concepção unitária da natureza humana, igual para todos, marca o pensamento dos *philosophes*, tanto em vertentes mais otimistas, como em Rousseau, para quem o homem é no estado de natureza essencialmente bom, ou pessimistas, como em Voltaire, para quem o egoísmo e o ímpeto destrutivo estão na raiz da condição humana.⁶⁶ Os critérios de validação das normas, tanto para as correntes jusnaturalistas, empiristas, e racionalistas também subscreviam à pretensão universalista, pois seja quanto ao conteúdo ou quanto aos procedimentos todas se baseavam na universalidade da razão humana.

Mas se a Revelação não poderia mais cumprir o papel de alicerce moral da sociedade, com a lei divina servindo de parâmetro para a correção normativa mundana, qual o seu substituto funcional? O Iluminismo se valeu de três indicadores principais para a fundamentação moral: a idéia de lei natural, o conceito de interesse e a própria razão. A lei natural seria objetiva, inscrita na própria natureza humana, como defendido por Rousseau. As concepções baseadas no interesse remetem aos sentidos, numa análise empirista. A obediência às normas se explicaria pela lesão ou satisfação dos interesses dos

⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de (2001). *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo(16).

⁶⁶ ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 23-78., p. 48

agentes. Essa é a vertente adotada por *philosophes* como d'Alembert, Hume e Bentham, principal representante do utilitarismo iluminista. Já Immanuel Kant fundamenta a moral na própria razão, única instância capaz de gerar normas verdadeiramente autônomas. Leis naturais seriam dados externos, e os interesses humanos contingentes, portanto ambos os fundamentos levariam a uma moral heterônoma.⁶⁷

O procedimento racional capaz de servir de fonte para normas morais autônomas seria, para Kant, o imperativo categórico⁶⁸, verificador do potencial de universalidade das regras de conduta. *“age de modo a que a máxima de tua vontade possa em cada momento valer ao mesmo tempo como o princípio de uma legislação universal.”*

2.2. Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea

2.2.1. Resgate discursivo da razão prática

Habermas resgata a tradição kantiana de razão prática, compreendendo a *moral* como o âmbito de atribuição de validade a normas universais. O faz, entretanto, não mais nos termos de uma filosofia da consciência – que tomava

⁶⁷ ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro **1**(98): 23-78., p. 29 e ss.

⁶⁸ Cf. KANT, Immanuel (2002). *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo, Martins Fontes.

o sujeito cognoscente como ponto de partida e referencial epistêmico – mas de uma filosofia da linguagem – que se baseia no caráter intersubjetivo de validação de todo saber –, valendo-se de uma compreensão de racionalidade comunicativa potencialmente emancipadora, ancorada no mundo da vida, portanto gerada e operada intersubjetivamente.

A teoria da ação comunicativa é mais ampla que uma teoria da moral. Ela é diferente da filosofia prática como a conhecemos de Aristóteles e de Kant. Ela não fundamenta simplesmente normas morais ou ideais políticos. Ela tem, adicionalmente, um sentido descritivo, identificando na própria prática cotidiana a voz persistente da razão comunicativa, mesmo em situações em que essa está subjugada, distorcida e desfigurada. Insisto nos potenciais de racionalidade da 'Lebenswelt' (do mundo vivido), em que as fontes da resistência conseguem regenerar-se, mesmo sob condições desesperadoras.⁶⁹

A validação discursiva das normas morais resgata a herança universalista do imperativo categórico de Kant, mas não é mais um procedimento monológico *a priori*, pois passa a depender de um discurso público a ser desenvolvido em condições de liberdade e igualdade comunicativas. Na ética do discurso habermasiana o princípio verificador da universalidade de pretensões normativas é o princípio "U", assim enunciado: *"todas as normas válidas precisam atender à condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que presumivelmente resultarão da observância geral dessas normas para a satisfação dos interesses de cada indivíduo possam ser aceitas não-coercitivamente por todos os envolvidos"*.

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen (1989). *Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro - Entrevista por Barbara Freitag*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 5-21. p. 9.

Habermas sustenta o caráter universalista dos direitos fundamentais – positivados nas constituições modernas – contra pretensões fortemente relativistas, bem como seu papel de precedência incondicionada diante de argumentações ético-políticas, embora reconheça a impregnação ética das diversas ordens jurídicas como constitutiva das identidades coletivas. Levando-se em conta que os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais são determinados em abstrato, Habermas ressalta, todavia, que os mesmos só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos específicos.

Habermas, através de sua teoria discursiva, dá continuidade à pretensão universalista do Iluminismo de reconhecimento de igual dignidade⁷⁰ a toda pessoa, enquanto sujeito de direitos, numa perspectiva política de igualitarismo liberal⁷¹, não comunitarista, afinal “*um acordo sobre normas (...) não depende da estima mútua de performances culturais e estilos de vida culturais, mas*

⁷⁰ Dworkin compreende a **dignidade humana** como um princípio de duas dimensões, correspondentes ao princípio de que cada pessoa deve ser tratada como portadora de valor intrínseco (como na concepção kantiana de “fim em si mesmo”), e ao princípio da responsabilidade pessoal, segundo o qual cada pessoa tem especial responsabilidade pela realização de seus objetivos de vida. DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press., p. 9 e ss.

⁷¹ Vera Karam de Chueiri assim define a moderna democracia liberal e a sua articulação entre direitos e democracia: “Modern liberal democracy articulates two different traditions: the democratic and the liberal one. The democratic tradition goes back to the ancient world and is ordinarily identified with the right to directly participate in the administration of the *res publica*. The most known picture of it is that of an assembly of individuals to deliberate about their community’s (public) affairs. The very idea of public has to do with this gathering for deliberating in a place accessible to every man. However, the democratic picture gains a new contour with the liberal trace. Liberalism, especially from the nineteenth century on, implies the idea of representation in the domain of the *res publica*, the idea of liberty and, accordingly, the idea of pluralism (it is possible to have more than one notion of the good).” - CHUEIRI, Vera Karam de (2004). *Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Graduate Faculty of Political and Social Science. New York, New School University. **Ph.D.**: 262., p. 219.

apenas da suposição de que toda pessoa, enquanto pessoa, tem o mesmo valor".⁷²

2.2.2. Racionalidade reflexiva – o iluminismo do iluminismo

Especialmente em suas vertentes jurracionalistas e utilitaristas os ideais Iluministas ainda se mostram ativos, provocando acirrados debates nas teorias sociais contemporâneas. Seja na defesa da possibilidade de uma fundamentação racional para a Moral e para o Direito (Habermas, Dworkin) seja na formulação de teorias jurídicas pragmatistas (Posner, Sunstein), ecoam nos debates mais que meros resquícios das vozes de Kant, Rousseau, Smith, Bentham e dos demais *philosophes*.

Referindo-se à tarefa de escrever uma história intelectual, Thomas Schlereth baseia-se no princípio de que idéias e ideais possuem diversas dimensões, ou seja, que “elas são expressas por indivíduos e são ainda produtos sociais; elas têm vida própria e mesmo assim não têm uma concepção imaculada, pois são elaboradas em meio a circunstâncias históricas.”⁷³ Ressaltando seu papel central na vida social, numa relação de

⁷² HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola., p. 326

⁷³ SCHLERETH, Thomas J. (1977). *The cosmopolitan ideal in Enlightenment thought : its form and function in the ideas of Franklin, Hume, and Voltaire, 1694-1790*. Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press., p. xiv (“ideas or ideals have numerous dimensions. That is, they are expressed by individuals and yet they are social products; they have a life of their own and yet they have no immaculate conception, for they are elaborated amid historical circumstances”).

tensão produtiva diante da faticidade e das circunstâncias materiais, Schlereth prossegue:

Mas devemos nos lembrar que embora as idéias sejam em parte o produto das circunstâncias, não podem ser exhaustivamente explicadas por estas; não apenas são as idéias influenciadas, mas também elas atuam sobre a sociedade na qual elas são operativas.⁷⁴

Um aspecto cuja ruptura entre a modernidade contemporânea e o Iluminismo se revela da maior importância é o do próprio papel do filósofo e da filosofia. Para Habermas

A filosofia que quer manter um pé no empreendimento organizado da ciência e que não pode escapar à consciência falibilista das ciências deve abandonar a atitude de detentora das chaves e providenciar, de maneira menos dramática, uma orientação ao mundo da vida.⁷⁵

Se para Diderot o *philosophe* era o “preceptor da humanidade”, verificamos em autores como Habermas uma leitura radicalmente diferente quanto ao próprio papel do intelectual na sociedade. O intelectual mantém um papel na esfera pública, mas não mais pode ocupar o papel dos diversos

⁷⁴ SCHLERETH, Thomas J. (1977). *The cosmopolitan ideal in Enlightenment thought : its form and function in the ideas of Franklin, Hume, and Voltaire, 1694-1790*. Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press., p. xiv (But it must be remembered that while ideas are in part the product of the circumstances, they cannot be exhaustively explained by them; not only are ideas acted upon, but also they act on the society in which they are operative”).

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola., p. 319

especialistas nem requisitar para si um status privilegiado para além do papel de cidadão⁷⁶. Para Habermas a filosofia hoje

Sem pretensão fundamentalista e com consciência falibilista, entra em cooperação com outras ciências. **Amiúde, ela apenas guarda lugar para as teorias empíricas com fortes questionamentos universalistas.**⁷⁷

Ela reteria como qualidade central a capacidade de transitar entre os vários discursos técnicos e os saberes de uso pré-teórico, mantendo uma ligação interna especialmente com o direito, a moral e arte, valendo-se de uma perspectiva própria sobre questões como a justiça. Segundo Habermas

a filosofia possui por natureza uma competência para responder a perguntas fundamentais da vida em comum normativa, em especial a vida política justa. **A filosofia e a democracia não são apenas do mesmo contexto de origem histórica, mas dependem estruturalmente uma da outra.**⁷⁸

Definitivamente o filósofo não tem, hoje, o papel de “preceptor” dos demais especialistas, restando implausível a afirmação de Diderot de que “o magistrado lida com a justiça; o filósofo ensina ao magistrado o que é justo e o que é injusto.”⁷⁹

⁷⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen (13/08/2006). O caos da esfera pública. Folha de São Paulo - Caderno Mais! São Paulo.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola., p. 321, grifo nosso.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola., p. 324, grifo nosso.

⁷⁹ DIDEROT, Denis, *Essay on the Reigns of Claudius and Nero*, apud GAY, Peter (1973). *The enlightenment; a comprehensive anthology*. New York, Simon and Schuster., p. 14 (“The magistrate deals out justice; the philosopher teaches the magistrate what is just and unjust”).

2.3. *Discursos éticos, morais e jurídicos – o bom e o justo*

Discursos *pragmáticos*, *éticos* e *morais* são distintos usos para uma mesma forma de racionalidade: a *razão prática*⁸⁰. Interessa-nos aqui, principalmente, a distinção entre questões *morais* de justiça e questões *éticas* do auto-entendimento:

Em um dos casos abordamos um problema sob o ponto de vista que se pergunta sobre qual a regulamentação mais adequada ao *interesse equânime* de todos os atingidos (sobre **'o que é bom em igual medida para todos'**); no outro caso, ponderamos as alternativas de ação a partir da perspectiva de indivíduos ou de coletividades que querem se assegurar de sua *identidade*, bem como saber que vida devem levar, à luz *do que são e do que gostariam de ser* (ou seja, querem saber **'o que é bom para mim, ou para nós, no todo e a longo prazo'**).⁸¹

Os discursos jurídicos, por sua vez, incorporam argumentos das mais variadas ordens. Em sua obra central sobre o Direito – *“Faktizität und Geltung”*⁸², Habermas supera o entendimento outrora defendido nas *Tanner Lectures*⁸³ de que haveria uma espécie de subordinação entre moral e direito, sendo este um mero “caso especial” da argumentação moral⁸⁴. Enquanto argumentação prática, a argumentação jurídica se vale, no plano da

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen (1992). *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In *Dialética e liberdade*. E. STEIN and L. DE BONI. Porto Alegre, Editora Vozes: 288-304.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola., p. 303

⁸² HABERMAS, Jürgen (1994). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Frankfurt, Suhrkamp.

⁸³ HABERMAS, Jürgen (1986). *Law and morality. The Tanner Lectures on Human Values*. Harvard University. Conferências proferidas por Habermas em Harvard, publicadas no Brasil como apêndice ao “Direito e Democracia” (op. cit).

⁸⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. (2005). *Filosofia do direito na alta modernidade - incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

justificação⁸⁵ das normas – que se dá, de maneira central, nas arenas parlamentares –, tanto de discursos pragmáticos quanto éticos e morais, além das negociações reguladas por procedimentos⁸⁶.

“Isso se revela no espectro amplo de razões que desempenham um papel na formação racional da opinião e da vontade do legislador político: ao lado de ponderações morais, considerações pragmáticas e dos resultados de negociações justas e honestas, também as razões éticas desempenham um papel nos aconselhamentos e justificações de decisões políticas”.⁸⁷

Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à auto-compreensão valorativa dos cidadãos e aos projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios a fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos *jurídicos*, com seu *código binário* de validade⁸⁸.

O direito (com seu código *jurídico/não-jurídico*) é deontológico como a moral (cujo código binário implica na distinção *justo/injusto*), mas dessa se diferencia, para além de seu espectro argumentativo, por ser um *sistema de*

⁸⁵ GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press.

⁸⁶ Contra um conceito “puramente dialógico” de processo legislativo, conferir a réplica de Habermas a Frank Michelman em ROSENFELD, Michel and ARATO, Andrew (1998). *Habermas on law and democracy : critical exchanges*. Berkeley, University of California Press.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola., p. 245

⁸⁸ “(...) a expressão ‘deontológico’ refere-se em primeiro lugar apenas a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Normas são ou válidas ou inválidas, enquanto valores concorrem pela primazia em relação a outros valores e precisam ser situados *caso a caso* em uma ordem transitiva”. HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola., p. 356.

ação, além de um *sistema de conhecimento*. Disso decorre que o direito se compromete com resultados e necessita de um aparato coercitivo que lhe empreste efetividade. O direito não pode depender apenas, como a moral, da motivação interna de cada indivíduo. Além disso, o ordenamento jurídico se refere a uma comunidade política concreta, a uma república de cidadãos. Dessa forma, seu âmbito de universalidade é reduzido em relação à moral, que se refere a toda a humanidade. Os Direitos Humanos, enquanto reduzidos à idéia de *soft law*, se situam muito mais no âmbito moral do que no jurídico. É nos Estados de Direito, enquanto Direitos Fundamentais, que podem ganhar densidade e efetividade.

2.3.1 A categoria do direito na teoria discursiva

O Direito Moderno, positivo, trouxe para si a pretensão de promover a integração social, em sociedades de pessoas entendidas como livres e iguais, todas proprietárias de, no mínimo, sua própria força de trabalho. No capítulo V da obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*⁸⁹, Habermas formula a pergunta: de que modo o sistema de direitos e os princípios do Estado de Direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade?

Levando-se em conta que os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais são determinados em abstrato, Habermas ressalta, todavia, que

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., pp. 241-296

os mesmos só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos específicos. A interpretação e incorporação desses princípios se dão em ordens jurídicas concretas. Segundo Habermas, para além de variantes na realização de mesmos direitos ou dos mesmos princípios, essas ordens jurídicas concretas refletem também diferentes *paradigmas*⁹⁰.

Para o autor, os dois paradigmas jurídicos mais bem sucedidos na história do direito moderno são, respectivamente, o paradigma do Estado Liberal e o paradigma do Estado Social (*welfare state*). Cada um deles fornece um modelo de sociedade e de reprodução do poder político a partir do qual se pode compreender a relação entre autonomia privada e autonomia pública⁹¹.

Sobre o pano-de-fundo paradigmático do Estado Liberal, o papel do Estado e dos direitos fundamentais pode ser resumido à garantia do indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade “natural”, tida como pré-política. Verifica-se a preponderância da idéia de autonomia privada, anterior e condicionante do exercício da autonomia pública. Já na concepção do Estado Social, há uma mudança na “seta valorativa” do papel do Estado e dos direitos fundamentais (agora responsável por prestações positivas de bens e serviços aos cidadãos-clientes, de acordo com as necessidades determinadas pela burocracia estatal). Percebe-se a preponderância da idéia de autonomia pública, onde a própria esfera privada é vista como delimitada

⁹⁰ O conceito de paradigma remonta à obra da Filosofia da Ciência de Thomas Kuhn. Cf. KUHN, Thomas S. (1996). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva.

⁹¹ Sobre os paradigmas jurídicos modernos, cf. HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., Cap. IX (pp. 123-192).

pela noção de *bem-comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata. Em ambas as concepções a noção de *público* se remete unicamente ao Estado⁹².

Para Habermas, entretanto, nenhum desses dois modelos é capaz de dar conta da complexidade da sociedade contemporânea, bem como do papel exercido pelo Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Mas como compreender o Direito como um meio *legítimo* de integração social? Para que se possa compreender o sistema do Direito de forma procedimentalista, os papéis do Estado e dos Direitos Fundamentais se tornam mais complexos, requerendo uma análise reconstrutiva que leve em consideração diferentes pontos de vista disciplinares, onde o papel de “observador” não se desliga do de cidadão, entendido como co-autor das normas que o regem.

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais, ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo status político não depende de pré-requisitos (de renda,

⁹² CARVALHO NETTO, Menelick de (2000). *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito*. Revista de Direito Comparado **3**.

educação, nascimento etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão *interna* entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito⁹³.

Como resposta ao problema da *legitimidade*, Habermas se vale então de um terceiro paradigma jurídico (ou jurídico-político), capaz, por sua vez, de absorver criticamente os outros dois. A concepção procedimentalista do Direito importa numa específica compreensão de justiça política:

(...) na razão prática corporalizada em procedimentos e processos está inscrita a referência a uma justiça (entendida tanto em sentido moral quanto jurídico) que aponta para além do ethos concreto de determinada comunidade ou da interpretação de mundo articulada em determinada tradição ou forma de vida.⁹⁴

No Estado Democrático de Direito o *poder político*, para ser legítimo, deve derivar do *poder comunicativo* gerado a partir da esfera pública política. O Estado, embora ocupe o centro dessa esfera pública, com os complexos parlamentares, não mais se confunde com a mesma, em seu todo (como se concebia nos paradigmas liberal e social, especialmente nesse último). A sociedade civil, seus movimentos sociais, organizações e associações de toda ordem, os meios de comunicação de massa, partidos políticos etc., compõem um complexo mais ou menos institucionalizado de formação, reprodução e

⁹³ Cf. o capítulo IV HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola., p. 303

canalização da opinião pública e da vontade política que, filtrados por sua pertinência, constituem o *input* dos órgãos políticos estatais.

A oposição entre Estado e Sociedade, quanto à titularidade da interpretação do sistema dos direitos mostra-se agora falsa quando, tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o Direito “pertence” a uma *comunidade aberta de intérpretes da Constituição* (para dizermos com Peter Häberle⁹⁵) ou a uma *comunidade de princípios* (com Ronald Dworkin⁹⁶).

Também para Ronald Dworkin a correção normativa possui um caráter deontológico. A moralidade política de uma comunidade se fundamenta racionalmente, sendo mais que uma mera expressão de vontades, gostos, preferências ou interesses de determinados indivíduos, grupos ou classes sociais. Entretanto Dworkin, assim como Habermas e Günther, relê essa perspectiva kantiana das normas levando em consideração a dimensão da aplicação normativa – especialmente do Direito – como distinta da tarefa de fundamentação. E essa mesma dimensão da aplicação, que se apresenta de forma institucional, na teoria de Dworkin supera uma perspectiva monológica típica da filosofia do sujeito por supor uma comunidade de princípios cujas instituições atuam numa *cadeia do direito*, ou seja, com respeito à integridade

⁹⁵ Cf. HABERLE, Peter. (1997). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos Intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor.

⁹⁶ Cf. DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes. Sobre a relação entre Direito e Moral na teoria de Dworkin, cf. DWORKIN, Ronald (2006). *Law and morals*. In *Justice in Robes*. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., pp. 1-35.

do direito⁹⁷, o que implica em que se leve em consideração as decisões políticas e jurídicas do passado em seu sentido performativo, para além da textualidade:

A interpretação propriamente constitucional considera tanto o texto como a prática passada como seu objeto: advogados e juízes confrontados com uma questão constitucional contemporânea devem buscar construir uma interpretação coerente, principiológica e persuasiva do texto de dispositivos específicos, da estrutura da Constituição como um todo, e da nossa história constitucional. (...) Ou seja, eles devem buscar a *integridade* constitucional.⁹⁸

2.3.2. Excurso sobre a importância da categoria do direito para a constituição de uma eticidade reflexiva – a luta por reconhecimento na psicologia social de George Herbert Mead

Na reconstrução e atualização do projeto hegeliano interrompido de explicação da formação da comunidade ética por meio de lutas por reconhecimento, Axel Honneth identifica como grande desafio a superação das linhas de pensamento ainda presas a premissas metafísicas, seja em moldes aristotélicos ou, posteriormente, da filosofia da consciência⁹⁹. As descrições de Hegel sobre o desenrolar do processo de luta por reconhecimento não se

⁹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., esp. cap. VI.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In *Justice in Robes*. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 118 – “*Proper constitutional interpretation takes both text and past practice as its object: lawyers and judges faced with a contemporary constitutional issue must try to construct a coherent, principled and persuasive interpretation of the text of particular clauses, the structure of the Constitution as a whole, and our history under the Constitution. (...) They must seek, that is, constitutional integrity*”.

⁹⁹ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34., p. 117

atinham às condições contingentes da socialização humana, baseando-se, portanto, em certezas metafísicas acerca da marcha englobante da razão.

Honneth ressalta a necessidade de se fazer uma reconstrução da tese inicial de Hegel à luz de uma psicologia social empiricamente sustentada. Para o autor, a psicologia social behaviorista de George Herbert Mead¹⁰⁰ permite atualizar a teoria hegeliana da intersubjetividade em termos pós-metafísicos¹⁰¹.

desse modo, origina-se no plano de uma teoria da intersubjetividade um conceito de pessoa em que a possibilidade de uma auto-relação imperturbada se revela dependente de três formas de reconhecimento (amor, direito e estima). (...) delinea-se assim uma idéia de teoria crítica da sociedade na qual os processos de mudança social devem ser explicados com referências às **pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco**.¹⁰²

A teoria de Mead permite a compreensão da gênese equiprimordial de indivíduo (*self*) e sociedade, o que se dá pela mediação lingüística¹⁰³. Mead retoma o pragmatismo de Charles Peirce e John Dewey com a idéia segundo a qual as operações cognitivas do ser humano se dão com a problematização de ações habituais. Mas as *ações instrumentais* não servem, para Mead, como modelo para a explicação do psíquico, posto que não obrigam o sujeito a dirigir sua atenção para o próprio Eu. Para tanto, Mead, ampliando o modelo

¹⁰⁰ MEAD, George Herbert and MORRIS, Charles William (ed.) (1934). *Mind, self & society from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago, Ill., The University of Chicago press.

¹⁰¹ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34., p. 123

¹⁰² HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. P. 24, grifei.

¹⁰³ GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press. p. 101

darwinista da relação de si mesmo com o ambiente, chega a um tipo de ação que exige funcionalmente do indivíduo a percepção de sua própria atitude em relação ao ambiente¹⁰⁴. Habermas denota a importância da teoria intersubjetivista de Mead para a compreensão do mundo da vida, para além da concepção weberiana de racionalidade moderna:

No entanto, a modernização do mundo da vida não foi determinada apenas pelas estruturas da racionalidade com respeito a fins. E. Durkheim e G. H. Mead viram que o mundo da vida racionalizado é caracterizado antes por um relacionamento reflexivo com tradições que perderam sua espontaneidade natural; pela universalização das normas de ação e uma generalização dos valores que liberam a ação comunicativa de contextos estreitamente delimitados, abrindo-lhe um leque de opções mais amplo; enfim, por modelos de socialização que se dirigem à formação de identidades abstratas do eu e que forçam a individualização dos adolescentes.¹⁰⁵

A teoria de Mead traz entre seus conceitos fundamentais para a compreensão do psíquico os termos “Me” e “Eu”:

Mead distingue do Me, que conserva minha atividade momentânea tão somente como algo já passado, uma vez que ele representa a imagem que o outro tem de mim, o Eu, que é a fonte não regulamentada de todas as minhas ações atuais. (...) entre o Eu e o Me, existe, na personalidade do indivíduo, uma relação comparável ao relacionamento entre parceiros de um diálogo.¹⁰⁶

¹⁰⁴ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. P. 127

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen (2000). *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa and Rodnei Nascimento. São Paulo, Martins Fontes., p. 4

¹⁰⁶ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. P. 130

Dessa forma, Mead chega a uma concepção intersubjetivista da autoconsciência humana. A perspectiva da segunda pessoa, internamente representada, é constitutiva da autoconsciência dos indivíduos. Como a preocupação de Mead também é com a auto-relação prática do ser humano, não apenas cognitiva, a categoria de Me incorpora, também, a instância moral da solução intersubjetiva de conflitos. O Me é também uma auto-imagem prática, onde se assumem as referências éticas e morais do outro.

Mead se vale, para tanto, da categoria do “outro generalizado”. A plêiade de papéis sociais que podem ser desempenhados pelo indivíduo e pelos *outros* lhe possibilita generalizar as expectativas para além de contextos espaciais, temporais e situacionais, e também para além da relação com o outro *concreto*¹⁰⁷. De forma análoga às etapas de desenvolvimento lúdico infantil, o processo de socialização dos indivíduos se dá com a interiorização das normas de ação, das expectativas de comportamento generalizadas. Fica patente a importância do termo “reconhecimento”, no sentido de uma relação de reconhecimento mútuo:

(...) na medida em que a criança em desenvolvimento reconhece seus parceiros de interação pela via da interiorização de suas atitudes normativas, ela própria pode saber-se reconhecida como membro de seu contexto social de cooperação.¹⁰⁸

¹⁰⁷ GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press. p. 102

¹⁰⁸ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. p. 136

Para Mead a categoria do Direito tem papel central no processo de reconhecimento mútuo. A internalização das normas pelo indivíduo possibilita a este compreender os direitos que lhe são atribuídos, numa atitude positiva para consigo mesmo quando reconhecido pelos membros de sua comunidade como um determinado gênero de pessoa: “Direitos são de certa maneira as pretensões individuais das quais posso estar seguro que o outro generalizado as satisfará”.¹⁰⁹ Para além da reciprocidade, o reconhecimento de direitos implica, para Mead, a verificação do potencial de universalidade normativa, no sentido kantiano, como bem observa Lawrence Kohlberg:

A questão é que [para Mead] os direitos não são simplesmente aquilo que a comunidade permite que uma classe de indivíduos faça. Há “direitos naturais” no sentido limitado de que certas atividades são auto-contraditórias se não puderem ser realizadas por todos, como afirmado por Kant.¹¹⁰

A categoria do Direito, por seu caráter universalizante, e pela própria especificidade da idéia de igualdade jurídica, se habilita como *medium* apto a propiciar uma base generalista mas consistente para a experiência de auto-respeito e de dignidade. O indivíduo, ao se perceber reconhecido pela comunidade como sujeito de direitos, reconhece a si próprio de maneira positiva como um ator moralmente imputável. Honneth ressalta, entretanto, que

¹⁰⁹ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. P. 137

¹¹⁰ KOHLBERG, Lawrence (1958). The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16. *Department of Psychology*. Chicago, University of Chicago. **Ph.D.:** 491., p. 43 – “The point is that rights are not simply what the community allows a class of individuals to do. There are ‘natural rights’ in the limited sense, that certain activities are self-contradictory if everyone cannot pursue them, as Kant had pointed out”.

o reconhecimento jurídico se dá na relação em que todos apresentam as mesmas capacidades gerais subjetivas.

Já o reconhecimento como sujeito biograficamente individuado, em seu valor particular, naquilo que o faz diferente, não se dá pelo *medium* da categoria do Direito¹¹¹. Afinal, não cabe ao Direito obrigar os indivíduos a desenvolver sentimentos de estima uns em relação aos outros e a reconhecerem o valor individuado de cada um para a sociedade, mas tão somente possibilitar as bases igualitárias de respeito mútuo a partir das quais relações de reconhecimento ético podem se desenvolver.

Mead se refere a um atrito interno entre “Eu” e “Me”, onde o “Eu” é a reação do indivíduo à atitude da comunidade. Na formação da identidade moral, a interiorização da perspectiva do “outro generalizado”, por si só, não é suficiente. O “Eu”, por vezes, faz exigências que são incompatíveis com as normas intersubjetivamente reconhecidas de seu meio social . Para Mead é este conflito, no atrito interno entre “Eu” e “Me”, o motivador do desenvolvimento moral, tanto dos indivíduos como das sociedades¹¹². No confronto entre o “Me” e o “Eu” em que as pretensões deste não encontram suporte naquele, ou seja, em que o indivíduo não encontra respaldo social para a realização de seu desejo, o “Eu” precisa idealmente antecipar uma comunidade futura, onde suas pretensões possam encontrar assentimento: “a

¹¹¹ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34., p. 139

¹¹² HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. P. 141

*finalidade prática de maior liberdade de ação já está ligada à suposição contrafática de um reconhecimento ampliado de direitos*¹¹³.

2.3.3. Direito e eticidade reflexiva

As formas de vida de uma comunidade, o que se considera *bem viver*, seus valores compartilhados – seu *ethos* –, constituem um componente central para a formação da identidade comum, da auto-compreensão compartilhada intersubjetivamente. A pergunta “quem somos nós” passa, primeiramente, por um *discurso ético* de definição e assentamento de valores, ou seja, do que é “bom para nós”, no todo e a longo prazo.

Entretanto, em sociedades modernas, descentralizadas, pluralistas e multiculturais, o compartilhamento de valores e a identidade de formas de vida não são suficientes para a o asseguramento da coesão social. “O que é bom para nós” torna-se, cada vez mais, uma questão no mínimo polêmica.¹¹⁴ Não mais parece plausível, e sequer desejável, conceber as noções de vida boa como socialmente homogêneas.

¹¹³ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34. P. 142

¹¹⁴ Sobre o caráter aberto da identidade constitucional, conferir ROSENFELD, Michel (2003). *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos.

A própria compreensão contemporânea de democracia, ao contrário da concepção *identitária*¹¹⁵ que defendia Carl Schmitt, rejeita a integração ética homogênea como requisito de validade. Como aponta Dworkin, em sua compreensão de democracia como uma *parceria política coletiva*, a exigência de responsabilidade coletiva por parte dos cidadãos requer não a homogeneidade ética, mas sim o respeito pelos direitos de todos os indivíduos como membros da sociedade, isto é, como cidadãos:

A integração ética na ação coletiva de uma comunidade à qual alguém de algum modo pertence não é sempre apropriada e às vezes é perversa. Certamente teria sido perverso para as vítimas judias do Holocausto compartilhar uma culpa coletiva pela sua existência. (...) Tampouco é apropriada para aqueles indivíduos que a comunidade não reconhece como membros plenos, mesmo quando esses participam da vida política. (...) A integração ética com os atos coletivos de uma sociedade política se mostra apropriada apenas para os cidadãos tratados pela sociedade como membros plenos e iguais.¹¹⁶

Se não podemos mais recorrer a um modelo de vida autêntica calcado na visão religiosa predominante - que, agora, ao invés de norma impositiva coletivamente exigível, se configura como simples *direito individual* – em

¹¹⁵ “A igualdade democrática é, em essência, **homogeneidade**, e, por certo, homogeneidade do povo. O conceito central da Democracia é *Povo*, e não *Humanidade*. (...) Democracia (...) é identidade de dominadores e dominados, dos que mandam e dos que obedecem.” SCHMITT, Carl (1982). *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid, Alianza Editorial., p.230, grifei - “*La igualdad democrática es, en esencia, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es Pueblo, y no Humanidad. (...) Democracia (...) es identidad de dominadores y dominados, de los que mandan y los que obedecen.*” Chantal Mouffe promove uma releitura crítica desse conceito schmittiano de democracia em MOUFFE, Chantal (1994). *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Cadernos da Escola do Legislativo 1(2): 87-108.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald (1998). *The partnership conception of democracy*. California Law Review 86: 453-458., p. 456 - *Ethical integration in the collective action of a community to which one in some sense belongs is not always appropriate and is sometimes perverse. It would surely have been perverse for the German Jewish victims of the Holocaust to feel a shared shame for it. (...) Nor is it appropriate for those whom the community does not recognize as full members, even when they participate in its political life. (...) Ethical integration with the collective acts of a political society is only appropriate, that is, for citizens whom the society treats as full and equal members of it.*

qualquer discussão política há a concorrência de diversas posições, calcadas em distintas cosmovisões.

Sob uma visão da teoria do direito, o multiculturalismo suscita em primeira linha a questão sobre a *neutralidade ética* da ordem jurídica e da política. (...) Questões éticas não se deixam julgar sob o ponto de vista 'moral' que se pergunta se algo é 'igualmente bom para todos'; sobre o fundamento de valorações intensas, pode-se avaliar bem melhor o julgamento imparcial dessas questões com base na autocompreensão e no projeto de vida perspectivo de grupos em particular, ou seja, com base no que seja 'bom para nós', mas a partir da visão do todo manifestada *por esses grupos*. Gramaticalmente, o que está inscrito nas questões éticas é a referência à primeira pessoa, e com isso a remissão à identidade (de um indivíduo ou) de um grupo.¹¹⁷

A diferenciação entre um discurso jurídico sobre normas – entendidas, com Ronald Dworkin, como uma ordem de *princípios* – e discursos éticos sobre valores preferíveis é central para a teoria discursiva do Direito.

(...) a teoria dos direitos afirma de fato uma **precedência absoluta dos direitos em relação aos bens comuns**, de modo que, como mostra Dworkin, argumentos sobre a demarcação de objetivos só podem 'bater' reivindicações subjetivas de direitos se estas últimas puderem ser fundamentadas à luz de direitos precedentes.¹¹⁸

A precedência incondicional de *argumentos de princípio* sobre *argumentos de política* é condição para a manutenção do sistema dos direitos e do próprio código jurídico deontológico:

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola. P. 243, grifei

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola. P. 245, grifei

A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que 'é bom para nós' e o que 'há de melhor' caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. **Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos.**¹¹⁹

A semelhança entre os códigos do Direito e da Moral, quanto à incondicionalidade de suas normas, bem como o teor universalista dos direitos fundamentais não afasta, entretanto, a “impregnação ética” do Estado de Direito. A neutralidade ética do direito, essencial em sociedades pluralistas, não importa num desacoplamento entre as formas de vida e o sistema dos direitos:

(...) toda ordem jurídica é *também* expressão de uma forma de vida em particular, e não apenas o espelhamento do teor universal dos direitos fundamentais. Por certo, é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema; mas quanto mais concreto for o talhe da matéria, tanto mais *também* se expressará, na aceitabilidade de uma regulamentação jurídica correspondente, a autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida.¹²⁰

Entretanto, da mesma forma como as normas morais, de conteúdo universal, se sobrepõem a determinados valores éticos, também os direitos fundamentais, no âmbito de aplicação normativa, adquirem primazia quando confrontados com valores. Tanto decisões pragmáticas de realização de preferências quanto valores constitutivos do auto-entendimento de uma comunidade devem passar pelo crivo da compatibilidade com os direitos

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola., p. 356, grifei.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola., p. 245

fundamentais; nesse sentido, só podem encontrar guarida jurídica integral formas de vida reflexivas, ou seja, não-fundamentalistas. Do ponto de vista constitucional, não há que se falar em tolerância em face de tradições ou posturas que visem eliminar formas de vida discrepantes.

A relação complementar entre espaço público e privado, bem como entre direitos fundamentais e democracia é bem apreendida por Menelick de Carvalho Netto:

Não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo.¹²¹

Os direitos fundamentais – afirmação de liberdade e igualdade – são hoje constitutivos da própria *forma do direito* – que não pode mais ser entendido como uma “casca vazia”, capaz de comportar qualquer ordem baseada na legalidade, como no modelo kelseniano, que guarda uma *conexão interna com a Democracia*. Democracia e Constituição, longe de serem conceitos antagônicos, se encontram e se resignificam na concepção de *democracia como parceria política* de Dworkin:

¹²¹ CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). *Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional - os influxos e as repercussões da Lei n° 10.216 de 6 de abril de 2001*. *Virtù(1)*: 1-13., p. 12.

É essencial para a idéia de democracia que ela possibilite o auto-governo, mas só podemos defender essa conexão essencial [com os direitos] se concebermos a democracia como algo mais do que a regra da maioria. Devemos compreendê-la como um tipo de parceria entre cidadãos que pressupõe tanto direitos individuais quanto procedimentos majoritários.¹²²

Entretanto, a forma de densificação desses direitos depende da compreensão que se adote em determinado local do espaço e do tempo e das formas de vida específicas. Mas diante da definição sempre problemática do conteúdo dos direitos que os cidadãos se atribuem reciprocamente numa comunidade, o apelo a uma perspectiva mais ampla de justificação, que remeta para além de um determinado *ethos* é constitutivo do processo de luta por reconhecimento de direitos¹²³. O aspecto contra-majoritário dos direitos fundamentais reside exatamente na sua pretensão universalizante – naquilo que deve ser garantido a cada cidadão independentemente dos valores compartilhados pela eventual maioria – possibilitando assim que a tensão entre argumentos de apelo majoritário e minoritário opere continuamente, de forma que as posturas comunitárias ético-políticas não percam sua reflexividade e, portanto, seus potenciais inclusivos e emancipatórios.

Essa condição de reflexividade ética é essencial, como vimos, para a idéia de comunidade de princípios, de integridade e, portanto, para a idéia de única resposta correta, permitindo que a cadeia histórica do direito possa ser

¹²² DWORKIN, Ronald (1998). *The partnership conception of democracy*. California Law Review 86: 453-458., p. 457 – “It seems essential to the idea of democracy that democracy provides self-government, but we can claim that essential connection only if we conceive democracy as something more than majority rule. We must understand it as a kind of partnership among citizens that presupposes individual rights as well as majoritarian procedures”.

¹²³ HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34.

relida e reapropriada tendo-se como crivo os direitos fundamentais. No próximo capítulo veremos os reflexos dessa compreensão na teoria jurídica contemporânea, e como a Teoria Discursiva do Estado Democrático de direito se encontra com a teoria do direito de Dworkin. Essa complementaridade teórica é relevante para superar a velha dicotomia entre substancialismo e procedimentalismo, que passa a ser vista como tensão produtiva na perspectiva de ambas, para além dos rótulos e das terminologias diversas.

3. CORREÇÃO NORMATIVA NA TEORIA E NA PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEAS

3.1. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*

Habermas identifica a teoria jurídica de Ronald Dworkin como uma tentativa de superar os desafios e as perspectivas colocadas pelas teorias *hermenêuticas*¹²⁴, *realistas e positivistas*¹²⁵. Dworkin se propõe a lidar com o direito de uma perspectiva deontológica – a pressupor a *possibilidade e necessidade* da fundamentação racional das decisões em termos de *correção normativa* –, atribuindo ao ordenamento jurídico a dupla tarefa de garantir simultaneamente os requisitos de **segurança jurídica** (*fairness* e *due process* – respeito aos procedimentos e às regras pré-estabelecidas) e de **justiça** (correção normativa substantiva, tendo-se em vista o *conteúdo moral* dos direitos fundamentais democraticamente positivados):

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. (...) [A] história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema

¹²⁴ Segundo Habermas, a hermenêutica “(...) resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional”. HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 248.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 252

jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente.¹²⁶

Concebendo o ordenamento jurídico como composto fundamentalmente por *princípios*, que estruturalmente não buscam esgotar de forma auto-referencial suas possibilidades de aplicação, Dworkin busca *no interior do próprio direito* as respostas para questões supostamente apontadoras de “lacunas” no ordenamento (ausência de regramento específico). O recurso à história institucional e ao pano de fundo compartilhado de sentidos também se faz necessário mas, ao contrário da *hermenêutica*, esse arcabouço não deve ser aprendido como tradição *inescapável*, já que a própria atribuição de conteúdo moral (abstrato e universal) aos direitos fundamentais positivados oferece uma perspectiva crítica – um crivo de validade – para a consideração das tradições e da possibilidade de sua recepção para a solução de casos atuais.

3.1.1. Dworkin e o realismo moral

Valendo-se de uma linguagem própria da tradição filosófica do *realismo moral*¹²⁷¹²⁸, Dworkin pode afirmar que tais direitos humanos (*moral rights*)

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 246.

¹²⁷ “Aplicação do realismo aos juízos da ética e, entre outras coisas, aos valores, obrigações e direitos que são apresentados nas teorias éticas. A idéia principal é ver **a verdade moral como algo fundado na natureza das coisas**, e não nas reações humanas, subjetivas e variáveis, às coisas. Como acontece ao realismo em outras áreas, o realismo moral é suscetível de muitas formulações diferentes. Podemos dizer que, de uma maneira geral, **o realismo tem a aspiração de proteger a objetividade dos juízos éticos** (opondo-se ao subjetivismo e ao

“existem”, isso é, seu conteúdo pode ser considerado “verdadeiro”¹²⁹ – o que para a teoria de Habermas só pode ser lido como expressão da “validade” e da “legitimidade” de tais direitos, já que normas situam-se primordialmente no plano da *validade*, e não da *faticidade*:

Ambos compartilhamos a crítica aos enfoques não cognitivistas. Mas, enquanto o professor Dworkin adota a linguagem do realismo moral, ou pelo menos não encontra nenhuma razão para deixar de fazê-lo, eu acredito que se deveria evitar falar sobre fatos morais. Creio que a razão para tanto seja evidente, e gostaria de formular de algum modo o ponto em disputa. Não existe nada que corresponda à afirmação “ninguém deveria participar de um extermínio étnico”. Não há nenhum fato que corresponda a uma afirmação como essa. Tais afirmações não dizem como são as coisas ou como as coisas estão conectadas entre si (para usar uma expressão do nosso amigo Rorty). Elas nos dizem o que devemos ou não devemos fazer. Em casos como esses, ao invés de levar adiante um discurso que afirma a existência de fatos, em lugar de dizer: “existem tais e tais direitos”, prefiro dizer que nós criamos estes e aqueles direitos, dos quais alguns, inclusive, merecem reconhecimento universal.¹³⁰

relativismo); pode equiparar as verdades morais às da matemática, pode ter a esperança de que elas tenham aprovação divina (...), ou vê-las como algo que é garantido pela natureza humana”. (BLACKBURN, Simon (1997). Realismo moral. Dicionário Oxford de filosofia. Danilo Marcondes. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., p. 336, grifei).

¹²⁸ Jean Piaget considera o “realismo moral” como a concepção de existência das regras morais de forma independente dos sujeitos, sendo típica do segundo estágio de consciência normativa no desenvolvimento infantil, onde a relação da criança com as normas é cunhada autoritariamente (GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press., p. 115).

¹²⁹ DWORKIN, Ronald (1996). *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*. Philosophy & Public Affairs **25**(2): 87-139.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald, HABERMAS, Jürgen, et al. (1999). *¿Impera el derecho sobre la política?* Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella **1**(1), grifei – “Ambos compartimos la crítica a los enfoques no cognitivistas. Ahora bien, mientras que el profesor Dworkin adopta el lenguaje del realismo moral, o al menos no encuentra ninguna razón para evitarlo, yo creo que se debería evitar hablar sobre hechos morales. Creio que la razón es evidente y quisiera formular de algún modo el punto en disputa. No existe nada que se corresponda con la afirmación *nadie debería participar en un extermínio étnico*. No hay ningún hecho que se corresponda con afirmaciones como ésta. Tales afirmaciones no dicen cómo son las cosas o cómo las cosas están conectadas entre sí (para usar una expresión de nuestro amigo Rorty). Ellas nos dicen qué es lo que debemos o no debemos hacer. En estos casos, en lugar de llevar adelante un discurso que afirma la existencia de hechos; en lugar de

Para ambos os autores, portanto, a *razão prática* implica a possibilidade de um ponto de vista moral, universalista e deontológico, indicador da prevalência normativa do *justo* sobre o *bom*, a exigir que a sociedade – por meio de suas instituições, no caso do Direito – trate a todos os seus membros como merecedores de *igual respeito e consideração*¹³¹.

Pouco importa o modo como Dworkin entende a relação entre direito e moral: sua teoria dos direitos exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista.¹³²

Como podemos perceber, se levarmos em conta as distintas tradições e escolas teóricas, o debate sobre a relação entre direito e moral de Habermas e Dworkin redundava, no fim das contas, essencialmente terminológico.

Para ambos os autores, portanto, é o conteúdo moral *traduzido* para o código especificamente jurídico que confere aos direitos fundamentais o status de incondicionalidade em face dos demais bens ou valores sociais. Da incondicionalidade dos *direitos* resulta seu funcionamento como *trunfos* em face de possíveis abusos justificados com base em *políticas* de maximização de finalidades coletivas.

decir: 'hay tales y tales derechos', prefiero decir que nosotros creamos estos y aquellos derechos, de los cuales algunos incluso merecen un reconocimiento universal".

¹³¹ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., pp. 252 e ss.

¹³² HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., pp. 256-7.

Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral.¹³³

A justificação de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não é *extra-jurídica* na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como assimilados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento.

3.1.2. Interpretações de “boa fé” sobre o sentido dos Direitos Humanos

O fato de Dworkin entender os Direitos Humanos como princípios universais, dotados de conteúdo moral, não significa que a interpretação e densificação dada a eles pelas diversas ordens jurídicas não possa legitimamente variar. Para o autor torna-se relevante a distinção entre interpretações de boa-fé e de má-fé atribuídas pelos governos aos direitos e às ações justificadas por eles; o compromisso, ao menos em princípio, com o respeito pelos Direitos Humanos demonstrado por um governo ou instituição mostra-se relevante para a interpretação de seus atos¹³⁴. O direito humano

¹³³ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 256.

¹³⁴ Sobre a postura de sistemático desrespeito pelos direitos humanos na China, cf. DWORKIN, Ronald (2002). *Taking rights seriously in Beijing*. The New York Review of Books **49**(14).

fundamental é, para Dworkin, o de ser tratado pelas instituições detentoras de autoridade com uma certa atitude ou postura, qual seja, a que reflita o igual respeito e consideração pela dignidade de cada um.¹³⁵

3.1.3. Dworkin e o realismo utilitarista de Richard Posner

As teorias jurídicas *realistas* se valem de análises empíricas para buscar os elementos extrajurídicos cuja explicitação revelaria os verdadeiros condicionantes e fundamentos das decisões judiciais, com especial atenção aos *interesses* presentes na sociedade. A análise desses elementos externos permitiria também aos observadores *prever* as decisões, ao observar dados indicadores de padrões históricos, psicológicos, econômicos etc. Trata-se portanto de uma concepção extremamente cética quanto à possibilidade de uma fundamentação jurídico-racional das decisões públicas. A lógica interna do Direito é não apenas relativizada, mas tida como quimera, e a distinção entre *direito* e *política* não pode então ser traçada de maneira clara, restando sem sentido uma pretensão de legitimidade que remeta a *direitos*. Dessa forma,

A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos

¹³⁵ DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press., p. 35.

fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico¹³⁶.

Como podemos observar especialmente em teorias de base realista e concepção utilitarista, a pretensão de racionalidade das decisões não é abandonada, mas completamente deslocada para a lógica de outros sistemas, como a economia, atribuindo de forma não problematizada caráter *normativo* a elementos *supostamente* não-normativos, não sujeitos eles próprios a fundamentação ou crítica moral ou propriamente jurídica.

Um problema na leitura pragmática como a defendida por Richard Posner é a concepção científica positivista da própria Economia. A algum ou alguns aspectos (certamente de conteúdo normativo) é dada total primazia, seja ao "bem comum", à "riqueza", ao "welfare", como se a Economia não lidasse com conceitos normativos que, no final das contas, ensejam divergências morais, ou propriamente jurídicas, e não simplesmente técnicas. Dessa forma um conceito não problematizado (mas certamente problemático) de "evolução econômica" adquire o status de norma fundamental. Por isso Dworkin acusa Richard Posner de ser o novo "bulldog" de Darwin¹³⁷.

Não obstante a grandeza teórica de Charles Darwin nas ciências naturais, O que faz essa comparação não ser um elogio, no caso, é que Posner é um jurista. E portanto, seu erro é submeter as normas jurídicas às leis supostamente "naturais" da economia. Como se os próprios conceitos

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 249.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald (1998). *Darwin's new bulldog*. Harvard Law Review **111**: 1718-1738.

econômicos não fossem carregados de uma normatividade que nada tem de natural, que não são análogos à lei da gravidade ou à lei da seleção natural; são criações humanas, de cunho eminentemente interpretativo e fruto de duras lutas sociais. Ao tratar a filosofia do direito e a teoria constitucional como uma bobagem, algo inútil¹³⁸, Posner naturaliza os fundamentos do direito.

A natureza e suas leis são algo admirável, intrincado, e seu conhecimento é louvável; mas, para Dworkin, nem todas as respostas se encontram dadas na natureza, teremos sempre que carregar o fardo de ter que (re)inventar nossas práticas, arcando com suas sempre problemáticas conseqüências.

Mais uma vez, podemos ver como o “realismo moral” de Dworkin nada tem de realismo, de naturalismo ou de metafísica – normas não se encontram na natureza como fatos morais, pois são construções sociais.

¹³⁸ “Não se faz necessário nada tão pretensioso que assegure o nome de teoria para que se decidam casos em que o texto ou a história da Constituição garantem orientação inequívoca. (...) Questões interpretativas um pouco mais complexas podem ser resolvidas de forma bastante direta ao se considerar as conseqüências das interpretações em disputa”. POSNER, Richard (1998). *Against constitutional theory*. NYU Law Review **73**(1): 1-22. - “*Nothing pretentious enough to warrant the name of theory is required to decide cases in which the text or history of the Constitution provides sure guidance. (...) Somewhat more difficult interpretive issues (...) can be resolved pretty straightforwardly by considering the consequences of rival interpretations*”.

3.1.4. A interpretação construtiva em Dworkin

Em que pese a adoção da terminologia do realismo moral, Dworkin se vale de uma postura *construtivista* para lidar produtivamente com o princípio hermenêutico, de modo a não permitir que as tradições se legitimem de maneira autônoma e acrítica, pois exige a reflexividade ética com base em uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos (*moral rights*¹³⁹).

A *atitude interpretativa* adotada e descrita por Dworkin funciona do ponto de vista *interno*, dos próprios intérpretes. Diante da consciência da condição lingüístico-paradigmática de todo saber, percebe-se que o próprio conceito de *interpretação* é um conceito interpretativo; por isso afirma Dworkin que “*uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos*”¹⁴⁰. Essa circularidade é inescapável, já que um ponto de vista completamente externo, *arquimediano*¹⁴¹, resta implausível. A própria idéia de única resposta correta, é claro, não poderá fugir a essa circularidade.

A *interpretação construtiva* é o modelo hermenêutico adotado por Dworkin para lidar com obras de expressão humana, em especial o direito. Em

¹³⁹ Norberto Bobbio ressalta o caráter intraduzível da distinção entre “legal rights” e “moral rights”. Para o autor a expressão “moral rights” ocuparia o lugar destinado a “direitos naturais” na tradição jurídica européia continental. BOBBIO, Norberto (2004). *A era dos direitos*. 4ª reimp. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier., p. 27. É de se ressaltar, entretanto, que é muitas vezes problemática a identificação entre esses termos, e entendo que, ao menos no caso de Dworkin, faz mais sentido entender “moral rights” como direitos fundamentais ou direitos humanos, dependendo do contexto.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 60

¹⁴¹ A perspectiva filosófica arquimediana seria aquela típica da “meta-ética” e de certas abordagens da filosofia do direito, como a de Hart, que supostamente estudariam mas não participariam de algum aspecto da vida social. Cf. DWORKIN, Ronald (2006). *Hart's postscript and the point of political philosophy*. In *Justice in Robes*. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press.p. 141 e ss.

contraste com a *interpretação científica* empírica, em que se busca a interpretação de dados fáticos, e com a *interpretação conversacional*, em que a *intenção do falante* é o objeto central, Dworkin aponta a semelhança entre a interpretação de uma prática social e a *interpretação artística*, no sentido de que:

Ambas pretendem interpretar **algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas**, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica. (...) atribuirei a ambas a designação de formas de interpretação “criativa”.¹⁴²

Os propósitos que estão em jogo na interpretação criativa construtiva das obras de arte e das práticas sociais, como o direito, são fundamentalmente os do intérprete, não os do autor. Atribui-se um propósito a um objeto ou a uma prática, tornando-o o melhor possível em face de seu contexto temático. O que não quer dizer que o objeto não imponha limites à interpretação; a própria natureza intersubjetiva, paradigmática da interpretação vai exigir condições de plausibilidade para qualquer interpretação, especialmente em face de uma história interpretativa minimamente compartilhada. Sua validação é portanto, ao final, discursiva na verificação de racionalidade. Por isso afirma Dworkin que “do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.”¹⁴³

¹⁴² DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 61

¹⁴³ DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 64

Dworkin retoma assim o debate sobre hermenêutica travado entre Gadamer e Habermas¹⁴⁴ para identificar, nas críticas desse, o aspecto construtivo da interpretação, verificado na suposição da possibilidade de que os autores do objeto a ser interpretado poderiam também aprender com os intérpretes sobre o próprio objeto em questão, em contraposição à postura de Gadamer, de subordinação do intérprete ao autor; para Habermas haveria uma via de mão dupla na interpretação¹⁴⁵.

Diante do reconhecimento do caráter paradigmático do conhecimento pelas próprias ciências, como em Thomas Kuhn¹⁴⁶, Dworkin sugere que, ao final, a interpretação criativa construtivamente enfocada nos permite compreender melhor a tarefa de interpretação em qualquer campo do saber, pois “*toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível*”¹⁴⁷, no contexto do empreendimento travado, segundo seus critérios específicos.

As pessoas traduzem o que outras disseram – através da mesa de jantar bem como através dos séculos – por meio de um processo de interpretação construtiva que tem por objetivo não espiar dentro dos crânios, mas sim elaborar da melhor maneira

¹⁴⁴ Essa rica discussão foi de grande relevância no posterior desenvolvimento da teoria da ação comunicativa de Habermas. Cf. GADAMER, Hans-Georg (2002). *A universalidade do problema hermenêutico*. In Verdade e método II. Hans-Georg GADAMER. Petrópolis, Vozes. 2: 255-271, HABERMAS, Jürgen (1987). *A pretensão de universalidade da hermenêutica*. In Dialética e hermenêutica. Jürgen HABERMAS. Porto Alegre, L&PM: 26-71, STEIN, Ernildo (1987). *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia (apêndice)*. In Dialética e hermenêutica. Jürgen HABERMAS. Porto Alegre, L&PM: 93-136. Pontos de contato entre as teorias de Habermas e Gadamer, bem como de Richard Rorty, são realçados por Richard Bernstein em BERNSTEIN, Richard J. (1982). *What is the difference that makes a difference? Gadamer, Habermas, and Rorty*. PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association 2: 331-359.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 62, nota n° 2.

¹⁴⁶ KUHN, Thomas S. (1996). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes., p. 65

possível o sentido de suas falas e de outros comportamentos. Trata-se de um processo normativo, e não “empírico”.¹⁴⁸

A noção de paradigma, ressalta Habermas¹⁴⁹, desempenha uma função central na teoria do direito de Dworkin ao formar o pano-de-fundo de suporte a “teorias jurídicas” capazes de reconstruir o ordenamento jurídico, sistemicamente estruturado em princípios, de que devem se valer os aplicadores para buscar decisões corretas que mostrem o direito como um todo em sua *melhor luz*, como um empreendimento coletivo legítimo de uma comunidade de princípios, que trate a todos os seus membros como merecedores de igual respeito e consideração.

Uma questão central para a compreensão do papel dos princípios nas sociedades contemporâneas é a do conflito de valores. A questão da relação entre valores e princípios será tratada na próxima seção, onde problematizaremos a compreensão dos princípios enquanto valores em permanente e irreconciliável conflito, e apresentaremos a alternativa proposta pela teoria do direito como integridade e suas conseqüências para a tese da única resposta correta.

148 DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In *Justice in Robes*. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 127 – “People translate what other people have said - across the dining table as well as across the centuries - by a process of constructive interpretation that aims not at intracranial peeks but at making the best sense possible of their speech and other behavior. That is a normative, not an 'empirical', process”.

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 261

3.2. *Limites internos e externos – conflitos de valores*

3.2.1. Teorias interna e externa dos limites

Valendo-se da teoria de Robert Alexy, Gilmar Mendes¹⁵⁰ expõe concepções concorrentes quanto à relação entre *direito individual* e *restrição*. Para a **teoria externa** os direitos podem ser, a princípio, ilimitados, sendo que sua conformação com o restante do ordenamento jurídico se daria mediante restrições externas ao próprio direito. Já segundo a **teoria interna** direitos individuais e restrições não seriam categorias autônomas, mas o próprio conteúdo dos direitos implicaria em *limites* inerentes ao seu conceito, e não em *restrições* externas. Para o autor

Se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (Regras: Regel), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (prima facie Positionen: princípios), então há de se considerar correta a teoria externa.¹⁵¹

Também com base em Alexy, Mendes¹⁵² aponta problemas numa *teoria de interpretação* que reduza o papel do legislador a simplesmente declarar o que já se encontra positivado nos direitos fundamentais, *confirmando* o juízo de ponderação feito pelo constituinte, sendo que, de fato, para o autor, autênticas

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 25

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 26.

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 32

limitações aos direitos individuais são realizadas pelo legislador – limitações *externas*.

Mais uma vez marca-se a diferença entre as denominadas teorias *interna* e *externa* das limitações a direitos. Pois da perspectiva interna a diferença entre *limitação* e *(re)definição de sentido* carece de força explicativa, desde que respeitada a *integridade* do Direito, parâmetro que marca a diferença entre *interpretação constitucional* e *abuso de direito*. Além disso, ao menos no âmbito dos direitos fundamentais, a tensão entre abstração e concretude inerente aos princípios de conteúdo universal torna as atividades de *criação* e *interpretação* internamente complementares, visto que a densificação desses princípios pela via legislativa – e, guardadas as especificidades do discurso de aplicação, também pela via judicial – envolve tanto a *confirmação* da garantia fundamental quanto *inovação* no complexo quadro do ordenamento jurídico. Isso porque numa concepção principiológica da ordem constitucional a distinção entre *direitos enumerados* e *não-enumerados*¹⁵³ se revela problemática, pois a abertura semântica inerente à complexidade plural do constitucionalismo moderno não nos permite traçar uma moldura interpretativa do conteúdo dos direitos fundamentais como *numerus clausus*.

Como já dito, é a *integridade* do direito, no exercício hermenêutico que se volta tanto para o passado quanto para o futuro, que marcará a diferença entre *densificação* e *descumprimento* dos princípios fundamentais,

¹⁵³ DWORKIN, Ronald (1992). *The concept of unenumerated rights*. University of Chicago Law Review **59**: 381-432.

especialmente mediante a capacidade das normas densificadoras de, diante de uma situação concreta de aplicação, se mostrarem *adequadas* a reger sua regulação de modo compatível com o ordenamento de princípios. Uma norma cuja aplicação normal implique necessariamente na negação do curso de direitos fundamentais, tal como os compreendemos no contexto da aplicação, certamente não se mostra apenas *inadequada* como também *injustificada* (injustificável) num discurso de criação do direito.

3.2.2. O problema da teoria externa

O problema central da chamada *teoria externa* é conceber os direitos como a princípio *ilimitados*, carecedores de atos externos legislativos ou judiciais para lhes emprestar limites, de forma *constitutiva*. Ora, mesmo no silêncio do texto qualquer direito, inclusive os clássicos direitos individuais, só pode ser compreendido adequadamente como parte de um ordenamento complexo. Toda nossa experiência histórica acumulada, o aprendizado duramente vivido desde o alvorecer da Modernidade não nos permite hoje a ingenuidade de acreditar, por exemplo, que os direitos “de primeira geração”, afirmados no marco do paradigma constitucional liberal possam hoje ser lidos como direitos ao egoísmo, anteriores a qualquer vida social, como simples limites à ação, externamente observados, e não como condição de possibilidade da liberdade. A tensão entre público e privado perpassa qualquer direito, seja individual ou coletivo. Isso compõe o pano de fundo de nossa compreensão dos direitos, e se torna indisponível quando da atribuição de

sentido a um direito como o de propriedade. Independente de menção expressa na Constituição, todo direito individual deve cumprir uma *função social*, e isso integra *internamente* seu próprio sentido para que possa ser plausível.

Essa leitura principiológica e sistêmica exigida pela chamada *teoria interna* exerce força explicativa mesmo para Mendes que, embora advogue a concepção *externa* de restrições, não raro afirma interpretações que levam em conta os requisitos de uma hermenêutica atenta ao sentido imanente dos princípios num paradigma constitucional democrático, para além das previsões textuais. É o que se verifica em sua leitura do inciso LXVI do art. 5º da Constituição¹⁵⁴:

No que se refere à liberdade provisória, também optou o constituinte, aparentemente, por conferir amplo poder discricionário ao legislador, autorizando que este defina os casos em que seria aplicável o instituto. É quase certo que a expressão literal aqui é má conselheira e que todo o modelo de proteção à liberdade instituído pela Constituição recomende uma leitura invertida, segundo a qual haverá de ser admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança, salvo em casos excepcionais, especialmente definidos pelo legislador.¹⁵⁵

Ora, qual o caráter *externo* da limitação da restrição da liberdade provisória, senão o próprio sentido (*interno*) dessa garantia no contexto constitucional democrático, como densificação dos princípios da liberdade e da igualdade? Naturalmente não nos referimos a esse caráter *interno* como algo *ontológico*, transcendente, meta-social ou metalingüístico, visto que a natureza

¹⁵⁴ “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança;” BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., pp. 34-35, grifei.

dinâmica de qualquer semântica, especialmente das normas, se tornou patente após a virada lingüístico-pragmática empreendida pela Filosofia em meados do século XX, cujos efeitos se espraiam por todos os campos do saber. É claro que essa atribuição de sentido às normas é *externa* a elas, no sentido de que só os intérpretes podem lhes atribuir. Mas isso não faz com que o sentido constitucionalmente adequado seja, em face de todo o ordenamento, *externo*.

Quanto aos direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal, afirma Mendes¹⁵⁶ que “também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados por eventuais titulares de direitos fundamentais.” Mas, estando o legislador a princípio impedido de “limitar” tais direitos, de forma a coibir abusos, as “colisões de direitos” ou “entre valores” poderiam ser impedidas mediante o excepcional apelo “à unidade da Constituição e à sua ordem de valores”, segundo interpretação da Corte Constitucional alemã¹⁵⁷.

Se, por outro lado, adotarmos a concepção segundo a qual nenhum direito constitucional é a princípio “ilimitado”, em face da própria Constituição, a tarefa interpretativa a ser adotada por qualquer aplicador, do legislador ao administrador, passando pelo juiz, implicará necessariamente em atribuições de sentido conformadoras do conteúdo normativo, sem que isso implique, entretanto, em redução do âmbito de proteção. O direito, entendido em sua

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 40

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 40

integridade, não pode se voltar contra o próprio direito. Por isso a figura da colisão não retrata de maneira plausível a tensão imanente ao ordenamento jurídico. Além disso, é de se lembrar que abusos de pretensões a direitos existirão independentemente de regulação legislativa, não podendo jamais ser definitivamente coibidos em abstrato. Aliás, é precisamente a regulação legislativa abstrata que por si só há que ser vista como incentivadora de abusos. Apenas num discurso de aplicação que leve a sério as especificidades de cada caso concreto as ilegítimas pretensões a direitos, calcadas inclusive em previsões legais literais, poderão ser desveladas como abusos, como não direito.

Mais uma vez a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação é central para que possamos compreender adequadamente o próprio sentido (e os “limites”) de qualquer direito. Normas gerais e abstratas não são capazes, por si só, de coibir a chamada *fraudem legis*, como já percebia Ferrara:

Com efeito, o mecanismo da fraude consiste na observância formal do ditame da lei, e na violação substancial do seu espírito: tantum sententiam offendit et verba reservat. O fraudante, pela combinação de meios indirectos, procura atingir o mesmo resultado ou pelo menos um resultado equivalente ao proibido; todavia, como a lei deve entender-se não segundo o seu teor literal, mas no seu conteúdo espiritual, porque a disposição quer realizar um fim e não a forma em que ele pode manifestar-se, já se vê que, racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito¹⁵⁸.

¹⁵⁸ FERRARA, Francesco (1963). *Interpretação e aplicação das leis*. 2ª Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor., p. 151.

3.2.3. Pluralismo moral e incompatibilidade entre valores

Isaiah Berlin, um dos principais pensadores liberais do século XX, defende uma concepção de princípios (enquanto “valores morais”) onde se verifica uma permanente e irreconciliável incompatibilidade, o que forçaria a sociedade a lidar, necessariamente, com o sacrifício de princípios:

Claro é que os valores podem colidir. Valores podem facilmente colidir no âmago de um único indivíduo. E disso não se segue que alguns devam ser verdadeiros e outros falsos. Tanto a liberdade quanto a igualdade estão entre os principais objetivos perseguidos pelos seres humanos através dos séculos. Mas a liberdade total para os lobos é a morte para os cordeiros. Essas colisões de valores estão em sua essência, e na essência do que somos. (...) Alguns dentre os maiores bens não podem conviver. Essa é uma verdade conceitual. Estamos condenados a escolher, e cada escolha pode trazer uma perda irreparável.¹⁵⁹

Contra Berlin, Dworkin busca defender o tipo de “ideal holístico”, de “*perfect whole*” condenado por aquele com sendo sintoma de uma “perigosa imaturidade moral e política”. Berlin fala de uma “tendência natural” da maioria dos pensadores a acreditar que tudo aquilo que eles consideram bom deve estar conectado ou ser compatível, sendo que a história pode nos brindar com diversos exemplos da união artificial de valores, especialmente no fomento de

¹⁵⁹ (BERLIN, Isaiah, *apud* DWORKIN, 2006: 105) - “*What is clear is that values can clash. Values may easily clash within the breast of a single individual. And it does not follow that some must be true and other false. Both liberty and equality are among the primary goals pursued by human beings through many centuries. But total liberty for the wolves is death to the lambs. These collisions of value are the essence of what they are and what we are. (...) Some among the great goods cannot live together. That is a conceptual truth. We are doomed to choose, and every choice may entail an irreparable loss.*”

uma união política contra inimigos em comum¹⁶⁰. Quanto à dimensão do “perigo”, adverte Dworkin:

Assim como tiranos buscaram justificar terríveis crimes apelando à idéia de que todos os valores morais e políticos se juntam em alguma visão harmônica de grande importância transcendente, de tal sorte que a seu serviço o assassinato seja justificado, também outros crimes morais foram justificados com apelo à idéia oposta, de que valores políticos importantes necessariamente entram em conflito, que nenhuma escolha entre eles pode ser defendida como a única correta, e que, portanto, são inevitáveis sacrifícios de coisas que consideramos de grande importância.¹⁶¹

Para Dworkin a idéia de *conflito de valores* tem servido no discurso político e no senso comum como justificativa para a manutenção de desigualdades sociais, já que qualquer medida igualitária (por exemplo., de redistribuição ou realocação de recursos por meio de tributos) implicaria, segundo essa visão, numa “invasão” na esfera da liberdade. Além disso, o “pluralismo de valores” pode ter efeito legitimador sobre práticas de desrespeito aos direitos humanos no plano internacional, sob o argumento de que cada sociedade escolhe os valores que busca priorizar, e que qualquer interferência quanto a isso seria um ato de imperialismo¹⁶².

¹⁶⁰ BERLIN, Isaiah (2002). *Liberty : incorporating four essays on liberty*. Oxford, Oxford University Press., p. 175

¹⁶¹ Tradução livre. “*Just as tyrants have tried to justify great crimes by appealing to the idea that all moral and political values come together in some harmonious vision so transcendently important that murder is justified in its service, so other moral crimes have been justified by appeal to the opposite idea, that important political values necessarily conflict, that no choice among these can be defended as the only right choice, and that sacrifices in some of the things we care about are therefore inevitable.*” - DWORKIN, Ronald (2006). *Moral pluralism*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 106

¹⁶²DWORKIN, Ronald (2006). *Moral pluralism*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 106

Mas os argumentos de Isaiah Berlin, reconhece Dworkin, são mais complexos e persuasivos que os lugares-comuns antropológicos tão difundidos atualmente no “pós-modernismo”, que repetem o chavão de que cada sociedade se organiza em torno de valores diferentes, o que costuma se somar ao argumento cético sobre a implausibilidade de se afirmarem valores como “objetivos”. Para Berlin há valores que se possa considerar como “objetivos”, mas tais “*true values*” entram em conflito de forma insolúvel, conflitos esses não apenas entre as divergentes percepções ou opiniões subjetivas sobre o sentido dos valores, mas intrinsecamente entre os valores mesmos.

Cada coisa é o que é: liberdade é liberdade, e não igualdade, ou eqüidade, ou justiça ou cultura, ou felicidade humana ou uma consciência tranqüila. Se a minha liberdade, ou de minha classe ou nação, depende da miséria de vários outros seres humanos, o sistema que a promove é injusto e imoral. Mas se eu reduzo ou perco a minha liberdade de modo a minimizar a vergonha de tal desigualdade, e com isso não aumento materialmente a liberdade individual de outros, uma perda absoluta de liberdade ocorre. Isso pode ser compensado por um ganho em justiça, em felicidade ou em paz, mas a perda remanesce, e é uma confusão de valores dizer que apesar de a minha liberdade individual “liberal” ser sacrificada, algum outro tipo de liberdade – “social” ou “econômica” – é incrementado. Entretanto, é verdade que a liberdade de alguns deve às vezes ser restringida para assegurar a liberdade de outros. Com base em que princípio isso deve ser feito? Se a liberdade é um valor sagrado, intocável, não pode haver tal princípio. Um ou outro desses princípios ou regras em conflito deve, em qualquer grau na prática, ceder: nem sempre por razões que possam ser claramente enunciadas, quanto mais generalizadas em regras ou máximas universais. Ainda assim, um compromisso prático deve ser encontrado”.¹⁶³

¹⁶³ BERLIN, Isaiah (2002). *Liberty : incorporating four essays on liberty*. Oxford, Oxford University Press., p. 172-3 – “*Everything is what it is: liberty is liberty, not equality or fairness or justice or culture, or human happiness or a quiet conscience. If the liberty of myself or my class or nation depends on the misery of a number of other human beings, the system which promotes this is unjust and immoral. But if I curtail or lose my freedom in order to lessen the shame of such inequality, and do not thereby materially increase the individual liberty of others,*

Para Berlin, portanto, os conflitos não são apenas contingentes, pois são consequência da própria estrutura ou conceito dos valores, de tal sorte que o ideal de harmonia não é apenas inatingível, é incoerente, já que fazer valer um valor implicaria *necessariamente* no compromisso ou abandono de outro.¹⁶⁴ . E se estamos tratando de valores essenciais, como igualdade e liberdade, qualquer decisão política implicaria não apenas em desapontar algumas expectativas em proveito de outras, mas na *violação de direitos* de pessoas, sendo inevitável, na visão de Berlin, que uma comunidade política falhará, irremediavelmente, em suas responsabilidades, de uma forma ou de outra.¹⁶⁵ . Seu argumento não é o da *incerteza*, ou seja, de que muitas vezes não sabemos *qual* a decisão correta a se tomar, mas o de que muitas vezes sabemos que *nenhuma* decisão é correta¹⁶⁶ .

Também Vera Karam de Chueiri, referindo-se como exemplo a dois princípios expressamente albergados pela constituição brasileira, compartilha a noção de incompatibilidade entre princípios contrários, o que levaria necessariamente a disputa para além da arena jurídica e à impossibilidade de se chegar a uma decisão juridicamente correta:

an absolute loss of liberty occurs. This may be compensated for by a gain in justice or in happiness or in peace, but the loss remains, and it is a confusion of values to say that although my 'liberal', individual freedom may go by the board, some other kind of freedom – 'social' or 'economic' – is increased. Yet it remains true that the freedom of some must at times be curtailed to secure the freedom of others. Upon what principle should this be done? If freedom is a sacred, untouchable value, there can be no such principle. One or other of these conflicting rules or principles must, at any rate in practice, yield: not always for reasons which can be clearly stated, let alone generalized into rules or universal maxims. Still, a practical compromise has to be found'.

¹⁶⁴DWORKIN, Ronald (2006). *Moral pluralism*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 108

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald (2006). *Moral pluralism*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 109

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald (2006). *Moral pluralism*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., p. 110

A correção da resposta correta de Hércules pode também se revelar problemática pelo fato de que a coerência ou integridade requerida do sistema jurídico comumente não pode ser alcançada por meio do modelo interpretativo pensado por Dworkin. É possível que, em face de princípios que não sejam coerentes entre si, por exemplo, entre o princípio da propriedade privada e o princípio da função social da propriedade, Hércules não conseguisse construir uma resposta coerente, pondo em risco a idéia de certeza do direito e o requisito de aplicação legítima do direito (nos termos postos por Dworkin), já que ele teria que buscar uma resposta fora do sistema jurídico, nas lutas travadas na arena política.¹⁶⁷

Assim como Berlin, e com base na teoria agonística¹⁶⁸ de Chantal Mouffe, Chueiri parece desconsiderar a diferença qualitativa existente entre os conflitos de valores políticos e a tensão entre normas própria dos princípios jurídicos e morais. Por certo se levamos em consideração os *interesses* em jogo em disputas como a do exemplo apresentado pela autora – entre latifundiários e trabalhadores sem-terra –, dificilmente poderemos encontrar compatibilidade entre eles, já que claramente se antagonizam. Essa é uma das principais diferenças entre o Direito e a Moral: o direito não pode exigir que se

¹⁶⁷ CHUEIRI, Vera Karam de (2004). Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Graduate Faculty of Political and Social Science. New York, New School University. **Ph.D.**: 262., p. 216 - “*The rightness of Hercules’ right answer can also be problematic by the fact that the required coherence or integrity of the system of law is not often achieved by means of the interpretive model thought by Dworkin. It is possible that in face of principles that are not coherent among themselves, for instance, between the principle of private property and the principle of property’s social function, Hercules could fail in constructing a coherent answer jeopardizing the idea of legal certainty and the claim to a legitimate application of law (in the terms put by Dworkin), as far as he would have to look for an answer outside the legal system, in the struggles that take place in the political arena*”.

¹⁶⁸ “Uma abordagem que revele a impossibilidade de se estabelecer um consenso sem exclusão é de fundamental importância para a política democrática. Ao nos alertar contra a ilusão de que uma democracia plenamente realizada pudesse ser materializada, ela nos força a manter viva a contestação democrática. Uma **abordagem democrática ‘agonística’** é capaz de perceber a verdadeira natureza de suas fronteiras e reconhece as formas de exclusão que elas incorporam, ao invés de tentar disfarçá-las sob o véu de racionalidade ou moralidade”. MOUFFE, Chantal (1999). *Deliberative democracy or agonistic pluralism?* Social Research **66**(3): 745-758.,p.757, grifei. “*An approach that reveals the impossibility of establishing a consensus without exclusion is of fundamental importance for democratic politics. By warning us against the illusion that a fully achieved democracy could ever be instantiated, it forces us to keep the democratic contestation alive. An ‘agonistic’ democratic approach acknowledges the real nature of its frontiers and recognizes the forms of exclusion that they embody, instead of trying to disguise them under the veil of rationality or morality*”.

adote a perspectiva interna e cooperativa das normas, possibilitando sempre que as atitudes sejam guiadas pragmaticamente por interesses, embora mantenha como requisito de legitimidade a possibilidade de sua obediência por simples respeito às normas, mas não mais que a possibilidade. Fica claro mais uma vez o problema de se considerar normas jurídicas como equivalentes a interesses ou valores. Semelhante é a leitura de Gilmar Mendes, referindo-se à jurisprudência da corte constitucional alemã, quanto a relação entre direitos e interesses em se tratando de conflitos como esse:

Como acentuado pelo *Bundesverfassungsgericht*, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a 'compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade'. Essa necessidade de **ponderação** entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade do direito de propriedade.¹⁶⁹

É próprio da esfera normativa deontológica, especialmente no caso do direito, o requisito de se lidar com normas em permanente tensão sem que isso implique em contradição. Não se trata, aqui, de uma questão puramente semântica: valores e normas acarretam tarefas interpretativas diversas, exigindo das instituições sociais tratamento diverso. Conflitos de valores e interesses requerem mediações e soluções institucionais que devem levar necessariamente em consideração argumentos de política, por meio de discursos pragmáticos e ético-políticos (como, por exemplo, em políticas públicas de reforma agrária levadas a efeito pela administração).

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva., p. 20.

Já a exegese a ser dada aos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, em discursos de aplicação próprios da atividade judicial, não equivale a um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com o ordenamento . No caso, verifica-se que desde o esgotamento do paradigma constitucional liberal os direitos privados, como o da propriedade, não implicam em pleno direito ao egoísmo, como se os interesses, ou melhor, os direitos individuais, coletivos e difusos de todos os demais membros da coletividade não impusessem condições para seu exercício legítimo.

Dessa forma, devemos interpretar ambos os princípios sempre em cotejo um com o outro, de tal sorte que, de um lado, o direito individual de propriedade não possa ser validamente compreendido de forma a inviabilizar sua função social – daí a previsão constitucional de taxaçoão progressiva de propriedades improdutivas¹⁷⁰, por exemplo –, e, de outro, o direito da coletividade de atribuir funções socialmente relevantes aos bens apropriáveis não possa desconsiderar a propriedade particular – não é outro o sentido, por exemplo, da exigência constitucional de indenizaçoão em caso de desapropriaçoão¹⁷¹. Mais uma vez a diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política revela-se fundamental para a compreensáo do papel e dos limites da atividade governamental diante do interesse dos cidadãos:

¹⁷⁰ Art. 153, §4º, I da Constituiçoão da República.

¹⁷¹ Art 5º, XXIV da Constituiçoão da República.

A maioria dos atos legítimos de qualquer governo envolve a negociação de interesses de diferentes pessoas; tais atos beneficiam alguns cidadãos e desfavorecem outros para que se incremente o bem-estar da comunidade como um todo. (...) Mas certos interesses de pessoas em particular são tão importantes que seria errado – moralmente errado – que a comunidade os sacrificasse apenas para assegurar um benefício generalizado. Direitos políticos demarcam e protegem esses interesses particularmente importantes. Um direito político, podemos dizer, é um *trunfo* sobre o tipo de argumento de negociação que normalmente justifica a ação política.¹⁷²

A idéia de única resposta correta, embasada no caráter sistêmico do ordenamento orientado pela integridade, poderá ser mais bem apreendida na análise de caso que empreenderemos na próxima seção. A limitação da concepção externa dos limites fica patente na argumentação levada a efeito no julgamento e na leitura que pode ser feita de forma coerente dos princípios constitucionais envolvidos.

3.3. Correção normativa na jurisprudência do STF – O caso Ellwanger

O julgamento do Habeas Corpus 82425/RS¹⁷³, conhecido como “caso Ellwanger”, além de ser um marco na afirmação dos direitos fundamentais, nos

¹⁷² DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press., p. 31, grifo no original – “Most legitimate acts of any government involve trade-offs of different people’s interests; these acts benefit some citizens and disadvantage others in order to improve the community’s well-being as a whole. (...) But certain interests of particular people are so important that it would be wrong – morally wrong – for the community to sacrifice those interests just to secure an overall benefit. Political rights mark off and protect these particularly important interests. A political right, we may say, is a trump over the kind of trade-off argument that normally justifies political action”.

¹⁷³ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator

interessa em especial por evidenciar a força da idéia de correção normativa, que se faz presente em “casos difíceis” como esse.

Como já se tornou regra na argumentação constitucional sobre direitos fundamentais na jurisprudência nacional contemporânea, a discussão girou em torno da aplicação de princípios e, na tradição do STF, buscou-se realizar uma argumentação baseada na “ponderação” ou “balanceamento” de valores, tanto por parte da maioria (especialmente no voto do Ministro Gilmar Mendes) quanto da minoria (em especial o Ministro Marco Aurélio). Interessante notar que, com base no mesmo “método” de balanceamento, os resultados alcançados foram opostos, dependendo dos pressupostos axiológicos em que se basearam os aplicadores¹⁷⁴. Essa discrepância, se por um lado poderia ser considerada como uma prova de que não há “uma única decisão correta”, de forma coerente com a teoria da ponderação, nos leva a questionar se, de fato, se empreendeu uma ponderação ou um balanceamento de direitos, entendidos como valores e interesses, na decisão do caso – hipótese já sinalizada, embora com sentido diverso, como veremos, no voto do Ministro Celso de Mello¹⁷⁵.

orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (2006). O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte.

¹⁷⁵ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., fls. 630-31.

3.3.1. Elementos centrais da argumentação empreendida no caso

Ementa

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aélicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de

1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos

direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Sustentaram os impetrantes que o crime¹⁷⁶ praticado pelo paciente não teria conotação *racial*, não lhe sendo atribuída portanto a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF, já que os judeus não seriam propriamente uma raça. Requereram o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva¹⁷⁷. Não negam os impetrantes que o autor tenha cometido crime de discriminação, apenas afirmam não se tratar de racismo:

A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: **Não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo.**¹⁷⁸

¹⁷⁶ Crime tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90: *Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.*

¹⁷⁷ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal. F. 526.

¹⁷⁸ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal. f. 529, grifei.

No mérito o parecer do Procurador Geral da República foi pelo indeferimento. Entendeu que o texto constitucional simplesmente remeteu à lei ordinária a definição de racismo, encerrando-se aí a interpretação propriamente constitucional¹⁷⁹. A definição legal anterior – 7.716/89¹⁸⁰ – referia-se unicamente à discriminação em função de raça ou cor, mas com a redação dada pela Lei 8.081/90, também a religião, a etnia e a procedência nacional se incluíram no texto como objeto de discriminação. Opinou assim o Procurador-Geral no sentido de que a lei ordinária, ao tipificar as práticas discriminatórias, definiu o sentido da prática de racismo, sendo todas imprescritíveis por mandamento constitucional.

Em seu voto o Ministro relator Moreira Alves traçou o objeto da discussão como sendo a definição do sentido e o alcance da expressão constitucional “racismo”, devendo a sua interpretação ser estrita:

Assim, a questão que se coloca neste “habeas corpus” é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão “nos termos da lei”, que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de “racismo”, mas, sim, que cabe a ela tipificar as

¹⁷⁹ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal. f. 527

¹⁸⁰ BRASIL (1989). **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor., *Diário Oficial da União* - 6/1/1989.

condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.¹⁸¹

Valendo-se de uma **interpretação histórica originalista**¹⁸², estratégia própria do estágio 5 de Kohlberg¹⁸³, entendeu ainda o Min. Moreira Alves que o processo constituinte traria elementos capazes de orientar a interpretação da expressão “racismo”, restringindo-a ao preconceito ou discriminação racial, *especificamente contra a raça negra*. Para tanto se valeu o ministro de recurso aos debates parlamentares em torno da emenda aditiva que deu origem ao dispositivo constitucional em questão¹⁸⁴.

Outro elemento central para a fundamentação dada pelo Ministro Moreira Alves foi o antropológico/biológico, com recurso à tradicional conceituação de raças humanas como subdivisão entre *negros, amarelos e brancos*, recorrendo à definição do filósofo italiano Nicola Abbagnano baseada em estudos biológicos e antropológicos dos anos 40 e 50 do séc. XX, para enfrentar a questão de se os judeus são ou não uma *raça*:

Hoje, o conceito de raça é considerado **unanimemente** pelos antropólogos como um recurso útil à classificação e capaz de fornecer o esquema zoológico no qual podem ser situados os vários grupos do gênero humano. **Essa palavra, portanto,**

¹⁸¹ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal. Fls. 534-535

¹⁸² Uma incisiva crítica ao originalismo e à sua concepção de democracia subjacente se encontra em DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., pp. 117 e ss.

¹⁸³ Cf. Tabela 1.

¹⁸⁴ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal. f. 536

deve ser reservada exclusivamente aos grupos humanos dotados de características físicas diferentes, que podem ser transmitidas por hereditariedade. Tais características são principalmente: a cor da pele, a altura, a conformação da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, o formato do nariz e a compleição física. Convencionou-se distinguir **três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra**, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. **Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser chamados de "raças" por nenhum motivo**; não constituem raças os italianos, os alemães, os ingleses, assim como não constituíram os latinos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça "ariana" ou "nórdica", assim como não há qualquer prova de que a raça ou as diferenças raciais exerçam algum tipo de influência nas manifestações culturais ou nas possibilidades de desenvolvimento da cultura em geral. Tampouco existem provas de que os grupos em que pode ser dividido o gênero humano diferem em sua capacidade inata de desenvolvimento intelectual-ou emocional. **Ao contrário, os estudos históricos e sociológicos tendem a fortalecer a idéia de que as diferenças genéticas são fatores insignificantes na determinação de diferenças sociais e culturais entre grupos humanos diferentes.** Foram inúmeras as transformações sociais ocorridas sem relação com mudanças raciais. Tampouco está provado que as misturas raciais produzam resultados biológicos prejudiciais. E muito provável que não haja "raça pura" e que nunca tenha havido, até onde se possa averiguar no passado. Os resultados sociais das misturas raciais, sejam eles bons ou maus, podem ser atribuídos a fatores sociais.¹⁸⁵

Recorrendo ainda a obras de antropólogos judeus e a proferimentos de rabinos sobre a questão racial, argumentos ressaltados pelos impetrantes na inicial, conclui o Ministro pela impossibilidade de se compreender juridicamente que os judeus possam ser vítimas do crime de racismo, sendo assim o conceito de raça tratado como algo a ser definido biológica e antropológicamente. Nessa base deferiu o habeas corpus para declarar a extinção da punibilidade, por não ser imprescritível o crime praticado.

¹⁸⁵ ABBAGNANO, Nicola (1998). Dicionário de filosofia. São Paulo, Martins Fontes. p. 823, grifei.

Foi o Ministro Maurício Corrêa, ao pedir vista do processo em 12/2/2002, quem primeiro levantou questionamentos quanto à exegese dada à constituição pelo relator. No tocante à vontade do legislador e da lei, levantou dúvidas sobre a possibilidade de reduzi-las à questão da raça negra, propugnando por uma interpretação *teleológica* e *harmônica* da Constituição. Questionou ainda o recurso à clássica divisão antropológica de raças, classificando-a como *ultrapassada*, e ressaltando o enorme sofrimento histórico sofrido pelo povo judeu desde os tempos bíblicos, sendo as perseguições verificáveis atualmente, inclusive no Brasil¹⁸⁶. Retomado o julgamento em abril de 2003, o Min. Maurício Corrêa confirmou a opinião sinalizada no pedido de vista, considerando insuficiente o recurso a velhas considerações antropológicas para se definir juridicamente o conceito de racismo.

3.3.2. O balanceamento de valores como fundamentação explícita na argumentação

O voto do Ministro Celso de Mello traz um elemento relevante para a argumentação empreendida no caso. Por um lado o ministro diz ser “inquestionável” a tensão dialética entre valores essenciais, e que os antagonismos devem ser resolvidos pelo STF com recurso ao “método racional” da ponderação, numa “perspectiva axiológica concreta”; por outro,

¹⁸⁶ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., fls. 546-553.

entende não haver, no caso, um real conflito entre direitos, já que a própria liberdade de expressão é submetida a “limitações externas” por normas constitucionais garantidoras da dignidade humana. Dessa forma, passa a ser um requisito da própria liberdade de expressão que seu exercício não implique na realização de práticas discriminatórias.

Valendo-se de uma linguagem típica da compreensão axiológica dos direitos fundamentais, a argumentação do ministro nesse caso aproxima-se, não obstante, de uma compreensão sistêmica da hermenêutica jurídica apta a captar o sentido complexo dos direitos num ordenamento caracterizado pela *integridade*:

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, não traduz, a meu juízo, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, **buscando inibir, desse modo, comportamento abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas**, mesmo porque a incitação - que constitui um dos núcleos do tipo penal - reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir,

concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.¹⁸⁷

Estabelecendo os argumentos que prevalecerão na decisão final, o Ministro Gilmar Mendes, em voto vista, baseia-se no princípio da proporcionalidade para a construção de sua fundamentação, não sem antes também rechaçar uma conceituação biológica para o significado jurídico de raça, afirmando ser *“pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas”*¹⁸⁸. Analisando sistemicamente o ordenamento jurídico, com especial atenção aos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil, conclui o ministro pela inviabilidade de se atribuir interpretação outra à constituição:

Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.¹⁸⁹

¹⁸⁷ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., fls. 630-31, grifei.

¹⁸⁸ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., f. 639.

¹⁸⁹ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., f. 649

Mas o ministro identifica um problema de conflito entre direitos, na medida em que “a **discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão** compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade”¹⁹⁰, e menciona decisão da Corte Européia de Direitos Humanos onde, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, se confrontou a *liberdade de expressão* com a *proibição de abuso de direito*, tendo *prevalecido*, no caso, a liberdade de expressão.

Cabe o questionamento sobre a adequação dessa descrição do problema. Trata-se de um conflito entre direitos, ou de um conflito entre pretensões e interesses? O exercício legítimo de um direito, como o da liberdade de expressão, pode configurar, *ao mesmo tempo*, uma violação de direitos, uma ilegalidade? Nesse sentido é a crítica de Marcelo Cattoni:

Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. (...) Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?¹⁹¹

Apesar da terminologia utilizada pelo ministro em sua fundamentação, entendemos que seus argumentos se mostram sólidos da perspectiva da

¹⁹⁰ BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., f. 651, grifei.

¹⁹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (2006). O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte., p. 7

justiça como correção normativa. A própria leitura do sentido a ser atribuído como constitucionalmente válido à liberdade de expressão é coerente com as exigências do ordenamento jurídico em sua integridade:

Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que **essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência**, tal como afirmado no acórdão condenatório.¹⁹²

A mesma postura se percebe na passagem de Martin Kriele transcrita no voto, ao evidenciar a conexão interna entre direitos fundamentais e democracia:

O uso da liberdade que prejudica e finalmente destrói a liberdade de outros não está protegido pelo direito fundamental. Se faz parte dos fins de um direito assegurar as condições para uma democracia, então o uso dessa liberdade que elimina tais condições não está protegido pelo direito fundamental.¹⁹³

Trata-se de um caso exemplar, mas cuja análise nem de longe esgota a possibilidade de verificação de decisões onde a noção de justiça como correção normativa opera de forma decisiva. Outro exemplo recente é a

¹⁹² BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., f.670, grifei.

¹⁹³ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980, p.475, *apud* BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal., f. 956.

decisão proferida no julgamento do HC 82.959-7/SP¹⁹⁴, onde o STF declarou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime em crimes hediondos. Da mesma forma, o princípio da proporcionalidade foi utilizado, especialmente pelo Ministro Gilmar Mendes.

Embora a fundamentação tenha sido explicitada com base na idéia de ponderação em vários casos, isso não impede que tais decisões contribuam para a integridade do ordenamento jurídico, no sentido defendido por Dworkin, de forma a que sejam preservadas como equíprimordiais tanto a idéia de justiça quanto a de segurança jurídica. Tais decisões, sendo ou não vinculantes no sentido do *common law*, constituem precedentes e desempenham papel fundamental em nossa história institucional.

¹⁹⁴ BRASIL (2006). **HC 82.959-7/SP**. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola (1998). Dicionário de filosofia. São Paulo, Martins Fontes.
- ALEXY, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa **5**: 139-151.
- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2000). *On the structure of legal principles*. Ratio Juris **13**(3): 294-304.
- ALEXY, Robert (2006). *Discourse theory and fundamental rights*. In Arguing fundamental rights. Agustín J. MENÉNDEZ and Erik O. ERIKSEN. Dordrecht, Springer: 15-30.
- BERLIN, Isaiah (2000). *the philosophers of the enlightenment*. In The power of ideas. Isaiah Berlin and Henry Hardy. Princeton, Princeton University Press: 36-52.
- BERLIN, Isaiah (2002). *Liberty : incorporating four essays on liberty*. Oxford, Oxford University Press.
- BERNSTEIN, Richard J. (1982). *What is the difference that makes a difference? Gadamer, Habermas, and Rorty*. PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association **2**: 331-359.
- BLACKBURN, Simon (1997). Realismo moral. Dicionário Oxford de filosofia. Danilo Marcondes. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed.
- BOBBIO, Norberto (2004). *A era dos direitos*. 4ª reimp. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier.
- BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.
- BRASIL (1989). **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor., *Diário Oficial da União* - 6/1/1989.
- BRASIL (2003). **HC 82424/RS**. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Limites. Ordem denegada. Relator orig.: Min. Moreira

Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal.

BRASIL (2006). **HC 82.959-7/SP**. PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. www.stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2000). *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito*. Revista de Direito Comparado 3.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2001). *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição*. Fórum Administrativo(16).

CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). *Entrevista*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais 65(4): 7-12.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). *Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional - os influxos e as repercussões da Lei nº 10.216 de 6 de abril de 2001*. Virtù(1): 1-13.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (2006). O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. (2005). *Filosofia do direito na alta modernidade - incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

CHUEIRI, Vera Karam de (2004). Before the law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Graduate Faculty of

Political and Social Science. New York, New School University. **Ph.D.:** 262.

DARNTON, Robert (2005). *Os dentes falsos de George Washington - um guia não convencional para o século XVIII*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo, Companhia das Letras.

DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

DWORKIN, Ronald (1985). *A matter of principle*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

DWORKIN, Ronald (1992). *The concept of unenumerated rights*. University of Chicago Law Review **59**: 381-432.

DWORKIN, Ronald (1996). *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*. Philosophy & Public Affairs **25**(2): 87-139.

DWORKIN, Ronald (1998). *Darwin's new bulldog*. Harvard Law Review **111**: 1718-1738.

DWORKIN, Ronald (1998). *The partnership conception of democracy*. California Law Review **86**: 453-458.

DWORKIN, Ronald (1999). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes.

DWORKIN, Ronald (2002). *Taking rights seriously in Beijing*. The New York Review of Books **49**(14).

DWORKIN, Ronald (2006). *Hart's postscript and the point of political philosophy*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press.

DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press.

DWORKIN, Ronald (2006). *Law and morals*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press.

DWORKIN, Ronald (2006). *Moral pluralism*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press.

- DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press.
- DWORKIN, Ronald, HABERMAS, Jürgen, et al. (1999). *¿Impera el derecho sobre la política?* Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella 1(1).
- FERRARA, Francesco (1963). *Interpretação e aplicação das leis*. 2ª Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor.
- GADAMER, Hans-Georg (1997). *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ, Vozes.
- GADAMER, Hans-Georg (2002). *A universalidade do problema hermenêutico*. In Verdade e método II. Hans-Georg GADAMER. Petrópolis, Vozes. 2: 255-271.
- GADAMER, Hans-Georg (2003). *O problema da consciência histórica*. 2ª ed. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro, FGV.
- GAY, Peter (1969). *The enlightenment : An interpretation: the science of freedom*. New York, W W Norton.
- GAY, Peter (1973). *The enlightenment; a comprehensive anthology*. New York, Simon and Schuster.
- GONZAGA, Tomás Antonio "Cartas chilenas (1789)." Biblioteca Virtual do Estudante de Língua Portuguesa (<http://www.bibvirt.futuro.usp.br>) **Volume**, DOI:
- GÜNTHER, Klaus (1993). *The sense of appropriateness : application discourses in morality and law*. Trans. John Farrell. Albany, State University of New York Press.
- GÜNTHER, Klaus (1995). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa(17-18): 271-302.
- HABERLE, Peter. (1997). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor.
- HABERMAS, Jürgen (13/08/2006). O caos da esfera pública. Folha de São Paulo - Caderno Mais! São Paulo.

- HABERMAS, Jürgen (1986). Law and morality. The Tanner Lectures on Human Values. Harvard University.
- HABERMAS, Jürgen (1987). *A pretensão de universalidade da hermenêutica*. In *Dialética e hermenêutica*. Jürgen HABERMAS. Porto Alegre, L&PM: 26-71.
- HABERMAS, Jürgen (1989). *Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro - Entrevista por Barbara Freitag*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 5-21.
- HABERMAS, Jürgen (1992). *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In *Dialética e liberdade*. E. STEIN and L. DE BONI. Porto Alegre, Editora Vozes: 288-304.
- HABERMAS, Jürgen (1994). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Frankfurt, Suhrkamp.
- HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen (2000). *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa and Rodnei Nascimento. São Paulo, Martins Fontes.
- HABERMAS, Jürgen (2002). *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 1ª ed. Trad. George Sperber and Paulo Astor Soethe. São Paulo, Edições Loyola.
- HABERMAS, Jürgen (2004). *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. 7. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola.
- HART, H. L. A. (1961). *The concept of law*. Oxford, Clarendon Press.
- HONNETH, Axel (2003). *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, Editora 34.
- KANT, Immanuel An Answer to the Question: What is Enlightenment? (1784)
Trad. Michael Gamer.
<http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/kant.html> (acesso em 2/1/2007).

- KANT, Immanuel (2002). *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo, Martins Fontes.
- KELSEN, Hans (1990). *On the theory of interpretation*. Legal Studies **10**(2): 127-135.
- KELSEN, Hans (1998). *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes.
- KOHLBERG, Lawrence (1958). The development of modes of moral thinking and choice in the years 10 to 16. Department of Psychology. Chicago, University of Chicago. **Ph.D.**: 491.
- KOHLBERG, Lawrence (1973). *The claim to moral adequacy of a highest stage of moral judgment*. The Journal of Philosophy **70**(18): 630-646.
- KUHN, Thomas S. (1996). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva.
- MEAD, George Herbert and MORRIS, Charles William (ed.) (1934). *Mind, self & society from the standpoint of a social behaviorist*. Chicago, Ill., The University of Chicago press.
- MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. São Paulo, Saraiva.
- MOUFFE, Chantal (1994). *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Cadernos da Escola do Legislativo **1**(2): 87-108.
- MOUFFE, Chantal (1999). *Deliberative democracy or agonistic pluralism?* Social Research **66**(3): 745-758.
- PAIXÃO, Cristiano (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte, Del Rey.
- POSNER, Richard (1998). *Against constitutional theory*. NYU Law Review **73**(1): 1-22.
- ROSENFELD, Michel (2003). *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, Mandamentos.
- ROSENFELD, Michel and ARATO, Andrew (1998). *Habermas on law and democracy : critical exchanges*. Berkeley, University of California Press.

- ROUANET, Sérgio Paulo (1989). *Ética iluminista e ética discursiva*. Revista Tempo Brasileiro 1(98): 23-78.
- ROUANET, Sérgio Paulo (1994). *As Minas iluminadas: a Ilustração e a Inconfidência*. In Tempo e história. Adauto NOVAES. São Paulo, Companhia das Letras e Secretaria Municipal de Cultura: 329-345.
- SCHLERETH, Thomas J. (1977). *The cosmopolitan ideal in Enlightenment thought : its form and function in the ideas of Franklin, Hume, and Voltaire, 1694-1790*. Notre Dame, Ind., University of Notre Dame Press.
- SCHMITT, Carl (1982). *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid, Alianza Editorial.
- STEIN, Ernildo (1987). *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia (apêndice)*. In Dialética e hermenêutica. Jürgen HABERMAS. Porto Alegre, L&PM: 93-136.