

**VERA KARAM DE CHUEIRI**

**A FILOSOFIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN COMO POSSIBILIDADE  
DE UM DISCURSO INSTITUINTE DE DIREITOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-  
Graduação em Direito. Centro de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.  
Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

Ilha de Santa Catarina  
março 1993

**VERA KARAM DE CHUEIRI**

**A FILOSOFIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN COMO POSSIBILIDADE  
DE UM DISCURSO INSTITUINTE DE DIREITOS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha  
Curso de Pós-Graduação em Direito, CCJ, UFSC  
Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior  
Curso de Pós-Graduação em Direito, CCJ, UFSC  
Profª. Dr. phil. Sonia Felipe  
Curso de Filosofia, CCH, UFSC

.....  
Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

.....  
Coordenador do CPGD-UFSC: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Ilha de Santa Catarina, 26 de março de 1993

Condenado a ser exato,  
por um tempo escasso,  
um tempo sem tempo  
como se fosse o espaço,  
exato me surpreendo,  
losango, metro, compasso,  
o que não quero, querendo.

paulo leminski

## **agradecimentos**

muitas falas significaram este trabalho: ruídos e silêncios.

todo meu carinho:

ao meu pai, Elias (Neno), a Silvia, Eliane e Fernando (Vanessa e Fernanda), aos meus tios Odete e Salim (Toio), pela intensidade dos seus carinhos e confiança neste projeto teimoso de vida.

a Katya Kozicki, por sua mais-que-interlocução. A Lilian Almeida Barra que **even miles away**, não poupou palavras nem gestos de total apoio e amizade e a Tereza Cristina de Bittencourt Marinoni, pela cumplicidade contradogmática.

aos amigos em Curitiba que com suas vindas tornaram a saudade menos dolorida: Fernando (Gui), Mil(tons), Simoni, Norminha, Rodrigo e Eduardo (temporariamente em Rio Claro). Também à Raquel e ao João pelo que tem de Leminski neste trabalho, além da competente e afetuosa revisão feita pela Raquel.

ao Tarsys e toda cia. da **belacindra: live it up !**

aos amigos do curso com quem experimentei o calor e o prazer meridional (além do vento) de viver nesta ilha e que em distintos momentos foram absolutos. Em especial: Alexandre, Ana Paula, Carlinhos, Cecília, Celso, Cláudia, Claudinha (Servilha) e Orides.

à amiga Luciane Lazarretti Bosquiroli que dividiu inquietações, risadas e muitos chocolates.

a Cristina, Sandra e Jorge (baiano): sentidos e francês absolutos.

a Aires José Rover e Maria Ghisoni Del Rio, fiéis companheiros das bolachas e do Núcleo de Informática Jurídica.

a Kris, que colaborou na tradução, e a D.Guiomar, que possibilitou o uso do micro-computador.

também a Tica, pela generosidade com que cedeu seu micro-computador para a finalização do trabalho.

às bibliotecárias da faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná pelo super acolhimento: Diamantina G.C. Amaro, Elayne M. Schlogel e Loiri A. Spader.

a Mauro Pinto Soares, colaborador do Instituto de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que se interessou pelo tema e, carinhosamente, enviou acertados artigos.

ao professor Sansão José Loureiro, da Universidade Federal do Paraná, reiterando meu inestimável débito intelectual pelas imprescindíveis horas de conversa na biblioteca da faculdade de direito, além dos livros, filmes, artigos, ...

a Ela Wiecko Volkmer de Castilho pelo exemplo de humanismo e dignidade pessoal e profissional.

ao professor Enrique Zuleta Puceiro, da Universidade Nacional de Buenos Aires, pela atenção com que separou os artigos do Dworkin (e o os cedeu), possibilitando um contato ainda maior com a sua obra.

a Luiz Alberto Warat por sua fala transgressora.

aos professores José Alcebíades de Oliveira *Junior* e Sonia Felipe pela argüição crítica e precisa. A Sonia agradeço ainda, o estímulo na pesquisa filosófica e a crença nos **democratas radicais**.

ao meu orientador e amigo, Leonel Severo Rocha, por sua contagiosa paixão pela filosofia do direito e pela dupla ousadia de dignificar uma disciplina (e uma opção de vida) difícil e incômoda para a **intelligentia** jurídica tupiniquim e fazê-lo de forma não subdesenvolvida.

à CAPES pelo auxílio concedido.

**o papel é curto. viver é cumprido.** (Paulo Leminski)

## sumário

<b>resumo</b> . . . . .	viii
<b>abstract</b> . . . . .	xi
<b>introdução</b> . . . . .	01
1. a cova da metafísica: os (des)caminhos da razão moderna . . . . .	05
1.1 o conhecimento significado pela epistemologia. . . . .	10
1.2 o conhecimento significado pela ontologia . . . . .	30
1.3 o conhecimento significado pelo <i>contínuum</i> epistemologia interpretativa- ontologia compreensiva: a possibilidade do direito como lugar privilegiado de identificação da guinada interpretativa . . . . .	51
2. a dimensão jurídico-ética da razão: a tentativa agonizante de salvação da modernidade . . . . .	62
2.1 o direito significado pelos <i>direitos</i> . . . . .	63
2.2 há sempre uma resposta certa: a melhor possível . . . . .	86
2.3 <i>a chain of law</i> ( a analogia do crítico literário com o juiz de direito ) . . . . .	89
2.4 o direito como conceito interpretativo da prática jurídica . . . . .	100
3. a filosofia do direito do eixo Harvard-Oxford: metadiscorso de legitimação do liberalismo . . . . .	127
3.1 a teoria da integridade ( Ronald Dworkin ) . . . . .	132
3.2 a teoria da justiça ( John Rawls ) . . . . .	133
3.3 a teoria do estado mínimo ( Robert Nozick ) . . . . .	139
3.4 a crítica pós-moderna ( Jean-François Lyotard ) . . . . .	145
<b>considerações finais</b> . . . . .	151
<b>anexo</b> . . . . .	155
<b>referências bibliográficas</b> . . . . .	167

## resumo

O presente trabalho pretende (re)pensar o direito como possibilidade para a constituição de uma sociedade radicalmente anti-totalitária. Seu núcleo é a filosofia jurídica de Ronald Dworkin que, partindo dos pressupostos da hermenêutica filosófica ( Heidegger e Gadamer ), da hermenêutica crítica ( Ricoeur ) e do agir comunicativo ( Habermas ), insere no discurso jurídico um novo paradigma ( hermenêutico crítico ), que servirá de base epistemológica para uma fala que nega, ao mesmo tempo, o fundamento jusnaturalista e o positivista sem, porém, se deslocar do horizonte da modernidade. A partir da análise das suas principais obras - *Taking rights seriously*, *Matter of principle e Law's empire* - se tem mais do que a proposta de uma teoria normativa para a *adjudication*, mas sobretudo a defesa intransigente dos direitos individuais, pedra de toque da moderna democracia constitucional. Assim, sua abordagem é necessariamente interdisciplinar pois significada por diversos discursos: o jurídico, o político, o ético, o estético, o filosófico ... Neste aspecto, Dworkin trabalha na perspectiva moderna dos grandes relatos, optando por um *novo* liberalismo, cujo meta-relato de legitimação é a sua filosofia. Assim também trabalham John Rawls e Robert Nozick, permitindo uma análise conjunta destes três egressos do confinamento protestante do eixo Harvard-Oxford, na medida em que crêem na revitalização e cumprimento dos direitos individuais, marco do estado liberal, espaço simbólico da democracia constitucional por eles propugnada. O que se pretende, em último caso, é uma *crítica ética da dominação*, através da qual se possa estabelecer critérios para uma dominação justa ( do Estado ). Por fim, faz-se uma crítica a este esquema com base nos pressupostos pós-modernos de descrença nos chamados grandes relatos.

## **abstract**

The present work intends to (re)view the law as a possibility to constitute a non-totalitarian society. Its core is Ronald Dworkin's jurisprudence which inserts into the legal speech a new paradigm which will work as an epistemological basis for a speech that denies, at the same time, both natural and positive law grounds without getting too far from the modernity horizon. It has as presuppositions the philosophical hermeneutic ( Heidegger and Gadamer ), the critical hermeneutic ( Ricoeur ) and the theory of communicative action ( Habermas ). From the analysis of Dworkin's main works -*Taking Rights Seriously, Matter of Principle and Law's Empire* - we have more than the proposal of a normative theory for adjudication, but above all the defense of the individual rights, that is, the main component of the modern constitutional democracy. Thus, Dworkin's approach is necessarily interdisciplinary for it is meant through several speeches: legal, political, ethical, esthetic, philosophical, ... In this sense Dworkin works in the modern perspective of the great speeches making an option for a new liberalism whose legitimation (meta)speech is his jurisprudence. John Rawls and Robert Nozick also follow this orientation allowing an assembled analysis of these three egressors of the Harvard-Oxford axis protestant confinement as they believe in the revitalization and enforcement of the individual rights, mark of the liberal state and the symbolic room of the constitutional democracy they believe. At last, what is intended is an ethical criticism of domination through which it is possible to establish criterions for a fair (state) domination. Eventually a criticism on this scheme is made, based on the post modern grounds of the disbelief of the so called great speeches.

## introdução

O sentido democrático do *discurso postular da possibilidade permanente do conflito*<sup>1</sup> é negado, constantemente, pela fala monológica das instituições. A democracia permanece encarcerada num círculo de idealizações, alterando o seu sentido mais original, que é a inscrição de um espaço vazio para realização da autonomia não tributária do contrato social, o qual funda um *território onde as diferenças são negadas e as incertezas são simbolicamente absorvidas em nome de uma lei [...]*.<sup>2</sup> Em realidade, a democracia não se divorciou do formalismo jurídico, político e epistemológico, constituinte do totalitarismo. *Le reveil des aspirations démocratiques [...] s'est fait entendre a Buenos Aires, São Paulo ou Santiago et a Budapest et Varsovie. [...] La prise de conscience du fait totalitaire a suscité la conviction que la lutte contre la dictature passait par la défense des Droits de l'homme*.<sup>3</sup>

Assim, torna-se necessário que se (re)pense o direito, como possibilidade para a constituição de uma sociedade radicalmente anti-totalitária.

Este (re)pensar parte *de novos lugares teóricos [...], sem nunca acomodar-se na tranqüilidade dos postos avançados conquistados, preferindo perante a facilidade das glórias passageiras, voltar-se para a solidão dos que carregam os enunciadores do*

---

<sup>1</sup> ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1985, p. 112

<sup>2</sup> WARAT, Luis Alberto. O amor tomado pelo amor. São Paulo : Acadêmica, 1990, p. 87

<sup>3</sup> LEFORT, Claude. Renaissance de la démocratie ? Pouvoirs, Paris, Presses Universitaires de France, n. 52, (démocratie), p. 10, 1990. [ O despertar das aspirações democráticas [...] se escuta em Buenos Aires, São Paulo ou Santiago e em Budapeste e Varsovia. [...] A tomada de consciência do fato totalitário suscitou a convicção de que a luta contra a ditadura passava pela defesa dos direitos do homem. ]

*diferente*.<sup>4</sup> O território deste trabalho é a filosofia jurídica de Ronald DWORKIN. Preliminarmente ela oferece as condições de produção de um discurso crítico, na medida em que sua fala é interdisciplinar: o direito, a moral, a política e a arte estão comprometidos na significação de um tempo, de uma forma de vida que é a modernidade. Esta *alvorada* tem o transitório, o evanescente e o contingente da atualidade, ao mesmo tempo que tem o imutável da eternidade. A proposta filosófica de DWORKIN pode ser referida como a tradução do tempo da modernidade. Entretanto, naquilo em que o tempo moderno demonstrou-se paradoxal, à medida em que o preço da objetivação histórica em estruturas racionais não resultou na emancipação da subjetividade - seja através do sujeito cognoscente, do espírito absoluto, da consciência histórica etc -, DWORKIN busca uma saída alternativa, recorrendo à filosofia mais crítica desta época: a hermenêutica.

Decorre disto a inserção no jurídico de um novo paradigma, leia-se hermenêutico-crítico, resultante de um exaustivo exercício de interação entre, sobretudo, duas tradições filosóficas altamente distintas: a hermenêutica filosófica, especialmente HEIDEGGER e GADAMER e o percurso habermasiano da teoria crítica até a teoria da ação comunicativa. Esta articulação que se faz presente na filosofia de RICOUER é a condição epistemológica para um direito que nega, ao mesmo tempo, a fundamentação positivista e a jusnaturalista, sem, porém, se deslocar do horizonte da modernidade.

Assim, este trabalho inicia-se procurando contextualizar filosoficamente a fala de DWORKIN, a partir dos movimentos *anti-metafísicos* que marcaram, de uma maneira geral, a modernidade e, através dos quais, se vem tentando salvá-la, à medida em que se busca articular e fundamentar uma concepção mais ampla de racionalidade.

---

<sup>4</sup> ROCHA, Leonel Severo, WARAT, Luis Alberto. *Contradogmáticas* - ano 10: memórias de uma utopia. Contradogmáticas. Revista internacional de filosofia e sociologia do direito, n. 09, 1991, p. 05.

A rejeição à metafísica foi obra de quase toda filosofia seguinte à era medieval. Portanto, houve que estabelecer um recorte no tratamento do tema no capítulo, tendo em vista os movimentos filosóficos que mais influenciaram o pensamento de DWORKIN.

Assim, o primeiro capítulo compreende três partes: a primeira, relativa aos movimentos antimetafísicos tributários da dicotomia clássica entre sujeito e objeto e crédulos de um projeto filosófico linear que parte do criticismo kantiano, passando pelo positivismo, por sua fase tardia, o neopositivismo lógico, até alcançar as posições pós-empiristas de POPPER e KUHN. A segunda, toma o caminho inverso da hermenêutica, partindo de RICOUER, fazendo uma pequena digressão na analítica existencial de HEIDEGGER e na hermenêutica filosófica de GADAMER, finalizando com o debate deste com HABERMAS, ou seja, no solo em que a *jurisprudence* de DWORKIN fixará suas bases. Cabe aqui analisar a possibilidade da articulação destes dois movimentos antimetafísicos, examinando, por um lado, a filosofia habermasiana e, por outro, a filosofia hermenêutica de RICOUER, bem como a viabilidade de um *continuum* entre ambas, especificamente, entre o pensamento filosófico circular e o linear, entre as concepções epistemológicas centradas na questão do sujeito e do objeto e as concepções ontológicas centradas na questão do ser, enquanto pressupostos para a filosofia jurídica de DWORKIN. A terceira e última parte introduz a *jurisprudence* de DWORKIN fazendo uma remissão à escola da filosofia da linguagem ordinária e a sua base de sustentação, que é a segunda filosofia de WITTGENSTEIN, em face dos caminhos abertos por ela, para se escapar da rota positivista na qual a teoria jurídica, maciçamente, embarcou.

O segundo capítulo parte dos três principais trabalhos de DWORKIN - *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle* e *Law's Empire* -, dando um panorama da

sua filosofia do direito a partir de determinados pontos que constituem a sua base de sustentação: a *teoria dos direitos*, a *tese da resposta certa*, a *chain of law* e o *direito como integridade*. Tal análise não é meramente descritiva, mas desde então assume o ponto de vista interpretativo-pragmático do universo das teorias jurídicas mais modernas, cujo *logos* exige uma marcha compreensiva para sua elucidação. O direito se insere no jogo da compreensão das conexões de sentido.

A filosofia do direito na perspectiva hermenêutica de DWORKIN faz parte de um projeto interdisciplinar no qual ela tem uma função legitimadora.

O terceiro e último capítulo parte dessa premissa, em que se elegem os direitos individuais como base para uma democracia efetiva, revitalizando não somente a sua noção, mas, também, a do liberalismo que lhe dá sustentação, especialmente, o (neo)liberalismo de DWORKIN, RAWLS e NOZICK. A denúncia da falibilidade destas propostas de democracia virá da crítica mais geral que se faz ao projeto da modernidade ao qual o (neo)liberalismo se alia.

O método utilizado no trabalho foi o indutivo. Partiu-se de premissas particulares, relativamente aos movimentos filosóficos que negaram a metafísica como parâmetro para o conhecimento na modernidade, para se chegar a articulação de um modelo hermenêutico-crítico capaz de dar conta de um novo paradigma para a racionalidade moderna. A filosofia jurídica de DWORKIN reúne as condições de produção deste novo discurso, na medida em que trafega, interdisciplinariamente, pelas áreas da epistemologia, da política, da ética e da estética.

Tem-se, ainda, que não é sem dificuldades que se trabalha um autor da tradição anglo-americana, tendo em vista a ausência de um agir comunicativo comum. O

discurso do autor e o discurso do trabalho não dividem a mesma comunidade de falantes. Entretanto, é justamente a busca de uma saída para este dilema, próprio de um mundo desigualmente organizado, que justifica todo o trabalho, na perspectiva de discutir ,a partir de um filósofo do direito, a possibilidade de uma racionalidade mais ampla, que sirva à constituição de um mundo socialmente mais equilibrado, igualitário e justo. Certamente tal discussão não se esgota aqui. Nem DWORKIN, nem o trabalho-dissertação tem tal pretensão.

1. a cova da metafísica:  
os(des)caminhos da razão moderna.

O abandono da metafísica como *um conceito forte de teoria, como doutrina das idéias, e como transformação do pensamento da identidade, consumado por uma filosofia da consciência*<sup>1</sup>, resulta numa série de movimentos filosóficos (pós-metafísicos) - iniciados no século XVII e que perduram até hoje -, sob a égide dos quais o pensamento moderno vem se estruturando e, ao mesmo tempo, lançando à academia e ao mundo da vida<sup>2</sup> uma série de problemas de que o mais importante não são as resoluções, mas os percursos através dos quais se chega a elas.

Com relação às ciências, especialmente às ciências sociais, em face da sua frágil e complexa cientificidade, impõe-se a delimitação do espaço epistemológico, como reação do pensamento argumentativo projetado pela modernidade.

Pois bem, a tênue demarcação desenhada pelas linhas das ciências sociais em relação ao seu estatuto epistemológico é duplamente interessante: ao mesmo tempo em que se coloca como problema a fragilizar o processo de conhecimento relacionado a este campo específico do saber é, também, seu horizonte último de sentido, na medida em

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. O pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1990, p. 43.

<sup>2</sup> *O conceito de mundo da vida, o **Lebenswelt**, foi elaborado pela fenomenologia e tem sido usado pelas correntes sociológicas que dela retiram inspiração. Para Habermas, o Lebenswelt (...) consiste (...) nas convicções não abaladas que os participantes na comunicação utilizam no processo cooperativo de interpretação. Cada um de seus elementos (...) é mobilizado na forma de um saber consentido e ao mesmo tempo problematizável. (...) é assim, o universo aceito da atividade social quotidiana, do senso comum. In: SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro : Graal, 1989, p. 153-4.*

que se resgata à ( inclui na ) ciência , sobretudo às ciências sociais, o lugar do problema, do questionamento, relativamente à pragmática, ao agir comunicacional.

O contexto aqui referido como reclamante de uma racionalidade livre de qualquer amarra metafísica é o da guinada interpretativa ( *interpretatif turn* )<sup>3</sup> em direção ao estabelecimento de um paradigma hermenêutico como método de análise do conhecimento. Este desvio indica uma profunda modificação na relação ciência - filosofia: de indicador, a filosofia passa a ser o intérprete e o guardador de lugar das ciências .<sup>4</sup>

A filosofia atualiza sua relação com a totalidade, enquanto intérprete-mediador voltado ao mundo da vida, sem que as esferas autônomas da racionalidade sejam atingidas. Isto se torna possível através da prática comunicativa cotidiana que recompõe, em equilíbrio, as esferas da ciência, da moral e da arte. A unidade projetada pela modernidade [...] *só pode ser reconquistada aquém das culturas de especialistas, por conseguinte, no cotidiano, e não além, nos fundamentos e profundezas da filosofia da razão.*<sup>5</sup>

Essa mediação entre o mundo cotidiano e os domínios da modernidade cultural encontrará, segundo HABERMAS, seu melhor caminho na filosofia pragmatista e na filosofia hermenêutica, na medida em que ambas conferem autoridade epistêmica à comunidade daqueles que cooperam e falam uns com os outros.

---

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1989, p. 38.

<sup>4</sup> HABERMAS, Consciência moral, p. 30. Ver ainda STEINER, George. As idéias de HEIDEGGER. São Paulo : Cultrix , 1982, p. 25. Segundo este autor, até mesmo HEIDEGGER propõe: A filosofia não é apenas algo racional *mas a própria guardiã da ratio*. O termo utilizado por ele é *Verwalterin*, que sugere curadoria, custódia ativa da substância herdada.

<sup>5</sup> HABERMAS, Consciência moral, p. 33.

Diante desta nova tomada de posição, valeria a afirmação de HABERMAS de que os mestres pensadores caíram em descrédito ?

Pois bem, este capítulo pretende localizar a hermenêutica - o entendimento do entendimento - enquanto reduto de um novo paradigma, a constituir-se em um novo horizonte de sentido para a relação filosofia-ciência.

Para tanto, o capítulo constituir-se-á de três momentos: [1.1] - o conhecimento significado pela epistemologia - a começar pela [1.1.1] superação da tradição fundamentalista da teoria do conhecimento de KANT, assentada nos dualismos forma-matéria, sensibilidade-entendimento, intuição-conceito, analítico-sintético, *a priori- a posteriori*, na medida em que se abre um caminho por entre as unidades constitutivas e diferenciadas da razão moderna: *entre a epistemologia e a história da ciência, entre a teoria dos atos de fala e diferentes abordagens da pragmática empírica da linguagem, entre as teorias das argumentações informais e diferentes abordagens para a investigação das argumentações naturais, entre éticas cognitivistas e uma psicologia do desenvolvimento da consciência moral, entre teorias filosóficas da ação e a investigação da ontogênese das competências da ação.*<sup>6</sup>

KANT marca de tal modo o pensamento ocidental que o período que o sucede desencadeia uma série de seguidores e de críticos, os quais, de alguma forma, tentam superá-lo, quer a partir dos seus pressupostos filosóficos, quer pela negação dos mesmos.

Da fase pós-KANT, sucedem-se as críticas empiristas do positivismo [1.1.2] e do neo-positivismo lógico ( positivismo tardio ) [1.1.3], cuja superação conduz às

---

<sup>6</sup> HABERMAS, Consciência moral, p. 31.

concepções epistemológicas pós-empiristas de Karl POPPER [1.1.4] e Thomas KUHN [1.1.5], as quais contribuíram para a ascensão do paradigma hermenêutico, na medida em que desbancaram a supremacia do neo-positivismo lógico, enfatizando por um lado o processo de crescimento do conhecimento e por outro a história da ciência.

[1.2] O segundo momento - o conhecimento significado pela ontologia - inicia-se com HEIDEGGER [1.2.1], por todo movimento de superação da metafísica por ele iniciado e, também, por seu mergulho na condição lingüística de todo pensamento e existência humana <sup>7</sup>. A ontologia heideggeriana é fundamental para uma hermenêutica que rompe com a organização linear da consciência ocidental, predominante desde PLATÃO e ARISTÓTELES. Entretanto, o discurso de HEIDEGGER limitar-se-á ao acesso à fala de Paul RICOEUR [1.2.2], através da qual tratar-se-á da aparente contradição expressa na idéia de uma *metodologia hermenêutica*, demonstrando-se que há um *continuum* entre ontologia da compreensão e metodologia da interpretação.

O resultado da articulação entre teoria ( crítica ) e hermenêutica, subjacente à tese ricoueriana de uma metodologia hermenêutica, remeterá à polêmica HABERMAS / GADAMER [1.2.3].

Não obstante os dois itens precedentes - [1.1] e [1.2] - indiquem uma mudança paradigmática, subsume-se ainda, na orientação hermenêutica, o princípio orientador da razão, a qual, além da dimensão científica, comporta uma dimensão jurídico-ética. No âmbito da sua totalidade, relacionam-se, assim, hermenêutica e

---

<sup>7</sup> Os primeiros trabalhos de HEIDEGGER, como a sua tese de livre-docência *Die Kategorien und Bedeutungslehre des Duns Scotus* [ A doutrina das categorias e da significação de Duns Escoto ], defendida em 1916, aos 27 anos de idade, sinalizam estas suas preocupações. Ver STEINER, As idéias de HEIDEGGER, p. 14 e 21.

*jurisprudência*,<sup>8</sup> de forma que o *logos* das teorias jurídicas mais modernas exige uma marcha compreensiva para sua elucidação, dado o seu universo interpretativo-pragmático.

[1.3] O terceiro momento do capítulo - o conhecimento significado pelo *continuum* epistemologia interpretativa - ontologia compreensiva: a possibilidade do direito como lugar privilegiado de identificação da guinada interpretativa - parte desta composição entre hermenêutica e *jurisprudência*, no sentido de alcançar a filosofia do direito de DWORKIN, que se constituirá no núcleo desta dissertação.

Inicialmente, [1.3.1] discutir-se-á acerca das condições epistemológicas da guinada interpretativa que caracteriza esta composição entre hermenêutica e *jurisprudência*. Também, fazer-se-á referência ao trabalho do professor Herbert L. A. HART, a quem DWORKIN sucedeu na cadeira de *Jurisprudence* em Harvard, o qual abriu as portas para a compreensão hermenêutica do direito.

HART parte do conceitual teórico da Escola da Filosofia da Linguagem Ordinária. Assim, torna-se necessário que se faça uma breve remissão à filosofia do segundo WITTGENSTEIN, residindo aí a segundo ponto a ser abordado pela terceira parte do capítulo, [1.3.2].

Pois bem, o terceiro e último ponto [1.3.3] apresenta a filosofia jurídica de DWORKIN e lhe dá as boas vindas.

## 1.1 O conhecimento significado pela epistemologia

1.1.1 Com KANT, a tarefa perscrutadora das possibilidades do conhecimento delimitou o alcance da ciência - da crítica - fundando uma teoria do conhecimento imune

---

<sup>8</sup> O termo *jurisprudência* (*jurisprudence*) será utilizado conforme o sentido da tradição jurídica anglo-americana, qual seja, o de filosofia do direito.

às questões da compreensão do ser inscritas no indizível, indecifrável e ilimitado mundo metafísico. Desta forma, a filosofia se presume um conhecimento *antes* do conhecimento, abrindo entre si e as ciências um domínio próprio do qual se vale para passar a exercer funções de dominação .<sup>9</sup>

O problema central da filosofia transcendental, qual seja, a possibilidade de um conhecimento sintético *a priori* - das condições *a priori* da experiência -, vem dizer que a realidade não se explica por si mesma, mas através de processos cognitivos que se lhe incidem: *todo conhecimento se ocupa não dos objetos mas da maneira que temos de conhecê-los*.<sup>10</sup>

O espírito fornece o instrumental necessário à razão ( pura ) quando dele advém a capacidade de receber as representações constitutivas da realidade - a intuição -, bem como a faculdade de conhecer a partir das representações - o conceito -. Intuição e conceito, através da hipótese kantiana, recebem uma qualidade que não lhes pertenciam *a priori*: a inteligibilidade, relativamente àquela, e a sensibilidade, relativamente a este. Desta forma, o limite do conhecimento humano, enquanto domínio da razão, estaria prescrito por estas duas *formas categoriais do espírito*.<sup>11</sup>

A filosofia da consciência eleva o sujeito à suprema ordem da razão, o que o marca, definitivamente, como sujeito transcendental, a divorciar a clássica virtude metafísica das possibilidades do conhecimento, as quais estão inscritas na consciência do homem, no *poder e glória* terrenos. Este sujeito torna-se, então, a base apriorística de todas as ciências objetivas, cujos fundamentos se encontram no universo maior de uma

---

<sup>9</sup> HABERMAS, Consciência moral, p. 18.

<sup>10</sup> KANT, Emmanuel. Crítica da razão pura. Rio de Janeiro : Ed. Tecnoprint, [198-], p. 46.

<sup>11</sup> ROCHA, A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar, p. 22.

filosofia, a qual se constitui em última instância de recorrência, tal qual a figura de um tribunal que vigia, julga e delibera acerca das possibilidades do conhecimento e que, por isso, lhes garante e assegura um grau de certeza que a divindade - a metafísica -, não seria capaz de assegurar.

É, pois, *no sujeito que se torna consciente de si mesmo e que vê se romperem uma após outra as figuras da consciência, que realiza-se a experiência de que aquilo que o confronta de início com algo que é em si só pode se tornar um conteúdo nas formas que o próprio sujeito comunicou antes ao objeto.*<sup>12</sup> Ou seja, para KANT, a coisa em si, o *noumeno* é incognoscível. Só se conhece algo enquanto *fenômeno*, enquanto apreensão sensível do sujeito.

A soberania das ciências é uma determinação da filosofia, tal qual pensou KANT, ao objetar tanto o racionalismo dogmático - que embora reduzisse todo o conhecimento possível à ciência, não era capaz de explicar eficazmente o fracasso da metafísica - como, também, o empirismo cético que, mesmo explicando o fracasso da metafísica, não bastava para explicar a física e a matemática.

Não obstante a tentativa kantiana de uma articulação entre sujeito e objeto, vê-se, por fim, que aquele ocupa nesta teoria do conhecimento uma posição privilegiada, na medida em que a experiência subordina-se às formas categoriais do espírito regidas pela razão.

**1.1.2** Com o positivismo e, posteriormente, com o que se convencionou chamar de empirismo científico,<sup>13</sup> ocorreram modificações na relação filosofia-ciência,

---

<sup>12</sup> HABERMAS, Consciência moral, p. 21.

<sup>13</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea. São Paulo : Ed. Universitária e Pedagógica, v. 1, 1977. p. 283-84. A primeira designação desta corrente foi a de positivismo lógico pois, originalmente, ela pretendia alcançar uma superação da metafísica através da análise lógica da linguagem. No entanto, o

na medida em que a soberania da ciência deixa de ser considerada do ponto de vista estritamente interno, para ser considerada, também, do ponto de vista externo, determinando assim o predomínio da teoria da ciência sobre a teoria do conhecimento. *O positivismo assinala o fim da teoria do conhecimento. Em seu lugar instala-se uma teoria das ciências. A questão lógico-transcendental acerca das condições do conhecimento possível visava, simultaneamente, à explicação do sentido inerente ao conhecimento enquanto tal. O positivismo amputa este questionamento; [...] Conhecimento define-se, implicitamente, pelas realizações da ciência. A questão transcendental sobre as condições de um conhecimento possível, só pode, em conseqüência, ser colocada na forma de uma inquirição metodológica acerca das regras de montagem e do controle, correspondentes às teorias científica.* <sup>14</sup> A razão se justifica não mais pelo seu caráter fundamentador, mas pela sua instrumentalidade, relativamente à adequação entre meios e fins. Perde-se a tridimensionalidade já vislumbrada por KANT - e que simboliza a modernidade - através da imagem de uma razão cognitiva-instrumental, moral-prática e estética-expressiva, pela qual se realizam, plenamente, a verdade, o justo e o belo.

Como em todo processo de positivação, ocorre aqui também uma redução do domínio da filosofia para o domínio da ciência. Esta nova dominação técnico-instrumental tem contornos políticos e ideológicos claramente delineados, não sendo à toa que o direito tenha aí encontrado seu melhor abrigo. O conhecimento barganhado como progresso científico tem seu sentido definido pelo rumo que uma dada pesquisa impõe,

---

termo positivismo não agradava grande parte dos seus representantes, em face da dificuldade que implicava o conceito de dado, sobre o qual o positivismo [ antigo ] se estruturou. Neste sentido, prefere-se utilizar o termo empirismo científico, embora se lhe refiram como neo-positivismo lógico, filosofia analítica, filosofia científica ou pesquisa de fundamentos.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro : Ed. Guanabara, 1987, p. 89.

relativamente à ciência que atende. O método elucidava tal sentido, operacionalizando a adequação entre meios e fins.

Ao circunscrever a ciência num sistema auto-compreensivo e cientificista, numa metodologia, imune à filosofia, o positivismo acaba assumindo uma postura não menos filosófica - além de política e ideológica - que as das teorias do conhecimento precedentes. Todo conhecimento possível ou é ciência formal ou ciência empírica do real.

O modo de enunciação da ciência positiva não se personifica mais na consciência, nem no espírito, recusando o corpo de um sujeito cognoscente, mas aloja-se no fato, enquanto descrição da realidade, cuja elucidação depende, exclusivamente, dos modos de proceder cientificamente; do método.

Tal método subsume um complexo de regras sem as quais lhe escaparia o rigor exigido por uma teoria da ciência que pretende ser o mais objetiva possível. *O positivismo não considera, porém, a certeza do conhecimento como exclusivamente garantida por meio do embasamento empírico; [...] ao lado da certeza sensível, é a certeza metódica.*<sup>15</sup>

As ciências particulares disponíveis como sistemas de proposições e modos de proceder, ou seja, como complexo de regras com base nas quais as teorias são construídas e controladas,<sup>16</sup> serão o referencial do saber positivo, que, assim, reduz-se a uma metodologia da pesquisa.

O antigo empirismo, do qual se está tratando por positivismo, apresenta contradições cuja tentativa de superação foi empreendida por sucessivos autores, vindo a

---

<sup>15</sup> HABERMAS, Conhecimento e interesse, p. 09.

<sup>16</sup> HABERMAS, Conhecimento e interesse, p. 90.

fundar uma linha de pensamento denominada como moderno empirismo ou empirismo científico ou, ainda, positivismo lógico.

As contradições não se referem aos pontos internos da estrutura do pensar positivista, mas atingem as suas bases, pois vinculam ciência e filosofia e, ainda, ciência e metafísica.

O conhecimento ( científico ) se ampara na razão técnico-instrumental do progresso científico - o qual ocupa o lugar do sujeito cognoscente -, sendo somente possível no sistema das ciências empíricas. Essa substituição do sujeito que pensa pelo estado de desenvolvimento das ciências, implica numa mudança substantiva da relação de produção do saber: de teórica-cognitiva, ela passa a ser metodológica. Paradoxalmente, ao relacionar a ciência ao progresso científico, o positivismo revitaliza a reflexão acerca da história da pesquisa, bem como das conseqüências sociais do progresso científico, tendo para isso, que recorrer à filosofia da história. Neste sentido, conforme esclarece HABERMAS, <sup>17</sup> o positivismo aparece, pela primeira vez - leia-se em COMTE - na forma de uma nova filosofia da história; vale dizer, oculta-se atrás da auto-compreensão das ciências, uma construção histórica que a fundamenta. *O sentido da ciência só pode ser elucidado no processo de surgimento da pesquisa moderna e nas funções sociais de uma práxis investigatória [...] Metodologia das ciências e racionalização cientificista da praxis [...] devem interpretar-se reciprocamente.* <sup>18</sup>

Para o positivismo, o saber ( científico ) não pode se referir à essência, na medida em que esta é considerada como mera aparência. Deve, pois, ser objetivo; referir-

---

<sup>17</sup> HABERMAS, Conhecimento e interesse, p. 92.

<sup>18</sup> HABERMAS, Conhecimento e interesse, p. 93.

se à realidade dos fenômenos; aos fatos revelados pela experiência, o que resulta no aniquilamento do lugar da metafísica.

Entretanto, há um momento em que o positivismo recorre às conceitualizações metafísicas para se fazer expressar. Isso ocorre quando as regras metodológicas que servirão à definição de ciência são escolhidas a partir de uma pré-compreensão de ciência. Como neste momento o sistema - que posteriormente torna-se fechado e auto-referente - não está ainda constituído, é fora dele que esta pré-compreensão será buscada. Ela é o resultado do procedimento crítico da auto-delimitação da ciência em face da metafísica. Ou seja, reprimida a teoria do conhecimento, não há outro sistema de coordenadas disponível para um critério demarcatório entre ciência e metafísica, senão aquele da própria metafísica.<sup>19</sup>

**1.1.3** O empirismo moderno, ou positivismo lógico, edifica um sistema sofisticado e radical de combate à metafísica, relativamente ao conhecimento científico. A sua atitude não só contesta a fundamentação do conhecimento sobre as bases apriorísticas da metafísica clássica e da metafísica de segundo grau de KANT,<sup>20</sup> como também procura resolver o dilema do positivismo, quando este recorre às conceitualizações metafísicas para se fazer compreender.

Assim, o positivismo lógico se erige com a preocupação não só de fundamentar epistemologicamente o conhecimento, ou seja, de *postular para suas pesquisas o mesmo caráter rigorosamente científico das ciências particulares [...] através*

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Conhecimento e interesse, p. 100.

<sup>20</sup> HABERMAS, O pensamento pós-metafísico, p. 22. A metafísica surgira como ciência do geral imutável e necessário; a partir de agora ela só pode encontrar um equivalente numa teoria da consciência, a qual fornece as condições subjetivas necessárias para a objetividade de juízos gerais, sintéticos e *a priori*.

*da exigência de que todas as proposições sejam intersubjetivamente verificáveis,* <sup>21</sup> mas, também, de expressá-lo com o máximo de rigor lógico, recorrendo para isso, ao método lingüístico: *onde não há rigor lingüístico, não há ciência.* <sup>22</sup>

Esta corrente teve no *Círculo de Viena* a sua maior expressão, não obstante tenham os seus integrantes diferenças doutrinárias, de modo a não ser possível referir-se ao *Círculo* como uma doutrina filosófica unificada. Mesmo assim, havia um objetivo central para o qual convergiam, finalmente, todas as discussões empreendidas: [...] *en nuestras discusiones en el Círculo de Viena, [...] la solución de los problemas filosóficos radicava en el lenguaje, no en el mundo, estos problemas debían ser planteados, no en el lenguaje objeto, sino en el metalenguaje [...].* <sup>23</sup>

A consecução de uma ciência depurada dos resíduos metafísicos, através de um método lógico-lingüístico de análise, resultava no estabelecimento de determinados dogmas, tais como *rigor discursivo ( verdade semântica ), objetividade e neutralidade.*

CARNAP, talvez a maior *fala* do positivismo lógico, dizia que a linguagem natural, através da qual a comunicação é possível, não possui, além das suas manifestações sígnicas - sons, gestos, sinais etc e situação significativa ( fenômeno, fato, situação etc ) -, critérios internos seletivos que direcionem o seu uso, de modo a evitar a formação de seqüências de palavras desprovidas de significado, ainda que gramaticalmente corretas. Assim, faz-se necessário que, além da coerência sintática - da

---

<sup>21</sup> STEGMÜLLER, A filosofia contemporânea, p. 275.

<sup>22</sup> WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 37.

<sup>23</sup> CARNAP, Rudolf. Carnap's Intellectual Autobiography, the Philosophy of Rudolf Carnap, P.A. Schlipp (ed.), Open Court, La Salle, 1963. Citado por, Katz, Jerrold J. Filosofia del lenguaje. Barcelona : Ediciones Martinez Roca, 1971. p. 37.

correta relação dos signos entre si - exista uma coerência semântica, a qual só pode ser perfeitamente obtida, através da construção de uma linguagem artificial.

Esta ciência/linguagem artificial-ideal pressupõe que todo enunciado seja semanticamente dotado de sentido, ou seja, que haja relação entre os signos e os objetos aos quais eles se referem, segundo uma condição de verdade que diz respeito à possibilidade de verificação factual do enunciado: *uma expressão lingüística, bem formulada sintaticamente, é semanticamente verdadeira se pode ser empregada para subministrar uma informação verificável sobre o mundo, ou seja, se tem correspondência com os fatos, se sua situação significada é aceita como existente.*<sup>24</sup> A estruturação da linguagem que atende a estas regras teóricas postula uma objetividade que, em realidade, encobre as *relações perigosas* que o significado estabelece em outros níveis lingüísticos.

A verdade, como condição de sentido do positivismo lógico, é objetiva; vincula-se à possibilidade de verificação empírica de um dado enunciado. Isto a distingue da verdade subjetiva implícita nas crenças, opiniões e valorações, cuja verificabilidade extrapola os domínios da experiência. No direito, por exemplo, a verdade objetiva suscita o sentido vazio do conceito de justo.

Disto depreende-se que todo enunciado científico será neutro, ou seja, depurado de toda e qualquer inferência que não atenda às regras de significação do positivismo lógico.

A solução das\às contradições surgidas na base do positivismo antigo fundamenta-se através dos recursos que ele próprio fundou e operacionalizou no estabelecimento da sua doutrina : redução teórica e sistematicidade. Ou seja, com este

---

<sup>24</sup> WARAT, O direito e sua linguagem, p. 40.

legado, o positivismo lógico pôde reduzir a teoria da ciência a uma teoria da linguagem, encerrada num sistema fechado e auto-referente, onde não se corre o risco da utilização de conceitualizações metafísicas, na medida em que todo enunciado terá como referência um outro, dentro da mesma esfera epistemológica. A ciência/linguagem se explica através de uma outra linguagem e assim sucessivamente. *Em outras palavras, a metalinguagem forneceria as regras de controle dos processos de elucidação e de transformação das linguagens da ciência.*<sup>25</sup>

Com isso, o positivismo lógico elabora uma concepção de ciência mais eficaz em relação à supressão de qualquer inferência de ordem metafísica ou ideológica, capaz de ameaçar a verdade, a objetividade e a neutralidade do conhecimento por ela produzido. Isso, porém, não elimina a existência de contradição: ela existe na crença da identificação do referente puro com ciência desideologizada.

As teses sustentadas pelo positivismo lógico exerceram uma influência bastante significativa no pensamento científico do primeiro quarto deste século, perdurando em certos setores - no Direito, por exemplo - até os dias de hoje. Das críticas que, efetivamente, abalaram a sua supremacia, destacam-se as concepções pós-empiristas de Karl POPPER e Thomas KUHN, cujo posterior debate possibilitou a instituição de um espaço no qual a hermenêutica se estabelece como um novo paradigma para se pensar a relação filosofia-ciência.

**1.1.4** POPPER, conforme ele próprio assevera, é um filósofo de senso comum e um realista de senso comum. Este é o ponto de partida para a compreensão do conhecimento objetivo pelo qual ele propugna, como também, para a contraposição deste

---

<sup>28</sup> WARAT, O direito e sua linguagem, p. 49.

ao empirismo cético, ao criticismo kantiano, ao empirismo antigo ou positivismo e ao empirismo científico ou positivismo lógico.

O senso comum ao qual POPPER se refere não se confunde com o senso comum subjetivista de que parte a indução - Teoria do Balde Mental -, segundo o qual *nada há em nossa inteligência que não haja entrado nela por meio dos sentidos.* <sup>26</sup>

O alvo inicial da crítica popperiana remonta ao indutivismo de HUME, qual seja, a um tipo de raciocínio que parte de inferências particulares evidenciáveis, formuladas em atenção a expectativas pessoais, as quais tomam por base o hábito e o costume gerados pela repetição, para então chegar a generalizações.

A repetição, mesmo não tendo força como argumento, domina o conhecimento. Esta constatação custou a HUME a pecha de cético e irracionalista. O seu ponto de vista é o de que o problema da indução tem uma forma lógica e outra psicológica. Quanto à primeira, HUME responde negativamente, ou seja, não há como justificar racionalmente a repetição enquanto produtora do conhecimento. Quanto à segunda, HUME responde positivamente, ou seja, crê-se - leia-se, conhece-se - a partir de expectativas formadas pelo hábito, pelo costume e pelo condicionamento da repetição.

KANT, segundo POPPER, tenta justificar e salvar a indução, ao atribuir validade *a priori* ao conhecimento sintético. Isto lhe dava a garantia de um conhecimento racional, ou seja, certo, seguro e verdadeiro, tal como a asserção de que o sol nasce todos os dias. O contra-argumento de POPPER é o da falibilidade de um conhecimento baseado em regularidades. Ou seja, o fato destas constituírem um *a priori* na medida em que são

---

<sup>26</sup> POPPER, Karl. Conhecimento objetivo. Belo Horizonte : Ed. Itatiaia, São Paulo : Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 14.

inatas e baseadas em impulsos e instintos, não significa sejam válidas *a priori*; elas podem falhar: o sol pode não nascer em Londres amanhã !

O problema da indução traduzido por KANT como problema de HUME, traduz-se em POPPER como problema de demarcação, o qual diz respeito ao estabelecimento de um critério diferenciador entre as ciências empíricas e as pseudo-ciências, especialmente a metafísica. *A principal razão para que os epistemologistas de tendências empiristas propendem para o " método de indução " está [...] em crerem que só tal método pode oferecer um critério adequado de demarcação. Isso se aplica, de maneira especial, aos empiristas que seguem a bandeira do " positivismo " .*<sup>27</sup>

O positivismo antigo, ao reduzir a teoria do conhecimento à teoria da ciência - com a proposta de eliminar toda e qualquer inferência metafísica -, achou ter resolvido o problema da indução, definindo como científicos somente os conceitos derivados da experiência, cuja elucidação concerniria ao método, consideradas suas regras de alta precisão e certeza; seu total *conteúdo de verdade*.

O positivismo moderno, ao enfatizar a necessidade do rigor lingüístico, além do metodológico, entende que a ciência não é um sistema de conceitos, mas, antes, de enunciados. Assim, são admitidos como científicos [...] *tão somente os enunciados redutíveis a enunciados elementares ( ou atômicos ) da experiência.*<sup>28</sup>

A persistir o método da lógica indutiva, o qual subsume uma prática de redução e uma regressão infinita, o problema da demarcação será sempre mal resolvido. POPPER enfatiza isso, ao demonstrar através do critério de significatividade de

---

<sup>27</sup> POPPER, K. A lógica da pesquisa científica. São Paulo : Cultrix, 1989, p. 35.

<sup>28</sup> POPPER, A lógica da pesquisa científica, p. 35-6.

WITTGENSTEIN ( fase Tractatus ),<sup>29</sup> que o positivismo, com sua obsessão em aniquilar a metafísica, acaba aniquilando, também, as ciências naturais, pois, uma vez reduzidas as leis naturais em enunciados elementares, estas tornam-se sem sentido. *O critério indutivo de demarcação falha no traçar uma linha divisória entre sistemas científicos e metafísicos e porque esse critério deve atribuir a ambos igual status; [...] o veredito decorrente do dogma positivista relativo ao significado é o de que ambos são sistemas de pseudo-enunciados, destituídos de sentido. Assim, em vez de afastar a metafísica das ciências empíricas, os positivistas levam à invasão do reino científico pela metafísica.*<sup>30</sup>

Desde então, é possível verificar na crítica popperiana indícios do senso comum do qual ela parte. Em realidade, não se avança muito além dos indícios, na medida em que é sobre a vagueza e a insegurança que os pontos de partida se estruturam. Não interessam a POPPER definições ( significados ); o conhecimento não necessita ser justificado - quer através de uma teoria do conhecimento, quer através de uma teoria da ciência - mas sim, ter clarificado o seu processo de crescimento. Para tanto, é imprescindível que se abandone a certeza enquanto base segura de conhecimento, na medida em que o caráter estável dos pontos de partida, obstaculiza qualquer tipo de progresso; *o erro central da teoria do conhecimento - da Teoria do Balde Mental - é a procura da certeza.*<sup>31</sup>

O conhecimento objetivo é conjectural. Ele não habita o corpo de um sujeito cognoscente ou qualquer sucedâneo seu; está nos livros, artigos, etc, nas prateleiras das bibliotecas. São as teorias que constituem a chamada ciência empírica, cujo método só é

---

<sup>29</sup> Toda proposição significativa deve ser logicamente reduzível a proposições atômicas ( enunciados elementares ).

<sup>30</sup> POPPER, A lógica da pesquisa científica, p. 38.

<sup>31</sup> POPPER, Conhecimento objetivo, p. 68.

possível através de uma lógica dedutiva. *O conhecimento no sentido objetivo é conhecimento sem conhecedor; é conhecimento sem sujeito que conheça.* <sup>32</sup>

O critério de demarcação que segue a lógica dedutiva é o da falseabilidade e, por isso, difere daquele inerente à lógica indutiva, o qual *equivale ao requisito de que todos os enunciados [...] devem ser suscetíveis de serem julgados com respeito à sua verdade ou falsidade, [...] devem ser conclusivamente julgáveis.* <sup>33</sup> (sem grifo no original)

Depreende-se disto, que qualquer sistema teórico será validado através da sua constante submissão a provas que tentarão refutá-lo. Enquanto resistir à bateria de provas, o sistema teórico permanece como a melhor resposta naquele dado tempo e naquele dado momento: toda teoria é conjectural e sua verdade apenas aproximada.

POPPER parte da teoria de senso comum da verdade de TARSKI, segundo a qual a verdade é a correspondência com os fatos, ou seja, com a realidade. Assim, uma teoria é verdadeira se, e somente se, corresponder aos fatos. <sup>34</sup> Verdade e falsidade são encaradas aqui enquanto classes de asserções de teorias de certa linguagem-objeto da qual se pode falar em outra linguagem ( metalinguagem ). A recorrência a diferentes níveis lingüísticos é que torna possível a correspondência entre asserção e fato. O fundamental da teoria de senso comum da verdade de TARSKI é sua noção de verdade objetiva ou absolutista e não absoluta; ou seja, verdade aqui não significa absoluta certeza ou segurança, não implica num critério geral e universal. *A idéia de verdade é absolutista*

---

<sup>32</sup> POPPER, Conhecimento objetivo, p. 111.

<sup>33</sup> POPPER, A lógica da pesquisa científica, p. 42.

<sup>34</sup> POPPER, Conhecimento objetivo, p. 51.

*mas não pode fazer qualquer alegação de certeza absoluta; somos buscadores da verdade mas não somos seu possuidores.* <sup>35</sup>

Esta noção de TARSKI de uma verdade desdogmatizada, combinada com sua noção de conteúdo lógico de uma asserção (ou classe de todas as asserções ou classe de conseqüência), conduz POPPER a formular sua noção de verdade aproximada ou verossimilitude. Neste sentido, conteúdo de verdade é a classe de todas as asserções verdadeiras que decorrem de uma asserção e que não são tautológicas (de conteúdo diferente de zero). Partindo deste mesmo raciocínio, a classe de todas as asserções falsas decorrentes de uma asserção, corresponde ao *conteúdo* de falsidade. (POPPER ressalva aqui, a não correspondência deste conteúdo às propriedades do conteúdo tarskiano, não obstante utilize o termo). Disto decorre que a *verossimilitude de uma asserção será exposta como aumentando com seu conteúdo de verdade e decrescendo com seu conteúdo de falsidade.* <sup>36</sup>

O método de conjecturas ousadas e refutações tentadas empreendido pela ciência empírica deve ter como base lógica esta noção de verossimilitude, ou seja, de melhor aproximação da verdade. Isto subentende teorias concorrentes e a constatação de crescimento linear do conhecimento.

**1.1.5** A opção por uma análise que prioriza a clarificação do processo de crescimento (acúmulo) do conhecimento em detrimento da sua justificação é reiterada, ainda que de maneira diversa, por Thomas KUHN, a dismantelar as concepções positivistas de uma ciência nomológica <sup>37</sup> e unificada, cujo desenvolvimento subsume

---

<sup>35</sup> POPPER, Conhecimento objetivo, p. 53.

<sup>36</sup> POPPER, Conhecimento objetivo, p. 54.

<sup>37</sup> O conhecimento nomológico-instrumental concerne às coisas e eventos pressupostos na explicação causal das ciências naturais. Significa, pois, a existência de lei, universalmente válida, através da qual

uma acumulação linear e contínua do saber, à qual a própria ciência vem referir-se como *progresso científico*.

A recorrência à história da ciência como lugar privilegiado, a partir do qual se deve discutir e operar uma transformação conceitual em relação ao conhecimento científico, foi revolucionária no próprio sentido kuhniano do termo - a circularidade está na base do seu pensamento -, *ao subverter a divisão positivista entre epistemologia e sociologia da ciência*.<sup>38</sup> A historiografia tradicional, baseada na linearidade sem traumas e acumulação dos fatos descritos nos livros, museus, etc..., não considera como fundamentais os aspectos sociológicos e psicológicos de uma dada comunidade. Isto respeita o mito da neutralidade em ciência que é um dos dogmas do positivismo, contra o qual insurge-se KUHN, ao inscrever a noção de ciência nos registros históricos da própria atividade de pesquisa dos cientistas. *KUHN examina os fenômenos da ciência natural [...] para ver o processo científico em termos de ação tipicamente humana, que se manifesta na história do nosso planeta*.<sup>39</sup>

Assim, o ponto de partida de uma história da ciência que é prescritiva indica o rompimento com um tipo de visão dicotômica, típica do positivismo, que, ao compartimentalizar o saber, inibe a interdisciplinariedade. Conclusões tradicionalmente consideradas como pertencentes à epistemologia ou à lógica alcançam a história das ciências, a metodologia, etc...

---

seria possível explicar os fenômenos ocorridos, desde a sua causalidade, desprezando o plano da ação em que tais fenômenos sucedem e a partir do qual o conhecimento se produz; por conseguinte, desprezando agentes, motivos e intenções.

<sup>38</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*, p. 132.

<sup>39</sup> STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea*. São Paulo : Ed. Pedagógica e Universitária, v. 2, 1977, p. 355.

Compreender esta interdisciplinariedade no pensamento de KUHN exige um raciocínio circular, que joga para as respostas problemas que são ao mesmo tempo anteriores e se colocam na origem das próprias questões. Neste sentido é que a história passa a ser decisiva para a determinação da ciência, na medida em que conduz ao questionamento da própria possibilidade de se formular uma *teoria da ciência*.

O conhecimento científico é assim, um processo dinâmico relativamente às realizações da ciência e cujo crescimento não se dá por acumulação, nem por continuidade, mas por saltos qualitativos. Não há um arcabouço teórico anterior, uma filosofia, que justifique tais saltos, senão fatores psicológicos e sociológicos inerentes à comunidade científica através da, e na qual a ciência, se realiza.

A dinâmica da teoria de KUHN tem como eixo principal o conceito de paradigma. Segundo um sentido mais amplo, *indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc..., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada*. Mais restritamente, *denota um tipo de elemento desta constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal*.<sup>40</sup>

A ciência à qual KUHN refere-se como normal *significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações passadas*<sup>41</sup> - paradigmas - , a qual se presta à resolução de determinadas categorias de problemas - quebra-cabeças - que se lhe insurgem no curso do seu desenvolvimento.

---

<sup>40</sup> KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo : Ed. Perspectiva, 1990, p. 218.

<sup>41</sup> KUHN, A estrutura das, p. 29.

O paradigma adquire seu status em face do seu melhor desempenho na resolução dos problemas surgidos e considerados como graves numa determinada comunidade científica. Seu sucesso é, a princípio, uma promessa de sucesso, cuja atualização se obtém, *ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como relevantes, aumentando-se a correlação entre estes fatos e as previsões do paradigma e articulando-se, ainda mais, no próprio paradigma.* <sup>42</sup> Nisto consiste a ciência normal.

Não obstante a ciência normal limite-se ao cotidiano da atividade científica, restringindo a visão do cientista, especialmente pela sua confiança no paradigma, é a partir das anomalias que aparecem no seu curso - problemas cujas resoluções não se encontram no paradigma - acusando o esgotamento do paradigma, que acontecerão os saltos qualitativos.

A fase de crise que sucederá, implicará na busca de um novo paradigma, o qual surgirá como novidade fática - descoberta - ou teórica - invenção. Nesse período a ciência é extraordinária e a renúncia ao paradigma que conduziu à crise não é imediata, mas somente quando do surgimento do novo paradigma. *Rejeitar um paradigma sem substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência.* <sup>43</sup> O surgimento do novo paradigma acontece, normalmente, antes do amadurecimento da crise, bem como do seu notório reconhecimento. No entanto, somente quando efetuada a sua transição é que se tem caracterizada a revolução científica. A sua escolha diz respeito à capacidade de conversão das sucessivas teorias, que se dá por persuasão. A considerar a incomensurabilidade dos pontos de vistas, que torna impossível a comunicação entre teorias competidoras, é

---

<sup>42</sup> KUHN, *A estrutura das*, p. 44.

<sup>43</sup> KUHN, *A estrutura das*, p. 110.

necessário que haja a conversão, o que significa compreender as teorias a partir dos seus próprios pressupostos, prevalecendo a que tiver melhor argumentos; a que melhor convencer. Não há, entretanto, uma lógica inerente à técnica de persuasão. *Cientistas individuais abraçam um novo paradigma por toda sorte de razões e normalmente por várias delas ao mesmo tempo.* <sup>44</sup>

A idéia de progresso científico só pode ser compreendida a partir da idéia de revolução científica. Segundo KUHN, não é possível furtar-de à necessidade de tais revoluções, conforme assevera o positivismo de uma maneira geral, ao não admitir o conflito de uma teoria aceita com qualquer outra posterior *que realizasse previsões sobre alguns dos mesmos fenômenos naturais por ela considerados.* <sup>45</sup> A consequência de uma mudança paradigmática é revolucionária, não só pelas alterações conceituais que produz em relação ao conhecimento científico, mas sobretudo pela nova visão de mundo que estabelece. Ao contrário das tendências predominantes em ciência, inclusive as mais atuais - aqui começa o debate com POPPER -, o progresso científico, para KUHN, prescinde da busca da verdade, ou da sua melhor aproximação, para ser reconhecido. Prescinde da visão teleológica onde o processo de desenvolvimento é evolução-em-direção-ao-que-queremos-saber, em prol de uma evolução-a-partir-do-que-sabemos. <sup>46</sup>

POPPER e KUHN não discutem com a metafísica. Partem da premissa inaugurada pelo empirismo, segundo a qual o conhecimento define-se pelas realizações da ciência. Entretanto, afastam-se daquele, pois não pretendem fundar uma teoria da ciência, desconfiando de um tal empreendimento. *Procurar regras para a inferência indutiva, é o*

---

<sup>44</sup> KUHN, *A estrutura das*, p. 193.

<sup>45</sup> KUHN, *A estrutura das*, p. 132.

<sup>46</sup> KUHN, *A estrutura das*, p. 214.

*mesmo que procurar quimeras.* <sup>47</sup> Não obstante, constroem uma nova concepção de ciência, na qual o modo de aquisição do conhecimento pressupõe um processo dinâmico, buscado na História que, ao mesmo tempo que descreve fatos, revela o espírito da vida científica real. Ambos rejeitam a visão de que a ciência progride por acréscimo e relevam o processo pelo qual uma teoria mais antiga é rejeitada e substituída por uma nova e incompatível. <sup>48</sup> Além disso, reconhecem a ligação íntima entre observação e teoria e rejeitam a possibilidade de uma linguagem neutra em ciência para análise e descrição dos fatos.

As divergências transitam em torno da racionalidade que POPPER atribui ao método dedutivo e do talvez irracionalismo de KUHN ao não admitir uma lógica para o processo de desenvolvimento do conhecimento, senão fatores subjetivos; os mesmos pelos quais uma teoria ganha o *status* de paradigma. Nesta esteira, seguem os critérios de demarcação de ambas as teorias: a falseabilidade ( critérios de prova ) *versus* a solução de enigmas. Embora ambos busquem resultados semelhantes, diferem quanto ao processo de aplicação. Poder-se-ia dizer que POPPER anda na contra-mão do sentido de KUHN; enquanto este afirma, ao buscar soluções, aquele falseia e refuta.

Segundo KUHN, nenhuma teoria resolve todos os problemas com os quais se defronta, o que significa que seu próprio fracasso não pode ser aferido pela falsificação, mas somente o fracasso do pesquisador. Um erro na teoria não a inutiliza completamente.

POPPER, no entender de KUHN, só faz referência à ciência extraordinária, desconsiderando os períodos da ciência normal. *O discurso crítico só reaparece em*

---

<sup>47</sup> STEGMÜLLER, A filosofia contemporânea, p. 360.

<sup>48</sup> KUHN, Thomas. A tensão essencial. Lisboa : Edições 70, 1990, p. 324.

*momentos de crise [...]* <sup>49</sup> Ou pior, confunde-as, na medida em que suas considerações acerca da prova só são possíveis nos períodos de ciência normal, não obstante sejam aplicadas tendo-se em mente a ciência extraordinária.

O método, em ciência, concordam POPPER e KUHN, não conduz a resultados conclusivos. Tudo é conjectural. Se, por um lado, KUHN vê contradição na teoria popperiana ao entender a falsificação ( seu critério de demarcação ) como impugnação conclusiva, por outro a contradição também existe na teoria de KUHN, quando ele próprio pressupõe uma certa racionalidade no seu subjetivismo.

A esta *démarche*, segue a segunda parte deste capítulo, cuja abordagem pretende complementar o amplo contexto a partir do qual a hermenêutica se estabelece enquanto lugar/discurso ( *locus/logos* ) privilegiado para a relação não hierarquizada entre filosofia e ciência, característica da interdisciplinariedade, e fundamental para o tipo de sensibilidade que gera em relação a cada ciência particular; no caso específico, para o direito.

## 1.2 o conhecimento significado pela ontologia.

A superação da metafísica não foi - ou não tem sido - tarefa exclusiva do pensamento cientificista referido na primeira parte do capítulo, mas também do pensamento filosófico propriamente dito, levado a cabo, sobretudo, pela ontologia fundamental e pela virada paradigmática que ela inaugura, a partir de HEIDEGGER .

Entretanto, ver-se-á que a questão hermenêutica não se reduz ao limite de uma ontologia, da filosofia propriamente dita, mas contém em si ingredientes metodológicos, ainda que grande parte dos autores que o abordam negue o

---

<sup>49</sup> KUHN, A tensão essencial, p. 331.

entrelaçamento através de uma visão dicotômica, onde só ocorre comunicação quando do antagonismo, da mútua negação entre ontologia e epistemologia - filosofia e ciência . Neste sentido, discutir-se-á, a partir da obra de Paul RICOEUR, a questão própria da interpretação, na tentativa de mostrar que há um *continuum* entre ontologia da compreensão e epistemologia da interpretação. Esta vertente interpretativa é tributária da fenomenologia, que também tentou superar este modelo, no qual a filosofia é o juiz de todas as ciências e dela própria ( com relação às questões intersticiais da própria *razão pura* ). Assim, faz-se necessária uma breve incursão pelo pensamento de HEIDEGGER [1.2.1], na medida em que tanto a teoria da interpretação de RICOEUR quanto a de GADAMER lhe são tributárias, tendo sofrido sua influência direta, sobretudo do *Dasein*, que constitui o núcleo do seu pensamento. Não obstante, é através do próprio *Dasein* heideggeriano que se retomará RICOEUR [1.2.2], no ponto em que ele procura superar a auto-compreensão ontológica da hermenêutica de HEIDEGGER.

No plano específico da sua teoria da interpretação, distinguir-se-ão dois momentos significativos: a dialética entre compreensão e explicação e a dialética entre distanciamento produtivo e apropriação, os quais repercutirão, conseqüentemente, na relação entre teoria crítica e hermenêutica, emergindo, daí, a controvérsia HABERMAS / GADAMER [1.2.3].

**1.2.1** No plano das ciências a hermenêutica permanece sob o jugo da problemática do método que, invariavelmente, busca responder a questão de *como* ( através de quais procedimentos ) se conhece. Entretanto, o empreendimento epistemológico oblitera a questão do ser, tão cara à metafísica, em favor da questão sujeito-objeto. Portanto, cumpre remeter a HEIDEGGER, na medida em que se desloca a hermenêutica para uma fundamentação ontológica fundada na fenomenologia, na arte de

desvelar aquilo que, cotidianamente, se oculta a si mesmo: o exercício de transcendência. O método fenomenológico exige que se dê um passo para trás dos fenômenos onde as ciências se movem, para alcançar o âmbito no qual o fenômeno é, antes, aquilo que oculta.<sup>50</sup>

Segundo RICOEUR, há duas maneiras de fundar a hermenêutica na fenomenologia: uma delas empreendida por HEIDEGGER, à qual ele se refere como *via curta*<sup>51</sup> e que constitui uma ontologia da compreensão e outra, empreendida por ele ( RICOEUR ), a *via longa*, a qual será analisada num segundo momento.

HEIDEGGER procura pensar a co-pertinência entre o homem e a realidade em outros termos que não a relação sujeito-objeto. A realidade não pode ser tomada a partir da compreensão do ser da modernidade traçada pela filosofia do sujeito, mas, sim, da compreensão do homem que se revela na sua existência sendo (todo o lugar da realidade). HEIDEGGER faz analítica existencial e não existencialismo, na medida em que pensa o ser não como sujeito, mas como *ser-aí*, *ser-no-mundo*, *Dasein*.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Ao tratar da sentença de Anaximandro, HEIDEGGER vai dizer que é necessário *que nosso pensamento mesmo se traduza ( transporte ) antes de toda tradução, para aquilo que foi dito em grego*. O traduzir pensante para dentro daquilo que emerge na palavra da sentença é o salto sobre um fosso. Este não apenas subsiste como distância cronológico-histórica de 250 anos. *O fosso é mais largo e profundo. Ele oferece dificuldades para ser transposto, porque estamos muito próximos de sua borda. Estamos tão próximos do fosso que não podemos tomar nenhum impulso suficiente para o salto e a amplitude do salto e por isso saltamos facilmente muito curto, supondo naturalmente que a falta de uma base suficientemente firme permita realmente um salto*. Assim, para cair no ponto da questão é preciso dar um passo para trás e então saltar e alcançar a realidade na perspectiva do seu fundamento. v. HEIDEGGER, Martin. A sentença de Anaximandro. Pensadores. São Paulo : Abril Cultural, vol. Os pré-socráticos, 1973, p. 23.

<sup>51</sup> RICOEUR, Paul. O conflito de interpretações. Rio de Janeiro : Imago Editora, 1978, p. 09.

<sup>52</sup> Um ente que indaga ou questiona o Ser, interrogando em primeiro lugar o seu próprio *Sein*, é um *Da-Sein*. O homem é homem porque é um "ser-aí", um "é-aí". O ôntico realiza *Da-Sein* indagando o ontológico. E fá-lo, única e necessariamente, por meio da linguagem. A este respeito ver STEINER, As idéias de, p. 73. O homem é todo o lugar da realidade; ele é; o ser do *Dasein* é a **existência**: *extase, estático, ek - sistencia, ek - stage* [ser aí / pre-sença]

A ontologia da compreensão diz respeito à ontologia desse ser finito, na qual o compreender rompe com o método, pois constitui-se num modo de ser, em detrimento de um modo de conhecimento. Nega-se a pressuposição de uma hermenêutica compreendida como epistemologia. Ao vincular a questão da compreensão à relação do ser com o mundo HEIDEGGER despsicologiza o compreender, mundanizando-o. As ciências, segundo esta visão ontologizante, estão antes ancoradas em contextos existenciais concretos.

A constante e recorrente pergunta acerca do sentido do ser respeita uma estrutura circular de pré-compreensão. *HEIDEGGER propôs uma ontologia fundamental que, através da analítica existencial, preparasse um modo de colocar a questão do ser.*<sup>53</sup> Ele parte da fenomenologia de HUSSERL, da análise crítica da intencionalidade da consciência, com o que acabou rompendo. Conforme STEINER,<sup>54</sup> a solução de HUSSERL ao problema do conhecimento, bem como a resposta à questão da historicidade permanecem no paradigma das teorias da consciência e da representação cuja superação é o objetivo principal das incursões do primeiro HEIDEGGER.

Desde o início, há, pois, a preocupação de HEIDEGGER com a linguagem. Assim, ao interrogar acerca das condições de possibilidade da questão do sentido do ser, HEIDEGGER *interroga pelas condições de possibilidade do discurso sobre a situação do homem constituída lingüisticamente.*<sup>55</sup> Faz-se, pois, uma análise desde uma perspectiva

---

<sup>53</sup> STEIN. Nota do tradutor. In: HEIDEGGER, Martin. Pensadores. 1 ed., São Paulo : Abril, 1973, vol. Heidegger, p. 201. A ontologia fundamental se apresenta como crítica à ontologia tradicional, à ontologia da coisa, na medida em que coloca a questão do sentido do ser. A este respeito ver STEIN. Seis estudos sobre ser e tempo, p. 10.

<sup>54</sup> STEIN. Seis estudos, p. 14.

<sup>55</sup> STEIN. Seis estudos, p. 11.

lingüística, como também filosófico-existencial. O homem só existe enquanto *ser no mundo* cujo discurso se lhe deve referir.

Ao perguntar, tardiamente, - leia-se na sua segunda fase - *Was ist das - die Philosophie ?* ( O que é isso - A Filosofia ? )<sup>56</sup> HEIDEGGER persiste em uma análise que não prescinde das questões lingüísticas, indicando, assim, a postura que se deve tomar diante da hermenêutica filosófica, qual seja, a da questão *de o que é isso que é, de o que é que habita em todas as coisas existentes, de o que é que constitui a qualidade de ser.*<sup>57</sup> Assim, não se está a perguntar somente *O que é a filosofia ?*, mas sim, *O que é perguntar - o que é esta coisa, a filosofia ?*<sup>58</sup> As dificuldades antecipadas na pergunta indicam, desde já, que não se trata de encontrar uma resposta, mas, sim, de trilhar o próprio caminho que a pergunta impõe, que é, finalmente, a tarefa filosófica. Tal caminho remete, segundo HEIDEGGER, ao pensamento grego. *"Somos propriamente chamados de volta a esta origem, reclamados para ela e por ela, tão logo pronunciamos as palavras da pergunta: ` Que é isto - a filosofia ? ', não apenas em seu sentido literal mas meditando seu sentido profundo. "*<sup>59</sup> A origem, - *Herkunft* ( o lugar donde viemos ), a *proveniência de nossa vinda* -, que se re-clama é, pois, a questão historial da existência ocidental, do *Dasein* ( ser-aí, ser-no-mundo ). Assim, a remissão ao *logos*<sup>60</sup> ( fala-pensamento ) grego,

---

<sup>56</sup> Com essa pergunta HEIDEGGER iniciou um colóquio, em agosto de 1955, na França. In: STEINER, *As idéias de*, p. 24.

<sup>57</sup> STEINER, *As idéias de*, p. 30.

<sup>58</sup> STEINER, *As idéias de*, p. 25. A palavra *philosophia* enquanto palavra grega é um caminho. Ela fala sem que a ela se imponha uma fórmula analítica anterior. É a linguagem que fala e não primordialmente o homem. [...] A palavra *philosophia* diz-nos que a filosofia é algo que pela primeira vez e antes de tudo determina a existência do mundo grego [...] o fundamento e o impulso modelador da história ocidental. (p.26)

<sup>59</sup> STEINER, *As idéias de*, p. 27.

<sup>60</sup> No grego o *logos* é derivado do verbo *legein* que significa falar, estando, portanto, ligado ao que se fala ordenadamente. Entretanto, quando se traduz o *logos* grego para o latim *ratio* se está traduzindo apenas uma das suas facetas e, portanto, se está restringindo seu significado, na medida em que *ratio* vai significar o enquadramento da realidade em termos quantitativos: por exemplo, " 2/3 ", a razão, a proporção, a medida.

à proveniência, é, ela mesma, o caminho para o futuro historial da existência. Quando HEIDEGGER fala em historial ( *Geschichte* ) refere-se à totalidade do que está acontecendo ( *geschehen* = acontecer ) para diferenciá-lo do historiográfico ( *Historie* ), o qual implica tão somente na narração dos fatos. A tradição historial, é em HEIDEGGER, destino, ou seja, o ponto para o qual se é enviado e com o qual a tradição historiográfica não se relaciona. Se tal ponto é o princípio originário e também o fim, tem-se, pois, uma realidade que é circular e esta uma das mais fundamentais características do pensamento heideggeriano. Ou seja, a realidade não se coloca na copertinência entre princípio e fim ( da história ), mas é circular. Neste sentido, o conhecimento não é um salto que parte do sujeito para o objeto ou vice-versa, mas uma forma de ser-com, uma preocupação com e dentro do mundo.

Tal circularidade serve, inclusive, para ver um exercício de continuidade da obra do primeiro HEIDEGGER ( *Ser e tempo* ) na obra do HEIDEGGER tardio: *os caminhos da floresta irradiando e apontando para um centro constante e inamovível*.<sup>61</sup>

O envio ao pensamento original dos gregos, re-clamado por HEIDEGGER, acusa a decadência da filosofia, posterior a SÓCRATES e PLATÃO, a qual esqueceu o problema do *Dasein*, do mundo humano, da temporalidade ( objetos da analítica existencial ).

A questão central acerca do sentido do ser respeita a distinção entre ser e ente. Quer dizer, além de constituírem duas formas verbais distintas ( o ente é o particípio presente do verbo ser ) o ente é tudo aquilo que é; é a realidade ( sendo ). Neste sentido, a realidade é vista sendo, na medida em que não se vê o ser da realidade. Vê-se o ente e

---

<sup>61</sup> Acrescenta ainda o autor: *Na medida em que "pensa" e "pensa sobre Ser", cada um dos textos que cito está inserido e entrelaçado nessa reticulação de que Sein und Zeit é, simultaneamente, a fonte revigoradora e o centro.* STEINER, *As idéias de*, p. 35.

não o ser, não obstante seja o ser que fundamente todo o ente. A compreensão do ente, de como a realidade é tomada, tem como fundamental o destino do processo do ser. Enquanto o ente é um dado, o ser é um problema. O que HEIDEGGER chamou de ser assume, ao longo da história da filosofia várias formas: em KANT é a razão pura, em HEGEL, espírito absoluto etc.

A primeira filosofia de HEIDEGGER - leia-se *Ser e tempo* - busca a constituição de uma ontologia que, ao partir de uma vaga compreensão do ser, quer chegar a uma plena e completa determinação do sentido do ser. O que se pergunta ( o sentido do ser ) precede a teoria do conhecimento, deslocando-a para a interrogação inicial acerca do modo como um ser encontra o ser (em detrimento da questão sujeito/objeto). *O Dasein não é um sujeito para o qual há um objeto mas um ser no ser*<sup>62</sup> - o ser-aqui, ser-no-mundo; a si compete ter uma pré-compreensão ontológica do ser.

*O sentido do ser acompanha o ser-no-mundo, [...] como forma que é a condição de possibilidade da compreensão que o estar-aí tem de si, dos utensílios que maneja [...]. Os existenciais como modos do ser do estar-aí são cooriginários com a compreensão que o Dasein tem de si em seu ter-que-ser: a compreensão de seu ser é já sempre uma tarefa.*<sup>63</sup> Quer dizer, o *Dasein* já possui, antecipadamente, uma compreensão de si e dos utensílios com os quais lida. Se a questão do ser precede a questão sujeito-objeto, o *Dasein*, da mesma forma, relaciona-se com o mundo, numa relação que é anterior à relação teoria-prática. Esta estrutura - circular - do *Dasein*, constitui-se no elemento nuclear à compreensão do pensamento de HEIDEGGER, bem como de todas as correntes que dele derivaram, na medida em que funda a filosofia sobre

---

<sup>62</sup> RICOEUR, Paul. Interpretação e ideologia. Rio de Janeiro : Francisco Alves Editora, 1988, p. 30.

<sup>63</sup> STEIN, Seis estudos, p. 14.

uma ontologia, cuja máxima é: *extrair o fundamento por exibição*,<sup>64</sup> em oposição ao fundamento epistemológico que se dá por derivação, privilégio da metodologia. Além disso, o *Dasein* introduz a noção de mundo ( da vida ), sem o que a virada hermenêutica que se postula - leia-se, DWORKIN, via HABERMAS e RICOEUR - não seria possível.

O enfoque hermenêutico da analítica existencial significa que a busca do sentido se dá no horizonte da compreensão. Ou seja, o mundo enquanto elemento do *Dasein* só o é na medida em que pode ser *pensado e compreendido*. Tais exercícios que pressupõem o agir humano vinculam, portanto, a noção de praxis, que é anterior à divisão teoria e praxis: *o ser-no-mundo não é uma instância privilegiada fundadora; o conhecimento - isto é, a compreensão - o constitui, e nela se constitui o mundo já sempre praticamente. A racionalidade que se inaugura [...] a partir de HEIDEGGER é prática: não há mais instância metateórica justificando a teoria; a teoria é uma prática do ser-no-mundo.*<sup>65</sup> ( sem grifo no original )

Finalmente, é a partir da interrogação do *Dasein* que se pode chegar ao descobrimento do que é o ser e ao encontro do seu sentido, ou seja, ao problema fundamental da ontologia. Esta marcha que recorre ao método fenomenológico para analisar a existência entende a filosofia enquanto *ontologia universal e fenomenológica* .

66

Em suma, a analítica existencial de HEIDEGGER, para além da fenomenologia, cuja pretensão básica é a de *colocar-se no ponto de vista de um*

---

<sup>64</sup> RICOEUR, *Interpretação e ideologia*, p. 31.

<sup>65</sup> STEIN, *Seis estudos*, p. 24.

<sup>66</sup> ABBAGNANO, *História da filosofia*, p. 196.

"espectador desinteressado" <sup>67</sup> e do conhecimento meramente teórico, busca o conhecimento enquanto um modo de ser do estar no mundo.

**1.2.2** Feita esta pequena digressão, volta-se à análise de RICOEUR, segundo o qual a analítica do *Dasein* heideggeriano, apesar de empreender a *via curta*, não diverge da sua maneira de fundar a hermenêutica na fenomenologia, à qual ele se refere como *via longa*, e cuja elaboração conduz a reflexão ao nível de uma ontologia não tão direta quanto a de HEIDEGGER, cabendo-lhe o cumprimento de certas exigências ( metodológicas ) da semântica e da reflexão.

Inicialmente, deve-se rejeitar a idéia de que a hermenêutica seja um método, pois ao se conferir um método à compreensão, estar-se-ia pressupondo todo conhecimento como objetivo. Assim, afirma RICOEUR <sup>68</sup> ser necessário que se saia do círculo encantado da questão sujeito/objeto e se interrogue sobre o ser, especialmente este que é o ser-aí, o *Dasein*, este que existe como modo de compreender.

Neste primeiro momento em que o compreender não é mais um modo de conhecimento, mas um modo de ser, é que a *via longa* de RICOEUR parece rumar a uma ontologia à maneira de HEIDEGGER, a deslocar a questão da verdade do método para a manifestação do ser ( para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser ). No entanto, a teoria da interpretação de RICOEUR vai demonstrar, posteriormente, uma certa infidelidade à ontologia da compreensão enquanto via direta, subtraída a toda exigência de método ( HEIDEGGER ), negando-a como *a priori* absoluto, na medida em que ela renega alguns procedimentos necessários ao seguimento do seu percurso.

---

<sup>67</sup> ABBAGNANO, História da filosofia, p. 187.

<sup>68</sup> RICOEUR, O conflito, p. 10.

Neste sentido, surgem as seguintes indagações: *Como conferir um organon à [...] inteligência dos textos ? Como fundar as ciências históricas face as ciências da natureza ? Como arbitrar o conflito das interpretações rivais ?* <sup>69</sup> Estas suscitam outra indagação relativa à dificuldade da passagem do compreender enquanto modo de conhecimento ao compreender enquanto modo de ser, na medida em que *a compreensão que é um resultado da analítica do " Dasein " é a mesma mediante a qual e na qual este ser se compreende como ser.* Neste sentido, *[...] não seria na linguagem que deveríamos buscar a indicação de que a compreensão é um modo de ser ?* <sup>70</sup>

Surge então a linguagem, cuja análise conduzirá à *via longa* proposta por RICOEUR e que, desde então, indica o *continuum* que haverá entre a ontologia compreensiva e a epistemologia interpretativa, na medida em que se guardará o contato com as demais disciplinas que tratam da interpretação como método, não isolando, por assim dizer, a verdade própria à compreensão, do método utilizado por tais disciplinas.

O primeiro passo é a elucidação semântica do conceito de interpretação, comum a todas disciplinas hermenêuticas, e o como se chegar, por este atalho, à questão existencial, no sentido de que a compreensão de expressões multívocas ou simbólicas seja um momento da compreensão de si.

Nas várias disciplinas hermenêuticas - da exegese à psicanálise - há um elemento comum que é a multiplicidade do sentido, algo que, no dizer de RICOEUR, ao mesmo tempo que mostra, oculta. Essas expressões multívocas podem ser chamadas de *simbólica*. Assim, é a partir deste mostrado-oculto que se erige tanto o conceito de símbolo, ou seja *de toda estrutura de significação em que um sentido direto, primário,*

---

<sup>69</sup> RICOEUR, O conflito, p. 13.

<sup>70</sup> RICOEUR, O conflito, p. 13.

*literal, designa por acréscimo outro sentido indireto, secundário, figurado, que só pode ser apreendido através do primeiro, quanto o de interpretação, vale dizer, do trabalho de pensamento que consiste em decifrar o sentido oculto no sentido aparente, em desdobrar os níveis de significação implicados na significação literal,* <sup>71</sup> os quais se tornam correlativos e delimitadores do campo semântico.

A delimitação do campo semântico implica em certas tarefas de cunho metodológico, tais como enumerar as formas simbólicas e estabelecer critérios fixadores da constituição semântica das formas relativamente assemelhadas, como a metáfora, a alegoria ou a similitude.

Ao se estabelecer estes critérios, torna-se necessário que se proceda a um estudo dos procedimentos da interpretação: *os problemas colocados pelo símbolo, refletem-se [...] na metodologia da interpretação [...] e [...] a forma de interpretação é relativa à estrutura teórica do sistema hermenêutico considerado.* <sup>72</sup>

Ao nível semântico demonstrou-se a relação que a hermenêutica mantém com o método, não o subtraindo por completo do conceito de verdade ( *A-létheia* <sup>73</sup> ) subsumido no compreender do ser-aí heideggeriano.

O segundo passo na *via longa*, diz respeito à reintegração da semântica na ontologia através da reflexão, a qual *é o elo entre a compreensão de si e a compreensão*

---

<sup>71</sup> RICOEUR, O conflito, p. 15.

<sup>72</sup> RICOEUR, O conflito, p. 16.

<sup>73</sup> A verdade em grego - **léthe** - é aquilo que desvela. HEIDEGGER, que parte deste entendimento, vai dizer, no entanto, que este desvelar-se ocorre quando o ser se retém com a sua verdade: *este reter-se é o primeiro modo de seu desvelar-se. O signo primordial do reter-se é a A-létheia.* Neste sentido, *o ser se subtrai enquanto se desoculta no ente. O modo como o ser se dá é não se mostrando, na medida em que o ente é nele.* Ainda esclarece que *podemos designar esta retenção clarificadora, com a verdade de sua essência, a epokhê do ser.* In: HEIDEGGER, Os pensadores, A sentença de Anaximandro, p. 28.

*dos signos*.<sup>74</sup> A reflexão, por sua vez, tomada num sentido mais amplo - o elo da consciência de si e da consciência humana -, será fundamental para entender o conflito entre hermenêutica e crítica, bem como a proximidade que se estabelece entre ambas.

A lógica implícita no pensamento reflexivo é de natureza transcendental. Aparece aqui a herança do princípio básico da fenomenologia, segundo o qual a existência é essencialmente transcendência e que HEIDEGGER reelaborou ao definir transcendência como superação de toda metafísica ( posto que a transcendência normalmente se designa por uma idéia metafísica ).

Não se pode negar que o problema da existência está na base da hermenêutica, uma vez que esta, nas suas várias formas, *aponta em direção das raízes ontológicas da compreensão*.<sup>75</sup> Neste sentido, a ontologia envolve-se com a interpretação, o que indica não ser uma ontologia triunfante, tão pouco uma ciência, na medida em que não poderá subtrair-se ao risco da interpretação.

Através da hermenêutica , RICOEUR estabelece uma ponte entre a ontologia da compreensão e a epistemologia da interpretação, mesmo considerando aquela como seu horizonte de sentido. Ao nível específico da sua teoria da interpretação há dois momentos muito importantes os quais, de certa forma, subjazem à questão genérica ontologia compreensiva-epistemologia interpretativa. Tais momentos referem-se à dialética entre compreensão e explicação e à dialética entre distanciamento produtivo e apropriação.

---

<sup>74</sup> RICOEUR, O conflito, p. 18.

<sup>75</sup> RICOEUR, O conflito, p. 23.

A dialética entre compreensão - conjectura - e explicação - validação -, é fruto da dialética do evento - o discurso enquanto função predicativa combinada com uma identificação - e significação - conteúdo proposicional; síntese entre identificação e predicação; entrelaçamento do nome e do verbo - que ocorre no discurso oral e é essencial à estrutura do discurso como um todo. A compreensão é para a leitura o que o evento do discurso é para a enunciação do discurso e, [...] a explicação é para a leitura, o que a autonomia verbal e textual é para o sentido objetivo do discurso.<sup>76</sup>

Nas ciências naturais, por exemplo, a interpretação é vista como explicação na qual o nexos causal é do tipo huminiano e, portanto, excludente da intencionalidade, traço fundamental da fenomenologia.

A dialética compreensão-explicação que nas ciências naturais é eliminada, representa o *continuum* entre ciências naturais e ciências humanas ( estas constituindo-se no campo paradigmático, por excelência, de aplicação da compreensão ).

Um exemplo da dicotomia entre compreensão e explicação se encontra na hermenêutica romântica. Tal dicotomia é tanto epistemológica - opõe dois métodos - quanto ontológica - opõe duas esferas de realidade: a natureza e o espírito. A razão principal desta dicotomia reside no fato da hermenêutica romântica não considerar a dialética evento-significação, relegando a interpretação ao domínio exclusivo da compreensão.

Não obstante, a interpretação, segundo RICOEUR, só pode ser entendida a partir da dialética compreensão-explicação. Tal processo, que é único, pode ser didaticamente entendido como um movimento que vai, primeiramente, da compreensão à

---

<sup>76</sup> RICOEUR, Teoria da interpretação. Lisboa : Edições 70, [198-], p. 83.

explicação e em seguida faz o caminho inverso. A compreensão, que é inicialmente uma conjectura, acaba como apropriação. Apropriação e distanciamento são dois momentos que, por se relacionarem também dialéticamente na interpretação, representam outro exemplo de *continuum*.

Distanciamento significa estranhamento, ou seja, na medida em que o texto, através da sua autonomia semântica, se afasta do autor, ele acaba se tornando algo estranho. A distância, por sua vez, gera o seu contrário, que é a aproximação por apropriação. Neste momento dialético, *a leitura é o "pharmakon" pelo qual a significação do texto é resgatada do estranhamento [...] e posta numa proximidade que suprime e preserva a distância cultural [...]*.<sup>77</sup> Este distanciamento é produtivo na medida em que se transforma num instrumento metodológico que, ao mesmo tempo que resgata as heranças culturais, evita que o texto caia no historicismo. As expressões culturais aplicar-se-iam logicamente e não historicamente no estranhamento daquilo que é *uma espécie de objeto atemporal*,<sup>78</sup> o texto.

Assim, uma vez objetivado e desistoricizado, o texto torna-se a mediação entre o escritor e o leitor, ocorrendo a relação dialética entre a apropriação e o distanciamento, na medida em que aquilo que antes era estranho torna-se próximo à compreensão. Finalmente, a apropriação é o objetivo precípua de toda hermenêutica.

Ao se apropriar do sentido do texto, ocorre o desvelamento do mundo o qual é a referência do texto; ocorre o estar-aí-no-mundo, o *Dasein*. Este poder de desvelamento que a apropriação favorece é universal.

---

<sup>77</sup> RICOUER, Teoria da interpretação, p. 55.

<sup>78</sup> RICOUER, Teoria da interpretação, p. 103.

A dialética distanciamento/apropriação deu origem, na hermenêutica, à seguinte consequência: a relação crítica (das ideologias)-hermenêutica. *Não podemos opor hermenêutica e crítica das ideologias. A crítica das ideologias é o atalho que a compreensão de si deve, necessariamente tomar, caso deixe-se formar pela coisa do texto [...].*<sup>79</sup> Através desta relação, hermenêutica e crítica das ideologias se complementam sem se descaracterizarem, pois o gesto hermenêutico vai reconhecer as condições históricas a que está submetida a compreensão humana na sua finitude, tanto quanto o gesto da crítica das ideologias, na sua impetuosidade e ousadia, dirigir-se-á contra as deformações da comunicação humana.

**1.2.3** A polêmica HABERMAS/GADAMER ilustra, a princípio paradoxalmente, este último momento dialético - teoria crítica/hermenêutica -, a ratificar a tese ricoeuriana do *continuum*, em cujo solo nasce uma *hermenêutica crítica*, na qual se relacionam filosofia e ciências humanas. Embora se tratem de duas concepções antagônicas, tanto a teoria crítica quanto a hermenêutica reconhecem uma na outra pontos de confluência. O caráter especulativo da polêmica acabou tornando-se muito menos importante do que o diálogo filosófico sofisticado que se efetuou.

O título da principal obra de GADAMER, *Verdade e Método*, indica, desde já, a sua premissa básica: contrapor a hermenêutica filosófica ao conhecimento metódico; ou seja, revitalizar o papel ontológico frente à tendência preponderante, especialmente nas humanidades, de atenção aos problemas epistemológicos. *A experiência hermenêutica " ultrapassa o domínio de controle da metodologia científica."*<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> RICOEUR, *Interpretação e ideologia*, p. 59.

<sup>80</sup> HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. São Paulo : L&PM Editores, 1987, p. 13.

Esta estrutura hermenêutica, herdeira do pensamento de HEIDEGGER, especialmente do *Dasein* e da idéia de pré-compreensão que ele inculca, funde-se a uma concepção de consciência histórica, na qual a tradição, segundo um ponto de vista naturalista e não refletido, exerce sua influência e poder, interligando-se às noções de autoridade e preconceito. Isto porque a tradição, segundo GADAMER, subentende uma estrutura preconceitual da compreensão, a qual identifica-se com o preconceito propriamente dito. Desta forma, todo o conhecimento possível a ele se condiciona. Com a autoridade que lhe garante a tradição, o preconceito é interiorizado como norma, sedimentando-se na formação do ser. Disto resulta a seguinte afirmação de GADAMER: [...] *autoridade não tem a ver com obediência, e sim com conhecimento* .<sup>81</sup>

Ao orientar a filosofia hermenêutica pela via da consciência histórica, reabilitando a tradição, o preconceito e a autoridade, GADAMER acaba por lhes atribuir um sentido positivo, radicalmente contrário àquele que o Iluminismo (*Aufklärung*) lhes conferira. Daí resulta, de uma maneira genérica, a primeira crítica de HABERMAS, no sentido de que GADAMER não consegue escapar da viseira do romantismo, da sua atitude de reverência em relação ao passado. RICOEUR, por sua vez, parte desta luta entre o romantismo e o iluminismo, tentando verificar em que medida o conflito hermenêutica/teoria crítica avançou em relação àquela. Neste sentido, é necessário reconhecer a crítica de GADAMER ao romantismo, tal como assevera RICOEUR, no sentido de que o romantismo funda o problema ao ousar não reconhecer o "*descrédito lançado sobre o preconceito pela Aufklärung*", não obstante fracasse, pois *apenas inverteu a resposta, sem inverter a questão. De fato, o romantismo trava o seu combate sobre o terreno definido pelo adversário: o papel da tradição e da autoridade na interpretação. É sobre esse mesmo terreno [...], que se enaltece o mythos ao invés de cele-*

---

<sup>81</sup> HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, p. 16.

*brar o logos, que se advoga o Antigo em detrimento do Novo, a Cristandade histórica contra o Estado moderno, a Comunidade Fraterna contra a consciência estéril, o passado mítico contra o futuro das utopias racionais, a imaginação poética contra o raciocínio frio.* <sup>82</sup> Além disso, ao contrário do romantismo, GADAMER aproxima e não opõe, autoridade e razão ( o que, por sua vez, o aproxima ao diálogo com HABERMAS dado o seu projeto de defesa da razão ).

HABERMAS inicia sua crítica ao objetar a oposição entre *Verdade e Método*, ou seja, a pretensão de verdade da filosofia em relação ao conhecimento que é objetivado pelo método e que confere à ciência a prerrogativa da sua única possibilidade. A sua visão é a do conhecimento metódico, como o chão das ciências hermenêuticas. A resistência da hermenêutica filosófica à sua redução a uma teoria da ciência acabou, segundo HABERMAS, revitalizando as ciências, bem como revelando a dimensão hermenêutica que existe no seu interior, sobretudo nas ciências sociais e naturais.

Sucede a isto a crítica ao tripé tradição-preconceito-autoridade, os quais, a contrário senso, produzem um conhecimento interessado na dominação e na violência. RICOEUR contrapõe o preconceito gadameriano à noção de interesse de HABERMAS, no sentido da contraposição de uma teoria crítica voltada ao desmascaramento dos interesses subjacentes ao ato de conhecer, a uma teoria hermenêutica estruturada na noção romântica da tradição.

A consciência hermenêutica não assume os limites da compreensão hermenêutica, quando esta desconhece a comunicação que está além da linguagem natural. A sua pretensão de universalidade pode ser questionada neste sentido: ou bem a auto-compreensão ontológica da hermenêutica se trai referindo-se a uma meta-

---

<sup>82</sup> RICOEUR, *Interpretação e ideologia*, p. 107.

hermenêutica, ou então a linguagem natural constitui-se em última metalinguagem. Segundo HABERMAS, *toda interpretação ( Deutung ) hermenêutica profunda de uma comunicação sistematicamente distorcida, quer seja encontrada num diálogo analítico, quer informalmente, precisa pressupor implicitamente aquelas hipóteses teóricas exigentes que só podem ser desenvolvidas e fundamentadas no quadro de uma teoria da competência comunicativa.* <sup>83</sup>

Neste ponto, HABERMAS avança em direção à teoria da ação comunicativa, no sentido de que as dúvidas relativas à fundamentação da racionalidade moderna - aos conceitos de totalidade, verdade e justiça -, exigiam uma solução além da *clarificação metodológica do status de uma teoria duplamente reflexiva* ( com relação ao seu contexto original e ao seu contexto de aplicação ) <sup>84</sup> - uma teoria crítica -. Ou seja, o problema que não era exclusivamente epistemológico não poderia encontrar sua solução numa teoria do conhecimento. Era necessária uma fundamentação substantiva e articulada ao nível da pragmática, a qual encontrar-se-ia numa instância comunicacional, na medida em que, em todo ato de comunicação, estão antecipados os conceitos de totalidade, verdade e justiça.

Esta comunicação ideal, isenta de violência, na qual vale a força ( coação peculiar ) do melhor argumento ( com a qual a coação propriamente dita não se confundiria, na medida em que aquela se ampara numa teoria normativa da moral e da política ), pressupõe um estado de comunicação distorcida - consciente ou não - que GADAMER não reconhece no contexto da tradição. A tradição é lugar da verdade possí-

---

<sup>83</sup> HABERMAS, *Dialética e hermenêutica*, p. 59.

<sup>84</sup> HABERMAS, Jürgen. Um perfil filosófico-político; uma entrevista. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 18, Set. 1987, p. 78-9.

vel, do estar-se-de-acordo; é o princípio através do qual a hermenêutica filosófica reivindica a sua universalidade.

Sistematizando as diferenças entre ambos, chegar-se-ia ao seguinte quadro: onde GADAMER reabilita o preconceito ( do romantismo filosófico ), reinterpretado a partir da noção de pré-compreensão, HABERMAS trabalha a partir do conceito de interesse. Sua referência são as ciências sociais críticas, enquanto que as de GADAMER são as ciências do espírito. A hermenêutica filosófica busca uma comunicação cuja condição de possibilidade está no compreender, na ontologia do diálogo que somos nós, enquanto que o percurso teoria crítica- teoria da ação comunicativa busca uma comunicação sem entraves, sem coação e sem limites, cuja condição de possibilidade está na sua racionalidade.

Finalmente, a controvérsia HABERMAS/GADAMER, serviu para aproximar e, sob certo ponto de vista, integrar filosofia e ciências humanas. É por isso que se fala em *continuum*, pois nem a hermenêutica, nem a crítica, devem abandonar o caráter próprio das suas reivindicações mas sim, aproveitar a capacidade daquela de descrever as estruturas de reconstituição da comunicação perturbada, mostrando às ciências humanas que seu domínio subjetivo está pré-estruturado pela tradição e que elas mesmas ocupam um lugar histórico determinado, bem como, aproveitar a capacidade da crítica de desvelar este contexto perturbado, acusando as patologias e indicando para um contexto futuro ideal.

O *continuum* estabelecido entre ontologia da compreensão e epistemologia da interpretação acaba por destacar a interação entre duas tradições filosóficas altamente distintas - GADAMER e HABERMAS -, cujo reflexo observa-se na seguinte afirmação: [...] *como el ámbito objetual de la investigación social está simbólicamente*

*preestructurado, como ese ámbito queda antecedentemente constituido por las actividades interpretativas de sus miembros, el científico social sólo puede tener acceso a los objetos sociales por vía de Sinnverstehen ou entendimiento interpretativo* <sup>85</sup> . Disto resulta a imunização do saber à crise da razão moderna, pois institui-se um novo paradigma hermenêutico-crítico, que vem, justamente, articular e fundamentar uma concepção mais ampla de racionalidade, em cujos domínios - científico e jurídico-ético -, a filosofia do direito ( *jurisprudence* ) encontra seu abrigo. Este terreno da filosofia prática ( ética, política e jurisprudência ) busca esclarecer os fins da ação humana, suas condições e possibilidades de realização. O discurso prático trata de discorrer sobre os fins da ação e, por conseguinte, de conferir validade a um tipo de discurso que não se esgota no puro conhecimento, mas que se orienta à ação. Deste modo, a caracterização da *jurisprudence* como disciplina prática não significa a sua ocupação somente com a praxis judicial ( *Entscheidung* ). Enquanto disciplina prática, a *jurisprudence* ordenar-se-ia não ao puro conhecimento ( a teoria ), mas ao *agir correto* e à realização do *bem comum*, conforme a noção aristotélica de *praxis*, cuja virtude, *phronesis*, traduz-se em latim por *prudencia* ( *juris-prudencia* ) <sup>86</sup> . O direito insere-se na proposta de uma teoria da sociedade, ajudando a resgatar às ciências humanas um processo seguro de conhecimento, desde há muito reclamado, pois baseado numa razão pluridimensional, caracteristicamente interdisciplinar: alargar as bases da razão significa não mais compartimentalizar o saber. " *Legal dogmatics is not an empirical science as far as the confirmation of the norm statements is concerned. It deals with language, with the meaning of the statutes. In this regard, legal*

---

<sup>85</sup> McCARTHY, Thomas. La teoria crítica de Jürgen Habermas. Madrid : Editorial Tecnos, 1987, p. 454.

<sup>86</sup> Para que hoje se possa assumir uma postura neo-aristotélica em relação à teoria da justiça, torna-se necessário esclarecer o que é o *bem comum*, que, por sua vez, precisa ser pensado como *vontade geral* - leia-se Rousseau - contraposta, embora não eliminadora da *vontade particular*.

*dogmatics is interpretative as to its nature and it belongs to the same family of research as the human sciences (Geisteswissenschaften) ".*<sup>87</sup>

**1.3** O conhecimento significado pelo continuum epistemologia interpretativa-ontologia compreensiva: a possibilidade do direito como lugar privilegiado da *guinada interpretativa*.

Esta *guinada interpretativa* subentende um diálogo permanente entre a filosofia, a ciência e a política, resultando, para a filosofia do direito - além da adoção do paradigma hermenêutico-crítico -, na redefinição do seu objeto, especialmente, em termos intransigente e radicalmente democráticos. Nenhuma ciência deve mais ser vista a partir de si mesma ( do lugar da epistemologia ), pois toda ciência necessita de uma validade normativa, moral, etc.; ou seja, os domínios da razão deixam de ser auto-suficientes. Neste sentido dialógico<sup>88</sup>, os termos serão sempre argumentativos, não obstante sejam animados por uma intenção prática. A justiça, por exemplo, perde sua significação retórico-metafísica, pois animada pela racionalidade de uma teoria do discurso normativo, inexoravelmente contida nas decisões judiciais.

**1.3.1** *A jurisprudence*, expungida pelo paradigma de uma racionalidade de matriz teorética, na qual o discurso prático racional acerca dos fins do agir/ação humano

---

<sup>87</sup> AARNIO, A. The rational as reasonable - a treatise in legal justification, Dordrecht, D. Reidel, 1987, p. 196 et s. In: LENOBLE, Jacques. La theorie de la coherence narrative en droit. Archives de philosophie du droit, Paris, tome 33, 1988, p. 122. [ A dogmática jurídica não é uma ciência empírica que diz respeito à confirmação dos enunciados [*statements*] da norma. Ela lida/tem a ver com a linguagem, com o significado das leis. Assim, a dogmática jurídica é interpretativa com a sua natureza e pertence a mesma família de pesquisa que as ciências humanas. ]

<sup>88</sup> A visão monológica, positivista, do conhecimento, evoca da razão somente a sua dimensão científicista. O conhecimento se traduz naquilo que descreve sendo o método a sua engrenagem. A hermenêutica tem como pressuposto um conhecimento dialógico em que o objeto, o dado, não é essencialmente descritivo, mas tem caráter prescritivo. A ciência ( a verdade ) não se constitui em instância única de significação do conhecimento mas inter-relaciona-se com as demais instâncias da razão: com a ética ( o justo ) e com a estética ( o belo ) e, neste sentido, sua composição só pode ser dialógica.

não encontrava espaço e, também, pela idéia autoritária de uma função meramente coercitiva da atividade judicial, passa a ser compreendida como disciplina prática. Vale dizer, como um agir mediador na realização da *possibilidade do melhor direito; do justo*.

89

Vale dizer, a reflexão hermenêutica sobre o direito, retira-o da prisão dogmatista da univocidade do sentido, na medida em que o considera como algo mostrado-oculto, imiscuindo-se no jogo da compreensão do sentido. Essa lógica de duplo sentido ( mostrado-oculto ), da equivocidade, liga-se a uma idéia oriunda da Filosofia da Linguagem Ordinária, qual seja, a do sentido aberto das expressões. A significação, neste caso, não está no sentido evidente, denotativo, do termo, mas na relação deste com aquele que está escondido. Assim, não se pode deixar de reconhecer o mérito da escola de Oxford, especialmente do professor H.L.A. HART, cujo ponto de vista sobre o direito, é, necessariamente, um ponto de vista hermenêutico. Hermenêutica esta que não se reduz à exegêse, à interpretação dos textos legais, segundo os critérios tradicionais da metodologia jurídica ( gramatical, lógico, histórico ou sistêmico ),<sup>90</sup> mas se conduz à reflexão teórica que, por sua vez, encontra-se ao nível da pragmática: tanto quanto o prático, o teórico do direito terá uma atitude hermenêutica.

A definição hartiana do direito como um modelo *complexo*, em oposição ao modelo *simples* de AUSTIN,<sup>91</sup> vale dizer, como fato institucional ou prática social, exige, pois, um método de análise cognitivo-interno; hermenêutico. O direito passa a ser

---

<sup>89</sup> LAMEGO, José. Hermenêutica e Jurisprudência. Lisboa : Editorial Fragmentos, 1990, p. 201.

<sup>90</sup> LAMEGO, Hermenêutica e Jurisprudência, p. 219. A respeito ver Savingny e Larenz.

<sup>91</sup> Quer-se com isto fazer referência ao hábito geral de obediência que se tem em relação a uma pessoa ou grupo , especialmente representada pela figura do soberano.

algo *compreendido* desde um ponto que não é o do mero observador externo, mas sim daquele que o interioriza: o ponto de vista interno.

Neste sentido, a teoria do direito, depois de HART, insere-se na discussão mais sofisticada que as ciências, de uma maneira geral, vêm conduzindo acerca da sua fundamentação: dos (des)caminhos da razão moderna.

**1.3.2** Cumpre, pois, que se fale da filosofia de WITTGENSTEIN, especialmente da segunda, relativa à *Philosophische Untersuchungen* ( Investigações Filosóficas ) de 1953, posto que ela é a base da chamada filosofia da linguagem ordinária.

A segunda filosofia de WITTGENSTEIN se opõe, basicamente, ao caráter descritivo da linguagem, presente na filosofia do *Tractatus*. As proposições, relativamente aos fatos, deveriam ser as mais exatas possíveis. Neste sentido, os fatos não poderiam ter como referência expressões que contivessem qualquer vagueza ou ambigüidade.

A realidade pré-existiria à linguagem, cuja função exclusiva era a de descrevê-la. Quer dizer, a estrutura da realidade determinaria a estrutura da linguagem.

Ao abandonar essas concepções, WITTGENSTEIN desloca-se do espaço da sintaxe e da semântica para o da pragmática, da relação dos usuários com a linguagem, do modo de significar. Importa, aqui, o contexto de utilização da linguagem, podendo, assim, haver significados distintos para expressões iguais. Isto ocorre em função dos sentidos abertos e incompletos das expressões.

Pois bem, o segundo WITTGENSTEIN busca a solução dos problemas filosóficos, a partir da análise da linguagem comum ( *ordinary language* ), da maneira de como ela é utilizada, valorizando, sobretudo, o seu contexto de utilização.

O significado aberto das expressões é preenchido no contexto da enunciação fática. Esse significado contextual obedece a regras de referência - dos que estão se comunicando - no processo de comunicação social, as quais já não identificam mais procedimentos ideais de comunicação.

WITTGENSTEIN parte da idéia dos *jogos de linguagem* a fim de compreender o fenômeno da comunicação: *chamarei também ao todo formado pela linguagem com as atividades com as quais ela esta entrelaçada o " jogo de linguagem "*.<sup>92</sup> Por exemplo, dar uma aula, assistir a um filme, escrever um livro, constituem jogos, através dos quais se tem a representação fática da utilização da linguagem. Neste sentido, os jogos de linguagens são múltiplos e se alteram conforme as circunstâncias. *Novos jogos de linguagem [...] surgem e outros envelhecem e são esquecidos. ( A evolução da matemática pode dar-nos uma **imagem aproximada** desta situação ).*<sup>93</sup>

O jogo atende a regras como também a um adestramento que faz com que se adquira o domínio da linguagem tornando-se apto para jogar. A multiplicidade dos jogos implica numa série de elementos - de ferramentas - que atestam a complexidade da utilização da linguagem.

---

<sup>92</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 177, proposição 07. Ver ainda, LAMEGO, Hermenêutica e Jurisprudência, p. 145. *Com o conceito de jogo de linguagem, Wittgenstein quis sublinhar que falar uma língua é parte de uma atividade, de uma forma de vida. [...] Tal conceito ( **Lebensform** ) pode caracterizar-se mediante um outro, o de **regra constitutiva** [...], cuja noção só seria explicada por RAWLS [ Two concepts of rules. The philosophical review 64, 1955, p. 3-32 ]. Paralelamente a esta noção, a noção de [...] " fato institucional " dá a entender que a explicitação do sentido de certos " fatos " [...] só pode ser feita mediante referência a certas " regras constitutivas " de sentido, mediante o conhecimento da " gramática " do jogo em questão. Esse conhecimento da gramática supõe um ponto de vista " interno " e a rejeição de um paradigma puramente observacional. Aqui, as noções post-wittgensteinianas de " regra constitutiva ", " fato institucional " e ponto de vista " interno " são próximas das perspectivas da hermenêutica continental relativas ao problema fundamental da " compreensão ".*

<sup>93</sup> WITTGENSTEIN, Investigações filosóficas, p. 189, proposição 23.

Nesta perspectiva de haver uma indeterminação de sentido na linguagem - a vagueza e a ambigüidade - <sup>94</sup>, se situam os seguidores da filosofia da linguagem ordinária; dentre os juristas, HART, cujo trabalho abriu as portas para a concepção hermenêutica do direito tendo em vista a sua rejeição de um paradigma meramente observacional, na análise dos comportamentos que são governados por regras. A compreensão da regra refere-se à apreensão do sentido do comportamento e não a sua regularidade, conforme pensava AUSTIN.

**1.3.3** A melhor expressão desta *guinada interpretativa* está na *jurisprudence* de Ronald DWORKIN que, embora tenha sucedido HART na sua *Chair of Jurisprudence*, em Oxford, debate com ele a todo momento, combatendo sua teoria do direito, à qual ele se refere como a mais poderosa versão contemporânea do positivismo. <sup>95</sup> *The philosophers of science have developed a theory of the growth of science; it argues that from time to time the achievement of a single man is so powerful and so original as to form a new paradigm, that is, to change a discipline's sense of what its problems are and what counts as success in solving them, Professor H.L.A. HART's work is a paradigm for jurisprudence, not just in his country and not just in mine, but throughout the world.*

---

<sup>94</sup> Um termo é vago se ele não apresenta uma resposta definida quanto a sua utilização [...] e ambíguo [...] se possui mais de uma série de propriedades designativas. A vagueza se dá no âmbito da denotação enquanto a ambigüidade no da designação. In KOZICKI, Katya Anotações de aula, inédito.

<sup>95</sup> Cf. nota 89. DWORKIN, a partir de GADAMER, compreende a hermenêutica como filosofia e como filosofia, filosofia da prática. Ele não reconhece a dualidade de planos tal como faz HART ( teórico e prático ). Assim, a interpretação da prática social requer, somente, um ponto de vista radicalmente interno ( o ponto de vista do participante ), uma vez que funciona como agir mediador de potenciação das possibilidades existenciais dessa prática. O ponto de vista interno de HART é menos radical pois, diferentemente de DWORKIN, aceita a tese positivista do conhecimento sem aceitação [ uma lei é válida mesmo que aqueles que a elaboraram a descumpram; ou, ainda que não seja obrigatória a anuência daqueles que a elaboraram em relação ao seu cumprimento ]. O método hermenêutico em HART não prescinde do plano teórico mesmo tendo como objetivo a concepção de uma disciplina prático-ética. Cf. LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, p. 226. Ver ainda, p. 200 e 201: *A **philosophia practica** - englobando a Ética, a Política e a Jurisprudência - ordena-se [...] a Aristóteles e dirige-se ao esclarecimento dos fins da ação humana [...] das condições e possibilidades da sua realização.* Também, HÖFFE, *Justiça política*, p. 30.

*The province of jurisprudence is now the province he has travelled; it extends from the modal logic of legal concepts to the details of the law of criminal responsibility, and in each corner his is the view that others must take as their point of departure. It is difficult to think of any serious writing in jurisprudence in recent years, certainly in Great Britain and America, that has not either claimed his support or taken him as a principal antagonist.* <sup>96</sup>

A teoria jurídica positivista é, segundo DWORKIN, uma das partes da teoria jurídica liberal *dominante* na tradição jurídica anglo-americana ( não obstante se lha refiram como liberal, a teoria que DWORKIN oferece em contraposição é também assim denominada ). É uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica, na qual, fundamentalmente, se indaga acerca do que é o direito. A outra parte consiste da teoria utilitarista; do que deve ser o direito e como devem se comportar as instituições jurídicas, no sentido de servir ao bem-estar geral da comunidade.

DWORKIN não só crítica e refuta as teorias positivista e utilitarista do direito, especial embora não exclusivamente nas suas versões anglo-americanas, como também, o pressuposto de que não ocorre comunicação ( interdependência ) entre elas, ou seja, de que seus caminhos não se entrecruzam.

---

<sup>96</sup> DWORKIN, Introduction to hard cases. 88 Harvard Law Review 1057 (1975). In: Georgia Law Review. Athens, Georgia, 11(5) : iii, Set. 1977. [Os filósofos da ciência desenvolveram uma teoria do progresso da ciência; ela sustenta que de tempos em tempos a realização de um único homem é tão poderosa e tão original de maneira a dar origem a um novo paradigma; isto é, muda o sentido dos problemas de uma disciplina e do que conta como sucesso em resolvê-los. O trabalho do professor HART é um paradigma para a filosofia do direito não somente no seu país e não somente no meu, mas por todo o mundo, *A província* da filosofia do direito é, agora, a *província* pela qual ele andou. Ela se estende da lógica modal dos conceitos jurídicos aos detalhes do direito da responsabilidade criminal e em cada canto a sua visão é aquela que os outros devem ter como ponto de partida. É difícil pensar em algum trabalho sério em filosofia do direito nos últimos anos, certamente na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos que não tenha ou reivindicado seu apoio ou que não o tenha tornado seu principal antagonista.]

Em realidade, este debate alcança a base sobre a qual se sustenta a teoria jurídica *dominante*, qual seja, a filosofia de Jeremy BENTHAM, o qual, conforme assevera DWORKIN, foi o último filósofo da tradição jurídica anglo-americana a oferecer uma teoria *geral* do direito, cuja amplitude alcança questões filosóficas de domínios não propriamente jurídicos.

BENTHAM valeria por si um único e exclusivo estudo - HART já o fez, autodenominando-se, modestamente, interlocutor ( *middle-man* ) de uma pequena, mas significativa, parte do trabalho de BENTHAM - <sup>97</sup> dada a amplitude e complexidade do seu pensamento. No entanto, as vezes se defontra com um BENTHAM simplista e contraditório que, a exemplo, foi conservador e antiamericano durante a sua juventude , para mais tarde exaltar " *that newly created nation, one of the most enlightened if not the most enlightened in the globe* ". <sup>98</sup>

A teoria geral do direito de BENTHAM contém uma parte normativa e outra conceitual: aquela atendendo às questões normativas do direito, do ponto de vista do legislador, do juiz e do cidadão comum, relativamente às teorias da legislação, do julgamento ( *adjudication* ) e da obediência ( *compliance* ) e, esta, atendendo às questões colocadas pela filosofia da linguagem, pela lógica e pela metafísica. Embora possa se considerar separadamente cada elemento desta teoria, há, em realidade, uma interdependência entre as partes, bem como uma complexa conexão delas com questões filosóficas mais gerais. Por exemplo, uma questão sobre constitucionalismo; sobre a possibilidade dos princípios fundamentais da constituição definirem quem é competente

---

<sup>97</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. Essays on Bentham. Oxford : Clarendon Press, 1982, p.

<sup>98</sup> BENTHAM, The works of J. BENTHAM. Publicado sob a supervisão de John Bowing, Edinburgh, 1838-43, vol. VIII, p. 381. In: HART, Essays, p. 6. [aquela recém criada nação, uma das mais iluminadas senão a mais iluminada no globo ]

para fazer direito e como, sendo eles próprios considerados parte do direito, trata-se tanto de uma questão conceitual, quanto de legitimidade ( esta teoria, na perspectiva de BENTHAM, incluir-se-ia na teoria da legislação ) e de jurisdição. Quer-se com isto, dizer que uma discussão acerca do poder constituinte é tanto uma discussão jurídica quanto política.

Embora a teoria benthamiana domine a tradição jurídica anglo-americana, vários de seus pontos continuaram a ser desenvolvidos e sofisticados, gerando um séquito compartimentado, ora por se achar fundamental e se defender a sua parte conceitual, ora por fazê-lo com relação a sua parte normativa.

Neste sentido, o positivismo jurídico ( *legal positivism* ) de HART é assim, uma versão melhorada da parte conceitual da teoria geral do direito de BENTHAM, da mesma forma que a corrente utilitarista, cuja ênfase é a da análise econômica na teoria do direito, é uma versão melhorada da parte normativa daquela.

A considerar a essência do positivismo, qual seja, de que as proposições jurídicas são verdadeiras quando descrevem corretamente o conteúdo das leis ou normas jurídicas, quer dizer, de que as proposições jurídicas são proposições sobre leis, poder-se-ia dirigir uma crítica unificada a KELSEN, HART e AUSTIN. Entretanto, apesar de compartirem, em essência, o mesmo entendimento, a diferença existe na medida em que oferecem distintas teorias acerca das leis e da própria natureza do direito enquanto instituição social. <sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> NINO critica severamente DWORKIN ao afirmar que este não ataca a tese central do positivismo, qual seja, a de que o direito é um fenômeno social que pode ser descrito por um observador externo, sem qualquer referência à sua justificação moral ou ao dever moral de obedecê-lo e cumprí-lo. Com isto quer ele dizer que muitas das críticas que DWORKIN faz servem a KELSEN, por exemplo, mas não servem a HART, ou vice-e-versa. A este respeito ver NINO, La validez del derecho. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1985, p. 147-173.

DWORKIN objeta radicalmente a premissa positivista, pois entende que há casos nos quais as proposições jurídicas não aludem às regras de direito, cuja existência depende de sanção institucional, mas a princípios cujos conteúdos são, geralmente, controversos. Sua objeção respeita o cerne da sua teoria liberal do direito: os direitos individuais, ou seja, direitos que são anteriores àqueles criados pela legislação, uma vez baseados em princípios, e que podem ser interpostos contra o Estado ( enquanto instituição criadora de direito ).

Neste sentido, sua crítica se diferencia das críticas intestinas arremetidas pelo positivismo contra o utilitarismo e vice-e-versa, como também, das críticas externas dirigidas, quer de maneira genérica à teoria jurídica liberal dominante, quer individualmente às suas partes, na medida em que *neither argues that the ruling theory is defective because it rejects the idea that individuals can have rights against the state that are prior to the rights created by explicit legislation. On the contrary, opposition from the left and the right is united in condemning the ruling theory for its excessive concern, as they take it to be, with the fate of individuals as individuals.*<sup>100</sup>

O trânsito de DWORKIN pelas questões da filosofia, da teoria do direito e da teoria política não é aleatório, mas conseqüência da sua postura inquieta e crítica em relação às eternamente recorrentes questões: o que é o direito ? Quem deve obedecê-lo ? Como ? E quando ?

*Taking Rights Seriously* escancara a ligação entre a filosofia, o direito e a política, tão onerosa aos juristas, a qual se confirma e avança em *A Matter of Principle*,

---

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1982, p. xi. [ nenhuma sustenta que a teoria dominante é imperfeita/defeituosa porque rejeita a idéia segundo a qual os indivíduos podem ter direitos contra o Estado os quais são anteriores aos criados explicitamente pela legislação. Pelo contrário, a oposição de esquerda e de direita está unida em condenar a teoria dominante pela sua preocupação excessiva, conforme eles pensam ser, com o destino dos indivíduos enquanto indivíduos.]

rumo à configuração de uma opção epistemológica hermenêutica-crítica. A adoção deste paradigma consolida-se em *Law's Empire*; ainda que de forma não conclusiva. Afinal, o pensamento está vivo.

O direito constitui-se no objeto-chave da sua análise, na medida em que apresenta uma racionalidade interna, depreendida da prática jurídica, vale dizer, das decisões judiciais, através da qual se pode discutir, de forma concreta e coerente, a questão da justiça ( em DWORKIN isto remete, inexoravelmente, à questão da equidade ) que, em última instância, é o (obscuro) objeto do desejo de toda modernidade.

Nesta marcha, que parte da consideração dos direitos individuais como princípio político-jurídico fundamental, cuja defesa encontra-se na coerente argumentação jurídica, chegar-se-á à justificação de uma particular forma de liberalismo, que se assenta, sobretudo, numa ética da equidade. Ao aceitar a tese contratualista da formação do Estado, impõe-se, desde o início, o pressuposto liberal, na medida em que a sociedade se funda a partir de um instrumento, tipicamente privado, regulável segundo regras particulares e que remete para o tecido social a conformação dos negócios privados. Entretanto, a base moral desta sociedade impõe à liberdade da sua constituição, a equidade como limite, vale dizer, o tratamento de todos como iguais. Ou seja, a filosofia do direito constitui-se num meta-relato de legitimação do liberalismo (grande relato). A sofisticação de DWORKIN está no fato de que a chave para a compreensão da sua proposta de uma filosofia liberal do direito está na compreensão da argumentação jurídica enquanto exercício de interpretação construtiva, no qual o direito consiste na melhor justificação das práticas jurídicas como um todo, na história narrativa que faz dessas práticas o melhor possível.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London : Fontana Press, 1986, p. vii.

DWORKIN é um moderno; sua desobediência sempre civil !

## 2. a dimensão jurídico-ética da razão: a tentativa agonizante de salvação da modernidade.

Na vala da metafísica, entre divindades falidas, encontram-se enterradas ( e não menos carcomidas ) as teorias jusnaturalistas cujos fantasmas assombram a teoria do direito, embora só assustem os mais desatentos e desavisados. Assim, toda tentativa de ressurgimento do jusnaturalismo, em que pese o absolutismo ( e obscurantismo ) da noção de direitos naturais, é, no mínimo, anacrônica.

O *locus* e o *logos* jurisprudencial modernos ( leia-se século vinte ), absolutizam a noção de direitos individuais, a partir do binômio iluminista razão / crítica: *uma razão autônoma capaz de desmascarar as pseudolegitimações do mundo sistêmico, uma ação moral autodeterminada que não depende de autoridade externa e uma ação política consciente, baseada em estruturas democráticas que pressupõem uma razão crítica e uma vontade livre.* <sup>1</sup>

Formalmente, os direitos individuais se caracterizam como trunfos políticos que possuem os cidadãos, desprovidos de qualquer conotação metafísica, ainda que sob este plano reine uma certa indeterminação acerca dos mesmos. Dentre tais direitos, tem-se os direitos jurídicos, os quais podem ser identificados como um tipo distinto de direitos

---

<sup>1</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. As razões do iluminismo. São Paulo : Companhia das Letras, 1989, p. 25. O iluminismo kantiano permanece como núcleo estrutural do discurso contemporâneo dos direitos. Há a necessidade de uma lei que implique a noção de liberdade e que seja moralmente válida. A consciência disto é um fato *a priori*, um fato da razão pura. Neste sentido, a consciência do dever mostra que a razão é legiferante em matéria moral e que tal dever subentende uma vontade livre. A consciência da lei moral mostra que a razão pura é prática em si mesma e que o homem é livre: *a autonomia da vontade é o princípio único de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas*. A este respeito ver: KANT, Crítica da razão prática. Rio de Janeiro : Ed. Tecnoprint, [198-]. p. 64 - 81 ( Trad. J. Rodrigues de Mereje ) e, ainda, ROUANET, p. 31 - 33.

políticos, quer dizer, um direito institucional à decisão de um tribunal na sua função judicativa.

Este capítulo pretende, a partir da obra ( fala ) de Ronald DWORKIN, [2.1] mostrar como os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados, explicitamente, pela legislação ( por decisão política ) ou pela prática social ( pelo costume ), ou, ainda, por decisão judicial ( pelo precedente ); vale dizer, direitos políticos específicos de uma decisão específica, ainda que se trate de um caso controverso; uma caso difícil ( a hard case ) - *a tese dos direitos* .

Nesta perspectiva, criticar-se-á, de forma contumaz, o positivismo jurídico de uma maneira geral e, especialmente, a sua versão anglo-americana mais sofisticada e elegante, qual seja, a teoria jurídica de H.L.A. HART. Em contrapartida, DWORKIN oferecerá uma teoria conceitual alternativa; uma teoria normativa da *adjudication* cujo centro nevrálgico reside na noção de princípio: sua caracterização e distinção.

À *tese dos direitos*, segue-se a *tese da resposta certa* [2.2], através da qual procurar-se-á demonstrar que a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz.

A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário [2.3], consubstanciando a idéia da *chain of law*, a qual constituir-se-á no *turning point* para a consideração do direito como um conceito interpretativo.

A idéia de uma interpretação crítico-constructiva para a prática jurídica [2.4] ajusta-se à ambição iluminista de (re)construção de uma ética da equidade que sirva de

base normativa para o convívio social; para uma *comunicação sem entraves*. Para tanto, conceber-se-á o *direito como integridade ( Law as integrity )* <sup>2</sup> [2.4.3]. Seguindo a lógica dialética do raciocínio de DWORKIN, procurar-se-á mostrar como se dá esta concepção, opondo-a ao mesmo tempo às suas rivais, para as quais o direito é uma questão de descobrir e aplicar determinadas convenções sociais ( especiais ), voltando-se para o passado ( convencionalismo ) [2.4.1], ou uma questão da consecução da felicidade geral, constituindo-se as proposições jurídicas em programas instrumentais voltados, exclusivamente, para o futuro ( pragmatismo ) [2.4.2].

## 2.1 O direito significado pelos *direitos*.

A jurisprudência atual se vincula, inexoravelmente, à teoria e à filosofia moral, posto que as questões que se lhe insurgem, são, no seu âmago, questões de princípios morais e não meramente fatos jurídicos. Segundo DWORKIN, isto explica a importância e o sucesso de HART : *he has an instinct for issues of principle, and a marvelous lucidity in setting them out.* <sup>3</sup> As implicações morais reveladas em *O conceito de direito ( Concept of law )*, *Direito, liberdade, moralidade ( Law, liberty, morality )* entre outras, sinalizam um filósofo da moral.

Uma jurisprudência sensível, que enfatiza a questão dos princípios ( da moral ) deve não só mostrar as ligações que se estabelecem entre a prática jurídica e a prática social, mas, também, empreender um programa contínuo de exame e crítica à prática social. A relação entre princípios morais e prática jurídica ( entre ética e direito ),

---

<sup>2</sup> Optou-se pela tradução literal *direito como integridade*, conforme faz uso LAMEGO em seu *Hermenêutica e jurisprudência*, não obstante a tradução francesa utilize o termo *unidade* no lugar de *integridade* ; *droit comme unité*, conforme MICHAUT, Françoise. *Law's Empire* de Ronald DWORKIN. Archives de philosophie du droit, Paris, tome 33, la philosophie du droit aujourd'hui, 1988. p. 114

<sup>3</sup> DWORKIN, Taking, p. 7. [ Ele tem um instinto para as questões de princípio e uma lucidez maravilhosa ao expô-las.]

a luz da jurisprudência pós-HART, sofisticada, ao redimensionar, a análise a que são, usualmente, submetidas as questões cotidianas do direito, na medida em que se estabelece uma ponte entre a teoria jurídica e a teoria moral, a justificar uma coerente tomada de decisão.

*What's the law ? When two sides disagree [...] about a proposition 'of law', what are they disagreeing about and how should we decide which side is right? Why do we call what the 'law' says a matter of legal 'obligation' ? [...] does legal obligation have something to do with moral obligation ?* <sup>4</sup> ( no início do *Law's Empire* DWORKIN fala, exatamente, a mesma coisa: interessa como os juízes decidem um caso, o que eles pensam que é o direito e que tipo de discordância eles têm.)

Três questões importantes vêm à tona quando da ocorrência de um litígio: O que aconteceu ( questões de fato ) ? Qual o direito pertinente ( questões de direito; lugar das proposições jurídicas ) ? E, finalmente, é tal direito justo ou não ?

Inicialmente, uma análise acurada depara-se com uma confusão conceitual relativamente às noções de *direito e obrigação* jurídica, à qual *il faut faire attention* sob pena de se cometerem verdadeiras atrocidades jurídicas, como nos casos em que se tortura, em face do descumprimento de alguma *obrigação jurídica*, a fim de *se fazer direito*. Ainda que se trate de um caso corriqueiro de descumprimento de uma obrigação jurídica ( o roubo de um banco, por exemplo ), o senso comum teórico dos juristas não oferece mais do que explicações intuitivas, uma vez que a noção de obrigação jurídica remete à de direito, cujo entendimento é ainda mais problemático. Neste caso, exigir a

---

<sup>4</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 14. [O que é o direito ? Quando dois lados discordam [...] sobre uma proposição 'de direito', sobre o que estão eles discordando e como deveríamos decidir qual lado está certo ? Por que chamamos o que o 'direito' diz uma questão de 'obrigação' jurídica ? [...] A obrigação jurídica tem alguma coisa a ver com obrigação moral ?]

mera aplicação da lei, segundo a orientação positivista, pode ser, desde então, um progresso significativo.

Desta forma, o quebra-cabeça conceitual que envolve as noções de *direito e obrigação jurídica* exige uma teoria que possa dar conta de como se usa um conceito e dos compromissos conceituais que um tal uso exige: uma teoria geral.

O positivismo jurídico, especialmente sua versão hartiana, tem se empenhando cada vez mais nesta intenção de fornecer uma teoria geral, contando, para isso, com uma estrutura conceitual que se assenta nos seguintes dogmas:

a) o direito consiste em um conjunto de regras especiais de que faz uso a comunidade - direta ou indiretamente -, no propósito de determinar padrões de conduta cujo descumprimento resulta no dever de reprimir e punir do poder público.

b) este conjunto de regras jurídicas válidas é exaustivo do *direito*, vale dizer, em casos em que nenhuma destas regras seja aplicável, cria-se nova regra ou suplementa-se uma antiga.

c) a obrigação jurídica consiste na contraprestação de fazer ou não fazer algo, conforme a vontade da regra jurídica válida.

Uma teoria conceitual alternativa que possa dar conta da nebulosa conceitual que envolve a teoria do direito, sem, porém, cair na dogmática positivista, exige, pois, que se reconheça na argumentação jurídica em que se disputam direitos e obrigações jurídicas, a existência de *standards* (pautas) que funcionam como princípios ( *principles* ) ou políticas (*policies*) <sup>5</sup>, e não como regras jurídicas no sentido que o posi-

---

<sup>5</sup> Não obstante o termo *policy* seja traduzido como *directriz* na versão espanhola do artigo ¿ Es El Derecho Un Sistema de Normas ? DWORKIN, (compilador) Filosofia del derecho, Cidade do México : Fondo de

tivismo ( seja o institucionalista de HART ou o de estatuição de KELSEN <sup>6</sup> ) lhes atribui. Os princípios são referidos, genericamente, como conjunto de normas outras ( que não regras jurídicas ), incluída aí a noção de política ( policy ), a qual diz respeito a um tipo de norma cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade, no sentido do seu *improvement* econômico, político e social. Especificamente, o termo *princípio* vai se opor a esta noção de política, ao dizer respeito a um tipo de norma cuja observação é um requisito de justiça ou equidade, ou ainda, de alguma outra dimensão da moral. <sup>7</sup>

Exemplificando, a determinação segundo a qual ninguém pode obter vantagem ( lucro ) através do seu próprio erro, é uma norma que funciona como um

---

Cultura Económica, 1980, que, posteriormente, converteu-se no segundo capítulo do *Taking rights seriously*, preferiu-se a tradução literal em português para *política*. Entretanto, segue como complementar, a explicação do tradutor Javier Sáinz de los Terreros: *Aunque el vocablo inglés policy puede significar "plan" o "política" he descartado aquí este último sentido por ambiguo. Según el Diccionario de uso del español, de Maria Moliner, "directriz" es un "conjunto de principios y propósitos que se tienen en cuenta al planear, organizar ou fundar una cosa". Ej: "las directrices del nuevo partido"*.

<sup>6</sup> Conforme LAMEGO, Heremênutica e jurisprudência, p. 227 e 239, faltou a KELSEN uma ontologia alargada das regras - para além das entidades e propriedades, abarcando os fatos institucionais -, que lhe permitisse dar conta dos sistemas normativos como sistemas institucionalizados de regulação de condutas; [...] também, a consideração do ponto de vista interno, como modo necessário de abordagem das instituições. Em face da inobservância dos fatos institucionais, teve KELSEN que reportar a validade das normas à validade da norma hipotética fundamental que é hierarquicamente superior, pois do contrário ocorreria um regresso *ad infinitum*. Quer dizer, se a ontologia de KELSEN incluísse os fatos institucionais não haveria problema em referir a validade das normas à sua pertença ao sistema. O sistema normativo exige a adoção de um tal ponto de vista, sob pena de se tratar a normatividade como se fato bruto fosse, a ser descrito desde uma perspectiva externa ou observacional. A admissão hipotética da força obrigatória do sistema ( o ponto de vista interno ) - sempre se vai obedecer porque há uma convenção que assim determina - como condição para o sistema normativo, não obriga a aceitação do sistema como sistema de normatividade justificada. As regras e instituições são suscetíveis de conhecimento sem aceitação. Quer dizer, um anarquista professor de direito poderá compreender o direito, apreendendo, sob o ponto de vista interno, os seus nexos de valoração, sem que, com isso, aceite tais valorações. Esta postura de conhecimento sem aceitação, própria do positivismo, especialmente o de HART é, por um lado, uma atenuante a sua rigidez ( e por isso aconselharia-se a KELSEN ), embora não seja compartilhada por DWORKIN. A este respeito, falar-se-á mais adiante, especificamente em relação ao ponto de vista interno ou do participante sobre o direito.

<sup>7</sup> Esta distinção entre princípios e políticas aparece, de início, como fundadora de uma teoria normativa da *adjudication*. Entretanto, observar-se-á, no decorrer do capítulo, que ela é antes consequência do emprego de uma fundação metodológica interpretativa. A este respeito, observar o trabalho de GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. 2. ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 102, no qual ele se refere à distinção, no sentido de identificar no texto constitucional brasileiro a existência de princípios e políticas.

princípio, enquanto a determinação segundo a qual acidentes de trânsito devem diminuir, é uma norma que funciona como política.

Há, assim, dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente em oposição à de política, consubstanciando o nervo da teoria da *adjudication* de DWORKIN e, externamente, em oposição à regra jurídica, determinando o debate com o positivismo de HART, o qual será analisado num segundo momento.

No primeiro caso ( princípio em oposição à política ), tem-se que toda decisão jurídica cujo argumento seja baseado em princípios atenderá a um direito individual; entretanto, se o mesmo for baseado em políticas, atenderá a um fim coletivo, tendo em vista o bem-estar geral da comunidade.

Esta distinção é também fundamental para a teoria política, consistindo na sua principal, embora não exclusiva, fonte de argumentação: *arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advance or protects some collective goal of the community as a whole. The argument in favor of subsidy for aircraft manufacturers, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right. Por exemplo, the argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern.* <sup>8</sup> Não

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Taking, p. 82. A este respeito ver também, *A matter of principle (Do we have a right to pornography ?)*, p. 335-371. DWORKIN oferece neste capítulo bons argumentos à discussão princípios/políticas e à sua defesa dos princípios. Neste caso, especificamente, poder-se-ia dizer que ele oferece um duplo argumento: primeiro, através da idéia de que o dano causado pela censura à pornografia é infinitamente maior que o possível dano causado pela pornografia, posto que a censura viola um direito à independência moral, derivado do princípio político de que cada cidadão deveria ter direito a uma visão moral da sociedade, protegida da interferência governamental. Segundo, porque a justificação ( de política ) de que, não obstante a pornografia seja ruim à comunidade, pior seriam as conseqüências da sua proibição, é mais facilmente refutável e débil se comparada a um argumento baseado num direito. A este respeito ver ainda, KRESS & ANDERSON. Dworkin in transition. The american journal of comparative law, vol. 37, n. 2, spring 1989. p. 345. [ argumentos de política justificam uma decisão política ao mostrar que a decisão avança em direção a ou protege algum fim coletivo da

obstante, é na atividade judicial que o binômio princípios/políticas ganha relevância ao determinar a compreensão e consecução de uma nova teoria das decisões judiciais, a qual constrói um espaço democrático de interação entre a filosofia, a política e o direito.

Neste sentido, segue a crítica de DWORKIN às teorias mais populares da *adjudication*, cuja crescente complexidade não redimensionou a relação da atividade judicial com a legislação, permanecendo aquela à sombra desta. Quer dizer, nos casos em que não cabe estender o alcance ou reinterpretar as regras existentes e em que os juízes criam nova regra, ocorre, pois, um duplo grau de subordinação: os juízes agem não só como delegados para a legislatura, mas como legisladores delegados. *This deeper subordination is thus conceptual as well political*,<sup>9</sup> além de depor contra a originalidade nas decisões judiciais.

A contrapartida desta subordinação seria a legitimidade de uma decisão tomada por alguém que detém um mandato popular, bem como a supressão do risco de que uma decisão original - para além da legislação - ferisse o princípio da irretroatividade.

Entretanto, segundo DWORKIN, estas objeções contra a originalidade judicial atingem muito mais as decisões geradas por políticas do que as geradas por princípio. Isto porque é persuasiva a justificativa de que o direito deveria ser criado por autoridades eleitas, se pensado enquanto política; isto é, como um compromisso entre fins e propósitos individuais em razão do bem-estar da comunidade. Por exemplo, sacrificar o direito de um inocente com a criação de um novo dever, surgido posteriormente ao

---

comunidade com um todo. O argumento em favor do subsídio para fabricantes de aeronaves, segundo o qual o subsídio protegerá a defesa nacional é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. Por exemplo, o argumento em favor da lei anti-discriminação: toda minoria tem um direito a igual respeito e consideração.]

<sup>9</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 82. [ Essa subordinação mais profunda é tanto conceitual quanto política ]

evento, poderia ser oportuno se ocorresse, em nome de uma política econômica de redistribuição de renda. <sup>10</sup>

Uma decisão jurídica gerada por proposições que descrevem direitos - por princípios - não é facilmente objetável por razões de política, uma vez que a dimensão política que se lhe atribui não redonda em expedientes imediatistas de consecução da *felicidade geral*, leia-se, mendigadas doses de bem comum, mas, sim, no *enforcement* dos direitos individuais. Ela é o próprio sentido da decisão, em que pese a segurança do cumprimento de um direito individual baseado nos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal. <sup>11</sup> Argumentos utilitaristas e econômicos são arquétipos de um argumento de política. Conforme observam Kress and Anderson, <sup>12</sup> *DWORKIN claims that while judicial policymaking would offend democratic principles, decisions based upon preexisting rights grounded in principle are significantly less objectionable, if they are objectionable at all.* Neste sentido, deveriam os tribunais buscar princípios que, singular ou coletivamente, se constituíssem, antes, em diretrizes para a decisão judicial, do que na mera explicação das regras jurídicas existentes. Isto porque a zona em que os princípios penetram é mais que um mero sistema relativamente aberto de regras, pleno de ambigüidades.

---

<sup>10</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 85.

<sup>11</sup> Originariamente o **devido processo legal** foi concebido segundo um enfoque estritamente processualístico, sem qualquer referência ao sentido substantivo desta garantia constitucional, que a torna um instrumento de controle do mérito dos atos normativos do legislativo. Não basta a garantia do direito a um processo regular e justo, mas ainda a garantia do conteúdo justo e coerente dos atos normativos que informam o direito. Assim, o **devido processo legal** é tanto processual (*procedural due process*) quanto substancial (*substantive due process*).

<sup>12</sup> KRESS & ANDERSON, DWORKIN in transition. *The american journal of comparative law*, vol.37, n. 2, spring 1989. p. 342 [ DWORKIN afirma que enquanto a feitura da política judiciária ofenderia os princípios democráticos, as decisões baseadas sobre os direitos pré-existentes fundados em princípios são, significativamente, menos objetáveis, se é que são objetáveis.]

Pois bem, as decisões judiciais devem ser geradas por princípios uma vez que tribunal e legislativo não se confundem: programas legislativos podem ser razoável e corretamente justificados por políticas.<sup>13</sup>

Esta questão da originalidade judicial evidencia-se nos casos em que as regras existentes parecem indeterminadas, ambíguas, ou, mesmo, em que nenhuma regra, explicitamente, parece disponível; isto é, nos chamados casos difíceis ( *hard cases* ) onde, tradicionalmente, opera-se a discricionariedade do juiz.

DWORKIN perverte ( altera ) a cumplicidade positivista entre originalidade e discricionariedade, tornando-as antitéticas. Sua argumentação apóia-se na sua *tese dos direitos*, qual seja, a de que as decisões judiciais, especialmente nos casos cíveis e nos casos controversos, são - e deveriam ser - geradas por princípios. Essa tese assevera - duplamente<sup>14</sup> - na prática a dimensão política do jurídico, na medida em que joga para as decisões judiciais o *fazer valer* ou *fazer cumprir* ( *enforcement* ) dos direitos políticos existentes: primeiro, ao lançar mão de um princípio, de um objetivo político individualizado, identificando através do mesmo a existência de um direito. Segundo, ao articular este direito pré-existente com a história institucional, com os precedentes. Assim, impera

---

<sup>13</sup> O legislativo não necessita razões de princípio - embora devesse - para justificar as regras que elabora e decreta. Por isso os juízes estão numa posição diferente da dos legisladores. Suas decisões devem ser fundamentadas por princípios e não por políticas, sob o argumento de que às partes pré-existem direitos e deveres, decorrentes dos precedentes e da legislação, cujo cumprimento lhes cabe obrigar. Conforme DWORKIN, *Law's empire*. p. [...] *when judges construct rules [...] not recognized before, they are not free in the way [...] legislators are. Judges must make their common-law decisions on grounds of principle, not policy: they must deploy arguments why the parties actually had the "novel" legal rights and duties they enforce at the time the parties acted or at some other pertinent time in the past.* [ Quando os juízes constroem regras [...] não anteriormente reconhecidas, não são eles livres no sentido em que o são os legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões costumeiras apoiados em princípios e não em políticas; devem desenvolver argumentos acerca do por que as partes tinham, de fato, "novos" direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem que sejam cumpridos, quer no momento em que as partes agiram, quer em algum outro momento pertinente no passado ].

<sup>14</sup> Duplamente porque além de fazer cumprir os direitos políticos, presume no ato de julgar a interferência das convicções morais e políticas do juiz.

a moralidade pessoal do juiz - enquanto membro de uma instituição que comporta uma teoria política - através da sua argumentação baseada em princípios e a moralidade institucional contida no precedente. Ambas constituem-se em ingredientes indispensáveis para o julgamento político dos juízes.

A contrário senso, a originalidade não disputa direitos políticos com a história institucional, sendo esta um elemento complementar e não limitativo do julgamento. *Judges must make fresh judgements about the rights of the parties who come before them, but these political rights reflect, rather than oppose, political decisions of the past.* <sup>15</sup>

A articulação entre os princípios e as decisões políticas passadas requer a existência de uma coerência ( *consistency* ) no sentido da *application of the principle relied upon, not merely in the application of the particular rule annouced in the name of that principle.* <sup>16</sup> A sua não ocorrência onera a estrutura da decisão, em relação à reutilizabilidade. Justifica-se, por isso, a fragilidade das decisões apoiadas em políticas onde não se cobra tal coerência. Políticas se alteram na proporção dos ânimos ( e ventos ) que as conduzem.

Enfim, a coerência entre os princípios e as decisões políticas passadas refere-se à necessidade subjacente da coerência entre as convicções morais pessoais e os princípios éticos gerais, a qual apóia-se na idéia do *modelo construtivo* da ética, em

---

<sup>15</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 87. [ Os juízes devem elaborar novos julgamentos sobre os direitos das partes que comparecem perante ele, mas esses direitos políticos antes refletem do que opõem decisões políticas do passado. ]

<sup>16</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 88. Esta *articulated consistency* é o embrião do *direito como integridade*. Para KRESS & ANDERSON, *The american journal of comparative law*, p. 343 DWORKIN torna o argumento sobre a coerência vulnerável, na medida em que não exige que o judiciário como um todo estabeleça um esquema de princípios, coletivamente aceito. [ aplicação do princípio no qual se apóia e não meramente na aplicação de uma regra particular anunciada em nome daquele princípio ].

oposição ao modelo natural, depreendido da técnica do *reflective equilibrium* de John RAWLS.<sup>17</sup> Vale dizer, os princípios atendem às melhores e mais exatas convicções éticas, as quais se encontram em *equilíbrio reflexivo*, desde um submetimento anterior a um exame crítico. *Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios e juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a que principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivacion.*<sup>18</sup> Não há uma realidade moral objetiva, conforme assevera o modelo natural da ética, mas algo construído.

Segundo LAMEGO<sup>19</sup>, *resulta evidente que o modelo do equilíbrio reflexivo representa, em termos de argumentação prática, uma postura dialética.* David Couzens HOY e Dagfinn FOLLESDAL<sup>20</sup> comparam o círculo hermenêutico de GADAMER ao equilíbrio reflexivo de RAWLS, relativamente à tentativa de compreender uma situação moral através do equilíbrio entre os princípios e as intuições de cada um. Eles alertam,

---

<sup>17</sup> RAWLS, John. A theory of justice. Oxford : Oxford University Press, 1980, p. 46 - 53. RAWLS busca uma base comum para a sobrevivência, quer dizer, uma base moral sobre a qual estruturar-se-ia uma sociedade democrática e a encontra no conceito de justiça. Parte de uma situação hipotética - a posição original - a partir da qual se estabelecem os autênticos princípios da justiça que servirão à descrição do sentido da justiça, tarefa última da teoria do contrato que a posição original subsume. Os princípios escolhidos na posição original corresponderiam a juízos de justiça não distorcidos, quer dizer, a juízos cujas irregularidades e distorções foram corrigidas e que encontram-se em equilíbrio reflexivo. Este equilíbrio resulta da discussão e confrontação entre as concepções de justiça. Ele implica na revisão dos juízos pessoais, relativamente aos princípios estabelecidos pelo contrato na posição original. Conforme esclarece GARCIA, Jesus I. Martinez. La teoria de la justicia en John Rawls. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1985, p. 80. *La teoria individualiza unos principios de justicia y luego nosotros nos adherimos havendo de ellos nuestro equilibrio reflexivo. Afirmer [...] que lo derivado deductivamente de la posicion originaria, esta de acuerdo con nuestros juicios madurados em equilibrio reflexivo equivale a decir que lo podemos aceptar; que quizá, antes pensavamos diferente, pero que ahora, despues de ver lo que implican los principios de justicia de RAWLS y como se han determinado, rectificaremos y nos sentiremos expressados por ellos.* Ver ainda, DWORKIN, Law's Empire, p. 227-8 e também, o ítem 3.2 do terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>18</sup> GARCIA, La teoria de la justicia, p. 81.

<sup>19</sup> LAMEGO, Hermenêutica e jurisprudência, p. 265.

<sup>20</sup> HOY, David Couzens. Dworkin's cosntructive optimism v. deconstructive legal nihilism. Law and philosophy 6, 1987, p. 332.

porém, para o fato de que esta analogia torna-se problemática mais tarde, nas questões sobre a autoridade do direito e seu criticismo.

O caso difícil *Spartan Steel @ Alloys ltda v. Martin & Co.*<sup>21</sup> demonstra a aplicabilidade da *tese dos direitos*; isto é, pode-se depreender da sua estrutura argumentativa - que não teve essa pretensão técnica - a orientação em direção a princípios e políticas, com o predomínio destas na decisão do juiz ( Lord *Denning* ). Daí resulta a conclusão de DWORKIN, da quase irrefutabilidade de um argumento apoiado em proposições acerca de algum interesse específico de quem propõe um direito.

Entretanto, não decorre disto qualquer injustiça ( seja no sentido vazio que o senso comum lhe atribui, seja concretamente como equidade ) em relação àquele que é demandado, por lhe advir um dever de uma instância outra que não a publicação de uma lei. Tem-se, pois, que ao demandado pré-existia um direito, não obstante, de menor peso em relação ao direito concorrente.

A tese dos direitos distingue, objetivamente, direitos individuais e fins sociais, bem como a dimensão concreta daqueles, na qual reside a sua força argumentativa. Desta forma, os direitos individuais consistem em objetivos políticos individualizados, enquanto os fins sociais consistem em objetivos políticos não individualizados. Esta distinção respeita o lugar e a função que tais objetivos ocupam em uma determinada teoria política, posto que diferentes teorias atribuir-lhes-iam diferentes *features*.

O caráter de concretude dos direitos individuais afasta-os da retórica jurídica intuitivista que se pratica nos tribunais, bem como da retórica reducionista do positivismo

---

<sup>21</sup> v. anexo, CASO 5

( não menos abstrata ) - a norma fundamental de KELSEN, a regra de reconhecimento de HART - que às vezes é praticada nos tribunais, na medida em que se identificam nestes direitos, objetivos políticos precisos que expressam de forma definida as suas dimensões. Não basta dizer que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão, mas sim, que determinado jornal tem direito a publicar planos de defesa tidos como secretos, desde que com isso não se crie risco de perigo físico para as tropas militares. <sup>22</sup>

Além de concretos, os direitos individuais devem conter duas outras qualidades: devem ser direitos institucionais e não *backgroundrights* <sup>23</sup> e, especialmente, direitos jurídicos, ou seja, direitos à decisão de um tribunal na sua função judicativa. Esta distinção diz respeito às pessoas e às instituições que têm que tomar uma decisão política, reiterando a autonomia decorrente, na qual reside a força de uma argumentação que se pretende precisa e original.

Desde então, não há uma zona de imprecisão - como parece haver nos *hard cases* - em que os direitos jurídicos, reduzidos à expressão da regra de direito, não seriam suficientes, tendo-se que recorrer aos *backgroundrights*; ou, ainda, não existiriam de forma alguma, em face da indeterminação de certas regras jurídicas. *Once an autonomous institution is established, such that particulars have institutional rights under distinct rules belonging to that institution then hard cases may arise that must [...] be supposed to have an answer.* <sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 93.

<sup>23</sup> Enquanto os direitos institucionais proporcionam justificação às decisões judiciais através ou, em nome de, alguma instituição política específica, os *backgroundrights* o fazem através ou, em nome da sociedade em abstrato.

<sup>24</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 104 [ Uma vez que uma instituição autônoma esteja estabelecida, de modo a que particulares tenham direitos institucionais sob regras distintas pertencentes àquela instituição, então é possível que surjam casos difíceis que devem ter uma resposta.]

Os direitos individuais, no sentido que DWORKIN lhes atribui, de direitos jurídicos, escapam, definitivamente, à mera positividade da lei, ainda que dela possam ser depreendidos, em que pese a sua consideração em termos de propósitos ou intenções. Vale dizer, os direitos jurídicos, desde um exercício argumentativo, referem-se, também, a dois conceitos articulados: o de propósito ou intenção de uma lei, ou artigo, o qual faz *uma ponte entre a justificação política da idéia geral de que leis criam direitos e os casos difíceis que perguntam que direitos uma determinada lei criou* e o de princípio, o qual subjaz às regras positivas de direito e aos precedentes ( *common law principle* ) e que *faz uma ponte entre a justificação política da doutrina de que casos iguais deveriam ser decididos igualmente e os casos difíceis nos quais não é claro o que a doutrina exige.* <sup>25</sup> Por isso, são os direitos jurídicos definidos como *uma função [...] muito especial de direitos políticos.* <sup>26</sup>

Nestes termos em que se vinculam prática jurídica e teoria política, é possível pensar em direitos jurídicos, ainda que se trate de um caso difícil, respeitando tanto a legislação quanto os precedentes, em que pese a sofisticação das suas próprias estruturas. *A tese dos direitos* observa, descritivamente, a estrutura da instituição da *adjudication*, bem como oferece uma justificativa política a esta estrutura. Vale dizer, a partir da distinção entre princípios e políticas tem-se uma descrição de como os juízes decidem um caso e a prescrição de como eles deveriam decidir. A estratégia kantiana de distinção entre *ser* e *dever* que fundamentou uma ciência descritiva do direito em BENTHAM, KELSEN e HART , servindo de apoio epistemológico ao positivismo metodológico (ou conceitual), <sup>27</sup> perde a sua significação. Constitui-se a *tese dos direitos*

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Taking, p. 105

<sup>26</sup> DWORKIN, Taking, p. 105

<sup>27</sup> LAMEGO, Hermenêutica e jurisprudência, p. 245-46. Acrescenta ainda o autor que o dever ser é um dever moral, um dever jurídico cujos enunciados supõe a referência às regras constitutivas do fato

numa técnica de decisão judicial, cujo intuito é minorar a ocorrência de decisões falaciosas que, por fim, ganham a qualidade de jurídicas, consagrando-se institucionalmente.

A técnica limita-se, objetivamente, na sua dificuldade em relação aos casos em que não há uma simetria dos direitos - concorrentes - das partes. Por exemplo, os casos de direito penal, onde não resulta ao Estado um direito à condenação do acusado - mesmo que este seja culpado - correspondente à sua presunção de inocência. Neste caso, a decisão judicial recorreria antes a um argumento de política do que de princípio. Subjetivamente, a *tese dos direitos* limita-se à falibilidade do juiz, embora lembre DWORKIN *to any judge that he might well be wrong in his political judgements, and that he should therefore, decide hard cases with humility.* <sup>28</sup>

A extensão da teoria da *adjudication* de DWORKIN aos casos constitucionais cinge-se à necessidade de um tratamento filosófico - suprapositivo - ao texto constitucional, em que se aduzem considerações da ordem dos princípios, da teoria moral. Assim feito, decorre que os cidadãos têm direito ( à proteção ) contra o Estado - subentendida neste a representação do interesse geral da maioria. Uma vez advindos do texto constitucional, tais direitos vão além dos *backgroundsrights* - são direitos institucionais - , não obstante a sua significação em termos de dignidade e igualdade. Por isso não são todos os direitos constitucionais direitos morais do cidadão contra o Estado,

---

institucional em causa [ moralidade positiva, direito positivo ]. Só se pode afirmar que A deve fazer x, assumindo o ponto de vista "interno" à instituição, ou seja, o dever ser só existe em função da aceitação das regras da promessa pelo participante. O ponto de vista do participante é interno em relação ao seu comprometimento. Pode, no entanto, ocorrer uma descrição sem comprometimento, sem aceitação da instituição. Vale dizer, para A o comportamento x é devido, não obstante possa ser considerado incorreto por quem produziu a afirmação. Esta possibilidade do conhecimento sem aceitação, característica do positivismo metodológico, permite analisar o sistema jurídico como sistema institucionalizado de conduta sem se aceitar ou atuar nas pautas de regulação que o constituem.

<sup>28</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 130. [ a qualquer juiz que ele bem pode estar errado em seus julgamentos políticos, e que deveria conseqüentemente decidir os casos difíceis com humildade. ]

mas somente aqueles ditos fundamentais que atendem àquelas duas dimensões da moral<sup>29</sup>.

As cláusulas constitucionais relativas ao *due process of law* e à *equal protection* constituem-se, por exemplo, em referências precisas a estes direitos fundamentais, de que um dos traços é o direito de desobedecer.

Quando, por exemplo, a Constituição Brasileira estabelece através do seu artigo 5º, LIV, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, não se refere a uma mera garantia processual, mas, sim, a um *instrumento jurídico [...] de controle do arbítrio e da discricionariedade governamental, [...] da razoabilidade (reasonable) e da racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos em geral do poder público*.<sup>30</sup>

Ao fundir pretensões jurídicas e morais, o texto constitucional - não importa se brasileiro ou americano - faz com que a validade de um direito dependa não de uma determinada regra positiva, mas de complexos problemas morais, como por exemplo, a indagação acerca do respeito de uma lei particular à igualdade de todos os homens.<sup>31</sup>

No caso brasileiro da Medida Provisória 168/90, convertida na lei 8024 de 12 de abril de 1990, que disciplinou o impedimento à disposição de mais de 50 mil

---

<sup>29</sup> Os arts. 1º, *caput* e incisos, 2º, 4º e 5º, *caput* e incisos e 170 *caput* (parcialmente) e incisos, da Constituição Federal do Brasil, aparecem como **princípios**, enquanto os arts. 3º, 4º par. único, 170, *caput* (parcialmente) aparecem como **políticas**. A dignidade da pessoa humana, aparece, por exemplo, no art. 1º, III como um princípio e no *caput* do art. 170, como política, assegurando a todos existência digna. A este respeito ver GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988, p. 105.

<sup>30</sup> Conforme Carlos Roberto de Siqueira Castro In: MARINONI, Luiz G. B. Da inconstitucionalidade da lei nº 8076/90 e dos artigos 5º e 6º da lei nº 8024/90 (Parecer). Jurisprudência brasileira, Curitiba, vol. 159, set-out., 1990, p. 78.

<sup>31</sup> DWORKIN, Taking, p. 185 e também Law's empire, p. 165 [...] we must treat like cases alike [...]

cruzados novos dos ativos financeiros ( o confisco ), de 15 de março de 90 a 15 de setembro de 91, preponderou, conforme assevera MARINONI,<sup>32</sup> a total falta de razoabilidade, bem como a ofensa explícita ao princípio da igualdade: *não é razoável impedir a todos [...] que possuíam mais de cinquenta mil cruzados novos [...] de disporem dos valores que excedem aos limites [...] porque todos ( proprietários de grandes fortunas ou não, especuladores ou assalariados ) são tratados igualmente, o que fere o princípio da igualdade, que requer tratamento desigual aos desiguais [...]*.

Outra situação onde ocorre clara conexão entre questões jurídicas e morais, relativamente à Constituição, são os insurgentes casos de desobediência civil. Esta reflexão que alcança o texto constitucional se estende ao questionamento da própria validade do *direito* desobedecido: *parece injusto punir um homem por desobedecer um direito duvidoso.*<sup>33</sup>

A desobediência civil não só acusa a existência de profundas e complexas questões de ordem moral alocadas no texto constitucional, como, também, a necessidade de um direito sensível a estas questões, não redutível à regra positiva, cuja concepção, com ele, se alarga e se altera.

Desta forma, na perspectiva da *tese dos direitos*, a regra jurídica positiva não se constitui em um óbice ao cumprimento dos direitos individuais, mas em um ingrediente complementar. Quer dizer, os direitos e deveres morais dos cidadãos, bem como os direitos políticos contra o Estado, podem ser reconhecidos no direito positivo,

---

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz G. B. Da inconstitucionalidade, p. 78-9.

<sup>33</sup> DWORKIN, *Taking*, p. 221.

desde a *rights conception* da regra jurídica. *The rule of law on this conception is the ideal of the rule by accurate public conception of individual rights.* <sup>34</sup>

A regra jurídica positiva que serve de significação do direito nos sistemas positivistas e que é ontologicamente neutra, transferindo para outra instância - para fora do sistema - as questões substantivas da justiça, se *prostitui* na tese dos direitos. Não ocorre, pois, a dicotomia entre questões de direito ( as regras jurídicas positivas que como descrição da prática social <sup>35</sup> impõem condutas ) e questões de justiça, tornando inepta, por exemplo, a existência de uma política jurídica.

Ao ser compreendida de forma mais aberta, a regra jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo lhe atribui e tornando-se uma fonte extraordinária de direitos morais. Assim, é possível que insurjam críticas internas - do próprio sistema -, especialmente em relação à noção de direitos morais. O ato judicatório, em que pese a consideração da regra jurídica nos termos da *rights conception*, será um ato político. Num caso difícil, aduzirá o juiz a certos princípios - que podem ser depreendidos da regra jurídica - para, através dos mesmos, buscar os direitos morais das partes, pertinentes às suas pretensões. Este mecanismo, que vincula as questões práticas ( relativas à tomada de decisão do juiz ) às questões teóricas da concepção de regra ju-

---

<sup>34</sup> DWORKIN, A matter of principle. Cambridge, Mass. and London : Harvard University Press, 1985, p. 11-2 [ A regra de direito nessa concepção é o ideal da regra pela exata concepção pública dos direitos individuais. ]

<sup>35</sup> Esta idéia de um enunciado normativo que descreve algo dado empiricamente, subentende a seguinte forma lógica: uma proposição P só é verdadeira se, e somente se, alguém agiu de maneira que o fato L(p) torne (p) verdadeira. O positivismo acredita que as proposições jurídicas são totalmente descritivas; são pedaços da história. Assim, uma proposição é verdadeira somente se algum evento do tipo designado pelos legisladores sucedeu. Por isso se diz que o positivismo cria o direito nos casos (difíceis), em que não há previsão/descrição da conduta pela lei.

rídica, oferece uma resposta ( através do direito ) à sociedade pela via da realização possível da justiça. *O direito que é como medida possível do direito que deve ser.* <sup>36</sup>

Em suma, a cultura jurídica, de uma maneira geral, sofreria mudanças significativas a partir desta *concepção dos direitos* da regra jurídica, na medida em que ela se constitui em mais um instrumento de justiça social. *A society devote to that conception of the rule of law may pay a price, certainly in efficiency and possibly in the communitarian spirit that to much concern with law is supposed to cripple. But that society makes an important promise to each individual, and the value of that promise seems [...] worth the cost. It encourages each individual to suppose that his relations with other citizens and with governement are matters of justice, and it encourages him and his fellow citizens to discuss as a community what justice requires these relationship to be.*<sup>37</sup>

Ainda que a concepção de regra jurídica não seja central à *jurisprudence* de DWORKIN, ela é determinante ao debate com o positivismo, especialmente o de HART. Primeiro, por se opor genericamente à noção de princípio e, segundo, por assumir características particulares que tornam sua aplicação coerente com aquela.

O positivismo, genericamente, gravita em torno da noção de regra jurídica. Ela constitui-se num padrão de avaliação de condutas, num fator de motivação de comportamento.

---

<sup>36</sup> LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, p. 257.

<sup>37</sup> DWORKIN, *A matter of*, p. 32. [ Uma sociedade devotada a essa concepção da regra de direito pode pagar um preço, certamente em eficiência e possivelmente no espírito comunitário, que por muita preocupação com o direito está propensa a arruinar-se. Mas essa sociedade faz uma promessa importante para cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece [...] valer o custo. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o governo são questões de justiça, e o encoraja e a seus companheiros cidadãos a discutir como a comunidade em que a justiça requer que esse relacionamento se constitua. ]

HART, especificamente, identifica duas classes distintas de regras: as primárias e as secundárias, cuja união vai significar o direito enquanto modelo complexo ( diferente do modelo simples de AUSTIN ), constituindo o que ele determina como *sistema jurídico*. Por força das regras primárias ( ou de obrigação ), *human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not.*<sup>38</sup> Já, as regras secundárias *provide that the human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operation.*<sup>39</sup> Enquanto aquelas impõem deveres, obrigações ou abstenção de certos atos, estas conferem poderes, podendo ser de três tipos: regras de reconhecimento, as quais estabelecem limitações aos órgãos de aplicação das normas; regras de alteração, as quais estabelecem os órgãos criadores de normas; e regras de julgamento, as quais estabelecem os órgãos de aplicação das normas. As normas secundárias distinguem o direito a partir do caráter institucional do seu sistema. Quer dizer, suas normas estabelecem órgãos centralizados para operar com elas mesmas.

Às sociedades primitivas, seria suficiente a existência das regras primárias. No entanto, as sociedades modernas exigem que a estas regras primárias se unam as secundárias, de forma a resolver os defeitos - incerteza, estaticidade e ineficácia ( da pressão social difusa ) - daquelas, a constituir um sistema: a passagem do ( mundo ) pré-jurídico ao jurídico.

As regras de reconhecimento surgem para resolver a incerteza que reina nas regras primárias, de maneira que são elas que lhes dão validade. É, conforme DWORKIN,

---

<sup>38</sup> HART, The concept of law. Oxford : Claredon Press, 1975, p. 79. [ os seres humanos são obrigados a fazer ou abster-se de certas ações, desejando ou não. ]

<sup>39</sup> HART, The concept of law, p. 79. [ proporcionam aos seres humanos a possibilidade de, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir regras novas do tipo primário, extinguir ou modificar regras antigas ou, de vários modos, determinar sua incidência ou controlar sua operação. ]

o *teste de pedigree*. No entanto, a sua validade - que nunca é posta, mas pressuposta - depende da sua aceitação por parte da comunidade. A Constituição dos Estados Unidos da América pode ser tida como um exemplo de regra de reconhecimento, tal qual a norma fundamental de KELSEN.

Este modelo de um sistema de regras assentado em um teste fundamental, obscurece as infinitas implicações do direito que escapam a sua significação em termos exclusivos de uma regra de curta dimensão.

Em realidade, a discussão de DWORKIN com o positivismo <sup>40</sup> diz respeito a profundas discordâncias de ordem teórica. Elas alcançam os fundamentos do direito (*grounds of law*). <sup>41</sup> KELSEN distingue dois tipos de juízos: os juízos de ser, que são enunciados descritivos e suscetíveis de serem verdadeiros ou falsos e os juízos de dever ser, que são diretivos (aconselhadores), perante os quais não faz sentido falar-se em verdade ou falsidade, na medida em que há um abismo lógico entre os juízos de ser e dever ser, no sentido de que nenhum juízo de dever ser pode derivar-se, logicamente, de premissas que sejam juízos de ser ou o inverso. As normas, para KELSEN, são os juízos de dever ser que expressam um sentido objetivo de um ato de vontade e a sua validade é a sua força obrigatória.

A maioria dos filósofos do direito entende que tal discordância é ilusória pois crêem que tanto os juízes quanto os advogados concordam sobre os *grounds of law* e

---

<sup>40</sup> Cf. NINO, *Introducción*, p. 37-8, o que caracteriza o positivismo em BENTHAM, AUSTIN, HART, ROSS, KELSEN e BOBBIO é a tese de que o conceito de direito não deve caracterizar-se segundo propriedades valorativas, mas somente segundo propriedades descritivas (a partir de uma ciência). Segundo esta tese, as proposições acerca do que o direito dispõe não implicam em juízos de valor e são verificáveis em relação a certos fatos observáveis empiricamente. É uma tese conceitual e por isso fala-se em empirismo conceitual ou metodológico; o que o distingue é sua tese acerca da definição do conceito de direito.

<sup>41</sup> Os *grounds of law* são proposições das quais depende a verdade ou falsidade das proposições jurídicas.

que o direito é mera questão do que as instituições jurídicas decidiram no passado, bastando ir aos livros que descrevem tais relatos para se obter as respostas. A discordância, quando ocorre, dizem, é no máximo empírica, pois o que aparenta ser teórico nada mais é do que discussões acerca do que deveria ser o direito. <sup>42</sup> *Law exists as a plain fact [...] and what the law is in no way depends on what it should be.* <sup>43</sup>

Esta visão simplista e estreita da maioria dos teóricos penetra no imaginário popular, explicando a visão do leigo que reduz o direito à fidelidade à lei. Neste sentido, os juízes devem, pois, *seguir a lei*, do contrário serão eles maus juízes, *inimigos da democracia*. Este mesmo apelo pode vir pela contramão, sendo bom juiz aquele que vira as costas à lei e age *politicamente* no sentido da promoção da justiça social. Da estirpe positivista emerge, necessariamente, uma visão conservadora do direito quer pela mão ou contramão, uma vez que ambas o reduzem à fidelidade à lei.

Embora a visão acadêmica seja mais elaborada que a do leigo, ela permanece simplista no que concerne ao pressuposto do direito como algo dado, de onde qualquer discordância será empírica: acerca de quais fatos, efetivamente, são relevantes à descrição por uma determinada regra de direito ou acerca da maneira de enunciação de tais fatos pela regra. Neste caso, a discordância toma os rumos do empirismo científico a identificar problemas de ordem semântica.

Para HART a questão dos fundamentos do direito repousa na aceitação pela comunidade da regra de reconhecimento (regra mestra). É ela que autoriza as pessoas *to make the law*.

---

<sup>42</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 7.

<sup>43</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 7. [ O direito existe como um fato simples [...] e o que o direito é não depende de modo algum daquilo que ele deveria ser. ]

As proposições jurídicas são verdadeiras não em virtude de um comando soberano, tal qual pensava AUSTIN, mas em razão das convenções sociais representadas pelo ato de aceitação da comunidade que autoriza às pessoas a criação de um direito válido. Nos casos difíceis, diria HART, não existem discordâncias teóricas, existem apenas problemas semânticos relacionados à imprecisão dos termos utilizados pela regra jurídica para a descrição do fato. Isto permite que uma mesma regra seja aplicada de maneira diversa: por exemplo, tanto ao careca que possui nenhum cabelo quanto àquele que possui algum. A discordância dos juízes seria, então, uma discordância de teor lingüístico. Todos os casos arrolados no *anexo* deste trabalho poderiam ser analisados sob este prisma positivista.

Tomando o exemplo do caso *Riggs v. Palmer*,<sup>44</sup> bem como do caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*,<sup>45</sup> vê-se que a decisão do juiz não aludiu a uma regra mas sim a um princípio. A distinção entre ambos é uma distinção lógica, relativamente ao sentido que ambos dão à decisão. Segundo DWORKIN, as regras são aplicadas na maneira do *tudo ou nada*. Ou seja, se o fato descrito por determinada regra é dado, então ela, e somente ela, é válida e sua aplicação enquanto resposta à pretensão em questão deve ser aceita. Do contrário, ela em nada serve à decisão valendo a discricionariedade do juiz. As regras são, por assim dizer, funcionalmente importantes, dependendo do papel que desempenhem dentro do sistema. A opção por um princípio quando do conflito entre mais de um princípio, não retira a validade dos excluídos, ao passo que em um conflito de regras resta como válida apenas aquela escolhida como *funcionalmente* mais importante. Este mecanismo de autoregulação do sistema - de regulação dos conflitos pelas próprias regras que dele fazem parte - pode ser compreen-

---

<sup>44</sup> v. anexo, CASO 1

<sup>45</sup> v. anexo, CASO 4

dido, semiologicamente, em termos de linguagem-objeto e metalinguagem. Este legado do empirismo científico é um dos traços característicos do positivismo jurídico.

Fundamentalmente, DWORKIN se opõe à idéia do direito enquanto sistema autoregulado (sua concepção é de um sistema aberto puro), constituído por um número fixo de regras jurídicas positivas, não obstante possa ser ele constituído por um número fixo de normas dentre as quais algumas funcionam como princípios, outras como regras jurídicas positivas, mas sempre segundo a sua *rights conception*. Neste sentido, as regras jurídicas constituem-se num valor complementar ao estabelecimento da igualdade enquanto ideal político fundamental à democracia. Elas enriquecem esta noção ao lhe acrescentar um *independent forum of principles*,<sup>46</sup> no qual a justiça, enquanto *a matter of individual right and not independently a matter of public good*<sup>47</sup>, se realiza.

## 2.2 Há sempre uma resposta certa: a melhor possível

O positivismo de HART cria artificios - em face da sua estreita concepção do direito - dentre os quais destaca-se a idéia da discricionariedade. Sua ocorrência diz respeito à imprecisão que determinadas regras apresentam, de forma que as mesmas não são suficientes à descrição dos fatos, ou ainda, diz respeito à inexistência de regras próprias a esta descrição. Essa *textura aberta* da regra permite entenda-se o sistema como aberto, apesar da sua autoregulação. Há, aqui, duas questões insurgentes: a primeira, relativamente às lacunas existentes no direito e à inexistência de uma resposta (certa) a pretensão de um direito. A segunda, relativamente ao poder discricionário do juiz de criar o direito. Esta discussão conduz ao que DWORKIN chama de a *tese da resposta certa* .

---

<sup>46</sup> DWORKIN, *A matter of*, p. 33. [ independente fórum de princípios]

<sup>47</sup> DWORKIN, *A matter of*, p. 33. [ uma questão de direito individual e não, independentemente, uma questão de bem público ]

Tem-se o seguinte referencial lógico:

$P \text{ é } = \text{ O contrato de T é válido.}$

$\text{Non-}p \text{ é } = \text{ O contrato de T não é válido.}$

$(\sim p)$  é a negação lógica de  $(p)$ .

Logo, se  $(p)$  é falso,  $(\sim p)$  é verdadeiro e se  $(\sim p)$  é falso,  $(p)$  é verdadeiro. <sup>48</sup>

Suponha-se que o legislativo passou uma lei segundo a qual os contratos sacrílegos <sup>49</sup> serão, daí para frente, considerados inválidos e que T e Z assinaram um contrato no domingo, cuja validade, por este motivo, T contesta argüindo o seu *sacrilegio*. Em face do exposto, deve o juiz procurar a *resposta certa* para a questão de ser o contrato de T válido ou, simplesmente, não há uma *resposta certa* ? <sup>50</sup>

O positivismo jurídico, conforme já foi mencionado, parte do pressuposto de que pode haver uma zona de imprecisão no direito, relativamente à vagueza que uma determinada regra positiva apresenta e por isso deve o juiz lançar mão da sua discricionariedade, resolvendo acerca dos direitos das partes como bem lhe aprouver. Tomando como exemplo o contrato de T, um positivista faria o seguinte raciocínio: há, pois, duas proposições jurídicas : o contrato de T é válido e o contrato de T não é válido. Entretanto, o conceito de validade pode ser um conceito vago se dependente do conceito de *sacrilegio* e, portanto, a questão acerca da validade do contrato não teria uma *resposta certa* ( não corresponderia às duas proposições acima ). Ou seja, embora não se negue que

---

<sup>48</sup> DWORKIN, A matter of, p. 121-22.

<sup>49</sup> O termo *sacrilego* é a tradução literal de *sacrilegious* que no vocabulário jurídico brasileiro poderia significar leonino. Vamireh CHACON o traduz por iníqüo. Vide RAWLS, John Uma teoria da justiça, p. 13

<sup>50</sup> DWORKIN, A matter of, p. 119.

(non-p) seja idêntico a ( $\sim$ p), há certas situações em que nem (p), nem ( $\sim$ p) são verdadeiros. A discricionariedade surge aqui, conforme sugere DWORKIN, não por uma disposição afirmativa, mas a revelia : *since the law stipulates nothing, even discretion, the judge must do what he can on his own.* <sup>51</sup>

Os três principais argumentos que sustentam a tese da *não-resposta certa*, levantados pelo positivismo, são os seguintes: a) a vagueza ou, conforme HART <sup>52</sup>, a *textura aberta* da linguagem jurídica, que torna impossível afirmar ser uma proposição jurídica verdadeira ou falsa; b) a existência nas proposições jurídicas de uma estrutura oculta que explica como pode ser verdadeiro que as proposições ( *o contrato de T é válido e o contrato de T não é válido* ) não servem à descrição do fato e c) a suposição de que as proposições jurídicas controvertidas possam ser nem verdadeiras nem falsas. <sup>53</sup>

A crítica de DWORKIN em oposição a estes argumentos e em defesa da sua *tese da resposta certa*, refere-se a má compreensão positivista que faz com que o efeito de uma regra sobre o direito seja determinado pelo significado das palavras. Desta forma, caso se trate de palavras cujo sentido é vago ( *sacrílego* ), o impacto da regra sobre o direito torna-se indeterminado.

---

<sup>51</sup> DWORKIN, A matter of, p. 122. [ desde que a lei não estipule nada, nem mesmo discricção, o juiz deve fazer o que ele puder por si mesmo. ]

<sup>52</sup> HART, The concept of law, p. 124-25. *Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behavior, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate, they will have what has been termed an open texture. [...] uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact.* [ Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. [...] a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de fato. ]

<sup>53</sup> DWORKIN, A matter of, p. 128.

Estas ponderações surgem nos casos difíceis, nos quais não há concordância acerca do critério a partir do qual as pretensões em questão se estruturam. Geralmente as partes discutem a partir do mesmo critério, não obstante a dificuldade da sua definição. Conforme alerta DWORKIN, só se pode discutir sobre quantos livros existem na estante desde que haja concordância sobre o que é um livro.

No entanto, através da interpretação poder-se-ia superar a indeterminação ou vagueza que se apresentam nas regras, na medida em que se buscariam, a partir das mesmas, os princípios ou políticas que melhor agasalhassem as pretensões das partes. DWORKIN tenta mostrar que mesmo através dos mecanismos utilizados pelo positivismo, como a mera exegese dos textos legais ( a interpretação no seu uso corrente ), poderia o juiz chegar à melhor justificação política possível; à decisão; à *resposta certa*, sem que para isso, tivesse que criar um novo direito.<sup>54</sup>

Mas, finalmente, o que é a *resposta certa* ?<sup>55</sup> Com o intuito de prover a *resposta*, DWORKIN lança mão da analogia do sistema jurídico com o exercício literário e, neste ponto, a discussão deste segundo item do capítulo passa a ser levada, em conjunto com o item seguinte.

### 2.3 A *chain of law* ( a analogia do crítico literário com o juiz de direito )

---

<sup>54</sup> Observar-se-á mais tarde, na discussão acerca do convencionalismo, que mesmo a mera exegese desconfigura a pretensão positivista do direito como sistema de regras, posto que ela enfatiza a busca de significados nos textos legais, na legislação e nos precedentes, inibindo a discricionariedade. Esta postura é característica do que DWORKIN chama de *soft convencionalism*, o qual está mais próximo do *direito como integridade* do que do convencionalismo propriamente dito ( *strict conventionalism* ).

<sup>55</sup> Segundo KRESS & ANDERSEN, há no *A matter of principle* evidente contradição em relação a *right answer thesis*, quando DWORKIN afirma no quinto capítulo, p. 119, que a uma questão jurídica corresponderá, sempre, uma resposta certa e, posteriormente, no sétimo capítulo, p. 167, rejeita como tola a visão, segundo a qual, as pretensões interpretativas sobre o direito possam ser certas ou erradas. In KRESS & ANDERSON, The american journal of comparative law, p. 340, nota 18.

A premissa básica de que a prática jurídica é um exercício de interpretação começa a configurar o *interpretatif turn* anunciado no capítulo anterior e, efetivamente, nos termos da filosofia do direito, a interpretação como um modo de conhecimento, como uma atitude epistemológica.

O exercício literário em questão deve ser tomado em um determinado sentido que é o da *hipótese estética*, já que, tanto na literatura quanto no direito, não existe uma unanimidade acerca do que é a interpretação. Vale dizer, a interpretação de um trecho literário busca mostrar qual sentido de leitura do texto o revela como a melhor obra de arte.<sup>56</sup>

A interpretação deve manter a identidade da obra de arte, não a transformando em algo diferente. Isto remete à sensibilidade do intérprete em relação à coerência e unidade da obra de arte, ou seja, a uma teoria estética.

A maior parte das críticas à *hipótese estética*, na qual o leitor tem um papel criativo-crítico no processo interpretativo, reside na sua trivialidade, ou seja, a idéia de que diferentes estilos de interpretação dariam origem a diferentes teorias da arte. Entretanto, resulta da *hipótese estética* uma visão diferente das teorias acadêmicas da interpretação ( as diferentes concepções ), à medida em que deixam de ser consideradas meras análises da exata idéia de interpretação, para se tornarem candidatas a melhor resposta às questões substantivas, postas pela interpretação ( conceito ).<sup>57</sup>

As teorias da interpretação no contexto da obra de arte baseiam-se e dependem das teorias normativas da obra de arte - teorias da estética - o que cria uma

---

<sup>56</sup> DWORKIN, *A matter of*, p. 149.

<sup>57</sup> DWORKIN, *A matter of*, p. 152.

cumplicidade entre o ato interpretativo e o ato de criação (o artista segue uma teoria, ainda que tacitamente). Enquanto o artista não cria sem interpretar (como ele cria), o crítico só cria enquanto interpreta. A atitude do crítico parece diferenciar-se da do artista no ponto em que a interpretação, para aquele, precede à criação, consubstanciando dois momentos distintos. Assim, há uma diferença entre interpretar enquanto se cria (atitude do artista) e criar enquanto se interpreta (atitude do crítico).<sup>58</sup>

Pois bem, a partir do uso da interpretação literária como modelo para o método de análise jurídica, propõe DWORKIN não só a unidade entre o ato de criar e o de interpretar, identificando numa mesma pessoa a atitude criativo-crítica, como também uma forma de raciocínio para a decisão das questões jurídicas. A diferença entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo.

A idéia da qual se parte é a da *chain of law* que, analogamente ao exercício literário de construção de um romance, pretende edificar uma decisão jurídica. Assim, os juízes deveriam encarar a sua decisão ( o ato de criação ) como um capítulo a mais de uma história já iniciada por outros e, portanto, levar em conta o que já foi escrito ( ato de interpretação ), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz ( ou escritor ) deve fazer da sua decisão ( ou texto ), naquele momento, a ( ou o ) melhor possível. *Judges, however, are authors as well as critics. A judge deciding Mc Loughlin or Brown adds to the tradition he interprets; future judges confront a new tradition that includes what he has done.*<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> DWORKIN, *A matter of*, p. 158.

<sup>59</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 229. [ Os juízes são autores, bem como, são críticos. Um juiz decidindo *McLoughlin* ou *Brown* acrescenta à tradição que ele interpreta; juízes futuros confrontam uma nova tradição que inclui o que ele fez.]

DWORKIN sugere a construção de uma *chain novel* <sup>60</sup> a fim de ilustrar a idéia da *Chain of Law*. A grosso modo, tratar-se-ia de um grupo de escritores que iriam escrever um romance, cabendo a cada um a execução de um capítulo, sendo que cada escritor deveria interpretar os capítulos precedentes e assim sucessivamente. O trabalho de escrever deveria ter como objetivo a construção do romance *da melhor forma possível; in its best light*.

Ainda que literariamente inviável, <sup>61</sup> este exemplo de construção do texto se aproxima à tomada de decisão num caso difícil, a partir da consideração do *direito como integridade*. Há, entre os escritores, o objetivo de criar, coletivamente, um romance único que será o melhor possível. Ou seja, uma mediação entre o romance que é ( o já escrito ) e o que deve ser ( a possibilidade do melhor ).

O escritor deve ter uma visão do romance em desenvolvimento, quanto às suas características: gênero, tema, etc... para que possa, efetivamente, levá-lo adiante e não criar uma nova história. Como crítico que é, sua compreensão destes traços característicos e genéricos do romance não será tão simples. Concorrerão distintas tendências de significados. A estrutura da interpretação adotada deverá, pois, respeitar uma dimensão de *fit*, quer dizer, a interpretação deve ajustar-se às linhas gerais do texto; deve ter um poder geral de explicação. Caso mais de uma interpretação se ajuste ao volume do texto, torna-se necessária a consideração de uma segunda dimensão ( a de julgamento ou

---

<sup>60</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 229.

<sup>61</sup> Alerta DWORKIN, para a provável impossibilidade deste projeto. Entretanto, conforme bem esclarece uma nota desse autor ( abaixo referida ), há determinadas obras, como o velho testamento ou certas brincadeiras, que podem sugerir este tipo de entendimento, a atestar o sentido desta hipótese; ou seja, que cada escritor na cadeia pode ter alguma compreensão do que lhe foi demandado fazer, sejam quais forem as dúvidas ou receios que ele possa ter quanto ao valor ou caráter do que será produzido. Cf. DWORKIN, *Law's empire*, p. 438, nota n. 1 do sétimo capítulo.

valoração ) através da qual o escritor julgará quais destas leituras torna o trabalho ( a obra de arte ) melhor. Incidem neste ponto questões de julgamento estético.

Todavia, em ambas as dimensões incidem considerações acerca da forma e estrutura; preponderadamente na primeira. Na realidade, esta distinção é, conforme diz DWORKIN, <sup>62</sup> um expediente analítico que ajuda a dar estrutura a qualquer teoria ou estilo do intérprete.

A *chain of law* é quase evidente quando os juízes decidem com base nos precedentes, ou seja, quando não há uma lei aplicável ao caso e a argumentação volta-se às decisões passadas às quais subjazem as regras e princípios jurídicos. Cabe, pois, ao juiz, interpretar o que fora escrito no passado através das decisões dos juízes e não descobrir o que eles disseram ou o seu estado de espírito, para, assim, chegar a uma opinião acerca do que fora feito, coletivamente. Cada juiz funcionará como um parceiro na *corrente*, interpretando o que já fora escrito, pois a cada um cabe fazer avançar esta história, a qual remonta a inumeráveis decisões, convenções, estruturas e práticas. Um juiz decidindo os casos *Mc Loughlin ou Brown*, acrescentará novas idéias à tradição ( à história precedente ) que ele interpreta. Futuros juízes confrontar-se-ão com uma nova tradição, na qual estará incluída a decisão que aquele juiz tomou.

A interpretação da prática jurídica reitera a dimensão política do jurídico jogando para o direito a coordenação dos esforços individuais e sociais, bem como a resolução das disputas entre os indivíduos, entre estes e o governo e a segurança da justiça. *An interpretation of any body of law [...] must show the value of that body of law*

---

<sup>62</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 231. Este tema é ainda desenvolvido através do exemplo hipotético *A Christmas Carol*, " Scrooge ", p. 232.

*in political terms by demonstrating the best principle or policy it can be taken to serve.* <sup>63</sup>

Ao ato de interpretação do juiz acompanha uma teoria política, cujo fundamento está na história, <sup>64</sup> e em cuja base se assenta uma teoria das decisões judiciais, o que retira o possível senso de aleatoriedade que o interpretar sugere. Quando ocorre dos princípios conflitarem é a teoria política que vai ser decisiva ao sugerir que princípio se ajusta a um sentido mais agudo de justiça no qual seguirá, em consequência, a interpretação do juiz. <sup>65</sup>

O papel da teoria política na interpretação suscita posicionamentos tanto radicais quanto conservadores em relação aos direitos: ao que são e ao que deveriam ser. A *equal protection clause* não pode ser interpretada independentemente da discussão

---

<sup>63</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 160. [ Uma interpretação de qualquer corpo de direito [...] deve mostrar o valor daquele corpo de direito em termos políticos, através da demonstração do melhor princípio ou política que possa ser tomado para servir. ]

<sup>64</sup> A referência à história deve ser compreendida na perspectiva das filosofias - primeiro capítulo - que influenciaram o pensamento de Dworkin, vale dizer, a história enquanto *Geschichte*, enquanto totalidade do que está acontecendo ( *geschehen* = acontecer ) e não mera narração dos fatos ( *Historie* ). Esta tradição historial heideggeriana significa o destino, ou seja, o ponto para o qual se é enviado e com o qual a tradição historiográfica - narrativa - não se relaciona. Tal ponto é tanto princípio originário quanto fim, na medida em que não há uma linearidade histórica, mas sim, uma circularidade. A realidade não se coloca na copertinência entre princípio e fim ( da história ), mas é circular. O conhecimento não é um salto que parte do sujeito para o objeto ou vice-versa, mas uma forma de ser-com, uma preocupação com e dentro do mundo. Entretanto, a pré-compreensão desta tradição historial presente no *Dasein* heideggeriano não reabilita o preconceito nem a autoridade - violência e dominação -, ao contrário, serve para que se possa identificar os contextos perturbados e, na esteira de HABERMAS, buscar através da ação comunicativa a solução destes para instituição de uma sociedade - comunidade de falantes - democrática. A leitura histórica dos movimetnos revolucionários das décadas de setenta e oitenta fundamenta, a exemplo, a teoria política liberal que sustenta a filosofia jurídica de DWORKIN.

<sup>65</sup> DWORKIN elucida esta discussão a partir do seguinte caso hipotético: uma criança foi atropelada estando sua mãe perto no momento do acidente, causando-lhe assim, um forte choque emocional. O motorista negligente foi processado, tendo o tribunal decidido pela sua culpa em relação ao dano físico causado à menina, como também ao dano emocional causado à mãe. Em face deste precedente, outra senhora, uma tia, reclama pela indenização diante do dano emocional por ela sofrido, decorrente do choque recebido por telefone ao saber que sua sobrinha havia sido atropelada. Neste sentido, uma interpretação do *Law of accidents*, em relação à responsabilidade do motorista, que considere o dano causado tanto substancial quanto previsível é, provavelmente, uma melhor interpretação. Isto pois, estabelece um princípio de justiça mais efetivo que qualquer princípio que distinga entre dano físico e dano emocional ou que faça com que a indenização por dano emocional dependa do fato de se o autor da ação correu perigo físico. O caso *McLoughlin* arrolado no anexo - CASO 8 -, se assemelha a este exemplo hipotético referido no livro supra citado. DWORKIN, A matter of, p. 148 e p. 161. Por conseguinte, daqui para frente, tomar-se-á como base de referência o caso real e não o hipotético. A este respeito, ver ainda *Hercules* decidindo o caso *McLoughlin*. DWORKIN, Law's empire, p. 240.

teórica da igualdade, da sua dimensão moral como requisito fundamental para a justiça. Mesmo os que, em nome de uma interpretação que privilegia a intenção do autor, negam o vínculo com a teoria política, acabam por escamotear as suas próprias convicções políticas. A teoria política é o pólo epistêmico da atitude interpretativa dos juízes donde se inferem valorações; ou seja, decisões cuja estrutura argumentativa é moralmente significada. A teoria limita o julgamento interpretativo ao traçar uma linha divisória entre o interpretar e o inventar: entre o racional e o metafísico.

A análise da prática jurídica em termos proposicionais se dá ao nível da pragmática, da relação dos signos com seus usuários. Este ponto de vista interno do aspecto argumentativo da prática jurídica - ponto de vista do participante - amplia o universo da significação, pois abandona a instância da significação dos signos com o objeto, uma vez que cada participante age por permissão ou exigência de determinadas proposições, cujo sentido é dado tão somente pela e na prática. Privilegia-se o ponto de vista do juiz não por ser mais importante que o do cidadão comum, do professor de direito ou do advogado, mas por servir de paradigma, em face da maior clareza da estrutura da argumentação judicial que influi de forma substancial no discurso jurídico como um todo.

O próprio conceito de interpretação é interpretativo, e não algo dado como um fato, cujas condições de objetividade podem ser determinadas, residindo nisto a sua sofisticação. Isto é, o seu envolvimento multidisciplinar não permite falar em objetividade senão em termos interpretativos. *I believe [...] that slavery is unjust [...]. I think I have arguments for this view, though I know that if these arguments were challenged I would in the end have to rest on convictions for which I had no further direct argument. (..) The whole issue of objectivity which so dominates contemporary theory in these areas (*

*interpretative or legal or moral* ), is a kind of fake. <sup>66</sup> O sentido da objetividade é débil para sustentar uma pretensão jurídica que alcança intrincadas questões morais. Mais do que dizer que a escravidão é injusta, é o próprio sentido da escravidão que o é. <sup>67</sup>

Fundamentalmente, a prática jurídica é argumentativa e o direito enquanto fenômeno social deve ser analisado neste contexto: na e pela sua prática. A opção interpretativa em detrimento das teorias semânticas dominantes ( o positivismo, sobretudo ) procura compreender o caráter argumentativo da prática jurídica para desvelar o sentido do direito como dimensão simbólica da equidade; da justiça ( em termos abstratos ).

Esta dinâmica faz com que a atitude interpretativa atue sobre a prática, alterando-lhe a forma, gerando outras novas que serão, posteriormente, re-interpretadas, e assim sucessivamente. A modificação da prática jurídica é um sintoma de mudança estrutural no agir comunicativo. A dialética marxista entre teoria e prática subjaz a este projeto interpretativo na medida em que a referência a HABERMAS é uma condição necessária para este raciocínio e, como tal, permanece-lhe arraigada a função crítica frankfurtiana. <sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 171-2. [ Eu acredito [...] que a escravidão é injusta [...]. Acho que tenho argumentos para essa visão, embora eu saiba que se esses argumentos fossem desafiados eu teria, no fim, que apoiar-me em convicções para as quais eu não teria nenhum argumetno direto. [...] A questão inteira da objetividade que tanto domina a teoria contemporânea nessas áreas [ interpretativa ou jurídica ou moral ], é um tipo de fraude/embuste. ]

<sup>67</sup> A dimensão simbólica do fato excede em significação. Vai mais além que o próprio fato.

<sup>68</sup> Este trabalho se coloca numa perspectiva de conexão entre o pensamento habermasiano da primeira fase ( Teoria crítica ) e o da segunda ( Teoria do agir comunicativo ). Na perspectiva de DWORKIN não há, como presumido, um rompimento entre as duas fases, mas sim uma estreita conexão de sentido. Interessante observar que quando se trata de recorrer ao pensamento de HABERMAS para qualquer tipo de fundamentação ética, não é só DWORKIN que o faz partindo da sua primeira fase. HÖFFE, a exemplo, comenta: *A ética do direito e do estado [...] se denomina, no subtítulo, 'filosofia crítica'*. Com isto ela alude à teoria crítica [...]. In:HÖFFE, Otfried. *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*. Barcelona : Editorial Alfa, 1988, p. 13.

A interpretação crítico-constitutiva retira da prática valores ao descrever algum esquema de interesses por ela expresso. A particularidade da interpretação da prática jurídica está, justamente, na sua simultânea atitude crítico-criativa. Tal qual a interpretação artística, ela não se limita à mera exegese, à interpretação do que o autor disse conforme seus propósitos e intenções, ou, ainda, a decifrar dados físicos, como na interpretação científica. O significado já começa a se definir na atitude do intérprete, a gerar uma interação entre intenção e objeto.<sup>69</sup> Neste sentido, a interpretação científica é, em realidade, uma metáfora, porquanto os dados físicos não têm intenções ou propósitos mas importam, tão somente, em causas.

Na esteira da *chain of law*, o direito é um exercício de interpretação construtiva, interessando-lhe antes os propósitos e intenções do intérprete, conquanto surja como consequência das intenções do autor. *Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.*<sup>70</sup> Predomina a idéia de HABERMAS de que a interpretação supõe que o autor possa aprender com o intérprete.

---

<sup>69</sup> A este respeito objetiva FISH, Stanley. Still wrong after all these years. Law and philosophy, n. 6, p. 408, 1987. *But to say this is to fall right back into the formalist trap, for while the caveat may absolve the interpreter of the charge of willful imposition, it does so at the expense of his creativity; and since, if the object or practice constrains what can be said about its purposes, then there is very little ( if anything ) for the interpreter to construct, and there for no difference at all between conversational and constructive interpretation.* [ Mas dizer isto é cair exatamente na armadilha formalista, pois enquanto o embargo pode absolver o intérprete do preço da acusação de imposição deliberada, ele assim o faz ao custo de sua criatividade; e se o objeto ou a prática obriga o que pode ser dito sobre seus propósitos, então há muito pouco ( se houver algo ) para o intérprete construir e, conseqüentemente, nenhuma diferença entre interpretação conversacional e construtiva ].

<sup>70</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 52. [ Grosseiramente, a interpretação construtiva é uma questão de impor propósito/intenção sobre um objeto ou prática para fazer dela o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual supõe-se que ela pertença. ]

O ato de interpretação supõe um momento pré-interpretativo no qual a natureza da prática é identificada, não obstante já ocorra aí uma certa interpretação. Neste estágio o intérprete coleta regras, padrões e descrições do comportamento característico dos participantes e de suas atividades, os quais se constituem nos elementos da prática em questão. Isto proporciona os dados brutos ( *raw datas* ) à teoria da interpretação. Brutos no sentido de não interpretados, relativamente à prática; pois há um sentido neles embutido, embora distinto do sentido depreendido da prática.

Em seguida, ocorre a interpretação propriamente dita, em cujo momento cabe ao intérprete buscar uma justificação ( a melhor possível ) à prática, cujos elementos foram identificados no primeiro momento. Quer dizer, aqui o intérprete propõe um valor para a prática ao descrever um esquema de interesses ou objetivos aos quais a prática deve servir, expressar ( ou exemplificar ). <sup>71</sup> A interpretação mostrará que a prática tem um apelo normativo, isto é, proporcionará uma justificação dos seus principais elementos e da sua participação nela.

O estágio pós-interpretativo ou reformador consiste no ajuste do sentido da interpretação, em face do que a prática exige para se adequar melhor à justificação aceita no estágio interpretativo. Isto não significa que a prática deva mudar, pois o que ocorre são visões conflitantes sobre o que a prática realmente é e o que realmente quer dos seus participantes como resultado. <sup>72</sup>

Estes três estágios constitutivos da interpretação buscam, segundo DWORKIN, um equilíbrio entre a justificação da prática jurídica e suas exigências pós-

---

<sup>71</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 52.

<sup>72</sup> A este respeito ver ainda POSTEMA, "Protestant" interpretation and social practices. *Law and philosophie*, n. 6, p. 291-2, 1987.

interpretativas. Esta postura dialética empresta o sentido de equilíbrio de RAWLS, conforme anteriormente acusou-se, quando da articulação entre os princípios e os precedentes na construção da melhor resposta à pretensão de um direito. Entretanto, alerta DWORKIN sobre a diferença do uso que ele faz da noção de equilíbrio e aquele que o próprio RAWLS faz.<sup>73</sup>

O êxito da interpretação pressupõe que os atores sociais compartilhem o mesmo universo lingüístico, pois do contrário a comunicação torna-se impossível. Isto implica, antes, na adoção de determinados paradigmas<sup>74</sup>, do que na mera concordância abstrata sobre um conceito.

Cada comunidade (lingüística) tem como parâmetro determinados paradigmas cujo esgotamento é inevitável tão logo eles não mais ofereçam respostas às questões insurgentes. No entanto, nos períodos normais ( como diria KUHN ), vários fatores convergem para a manutenção do paradigma. Na prática jurídica incidem fatores de união e socialização que fazem com que as discordâncias existentes nas teorias interpretativas dos juízes não resulte em crise de paradigma, mas em obstáculos rotineiros que a ciência normal enfrenta. A força do precedente é um fator de convergência para a manutenção dos paradigmas, através dos quais as teorias da interpretação oferecem respostas aos problemas surgidos na prática.

A cultura jurídica mostra como em tempos remotos era normal a interpretação da intenção dos legisladores, expressa por uma determinada lei, como a

---

<sup>73</sup> Vide DWORKIN, Law's empire, p. 66, nota 17 e RAWLS, Uma Teoria da Justiça, p. 57-62.

<sup>74</sup> A noção de paradigma referida no texto por DWORKIN segue a orientação kuhniana tratada na primeira parte do primeiro capítulo. Especialmente o tema da revolução científica resurge quando DWORKIN refere-se ao *paradigm of the day*, bem como, quando o faz em relação ao caráter mutante dos conceitos diante do desafio a uma nova interpretação. *Paradigms are broken and new paradigm emerges*. DWORKIN, Law's empire, p. 90.

melhor solução para a resolução de um caso. *Suddenly what seemed unchallengeable is challenged, a new or even radical interpretation of some important part of legal practice is developed [...].*<sup>75</sup>

Para que o direito possa suceder como um conceito interpretativo é necessário, pois, uma identificação pré-interpretativa do seu domínio, baseada em paradigmas que suportem sua argumentação. O acordo pré-interpretativo inicial é necessário para que a comunicação tenha como referência o mesmo dado ( o mesmo universo ). Este é o requisito necessário para que se entre na história de uma determinada prática.

As práticas jurídicas não são de difícil identificação, especialmente na cultura ocidental, pois referem-se, basicamente, aos órgãos institucionais ( tribunais, órgãos legislativos, etc. ) que integram e formam o sistema jurídico. A definição deste que é, em si, problemática.

De qualquer maneira, há um ponto paradigmático, por assim dizer, que segundo DWORKIN é o mais abstrato e fundamental da prática jurídica, qual seja, orientar e constranger o poder governamental.<sup>76</sup> Neste caso, o direito admitiria o uso da força, desde que para o cumprimento dos direitos individuais decorrentes das decisões políticas passadas, nas quais o uso da força fora justificado. Vale dizer, os direitos e responsabilidades autorizam a coerção, pois decorrem de decisões nas quais observou-se o estrito respeito ao direitos individuais.

#### 2.4 O direito como conceito interpretativo da prática jurídica

---

<sup>75</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 90. [ De repente o que parecia irrefutável é refutado, uma interpretação nova ou mesmo radical de alguma parte importante da prática jurídica é desenvolvida [...]. ]

<sup>76</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 93.

A melhor concepção do direito, ou seja, a melhor interpretação da prática jurídica que parte desta premissa básica acerca da sua função controladora do poder político é aquela do *direito como integridade* .

Com o intuito de fornecer o arcabouço teórico da sua argumentação em prol do *direito como integridade*, distinguindo-o das concepções rivais derivadas do positivismo e do utilitarismo - o convencionalismo e o pragmatismo -, DWORKIN levanta três questões: *A suposta ligação entre o direito e o uso da força é de todo justificada ? Ou seja, is there any point to requiring public force to be used only in ways conforming to rights and responsibilities that "flow from" past political decisions ? Caso haja, qual é tal ponto ? Finalmente, que leitura de "flow from" - que noção de coerência com as decisões passadas - , para tanto, melhor sevirá ?*<sup>77</sup>

A busca de uma justificativa para a relação entre as decisões políticas passadas e o uso da força, enquanto ponto geral de partida das concepções interpretativas do direito, dá uma nova feição ao debate secular entre direito e moral, entre ser e dever ser, a superar a dicotomia positivista, bem como a confusão do direito natural: o positivismo os distingue por regras semânticas e o direito natural os une por compartilharem as mesmas regras semânticas.

A concepção do *direito como integridade* se estrutura sobre uma conexão racional (hermenêutico-crítica) entre o direito e a moral. Ela não joga para fora do sistema as questões relativas ao dever ser, à maneira como os juízes deveriam julgar ( e julgam ) as questões que lhes são colocadas. As proposições jurídicas não são, em essência, meramente descritivas, mas interpretativas. O seu poder de justificação do uso da força

---

<sup>77</sup> DWORKIN. *Law's empire*, p. [ há algum sentido em requerer que a força pública seja usada apenas nos modos em consonância com direitos e responsabilidades que afluem de/das decisões políticas passadas ? ]

constitui a força do direito (*force of law*), cujo estudo é, geralmente, legado aos filósofos da política, em detrimento de um estudo mais acurado, pelos filósofos do direito, dos fundamentos do direito (*grounds of law*)<sup>78</sup>. Isto porque, há uma relativa concordância acerca da força do direito; isto é, de que o direito deve ser obedecido e cumprido. As teorias da desobediência civil são teorias sobre a força do direito. Elas perguntam pelo complemento da questão da *jurisprudence*: "*Given the sort of thing that we all accept as grounds of law-the paradigms of the day-when are citizens morally free to disobey what counts as law on those grounds?*".<sup>79</sup>

Desde uma concepção do direito como interpretação, este não revelaria uma estrutura argumentativa neutra, na qual a resolução dos conflitos se daria pela aplicação da regra jurídica - pela remissão *ad infinitum* a metalinguagens -, em atenção a sua verdade semântica, mas sim, revelaria uma estrutura comprometida com a justificação moral do uso da força.

As teorias semânticas do direito, especialmente o positivismo, afastam as questões de moralidade política, questões estas que tocam no papel e poder do direito, das suas imperfeições e daqueles que, ao mesmo tempo que impõem o seu cumprimento, devem também obedecê-lo. As questões jurisprudenciais surgem a estas teorias como questões de análise lingüística.<sup>80</sup>

#### 2.4.1 Convencionalismo

---

<sup>78</sup> Cf. DWORKIN, *Law's empire*, p. Os *grounds of law* dizem respeito às circunstâncias em que determinadas proposições jurídicas deveriam ser tidas como verdadeiras.

<sup>79</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 113. [Dado este tipo de coisa que todos aceitamos como fundamentos do direito- os paradigmas do dia-quando os cidadãos estão moralmente livres para desobedecer o que é considerado como direito nestes fundamentos?]

<sup>80</sup> A referência ao convencionalismo e ao pragmatismo - às concepções rivais do *direito como integridade* - segue a estrutura do raciocínio de DWORKIN que, ao defender uma idéia, o faz sempre por contraposição.

Há um convencionalismo mais ingênuo, o qual reparte a crença popular de que *the law is the law. It is not what the judges think it is, but what really is. Their job is to apply it, not to change it to fit their own ethics or politics.*<sup>81</sup> Por trás desta afirmação simplória, há um ponto a ser relevado, pois característico do convencionalismo, qual seja, a observância às decisões políticas passadas - às fontes do direito - que autorizam o uso do poder de polícia do Estado.

A partir deste pressuposto, o convencionalismo predominante na prática jurídica oferece uma compreensão mais elaborada: o direito resulta de determinadas convenções sociais especiais - convenções jurídicas -, as quais determinam que instituições têm poder para fazer o direito ( e como ), consistindo a prática jurídica no respeito e cumprimento destas convenções.<sup>82</sup>

DWORKIN distingue no convencionalismo, na sua fase pós-interpretativa, duas pretensões: uma positiva, consistindo na idéia de que os juízes devem respeitar as convenções jurídicas estabelecidas pela comunidade, ainda que as considerem injustas, e outra negativa, consistindo na idéia da discricionariedade: na declaração de inexistência do direito nos casos controversos e da necessidade da criação de um novo direito.

A experiência cotidiana pode revelar esta concepção do direito, cujo cerne está na compreensão da prática jurídica como estruturada sobre a legislação e os precedentes. Basta que se considere que a Constituição, as leis em geral decretadas pelo

---

<sup>81</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 114. [ O direito é o direito. Ele não é o que os juízes pensam que ele é, mas o que é realmente. O trabalho deles é aplicá-lo e não modificá-lo para ajustar-se à sua própria ética ou política. ]

<sup>82</sup> Afirmar, por exemplo, que Elmer (v. anexo, CASO 1) tem um direito à herança de seu avô significa, para um convencionalista, dizer que seu direito decorre de determinadas convenções ( a lei dos testamentos ), as quais deliberam acerca de quem tem poder para legislar, da forma como esse poder deve ser exercido e de como devem ser, semanticamente, estabelecidos os deveres conseqüentes. DWORKIN, *Law's empire*, p. 115.

congresso e pelos legislativos estaduais e as decisões judiciais passadas são, por convenção, os fundamentos do direito. Em realidade, o destino do convencionalismo depende desta habilidade de se vislumbrar nas convenções os exclusivos fundamentos do direito.

O ato judicante funciona para o convencionalismo à maneira positivista do *tudo ou nada* : quer dizer, ou a convenção serve à declaração do direito no caso concreto ou não, gerando espaço para a criação de um novo direito. Entretanto, esta qualidade utilitária da convenção está diretamente relacionada ao seu conteúdo. É a partir do que ele revela que se aduzirá o direito objetivo da parte.

O papel do juiz é fundamental neste caso, pois a ele cabe determinar sobre o conteúdo da convenção, obrigando ao seu cumprimento ou não. Considerando o exemplo do caso *Elmer*<sup>83</sup>, no qual se adotou como convenção a legislação, tem-se que é do conteúdo da lei dos testamentos que se aduzirá o direito objetivo de Elmer à herança.

Neste ponto, surge, pois, um problema ao convencionalismo: há casos nos quais diferentes juízes farão diferentes leituras das leis e dos precedentes e, por consequência, chegarão a diferentes conclusões acerca do caso concreto. Retomando o exemplo de *Elmer*, tem-se que os juízes de Nova York concordaram quanto à lei dos testamentos, assumindo-a como convenção, - e como tal devendo-lhe obediência -, no entanto, discordaram quanto a sua aplicação literal, uma vez que dela resultaria o direito de herdar de Elmer, o que para eles significaria um resultado às avessas.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> v. anexo, CASO 1

<sup>84</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 122.

O problema vai adquirindo complexidade, à medida em que decidir sobre um dado conteúdo de uma convenção torna-se uma questão interpretativa; especialmente sobre o conteúdo das leis e dos precedentes, que são tipos abertos de convenções. Isto porque tal questão implica na interferência das convicções morais e políticas de quem tomará esta atitude interpretativa frente aos enunciados jurídicos, a propiciar uma gama de opiniões diversas. Neste sentido, decidir sobre o direito de Elmer torna-se antes uma prática interpretativa do que a mera aplicação cega da lei.

Esta *open texture* das convenções as revela como um tipo de proposição abstrata, de onde se infere uma ambigüidade quanto à pretensão convencionalista de que o direito é limitado ao que foi endossado pelas convenções.<sup>85</sup>

Além desta ambigüidade, surge uma contradição: o demasiado valor atribuído às convenções jurídicas, ao aspecto positivo do convencionalismo, em detrimento do seu aspecto negativo, o uso do poder discricionário do juiz.

A extensão da discussão acerca dos problemas existentes no convencionalismo faz com que DWORKIN distinga entre extensão<sup>86</sup> explícita e implícita

---

<sup>85</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 123. A este respeito, vale a pena salientar a crítica de FISH, *Still wrong after all these years. Law and Philosophy*, n. 6, p. 402-6, 1987. Este autor nega o convencionalismo como prática jurídica. Segundo assevera, é antes mera construção acadêmica, *in the familiar pejorative sense* (p. 406), cuja prática é impossível de se realizar (*to perform it*). Isto porque, o pressuposto básico do convencionalismo, de que o direito limita-se pelo significado literal das convenções é, para ele, irreal, na medida em que este literal não escapa à interpretação. *In fact, there is no possibility of a direct or uncontroversial application of the institution of legislation or anything else. [...] You can always cite a statute [...] and declare [...] that you stand on it and will not go beyond it; but in fact, you will already have gone beyond it, if by "it" you understand a meaning that declares itself and repels interpretation* (p. 403). Em realidade FISH faz uma confusão: toma o pressuposto convencionalista como referente absoluto, sem considerar a referência à textura aberta das convenções como relato da prática jurídica convencionalista. Contrariamente, FISH toma esta consideração de DWORKIN como confirmação da sua tese, especialmente a ulterior distinção entre *strict* e *soft* convencionalismo (p. 405). [...]

<sup>86</sup> *We define the "extention" of an abstract convention, like [...] legislation or precedents as the set of judgements or decisions that people who are parties to the conventions are thereby committed to accept.* DWORKIN, *Law's empire*, p. 123. [ Nós definimos a "extensão de uma convenção abstrata, como [...] a legislação ou os precedentes, como, o conjunto de julgamentos ou decisões que as pessoas que são partes para as convenções estão, assim, comprometidas a aceitar.]

das convenções. Aquela consistindo no conjunto de proposições jurídicas aceito por quase todos, especialmente pelas partes envolvidas numa demanda e, esta, nas proposições afluídas da melhor interpretação da convenção.<sup>87</sup> Exemplificando, a extensão explícita de uma convenção estabelece que ambas as partes devem ser ouvidas num julgamento. A extensão implícita concerne às questões interpretativas não comportadas na extensão explícita, como por exemplo, a quantidade de tempo devida a cada uma das partes. Pode acontecer de uma delas necessitar um número maior de horas para expor seu argumento, sem que isso se constitua num privilégio.

A partir desta distinção, DWORKIN visualiza uma segunda, relativamente a dois tipos de convencionalismo: o *strict conventionalism* e o *soft conventionalism*. Segundo este modelo, os juízes deveriam lançar mão das suas próprias convicções morais e políticas ao interpretar as convenções na decisão de um caso. Disto sucede a possibilidade de se chegar a diferentes conclusões acerca do mesmo, atestando a existência de discordâncias entre os juízes. Tais discordâncias gravitam em torno da extensão implícita das convenções adotadas, posto que a simples recorrência às convenções revela, desde então, a adoção da sua extensão explícita; quer dizer, da existência de uma proposição jurídica abstrata. Revela, pois, a existência de um acordo preliminar de que leis e precedentes criam direitos.

Para este tipo mais brando de convencionalismo, não há lacunas no direito. Será sempre possível esboçar proposições que todos aceitarão, num crescendo de abstração, a constituir os *grounds of law*. Descarta-se por completo o uso do poder discricionário do juiz.

---

<sup>87</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 123.

Desta forma, crê DWORKIN ser este tipo de convencionalismo um arremedo, uma forma subdesenvolvida do *direito como integridade*. Além do mais, um verdadeiro convencionalista abominaria a influência da política nas decisões judiciais.<sup>88</sup>

O convencionalismo estrito, contrariamente, relewa a discricionariedade, pois entende que só a partir dela é possível a resolução dos casos difíceis, nos quais reina a vagueza, a ambigüidade ou a inexistência da lei ou a incerteza da dimensão do precedente. O respeito incondicional à extensão explícita das convenções representaria um ônus, neste caso.

Entretanto, segundo DWORKIN, a prática revela o fracasso desta concepção estrita, pela paradoxal razão de que os juízes dão, efetivamente, excessiva atenção às fontes do direito. Vale dizer, muito mais do que o convencionalismo lhes autoriza. Um juiz verdadeira e estritamente convencionalista perderia o interesse nas fontes ( nas convenções ) tão logo verificasse o obscurantismo da sua extensão explícita, criando, simplesmente, um novo direito.

Também o uso da discricionariedade não é de todo incontroverso. Gera outro paradoxo: proporciona uma decisão cujo direito não é coerente com o passado, mas sim com os interesses presentes do legislativo e da comunidade em geral, nos moldes do pragmatismo jurídico. O caso *Elmer* é paradigmático neste sentido. A legislação adequada ( a lei dos testamentos ) não pode ser levada em consideração enquanto convenção, posto que a sua aplicação literal levaria a um resultado contrário à intenção dos legisladores que a elaboraram. Sua extensão explícita tornou-se ambígua, obrigando aos juízes ( Earl and

---

<sup>88</sup> A este respeito ver DWORKIN, *Law's empire*, p. 127 ( exemplos ). Se há um consenso de que a Constituição é a lei fundamental, argumentaria um convencionalista brando que este consenso proporciona uma convenção abstrata, cuja extensão explícita inclui a proposição segundo a qual leis devem ser cumpridas porque a melhor interpretação da Constituição assim determina; mesmo que certos advogados neguem.

Gray ) descobrir que decisão seria mais sensível, mais democrática para a comunidade, <sup>89</sup> o que, em tese, constituir-se-ia num absurdo perante o convencionalismo.

A coerência <sup>90</sup> na obra de DWORKIN é fundamental à demarcação do modelo construtivo da sua concepção interpretativa do direito.<sup>91</sup> Ela possibilita a idéia historicista da unidade de passado, presente e futuro ( cadeia de tradição ) , manifestada na idéia da *chain novel*. Por isso, cada vez que se decide sobre um caso, sem referência às decisões políticas passadas ( cada vez que se escreve um capítulo independentemente da história que vem sendo escrita ) frustra-se esta pretensão básica do *direito como integridade*: a coerência em princípio como fonte dos direitos (jurídicos).

O convencionalismo assume um tipo de coerência estratégica - completamente diferente da coerência em princípio -, através da qual busca-se o ajuste do direito criado ao conjunto de regras existentes e às possíveis regras futuras, tendo em vista os anseios e interesses da comunidade.<sup>92</sup>

Nenhum juiz ligado, quer ao convencionalismo, quer ao pragmatismo, dissecaria leis ambíguas ou precedentes inexatos na busca de princípios para justificar as suas decisões.

Considerando o paradoxal fato de que quando um juiz convencionalista cria um novo direito ele age como um pragmatista, a projetar sua decisão em direção ao futuro

---

<sup>89</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 131.

<sup>90</sup> Este assunto já foi discutido mais detalhadamente na p. 71 ss.

<sup>91</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 134. *Law as integrity supposes that people are entitled to a coherent and principled extension of past decisions even when judges profoundly disagree about what it means.* [ O direito como integridade acredita que as pessoas estão vinculadas a uma extensão coerente e baseada em princípios das decisões passadas, mesmo quando os juízes discordam, profundamente, sobre o que ela significa ]

<sup>92</sup> Sobre coerência em estratégia ver anexo, CASO 8, DWORKIN, Law's empire, p. 133.

e considerando que a referência às convenções ( à legislação e aos precedentes ) não atrela a decisão a um compromisso de unidade com o passado - a decisão pode basear-se numa legislação qualquer por razões de política -, tem-se que nenhuma das pretensões do convencionalismo é coerente no sentido atribuído por DWORKIN.

A falta de compromissos do convencionalismo com princípios faz com que as práticas convencionais tenham autoridade para determinar tanto o fim quanto o começo do poder e a influência do passado sobre o presente <sup>93</sup>. A convenção, por assim dizer, exaure o poder normativo intrínseco das decisões passadas.

Em suma, a coerência em princípio [...] *requires that the various standards governing the state's use of coercion against its citizens be consistent in the sense that they express a single and comprehensive vision of justice.* <sup>94</sup>

Finalmente, há um outro ponto questionável, qual seja, a presunção errônea do convencionalismo de que há um consenso entre juízes e advogados acerca da utilização das leis e dos precedentes, sempre na condição de convenções. Há casos em que estes enunciados normativos são referidos pelos juízes e advogados como um tipo independente de convicção. Ou seja, uma proposição é verdadeira não porque todos a aceitam ( por convenção ), mas sim, em razão de alguma convicção moral ( particular, do juiz ou do advogado ).

---

<sup>93</sup> Interessante o exemplo utilizado por DWORKIN, *Law's empire*, p. 118-19: suponha-se que as convenções admitem os precedentes da Suprema Corte Americana como parte do direito e que uma decisão do tipo *Plessy v. Ferguson* ( v. anexo ) seja como tal considerada (precedente), até que a Constituição fosse/seja emendada, adaptando-se a prática mais recente em relação aos casos de segregação racial. Todavia, um convencionalista poderia, por razões de política, sugerir a inobservância daquele precedente no julgamento de outro caso ( o caso *Brown*, por exemplo), argumentando que a segregação racial é imoral e que a sua decisão foi, excepcional, pois baseada em motivos não jurídicos; em políticas.

<sup>94</sup> Com respeito aos casos *Elmer* e *McLoughlin*, ver DWORKIN, *Law's empire*, p. 154. [...] requer que os vários padrões governando o uso da coerção estatal contra seus cidadãos seja consistente/coerente no sentido que eles expressem uma visão singular e compreensiva de justiça. ]

Com isto, DWORKIN quer dizer que o sistema jurídico pode existir e funcionar bem independentemente da legislação ou dos precedentes serem considerados como convenção. A atitude interpretativa necessita de paradigmas e estes não precisam ser, necessariamente, matéria de convenção.

#### 2.4.2 Pragmatismo

A segunda concepção rival do *direito como integridade* é o pragmatismo jurídico. Voltado para o futuro, o pragmatismo prescinde das leis e dos precedentes como fontes exclusivas do direito, o qual resulta na consecução daquilo que a comunidade elegeu como melhor para si. Com este propósito, o juiz pragmatista ao tomar uma decisão, estará realizando uma promessa de felicidade: a melhor comunidade para o futuro.

O significado desta promessa fica ao arbítrio da compreensão do juiz sobre a *melhor comunidade*. Os atuais *economics approaches* da teoria do direito, legatários do utilitarismo, se ajustam a esta concepção pragmatista.

Por vezes pode ser que as fontes do direito sejam requisitadas. Isto ocorre quando, por razões *estratégicas*, elas possam servir aos interesses da comunidade na construção do *melhor futuro*. Assim, aceitar o uso de uma lei de cuja integridade se duvida, significa, para um juiz pragmatista, estrategicamente, proteger a habilidade da legislação de coordenar o comportamento social.

Entretanto, a recorrência às fontes tem como pressuposto a sua clareza e objetividade. Um pragmatista não buscará desvelar o sentido ambíguo ou inexato nelas existente.

Por outro lado, pode-se com o auxílio das fontes predizer decisões futuras que beneficiarão a comunidade.<sup>95</sup> Entretanto, tão logo cesse o efeito desejado ou se deixe de atender aos objetivos colocados pela comunidade, devem as fontes ser abandonadas.

A idéia de *melhor comunidade* confere aos juízes autoridade e legitimidade para que estes passem por cima da autoridade das fontes, mesmo a representar um ônus, um dano às instituições jurídicas. Isto porque o possível dano causado ( a incredulidade em relação às fontes ) é considerado sempre menor que o benefício prometido.

O pragmatismo assume, assim, uma atitude cética frente às instituições jurídicas, negando-lhes o poder de justificação do uso ou da resistência à coerção estatal.

A sua justificação não reside no reconhecimento dos direitos jurídicos genuínos, mas na própria decisão coercitiva. Ela agasalha, na visão pragmatista, determinadas virtudes como a justiça, a eficiência, etc, as quais constituem-se nos pilares para uma sociedade melhor.

Desta forma, a coerência com as decisões legislativas ou judiciais passadas torna-se irrelevante, pois em nada contribui para a consecução das virtudes eleitas pela comunidade como promotoras da felicidade geral. É, pois, o poder coercitivo da própria decisão que tornará o futuro da comunidade mais brilhante, *libertando-o da mão morta do passado e do fetiche da coerência* .<sup>96</sup>

Para o pragmatismo as pessoas não têm direitos jurídicos genuínos decorrentes quer das convenções, quer dos princípios. Isto as desobriga do acatamento

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 159. Sobre o argumento pragmatista na decisão do caso McLoughlin.

<sup>96</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 151.

incondicional ao que, neste passo, seria pior para a comunidade somente porque algum legislativo determinou ou uma longa fila de juízes decidiu.<sup>97</sup> Entretanto, a considerar a existência de direitos e deveres na prática jurídica, o pragmatismo oferece como justificativa o seguinte argumento: *judges must sometimes act as if people had legal rights because acting that way will serve society better in the long run. [...] civilization is impossible unless the decisions of some well defined person or group are accepted by everyone as setting public standards that will be enforced if necessary through the police power.*<sup>98</sup>

O realismo jurídico radicalizou o argumento pragmatista ao afirmar que o direito é simples predição do que farão os tribunais ou, ainda, resultado imediato do estado de espírito do juiz ( do que ele *comeu no café da manhã* ). Neste caso, as proposições jurídicas consistiriam em meras profecias ou manifestações da emoção, quer dizer, em falsas proposições.

Jerome FRANK<sup>99</sup> distingue no realismo americano os *fact skeptics* e os *rules skeptics*. Os céticos perante os fatos distinguem as regras efetivas das regras no papel, atribuindo àquelas autenticidade. A enunciação das regras efetivas apareceria como predições sobre a atividade futura dos tribunais. Os céticos perante as regras vão mais além ao enfatizar o papel da atividade dos tribunais de primeira instância, enquanto atividade decisória política.

---

<sup>97</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 152.

<sup>98</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 152-53. [ Os juízes devem, às vezes, agir como se as pessoas tivessem direitos jurídicos porque essa atitude servirá melhor à sociedade, a longo prazo. [...] a civilização é impossível a menos que as decisões de alguns grupos ou pessoas bem definidos sejam aceitas por todos como fixando padrões públicos que serão postos em vigor, se necessário, através do poder de polícia. ]

<sup>99</sup> FRANK, Jerome, *Law and the modern mind*, New York, 1930. In: LAMEGO, Hermenêutica e jurisprudência, p. 228-29.

Para DWORKIN o pragmatismo é mais poderoso que o convencionalismo enquanto concepção interpretativa do direito, constituindo-se num bom desafiante do direito como integridade. Isto por ser maior o seu poder de persuasão, a medida que ele tenta o equilíbrio entre o prognóstico necessário para proteger as instituições da legislação e dos precedentes e a flexibilidade necessária aos juízes para melhorar o direito através do que eles fazem nos tribunais. <sup>100</sup>

A estratégia do *como se* ( *as if* ) é o grande trunfo do pragmatismo. Ela atenua na prática a inobservância das instituições, de forma que os pragmatistas mais sofisticados procuram dissimular esta atenuação. Partindo deste raciocínio julgar-se-ia o caso *Elmer* sob o seguinte argumento: considerando que *Elmer* faria uso da herança de maneiras que beneficiariam mais a comunidade do que o uso que dela fariam *Goneril and Reagan*, a ele cabe o direito de herdar, uma vez que em promoção da prosperidade social. Não obstante, resta proibido, daí para frente, que futuros assassinos tenham, nestas circunstâncias, qualquer direito a herança. <sup>101</sup>

O pragmatismo aceita, estrategicamente, o instrumental convencionalista - legislação e precedentes - através do *como se*, o que torna seu ceticismo mais brando.

Por conseguinte, o maior desafio a esta concepção não incide sobre o reconhecimento dos direitos jurídicos, mas sim sobre o reconhecimento dos princípios, sua existência e imprescindibilidade como elemento central à judicância e, sob o ponto de vista mais abrangente, à justificação da coerção.

---

<sup>100</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 154.

<sup>101</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 159.

### 2.4.3 Direito como integridade

Os princípios fundadores da ética moderna, desvelados pela teoria política e pela prática política cotidiana, rompem com a metafísica, encontrando, na razão que *ilumina*, o seu abrigo. Apesar de internalizarem a fé terrena, tais princípios profetizam uma utopia correspondente ao reino dos céus: uma justa distribuição dos recursos e oportunidades, uma justa estrutura política na qual o poder é distribuído através de mecanismos democráticos e um processo equitativo do *enforcement* das regras em geral<sup>102</sup>.

A filosofia política moderna, baseada nesta pedagogia das luzes, se sustenta sobre esta moral extrema da justiça, da equidade e do *procedural due process*.<sup>103</sup>

Há, porém, um quarto ideal vislumbrado por DWORKIN, sem lugar em teoria política alguma, mas presente na política cotidiana, ao qual ele denomina de *integridade*.

O seu sentido pode ser captado do princípio da igualdade, o qual subscreve a idéia de que os casos iguais devem ser tratados igualmente. Entretanto, DWORKIN o concebe como mais abrangente: *integrity becomes a political ideal when we make the same demand of the state or community taken to be a moral agent, when we insist that the*

---

<sup>102</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 165.

<sup>103</sup> DWORKIN compreende o *procedural due process* como uma virtude distinta da justiça e da equidade. O termo *procedural* acentua o seu caráter distinto, pois a mera referência ao *due process* poderia se confundir com o sentido latente de justiça prescrito pelo *14 th ammendment* da Constituição americana: *Sec. 1. [...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

*state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are.* <sup>104</sup>

DWORKIN relaciona a integridade com a equidade, a justiça e o *procedural due process*, no sentido de que seja dada toda força aos princípios políticos que justificam a autoridade legislativa na decisão do significado de uma lei por ela decretada, de que sejam reconhecidos no resto do direito os princípios morais necessários à justificação da essência das decisões legislativas e de que os procedimentos de prova sejam reconhecidos em toda parte, levando em consideração as diferenças no tipo e grau de dano - moral - que um veredito incorreto impõe. <sup>105</sup>

A integridade na legislação exige que os legisladores mantenham o direito coerente em princípios enquanto que, na *adjudication*, exige que aqueles responsáveis em decidir o que é o direito o vejam e o façam cumprir, também coerentemente em princípio.

<sup>106</sup>

A terceira concepção interpretativa do direito, eleita como a melhor por DWORKIN, assina este ideal político e por isso é denominada de *direito como integridade (Law as integrity)*.

Para que esta concepção flua no sentido da integridade, é necessário que o Estado ou a comunidade estejam comprometidos com os referidos princípios, assumindo

---

<sup>104</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 166. [ a integridade se torna um ideal político quando nós fazemos a mesma exigência do Estado e da comunidade tomada para ser um agente moral, quando nós insistimos para que o Estado atue segundo um conjunto de princípios singular e coerente mesmo quando seus cidadãos estão divididos a respeito do que os princípios corretos de justiça e honestidade realmente são.]

<sup>105</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 166-67.

<sup>106</sup> Conforme DWORKIN, *Law's empire*, p. 217-8. A integridade na legislação limita o que os legisladores fazem ao expandir ou alterar os padrões públicos, enquanto na *adjudication*, ela exige que os juízes tratem o sistema atual de padrões públicos como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios e, para este fim, interpretem esses padrões para achar padrões implícitos entre e sob os explícitos.

uma personalidade própria que os caracterize como uma entidade distinta das pessoas que, individualmente, os integram. *A political society that accepts integrity as a political virtue thereby becomes a special form of community, special in a way that promotes its moral authority to assume and deploy a monopoly of coercitive force.* <sup>107</sup> A comunidade caracteriza-se, pois, como um agente moral, ligado às práticas do pensar e à linguagem na qual figura ( ao agir comunicacional ), a evitar qualquer possível sentido metafísico.

O senso de responsabilidade que se estabelece entre os cidadãos é, por conseguinte, comunitário e não individualista. O funcionários ( públicos ) que agem em nome da comunidade e os demais membros repartem o mesmo sentimento em relação a ela. Assim, qualquer ato de injustiça que seja cometido é, indistintamente, atribuído a todos. O agir conforme princípios é um agir coletivo: desde a consideração dos agentes, da atribuição de deveres e obrigações, até a própria justificação. Quer dizer, a melhor concepção do direito o presume como um sistema articulado ( uma totalidade ), cujos elementos (constitutivos) não existem isoladamente ( não geram efeitos ).

*A equal protection clause* da Constituição americana impede, por exemplo, que a legislação estadual aja, isoladamente, reconhecendo certos direitos fundamentais a uns e negando a outros. <sup>108</sup> Isto feriria o princípio da igualdade formal ( *equality before the law* ), o qual, segundo DWORKIN, é fundamental quando *it is understood to require*

---

<sup>107</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 171. [Uma sociedade política que aceita a integridade como uma virtude política se torna, por esse meio, uma forma especial de comunidade; especial no sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e empregar um monopólio da força coercitiva. ]

<sup>108</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 185.

*integrity as well as bare logical consistency, [...] fidelity not just to rules but to the theories of fairness and justice that these rules presuppose by way of justification.* <sup>109</sup>

A comunidade personificada como um agente moral confere legitimidade para o uso da força, na medida em que *executantes* e *executados* repartem o mesmo sentimento de respeito perante o todo, o qual é pautado pela virtude política da integridade. Não existe uma entidade abstrata, um contrato hipotético <sup>110</sup> que, de fora, autorize a coerção, como, também, autorize compromissos internos, particulares a cada cidadão.

Os cidadãos internalizam a comunidade, suas relações serão governadas pelos padrões públicos. Isto significa que cada cidadão deve buscar um esquema de princípios ( padrões públicos ), a que deve se manter fiel, identificado como o esquema da comunidade. <sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 185. [ se entende que ele requer a integridade tanto quanto simples coerência lógica, [...] fidelidade não só às regras mas também às teorias da equidade e justiça que essas regras pressupõem como meio de justificação.]

<sup>110</sup> Conforme esclarece GIANNOTTI, José Arthur. Contrato e contrato social. *Filosofia Política* 6, Porto Alegre : LP&M, 1991, p. 24-5, *ao contrário [...] de KANT, para o qual o contrato social é dever ser que emana do imperativo categórico como puro exercício da razão prática, por conseguinte liberado de qualquer referência a um contrato objetivo, RAWLS interpreta o acordo como uma escolha dos conteúdos propostos pelos dois princípios, vale dizer, a escolha da igualdade perante os direitos e deveres e da equidade da distribuição desigual. O formalismo kantiano leva a uma escatologia da moral e da história, a introdução dum conceito mínimo conduz RAWLS a uma dificuldade, que DWORKIN aponta [...]: " Um contrato hipotético não é simplesmente uma pálida forma dum contrato efetivo, simplesmente não é um contrato ". Isto porque a hipótese de um contrato não pode vincular as pessoas que estão interagindo no presente. RAWLS simplesmente inverte o procedimento do tribunal. Ao refazer o contrato e vincular as partes em litígio, o tribunal age como se as partes fossem justas e seres **raisonables** diante dos dispositivos que têm a mão. RAWLS, ao contrário, pretende que as atuais disputas a respeito do justo e do injusto podem ser decididas recorrendo-se a uma situação que lhes permitiria contrair um contrato imaginário. A referência à fala de DWORKIN pode ser encontrada, originalmente, no *Taking rights seriously*, p. 151 : [...] *His contract is hypothetical, and hypothetical contracts do not supply an independent argument for the fairness of enforcing their terms. A hypothetical contract is not simply a pale form of an actual contract; it is no contract at all.**

<sup>111</sup> Conforme argüição da professora Sonia FELIPE, há de se questionar a) a possibilidade de que se venha a adotar, como *comunitários*, padrões que apenas se conformam aos interesses dominantes e b) a possibilidade de que *padrões comunitários*, por serem comuns à maioria dos cidadãos, signifiquem a ditadura da maioria ( MILL ).

Este ideal de auto-governo - os próprios cidadãos são, em certo sentido, os autores das decisões políticas tomadas pelos governantes - faz com que a ação de cada cidadão signifique o desenvolvimento dos padrões públicos da comunidade. A atividade privada/individual torna-se, por consequência, uma atitude política.

Pois bem, a questão da legitimidade para o uso da força toca na estreita conexão entre o direito e a política e, sob o ponto de vista específico da ética, entre a autoridade moral do direito e a integridade. Em DWORKIN isto se constitui, em última análise, no cerne das suas investigações.

Sua proposta de uma legitimidade vertida da moralidade funda-se na idéia setecentista da fraternidade. Vale dizer, o direito de uma comunidade tratar seus membros, como tendo obrigações decorrentes das decisões coletivas da própria comunidade, deve ser achado na base da fraternidade e das suas concomitantes obrigações, e não no terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações do *fair play*.<sup>112</sup>

As responsabilidades recíprocas que se geram a partir deste sentido fraternal de obrigação exigem, pois, a observação de certos requisitos por parte dos cidadãos<sup>113</sup> :

---

<sup>112</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 206. Conforme esclarece ainda DWORKIN, Law's empire, p. 437 [ na nota n. 18], o termo *fair play* significa o que RAWLS e NOZICK chamam de *principle of fairness* [princípio da equidade]. Rawls propõe um contrato hipotético como dispositivo de busca de uma melhor concepção de justiça, a qual generalize e leve a um nível maior de abstração a teoria clássica do contrato social difundida por LOCKE, ROUSSEAU e KANT. [...] *The guiding idea is that the principles of justice [...] are the object of the original agreement. They are principles that free and rational persons concerned to further their own interests would accept in the initial position of equality as defining the fundamental terms of their association. [...] the original position of equality corresponds to the state of nature in the traditional theory of the social contract. [...] it is understood as a purely hypothetical situation characterized so as to lead to a certain conception of justice.* [ A idéia guia é que os princípios de justiça são o objeto do acordo original. São princípios que as pessoas livres e racionais preocupadas em promover seus próprios interesses aceitariam na posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais da sua associação [...]. A posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria clássica do contrato social [...]. Ela é entendida como uma situação puramente hipotética, caracterizada de forma a conduzir a um determinado conceito de justiça . Cf. RAWLS, A theory of justice, p. 12.

<sup>113</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 200.

primeiro, devem ver as obrigações do grupo como especiais e internas, quer dizer, distintamente sustentadas dentro do grupo e não como deveres gerais igualmente atribuídos às pessoas estranhas a ele. Segundo, devem aceitá-las, também, como responsabilidades pessoais que se dirigem de um membro a outro do grupo e não somente a este como um todo. Terceiro, devem ainda ser consideradas as mesmas como decorrentes de uma responsabilidade mais geral que cada um tem de respeito ao bem-estar dos outros e, quarto, devem, finalmente, supor que as práticas do grupo demonstram não somente respeito mas igual respeito a todos os membros. Neste sentido, as obrigações fraternais ( ou associativas ) são, conceitualmente, igualitárias.

Tais obrigações só se viabilizam numa comunidade na qual estes quatro requisitos sejam, rigorosamente, respeitados: numa *verdadeira* comunidade. Esta não implica na extinção do Estado, mas ao contrário, com ele se identifica. Entretanto, este Estado se constitui através das obrigações associativas, cujo fundamento reside na idéia de fraternidade e não através de um contrato que é, naturalmente, um ato de vontade individual.

Se por um lado é a prática social que define os grupos nos quais tais obrigações figuram, por outro é através do ato interpretativo que se encontrarão presentes na prática as quatro condições exigidas. Este círculo (hermenêutico) funde questões de prática social e interpretação para a análise das obrigações .

O ideal de respeito mútuo prescrito pelas obrigações associativas deve se ajustar ao ideal mais geral de igual respeito, sem o qual, o direito constituir-se-ia no exercício ilegítimo da força; na fala arbitrária e monológica que altera o sentido significativo da totalidade pelo do totalitarismo.

DWORKIN tem como pressuposto a política cotidiana e não o Estado utopista de igualdade, justiça e beleza plenas, no qual a integridade seria, conseqüentemente, desnecessária ( parte do que *é*, ao mesmo tempo que prescreve um *dever ser*). Portanto, é possível que a prática, devidamente interpretada, revele certas obrigações injustas, as quais, mesmo assim, são aceitas no bojo da sua estrutura. Isto porque o aspecto de injustiça que elas integralizam não é tão intenso e profundo como, por exemplo, nas práticas de discriminação racial.

Em suma, DWORKIN propugna por uma comunidade de princípios, cujos membros teriam seus direitos e deveres oriundos do esquema de princípios, subscrito pelas decisões tomadas pelas instituições políticas. Fluidos deste esquema, os direitos e deveres independeriam da anuência de cada cidadão, uma vez que tais obrigações advêm do fato histórico de que a comunidade adotou tal esquema de princípios. *In short, each accepts political integrity as a distinct political ideal and treats the general acceptance of that ideal, even away people who otherwise disagree about political morality as constitutive of political community.*<sup>114</sup>

Longe de ser perfeita, a comunidade de princípios é a melhor possível na medida em que aceita a integridade como virtude política fundamental, quer na legislação, quer na adjudicação, a evitar leis e julgamentos parciais ( imorais ), pois resultantes do mero arbítrio. DWORKIN alerta que, não obstante a idealidade deste modelo de comunidade em diversos sentidos, sua construção teórica possibilita decidir sobre que atitudes deveriam ser interpretadas como expressões da prática política; distinguir *o joio do trigo*; o exercício ilegítimo ( do poder ), do legítimo. Ou seja, se se

---

<sup>114</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 211. [ Em suma, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto e considera a aceitação geral deste ideal, mesmo que ausentes as pessoas que, do contrário, discordam da moralidade política como constitutiva da comunidade política.]

compreenderem as práticas como apropriadas ao modelo do princípio, pode-se sustentar a legitimidade das instituições e as obrigações políticas que elas assumem como uma questão de fraternidade.<sup>115</sup>

Enfim, a integridade como virtude política subscreve uma função contemporizadora dos conflitos existentes na política cotidiana, possibilitando decisões que não onerem os cidadãos, ainda que se trate da disputa entre a justiça e a equidade. *Fairness and justice must sometimes be sacrificed to integrity.*<sup>116</sup>

A virada hermenêutica no direito se materializa de forma crítica na proposta dworkiniana do direito como integridade. Embora não seja em aspecto algum conclusiva, seguindo o veio hermenêutico de constantes interrogações ( não tem a pretensão de uma teoria geral ), ela se apresenta como a melhor concepção interpretativa do direito. Estão em si associadas a visão-para-o-passado do convencionalismo e a visão-para-o-futuro do pragmatismo, na perspectiva de uma lente que, embora postada no presente, focaliza o passado para a construção de uma imagem que se projeta para o futuro.<sup>117</sup>

Em face dos diversos motivos apresentados, tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo falham na integralização de um modelo hermenêutico-crítico. Especialmente na fase pós-interpretativa, fase da decisão do juiz, na qual se recomendam programas para a *adjudication*, ambas as concepções se acomodam: quer com a descoberta das decisões institucionais, convencionalmente reconhecidas ( a legislação e os

---

<sup>115</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 215. <sup>116</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 178. [ Equidade e justiça devem, algumas vezes, ser sacrificadas pela integridade.]

<sup>116</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 178. [ Equidade e justiça devem, algumas vezes, ser sacrificadas pela integridade.]

<sup>117</sup> Esta idéia faz lembrar a visão da história - o relato da modernidade - de Walter BENJAMIN, quando ele analisa o quadro *Angelus Novus* de Paul Klee. Cf. SEVCENKO, Nicolau. *Pós-modernidade*. Campinas : Ed. da Unicamp, 1986, p. 46.

precedentes ), quer com a predição expressa por uma regra, de um melhor futuro para a comunidade. Casualmente, podem se lhes ocorrer a incidência de questões interpretativas quando, por exemplo, um juiz convencionalista necessitar interpretar um texto para decidir que leis foram, a partir dele, construídas pelas convenções jurídicas. Ou, ainda, quando um pragmatista busca uma melhor compreensão da idéia de bem-estar comunitário. Todavia, só o direito como integridade pede aos juízes, ao decidirem um *hard case*, que efetuem um estudo ulterior, essencialmente interpretativo, da doutrina jurídica.

118

Esse dinamismo faz com que o direito se recicle constantemente, revigorando sua estrutura ante a atrofia ameaçadora dos esqueletos esclerosados do positivismo e do utilitarismo que lhe oferecem uma frágil, quase inepta, sustentação. *Integrity does not recommends what would be perverse, that we should all be governed by the same goals and strategies of policy on every occasion.* <sup>119</sup>

O direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam.

A dúvida e a desconfiança em relação à viabilidade de um tipo de sistema aberto puro, no qual o direito não pode ser reduzido ( e resolvido ) a expressão da regra positiva ( uma vez que a mesma não constitui um em si cuja função é meramente descritiva ) se coloca, sobretudo, em termos de objetividade ( sob o ponto de vista

---

<sup>118</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 226. *Law as integrity ask them ( aos juízes) to continue interpreting the same material that it claims to have successfully interpreted itself. It offers as continuous with - the initial part of - the more detailed interpretation it recommends.* [ O direito como integridade pede-lhes a continuar interpretando o mesmo material que afirma ter interpretado com sucesso. ]

<sup>119</sup> DWORKIN, Law's empire, p. 243. [ A integridade não recomenda o que seria perverso, que nós deveríamos ser todos governados pelos mesmos objetivos e estratégias de política em toda ocasião. ]

epistemológico), de eficiência ( sob o ponto de vista prático) e de legitimidade ( sob o ponto de vista político ). Este trabalho vem tentando responder a cada um destes ítems.

A teoria jurídica de DWORKIN, como possível caminho, antevê estas dúvidas presentes num único ato: o ato de julgar, que, por encerrar a essência do direito, é tomado como referência, em detrimento da atitude dos professores de direito, dos advogados e do cidadão comum. Neste sentido, seu trabalho teórico tem como escopo uma teoria normativa da *adjudication* que sirva de base para um projeto maior de justificação de uma teoria da sociedade.<sup>120</sup>

O direito como integridade segue a lógica do pensamento moderno ( das grandes totalidades ), da qual a razão é a fundadora e cujas unidades constitutivas funcionam, harmonicamente, a interagir uma com a outra. A relação todo-parte é de complementação e superação. Assim, ela aparece como a melhor concepção do direito e, ao mesmo tempo, como unidade constitutiva de um projeto de sociedade.

Especificamente, o direito como integridade pede aos juízes que assumam este ideal protestante <sup>121</sup> de que o direito é estruturado sobre um coerente conjunto de princípios relativos à justiça, à equidade e ao *procedural due process*, obrigando o seu cumprimento. Estes princípios serão buscados na prática jurídica - no conjunto das

---

<sup>120</sup> Dworkin tem em mente, especialmente, a sociedade americana e também, aquelas em que as regras do jogo democrático já estejam, definidas, vale dizer, aquelas nas quais não haja dúvidas acerca dos *paradigms of the day*.

<sup>121</sup> Cf. DWORKIN, *Law's empire*, p. 413. *Integrity calls a community to principled interpretation of its legal practice. This yields a conception of law as "a forum of principle", defined and governed by a pervasive interpretative, reflective attitude, which makes not only judges and lawyers but also each citizen "responsible for imagining what his society's public commitments to principle are, and what these commitments require in new circumstances". This protestant attitude "[...], is essential to a people" united in community but divided in project, interest and conviction.* Ver ainda POSTEMA, "Protestant" interpretation and social practices. *Law and philosophie*, n. 6, p. 283-319, 1987. Este autor vê como excessivo o protestantismo de DWORKIN e crítica-o por distorcer o entendimento prático, o discurso e o debate nas práticas sociais e, especialmente na prática jurídica.

decisões políticas coletivas - que os juízes interpretam para que, eles próprios, cheguem a uma decisão que, ao mesmo tempo, se ajuste e justifique tais práticas. No contexto da história política da sociedade, a decisão do juiz será um capítulo complementar que, naquele momento, a torna a melhor história possível; melhor no sentido do ponto de vista da moralidade política.

A interação entre ajuste e justificação ( *fit and substantive appeal* ) é complexa, posto que a interpretação, no direito, assim como na literatura, é um exercício delicado de equilíbrio entre diferentes convicções políticas ou estéticas.

A fim de explicar esta estrutura complexa da interpretação jurídica, DWORKIN cria um juiz de poderes supra-humanos, o qual, *taking rights seriously* como *a matter of principle*, triunfa no *law's empire*. Não obstante os poderes de Hércules, ele não faz do direito como integridade uma concepção geral do direito, mas oferece respostas, as quais, na opinião de DWORKIN, são as melhores possíveis. Neste estágio interpretativo cabe a Hércules buscar e construir teorias interpretativas da prática em questão, as quais ele submeterá a sucessivos testes, até que se chegue à melhor possível: a que responda as exigências de ajuste e justificação ( a moralidade política ).

O exemplo mais significativo da atuação de Hércules, relativamente a sua tentativa de aplicar o direito como integridade à decisão dos casos difíceis, repousa na sua argumentação para o caso *McLoughlin: as pessoas têm direito moral a compensação por dano físico ou emocional, conseqüente de conduta negligente de outrem, entretanto, somente nos casos em que o dano foi, razoavelmente, previsível por aquele que agiu com negligência.*<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> DWORKIN, *Law's empire*, p. 241 e 255. Segundo POSTEMA, "Protestant" interpretation and social practices, p. 293, *interpreters are in first instance, participants engaged in the practice in question, driven*

A conclusão de que esta seria a melhor idéia de direito - após a submissão das várias teorias da interpretação a sucessivos testes ( filtragem ) - resulta da seguinte estrutura hermenêutica: <sup>123</sup> primeiro, rejeitando todo tipo de interpretação que não se ajuste a nenhuma decisão judicial passada ( já que se trata dum caso baseado nos princípios da *common law* ), pois, neste caso, se nega às pessoas qualquer direito a compensação por dano emocional. Este primeiro filtro exige um nível mínimo de ajuste.

Segundo, rejeitando um outro tipo de interpretação que, não obstante se ajuste às decisões anteriores , reconhecendo às pessoas o direito a compensação por dano emocional , só o faz em relação ao dano causado no momento do acidente. Esta distinção a torna, irremediavelmente, injusta e, portanto, descartável. Terceiro, rejeitando, ainda, um tipo de interpretação pragmatista, segundo a qual as pessoas deveriam obter compensação por dano emocional quando esta prática ( de exigir compensação ) fizesse com que diminuíssem os custos totais dos acidentes ou, por outro lado, tornasse a comunidade mais rica. Se por um lado este argumento assevera o desejo comunitário de promoção do bem-estar geral, constituindo-se numa *política*, por outro ele não supõe ( ou garante ) o direito ao aumento constante do bem-estar, não estabelecendo um princípio de justiça. Neste ponto, em que há um mínimo de ajuste, torna-se necessário que se volte às questões substantivas relativas à moralidade política. Estas constituem-se no segundo filtro evitando a passagem de interpretações que não proporcionem justificações adequadas, com padrões de suficiente generalidade. Quer dizer, justificações de princípio, em termos de equidade, justiça e devido processo.

---

*to interpretation by the need to make decisions in particular cases. Acrescenta ainda, the filters [ os testes aos quais as teorias se submetem] are designed to keep interpreters honest to the "text"; to limit and substantially define the role their personal evaluative convictions play in their decisions.*

<sup>123</sup> As cinco argumentações rejeitadas por Hercules se encontram, detalhadamente referidas em DWORKIN, *Law's empire*, p. 241-9.

Quarto, rejeitando um tipo de interpretação que sustenta compensação nos casos em que o dano não era previsível na época do acidente, já que, historicamente, a previsibilidade é um ingrediente fundamental.

E, por fim, rejeitando um tipo de interpretação na qual o direito a compensação por dano, razoavelmente previsível, só ocorreria em circunstâncias em que o reconhecimento do direito não impusesse, à pessoa que negligenciou ( ao réu ), pesadas e destrutivas cargas financeiras, desproporcionais em relação a sua falta moral. A limitação da responsabilidade em função da maior ou menor soma, proporcionalmente ao dano causado, faz uma injusta paradoxal distinção ( inverte e potencializa o ônus, que passa a ser, novamente, de quem sofreu o dano ) entre os casos onde o ônus do dano causado é maior.

Neste sentido, o raciocínio de Hércules empreende um tipo de interpretação que, embora não se ajuste ao maior número de precedentes, é a que melhor expressa os princípios da equidade, da justiça e do devido processo, relativamente à lei dos acidentes.

### 3. a filosofia do direito do eixo Harvard-Oxford: metadiscorso de legitimação do liberalismo.

A concepção dworkiana do direito como um sistema aberto puro converge para uma compreensão interdisciplinar de matriz habermasiana, a partir da qual a filosofia deixa de ser o tribunal da razão, descendo ao plano das ciências, especialmente das ciências humanas. O que há é um contexto cooperativo no qual a filosofia deixa de ter a última palavra, constituindo-se num elemento a mais, participante no processo de universalização do conhecimento. Esse contexto cooperativo entre as racionalidades se desenvolve através da argumentação; quer dizer, fortalece-se a idéia de uma racionalidade fundada no diálogo ( não monológica ), cuja mediação se faz, por conseguinte, na e pela ação comunicativa.

DWORKIN assume, concomitantemente, a virada ontológica da hermenêutica, projetando seu discurso desde uma perspectiva pragmática, na qual, a seguir o caminho de GADAMER, não se vislumbra uma dualidade de planos entre a filosofia e a prática. Contrariamente, interpretar a prática social é agir; *agir mediador de potenciação das possibilidades existenciais dessa prática*.<sup>1</sup> A verdade é considerada não nos termos da adequação da teoria ao objeto, mas da coerência argumentativa dos pronunciamentos emitidos num dado contexto, com pretensão de validade. Ou seja, um enunciado possui um valor de verdade.

---

<sup>1</sup> LAMEGO, Hermenêutica e jurisprudência, p. 226. Interessante a observação que faz HÖFFE quando diz que há uma retomada do discurso ético, especialmente o discurso da justiça, cujas condições são a sua interdisciplinariedade, sua dimensão histórica. A este respeito ver HÖFFE, Justiça política, p. 17 - 8.

Para tanto, qualquer compreensão do direito requer a assunção de um ponto de vista, radicalmente, interno: o ponto de vista do participante. Em termos mais amplos, a própria filosofia de DWORKIN se coloca no lugar do participante cuja fala é uma medida singular de significação em direção à *integridade* e ao consenso.

Todo pronunciamento por ela emitido revela, ao contrário do que propugna HART, *um conhecimento com aceitação*, quer dizer, comprometido em relação à *prática dos membros do grupo que usam os princípios como base de fundamentação de suas pretensões ou exercício de poderes* <sup>2</sup>.

Assim, não se pode analisar o sistema jurídico como sistema institucionalizado de conduta sem se aceitar ou atuar nas pautas de regulação que o constituem. O participante, do seu ponto cognitivo-interno, estará sempre comprometido com a sua fala, com os princípios por ele aceitos. Por isso, dizer que *A deve fazer (x)* significa dizer que para *A* e para os demais participantes do jogo, *(x)* é devido, considerando que o emitente deste pronunciamento está comprometido com seu conteúdo como sendo o mais correto. <sup>3</sup>

As conseqüências de uma filosofia do direito comprometida com a sua fala podem ser identificadas, analiticamente, no nível da epistemologia, quando a filosofia e a ciência dialogam em igualdade de condições, resultando no relacionamento da hermenêutica com a *jurisprudence*. Para além da epistemologia, as conseqüências não são

---

<sup>2</sup> LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, p. 245.

<sup>3</sup> Segundo LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, p. 247, a contradita disto, ou seja, a *tese do conhecimento sem aceitação*, entende ser possível afirmar a existência de uma "obrigação jurídica" de se fazer (x), e ao mesmo tempo afirmar-se que, do ponto de vista das nossas convicções ou segundo os critérios de uma moral racional, se deve omitir a realização de (x). Assim, para HART é possível que aquele que produz a afirmação *A deve fazer (x)* possa, de acordo com os seus pontos de vista, considerar o comportamento requerido a *A* como incorreto.

menos radicais, pois resultam na desmistificação do jurídico, que deixa de ser identificado com a lei positiva, buscando sua significação simbólica em outros espaços, como por exemplo, na democracia. Nesta busca, DWORKIN, ao contrário de Claude LEFORT, não encontra um espaço de *invenção* mas, sim, preenchido, ideologicamente, pelo liberalismo, ou melhor, pela re-leitura que faz dele. Neste sentido, será o (*neo*)liberalismo objeto deste capítulo.

Várias e persuasivas críticas incidirão sobre a interdisciplinariedade que caracteriza o pensamento de DWORKIN e o faz um interlocutor - além de crédulo - do *projeto incompleto da modernidade*<sup>4</sup> no mundo jurídico, como também do liberalismo . Fale-se, não das tentativas de *revival* do jusnaturalismo ou das tentativas agonizantes de salvamento do positivismo de uma maneira geral, ou ainda das teorias *críticas*, mas, sim, das críticas *pós-modernas*.

---

<sup>4</sup> *A modernidade - um projeto inacabado* foi o título da palestra proferida por HABERMAS, em setembro de 1980, por ocasião do recebimento do prêmio Adorno. Cf. HABERMAS, O discurso filosófico da modernidade. Lisboa : Publicações Dom Quixote, 1990. p. 11. A principal crítica de HABERMAS a esta retomada da discussão jurídica relativamente à filosofia, à sociologia e à ética é que ela tem seu ponto de partida no individualismo, característico do liberalismo clássico, entendido aqui como um modelo sócio-político de constituição da sociedade no qual o mercado assume o principal papel no sentido da formação, organização e evolução daquela. NOZICK assume o axioma individualista da necessidade nata do homem permanecer individual e independente reduzindo a esfera pública, enquanto espaço político e que é de todos, ao mínimo possível. Desta forma, a vida em sociedade se regulamenta menos pela atuação de todos que disfrutam indistintamente da *res publica* e mais pela atuação dos poucos que atuam no mercado. Já em RAWLS, conforme afirma KERVEGAN em seu artigo - Existirá uma filosofia política liberal ? Filosofia Política 6, Porto Alegre, n. 6, p. 33-37, 1991 -, acusa-se *certas disfunções não-contingentes da troca livre*, seus efeitos perversos, os quais exigem uma ação preventiva ou redistribuidora do Estado. Não obstante, observar-se-á que RAWLS sublinha antes a liberdade ( primeiro princípio ), depois a igualdade e a fraternidade. Se por um lado esta última o inscreve na tradição do liberalismo social por outro, afasta-o de KANT, na medida em que este entendia a fraternidade como um princípio de redistribuição contrário às fundamentações de uma ordem política constitucional, aproximando-o do liberalismo estrito. A questão do individualismo se atenua em , relativamente à RAWLS e NOZICK, tendo em vista, sobretudo os pressupostos de uma comunidade de falantes de que parte DWORKIN - a exemplo de HABERMAS - e que impões, politicamente, a atenção a igualdade, *first*.

Com um ataque frontal à modernidade, a sua base de sustentação - o tripé verdade, justiça e beleza, tais críticas fragmentam a totalidade à qual serve a interdisciplinariedade enquanto dispositivo de legitimação. *Os discursos não podem mais ser submetidos à autoridade de um metadiscorso que se pretende a síntese do significante e do significado e da própria significação, isto é, universal e consistente.* <sup>5</sup>

Este capítulo, portanto, enfocará o liberalismo como grande relato ao qual a filosofia do direito recorre, enquanto discurso de legitimação que a ciência exerce sobre seu próprio estatuto.

O ponto de partida é a vigorosa noção de direitos individuais, cerne da tradição liberal e para onde convergem as inquietações de Ronald DWORKIN, John RAWLS e Robert NOZICK, relativamente à questão moral: a legitimidade (moral) do Estado, enquanto titular da força necessária ao exercício do poder. *They seek to articulate normative theories that can guide our behavior by systematizing and extending our moral judgements. [...] The dominant conception of morality that they represent requires it to identify universally binding principles which govern all rational persons.* <sup>6</sup>

Portanto, a escolha destes três americanos não é aleatória, mas respeita certos pressupostos: a formação jusfilosófica oriunda do confinamento protestante do eixo Harvard-Oxford; o sentido interdisciplinar de suas investidas teórico-práticas, e, a latência

---

<sup>5</sup> LYOTARD, Jean-François. O pós-moderno. 2 ed., Rio de Janeiro : José Olímpio Editora, 1986. p. XI. A proposta de HÖFFE com sua Justiça política não é diferente: *já que a justiça é um conceito de legitimação, a legitimação da justiça política [...] representa uma tarefa de segundo nível ou uma tarefa metalegitimatória. [...] nela se trata da legitimação de uma tal questão de legitimação.* HÖFFE, Justiça política, p. 54.

<sup>6</sup> CLARKE, Stanley G. e SIMPSON, Evan. Introduction: the primacy of moral practice. In: CLARKE, Stanley G., SIMPSON, Evan (org.). Anti-theory in ethics and moral conservatism. New York : SUNY Press, 1989. p. 2. [ Eles procuram articular teorias normativas que possam orientar nosso comportamento ao sistematizar e estender nossos julgamentos morais. [...] A concepção dominante de moralidade que eles representam requer que se identifique princípios universais obrigatórios que governem todas as pessoas racionais. ]

de um certo espírito renovador, não sendo à toa a atribuição de *neoliberais*; e, finalmente, a crença na revitalização e cumprimento dos direitos individuais como pedra de toque do estado liberal, espaço simbólico da democracia constitucional por eles propugnada. A intrínseca relação entre o direito, a moral e a política a configurar uma dialética entre legalidade e legitimidade, subjaz à discussão principal empreendida por estes autores. *La legalidad solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalisen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales*.<sup>7</sup> Para usar uma expressão de HÖFFE, o que se pretende, em último caso, é uma *crítica ética da dominação*, através da qual se possam estabelecer critérios para uma dominação justa ( do Estado ).

Há, ainda, a crítica de DWORKIN, RAWLS e NOZICK ao utilitarismo que, durante muito tempo, dominou a teoria ética anglo-saxônica.

Neste sentido, falar-se-á do liberalismo do lugar dos direitos individuais, a partir da eleição de três dos seus elementos constitutivos, os quais são comuns nos discursos liberais do pensamento destes três autores do eixo Harvard-Oxford, ou seja, a equidade, a igualdade e a justiça. Tais elementos serão analisados a partir da integridade na filosofia de DWORKIN [3.1], do *fair agreement* na teoria da justiça de RAWLS [3.2] e da teoria de justiça ( em propriedades ) do Estado mínimo de NOZICK [3.3]. A escolha destes três elementos constitutivos é meramente metodológica. Ou seja, foi uma maneira de abordar o liberalismo por algumas das suas vias de acesso e discutir, justamente, a diversidade formal e material que elas podem apresentar conforme sejam compreendidas. Como estas vias são recorrentes nos discursos dos três autores escolhidos, faculta-se,

---

<sup>7</sup> HABERMAS, Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? DOXA 5 (1988)

através delas, o trânsito entre os mesmos. Com isto não se quer reduzir o liberalismo a estes três elementos, excluindo outros fundamentais a sua compreensão, como por exemplo a liberdade. Tanto é que, oportunamente, ela é referida não como um elemento subsidiário, mas até mesmo como critério de significação daqueles elementos. A última parte do capítulo [3.4] consistirá da crítica pós-moderna.

Até que ponto poder-se-á antever nestes três autores a superação de um discurso tópico-retórico daqueles três princípios fundamentais e, conseqüentemente, do liberalismo, para um discurso instituinte - proposta última do pensamento de DWORKIN ?

### 3.1 a teoria da integridade

A noção de direitos individuais, tal como é referida em DWORKIN, deriva de uma construção racional tributária da virada interpretativa que se efetuou nas três últimas décadas. Os direitos individuais se constroem, argumentativamente, a partir da realidade moral instituída e da realidade moral particular de cada um. Nesta dialética, há um sentido ético instituinte, a partir do qual a democracia se desenvolve: a equidade.

Tanto DWORKIN quanto RAWLS e NOZICK buscam esse ideal político, não obstante ele ocupe um lugar distinto em cada um desses discursos.

Em DWORKIN a equidade aparece, especialmente a partir do *Law's Empire*, como uma dimensão da integridade, consistindo na busca permanente de procedimentos políticos de distribuição do poder. Isto resulta numa re-dimensão da esfera pública e da esfera privada em relação a si próprias e ao vínculo que se estabelece entre ambas. Os poderes formalmente instituídos resultam harmônicos entre si, não pela retórica dos *freios e contrapesos*, mas pela efetividade dos seus mecanismos. DWORKIN rejeita, por exemplo, todo e qualquer sentido legiferante que possa ser atribuído ao

judiciário. Na relação do público com o privado, confere-se a todos os cidadãos uma parcela, potencialmente igual, de *força*, tendo cada cidadão uma parcela igual de controle sobre as decisões tomadas pelo poder público. Neste contexto, a forma mais radical de exercício do poder, vertida da cidadania, pode ser encontrada na desobediência civil.

A igualdade é o fundamento da teoria da integridade. Neste sentido, a equidade nela se radica, tornando-se efetiva através de procedimentos, moralmente justificados, de distribuição de poder, como por exemplo, o reconhecimento das minorias não como agentes distintos da comunidade, mas como a comunidade ela mesma.<sup>8</sup> A livre iniciativa, nesta perspectiva, limitar-se-ia pelos padrões comunitários. Isto significa que, não obstante a existência do mercado como determinante do modelo político (liberal) acordado, pauta-se ele - o mercado - antes pela igualdade e depois pela liberdade. Isto afasta DWORKIN dos liberais clássicos, especialmente LOCKE, e dos liberais radicais como HAYEK e NOZICK.

Porém, a integridade admite em certas ocasiões um conflito entre a equidade e a justiça. Vale dizer, a justa distribuição do poder político *pode* conflitar com a justa distribuição dos recursos. Neste ponto, surge a polêmica de DWORKIN com RAWLS, para quem a justiça é significada pela equidade. Por conseguinte, *fairness* passa a

---

<sup>8</sup> DWORKIN, *Law's*, p. 213-14. Its rationale tends toward equality [...]: its command of integrity assumes that each person is as worthy as any other, that each must be treated with equal concern according to some coherent conception of what that means. An association of principle is not automatically a just community; its conception of equal concern may be defective or may violate rights of its citizens or citizens of other nations [...]. But the model of principle satisfies the conditions of true community better than any other model of community that it is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt. [ É racional tender em direção a igualdade (...): seu comando de integridade assume que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada um deve ser tratado com igual respeito de acordo com alguma coerente concepção do que isso significa. Uma associação de princípio não é automaticamente uma comunidade justa, sua concepção de igual respeito pode ser defeituosa ou pode violar os direitos dos seus cidadãos ou dos cidadãos de outros países (...). Mas o modelo de princípio satisfaz as condições de uma verdadeira comunidade melhor que outro modelo de comunidade possível às pessoas que discordam sobre a justiça e a equidade. ]

significar *fair play*, quer dizer, o que em DWORKIN significa eqüidade, corresponde ao acordo eqüitativo da *Teoria da Justiça* e não se subsume na idéia de justiça.

### 3.2 a teoria da justiça - o *fair agreement* -

RAWLS se lança em direção a uma ética normativa na busca de respostas aos problemas concretos que se colocam sobre o bom, o justo, etc. Assim, verifica-se o seu desgarramento da tradição analítica representando o abandono da preocupação lingüística na análise dos problemas morais; do que se convencionou chamar de meta-ética. *La obra de RAWLS cobra todo su sentido tanto desde la filosofía analítica como desde la realidad americana. Ambos aspectos estan muy conectados; los problemas del momento impulsan a los filosofos a tomar parte en ellos, a no limitarse a abstractos estudios de laboratorio.*<sup>9</sup>

Tal como DWORKIN, RAWLS sofreu a influência das reivindicações populares - não menos burguesas - surgidas na década de sessenta, acirradas no seu final e no início da década seguinte nos Estados Unidos. Tais reivindicações revelaram o desejo de pleno gozo da cidadania para todos: negros, brancos, índios, homossexuais, mulheres, desertores, etc, passando por uma (re)definição do seu sentido, a revitalizar a desobediência civil como seu prolongamento. Surgia, também, a necessidade da efetivação da igualdade prescrita na Constituição americana, como uma forma de prestação positiva do poder público, através de um discurso instituinte antidiscriminatório.

Em realidade, ambos indagam em suas obras como fundar a democracia constitucional moderna e, conseqüentemente, uma sociedade justa.

---

<sup>9</sup> GARCIA, La teoria de la justicia. p.5

A equidade em RAWLS vai surgir conectora à justiça, que é a problemática fundante de suas reflexões. Conforme indica GARCIA, *la cuestion de la justicia [...] equivale a preguntarnos: ¿ como debe ser la sociedad para que sea justa ?*

Os princípios de justiça que se deseja resultarão de um acordo original - são os objetos deste contrato hipotético - no qual as partes gozam de uma situação ideal de igualdade, correspondente à posição de igualdade desfrutada pelos homens no contratualismo clássico, qual seja, o estado de natureza. Considerando que nesta situação ninguém seria capaz de fazer uma escolha egoísta de favorecimento dos seus próprios interesses, pois cobertos pelo *véu da ignorância*, tem-se que o acordo efetuado seria um acordo equitativo (*fair play/fair agreement*). Portanto, os princípios de justiça seriam o resultado da equidade, sendo assim conveniente relacioná-la à justiça, posto que os seus princípios se estabelecem desde uma situação inicial que é equitativa. Entretanto, a relação de significação da justiça pela equidade respeita o núcleo próprio de significação de cada uma, conforme determina RAWLS: *The name does not mean that the concept of justice and fairness are the same, any more than the phrase "poetry as metaphor" means that the concepts of poetry and metaphor are the same*<sup>10</sup>.

Pois bem, a questão ética emergente é: como pensar uma melhor situação social aos indivíduos, a partir da hipótese da posição original ?<sup>11</sup>

Tal hipótese é a via *a priori* de fundação da teoria da justiça (como equidade). Ao mesmo tempo que ela é determinada pelas condições de existência

---

<sup>10</sup> RAWLS, *A theory of justice*, p. 12-3. [ O nome - justiça como equidade - não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam os mesmos, não mais que a frase "poesia como metáfora" signifique que os conceitos de poesia e metáfora sejam os mesmos ].

<sup>11</sup> CLAIR, André. L'affirmation du droit: réflexions sur la *théorie de la justice* de RAWLS. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Milano, IV serie, p. 540, octobre/diciembre 1990.

pressupostas como constituintes das circunstâncias da justiça - a relativa penúria dos bens e a perseguição a interesses próprios - ela é também determinada pelas pressões ( *contraintes*) da moralidade, por sua referência aos princípios comuns, imparciais e universais, através dos quais se chega a igualdade de condições.

*Le choix just ne peut etre que l'effet d'une deliberation effectue selon une certaine procedure dans la position originelle et derriere le voile d'ignorance.* <sup>12</sup>

A esta via apriorística se conjuga uma outra não hipotética, mas igualmente construída, que são os julgamentos feitos a partir das convicções ( *bien pensées* ) que se tem intuitivamente e segundo a técnica do equilíbrio reflexivo; <sup>13</sup> ou seja, quando nossos princípios e julgamentos acabam por coincidir e conhecemos as premissas da sua derivação. O acordo/contrato pressupõe um ajuste entre os princípios *a priori* da posição original e nossas convicções refletidas. *L'avantage de l'hypothese est qu'elle correspond a la notion d'equilibre reflechi entre ce qui parait le plus raisonnable a priori et nos jugements bien pesés.* <sup>14</sup>

Essa circularidade ( os princípios devem se ajustar às convicções históricas que se tem e estas devem ser referidas aos princípios ) faz com que sejam apresentados, desde então, os fins almejados pelo acordo, a fazer da condição *a priori* da posição original a condição de significação dos princípios da justiça. Esta antecipação presente na teoria de RAWLS a torna muito mais explicativa do que fundadora. A racionalidade não se verifica, exclusivamente, *a priori*, mas é construída argumentativamente. Quer dizer, este artifício da hipótese primeira, constroê a ordem ausente e necessária à sociedade

---

<sup>12</sup> CLAIR, L'affirmation du droit: réflexions sur la *théorie de la justice* de RAWLS, p. 542.

<sup>13</sup> Este assunto ja foi tratado na pag. 72-73 e na nota n. 17 do segundo capítulo, quando se referiu a noção de equilíbrio reflexivo dentro do trabalho de DWORKIN.

<sup>14</sup> CLAIR, L'affirmation du droit: réflexions sur la *théorie de la justice* de RAWLS, p. 552.

justa. Entretanto, as condições de constituição dessa ordem devem ser equânimes e, portanto, as exigências finais já se encontram aí delineadas.

A equidade respeita esta lógica circular: ao mesmo tempo que ela é o fim vislumbrado por uma sociedade que busca a justiça na realização de determinados princípios, é também o ponto de partida, a condição de constituição de tal sociedade.

A própria situação dos indivíduos na posição original é caracterizada pela equidade. São homens que, cobertos pelo véu da ignorância, compartilham um sentimento semelhante sobre a sociedade em que estão, a época e o nível de civilização em que vivem. Tudo se passa fora de uma dimensão espaço-temporal linear, fazendo com que os resultados sejam válidos em qualquer tempo e lugar. Ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe etc.

Na sua função fundadora, a equidade investe-se nos princípios que, pela própria designação, não só indicam uma posição de privilégio mas, efetivamente, a primeira posição. Na sua função legitimadora, ela é a idéia-fim: a justiça.

Os princípios de justiça referidos podem ser formulados da seguinte maneira: 1. Cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade básica, compatível com a liberdade similar dos outros indivíduos (*each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others*). Este princípio pode ser designado como o da maior liberdade igual para todos. 2. As desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma que ambas sejam, (a) razoavelmente esperadas, no sentido de serem vantajosas para todos e, (b) que, sejam ligadas a posições e a cargos abertos a todos (*social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage,*

*and (b) attached to positions and offices open to all.*<sup>15</sup> Este segundo é designado por sua primeira parte como princípio da justa igualdade de oportunidades e pela segunda como princípio da diferença.

Conforme determina RAWLS, há uma disposição hierárquica entre os princípios, sendo o primeiro prioritário sobre o segundo; quer dizer, as exigências daquele são inegociáveis. *These principles are to be arranged in a serial order with the first principle prior to the second. This ordering means that a departure from the institutions of equal liberty required by the first principle cannot be justified by, or compensated for, by greater social and economic advantages. The distribution of wealth and income, and hierarchies of authority, must be consistent with both the liberties of equal citizenship and equality of opportunity. [...] being arranged in a serial ordering they do not permit exchange for greater social and economic gains. [...] each person has the same basic liberties compatible with the same system of basic liberties for all.*<sup>16</sup>

Em que pese a consideração do segundo como princípio, como proposição primeira que possibilita as outras falas, surge, o seguinte problema: é possível uma segunda proposição primeira ?

O estatuto do segundo princípio torna-se equívoco na medida em que a sua subordinação ao primeiro relativiza sua condição. Entretanto, o raciocínio contrário seria

---

<sup>15</sup> RAWLS, *A theory of justice*, p. 60-61

<sup>16</sup> RAWLS, *A theory of justice*, p.61 e 63. [Tais princípios devem ser organizados numa ordem serial, com o primeiro princípio antecedendo o segundo. Esta ordenação significa que uma partida das instituições de igual liberdade exigida pelo primeiro princípio, não poderá ser justificada ou compensada, pelas maiores vantagens sociais ou econômicas. A distribuição de bens e renda, e as hierarquias de autoridade, devem ser consistentes tanto com as liberdades de cidadania igual quanto a igualdade de oportunidade. [...] sendo os princípios ordenados de forma serial, eles não permitem uma troca das liberdades básicas pelos ganhos econômicos e sociais. ]

igualmente válido. O princípio da igual liberdade pode ser visto como dependente de um segundo para a consecução da justiça. Esta insuficiência que se revela naquele questiona também o seu estatuto de *princípio*; de algo que enseja o único e o absoluto.

Todavia, a partir da identificação de um elemento comum a ambos é possível articulá-los de forma a desonerá-los do preço da ambigüidade da sua disposição hierárquica. Este elemento é a igualdade, que, verificada no primeiro princípio como igualdade diante das funções sociais, faz com que se inverta a ordem a partir da qual os princípios são enunciados na Teoria da Justiça. Ou seja, a igualdade diante das funções sociais precede a afirmação - egoísta - de vantagem de cada um. *Chaque personne n'est fondée a rechercher son avantage que sur la base de regles que s'imposent identiquement a tous.* <sup>17</sup> (sem grifo no original)

A sociedade fundada sobre a igualdade será a mediadora entre o indivíduo e ela mesma, entre o indivíduo que afirma absolutamente sua liberdade e este mesmo indivíduo que a realiza ao achar sua vantagem, efetivamente, a melhor; ou seja, entre uma liberdade formal e uma liberdade substancial.

Essa estrutura comum dos princípios que é a igualdade é, também, o que permite definir a *justiça como eqüidade*. Ela é a condição de possibilidade da eqüidade. Ou seja, a justiça em RAWLS se define pela igualdade, pois a coerência na articulação dos princípios reside nela.

Essa aparente inversão desloca, a primeira vista, a teoria de RAWLS para junto de um liberalismo mais ameno - como também em DWORKIN -, relativamente a sua forma clássica: a veneração do valor liberdade sobre todos os demais. No entanto, a

---

<sup>17</sup> CLAIR, L'affirmation du droit: réflexions sur la *théorie de la justice* de Rawls, p. 558.

equidade, que em RAWLS é mensurada pela igualdade, não corresponde à equidade em DWORKIN. Isto porque o elemento igualdade se depreende, *a priori*, do princípio das liberdades básicas, o que não ocorre em DWORKIN e talvez, aqui, se possa dizer que, na *Teoria da Justiça*, o primeiro princípio predomina sobre o segundo, ou seja, somente quando a liberdade for protegida para o todo se podem considerar as questões econômicas colocadas pelo segundo princípio.

Segundo DWORKIN, o interesse próprio de cada indivíduo na posição original é diferente do interesse dos homens contemporâneos e com isso o acolhimento dos dois princípios não garantiria a situação de igualdade necessária ao estabelecimento da justiça.

### **3.3 A teoria do Estado mínimo - da justiça em propriedades -.**

NOZICK delimita sua defesa dos direitos individuais aos direitos de não ser lesado, de não ter a liberdade limitada e, ainda, de não se ver privado da propriedade, desde que nisso consinta.

A questão que se levanta é a da possibilidade de um Estado que respeite tais direitos, não interferindo de forma alguma na esfera da liberdade e da propriedade. O monopólio do uso da força teria que ser, necessariamente, repensado, uma vez que o Estado se retiraria cada vez mais da vida em sociedade, alimentando o divórcio clássico liberal entre a sociedade política e a sociedade civil. Inicialmente, haveria a possibilidade dos próprios cidadãos garantirem seus direitos através das agências de proteção, do monopólio privado da força. Entretanto, voltar-se-ia ao estado primitivo de natureza e ao caos que lhe é característico.

A relação Estado-cidadão ( público-privado ) vai ser revista por NOZICK de um ponto de vista completamente antagônico ao de DWORKIN e RAWLS. Enquanto estes afirmam a necessidade do Estado ( do público ) como via privilegiada de defesa dos direitos, NOZICK busca reduzi-lo ao *mínimo*, com este mesmo objetivo: *our main conclusions about the state are that a minimal state, limited to the narrow functions of protection against force, theft, fraud, enforcement of contracts, and so on, is justified; that any more extensive state will violate person's right not to be forced to certain things, and is unjustified; and the minimal state is inspiring as well as right.* <sup>18</sup>

O Estado mínimo resulta da evolução do chamado Estado ultramínimo, no qual há uma combinação das associações de proteção privadas com o monopólio estatal da força. *An ultraminimal state maintains a monopoly over all use of force except that necessary in immediate self-defense, and so excludes private ( or agency ) retaliation for wrong and exaction of compensation; but it provides protection and enforcement services **only** to those who purchase its protection and enforcement policies.* <sup>19</sup> A transição de um Estado para o outro tem que ser moralmente legítima, ou seja, só se sai do esquema das associações privadas de proteção para um Estado ultramínimo através de um processo que não viole o direito de outrem, chamado de *mão invisível* <sup>20</sup>. O mesmo deve ocorrer quanto

---

<sup>18</sup> NOZICK, Robert. Anarchy, state and utopia. Oxford : Basil Blackwell, 1980. p. ix. [ *Nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado as funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violara os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifique.*] Tradução portuguesa de Ruy Jungmann. Anarquia Estado e Utopia. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1991. p. 9

<sup>19</sup> NOZICK, Anarchy, State and Utopia, p. 26. [ *O Estado ultramínimo mantém o monopólio do uso da força, exceto a necessária à autodefesa imediata e dessa maneira exclui a retaliação privada ( ou de alguma agência ) por lesões cometidas e exigência de indenização. Mas proporciona serviços de proteção e cumprimento de leis **apenas** àqueles que adquirem suas apólices de proteção e respeito às leis.*], Da tradução portuguesa, p. 43.

<sup>20</sup> *After Adam Smith, we shall call such explanations invisible-hand explanations. ["Every individual intends only his own gain, and he is in this, as in so many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention."] [...] Invisible-hand explanations minimize the use of notions constituting the phenomena to be explained [...] thus yield greater understanding than do explanations of*

à passagem do Estado ultramínimo para o Estado mínimo, ou seja, deve ocorrer dentro dos parâmetros da moralidade. Para tanto, será necessário um esquema de *redistribuição*, o qual se organiza a partir de uma dada teoria da justiça.

A estrutura desta teoria tem na sua base o contratualismo de LOCKE: é necessário, pois, que os homens submetam, voluntariamente ( independentemente de permissão ), a sua liberdade e a daqueles que lhes pertencem , através de um acordo de vontades, de um contrato, a um governo monárquico e constitucional, cujo poder moderador será exercido pelo parlamento : o legislativo como poder supremo. A liberdade a que se renuncia é a de fazer justiça pelas próprias mãos.

A renúncia de todos à plena liberdade e igualdade que se disfrutam no Estado de natureza resulta da permanente insegurança lá existente, de forma que não há garantia quanto ao desfrute das mesmas, bem como dos bens ou propriedades que se possui. <sup>21</sup>

O contrato não só faz surgir o Estado, como também lhe dá a legitimidade necessária para o exercício da sua soberania. Contrariamente a Robert Filmer (1588-1653), com quem polemizou e para quem o poder estatal se originaria do poder divino dos reis, LOCKE assevera a total autonomia do Estado - da sociedade política -, cuja soberania não depende de nenhuma outra autoridade senão do contrato estabelecido.

---

*them as brought by design an object of people's intentions.* In: NOZICK, Anarchy, state and utopia, p. 19 [ *De acordo com Adam Smith [...] " todo indivíduo pretende obter apenas seu próprio ganho, e nisso, como em muitos outros casos, ele é orientado por uma mão invisível a fim de promover um fim que não fazia parte de suas intenções ". [...] as explicações de mão invisível minimizam o emprego de idéias que constituem os fenômenos a serem explicados. [...] por conseguinte, proporcionam maior compreensão do que as explicações dos mesmos como sendo realizados por intenção, como objeto de intenções de pessoais.*] Da tradução para o português, p. 34

<sup>21</sup> LOCKE, John Ensayo sobre el gobierno civil. Aguilar : Madrid, 1979. p. 5. Si el hombre es tan libre como hemos explicado en el estado de Natureza, si es señor absoluto de su propia persona y de sus bienes, igual al hombre más alto y libre de toda sujeción, ¿por qué razón va a renunciar a esa libertad, a ese poder supremo para someterse al gobierno y a la autoridad de otro poder ?

A base da sociedade fundada pelo contrato tem seus alicerces presos às relações de mercado, dado o caráter tipicamente privado daquele. Conquanto precursoras das revoluções liberais burguesas que foram, na época, significativamente avançadas, as teorias do contrato são, ontologicamente, individualistas. Enquanto método, elas respeitam esta fidelidade extrema ao indivíduo antes da sociedade.

*Afirmção dos direitos naturais e teoria do contrato social, estão estreitamente ligados. A idéia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido e, portanto sobre um acordo **entre** aqueles que decidiram submeter-se a um poder superior e **com** aqueles a quem esse poder é confiado, é uma idéia que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano [...]. O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade [...].*<sup>22</sup>

Não obstante andem juntos, Estado e sociedade, ou melhor, sociedade política e sociedade civil, serão diferenciados por LOCKE, quando afirma ser a propriedade objeto de herança, podendo, portanto, ser transmitida aos filhos enquanto o poder político não poderia sê-lo. Este deve ter uma origem democrática, especialmente parlamentar.

A propriedade está na base da liberdade ( burguesa ), convertida em verdadeiro direito natural. Ela preexiste ao contrato, nascida do esforço individual dos homens no Estado de natureza e, portanto, com a constituição do poder político ela deve

---

<sup>22</sup> BOBBIO, N. Liberalismo e democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo : Brasiliense, 1988. p. 15

ser garantida, de todas as formas, pela lei ( do Estado ). LOCKE a defende para a preservação do Estado na consecução da felicidade geral.

NOZICK retoma LOCKE, justamente ao estruturar sua teoria da justiça como um princípio de justiça da propriedade. *O objeto da justiça em propriedade consiste de três tópicos principais [...]: a aquisição inicial das propriedades [...] - o princípio de justiça na aquisição -, a transferência de propriedades de uma pessoa a outra [...] - princípio da justiça nas transferências -*<sup>23</sup> e o princípio de reparação de violações dos dois princípios anteriores, ou seja, a reparação da injustiça na propriedade.

O primeiro refere-se à posse das coisas não possuídas, ao processo de sua aquisição, enquanto o segundo, ao modo pelo qual uma pessoa transfere sua propriedade a outrem: troca, doação, etc. Respeitados estes dois tópicos, integraliza-se o princípio de justiça distributiva, o qual, em caso de desrespeito, pode ser reparado através de informações históricas sobre o que ocorrera caso não tivesse sucedido a injustiça. Justas as propriedades de cada indivíduo, justa é a distribuição que integraliza o conjunto das mesmas. Se considera histórica esta teoria, no sentido de que a justiça de uma dada distribuição depende, integralmente, de como cada indivíduo veio a ter as propriedades que tem.

Não há um padrão a ser seguido para a consecução da justiça. Todas as teorias que assim fazem, são, segundo NOZICK, insatisfatórias, posto que *we can not*

---

<sup>23</sup> NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, p. 150 *If the world were wholly just, the following inductive definition would exhaustively cover the subject of justice in holdings: 1. A person who acquires a holding in accordance with the principle of justice in acquisition is entitled to that holding. [ A pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio da justiça na aquisição tem direito a essa propriedade ]. 2. A person who acquires a holding in accordance with the principle of justice in transfer, from someone else entitled to the holding, is entitled to the holding. [ a pessoa que adquire uma propriedade de acordo com o princípio da justiça em transferências, de alguém mais com direito à propriedade, tem direito à propriedade ]. 3. No one is entitled to a holding except by [repeated] applications of 1 and 2. [ Ninguém tem direito a uma propriedade exceto por aplicações [repetidas] de 1 e 2 ].* p. 151 da tradução.

*know enough about each person's situation to distribute to each according to his moral merit [...].* <sup>24</sup> Toda tentativa de impor à sociedade um padrão de distribuição deve ser rejeitada, já que o sistema de direitos ( à propriedade ) - sistema de justiça - se constitui por objetivos particulares: *the entitlement conception of justice in holdings makes no presumption in favor of equality, or any other overall end state or patterning.* <sup>25</sup>

A igualdade, bem como a equidade, se subjagam, nesse esquema de justiça distributiva, à propriedade. Segundo NOZICK, só se tem direitos gerais, como à igualdade, na medida em que haja uma infra-estrutura material à qual outras pessoas têm direitos e títulos. Nestes termos, os direitos privados sobre coisas preenchem todo o espaço dos direitos.

Muito embora NOZICK critique a teoria da justiça de RAWLS pela imposição de um determinado padrão de distribuição, poder-se-ia identificar um único elemento comum a ambos: a prevalência do valor liberdade sobre o valor igualdade.

### 3.4 A crítica pós-moderna

O discurso hermenêutico não sofre do hermetismo característico da ortodoxia positivista e por isso sua condição de existência é sua permanente possibilidade de alteração. A partir desta tomada de posição epistemológica já se pode criticar a fala de DWORKIN o que, aliás, inúmeras pessoas fizeram <sup>26</sup> ou continuam fazendo. De outro

---

<sup>24</sup> NOZICK, p. 158 [ não podemos saber o suficiente a respeito da situação de cada pessoa para distribuir a cada uma de acordo com seu mérito moral [...].]

<sup>25</sup> NOZICK, p. 233 [ a concepção de justiça quanto ao direito a coisas não estabelece presunções em favor da igualdade ou de qualquer estado final ou padronização gerais. ]

<sup>26</sup> Os positivistas, de uma maneira geral, reagiram às teses de DWORKIN. HART tem sido um dos mais contundentes críticos. Entretanto, recomenda-se a leitura dos artigos reunidos na Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 969 - 1424, Set.1977, na qual além do próprio HART, figuram MUNZER, GREENAWALT, NICKEL, BRILMAYER entre outros. A direita americana o critica por ser politicamente

modo, poder-se-ia criticá-la por defender uma concepção política liberal, não obstante pautada pela defesa da democracia, antevendo nesta relação uma série de antagonismos que não servem, por exemplo, a certas sociedades de terceiro mundo ou até mesmo àquelas do mundo desenvolvido.

Todavia, a crítica mais ostensiva e, talvez, a mais eficaz, não advém destes modelos concebidos dentro do esquema da razão moderna, modelos estes que, apesar de empreenderem um discurso dialógico e por consequência interdisciplinar, se contradizem no momento em que se pretendem totalizantes.

Embora a filosofia dworkiniana não tenha esta pretensão teórica ela acaba articulando e fundamentando uma concepção mais ampla de racionalidade, em cujos domínios - científico e jurídico-ético - o direito encontra seu abrigo. O conhecimento dela decorrente protege-se com esta *quase* imunidade frente à crise da razão ( moderna ). Portanto, esta prática de legitimação do discurso através de um outro discurso - neste caso, um discurso ético instituinte, garantidor e cumpridor de direitos - só pode ser denunciada de fora do esquema da razão moderna.

É, portanto, no discurso pós-moderno ( algo que, como a escala atonal, será sempre incompleto, inacabado ) que se encontrará a crítica mais contundente, pois tal discurso não ataca setores da fala de DWORKIN, ataca, isto sim, o que lhe dá fundamentação: a sua racionalidade.

Interessante ressaltar que é do próprio interior do paradigma hermenêutico que surge a possibilidade da crítica pós-moderna, na medida em que a partir dele se criam

---

avançado em relação aos direitos humanos e à democracia, enquanto a esquerda marxista americana também o critica por sua defesa do liberalismo, ainda que sobre as bases da igualdade e da democracia.

as condições de insurgência contra os paradigmas da *ordem* que sustentam os discursos cientificistas: *a subjetividade que, liberada da coerção da objetividade, toma sua forma socializada, assumindo-se como intersubjetividade* ; o indivíduo, igualmente liberado das tentações do psicologismo, toma sua forma personalizada [...] (socializada) [...] e não teme assumir sua individualidade; e a história, desvencilhada das peias naturalistas que a tornavam [...] exterior ao sujeito [...] toma sua forma interiorizada e se assume como historicidade.<sup>27</sup> Isto torna-se um fator complicante, na medida em que assevera a idéia habermasiana de uma não pós-modernidade, mas de uma modernidade inacabada. O que se pode dizer é que o paradigma hermenêutico permite não só uma série de questionamentos ( epistemológicos, políticos, sociais, éticos, estéticos ), mas questiona a própria maneira de questionar, não obstante se pautar por uma narrativa legitimadora - um grande relato qualquer.

Entretanto a crítica pós-moderna ( leia-se LYOTARD ), entende não haver mais lugar para grandes narrativas legitimadoras. As ciências - por exemplo, a do direito - não conseguem mais legitimar certo tipo de conhecimento ou de comportamento. Quer dizer, as questões que sempre permaneceram intrincadas na ciência do direito ( jurídicas, políticas, éticas, sociais, estéticas, ... ) - conforme a compreensão que se tivesse do fenômeno jurídico ( positivista, jusnaturalista, crítica, ... ) - podem ser significadas por outros discursos ( pequenos relatos ), cujos referentes podem ser tanto a ecologia, quanto as mulheres, os índios, ou os moradores da *Rocinha*.<sup>28</sup> Não há um único marco, mas

---

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Roberto Cardoso de A categoria de (des)ordem e a pós-modernidade da antropologia. In: \_\_\_\_\_ et al. Pós modernidade. Campinas : Ed. da UNICAMP, 1987. P. 25. Ressalte-se ainda as considerações de Boaventura de Souza SANTOS acerca do paradigma hermenêutico: *A reflexão hermenêutica permite assim romper o círculo vicioso do objeto-sujeito-objeto [...], e por esta via vai ganhando para o diálogo eu/nós-tu/vós o que agora não é mais que uma relação mecânica eu/nós-eles/coisas*. In: SOUZA, B. de Souza. Introdução, p. 16 e também, p. 27, 29, 148, 150

<sup>28</sup> A este respeito ver os artigos de GOMEZ, José Maria. Direitos humanos e redemocratização. e JUNQUEIRA, Eliane Botelho, RODRIGUES José A. de Souza. A volta do parafuso: cidadania e violência. In: Direitos humanos um debate necessário. São Paulo : Brasiliense, Instituto Interamericano de Direitos Humanos,

vários que se sobrepõem, de forma que se torna impossível determinar um único sentido: [...] *é tão impossível calcular em termos de belo ou feio, de verdadeiro ou falso, de bem ou mal, quanto calcular ao mesmo tempo a velocidade e a posição de uma partícula. O bem já não é perpendicular ao mal, nada mais se coloca em abscissas e ordenadas. Cada partícula segue seu próprio movimento, cada valor ou fragmento de valor brilha por um instante no firmamento da simulação para desaparecer no vácuo, segundo uma linha quebrada que só excepcionalmente encontra a dos outros. É o esquema peculiar ao fractal; é o esquema atual de nossa cultura.*<sup>29</sup>

A crítica advinda da tradição francesa ( LYOTARD, BATAILLE, DEULEZE, FOUCAULT ) se justifica no sentido de que o alvo das suas investidas é propriamente a política liberal. Conforme afirma Richard RORTY <sup>30</sup>, há uma disponibilidade dos críticos franceses em abandonar a política liberal, no sentido de evitar a filosofia universalista, a qual tem fundamentado, através de uma razão teórica, as democracias ocidentais burguesas. Nesta perspectiva, entendem os franceses de que não há como os cidadãos de *um mundo feliz* ( para usar uma expressão de HUXLEY ) possam escapar de sua feliz escravidão por meio da teoria e, em particular, por meio da competência comunicativa. RORTY encontra uma justificação à postura habermasiana enquanto paradigma da racionalidade moderna, ao afirmar que *whereas Habermas compliments "bourgeois ideals" by reference to the "elements of reason" contained in*

---

1988, nos quais há referências ao surgimento de novos sujeitos políticos, como por exemplo, a Associação de moradores do Morro da Coroa. (p. 120). *Estes novos atores, [...] apenas por sua presença, redefinem os significados convencionais do político, da formação dos sujeitos e da própria noção de política e de democracia.* (p. 100). Há também, o trabalho realizado pelo prof. SANTOS, Boaventura de Souza. Law against law: legal reasoning in Pasargada law. Cuernavaca, Cidoc, 1974.

<sup>29</sup> BAUDRILLARD, Jean. A transparência do mal. Campinas : Papyrus, 1990. p. 12.

<sup>30</sup> RORTY, Richard. Habermas and Lyotard on postmodernity. In: BERNSTEIN, Richard J. Habermas and modernity. Oxford : Blackwell, 1985, p. 162.

*them, it would be better just to compliment those untheoretical sorts of narrative discourse which make up the political speech of the Western democracies.*<sup>31</sup>

Enfim, os franceses evitam a dinâmica em que o pensamento social liberal ( DWORKIN, RAWLS, HABERMAS ) americano e europeu têm, tradicionalmente, se apoiado, qual seja, a necessidade de se estar em contato com a realidade obscurecida pela ideologia, mas posta a descoberto pela teoria. Há, pois, um sentido vanguardista muito forte naquelas reivindicações, quando se postula a tarefa do intelectual como uma tarefa que escapa às regras, práticas e instituições que lhes foram transmitidas, permitindo um autêntico criticismo. Nesta perspectiva, a crítica do positivismo inglês, de HART, à filosofia de DWORKIN, paradoxalmente, se aproxima à crítica dos franceses quando postula o *conhecimento sem aceitação*. O que faz com que HART recue e se aproxime do seu sucessor de cátedra, é, justamente, a crença de que este conhecimento ( sem ou com aceitação ) não se divorcia do paradigma universalista da razão moderna, pois justifica uma metanarrativa, qual seja, a política liberal por ambos propugnada.

Assim como HABERMAS exalta o papel da arte como integradora dos discursos cognitivo, ético e político, buscando suprimir a lacuna existente entre eles - o que, aliás, desde KANT se tem tentado fazer: integrar as esferas autônomas da razão num discurso universalista - através de uma *estética do belo*, DWORKIN também o faz, através do direito como integridade: a tese dos direitos, a melhor resposta certa, ... (a ética do justo ). A contrário senso, a crítica pós-moderna - leia-se LYOTARD - exalta antes o sublime, que pode não ser, necessariamente, o belo e o justo, na medida em que os transcende: *o intelectual enquanto intelectual sente uma necessidade especial,*

---

<sup>31</sup> RORTY, Richard. Habermas and Lyotard on postmodernity. p. 165-66. [ considerando o elogio de Habermas aos "ideais burgueses", referindo-se aos "elementos da razão" neles contidos, seria melhor elogiar apenas aqueles tipos não teóricos do discurso narrativo, os quais constróem o discurso político das democracias ocidentais. ]

*idiossincrática - a necessidade do inefável, do sublime, de transcender os limites, de utilizar palavras que não fazem parte do jogo de linguagem de ninguém, de nenhuma instituição.*<sup>32</sup>

Rejeita-se a utopia enquanto ambição interpretativa totalizante, na perspectiva de um vínculo social constituído por *lances de linguagem*<sup>33</sup>. Estes seriam o mínimo exigível de relação para a existência da sociedade. O que caracteriza o discurso na perspectiva pós-moderna é, justamente, a heterogeneidade destes jogos de linguagem, onde o problema da legitimidade resolve-se pela *paralogia*. Quer dizer, *interessando-se pelos indecidíveis, pelos quanta, pelos conflitos de informação não completa, pelos "fracta", pelas catástrofes, pelos paradoxos paradigmáticos*<sup>34</sup>, a teoria pós-moderna evolui na medida da sua descontinuidade, catástrofe e paradoxo. O sentido do saber se altera profundamente: produz-se não o conhecido mas o desconhecido. O que interessa é antes o dissenso, posto que o consenso é apenas um estado da pragmática científica ( ou social ) e não o seu horizonte de sentido. O campo de pesquisa será animado por jogos de linguagem que se renovam, impedindo a cristalização do paradigma científico. Assim, *a ciência em sua pragmática oferece o antimodelo do sistema estável. [...] Ela é um [...] "sistema aberto" no qual a pertinência do enunciado está em que "gera as idéias", isto é, outros enunciados e outras regras de jogo. Não existe na ciência uma metalíngua geral na qual todas as outras podem ser transcritas e avaliadas.*<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> RORTY, Richard. Habermas and Lyotard on postmodernity. p. 174

<sup>33</sup> LYOTARD, O pós-moderno, p. 17-8. [...] o vínculo social observável é feito de "lances" de linguagem.

<sup>34</sup> LYOTARD, O pós-moderno, p.112.

<sup>35</sup> LYOTARD, O pós-moderno, p.116

A diversidade de enunciados possíveis na pragmática social - se comparada à pragmática científica - implica numa maior complexidade dos jogos de linguagem que a constituem. Entretanto, é justamente o reconhecimento da heterogeneidade dos jogos de linguagem, concomitante à aceitação de um consenso *local* ( obtido por participantes atuais e que a qualquer momento pode ser anulado ) sobre as regras que regem cada jogo, que tornará possível a instituição de um sentido normativo à matéria social, sem se cair na utópica busca de princípios obrigatórios universais - metaprescrições comuns a todos os jogos, capazes de regularem o conjunto de todos os enunciados que circulam na sociedade.

LYOTARD refere-se a um *contrato temporário* na órbita das interações sociais, cujas vantagens ( grande flexibilidade, menor custo, efervescência de motivações e, finalmente, melhor operatividade ) <sup>36</sup> não se estabelecem como finalidades para a existência do sistema, mas contrariamente, este as suporta, posto que a finalidade é o reconhecimento dos jogos de linguagem, suas regras e efeitos, especialmente aquele que possibilita a aceitação, em todo e qualquer momento, de novas regras: legitimação pela paralogia.

*Assim, os jogos de linguagens serão então jogos de informação completa no momento considerado. Mas eles serão também jogos de soma não nula, nesse sentido, as discussões não correrão o risco de se fixar [...] por esgotamento das disputas. Pois as disputas serão constituídas por conhecimentos ( informações ) e a reserva de conhecimentos, que é a reserva da língua em enunciados possíveis, é inesgotável. Uma política se delineia na qual serão igualmente respeitados o desejo de justiça e o que se relaciona ao desconhecido. ( sem grifo no original )* <sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> LYOTARD, O pós-moderno. p. 119.

<sup>37</sup> LYOTARD, O pós-moderno. p. 120.

Pois bem, eis o dilema: razão crítica x crítica paralógica !

## **considerações finais**

### **o consenso não é senão um estado das discussões e não o seu fim.**

Lyotard

As inúmeras conexões de sentido evidenciadas no discurso que percorre este trabalho impedem a última palavra na qual se enclausura o pensamento como obra ( aberta ) do trabalho acadêmico. As humanidades têm, ainda, amargado o legado cientificista das teorias e de suas doutrinas, ainda que parte da comunidade acadêmica perceba a falibilidade deste modelo discursivo fechado, ao assumir uma atitude hermenêutica em relação a sua fala.

Assim, a interdisciplinariedade não é, conseqüência, resultado natural, como se se movesse no terreno da causalidade, mas é o próprio sentido - entre outros - que se articula na fala dialógica que aqui se prescreve. Desta forma, se antecipam no curso deste trabalho uma série de sentenças interlocutórias (decisões): 1.a composição entre filosofia e ciência na perspectiva de um *continuum* entre ontologia e epistemologia, enquanto modos de significação do conhecimento na modernidade. 2.a hermenêutica-crítica como paradigma para este novo *modus operandi* da racionalidade moderna. 3. o direito como o *logos* e o *locus* privilegiado de consecução desta *guinada* ( *interpretativa* ). 4. a tradição jurídico-filosófica do eixo Harvard-Oxford situa a análise do direito neste jogo de compreensões de sentido, na medida em que funda sobre a linguagem, especialmente sobre a pragmática, sua possibilidade epistemológica, particularmente, a filosofia jurídica de DWORKIN. 5. O interesse na atividade judicial, como paradigma de análise do direito; 6. há, além das normas jurídicas, outras pautas de regulação ( de condutas ) como os princípios, às quais as decisões jurídicas farão sempre referência, na medida em que

fazem valer direitos. 7. não há, pois, discricionariedade. 8. a resposta às pretensões jurídicas resulta da coerente interpretação das decisões jurídicas passadas ( precedentes ), das decisões políticas ( legislação ) ou ainda da prática social ( costume ). 9. o juiz, tal qual o escritor-crítico, na medida em que interpreta a história jurídica já escrita, a re-escreve buscando a sua melhor forma: o respeito à integridade. 10. sob este rigor absoluto da equidade, se funda uma base normativa ( moral-ética ) para a vida em sociedade, sob o signo do estado de direito. 11. entretanto, o liberalismo está na base deste discurso ético instituinte da equidade, refundado como (neo)liberalismo. 12. este discurso é criticado epistemologicamente, pelos positivistas e jusnaturalistas ortodoxos, politicamente pelos conservadores de todas as ordens ..., entretanto, espécies de crítica modeladas pelo paradigma da razão moderna. 13. assim, a crítica pós-moderna é, talvez, a única a alcançar a sua base de sustentação, na medida em que propugna pela possibilidade da multiplicidade de pequenos relatos, cuja legitimação se dá pelo dissenso, pelo paradoxo, pelo constante surgimento de novas regras que, por algum instante, significam o desejo de justiça. 14. não obstante, DWORKIN proporciona uma sofisticadíssima argumentação filosófica, através de uma hermenêutica própria, tornando-se um dos interlocutores mais avançados da racionalidade moderna, revitalizando esta discussão, sobretudo através da filosofia do direito. Com isto, pode-se dizer que o direito recupera a sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social.

Portanto, não há como se chegar a uma sentença final ( a conclusão ), uma vez que a colocação de perguntas será sempre recorrente. O trabalho-dissertação não é um evangelho no qual se buscam respostas, mas, contrariamente, o início de uma série de inquietações e dúvidas que se traduzem em perguntas. Frustra-se - com certa satisfação - a pretensão científicista que informa os trabalhos mais clássicos, amparados numa lógica

não menos clássica e ultrapassada, através da qual se buscam respostas, desconhecendo que as próprias questões apontam ao mais fundamental: a constante colocação de problemas. Finalmente, essa é a tarefa fundamental da filosofia guardiã das ciências: a crença na incompletude de seu saber. A metáfora do professor que manda os alunos rasgarem as páginas explicativas da técnica poética que antecedem os poemas evidencia a cultura pasteurizada dos manuais de todas as ordens: *lições de direito..., compêndio de..., manual de..., mil perguntas..., como advogar em três lições...*

Ressalte-se, porém, que há um limite no trabalho-dissertação o qual expõe seu interlocutor a um duplo risco: o de aceitá-lo, submetendo-se à servidão do discurso impessoal enquadrado nas margens e na métrica ( *da linguagem inevitavelmente pesada e pedante das teses sem tesão e das dissertações dessoradas* <sup>1</sup> ) ou o de negá-lo, subvertendo todas as regras sem, porém, oferecer algo mais que o ato de recalcitrar.

Há, contudo, uma maneira de se transgredir os limites: ultrapassando-os. Conforme diz BATAILLE, *la transgression n'est pas la négation de l'interdit mais elle la dépasse et la complète.*

A despreensão de um discurso satisfeito, a transparência do vínculo entre signos e sujeitos ( significados e significantes ) efetivam o salto, a ultrapassagem: dos limites do texto ao mundo da vida. DWORKIN faz isso quando propõe uma concepção interpretativa do seu objeto de estudo e exige que se assumam esta perspectiva de ação em relação a sua obra. O conhecimento não só rompe, num primeiro momento, com o senso comum, mas o transforma e, finalmente, nele se transforma. Conforme afirma LEFORT <sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> CAMPOS, Augusto de. O anticrítico. São Paulo : Companhia das letras, 1986, p. 09.

<sup>2</sup> LEFORT, Claude. Sade: o desejo de saber e o desejo de corromper. In: NOVAES, Adauto. O desejo. São Paulo, Rio de Janeiro : Companhia das letras, Funarte, 1990, p. 250.

*qualquer leitura de um texto implica, para seu leitor, uma determinada maneira de dizê-lo a si próprio. Trata-se já de uma interpretação, seja através da ênfase que se atribui às palavras, ao ritmo da frase, seja pela modulação de uma palavra não pronunciada. Não se lê Molière como se lê Racine ou Descartes. E a diferença não é apenas imposta pelo texto. A diferença se engendra também por operação do leitor. Para que serviria então aprender a ler, senão para decifrar e comunicar o que chamamos de mensagens? A coisa é conhecida, mas freqüentemente tudo se passa como se esse saber não servisse para nada. Recuamos de hábito diante do fato de que a interpretação-compreensão, a interpretação erudita, não pode ser separada dessa primeira interpretação sensível, da qual toda leitura é feita. Há um indefinível vai e vem entre uma e outra. A maneira de ler é que induz a compreender, e é também a compreensão que induz a reler, a rearticular, a escandir de maneira diferente. Claro, entre o intérprete-ator em um palco e o intérprete erudito, a distância parece intransponível. Porém, há uma mediação: a arte de ler, que não podemos definir. [...] A maneira de ler não é totalmente imposta pelo texto [...], contudo, do poder de uma escrita é que se tira o poder de uma leitura. Pois o leitor sabe que deve haver uma boa leitura.*

Assim, essa dissertação se dá à interpretação de cada leitor, abrindo-se à crítica. A *crítica-crítica* de que fala Augusto de Campos, na abertura do seu *Anticrítico*; a crítica *inteligente e iluminadora* ( *o que abomino são os críticos que praticam aquilo que chamei de ' dialética da maledicência '* . Os que não iluminam nem se deixam iluminar. Os desconfiados e os ressentidos com sua própria incompetência cósmica para entender ou criar qualquer coisa de novo).

**anexo**

**CASO 1. *RIGGS v. PALMER***

Tribunal de *New York*, 1889

O caso em questão diz respeito a um assassinato, em que um jovem chamado Elmer matara, por envenenamento, seu avô, temendo que este pudesse alterar seu testamento, no qual Elmer era o maior beneficiário. A suspeição de Elmer decorreria do recente casamento do avô.

As filhas do morto que figuravam no testamento como *residuary legatees*, e que, portanto, na hipótese da morte de Elmer, teriam, direito à herança, abriram processo contra o administrador do testamento, no sentido de tentar obter a propriedade daquilo que caberia a Elmer, sob a justificativa de que o mesmo teve seu direito extinto em face do crime que cometera contra o testador, seu avô e pai delas.

O tribunal decidiu em favor das herdeiras privando Elmer do recebimento da herança.

Os argumentos utilizados no julgamento não foram unânimes. O juiz GRAY defendeu a utilização da teoria da interpretação literal, segundo a qual as palavras de uma determinada lei ( *statute* ) devem ser tomadas por seu significado semântico, independentemente do seu contexto de uso. Neste sentido, entendeu o juiz que a verdadeira lei ( *the real statute* ), elaborada *in the proper way*, não contempla exceções, como por exemplo, para assassinos, havendo, pois, o direito de herdar de Elmer. Além disso, argumentou o juiz que a perda da herança em face do crime cometido feriria o

princípio de justiça, segundo o qual toda punição deve ser antecipadamente prevista pela legislação e não posteriormente agravada pelos juízes depois do crime e do seu julgamento. Como Elmer já havia sido condenado à pena de prisão, o não recebimento da herança significaria outra penalização, a seu ver, espúria, pois não antecipadamente prevista.

O juiz EARL, falando em nome da maioria dos juízes, partiu de uma teoria diferente da legislação, segundo a qual a intenção dos legisladores deve ser levada em conta na medida em que goza de importante influência sobre a *verdadeira lei*. Ou seja, a *verdadeira lei* é aquela que remete à intenção dos legisladores que a confeccionaram, podendo ser ela distinta do seu texto. *The letter of the statute may be different of the real statute* ( A letra da lei pode ser diferente da *verdadeira lei* ). Neste sentido, uma lei não pode produzir efeitos que os legisladores teriam rejeitado se os tivessem contemplado.

Assim, seria um absurdo supor que os legisladores de *New York*, responsáveis pela Lei dos testamentos, tivessem desejado que assassinos herdassem em razão do crime que cometeram.

Além disso, deve-se considerar, segundo o parecer do juiz, os princípios de justiça. Os legisladores têm apenas uma idéia genérica e difusa de respeito aos tradicionais princípios de justiça. Portanto, considerando que a lei faz parte de um sistema mais amplo - o direito - deve ela ser elaborada de forma a tornar este sistema coerente em princípios; vale dizer, o direito em algum outro ponto respeita o princípio segundo o qual a ninguém aproveita a sua própria fraude. Desta forma, a Lei dos testamentos deve ser lida como denegatória do direito de herdar de alguém que tenha cometido crime ( assassinato por envenenamento ) para beneficiar-se de tal direito.

Concluindo, o juiz EARL assevera que não obstante a impossibilidade de se controlar e modificar a força e a eficácia das leis que regulam a confecção, a prova, os efeitos dos testamentos e a devolução dos bens, entende o tribunal que todas as leis, bem como todos os contratos, podem ser controlados em sua operação e eficácia pelas máximas da *common law*.

## **CASO 2 . PLESSY v. FERGUNSON**

Suprema Corte

Após a guerra civil americana, os vitoriosos ( do Norte ) propuseram emendas à Constituição americana com o objetivo de acabar com a escravidão e suas conseqüências. Uma das emendas, a quatorze ( 14<sup>th</sup> ammendment ), dizia que nenhum estado pode negar a qualquer pessoa igual proteção do direito ( *equal protection the law* ). Não obstante, após o restabelecimento do Sul, os estados de lá, controlados pelos políticos da região, continuaram a segregar por raça os usuários da maioria dos serviços públicos. Desta forma, os negros tinham que permanecer na parte traseira dos ônibus, além de terem que freqüentar escolas exclusivas, para negros.

Um negro chamado *Ferguson* levantou, juridicamente, a inconstitucionalidade de tais atos, na medida em que elas violavam a emenda quatorze, que determinava igual tratamento a todos os cidadãos, indistintamente.

Entretanto, entendeu a corte que sua arguição era descabida, posto que tal cláusula vinha sendo observada e cumprida, na medida em que os estados proporcionavam a todos os cidadãos serviços iguais, apesar de separados. Com isto, se

pretendeu dizer que o fato da segregação tomado isoladamente não torna os serviços prestados por tais estados, automaticamente, desiguais.

### **CASO 3. *BROWN v. BOARD OF EDUCATION***

Suprema Corte de Kansas, 1955

Um grupo de escolares em Topeka, Estado do Kansas, cansados da política escolar discriminatória lá existente, veio a juízo levantar a inconstitucionalidade da segregação oficial nas escolas daquele estado, com base no que dispõe a emenda quatorze da Constituição americana, ou seja, que nenhum estado pode negar a qualquer pessoa a igual proteção da lei.

A Corte daquele estado decidiu, por unanimidade, em favor do autor. Foi decisivo o argumento utilizado pelo juiz Earl WARREN, que mesmo não tendo de imediato rejeitado a fórmula do *separado mas igual*, inscrita no caso *Plessy v. Ferguson* - precedente -, baseou seu argumento em evidências sociológicas para demonstrar que as escolas, nas quais os alunos eram racialmente segregadas, não prescreviam o ideal de igualdade previsto na emenda quatorze da Constituição americana.

Todavia, a decisão do juiz WARREN não significou uma política imediata de não segregação nas escolas, especialmente nos estados do Sul, tendo em vista a sua afirmação de que esta deveria ser lenta e gradual ( *with all deliberate speed* ).

Em suma, pode-se dizer que a Suprema Corte, neste caso, indagou sobre qual esquema de justiça estava pressuposto na estrutura da Constituição Americana, sobre

o lugar que a cláusula de igual proteção ( da lei ) ocupa naquele esquema e sobre o verdadeiro impacto daquela cláusula sobre o poder, juridicamente constituído, que o estado do Kansas tinha para legislar sobre o sistema escolar.

**CASO 4. HENNINGSSSEN v. BLOOMFIELD MOTORS. INC.**

Tribunal de New Jersey, 1960

Henningsen comprou um automóvel, cujo contrato estipulava que a responsabilidade do fabricante por possíveis defeitos limitar-se-ia aos reparos às partes defeituosas: *this warranty being expressly in lieu of all other warranties, obligations or liabilities* ( essa garantia estando, expressamente, no lugar de todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades ).

Henningsen acidentou-se em decorrência de um defeito de fábrica que havia no veículo e reclama, portanto, a responsabilidade do fabricante pelas despesas médicas e pelas demais despesas relativas às outras pessoas machucadas na colisão, sustentando a não proteção do fabricante pela cláusula contratual que limita a sua responsabilidade exclusivamente aos reparos aos defeitos de fábrica existentes no veículo e não às suas consequências.

Os argumentos levantados no tribunal não foram unânimes. Inicialmente houve quem sustentasse o princípio geral, segundo o qual, na ausência de fraude, alguém que não leu o contrato antes de assinar não pode, posteriormente, eximir-se do ônus decorrente. Na aplicação deste princípio, o dogma básico da liberdade dos contratantes torna-se um fator importante.

Falou-se, também, que a liberdade do contrato não é uma doutrina imutável, a ponto de não admitir modificação alguma na matéria em questão.

Finalmente, argumentou-se que numa sociedade como a americana, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e cujo uso oferece perigo constante aos motoristas, passageiros e ao público em geral, o fabricante tem uma obrigação especial, conecta com a construção, promoção e venda do seu veículo. Por consequência, os tribunais devem examinar os acordos de compra e venda, cuidadosamente, e verificar se o interesse do consumidor e do público foram tratados com justiça.

Pergunta-se, pois: há algum princípio que seja mais conhecido ou esteja mais fortemente arraigado na história do direito anglo-americano do que a doutrina básica, segundo a qual os tribunais não serão usados como instrumento de injustiça ou iniquidade ?

A decisão do tribunal responsabilizou o fabricante obrigando-o a indenizar a outra parte em face da não proteção do mesmo pela limitação da responsabilidade expressa no contrato.

**CASO 5. *SPARTAN STEEL @ ALLOYS LTD. v. MARTIN & CO.***

Ano de 1973.

Os empregados da *Martin & Co.* romperam um cabo elétrico da companhia que fornecia energia elétrica à *Spartan Steel*, obrigando o seu fechamento durante o

período de reparação do cabo. Prejudicada economicamente, reclama esta empresa indenização, em face do dano causado por negligência em propriedade alheia ( o cabo da companhia de força ).

O tribunal teve que decidir pela procedência ou não da indenização à *Spartan Steel* em face das perdas econômicas sofridas pelo rompimento do cabo elétrico.

A decisão leva a duas indagações distintas, quais sejam, se efetivamente havia um direito por parte da autora ao ressarcimento ou se seria, economicamente mais prudente distribuir a responsabilidade pelo acidente ocorrido. Neste caso, não interessa saber se o autor tinha ou não direito ao ressarcimento em contrapartida a um dever do réu, mas, sim, avaliar a necessidade de implementação de uma sábia política econômica via decisão judicial.

Não obstante tenha o juiz *Lord DENNING* dado o seu voto em favor do autor, tendo em vista o aspecto econômico, observa *DWORKIN* que o ressarcimento deveria ser amparado por um direito e não por uma política cujos argumentos podem se alterar conforme se alterem os interesses da comunidade.

#### **CASO 6. DE FUNIS v. ODEGAARD**

Suprema Corte de Washington, 1974.

Em 1971, um judeu chamado *De Funis* solicitou ingresso na Faculdade de Direito da Universidade de Washington e foi rejeitado, não obstante fossem suas notas suficientes para o ingresso no curso caso ele fosse negro, chicano, índio ou filipino. *De Funis* recorreu à Suprema Corte Americana para que esse órgão declarasse a

inconstitucionalidade daquele ato praticado pela universidade ( que exigia padrões menos rigorosos de ingresso aos grupos minoritários ), uma vez que com isto se estaria violando seu direito prescrito pela emenda quatorze da Constituição americana.

( Esclarece DWORKIN que os procedimentos de admissão na faculdade de direito de Washington são complexos. As vagas se dividem em dois grupos: o primeiro para a maioria dos solicitantes que submeterão suas notas escolares e a nota do teste de admissão, permanecendo aqueles que alcançarem o grau exigido e, o segundo, o grupo das minorias, para cuja admissão se procede de maneira diversa da do primeiro grupo, uma vez que os critérios utilizados são completamente diferentes ).

Em face disto, *De Funis* apresentou seu argumento moral, na forma de uma inconstitucionalidade, dizendo que mesmo que a *discriminação às avessas* ( *reverse discrimination* ) beneficie as minorias e, ao longo do tempo, reduza o preconceito é ela errada na medida em que distinções raciais são, inerentemente, injustas. Isto é, violam os direitos dos membros pertencentes aos grupos não favorecidos pelos programas especiais universitários destinados às minorias.

*De Funis* ganhou em primeira instância e foi admitido na faculdade de direito com a garantia da universidade de que completaria o curso. De qualquer maneira o caso chegou em grau de recurso à Suprema Corte, que entendeu que o mesmo não tinha mais significação legal - perdeu o objeto - ( *was moot* ), rejeitando-se a apelação naquela instância. Ou seja, não opinou sobre o mérito, permanecendo numa posição de neutralidade.

O juiz DOUGLAS discordou desta posição de neutralidade da Suprema Corte, no sentido de que ela deveria ter sustentado a pretensão de *De Funis* no seu mérito

e não simplesmente se eximido de opinar em face da ausência do objeto que motivou a lide.

**CASO 7. *THE REGENTS OF THE UNIV. OF CALIFORNIA* v. *ALLAN BAKKE***

Suprema Corte, 1978

A Faculdade de Medicina da universidade da Califórnia em *Davis* tem um programa especial de admissão ( *affirmative action program* ) chamado *task force program*, destinado aos estudantes negros e a outras minorias. São selecionados dezesseis lugares, especialmente destinados aos membros das minorias econômica e educacionalmente desvantajadas.

Allan Bakke, um branco, solicitou uma das oitenta e quatro vagas restantes e foi rejeitado. Entretanto, como suas notas foram relativamente altas, a faculdade de medicina admitiu que não havia como provar que o mesmo seria rejeitado caso as dezesseis vagas reservadas lhe tivessem sido abertas. Assim, Bakke recorreu ao judiciário, argüindo que o *Task force program* o privou dos seus direitos constitucionais. A Suprema Corte da Califórnia concordou e ordenou à faculdade de medicina que o admitisse. A universidade recorreu à Suprema Corte, que confirmou a sentença da corte da Califórnia, mas reverteu a proibição de qualquer segregação por raça.

A universidade da Califórnia através do seu representante legal, A. COX disse a Suprema Corte que a escolha ficaria entre uma sociedade que é de fato liberal e uma sociedade não liberal que escrupulosamente evita critérios formais de raça. Neste sentido, programas especiais de admissão se tornam os únicos meios efetivos para o

aumento do número, absurdamente pequeno, de médicos negros. A Suprema Corte da Califórnia, ao concordar com a pretensão de Bakke insistiu em que a universidade continue a perseguir este objetivo, mas através de métodos que não levem, explicitamente, em consideração a questão racial.

Segundo Cox isto é irreal e hipócrita, pois qualquer programa especial de admissão, ainda que não expressamente, estará considerando critérios raciais. Entretanto, surge o seguinte paradoxo: se tais, programas destinados a aumentar a possibilidade de acesso das minorias raciais, visam diminuir a importância do problema racial, eles acabam gerando o efeito contrário, reanimando-a.

O advogado de *Bakke*, R.H. Colvin, de São Francisco, arguiu que em quaisquer circunstâncias tais programas são inconstitucionais, na medida em que violam direitos individuais, constitucionalmente assegurados (os quais são, para DWORKIN, direitos morais, não obstante serem fundados sobre determinado princípio político: todo cidadão tem um direito constitucional que lhe assegura igual tratamento).<sup>1</sup>

#### **CASO 8. *McLOUGHLIN v. O'BRIAN***

House of Lords, England, 1983

---

<sup>1</sup> Segundo DWORKIN, a discussão em torno do caso Bakke reside no princípio segundo o qual ninguém na vida em sociedade deve sofrer porque pertence a um grupo tido como menos digno de respeito em relação aos outros grupos. Ocorre que há diferentes aspectos deste princípio: quando se diz que os indivíduos devem ser julgados no mérito, que deveriam ser julgados como indivíduos e que não deveriam sofrer desvantagens por causa da sua raça. O espírito fundamental de tal princípio é o espírito do objetivo que os programas especiais buscam alcançar. O princípio não fornece algum suporte para aqueles que acham, como Bakke faz, que seus próprios interesses conflitam com tal objetivo.

Em 19 de outubro de 1973, aproximadamente às quatro horas da tarde, o marido da senhora *McLoughlin* e quatro crianças sofreram um acidente automobilístico. Perto das seis horas da tarde ela veio a saber do acidente através de uma vizinha e foi imediatamente ao hospital, onde soube que sua filha havia morrido e viu as condições precárias do seu marido e das outras crianças, tendo, por consequência, sofrido um choque nervoso.

Desta forma, veio ela, mais tarde, a processar o motorista negligente que ocasionou o acidente, exigindo a indenização pelo dano emocional que ela sofrera. Seu advogado levantou os inúmeros precedentes existentes que conferiam compensação às pessoas que sofreram qualquer tipo de dano emocional ao ver o dano sofrido por um parente próximo. Em todos estes casos o autor sempre estivera presente no momento do acidente ou chegara lá em poucos minutos.

Neste sentido, o juiz, em primeira instância, denegou o pedido justificando que o dano emocional sofrido longe da cena do acidente não é previsível no sentido em que o fora nos casos precedentes. Isto em função do princípio seguido pelo juiz, de que as pessoas que agem com negligência são responsáveis somente pelos danos ( causados a outrem ) razoavelmente previsíveis. Quer dizer, danos que uma pessoa razoável iria prever se refletisse sobre a questão.

Não contente com a decisão, a senhora *McLoughlin* apelou para a Corte de apelação inglesa. ( 1981 ). Esta corte confirmou a decisão de primeiro grau, mas com diferentes argumentos: não obstante fosse razoavelmente previsível que uma mãe naquelas condições sofresse um choque nervoso, não há, distinção, sob este ponto de vista, entre os precedentes e o caso ocorrido. A distinção ocorre a partir de um outro ponto de vista, qual seja, em razão de política ( *policy* ): os precedentes haviam

estabelecido responsabilidade por dano emocional em certas circunstâncias restritas e assim entendeu a Corte de Apelação que reconhecer uma ampla área para a responsabilidade, incluindo os danos causados a parentes que não estavam no momento do acidente, geraria uma variedade de conseqüências adversas para a comunidade em geral, pois iria incentivar a demanda em casos deste tipo, gerando um congestionamento no judiciário. Além disto, pessoas que não sofreram dano emocional algum viriam a juízo pedir indenização através de laudos médicos encomendados. O preço do seguro para automóveis sofreria ,também, um aumento considerável de valor.

Em última instância, apelou à senhora *McLoughlin* a *House of Lords*, que reverteu a decisão da Corte de Apelação e ordenou um novo julgamento (1983). A decisão foi unânime mas os julgadores discordaram sobre o que eles chamaram de *o verdadeiro estado do direito*. Vários deles disseram que as razões de política utilizadas pela Corte de Apelação podem, em algumas circunstâncias, ser suficientes para distinguir uma linha de precedentes e, assim, justificar a recusa de se estender o princípio daqueles casos a uma área maior de responsabilidade. Entretanto, eles não acharam que essas razões foram de suficiente plausibilidade ou mérito no caso em questão. Eles não acreditam que o risco de uma enchente de demandas judiciais fosse assim tão grave, bem como que os tribunais deveriam ser capazes de distinguir pretensões verdadeiras de pretensões fraudulentas.

Dois juízes argüiram segundo outro ponto de vista, qual seja, o de que seria errado os tribunais negarem indenização a um autor, em outro caso merecedor, pelas razões que a Corte de Apelação mencionou, pois nem o número excessivo de demandas judiciais, nem o aumento do preço do seguro podem justificar a recusa ao cumprimento de um direito individual anteriormente respeitado.

## referências bibliográficas

- BACHELARD, Gaston. Epistemologia. 2. ed. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1983. 196 p. ( Trad. Nathanael C. Caixeiro)
- BAUDRILLARD, Jean. América. Rio de Janeiro : Rocco, 1986. 106 p. ( Trad. Álvaro Cabral )
- \_\_\_\_\_. A transparência do mal. Campinas : Papyrus, 1990. 185 p. ( Trad. Estela dos Santos Abreu )
- BENTHAM, Jeremy. Fragmento sobre el gobierno. Madrid : Aguilar, 1973. 134 p. ( Trad. Julian Larios Ramos )
- BERNSTEIN, Richard J. (org.) Habermas y la modernidad. Madrid : Ediciones Cátedra, 1988. 348 p. ( Trad. Francisco Rodríguez Martín )
- BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de política. Brasília : Ed. da Universidade de Brasília, 1986. 1328 p. ( Trad. Carmen C. Varriale et al. )
- \_\_\_\_\_. Liberalismo e democracia. São Paulo : Brasiliense, 1988. 100 p. ( Trad. Marco Aurélio Nogueira )
- BODENHEIMER, Edgar. Hart, Dworkin and the problem of judicial lawmaking discretion. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 1143-1172, Set.1977.
- BRILMAYER, R. Lea. The institutional and empirical basis of the right thesis. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 1173-1200, Set.1977.
- BUNGE, Mario. Epistemologia. 2. ed. São Paulo : T.A. Queiroz Editores, 1987. 246 p. ( Trad. Cláudio Navarra )
- CASTRO, Carlos Roberto S. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989. 417 p.
- CLAIR, André. L'affirmation du droit: réflexions sur la *théorie de la justice* de Rawls. Rivista internazionale di filosofia del diritto. Milano, IV serie, p. 537-75, octobre/diciembre 1990.
- CLARKE, Stanley G., SIMPSON, Evan. Introduction: the primacy of moral practice. In: CLARKE, Stanley G., SIMPSON, Evan (org.). Anti-theory in ethics and moral conservatism. New York : SUNY Press, 1989. p. 1-26

- COSTA, Newton C. A. da, PUGA, Leila Zardo, VERNENGO, Roberto J. Lógica, moral e direito. In: CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4, 1990. João Pessoa. Anais... João Pessoa : , 1991. p. 112-24
- CURRIE, Gregory Text without context: some errors of Stanley Fish. Philosophie and Literature. v. 15, p. 212-228, 1991.
- DIALOGUE with Ronald DWORKIN. Philosophy and Politics, Men of Ideas ( some creators of contemporary philosophy ), London, v. 13, British Broadcasting, 1978. p. 210-228
- DWORKIN, Ronald. A matter of principle. Cambridge, Mass. and London : Havard University Press, 1985. 425 p.
- \_\_\_\_\_. Controverse constitutionnelle. Pouvoirs, Paris, Presses Universitaires de France, n. 59, p. 5-16, Out.1991.
- \_\_\_\_\_. Does law have a function ? A comment on the two level theory of decision. Yale Law Journal. v. 74, p. 640-651, 1965.
- \_\_\_\_\_. Filosofia del derecho (compilador). Cidade do México : Fondo de Cultura Economica, 1980. 329 p. ( Trad. Javier Sainz de los Terreros )
- \_\_\_\_\_. L'impact de la theorie de Rawls sur la pratique et la philosophie du droit. In: ACTES DU COLLOQUE DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DE PHILOSOPHIE DU DROIT, VI éme. Individu et justice sociale, Paris : Seuil, 1988.
- \_\_\_\_\_. Law's empire. London : Fontana Press, 1986. 470 p.
- \_\_\_\_\_. Seven Critics. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 1201-1267, Set.1977.
- \_\_\_\_\_. Taking rights seriously. Cambridge, Mass. : Havard University Press, 1982. 371 p.
- FINNIS, John. On reason and authority in *Law's Empire*. Law and Philosophy, n. 6, p. 357-380, 1987.
- FISH, Stanley. Still wrong after all these years. Law and Philosophy, n. 6, p. 401-418, 1987.
- GADAMER, H-G. Thruth and method. 2. ed., London, 1979.
- GARCIA, Jesus I. Martinez. La teoria de la justicia en John Rawls. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985. 210 p.

- GARGANI, Aldo G. Wittgenstein. São Paulo : Cultrix e Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. 191 p. ( Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg )
- GIANNOTTI, José Arthur. Contrato e contrato social. Filosofia Política 6, Porto Alegre, n. 6, p. 9-29, 1991
- GRAFSTEIN, Robert. Taking Dworkin to Hart. Political Theory. 11(2) : 244-265, May 1983.
- GRAU, Eros. A ordem econômica na constituição de 1988. 2 ed., São Paulo : Ed. da Revista dos Tribunais, 1991. 336 p.
- GREENNAWALT, K. Policy, rights and judicial decision. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 991-1053, Set.1977.
- HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e interesse. Rio de Janeiro : Ed. Guanabara, 1987, 367 p. ( Trad. José N. Heck )
- \_\_\_\_\_. ¿ Como es possible la legitimidad por via de la legalidad ? DOXA, v. 5, p. 21-45, 1988.
- \_\_\_\_\_. A nova intransparência. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set.1987.
- \_\_\_\_\_. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro : Tempo brasleiro, 1989. 236 p. ( Trad. Guido A. de Almeida )
- \_\_\_\_\_. Dialética e hermenêutica. São Paulo : L&PM Editores, 1987. 135 p. ( Trad. Álvaro L.M.Valls )
- \_\_\_\_\_. O discurso filosófico da modernidade. Lisboa : Publicações Don Quixote, 1990. 350 p. ( Trad. Ana Maria Bernardo et al. )
- \_\_\_\_\_. O pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1990. 271 p. ( Trad. Flávio Beno Siebeneichler )
- \_\_\_\_\_. Teoria da ação comunicativa. Madrid : Taurus, 1989.
- \_\_\_\_\_. Um perfil filosófico-político: uma entrevista. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 18, p. 77-102, set.1987.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(2) : 969-989, Set.1977.

- \_\_\_\_\_. Direito, liberdade, moralidade. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. 102 p. ( Trad. Gerson Pereira dos Santos )
- \_\_\_\_\_. Essays on Bentham. Oxford : Clarendon Press, 1982.
- \_\_\_\_\_. O conceito de direito. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. 306 p. ( Trad. Ribeiro Mendes )
- \_\_\_\_\_. The concept of law. Oxford : Clarendon Press, 1975. 263 p.
- HEFFNER, Richard D. A documentary history of the United States. New York : Mentor Book New American Library, 1976. 352 p.
- HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Petrópolis : Vozes, 1992.
- HÖFFE, Otfried. Estudios sobre teoría del derecho y la justicia. Barcelona : Editorial Alfa, 1988. 203 p. ( Trad. Jorge M. Seña )
- \_\_\_\_\_. Justiça política. Petrópolis : Vozes, 1991. 404 p. ( Trad. Ernildo Stein )
- HOY, David Couzens. Dworkin's constructive optimism v. deconstructive legal nihilism. Law and Philosophy, n. 6, p. 321-356, 1987.
- HUME, David. Investigações sobre o entendimento humano. Lisboa : Edições 70, 1985. 171 p. ( Trad. Artur Morão )
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Direitos humanos. Um debate necessário. São Paulo : Brasiliense, 1988. 174 p.
- KANT, Emmanuel. Crítica da razão pura. Rio de Janeiro : Ed. Tecnoprint, [198-]. p. ( Trad. J. Rodrigues de Mereje )
- \_\_\_\_\_. Crítica da razão prática. Rio de Janeiro : Ed. Tecnoprint, [198-]. p. ( Trad. Afonso Bertagnoli )
- KATZ, Jerrold J. Filosofia del lenguaje. Barcelona : Ediciones Martinez Roca, 1971. ( Trad. Marcial Suarez )
- KOZICKI, Katya. H.L.A. Hart: A hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito e da Política) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. (inédito)

- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed., Coimbra : Arménio Amado Editor. 484 p. ( Trad. João Batista Machado )
- KERCHOVE, M. Van de (org.) L'interprétation en droit. approche pluridisciplinaire. Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978. 589 p.
- KERVEGAN, Jean-François. Existirá uma filosofia política liberal ? - Observações sobre J. Rawls e F. Hayek. Filosofia Política 6, Porto Alegre, n. 6, p. 31-61, 1991
- KRESS, Ken, ANDERSON, Scott W. DWORKIN in Transition. The American Journal of Comparative Law, 37(2) : 337-391, 1989.
- KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo : Ed. Perspectiva, 1975, 257 p. ( Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira )
- \_\_\_\_\_. A tensão essencial. Lisboa : Edições 70.
- LAMEGO, José. Hermenêutica e jurisprudência. Lisboa : Editorial Fragmentos, 1990. 325 p.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2. ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p. ( Trad. José Lamego )
- LEFORT, Claude. Renaissance de la démocratie ? Pouvoirs, Paris, Presses Universitaires de France, n. 52, p. 5-22, 1990.
- \_\_\_\_\_. Sade: o desejo de saber e o desejo de corromper. In: NOVAES, Adauto ( org. ). O desejo. São Paulo, Rio de Janeiro : Companhia das letras, Funarte, 1990, p. 247-260.
- \_\_\_\_\_. A invenção democrática. São Paulo : Brasiliense, 1987. 247 p. ( Trad. Isabel Marva Loureiro )
- LENOBLE, Jacques, OST, François. Droit, mythe et raison. Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980. 590 p.
- LENOBLE, Jacques. La théorie de la cohérence narrative en droit. Archives de Philosophie du Droit, Paris, tome 33, la philosophie du Droit aujourd'hui, p. 122-139, 1988.
- LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Madrid : Aguilar, 1979. 190 p. ( Trad. Amando Lazaro Ros )
- LYOTARD, Jean François, THEBAUD, Jean-Loup. Au juste. Paris : Christian Bourgois Editeur, 1979. 190 p.

- LYOTARD, Jean François. Le différend. Paris : Editions de Minuit, 1984.
- \_\_\_\_\_. O pós-moderno. 2 ed., Rio de Janeiro : José Olímpio Editora, 1986. 123 p. ( Trad. Ricardo C. Barbosa )
- MCCARTHY, Thomas. La teoria crítica de Jürgen Habermas. Madrid : Editorial Tecnos, 1987. 479 p. ( Trad. Manuel Jiménez Redondo )
- MICHAUT, Françoise. Law's Empire de R. Dworkin. Archives de Philosophie du Droit, Paris, Tome 33, la philosophie du Droit aujourd'hui, p. 113-119, 1988.
- MUNZER, Stephen R. Rights Answers, preexisting rights and fairness. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 1055-1067, Set.1977.
- NICKEL, James W. Dworkin on the nature and consequences of rights. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 1115-1141, Set.1977.
- NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Ed. ampliada y revisada de " Notas de introducción al derecho ". Buenos Aires : Editorial Astrea, 1980. 477 p.
- \_\_\_\_\_. La validez del derecho. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1985. 229 p.
- NORRIS, Christopher. Home thoughts abroad: Derrida, Austin, and the Oxford connection. Philosophie and Literature. v. ,p. 1-25, 199?.
- NOZICK, Robert. Anarchy, state and utopy. Oxford : Basil Blackwell, 1980. 367 p.
- \_\_\_\_\_. Anarquia, estado e utopia. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1991. 395 p. ( Trad. Ruy Jungmann )
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de et al. A pós-modernidade. Campinas : Ed. da UNICAMP, 1987. 88 p.
- PASTORE, Baldassare. Dworkin giusnaturalista? Rivista internazionale di filosofia del diritto, Milano, IV serie LXI, p. 66-82, Gennaio/Marzo 1984.
- PEARS, David. As idéias de Wittgenstein. São Paulo : Cultrix e Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. 191 p. ( Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg )
- POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo : Cultrix, 1989. 567 p. ( Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg )
- \_\_\_\_\_. O conhecimento objetivo. Belo Horizonte : Ed. Itatiaia, São Paulo : Ed. da Universidade de São Paulo, 1975. 394 p. ( Trad. Milton Amado )

- POSTEMA, Gerald J. The Principle of Utility and the Law of Procedure . Bentham's Theory of Adjudication. Georgia Law Review, Athens, Georgia, 11(5) : 1393-1424, Set.1977.
- \_\_\_\_\_. "Protestant" interpretation and social practices. Law and Philosophy, n. 6, p. 283-319, 1987.
- PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma dogmatico y ciencia del derecho. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas, 1981. 302 p.
- RAWLS, John. A theory of justice. Oxford : Oxford University Press, 1980. 607 p.
- \_\_\_\_\_. Uma teoria da justiça. Brasilia : Ed. da Universidade de Brasília. 461 p. ( Trad. Vamireh Chacon )
- RICOEUR, Paul. O conflito de interpretações. Rio de Janeiro : Imago Editora, 1978, p. ( Trad. Hilton Japiassu )
- \_\_\_\_\_. Teoria da interpretação. Lisboa : Edições 70, 1987. 111 p. ( Trad. Artur Morão )
- \_\_\_\_\_. Interpretação e ideologias. 3. ed., Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1988. 172 p. ( Trad. Hilton Japiassu )
- ROCHA, Leonel Severo, WARAT, Luis Alberto. Contradogmáticas - ano 10: memórias de uma utopia. Contradogmáticas. Revista internacional de filosofia e sociologia do direito, (09) : 05-09, 1991.
- ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1985. p. 112
- ROHDEN, Valério ( org. ). Racionalidade e ação. Porto Alegre : Ed. da UFRGS, Instituto Goethe/ ICBA, 1992. 211 p.
- RORTY, Richard. A filosofia e o espelho da natureza. Lisboa : Publicações Dom Quixote, 1988. 310 p. ( Trad. Jorge Pires )
- ROUANET, Sérgio P. As razões do iluminismo. São Paulo : Cia. das Letras, 1989. 349 p.
- SAMUEL, Geoffrey. The challenge of artificial intelligence: can Roman law help us discover whether law is a system of rules ? Legal Studies. 11(1) : 24-46, Mar.1991.
- SANTOS, Boaventura de S. Introdução a uma ciência pós-moderna. Rio de Janeiro : Graal, 1989. 176 p.

- STEGMÜLLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea. São Paulo : Ed. Universitária e Pedagógica, v. 1-2, 1977. 417 p. e 554 p.
- STEINER, George. As idéias de Heidegger. São Paulo : Cultrix, 1982. 139 p. ( Trad. Álvaro Cabral )
- STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre "ser e tempo". Petrópolis : Vozes, 1988. 132 p.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. 2. ed. Belo Horizonte : Ed. Itatiaia, São Paulo : Ed. da Universidade de São Paulo, 1977. 620 p. ( Trad. Neil Ribeiro da Silva )
- VERNENGO, Roberto. La interpretation jurídica. Cidade do México : Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977. 127 p.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional e Ed. da Universidade de Brasília, 1979. 153 p. ( Trad. Tércio Sampaio Ferraz )
- WARAT, Luis Alberto. Mitos e teorias na interpretação da lei. Porto Alegre : Síntese, s/d.
- \_\_\_\_\_. O amor tomado pelo amor. São Paulo : Acadêmica, 1990. 111 p.
- \_\_\_\_\_. O direito e sua linguagem. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1984. 176 p.
- WEBER, Max. Economia y sociedad. Ciudad del México : Fondo de Cultura Economica, 1984. 1245 p. ( Trad. José Medina Echavarría et al. )
- WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. 611 p. ( Trad. M. S. Lourenço )