

**FRANK TESSIER DAWE JUNIOR**

**IMPÉRIO DO ‘GÊNIO MALIGNO’:**

**ANÁLISE DA TESE CONTIDA EM**

***O IMPÉRIO DO DIREITO*, DE RONALD DWORKIN**

**CAMPINAS, 2008**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA  
BIBLIOTECA DO IFCH - UNICAMP

D321i Dawe Junior, Frank Tessier  
“Império do ‘Gênio Maligno’: Análise da tese contida em  
*O império do direito*, de Ronald Dworkin” / Frank Tessier Dawe  
Junior. - Campinas, SP : [s. n.], 2008.

**Orientador: Roberto Romano da Silva.**  
Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas,  
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Dworkin, Ronald. 2. Direito –Filosofia. 3. Jurisprudência.  
4. Hermenêutica (Direito). 5. Integridade. 6. Equidade (Direito).  
I. Silva, Roberto Romano. II. Universidade Estadual de  
Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

cn/ifch

**Título em inglês: “Evil Genius’ empire: analysis of the thesis contained in  
Ronald Dworkin’s *Law’s Empire***

**Palavras chaves em inglês (*keywords*):** Law - Philosophy  
Jurisprudence  
Hermeneutics (Law)  
Integrity  
Equity (Law)

**Área de Concentração: Filosofia**

**Titulação: Mestre em Filosofia**

**Banca examinadora: Roberto Romano da Silva, Luiz Paulo Rouanet, Oswaldo  
Giacóia Júnior**

**Data da defesa: 12-11-2008**

**Programa de Pós-Graduação: Filosofia**

**FRANK TESSIER DAWE JUNIOR**

**IMPÉRIO DO ‘GÊNIO MALIGNO’: ANÁLISE DA TESE CONTIDA EM  
*O IMPÉRIO DO DIREITO*, DE RONALD DWORKIN**

**Dissertação de Mestrado a ser apresentada ao Departamento de Filosofia do  
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas sob  
a orientação do Prof. Dr. ROBERTO ROMANO DA SILVA.**

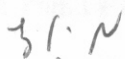
Este exemplar corresponde à redação  
final da Dissertação que teria sido  
defendida e analisada pela Comissão  
Julgadora em 24 de setembro de 2007.

BANCA

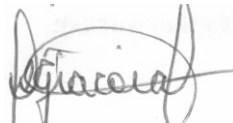
Prof. Dr. ROBERTO ROMANO DA SILVA (orientador)



Prof. Dr. LUIZ PAULO ROUANET



Prof. Dr. OSWALDO GIACÓIA JÚNIOR



Profa. Dra. YARA ADARIO FRATESCHI (suplente)

Prof. Dr. MARCOS SEVERINO NOBRE (suplente)

Prof. Dr. DOUGLAS FERREIRA BARROS (suplente)

NOVEMBRO / 2008

/12/ Suporei, portanto, que há não um Deus ótimo, fonte soberana da verdade, mas algum gênio maligno, e ao mesmo tempo, sumamente poderoso e manhoso, que põe toda a sua indústria em que me engane: pensarei que o céu, o ar, a terra, as cores, as figuras, os sons e todas as coisas externas nada mais são do que ludíbrios dos sonhos, ciladas que ele estende à minha credulidade. Pensarei que sou eu mesmo desprovido de mãos, de olhos, de carne, de sangue, de sentido algum, mas, tenho a falsa opinião de que possuo tudo isso. Manter-me-ei obstinadamente firme nesta meditação, de maneira que, se não estiver em meu poder conhecer algo verdadeiro, estará em mim pelo menos negar meu assentimento às coisas falsas. Eis por que tomarei cuidado para não receber em minha crença nenhuma falsidade, a fim de que esse enganador, por mais poderoso e por mais astuto que ele seja, nada possa me impor.<sup>1</sup>

RENÉ DESCARTES

*MEDITAÇÕES SOBRE FILOSOFIA PRIMEIRA*

---

1

/12/ Supponan igitur non optimum Deum, fontem veritatis, sed genium aliquem malignum, eundemque summe potentem & callidum, omnem suam industriam in eo posuisse, ut me falleret: putabo coelum, aërem, terram, colores, figuras, sonos, cunctaque externa nihil aliud esse quam ludificationes somniorum, quibus insidias credulitati meae tetendit: considerabo meipsum tanquam manus non habentem, non oculos, non carnem, non sanguinem, non aliquem sensum, sed haec omnia me habere falso opinantem: manebo obstinate in hac meditatione defixus, atque ita, siquidem non in potestate meâ sit aliquid veri cognoscere, at certe hoc quod in me est, ne falsis assentiar, nec mihi quidquam iste deceptor, quantumvis potens, quantumvis callidus, possit imponere, obsirnatâ mente cavebo.

Do original *Meditationes de Prima Philosophia*, 2ª edição, de 1642, traduzido por Fausto Castilho, em edição bilíngüe, por Edições CEMODECON, IFCH - UNICAMP

À minha filha Sofia, com amor

## AGRADECIMENTOS

Saúdo-vos, Musas do Panteão Grego, que sempre me inspiram, e expresso minha gratidão a instituições e pessoas que contribuíram para que este trabalho pudesse se realizar.

Agradeço primeiramente às mulheres de minha vida que me incentivaram e participaram desta aventura: Eduarda, companheira de uma existência, heroína deste trabalho que, com seu brilho intelectual, seu domínio da linguagem e sua extrema dedicação me auxiliou a concretizar esta dissertação; Raquel, minha mãe, Sofia, minha filha e Nair, minha sogra, pelo afeto, pelo apoio e pela compreensão à minha ausência.

Agradeço a meu pai, *in memoriam*, a base de tudo: seu legado de valores, sabedoria e amor à vida.

Agradeço ao Prof. Dr. Roberto Romano da Silva, meu caro orientador, pela confiança, pelos preciosos ensinamentos, pela sábia orientação, pela paciência com minha teimosia, meus arroubos e minhas falhas, e pelo apoio sempre presente nos momentos difíceis.

Agradeço ao Prof. Dr. Luiz Paulo Rouanet e ao Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior a enorme ajuda com que me brindaram no exame de qualificação, despertando-me de meu ‘sono dogmático’ interpretativo para encontrar o entendimento; e ainda à Profa. Dra. Yara Adario Frateschi, ao Prof. Dr. Marcos Severino Nobre e ao Prof. Douglas Ferreira Barros pelo acolhimento e incentivo.

Agradeço à Profa. Dra. Fátima Évora, coordenadora do Departamento de Filosofia, pelo apoio, compreensão e tolerância com os percalços desta minha caminhada.

Agradeço aos funcionários da Pós-graduação do IFCH da Unicamp pela disponibilidade e atenção, em particular ao Rogério, por sempre buscar encontrar saídas diante dos entraves.

Agradeço à agência do CNPq pela inestimável oportunidade, à Unicamp, e a todos que me apoiaram na realização deste tão acalentado sonho e permitiram que este trabalho finalmente pudesse se concretizar.

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise da tese contida na obra *O império do direito*, de Ronald Dworkin, em que esse autor desenvolve uma teoria do direito baseada nas premissas da interpretação construtiva dos textos e práticas legais, e da integridade tanto moral quanto político-social, propondo-a como a melhor solução para o debate sobre o aperfeiçoamento das doutrinas jurídicas. A análise infere que há incompletude na primeira premissa e inconsistência na segunda, apresentando-se portanto a teoria elaborada pelo autor como não suficiente para seu propósito de servir de referência para as decisões jurídicas. Verifica-se, portanto, a existência de uma propensão ao engano tanto nas doutrinas jurídicas correntes quanto na própria tese de Dworkin, e o 'Gênio Maligno' do título refere-se à personagem fictícia e metafórica criada por Descartes, cuja função é justamente a de induzir-nos ao erro, numa clara referência aos equívocos conceituais que genericamente ocorrem na área da Justiça e do Direito.

## ABSTRACT

This paper is designed to analyze the thesis produced by Ronald Dworkin in his book *Law's Empire*, where the author develops a theory of law that is based on the premises of (i) constructive interpretation of law texts and practices and (ii) moral, political and social integrity, and proposes that they are the best solution for the debate on the improvement of law doctrines. After an analysis, one can perceive that the first premise lacks completeness and the second consistency. Therefore, the theory set forth by the author is regarded as not sufficient to fulfill its purpose to be used as a reference for juridical decisions. One can identify that there is a tendency for inaccurate explanation of both current law doctrines and Dworkin's own thesis, while the Evil Genius in the title refers to a metaphor and fictitious character created by Descartes whose role is to induce readers to conceptual misconstructions as a reference to misinterpretations that usually take place in the areas of Justice and Law.



## SUMÁRIO

<b>Apresentação.....</b>	<b>17</b>
<b>1. Panorama do Direito.....</b>	<b>19</b>
<b>2. Dworkin e sua obra.....</b>	<b>29</b>
<b>3. Críticas a Dworkin.....</b>	<b>35</b>
<b>4. A tese contida em <i>O império do direito</i>.....</b>	<b>41</b>
<b>5. Análise.....</b>	<b>63</b>
<b>5.1. Análise da interpretação.....</b>	<b>65</b>
5.1.1. Quanto à linguagem.....	66
5.1.2. Quanto à hermenêutica.....	70
5.1.3. Quanto à lógica.....	74
5.1.4. Quanto à <i>episteme</i> .....	78
<b>5.2. Análise da integridade.....</b>	<b>80</b>
5.2.1. Quanto à moral.....	81
5.2.2. Quanto à política.....	91
5.2.3. Quanto à equidade.....	94
5.2.4. Quanto ao direito.....	101
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>105</b>
<b>7. Reflexões finais.....</b>	<b>109</b>
7.1. O ‘Gênio Maligno’ e seu império.....	110
7.2. Alternativas possíveis.....	121
<b>Epílogo.....</b>	<b>129</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>131</b>

## APRESENTAÇÃO

Tendo como objeto deste trabalho a tese de Ronald Dworkin<sup>2</sup> - filósofo norte-americano e talvez a figura mais influente na atual teoria anglo-americana do direito - apresentada na obra *O império do direito*<sup>3</sup>, de 1986, resultado teórico de mais de trinta anos de estudos sobre a Ciência do Direito, enfocarei particularmente a questão axiológica do Direito, buscando realizar uma reflexão crítica sobre a referida tese. As reflexões de Dworkin nesta obra sugerem a emergência de um paradigma que se afirmaria através de um novo consenso social, o do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para a implementação de normas que venham a reger da melhor maneira possível sua vida em comunidade. Nas duas ou três últimas décadas, a profunda revisão doutrinária produzida por Dworkin, ao lado das marcantes alterações ocorridas em todos os âmbitos da vida humana resultantes da nova estrutura pluralista e hipercomplexa das sociedades pós-industriais, bem como o fracasso do modelo socialista, vêm exigindo a reformulação do próprio estatuto da Teoria Geral do Direito, de seus conceitos básicos, assim como do papel e responsabilidades dos profissionais do Direito.

Dworkin baseia sua teoria do direito no pressuposto intelectual da democracia que, por princípio, assume a posição de não adotar um critério único de validação que se coloque acima das diversas visões políticas, dos partidos, interesses e/ou ideologias. Entretanto, no seu entender, falta filosofia ao direito: atualmente a sociologia entrou em cena e, em vez de a discussão avançar no interior mesmo dos fundamentos do direito, questões externas são analisadas, passando-se ao largo do essencial - definir o que é o direito. O que se constata é sempre a mesma lacuna: estamos submetidos ao império do direito, mas falta a compreensão do que é o direito em si, falta definirem-se seus

---

<sup>2</sup> RONALD MYLES DWORKIN nasceu em 1931 em Worcester, Massachusetts, EUA, e é professor de Filosofia e da cátedra 'Frank Henry Sommer' de Direito. Graduiu-se em Harvard e em Oxford. cursou a Faculdade de Direito em Harvard, e tornou-se Professor de Direito na Universidade de Yale, de 1962 a 1969. A partir de 1969, tornou-se professor de Jurisprudência em Oxford e no Fellow of University College. Passou a professor catedrático em Oxford e na Universidade de Nova Iorque (NYU), onde se tornou docente tanto da Faculdade de Direito quanto do Departamento de Filosofia. Dworkin é autor de muitos livros, de artigos em publicações de assuntos jurídicos e filosóficos como também de artigos de tópicos políticos e legais no New York Review of Books. Escreveu *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Philosophical Issues in Senile Dementia* (1987), *A Bill of Rights for Britain* (1990), *Life's Dominion* (1993), and *Freedom's Law* (1996) e *Sovereign Virtue* (2000).

<sup>3</sup> DWORKIN, R. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

fundamentos, e é nesse âmbito que Dworkin pretende trazer sua contribuição, elaborando uma teoria do direito. Sobre este aspecto, Hegel<sup>4</sup> afirmou que há duas espécies de perguntas a serem colocadas no que concerne ao direito. Primeiro, a questão: *quid juris?* Qual é, em tal ou qual espécie de processo, a solução de direito? Por outro lado, pergunta-se: ‘o que é o direito em si mesmo?’ (*quid jus?*). Entretanto, nenhuma resposta rigorosa será possível à questão ‘o que é de direito?’ (*quid juris*), se não se dispuser de alguma idéia do que seja o direito (*quid jus*), meta esta que Dworkin persegue com afinco.

Ao buscar os significados do Direito em Dworkin, o presente trabalho analisa o que parece ser uma impossibilidade de se obter um estatuto moral-normativo mínimo do ato político - eminentemente humano (*zoon politikon*) e portanto supostamente racional -, necessariamente subjacente ao Direito, tal como entendido por Dworkin em sua tese da *interpretação como integridade*, proposta na obra aqui analisada. E, ao buscar entender o porquê de tal impossibilidade, vai-se deparar com inúmeros obstáculos ao correto encaminhamento dos ditames sociais, não só na área da política como mais especificamente na área do Direito. Vai-se verificar, especificamente, a existência de uma *propensão ao engano* tanto nas doutrinas jurídicas correntes quanto na própria tese de Dworkin, e o *Gênio Maligno* do título refere-se à personagem fictícia e metafórica criada por Descartes, cuja função é justamente a de nos induzir a mal entendidos conceituais ou à desinteligência, numa referência aos equívocos que genericamente ocorrem na área da Justiça e do Direito.

---

<sup>4</sup> HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

## 1. PANORAMA DO DIREITO

O Direito é a técnica de coexistência humana que se concretiza em um conjunto de normas e leis que têm por objeto o comportamento intersubjetivo dos seres humanos. Há na história do pensamento filosófico e jurídico, ou vigentes nas sociedades humanas, ao menos quatro concepções fundamentais da validade do Direito: a) a corrente que vê o Direito positivo como baseado num Direito natural eterno, imutável e necessário; b) a que julga o Direito fundado na moral, uma forma imperfeita da moralidade; c) a que reduz o Direito à força, a uma realidade histórico-política; d) e a que compreende o Direito como uma técnica social.<sup>5</sup> Por mais de dois mil anos esteve vigente a noção do Direito natural como a perfeita racionalidade da norma em garantir a possibilidade de convivência, sem que se desse conta de que aquele não necessariamente se ajusta ao Direito positivo, que comporta variáveis ou acidentes não redutíveis ao Direito natural. Não bastasse isso, há a polissemia dos termos e conceitos: o termo Direito refere-se a ‘reto’, do vocábulo latino *rectum*, mas também a ‘mandar’, ‘ordenar’, do latim *jus*, ou mesmo ao termo grego *tò dikaion* ou *diké*, que significa ‘indicar’.

Qualquer ciência depende da validade de seus pressupostos, e assim certamente deverá se portar o Direito, quando então seu valor de verdade, a certeza de uma decisão jurídica correta, será o resultado obtido a partir da contenção ou inexistência de variáveis que possam alterá-lo. Se se entender, porém, que o senso comum confere alguma objetividade, rigor e universalidade à ciência em geral, tem-se que este tipo de conhecimento, limitado e não-verificável, pode nos levar ao erro, por justamente não haver método que garanta certeza na obtenção dos resultados. Este resultado, portanto, deverá estar conectado direta ou indiretamente a um ponto a respeito do qual não há discussão, a verdade estabelecida, justamente o ponto em que confluem as maiores controvérsias, não só quanto à sua conceituação como quanto à sua aplicação e também à sua verificação.

As variáveis são muitas: não há, por exemplo, como garantir a efetividade de uma norma após sua produção - esta será condicionada por juízos de valor presentes na obediência e na avaliação da pertinência da norma e da legitimidade do produtor desta; além destes, interesses e ideologias também têm influência. O sentido de Direito mais

---

<sup>5</sup> ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

freqüentemente encontrado é o ligado à norma jurídica, especialmente a norma jurídica escrita, sem mencionar seu sentido mais popular, o dos direitos civis, individuais e/ou sociais, que são necessariamente conflitantes, senão antitéticos entre si. Há uma série de variáveis imprevisíveis que atuam impossibilitando a contenção absoluta da situação a ser analisada, além do fato de que o próprio legislador pode alterar disposições normativas.

Ao longo da história várias concepções sobre o Direito se instituíram, refletindo as visões de mundo e concepções filosóficas de cada época. O jusnaturalismo tradicional funda-se no pressuposto de que existe uma Lei natural, eterna e imutável, uma ordem preexistente de origem divina ou decorrente da natureza; na Modernidade, essa Lei natural e estável já não é mais considerada de origem divina, mas fruto da racionalidade humana, de condições imanentes do homem, presentes em qualquer tempo e lugar. A escola racionalista é a versão moderna do jusnaturalismo.

Entre as correntes empiristas, a Escola da Exegese não nega o Direito natural, mas admite que os códigos também possam ser elaborados de modo racional, ou seja, que representam a face humana do Direito natural, e então o exegeta passa a concentrar a competência exclusiva para legislar no Legislativo, e assim reduz o Direito à Lei como também reduz a função do intérprete e do julgador a uma função mecânica de lógica dedutiva, na conclusão de um silogismo no qual a premissa maior seria a própria Lei, a premissa menor seria o enunciado do fato concreto apresentado como problema a ser solucionado e a conclusão corresponderia à resolução do problema.

Em sua fase inicial entendeu-se o Direito natural como a participação da comunidade humana na ordem racional do universo; já nos *Diálogos* de Platão, algumas personagens como Cálicles em *Górgias*, bem como Trasímaco e Glauco em *República*, expressam idéias segundo as quais o Direito natural, sempre como forma de justiça superior e verdadeira, é antes concebido como um tribunal de apelação contra as convenções sociais, acentuando-se seu caráter utilitário, mais prático do que especulativo e, portanto, não condizente com a concepção anti-social de Antifontes e dos sofistas: para estes, as leis, por serem puramente convencionais, seriam contrárias à natureza e, ao se pretender o melhor modo de viver seguindo a natureza, se deveria pensar no proveito próprio e somente aparentemente se deveria reservar deferência à lei dos homens.

Os epicuristas e os céticos alegam que o Direito ou é sancionado somente para o

proveito dos homens, pois prescreve que não se prejudiquem uns aos outros, ou se transforma conforme os costumes e dentro de uma mesma sociedade, de acordo com os tempos. Logo, não existiria Direito natural algum e tanto os outros seres vivos quanto os humanos seriam guiados, sob a direção da natureza, exclusivamente pelo proveito próprio. Estas doutrinas defendem que o Direito natural, considerado otimista ou muito racionalista por pregar a garantia infalível de uma ordenação perfeita, não existe em absoluto. A expressão Ciência do Direito, então, passou a ser utilizada a partir do século XIX pela Escola Histórica alemã, a qual afirmava que o verdadeiro Direito reside nos usos, nos costumes e na tradição de um povo, pois procura não o espírito da Lei, mas sim o espírito do povo. Esta se firmou como Ciência Dogmática do Direito apesar dos focos de resistência que pretendem conceber uma ciência do Direito livre de qualquer dogmatismo.

O idealismo, como derivado de Hegel, segundo Guido Fassó<sup>6</sup>, divide-se em duas direções, que ainda se pode dizer de esquerda e de direita: a primeira se inseriu no fenômeno, comum no pós-guerra em todos os países, da reafirmação do marxismo, e no campo específico da filosofia do direito não deu frutos de grande relevo; a segunda confluiu no pensamento católico e acolheu substancialmente o jusnaturalismo. Mas uma forma de reação ao idealismo ocorreu: aquela do pensamento de inspiração iluminista, de ‘esquerda’ em seus aspectos políticos, mas doutrinariamente de todo estranha ao marxismo. Expressão dos ambientes democráticos radicais e socialistas, este pensamento, marcadamente laico, não tinha nada em comum nem com os ex-idealistas nem com os católicos, cuja polêmica suscitou uma reação vivaz, inclusive do anticlericalismo, pelo convencimento de que o jusnaturalismo implicasse uma posição católica, para não dizer clerical.

Quanto ao positivismo jurídico, ou formalismo, as novas assertivas que introduziu, conforme refere Fassó, apresentaram grande interesse uma vez que aí se encontrou um fundamento filosófico novo, que tratou de dar à ciência jurídica - na forma da teoria geral do direito, à qual, segundo a lógica do positivismo jurídico, se reduziria a filosofia do direito - uma base mais sólida do que a anterior, então ingenuamente naturalista. Entre os juristas que aderiram à nova filosofia analítica temos Hans Kelsen, John Austin e especialmente Herbert Hart, e é contrapondo-se a suas concepções, o que veremos mais à frente, que Dworkin irá argumentar em favor de uma nova perspectiva. Tal filosofia, a

---

<sup>6</sup> FASSÓ G. *Storia della filosofia del diritto. Vol. III: Ottocento e Novecento*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1970.

embasar o novo Direito, conhecida também como neopositivismo, positivismo lógico ou empirismo lógico, nascida como teoria da ciência, postula a exigência do rigor, da ordem e da precisão na indagação, e pretende satisfazê-la mediante a análise e o esclarecimento dos procedimentos científicos. Sua posição é, portanto, totalmente extra-metafísica (ou antimetafísica), e é essencialmente metodológica; sua preocupação é o esclarecimento do modo de funcionar dos instrumentos lingüísticos da indagação, e a determinação de seu uso correto. A concepção neopositivista da ciência possibilitou a tentativa de fundar sobre novas bases a cientificidade da jurisprudência; o caráter essencial da ciência, para seus defensores, não seria de fato a sua verdade absoluta, mas antes a sua idoneidade, ou sua validade. Assim, uma dada forma de conhecimento assumiria o caráter da cientificidade não pela verdade do uso do *conteúdo*, mas pelo suposto *rigor* de seu *procedimento*.

Norberto Bobbio, estudioso de orientação fortemente racionalista e de um rigor intelectual que fez com que visse com bons olhos o movimento dos positivistas, vislumbrou que poderia enfim resolver o problema da cientificidade da jurisprudência, assinala Fassó. Bobbio elaborou sua proposta segundo a concepção da ciência própria da filosofia analítica, compreendendo a noção de jurisprudência como análise da linguagem do legislador, a ponto de conferir a esta linguagem o caráter de discurso rigoroso, em que cada enunciado seria coerente com os outros enunciados do sistema. O tipo de ciência jurídica que pode assumir a forma indicada por Bobbio é essencialmente a teoria geral do direito normativista e formalista (kelsianismo); assim, o neopositivismo conduziria à mesma conclusão do positivismo jurídico precedente, que via naquela doutrina a expressão mais alta do saber jurídico.

Entretanto, Bobbio não extrai de sua nova teoria da ciência jurídica a conclusão do velho positivismo jurídico, que postula a inutilidade da filosofia do direito em sua finalidade específica - aquela de se ocupar, como teoria da justiça, do ideal ou do valor do direito, a tradicional finalidade deontológica -, e assim sinaliza à ciência jurídica o estudo da validade do direito, deixando à sociologia jurídica o estudo de sua eficácia. A verdade, porém, é que Norberto Bobbio então trata do direito unicamente sob o perfil da sua validade formal, como lhe seria imposto pelo procedimento analítico. Esta unilateralidade da visão do direito marcou muito sua escola que, depois das críticas ao positivismo,

influenciou estudiosos propensos a áridas e reducionistas análises formais, e exerceu grande atração sobre os jovens que buscavam novos caminhos.

O pós-positivismo foi essencialmente uma tentativa de superação do positivismo ideológico - o qual fazia referência ao dever de obediência à lei -, já que o positivismo científico considerava somente um método de reconhecimento das normas. Seus autores trabalharam no cenário pós-1945, em que se considerava que a ciência não poderia permitir a repetição de tal fenômeno bélico; afinal, Hitler operara num sistema reconhecidamente jurídico segundo a doutrina da época. Passa-se então a defender que o Direito deveria ser mais do que um sistema de controle: a ciência jurídica tinha de viabilizar a consideração de uma perspectiva moral e axiológica. A análise formalista do Direito permitiu que se chegasse ao Holocausto; logo, a metodologia tinha de mudar, e fazer referência a valores socialmente identificáveis. O pós-positivismo salienta a necessidade de integrar o Direito à moral e à política. Se, por um lado, tem-se de conectar o Direito e a sociedade, pois ele existe essencialmente vinculado a aspectos da vida social, de outro, não há como fazer referência ao Direito sem o fazer a valores; isto é uma abstração que então o distanciará demasiado da sociedade.

Calsamiglia<sup>7</sup>, ao fazer uma breve síntese das várias concepções do pensamento jurídico, aí localizando o pensamento de Ronald Dworkin, refere-se inicialmente ao modelo *silogístico* defendido pelo formalismo jurídico, salientando que segundo esta concepção, a tarefa do juiz é lógico-mecânica, e seu problema resume-se a submeter o caso a uma norma preestabelecida; se não existe norma aplicável, então o juiz deve recusar a demanda. Segundo este modelo, não existem casos difíceis no direito, porque tudo o que não está proibido, está permitido: o direito sempre oferece resposta aos problemas que são propostos, e a função do juiz está simplesmente subordinada à lei.

Um segundo modelo é o realista, defendido por muitas correntes antiformalistas. Segundo este modelo, as decisões dos juízes são fruto de suas preferências pessoais e de sua consciência subjetiva: o juiz primeiramente decide, depois justifica sua decisão por meio de normas. Neste modelo, não há sentido em colocar o tema dos casos difíceis, que não ocorreriam na realidade, porque, em tese, o juiz sempre encontra soluções para os casos com os quais depara. O juiz, portanto, tem poder político, e na realidade não está

---

<sup>7</sup> CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, Prólogo in: DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.



subordinado à lei; este modelo justifica seu afastamento da lei, porque concede ao poder judiciário um poder político que não é congruente com o sistema de legitimação do estado democrático nem com o postulado da separação de poderes. O formalismo jurídico, diante desta estabilidade, prefere analisar somente a lógica interna do ordenamento jurídico - este não perde sua identidade e dinâmica com a modificação de seus elementos. Mesmo que o legislador altere a regulação de determinado campo da realidade, o instituto permanece, pois tem uma função específica no sistema.

Um terceiro modelo é o modelo positivista da *discricionarietà judicial*. Este modelo reconhece a existência de casos difíceis nos quais não existe norma aplicável; nos casos difíceis, o juiz tem discricionarietà no sentido forte do termo, tem poder político que lhe permite a aplicação de normas retroativas. Segundo este modelo, o direito não oferece respostas corretas, mas uma variedade de possíveis respostas, e o juiz decide discricionariamente entre elas.

Nessa sua síntese das várias concepções do pensamento jurídico, Calsamiglia refere-se então, como um quarto item, ao modelo da *resposta correta* de Dworkin. Segundo este modelo, o juiz sempre encontrará a resposta correta no direito preestabelecido; assim, o juiz careceria de discricionarietà e, portanto, de poder político. A resposta certa corresponderia à teoria que é capaz de justificar do melhor modo os materiais jurídicos vigentes e reduzir a incerteza no direito.

Calsamiglia relaciona três objeções básicas do positivismo com as quais Dworkin se defronta: 1) só as regras são obrigatórias, e não os princípios; 2) os princípios, devido à sua generalidade, não permitem que deles se extraia a decisão de um caso concreto e, na lacuna normativa, o que deve valer é a vontade do juiz; 3) não há critérios definidos para identificar princípios. Procurando garantir segurança jurídica, a maior preocupação de Dworkin é conter a discricionarietà - concretização do critério particular de justiça do juiz. O juiz não pode atuar como um legislador retroativo (construir a norma posteriormente à ocorrência do caso): isto desrespeitaria o princípio da separação dos poderes, ou seja, terá de ser aplicado um Direito previamente construído pelo poder Legislativo, pois não se pode criar Direito algum.

Como já se viu, Dworkin enfoca a questão da discricionarietà do juiz ao criticar o positivismo jurídico, pois a seu ver é nesse tipo de ação do juiz que o direito do indivíduo é

ferido: discricionariiedade vem a ser a margem de liberdade de que dispõe o juiz para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, não é possível extrair dela, objetivamente, uma solução unívoca para a situação. Neste diapasão, discricionariiedade implica uma escolha entre muitas possíveis, em atendimento ao interesse público próprio de sua atribuição e competência, com uma função finalística perante o fato real. A opção da melhor atitude a ser tomada pela autoridade dentre inúmeras, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade sempre relativa, limitada e contrastável pelo Judiciário, caso este venha a ser acionado.

As divergências entre Hart - figura proeminente do moderno positivismo jurídico, que tem a discricionariiedade como princípio basilar de sua teoria positivista - e Dworkin quanto à existência ou não de discricionariiedade do juiz em casos difíceis mantêm-se no âmbito do que Dworkin denominou discricionariiedade no sentido forte – quando há ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, quando os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. Ou seja, Dworkin e Hart não discutem a tese de que o juiz não deveria ter qualquer discricionariiedade, mas apenas a tese de se o juiz deve ter ou não discricionariiedade em sentido forte. Essa acepção ‘forte’ estaria ligada às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios, da competência ou incompetência do juiz de elaborar leis, questões sobre as quais absolutamente não há consenso.

Robert Alexy<sup>8</sup>, filósofo alemão do direito, procura refinar a teoria de Dworkin, buscando os princípios, e empreende a investigação sobre a existência da moral compartilhada apresentada por Dworkin, argumentando que vivemos em sociedades complexas em que não se tem mais como fazer referência a uma perspectiva moral substantiva, já que o aspecto concreto da moral é posto em dúvida. Alexy, ademais, critica a idéia de racionalidade monológica que Dworkin apresenta - através de um juiz fictício

---

<sup>8</sup> ALEXY, R.. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

que personificaria as qualidades que os juízes necessitam ter -, preferindo a racionalidade dialógica decorrente da teoria do discurso de Habermas. Alexy defende que o juiz tem de trabalhar com uma lógica dialógica, pois o diálogo teria uma racionalidade que lhe é inerente: ambas as partes de um litígio estarão integradas numa estrutura compartilhada; a linguagem, enquanto um sistema independente, alheio às vontades, permitiria uma racionalização da troca de impressões. Assim, segundo o autor alemão, só se poderia falar de moral sob um ponto de vista procedimental racional.

Já segundo Habermas<sup>9</sup>, a teoria dos direitos de Dworkin constitui uma tentativa de contornar as falhas presentes em três alternativas que vêm buscando lidar com a questão da garantia de segurança jurídica e correção das decisões jurídicas, que são: a hermenêutica jurídica, o realismo e o positivismo jurídico. Dworkin critica enfaticamente o positivismo jurídico, usando para sua argumentação a discussão dos *casos difíceis*, pois justamente nesses casos o positivismo não dá conta da amplitude da questão e lança mão do poder discricionário do juiz, afirma Habermas. Na perspectiva do positivismo, ainda segundo este último, o juiz se atém à norma, à regra, o que faz com que o direito se restrinja então a uma função descritiva; Dworkin propõe que é necessário o juiz se pautar não só pelas normas, mas também por princípios, estes sim possibilitando um direito prescritivo, não apenas descritivo. Assim, após a separação rígida instituída pelo positivismo, ele reaproximaria a moral do direito: sua teoria do direito de fato apóia-se na premissa de que há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque mesmo o direito positivo assimilou conteúdos morais.

Giovanna Borradori<sup>10</sup>, filósofa ítalo-americana, vai localizar Dworkin junto a outros nomes de peso no debate sobre o liberalismo, na ala política da corrente filosófica mais conhecida por pós-analítica, ou pós-positivista. Segundo ela, o pensamento americano se refere constantemente à tradição da filosofia analítica e, por ser o pensamento analítico hostil a qualquer forma de erudição histórico-literária, tem-se colocado como oposição aberta ao pensamento europeu, denominado continental.

Para completar o quadro, afirma Borradori<sup>11</sup>, essa fratura do movimento analítico do

---

<sup>9</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>10</sup> BORRADORI, G. *A Filosofia Americana: conversações*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 2003

<sup>11</sup> BORRADORI, G. 2003.

corpo da filosofia americana teria comportado, de um lado, o isolamento da filosofia do intercâmbio com o universo da reflexão humanística, e de outro, o deslocamento de uma parte dos interesses filosóficos para outras disciplinas. Como, após a falência do projeto iluminista, do qual o liberalismo é o epígono, as línguas naturais e os mundos intelectuais e morais não mais poderão ser traduzidos de um para o outro, já que também não mais existirá uma língua canonizada sob a qual medir, confrontar ou julgar os valores, as razões, e as virtudes expressas por um universo cultural específico. E assim, hoje, chegados ao *centro das trevas* da era da modernidade, na pertinente expressão de Borradori, deverá ser exatamente essa consciência sobre a destrutividade da razão iluminista, da qual não só o liberalismo, mas também o universalismo da filosofia analítica podem considerar-se filhos, que nos fará ter esperança em um novo renascimento.

Em meio a esse cenário, Dworkin vem enfatizar a premente questão das divergências entre juízes e advogados que, apesar de parecerem apenas divergências empíricas, na verdade consistem em divergências teóricas, relativas aos fundamentos mesmos do direito, o que só vem ilustrar a existência do quadro de profunda indefinição quanto à essência do direito.

## 2. DWORKIN E SUA OBRA

É nesse controvertido cenário teórico do direito que Ronald Dworkin, ironicamente o atual sucessor de Hart em sua cátedra da Universidade de Oxford, surge como crítico rigoroso do positivismo jurídico e também do utilitarismo e, baseando-se nos princípios do liberalismo individualista de Rawls, pretende construir uma teoria geral do direito que não exclua nem o argumento moral nem o argumento filosófico, conforme analisa Calsamiglia<sup>12</sup>. Dworkin entende que uma teoria geral do direito não deve separar a ciência descritiva do direito da política jurídica, bem como propõe uma teoria baseada nos direitos individuais, o que significa que sem direitos individuais não existiria o Direito. Assim, a obra de Dworkin deu início a uma importante polêmica que transcendeu os círculos acadêmicos e trouxe-lhe muitos críticos, o que não obscurece o fato de que sua filosofia constitui um interessante ponto de partida para a crítica do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista ao fundamentar a filosofia política liberal sobre bases mais sólidas, progressistas e igualitárias.

Se em *Uma questão de princípio*<sup>13</sup>, de 1985, por exemplo, Dworkin de fato questiona o sistema jurídico anglo-americano em sua pretensão de ser o protetor de direitos individuais como mecanismo ideal para promover o bem comum, na obra anterior, *Levando os direitos a sério*<sup>14</sup>, de 1977, Dworkin já sustentava que argumentos jurídicos adequados deveriam repousar na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor numa determinada comunidade - concepção, entre outras, que lhe rendeu duras críticas. E por que essas críticas a Dworkin? Este autor, sendo a figura mais influente na contemporânea teoria legal anglo-americana - já que sua obra é considerada um marco pelos comentadores que o têm como um dos dois ou três autores contemporâneos que certamente pavimentarão os futuros caminhos do Direito -, leva a tradição jurídica americana a uma profunda revisão doutrinária, ou seja, a um novo paradigma, e isso, diz ele próprio, não se dá impunemente.

Nos dias atuais, a questão precípua para Dworkin, malgrado um necessário resgate da virtude política que se pode e se deve empreender, seria a definição de quais são os

---

<sup>12</sup> CALSAMIGLIA, 1995.

<sup>13</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>14</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

genuínos direitos igualitários; e já que igualdade é um conceito bastante contestado e um difícil item filosófico, o autor admite que ninguém oferece a essa questão uma resposta unívoca ou não controversa. O autor lamenta que atualmente até mesmo as mais prósperas democracias estão longe de providenciar para todos uma vida minimamente decente. Pode-se afirmar que em sua teoria sobre moralidade política busca-se um balanço o mais amplo possível sobre os valores éticos e da moralidade humana, do status e da integridade desses valores, ou do valor em si, e do caráter e a possibilidade da verdade objetiva. Sem abrir mão do conceito de que a ética supõe que somos todos responsáveis pelas conseqüências das opções que fazemos a partir de nossas convicções, preferências ou personalidade, Dworkin mantém que essa nova esquerda, ou *terceira via*, entre a antiga rigidez tanto da esquerda quanto da direita, sugere algo de muito importante: ele defende dois princípios de individualismo ético como fundamentais para qualquer teoria liberal que se pretenda compreensível, o que dará o caráter de igualdade ardorosamente defendido por ele. Esses princípios são: o princípio da importância igualitária da vida bem sucedida para todos os cidadãos, indiscriminadamente, em que o governo deverá adotar leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos não seja alheio ao que eles realmente são, e que o princípio da responsabilidade especial que cada cidadão tem definitivamente sobre sua própria vida, seja ela bem ou mal sucedida, seja observado, ou seja, que o governo garanta que o destino de seus cidadãos seja sensível às opções feitas por eles próprios.

Em *A Virtude soberana*<sup>15</sup>, de 2000, o autor desenvolve a doutrina em que a opção por recursos pessoais e impessoais deve ser a métrica da igualdade, e o hipotético mercado de seguridade, o modelo da taxaço redistributiva. Ressalve-se que, para Dworkin, essa importância igualitária não implica numa igualdade rasa entre as pessoas, mas sim na importância que suas vidas representam para que mereçam ser bem sucedidas em vez de desperdiçadas. Ele está convencido de que a preocupação com a *igualdade* é a mais especial e indispensável virtude das soberanias. Quanto ao individualismo ético, o do princípio da responsabilidade especial, Dworkin alega que este não é um princípio sociológico nem metafísico, é antes relacional: a despeito de todas as circunstâncias, a vida e as opções individuais são de responsabilidade de cada indivíduo, isoladamente, demonstrando assim que o princípio não endossa qualquer opção de valor ético.

---

<sup>15</sup> DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Tendo sua tese como a única via que permite unificar a diversidade de escolas positivistas, Ronald Dworkin renega o positivismo desde a perspectiva metodológica, pois uma concepção do direito que postule a separação absoluta entre o direito e a moral, e que não atenda a princípios de justiça material preestabelecidos - como fazia o jusnaturalismo – é, em sua opinião, uma doutrina perigosa, pois fica demonstrado que na prática jurídica dos tribunais a distinção entre o direito e a moral não é tão clara como sustentam os positivistas. Sua crítica ao pressuposto da distinção rígida entre o direito e a moral, produzida pelo positivismo, toma como ponto de referência a teoria de Hart, porque considera que esta é a versão mais depurada do positivismo jurídico. Esse seu ataque ao positivismo se baseia em uma distinção lógica entre normas, diretrizes e princípios: no seu entender, o modelo positivista somente tem em conta as normas que têm a peculiaridade de aplicar-se, ou não, no todo. Como o modelo positivista é estritamente normativo, porque só pode identificar normas e deixa fora de análise as diretrizes e os princípios, então o conceito de uma norma chave - como regra de reconhecimento - permitiria identificar as normas mediante um teste que ele denomina o teste de seu *pedigree* ou de sua origem<sup>16</sup>.

Dworkin considera que o teste de *pedigree* é um teste adequado caso se afirme - com o positivismo - que o direito é um conjunto de normas. Porém, precisamente pretende demonstrar que esta visão do direito é unilateral: junto às normas, existem princípios e diretrizes políticas que não podem ser identificadas por sua origem, mas por seu conteúdo e sua força argumentativa. O critério da identificação dos princípios e das diretrizes, portanto, não pode ser o teste de origem, pois se as diretrizes fazem referência a objetivos sociais que devem ser alcançados e são considerados socialmente benéficos, os princípios fazem referência à justiça e à equidade. E enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado, ou seja, diferindo das normas; seu enunciado não determina as condições de sua aplicação: o conteúdo material do princípio é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada. São os princípios que informam as normas jurídicas concretas, de tal

---

16 As teorias positivistas têm utilizado como critério de identificação do sistema jurídico uma norma chave, como a norma fundamental de Kelsen ou a regra de reconhecimento de Hart. Esta última consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfazem certas condições são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento e seu conteúdo varia. A regra de reconhecimento é o critério utilizado por Hart para fundamentar a validade de todas as normas dela derivadas.

forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante.

Os positivistas têm reagido às críticas de Dworkin de modos muito diversos. Alguns têm sustentado que o ataque de Dworkin ao positivismo é mais aparente que real, e que ele se move ainda no âmbito do positivismo. Outros têm assinalado que uma modificação da regra de reconhecimento seria suficiente para invalidar a crítica, e há, ainda, os que têm afirmado que Dworkin representa um novo renascimento do jusnaturalismo. Entretanto, Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. Sua teoria não pretende solucionar todos os problemas ou fundamentar a validade e a justiça do direito, salienta Calsamiglia<sup>17</sup>. Dworkin, aliás, recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo - que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir.

Ao tentar construir uma terceira via - entre o jusnaturalismo e o positivismo - ele parte do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido a nossas intuições. A crítica ao pressuposto da separação absoluta entre o direito e a moral o conduz à construção de uma teoria do direito na qual a moral e a política ocupam lugar relevante. Dworkin se preocupou em analisar as relações entre o direito e a moral, e não as separou, como haviam feito os metodólogos do 'direito puro'. Entretanto, não fez isso em nome do irracionalismo ou de um novo jusnaturalismo ontológico; a terceira via - frente ao jusnaturalismo e ao positivismo - que pretende abrir o autor americano, tem seu próprio aparato analítico: o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento - e à crítica - do direito.

Enquanto o positivismo de Hart, seu principal alvo na crítica ao positivismo jurídico, sustenta que nos 'casos difíceis' (*hard cases*) não existe resposta correta prévia à decisão do juiz, que tem um marcado caráter discricionário, Dworkin ataca a teoria da função discricionária dos juízes elaborando a tese da resposta certa: a análise dos casos difíceis, e a incerteza do direito que supõe, é a estratégia escolhida por ele para criticar o modelo da prática judicial positivista, em que um caso é difícil se existe incerteza, seja porque existem várias e contraditórias normas que determinam sentenças distintas, seja

---

<sup>17</sup> CALSAMIGLIA, 1995.



porque não existe norma exatamente aplicável. Dworkin sustenta que os casos difíceis têm resposta correta, sim, e que os casos insolúveis são extraordinários em direitos minimamente evoluídos. É evidente para ele que pode haver situações às quais não se possa aplicar nenhuma norma concreta, mas isso não significa que não sejam aplicáveis os princípios. Ele assinala que o material jurídico composto por normas, diretrizes e princípios é mais que suficiente para dar uma resposta correta ao problema proposto, ou seja, somente uma visão do direito que o identifique com as normas pode manter a tese da discricionariedade judicial.

O autor americano reconstrói casos resolvidos pela jurisprudência e mostra que sua teoria justifica e explica melhor os casos difíceis que a teoria da discricionariedade judicial. Diante de um caso difícil não é uma boa solução deixar liberdade ao juiz, diz ele, e isso porque o juiz não está legitimado nem para ditar normas e menos ainda para ditá-las de forma retroativa se se levar a democracia e seu sistema de legitimação a sério. Deve-se exigir ao juiz a busca de critérios e a construção de teorias que justifiquem a decisão, e esta deve ser consistente com a teoria, ou seja, os juízes, nos casos difíceis, devem atender aos princípios. A aplicação dos princípios não é automática, exige a argumentação judicial e a integração da argumentação em uma teoria para que o juiz, diante de um caso difícil, possa balancear os princípios e decidir-se pelo que tem mais peso.

Dworkin então propõe um modelo de juiz onisciente - Hércules - que é capaz de solucionar os casos difíceis e encontrar respostas corretas para todos os problemas. Para isso, recorre à construção de uma teoria coerente, ciente, porém, de que é possível que se construam teorias que justifiquem respostas distintas e conflitantes. Neste caso, Dworkin recomenda acolher a teoria que justifique e explique melhor o direito histórico e o direito vigente.

### 3. CRÍTICAS A DWORKIN

As concepções de Dworkin, como é natural para um autor com idéias inovadoras, têm recebido diversas críticas: há autores, por exemplo, que criticam seu igualitarismo e afirmam que seu radicalismo igualitarista o conduz a teses exageradas. Se os direitos se definem como triunfos individuais frente aos interesses gerais, então o direito à liberdade não é um autêntico direito que possa competir com o direito à igualdade. Evidentemente, esta tese provocou numerosas críticas dos liberais conservadores que privilegiam o direito à liberdade sobre o direito à igualdade. Segundo Calsamiglia, Neil MacCormick critica Dworkin assinalando que, seguindo-se a tese do autor, em certas matérias tem-se direito à liberdade e em outras matérias tem-se direito à igualdade, e Husak o critica procurando demonstrar que o direito à liberdade existe e que as razões dadas por Dworkin para sua recusa são insatisfatórias, porque qualquer argumento que se use contra o direito à liberdade se pode usar também contra o direito à igualdade.

Habermas<sup>18</sup> assinala que os realistas o criticam apontando os riscos de as decisões dos juízes estarem submetidas a influências externas ao direito, como ideologia, interesses pessoais e outros fatores; há críticas sobre o aspecto idealizado de sua teoria, que estaria personificado na figura de Hércules, um semi-deus - os juízes precisariam ter um conhecimento ideal sobre as normas e a jurisprudência, sobre os princípios a serem adotados na argumentação jurídica, assim como terem virtudes pessoais de integridade inquestionáveis. Mas Habermas critica particularmente a monologia, o aspecto solipsista da interpretação hermenêutica proposta por Dworkin; o juiz faz sua interpretação sozinho, não é uma reconstrução das normas e da lei vigente da qual participem outras instâncias e pessoas, ponto em que a divergência com Habermas se mostra bastante acentuada. O autor alemão, com sua teoria do agir comunicativo, propõe que essa reconstrução seja feita conjuntamente pelos membros da comunidade, abrindo para a possibilidade da interlocução, da dialogia, da construção coletiva.

De fato, o conceito de integridade de Dworkin remete a um corpo íntegro de princípios morais compartilhados por toda a comunidade, embora não haja referência a um processo coletivo e dinâmico de interpretação e reconstrução desses princípios, é como se

---

<sup>18</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol.1. Trad. Flávio B.Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ele já estivesse pronto e acabado. Dworkin salienta que a obrigação do juiz de elaborar uma decisão *à melhor luz* deve refletir uma determinação da própria comunidade de entender certas questões à luz desses princípios. Quanto a este ponto, Habermas salienta que Dworkin está na comunidade norte-americana, em que a constituição vem se desenvolvendo há mais de 200 anos, e isso o influenciaria a ter uma visão excessivamente otimista do processo; nos países em que ainda não foi atingida uma estabilidade política e social, o processo seria bem mais conturbado e permeado por conflitos.

Em *Dworkin and his critics, with replies by Dworkin*<sup>19</sup>, o filósofo Leslie Green<sup>20</sup> faz críticas quanto às implicações da sua visão de obrigações políticas de uma comunidade, entendida por ele como uma espécie de obrigação associativa, e que considera que qualquer obrigação moral genuína deve necessariamente basear-se em um consenso, o que não se aplicaria nesse caso por tal idéia ser controvertida, senão uma ilusão. Dworkin<sup>21</sup> responde-lhe que teve em vista com essa proposta duas metas: primeiro, achar um princípio geral que se acomodasse às circunstâncias atuais de obrigações políticas as mais diversas, seguindo a linha do equilíbrio refletivo entre princípios e intuições mais concretas, como o de John Rawls e, segundo, sustentar tais princípios por meio de um argumento interpretativo que explique o ponto de interseção de valores distintos, como obrigações políticas, ao buscar achar seus lugares numa rede mais ampla de valores interconectados e sustentados mutuamente.

Green julga esse seu argumento por demais insatisfatório em vários pontos, particularmente o de que qualquer tipo de associação traz consigo uma forma particular de obrigação, o que não permite que se forme uma obrigação consensual ampla dessa maneira, e então Dworkin fecha seu universo em comunidades, defendendo a idéia de que em comunidades existem, sim, obrigações associativas gerais, um esquema que teria sido adotado espontaneamente. Mas ele admite que há limites nessa sua proposta, quanto ao tipo de associações e quanto ao tipo de obrigações, alegando ademais que só comunidades verdadeiramente políticas podem gerar autênticas obrigações políticas, o que implica num valor que transcende essa própria comunidade, senão carecerá de razão para tal; o problema

---

<sup>19</sup> BURLEY, J. *Dworkin and his critics, with replies by Dworkin. The rule of law as a theater of debate*. Malden, MA, USA: Blackwell Publishing, 2004.

<sup>20</sup> GREEN, L. "Associative obligations and the State". In: BURLEY, 2004.

<sup>21</sup> DWORKIN, R. "Ronald Dworkin replies". In: BURLEY, 2004.

será encontrar a interpretação que seja suficiente para contemplar tal necessidade, reconhece ele. A discussão com Green vai pelo mesmo diapasão quando este o questiona então sobre as obrigações de obediência, ao que ele responde que a integridade proposta por ele não seria uma ‘peça central’ de seu argumento sobre obrigações políticas, e sim parte de seu argumento interpretativo que conecta obrigações políticas com outras virtudes políticas.

Em uma outra crítica, Joseph Raz<sup>22</sup> questiona qual seria a coerência, presente na teoria do Direito de Dworkin, que tem a interpretação construtiva como marca e consiste em impor um propósito a um objeto ou prática de maneira a fazer dele o melhor exemplo da forma ou gênero a que pertence; vale dizer, a interpretação entendida como forte coerência monística [íntima interdependência de todas as suas partes], pois aparentemente está comprometida em encontrar *um* propósito que domine todas as práticas interpretativas de tal forma que, no estágio pós-interpretativo, o que a prática requer será ajustado ao propósito imposto anteriormente. Raz considera que, a despeito de essa pretensa coerência monística ser ambígua, a tese de Dworkin exige que haja integridade na legislação ao buscar uma coerência forte introduzindo a integridade, exige que o legislador a providencie por meio da coerência ao legislar, e que haja o princípio da integridade na adjudicação, ou seja, que os responsáveis pelas decisões sobre o que é o direito sejam coerentes ao máximo.

Raz entende que isso não é uma resposta coerente tanto em termos de lei quanto de integridade, pois se para Dworkin direito consiste nos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que proporcionam o melhor - moralmente melhor - conjunto de princípios capazes de justificar as decisões tomadas através da história política em questão, então é uma questão em aberto se esse conjunto tem ou não qualquer grau de coerência interna: “Ainda que coerência seja um subproduto da melhor teoria do direito, uma preferência por coerência não faz parte da *desiderata* pelo qual a melhor teoria é determinada.”<sup>23</sup>, diz o autor, alegando que Dworkin é ambivalente em seu texto e que em momento algum providenciou uma única razão sequer para sugerir que coerência é um *desideratum* das interpretações corretas.

Raz denuncia o que entende ser uma grave ambivalência, senão uma implausibilidade, da tese dworkiniana, pois um princípio de como as cortes devem decidir

---

<sup>22</sup> RAZ, J. “Speaking with one voice: on dworkinian integrity and coherence”. In: BURLEY, J., 2004.

<sup>23</sup> Idem, p. 286.

será somente *prima facie*, além do fato de que haverá momentos em que as cortes necessariamente vão optar em não comprometer a justiça ou a equidade em nome da integridade, uma vez que as regras que não passem no teste da integridade não fariam parte do direito. O crítico questiona se *O império do direito* reconhece às cortes um dever legal de decidir casos em certas ocasiões transcendendo a lei, ou se, em vez disso, estaria defendendo nessa obra que legalmente as cortes optam sempre por aplicar a lei, mas moralmente elas às vezes não deveriam fazer isso, questão esta objeto de grande controvérsia, pois consta que o autor defende que as cortes sempre devem exercer a discricionariedade moral de transcender a lei, ainda que elas não estejam legalmente permitidas a fazer isso. Na obra em questão, o autor, segundo seu crítico, não tendo concebido o direito como dependente de qualquer tipo de adjudicação, deixa aberta a porta para a possibilidade da discricionariedade, o que seria uma ambigüidade. Raz conclui que, se não há nada na obra que advogue que interpretação e integridade requeiram um endosso de coerência, e ainda que esta não seja necessária para garantir a integridade, então sua crítica recai sobre o fato de a integridade poder atuar por meio de princípios que jamais foram considerados ou aprovados, explícita ou implicitamente, por qualquer autoridade legal.

Dworkin<sup>24</sup> defende-se alegando que Raz, em vez de admitir que integridade é uma virtude política distinta que poderá eventualmente conflitar com a justiça e outras espécies de virtude, é do tipo que prefere “metade da justiça” a nada. Mas Dworkin não aceita a idéia de que um sistema legal que aceite a integridade como uma virtude distinta e controladora produza decisões que são no geral e no passar do tempo menos justas do que seriam decisões alternativas: uma decisão de um juiz sempre poderá ser contestada por seus colegas, pois eles sempre discordam sobre o que é justiça. O autor coloca-se peremptoriamente contra a assunção que Raz e outros críticos assumem, pois, segundo ele, não teriam bases para atacar a integridade como sendo inferior a outras alternativas de justiça e equidade; o alto grau de incerteza que possibilita o exercício indevido de uma discricionariedade em sentido forte é, para Dworkin, incoerente com a preocupação positivista, como a de Raz, com a segurança jurídica.

---

<sup>24</sup> DWORKIN, R. In: BURLEY, 2004.

É nesse sentido que, para Dworkin, a regra social de reconhecimento de Hart implica um alto grau de incertezas e injustiças, apontando lacunas onde, em verdade, poderiam existir deveres legais que imporiam ao juiz uma determinada decisão. Hart, para quem a função da regra é apenas determinar as condições gerais que corretas decisões legais devem satisfazer nos modernos sistemas de direito, acusou Dworkin de exagerar o grau de certezas buscado pelos positivistas. De acordo com Hart, a regra social nunca pretendeu fornecer respostas certas, completamente determinadas, e é nesse sentido que o argumento de Joseph Raz envolve a visão de que deveres, inclusive deveres legais, não podem ser controversos; não podem pautar-se em regras conflitantes, em regras acerca das quais não haja um consenso mínimo ou que sejam baseadas em padrões não convencionais.

Dworkin empolga-se com a crítica, feita por Jeremy Waldron<sup>25</sup>, à sua posição quanto aos direitos legais, diante de sua proposta da resposta correta. Dworkin replica que há, sim, uma resposta certa ao que uma lei permite ou requer em ocasiões especiais, mas aponta para o fato de que juízes e advogados podem não concordar com isso, mesmo que eles sigam os procedimentos estipulados ou mesmo quando eles concordam com as respostas, e se pergunta: “Importa, mesmo, quais procedimentos são estipulados, se estes são bem planejados para alcançar a resposta certa?”<sup>26</sup> As questões não são fáceis de responder, diz ele, e podem tomar dois rumos opostos: a concepção procedimentalista e a objetivista, que definem a legalidade em conformidade aos direitos constitucionais e políticos que as pessoas realmente têm. Ele admite que toma as próprias questões de procedimento legal como sendo questões de moralidade política que por si mesmas têm as respostas certas, considerando-se, por isso, um objetivista em face dos procedimentos, que podem, por sua vez, variar entre integridade pura e inclusiva.

A questão para Dworkin é evitar qualquer solução mais radical de administração de um sistema legal, e buscar ser mais efetivo em dar as respostas corretas a questões sobre direitos individuais, e se pergunta sobre quais direitos as pessoas de fato têm frente a determinados procedimentos. Ele concorda com a distinção feita por Waldron, e também concorda que é compreensível que algumas questões legais substanciais não têm a resposta correta e, se há essa resposta, as instituições a têm dado; ele não só concorda com Waldron de que a integridade pura e a integridade inclusiva divergem entre si, como também admite

---

<sup>25</sup> WALDRON, J. In: BURLEY, J., 2004.

<sup>26</sup> DWORKIN, R. In: BURLEY, J., 2004. p. 388, tradução minha.

que a sua proposta de ideais substantivos e procedimentais é de fato complexa. Dworkin afirma:

Eu não diria que a tese da resposta correta é notável por sua abstenção.(...) Ao contrário, esta tese subscreve, em frase que Waldron usa em algum outro lugar, todos os argumentos que eu faço sobre a responsabilidade dos juízes de perseguir as questões legais em sua profundidade, e a responsabilidade dos cidadãos em julgar para si próprios essas questões. Se aí não houver respostas certas para se encontrar, esta dedicação será então decepcionante. Ainda assim, Waldron está certo em insistir que a importância dessas responsabilidades não depende em nenhuma assunção de que qualquer juiz ou qualquer cidadão vai achar a resposta certa sempre a qualquer momento; menos ainda na profundamente improvável assunção de que eles vão concordar sobre qual é a resposta correta.<sup>27</sup>

Por mais questionável que seja essa sua concepção da *resposta correta*, contudo, Dworkin sustenta enfaticamente a tese da busca da racionalidade, e por muito que se considere que a incerteza é particularmente difícil de destruir em qualquer teoria jurídica, deve-se reconhecer, entre outros, o mérito de Dworkin por buscar a redução da irracionalidade e a segurança das decisões jurídicas. De fato, Dworkin tem demonstrado o alto preço que se paga caso se conceda ao juiz a discricionariedade, preço pago pelos positivistas sem se darem conta de que estão aceitando leis retroativas e coisas piores. Sem margem de dúvida, para os juristas formados no marco positivista, para os filósofos formados no âmbito do utilitarismo, para os liberais e os marxistas, Dworkin é um autor incômodo porque questiona pressupostos fundamentais comumente aceitos. Assim, discutir as concepções desse autor é tarefa que se faz necessária no âmbito da filosofia do direito e da filosofia política, e todas as questões que apresento acima corroboram a pertinência e a relevância de se abordar o tema, como pretendo fazê-lo no presente estudo.

---

<sup>27</sup> *Ibidem.*

#### 4. A TESE CONTIDA EM *O IMPÉRIO DO DIREITO*

Neste item exponho em linhas gerais a tese apresentada por Ronald Dworkin em sua obra *O império do direito*, em que se propõe a elaborar uma teoria do direito, discutindo seus fundamentos. Já no prefácio do livro o autor apresenta a questão: vivemos sob o império do direito, estamos submetidos a seus métodos e ideais, mas os textos jurídicos, que deveriam conter o registro de suas determinações, freqüentemente são obscuros e ambíguos. Como a lei pode comandar, se seus textos emudecem sobre tantas questões? Como lidar com a conseqüente divergência entre juízes, e entre juízes e advogados, ou seja, com a divergência no direito? Dworkin explicita então a resposta, que desenvolveu ao longo de anos, a essas questões, e que neste livro expõe detalhadamente: o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva; e o direito constitui a melhor justificativa do conjunto das práticas jurídicas, ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Aprofunda as bases dessa concepção de direito numa política de integridade, comunidade e fraternidade.

Nesta obra retoma também sua crítica ao positivismo jurídico, já realizada em obras anteriores, salientando aqui, no entanto, as deficiências interpretativas das teorias positivistas. Em relação à controvérsia entre sua posição e a dos positivistas a respeito da possibilidade de haver respostas certas ou apenas diferentes sobre questões jurídicas polêmicas, Dworkin vai abordá-la novamente nesta obra, aprofundando a reflexão de que a busca da resposta correta diz respeito à moral, e não à metafísica. Os subtítulos utilizados a seguir são fiéis aos títulos dos capítulos do livro focado.

**O que é o direito?** - No primeiro capítulo, Dworkin lança um apelo para que se discipline a idéia do *direito como ciência*, uma vez que não há um consenso quanto ao conceito de direito. Não só é importante o modo como os juízes decidem as causas, mas também o que eles pensam que é o direito, pois freqüentemente há divergências entre eles sobre essa questão, especialmente em casos judiciais complexos. Segundo o autor, há sempre uma dimensão moral presente em um processo judicial legal; se um juiz julga de maneira injusta, as conseqüências não se restringem a perdas econômicas ou mesmo de liberdade, mas dizem respeito a danos morais infligidos aos envolvidos no processo. Além



disso, uma decisão de um juiz pode vir a atingir um grande número de pessoas, na medida em que, freqüentemente, aquilo que o juiz afirma torna-se lei. Assim, há um risco permanente de injustiça pública, evidenciado pela ocorrência de decisões supostamente imparciais dos juízes, mas influenciadas por questões políticas.

Dworkin afirma que os processos judiciais sempre suscitam três tipos de questões: as questões de fato, que se referem às divergências entre juízes quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na situação; as questões de direito, que dizem respeito a divergências entre advogados e entre juízes sobre qual é a lei que rege um caso, e mesmo quanto às formas de verificação a serem utilizadas; e as questões de moralidade política e fidelidade, que se apresentam quando há divergências quanto ao que é certo ou errado em termos morais. A divergência quanto às questões de direito é a que efetivamente se verifica entre juízes e advogados, e consiste na discordância quanto aos *fundamentos* do direito, ou seja, consiste na divergência dos juristas sobre a questão de se a legislação e os precedentes esgotam ou não os fundamentos do direito; esse tipo de divergência é teórica, diferentemente das divergências empíricas, que se referem a fatos. O autor critica a visão do direito como simples questão de fato, pois de acordo com essa perspectiva, a divergência teórica seria ilusória: os juízes e advogados não teriam divergências quanto ao que o direito é, mas divergiriam quanto ao que o direito deveria ser.

Dworkin aponta para a relativa facilidade de se constatar uma controvérsia sobre as evidências de uma *questão de fato*, enquanto é grande a dificuldade em estabelecer a questão da moralidade e da fidelidade à lei, uma questão muito grave, pois advogados e juízes parecem divergir com muita freqüência sobre a lei que rege um caso, inclusive parecem divergir quanto às formas de verificação a serem usadas. De acordo com o ponto de vista do direito como simples questão de fato, muito popular entre os leigos e também entre os filósofos do direito, a divergência teórica no direito seria uma ilusão, já que, na verdade, os advogados e juízes estariam de acordo quanto aos fundamentos do direito e apenas simulariam divergir quanto a eles. Segundo essa concepção, o direito existe apenas como mero fato, independente daquilo que ele *deveria* ser; é sempre uma questão de fato histórico, não diz respeito à moralidade

Alguns autores criticam Dworkin por não enfatizar que o direito é um fenômeno social, ao que ele contra-argumenta que esse tipo de objeção à sua teoria fracassa em

decorrência de seus próprios critérios, pois o tipo de teoria que preconiza é incapaz de oferecer qualquer realismo social. Salienta que “o direito é, sem dúvida, um fenômeno social, mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*”<sup>28</sup>.

A argumentação que justifica as reivindicações a que o direito se refere pode ser estudada a partir de dois pontos de vista: o ponto de vista externo, que corresponde àquele do historiador ou do sociólogo, por exemplo, e o ponto de vista interno, o das próprias pessoas que formulam as reivindicações, a quem interessa quais dessas reivindicações são bem fundadas e por quê – seu interesse é prático, não histórico. Ao salientar que é necessária uma teoria social do direito, Dworkin entende que ela não pode ignorar a estrutura do argumento jurídico; assinala que as explicações daqueles que o criticam por não enfatizar o direito como fenômeno social ignoram as questões sobre a natureza interna do argumento no direito. Adota o ponto de vista interno, aquele do participante, ao debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade do argumento jurídico formal, vale dizer, a partir do ponto de vista do juiz.

Com o intuito de oferecer uma melhor compreensão sobre a essência da argumentação jurídica, Dworkin descreve alguns casos judiciais reais e famosos, casos complexos que foram decididos por juízes ingleses e norte-americanos e que são discutidos até hoje nos cursos de Direito. Evidencia-se nesses casos que neles se travou uma batalha sobre a questão do direito em sua essência: os argumentos utilizados em sua resolução remetiam ao direito e não a meras questões de fato, tanto nos casos (Elmer e Snail Darter) que dependiam, para ser resolvidos, de uma melhor interpretação da verdadeira lei, a partir de um texto legislativo específico, quanto naqueles (McLoughlin e Brown) que foram polêmicos em função da divergência entre aplicar a estes casos a doutrina estrita ou a doutrina atenuada do precedente. Em todos eles a divergência suscitada não foi apenas superficial mas incidiu na essência do direito, demonstrando que o ponto de vista do direito como simples questão de fato não corresponde à sua verdadeira problemática, pois as regras para o uso do direito não relacionam o direito a um mero fato histórico, pura e simplesmente.

---

<sup>28</sup> DWORKIN, 2003, p. 17.

Dworkin apresenta algumas teorias semânticas do direito – teorias que pressupõem que advogados e juízes utilizam basicamente os mesmos critérios lingüísticos para verificar se as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras, e também os mesmos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados compartilham para avaliar as proposições jurídicas, e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam, mas todas pressupõem que eles estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito, ou seja, que não há divergência teórica entre eles: todos compartilhariam os mesmos critérios sobre o uso a ser dado à palavra *direito*.

A mais influente dentre as teorias semânticas do direito é o positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas depende de certos eventos históricos específicos. Dois autores dessa corrente são particularmente importantes na tradição britânica - John Austin e H. L.A. Hart. Austin, advogado e acadêmico inglês do século XIX sustenta, segundo Dworkin, que “uma proposição jurídica é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política desde que transmita, corretamente, o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal sociedade”<sup>29</sup>, ou seja, o direito consistiria na obediência às ordens colocadas por um soberano. E para Hart, nas palavras de Dworkin, “os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis.”<sup>30</sup> Dworkin contesta o positivismo jurídico e afirma que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser teórico, e não empírico, e deve-se criar uma teoria sobre os fundamentos apropriados do direito. Refere-se ainda às teorias realistas, desenvolvidas no início do século XX, especialmente nas escolas de direito norte-americanas, e salienta que se caracterizam pelo ceticismo, pois para elas o direito não existe, seria apenas uma previsão que se pode fazer sobre como o juiz julgará, a depender do contexto e de influências externas. Dworkin refere-se também a outras teorias semânticas do direito, como as escolas do direito natural e do realismo jurídico, menos importantes, a seu ver, que as teorias positivistas, e que se posicionam como rivais do positivismo jurídico.

---

<sup>29</sup> *Idem.*, p. 41.

<sup>30</sup> *Idem.*, p. 42.

**Conceitos de interpretação** - Realizando uma análise crítica do positivismo jurídico e também do utilitarismo, no segundo capítulo Dworkin discute a *interpretação*, elemento fundamental, em sua teoria do direito, na elaboração da decisão judicial. Critica o que ele chama de *agulhão semântico*, expressão que utiliza para se referir aos efeitos nefastos e enganosos da convicção dos positivistas de que as divergências no direito referem-se apenas a questões empíricas – questões de fato – e não a questões teóricas – dos fundamentos do direito. Contrário a qualquer forma de universalismo, e recorrendo a Gadamer<sup>31</sup>, para quem a interpretação é algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas, Dworkin voltará sua carga contra eventuais filósofos da justiça que pretendem uma separação rígida entre direito e moral.

Apresenta o exemplo de uma suposta comunidade que seguiria regras sobre uma determinada prática social – a cortesia – para ilustrar o que seria a atitude interpretativa, fazendo uma analogia entre a cortesia e o direito. Inicialmente todos da comunidade seguiriam regras sobre a cortesia de maneira rígida, sem questionar, mas gradativamente assumiriam uma atitude interpretativa frente a essas regras, compreendendo que elas teriam um valor, uma finalidade, e poderiam ser modificadas segundo essa finalidade. A cortesia deixaria de ser realizada de forma mecânica, obediente às regras, e passaria a ter um significado, a ser vista à sua melhor luz, e gradativamente reestruturada à luz desse significado.

Dworkin preconiza um conceito interpretativo para o Direito, que pode mudar a depender de quem o interpreta e do momento histórico, e faz agora uma analogia entre interpretação em Direito e interpretação artística, assinalando que as duas são interpretações criativas, o que caracteriza as interpretações construtivas, em que o intérprete “constrói” o objeto a ser interpretado da melhor forma possível – à sua melhor luz. Haveria, então, uma *resposta correta* a ser encontrada através da interpretação construtiva, concepção de Dworkin que deu margem a críticas por parte dos céticos, e a equívocos. A interpretação, segundo ele, parte da (re)construção de decisões jurídicas anteriores, como uma narrativa à qual vão se adicionando elementos presentes, e se dá em três etapas: a pré-interpretativa, na

---

<sup>31</sup> Dworkin refere-se à tradução inglesa – *Truth and Method*, 2ª ed., Londres, 1979 - da obra em alemão de Hans-Georg Gadamer, da qual dispomos de uma tradução em português: *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997

qual são identificadas regras e padrões já utilizados, que fornecem o conteúdo experimental da prática; a etapa interpretativa, na qual se busca uma justificativa geral para as regras e padrões identificados na etapa anterior; e a pós-interpretativa, onde se ajusta aquilo que a prática requer para melhor atender à justificativa aceita na etapa interpretativa.

O autor então se contrapõe aos céticos, que afirmam não poder haver respostas certas em questões de moral ou de interpretação, e usam da retórica metafórica do ceticismo exterior para atacar o ponto de vista de que as decisões jurídicas corretas se situam em alguma realidade transcendental, como se esta fosse a posição de Dworkin, no que se enganam. A resposta certa de Dworkin não se pauta na metafísica, como sugerem os céticos, mas na moral.

**A jurisprudência revisitada** - Tendo feito sua argumentação contra as teorias semânticas, Dworkin, já no terceiro capítulo da obra, explicita sua concepção de direito como interpretação: os juízes “desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho. Quando divergem sobre aquilo que chamei de modalidade teórica, suas divergências são interpretativas”<sup>32</sup>. Deixa claro que a interpretação, com todas as suas decorrências, é um dos pontos de sustentação de sua teoria, e explicita as implicações de subjetividade aí contidas.

Salienta que “as teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o ‘sentido’ - o propósito, objetivo ou princípio justificativo - da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes.”<sup>33</sup> Por outro lado, o autor entende que um grande número de forças pode atenuar essas diferenças e levar a convergências, pois toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância, e mesmo injustiças. Seriam as forças centrípetas, levando às convergências.

Tal como as teorias gerais da justiça ou da cortesia, convenções abstratas, as teorias gerais do direito deveriam também ser abstratas, pois sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição. Para Dworkin, o direito pertence à comunidade não

---

<sup>32</sup> *Idem*, p. 109.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 110.

apenas passivamente, porque seus membros sustentariam certas idéias sobre o que é certo ou errado, mas também como uma questão de compromisso ativo, porque suas autoridades tomaram decisões ao longo de sua história que comprometem a comunidade com os direitos e deveres que constituem o direito enquanto instituição. Daí decorre que a comunidade aceite a idéia de que os direitos legais são aqueles que derivam de decisões políticas do passado, porém, segundo sua melhor interpretação.

Dworkin apresenta uma nova imagem da jurisdição, que se refere às mudanças de paradigma que podem ocorrer no direito, refletindo mudanças sociais: em algum momento uma nova interpretação, ou mesmo uma interpretação mais radical pode ser elaborada por algum juiz, e passa a ser aceita inicialmente por uma minoria progressista, até que gradualmente se rompa o paradigma vigente e se institua um novo paradigma. Segundo o autor, essa nova imagem resgata a possibilidade de acreditar no que dizem os juízes, de confiar que possam tomar decisões adequadas. (...) “o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado”<sup>34</sup>.

A seu ver, uma completa teoria política do direito incluiria pelo menos duas partes principais: a que se refere *aos fundamentos* do direito - circunstâncias nas quais proposições jurídicas específicas devem ser aceitas como bem fundadas ou verdadeiras - e a que diz respeito à *força* do direito - o relativo poder que tem toda e qualquer verdadeira proposição jurídica de justificar a coerção em vários tipos de circunstâncias excepcionais. Essas duas partes devem apoiar-se mutuamente e, portanto, uma teoria geral do direito haveria de propor uma solução a um complexo conjunto de equações simultâneas, e quando se comparam essas duas partes, deve-se decidir até que ponto estas diferem em suas conseqüências práticas gerais, uma vez que estejamos cientes de que fundamentos e força são conceitos antagônicos.

**O convencionalismo** - Dworkin inicia o quarto capítulo afirmando que esta concepção, ou mesmo qualquer outra concepção positiva do direito, geralmente é considerada a resposta certa à questão de por que a política do passado é decisiva para os direitos do presente: o convencionalismo explicaria de que maneira o conteúdo de decisões

---

<sup>34</sup> *Idem*, p. 116

políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável. Segundo afirma, essas decisões justificariam a coerção porque subordinam as ocasiões de coerção a fatos simples e acessíveis a todos, e não a apreciações recentes da moralidade política que, de modo diverso, juízes diferentes poderiam fazer. As opiniões dos juízes estariam repletas de referências a decisões anteriormente tomadas por outros juízes e, portanto, o pressuposto interpretativo crucial do convencionalismo, de que sua prática jurídica pode ser estruturada por convenções jurídicas centrais e onipresentes tanto sobre a legislação quanto sobre o precedente, parece refletir-se na experiência comum.

Ao examinar essa questão mais de perto, porém, Dworkin observa que, muito mais freqüentemente do que se possa imaginar, os juízes e os advogados na realidade teriam teorias diferentes sobre a leitura correta das leis e das decisões tomadas no passado e que esse tipo de divergência judicial vem colocar um problema óbvio ao convencionalismo: algo mais deve ser dito sobre a natureza de uma convenção, sobre a extensão e o tipo de concordância que é necessária para que uma proposição jurídica específica possa ser verdadeira em virtude de uma convenção jurídica também específica. Se, de um lado, o *convencionalismo estrito* não pode oferecer nenhuma ajuda aos juízes que deparam com processos problemáticos, pois este só pode oferecer o conselho negativo de que os juízes não devem fingir que decidem tais casos com fundamento no direito, de outro, o *convencionalismo moderado* em nada garante o ideal das expectativas asseguradas, pois os juízes convencionalistas moderados têm razão para negligenciar qualquer convicção ou alegação a este respeito.

Dworkin salienta que um juiz conscientemente convencionalista refletiria sobre a doutrina do passado da mesma maneira como o fazem os juízes atuais, não em busca de uma confirmação da opinião popular, mas, de maneira mais direta, teria o cuidado de elaborar um novo direito que fosse coerente com o antigo. Alega, entretanto, que esse tipo de direito é negado pelo próprio convencionalismo, pois um juiz convencionalista não teria razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. Antes, a característica mesma de prática jurídica que parece fazer do convencionalismo uma boa interpretação das leis, seria, na verdade, um entrave a essa concepção.

Isto parece evidente, pois as regras do jogo mudam com o passar do tempo. Mas quando certas regras são aceitas como uma questão de convenção, uma nítida distinção terá sido necessariamente estabelecida entre os argumentos sobre as regras e os argumentos dentro das regras. Esses juízes tratariam as técnicas que usam para interpretar as leis e avaliar os precedentes como princípios que poderão ser justificados em alguma teoria política mais profunda, e quando, por qualquer razão, alguém coloca isso em dúvida, elaboram teorias que lhes parecem melhores. É a isso que Dworkin chama de *ideal das expectativas asseguradas*, uma vez que a força coletiva só deve ser usada de acordo com padrões escolhidos e interpretados através de procedimentos que a comunidade como um todo sabe que serão usados para esse fim - procedimentos tão amplamente reconhecidos que seriam objeto de convenção geral social ou profissional.

**Pragmatismo e personificação** - Quanto à tese pragmatista, Dworkin relata no quinto capítulo que esta consiste na mais poderosa e persuasiva concepção de justiça, e é o mais forte desafio ao direito como completude, por serem essas duas concepções fundamentalmente diversas entre si. Há uma diferença essencial entre pragmatismo e direito como completude: o pragmático nega que as decisões jurídicas do passado possam oferecer qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado.

Para Dworkin, o pragmatismo soa como uma concepção cética do direito porque esse método rejeita a existência de pretensões jurídicas genuínas, nega que uma comunidade garanta alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz tenham coerência com decisões tomadas no passado. O autor afirma que, para o pragmatismo, “(...) os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo.”<sup>35</sup> Afirma ainda que a racionalidade prática dos pragmatistas é questionada por rejeitarem a própria idéia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo.

Argumentando contra os pragmatistas e defendendo sua concepção do direito como integridade, Dworkin afirma que a política comum tem certos ideais - uma estrutura política imparcial, justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo para

---

<sup>35</sup> *Idem*, p. 119.



fazer com que vigorem as regras e os regulamentos -, que correspondem às virtudes da equidade, justiça e devido processo legal. Esse novo ideal exige que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos – aí se introduz o conceito de integridade política -, para estender a todos, os padrões fundamentais de justiça e equidade. A integridade, portanto, torna-se um ideal político à medida que se exige do Estado ou da comunidade em geral que aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza dos princípios de justiça e equidade.

Ao se aceitar que as autoridades ajam em nome da comunidade da qual se é membro, isso implica numa responsabilidade coletiva, o que sugere que a integridade como uma virtude política distinta, ao lado da justiça e da equidade, tem lugar nesse sistema de idéias. A integridade política seria assumida pela comunidade, como se esta realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos – é a idéia de *personificação* que Dworkin introduz para dar sustentação à sua teoria do direito como integridade. Assim, a integridade não seria atributo apenas do juiz, mas da própria comunidade, personificada como uma entidade que se pautaria por esses valores; tal personificação atribuiria influência e responsabilidade morais a essa comunidade. Assim, uma comunidade seria fiel, não apenas à sua moral convencional ou popular, mas sim a princípios.

**Integridade** - Ao discorrer sobre integridade, no sexto capítulo, Dworkin afirma que nenhum Estado deve fazer cumprir todas as obrigações de um cidadão, ainda que essa obrigação esteja bem próxima de ser uma condição necessária, uma vez que nenhuma política geral do Estado que tenha por fim manter o direito com mão de ferro poderá justificar-se se, por parte do Estado, o direito não for uma fonte de obrigações genuínas com o cidadão. Integridade para Dworkin implica agir segundo um conjunto único e coerente de princípios e, apesar de se manter *dentro* das comunidades políticas e não *entre* elas, a integridade na interpretação é a quintessência do direito e da justiça.

A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os

interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania.<sup>36</sup>

A integridade seria um ideal político, para Dworkin, desde que se pressuponha que ela seja um ideal distinto que se adapte e honre nossa política; a realidade, porém, a seu ver, é muito diferente quando se levam em conta as ditas obrigações associativas ou comunitárias que, apesar de parte importante do contexto moral, seriam complexas e muito menos estudadas pelos filósofos do que os tipos mais comuns de obrigações pessoais. Pode-se imaginar a sociedade política como associativa apenas porque as atitudes políticas correntes parecem satisfazer a condição de que se tem interesses especiais por outros membros de nossa própria nação, bem como obrigações para com eles.

Para Dworkin, a integridade é uma virtude, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal; é a chave para a melhor interpretação construtiva de distintas práticas jurídicas e, particularmente, para o modo como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais. Em princípio, os juízes têm o direito de ter seus atos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade já exigiam ou permitiam, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade.

Um governo que aceite um princípio igualitário abstrato, segundo o qual é preciso tratar igualmente todos os cidadãos, necessita de uma concepção de interesse equitativo, e a integridade exige que o governo se decida por uma única concepção: uma instituição que se pautar nessa concepção de interesse equitativo para justificar algumas leis não pode usar uma concepção contraditória para justificar outras leis. Contudo, tem-se que, apesar de a integridade condenar as decisões dos promotores que pratiquem discriminação a partir de fundamentos que violam direitos reconhecidos, e desqualificar certo tipo específico de incoerência, o efeito da integridade sobre as decisões políticas seria mais difuso.

**Integridade no direito** - Contrapondo então sua concepção do *direito como integridade* – em que as decisões jurídicas devem pautar-se em um conjunto único e

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 230.

coerente de princípios, de natureza moral – às concepções do *convencionalismo* e do *pragmatismo*, Dworkin afirma, no sétimo capítulo, que o direito como integridade renega que as manifestações do direito reduzam-se aos relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou aos programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Salienta, porém, que sua teoria tem em comum com o convencionalismo o fato de as duas teorias serem não céticas, positivas: sustentam que as pessoas têm suas pretensões juridicamente garantidas de ganhar um processo se esse direito decorre de decisões jurídicas anteriores. No caso do convencionalismo, esses direitos seriam *todos* os direitos que as convenções jurídicas extraem de decisões anteriores, enquanto no direito como integridade, esses direitos seriam aqueles garantidos à luz dos princípios que ofereceriam a melhor justificativa para aquela decisão jurídica – a interpretação das decisões anteriores à sua melhor luz.

Diferentemente dessas duas teorias, o pragmatismo jurídico se caracterizaria como uma concepção cética do direito, na medida em que nega que as pessoas tenham direitos apenas porque alguma lei assim o determinou, ou pelo fato de decisões de outros juízes em situações similares terem decidido por esse direito no passado; para o pragmatismo, as pessoas nunca terão direito àquilo que se configura como sendo pior para a comunidade como um todo. Segundo a concepção pragmatista de direito, o juiz define sua decisão avaliando suas conseqüências para a comunidade, voltado para o futuro, e não para o passado; no pragmatismo não há a interpretação de decisões anteriores a definir a decisão atual, mas sim a avaliação do que será melhor para o futuro da comunidade. Assim, enquanto no pragmatismo desconsideram-se as decisões jurídicas anteriores bem como a necessidade de interpretá-las para fundamentar a decisão jurídica do presente, na teoria do direito como integridade de Dworkin o juiz retoma as decisões anteriores, busca compreendê-las em seu contexto histórico, e interpreta-as construtivamente, adicionando novos elementos, à luz do princípio da integridade.

Para Dworkin, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento; o direito como integridade é mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo, o mais implacável, pois exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a

comunidade faz vigorar. O autor salienta que o direito - os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que permitem ou exigem a coerção - contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também o sistema de princípios necessários à sua justificativa.

Embora no âmbito da interpretação, será sempre possível buscar a resposta correta em cada decisão judicial, e essa interpretação é construtiva - novos elementos vão sendo adicionados por cada intérprete às interpretações já feitas no passado -, realizada à luz do princípio da integridade. Um juiz que decide um caso introduz acréscimos na tradição que interpreta - ele elabora uma reconstrução criativa - e, assim, os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que havia sido feito por um juiz anterior. Para explicar de maneira mais clara essas concepções, Dworkin faz uma analogia entre a reconstrução criativa que propõe como método a ser utilizado por juízes, e o trabalho de criação e interpretação literárias. Lança mão do exemplo do *romance em cadeia* para ilustrar seu pensamento:

Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de 'romance em cadeia'.<sup>37</sup>

Dworkin compara uma cadeia de juízes a uma cadeia de autores independentes a escrever o desenrolar da trama de um romance literário, cada qual elaborando um capítulo. Ilustrando sua concepção de justiça como interpretação, sugere então que a obra *Conto de Natal*, de Dickens<sup>38</sup>, seja vista como uma metáfora para o conceito de Justiça, em que um juiz faria o papel de um romancista que assume a tarefa de interpretar a parte inferior da cadeia de seus autores, ou seja, as partes já escritas por esses autores, às quais deve dar continuidade; e Dworkin convida o leitor a supor que Dickens nunca escreveu *Conto de Natal*, mas que esse juiz participa de sua escrita, e que o texto que lhe passam, apesar de ter sido escrito por várias pessoas, é a primeira parte desse conto, e sugere que se considerem estas duas interpretações do personagem principal desse conto: Scrooge é inerente e

---

<sup>37</sup> *Idem*, p. 275

<sup>38</sup> *Idem*, p. 283.

irrecuperavelmente mau, uma encarnação da maldade consumada da natureza humana, livre dos disfarces da convenção que ele rejeita; ou Scrooge é inerentemente bom, mas progressivamente corrompido pelos valores falsos e pelas exigências perversas da sociedade capitalista. A tarefa do juiz-romancista seria fazer do texto o melhor possível, e ele então vai escolher a interpretação que, em sua opinião, e de alguma maneira, possa tornar a obra mais significativa, ou melhor. Fica implícito, evidentemente, que a escolha de uma ou outra dessas interpretações fará uma enorme diferença na continuação da história, mas o Juiz Hércules, um alterego fictício de Dworkin que aqui é introduzido, está atento, e seu juízo estético - sobre qual interpretação torna melhor o seu romance - é mais complexo, pois deve identificar e permutar as diferentes dimensões de valor em um romance literário.

Pode-se então imaginar por qual prisma ele estará considerando a trama, se aquele de quem acredita que a interpretação do pecado original é o retrato mais fiel da natureza humana, ou se é a interpretação sócio-realista que oferece uma estrutura formal mais profunda e interessante para o romance. Dworkin sugere, portanto, que um juiz analise um caso jurídico como se fosse um romancista a terminar uma obra que recebeu quase pronta e que, assim, imagine como seria seu personagem principal. Porém, nos alerta que no direito, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação será sempre complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos. Dworkin postula a *integridade* como um ideal político porque entende sua comunidade política como uma comunidade de princípios, uma vez que os cidadãos de uma comunidade de princípios teriam por único objetivo os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar.

Dando continuidade à elaboração de sua concepção do direito como integridade, Dworkin aborda a seguir questões que se apresentam nas três áreas de deliberação judicial: casos em que é aplicado o *common law*, casos que dizem respeito à legislação e casos de dimensão constitucional.

**O *common law*** - No capítulo oito, em que são analisadas questões relativas à lei sobre acidentes e danos involuntários e são discutidos os vários modos de as práticas

jurídicas lidarem com esses casos, a título de compreender a aplicação do direito como integridade a casos do âmbito do *common law*, Dworkin aborda um postulado interpretativo norte-americano e inglês - a chamada teoria econômica do direito por danos involuntários, que oferece uma interpretação geral das decisões que seus juízes tomaram sobre acidentes, ilícitos civis e danos não intencionais. Segundo essa teoria, as decisões devem ser regidas pelo princípio econômico de que é preciso agir sempre do modo menos dispendioso financeiramente para o conjunto da comunidade. Desse modo, pensa Dworkin, um legislador aumenta ao máximo a riqueza da comunidade ao tentar avaliar o que uma negociação verdadeira teria produzido se tivesse sido possível fazê-la. Uma análise econômica mais sofisticada poderia mostrar que uma regra mais complexa produziria mais riqueza para a comunidade, e essa doutrina imputaria a perda a todas as partes que se comportassem de modo não razoável em uma situação específica, levando em conta em que medida o grau de desvio do comportamento de cada um teria contribuído para o acidente. Esse seria um enfoque equitativo das atitudes morais habituais da comunidade.

Dworkin refere-se a três tipos de argumentos que podem nortear as decisões judiciais nos casos em que se aplica o *common law*: o argumento libertário, o utilitarista, e o de igualdade de recursos, defendendo este último. As concepções libertárias de igualdade pressupõem que as pessoas têm direitos naturais sobre qualquer propriedade que tenham adquirido de modo canônico, e que o governo estará preservando a igualdade à medida em que proteger a posse e a fruição de tal propriedade. O argumento utilitarista oferece um ideal que, uma vez aceito, deve dirigir a legislação e a decisão judicial, visando, acima de tudo, o bem-estar da comunidade, ainda que em detrimento da liberdade individual. Assim, o governo teria um dever geral e abrangente, que os cidadãos não possuem enquanto indivíduos, de examinar e alterar constantemente suas regras de propriedade, usando de radicalismo se necessário, para aproximá-las mais do ideal de tratar as pessoas como iguais segundo a melhor concepção. A argumentação baseada na igualdade de recursos é a que oferece a concepção ideal para os casos em que se aplica a *common law*, e as linhas básicas do direito norte-americano e inglês sobre ilícitos civis e negligência favorecem uma solução plausível do problema interpretativo a propósito dessa suposição.

Dworkin propõe que se busque encontrar um equilíbrio entre atender às necessidades e interesses individuais, e ao mesmo tempo preservar os interesses coletivos,

salientando que, no entanto, isso só é necessário quando os direitos abstratos (direitos *prima facie*) provocam conflito de interesses. O autor postula que a questão da liberdade deve ser preservada, porém mantendo-se o princípio da igualdade de direitos, e defende que a moral dos indivíduos de uma comunidade também deve reger essa busca: não apenas o juiz deve pautar-se pela integridade, mas também os cidadãos de uma comunidade.

**As leis** - No nono capítulo Dworkin passa a abordar situações em que o Juiz Hércules precisa, agora, não mais interpretar decisões anteriores de outros juízes, mas interpretar leis cujo sentido não é muito claro. Esta questão remete àquilo que Dworkin denomina como ponto de vista da *intenção do locutor*, o que implica a convicção de que a legislação é uma ocasião ou um exemplo de comunicação; quando uma lei não é clara, os juízes se voltam para a história legislativa para descobrir qual era o estado de espírito que os legisladores tentaram comunicar através de seus votos. O ponto de vista de Dworkin/Hércules sobre como a lei deve ser lida é o de que essa interpretação dependerá, em parte, daquilo que certos congressistas disseram ao debatê-la, mas dependerá, por outro lado, da melhor resposta a dar a determinadas questões políticas. O juiz não pode se pautar exclusivamente no que ele supõe que tenham sido as intenções do legislador - ou locutor, considerando que as leis são comunicação. Para nosso autor, a teoria da intenção do locutor não justifica as supostas alegações de neutralidade política de seus adeptos que, criticando o método de Hércules/Dworkin, defendem que interpretar corretamente a intenção do legislador garantiria neutralidade às decisões. Para Dworkin, “essa idéia diferente nada mais é que uma formulação frágil e uma forma instável do próprio método de Hércules, no qual ela então, naufraga”<sup>39</sup>.

Para ilustrar essa posição, à qual critica, Dworkin introduz um novo juiz hipotético - Hermes -, quase tão arguto e igualmente paciente quanto Hércules. Aceitando também o direito como integridade bem como a teoria da intenção do locutor na legislação, o Juiz Hermes acredita, assim como Hércules, que a legislação é comunicação, mas acredita ainda que as leis devem ser aplicadas descobrindo-se a vontade comunicativa dos legisladores, aquilo que eles estariam tentando dizer quando votaram determinada lei. Dworkin assim se refere a essa concepção:

---

<sup>39</sup> *Idem*, p. 380.

É bastante difícil descobrir as intenções de amigos e colegas, de adversários e de amantes.(...) Mas Hermes começa por adotar uma atitude prática com relação a essas dificuldades evidentes. Admite que deva empenhar-se mais em descobrir as atitudes mentais subjacentes à legislação do que os estados de espírito de pessoas que ele encontra em bares; que às vezes deve decidir por julgamentos de probabilidade especulativa, não de certeza prática: e que em alguns casos deve admitir não possuir nenhum indício útil de qualquer estado de espírito pertinente e então estar preparado para decidir esse caso particular de algum outro modo.<sup>40</sup>

(...) a teoria da intenção do locutor (...) almeja descobrir o que se poderia pensar que um legislador realmente tinha em mente quando se exprimiu através de seu voto.<sup>41</sup>

Na verdade, afirma Dworkin, suas próprias convicções políticas são as únicas que Hermes possui. Esse é o dilema que as antigas leis apresentam, nos termos de Dworkin: diz-se que os juízes devem escolher entre a mão morta, porém legítima, do passado e o encanto claramente ilícito do progresso. O método de Hércules/Dworkin não identifica certas pessoas como os criadores exclusivos de uma lei, em que pesem suas esperanças, expectativas, convicções concretas, declarações ou reações. A tendência contemporânea, diz Dworkin, já não é construir uma doutrina das fontes ou métodos do direito tais como deveriam ser em função de princípios preconcebidos, como fizeram Savigny, Ihering ou Kelsen, mas analisar os comportamentos normais dos juristas tais como realmente são.

**A constituição** - Após discutir a questão da interpretação das leis, Dworkin inicia o capítulo dez abordando a situação do debate popular sobre como os juízes devem decidir seus casos quando pertencem à Suprema Corte e os casos em pauta são eventos constitucionais que questionam se o Congresso, algum Estado ou o presidente de fato detêm o poder legal de flexibilizar limites. A imaginação popular, segundo Dworkin, parece preferir juízes conservadores aos liberais, ou seja, juízes que interpretariam a constituição de maneira estrita, mas essa distinção seria inexata e é improvável que contribua de maneira significativa para qualquer análise séria do julgamento da constitucionalidade - esses rótulos são extremamente enganosos, diz o autor.

---

<sup>40</sup> *Idem*, p. 382.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 387.



Dworkin já rejeitara a versão da intenção do locutor sobre a teoria da intenção legislativa, e rejeita agora a posição dos historicistas e dos passivistas em relação à constituição, por não introduzirem a interpretação pautada em princípios morais. O argumento em favor de se levarem em conta as declarações feitas no processo legislativo, pelo menos quando estas forem feitas de modo formal, provém do conceito de integridade no processo político, segundo o qual tais declarações são parte da história política de uma comunidade, e a história política aparecerá, então, em sua melhor luz quando as leis e as constituições forem interpretadas de modo a se ajustarem às declarações formais de propósito e convicção.

Dworkin argumenta contra o historicismo e o passivismo enquanto interpretações gerais da prática constitucional norte-americana. Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de *direito natural*; é guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional. Acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. Seus argumentos abrangem a convicção popular e a tradição nacional sempre que estas forem pertinentes à questão da soberania, do tipo 'qual interpretação da história constitucional apresenta essa história geral em sua melhor luz?' Hércules também não é um passivista, pois rejeita a idéia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas; nem é um ativista, pois recusa-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador sempre que acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política e não de princípio, quando o argumento é sobre satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de estratégias e metas.

Dworkin apresenta a posição do juiz Hércules, salientando que este se pauta nos fundamentos da Constituição e em seus princípios morais para nortear suas decisões:

(...) já vimos o suficiente para saber que uma acusação que certos juristas fariam a Hércules é injusta e, o que é ainda pior, obscurantista. Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o

que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer.<sup>42</sup>

Se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial.

**O direito além do direito** - Os juristas saudosistas reverenciariam uma antiga idéia - a de que o direito se autopurifica -, e Dworkin então se pergunta, no último capítulo: tal concepção seria capaz de reconhecer uma forma mais pura de direito que a que possuímos? O autor nega essa possibilidade ao afirmar que “o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo”<sup>43</sup>, pois para Hércules não há espaço, neste cenário, para a idéia do direito convertido numa forma mais coerente e mais pura do que realmente é: o direito mais puro é o direito atual, contemporâneo, o que está sendo realizado agora. A idéia do direito purificado consiste no direito como integridade, e isso porque no direito como integridade é certo que não só a distinção sentimental ocupa um lugar, bem como vincula o direito à justificativa atual de força coercitiva, e portanto vincula-o à prestação jurisdicional: o direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal, o que implica diversos tipos de limitações institucionais, especialmente para os juízes. Se Hércules decidisse ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito nas situações em que ignorar essas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, por si só considerada matéria relevante, ele estaria violando a integridade, pois qualquer interpretação de nossa prática legal deve considerar e respeitar essas limitações institucionais.

Dworkin, entretanto, adverte-nos não querer com isso dizer que Hércules sempre aceitaria a incoerência substantiva para manter a fidelidade aos princípios mais processuais, mas apenas que o caráter complexo da prestação jurisdicional torna inevitável que ele, às vezes, assim o faça. O direito como integridade para Dworkin, portanto, não só permite mas também promove formas de conflito dentro da melhor interpretação geral do direito.

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 476.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 477.

Pregando simplicidade e coerência de justiça, Dworkin aceita a integridade como um ideal político distinto, mas também aceita o princípio de integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito.

O autor destaca a *justiça* entre as virtudes políticas, criando para ela uma forma especial de integridade. Essa deferência não é gratuita: as conseqüências práticas da *eqüidade* e do devido *processo legal adjetivo*<sup>44</sup> são muito mais contingentes do que as da justiça. Esta última refere-se àquilo que a comunidade personificada deve por si própria obter, independentemente de responsabilidades institucionais; para o autor, a busca da comunidade em se reconhecer como uma comunidade de princípios outorga um papel especial para a justiça.

Para Dworkin, avesso a qualquer transcendência, apriorismo ou universalismo, “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”.<sup>45</sup> O autor critica, por um lado, filósofos do direito que consideram o direito purificado como o direito mais completamente utilitário num sentido irrestrito, que satisfaz a maioria das pessoas; por outro, critica aqueles que adotam uma visão mais comunitária, que pressupõe que o direito purificado dos direitos individuais corrompe necessariamente a percepção da comunidade, uma vez que o único bem seria o bem comum. Segundo seu ponto de vista, portanto, o debate deverá antes caminhar para o plano da moral política abstrata; deverá mover-se em direção a debates de teoria utópica: “A ligação com o debate jurídico comum, embora atenuada, será crucial, pois conferirá ao debate filosófico um papel distinto, ainda que complementar, no âmbito mais geral da política do direito.”<sup>46</sup>

Dworkin de fato oferece um tipo diferente de resposta sobre o que é o direito, não o resumindo a nenhum catálogo de regras ou princípios, tampouco a uma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas, menos ainda a um cálculo lógico ou algoritmo: para o autor, o império do direito define-se pela *atitude*, não pelo território, pelo poder ou pelo processo. E essa atitude se caracteriza por alguns aspectos fundamentais: primeiro, trata-se de uma atitude interpretativa e auto-reflexiva dirigida à política no mais

---

<sup>44</sup> “O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu”. (*idem*, p. 483).

<sup>45</sup> DWORKIN, 2003, p. 486.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 487.

amplo sentido; é também uma atitude contestadora, que torna todo cidadão publicamente responsável, socialmente compromissado em todas as circunstâncias; ainda, é uma atitude construtiva: “sua finalidade é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”<sup>47</sup>.

Dworkin vê a implementação de sua idéia como a união de todos, pela comunidade e acima das mazelas particulares, ou seja, por meio de uma atitude autenticamente fraterna quanto aos desígnios comunitários.

---

<sup>47</sup> *Idem*, p. 492.

## 5. ANÁLISE

Como se evidenciou aqui, Ronald Dworkin se opõe tanto às teorias que estabelecem como lei somente as convenções de uma comunidade, o *convencionalismo*, quanto às que assumem que a melhor prática legal é aquela que se constitui como instrumento de metas políticas, o *pragmatismo*, sob o argumento de que o motivo fundamental da lei não é ser consenso ou meio eficiente para metas sociais, mas ser ética. O motivo disso, salienta Dworkin, seria a tentativa de encontrar os meios para que uma comunidade política aja de maneira coerente, sob o ângulo do atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Apresenta-se então a questão, a ser discutida em nossa análise: não seria muito poder nas mãos dos juízes, considerando-se que eles não são necessariamente isentos, ainda que íntegros, de tomar decisões influenciados em alguma medida por motivações pessoais ou mesmo por erros de avaliação?

Dworkin se opõe frontalmente às teorias positivistas, cujos filósofos mais influentes, na América do Norte e na Europa, são Hans Kelsen<sup>48</sup>, H.L.A. Hart<sup>49</sup> e John Austin<sup>50</sup>. Enquanto este último afirma que o Direito é o comando do soberano, Hart elabora uma teoria muito mais sofisticada, em que as proposições de Direito são consideradas verdadeiras em virtude de um fato sociológico: o de que o público em geral ou, pelo menos, as autoridades de uma comunidade, aceitem um princípio geral (a regra de reconhecimento) estipulando procedimentos e condições que fazem válidas as leis. É, pois, dentro deste contexto que a argumentação da versão pessoal da teoria do direito de Dworkin é aplicada ao problema central da elaboração da decisão judicial, uma vez que a *interpretação* seria a instância crucial em qualquer sistema jurídico. De fato, Dworkin afirma que não há, e nunca houve, um consenso, nem sequer aproximado, a respeito desse raciocínio jurídico, pois existiria uma dificuldade óbvia em tudo: “De que maneira se explica como e por que juízes e advogados discordam entre si?”, é a pergunta que o autor

---

<sup>48</sup> Hans Kelsen (1881-1973), jurista austríaco, representante mais expressivo do positivismo jurídico, procurou lançar as bases de uma ciência “pura” do direito, afastando dessa ciência quaisquer interferências que não fossem de ordem estritamente jurídica; entendendo o direito como um sistema de normas, elaborou uma rigorosa construção lógica do ordenamento jurídico.

<sup>49</sup> Herbert Hart (1907-1992) jurista e professor inglês, elaborou o conceito de *regra de reconhecimento* como elemento de validação das normas jurídicas.

<sup>50</sup> John Austin (1911-1960), filósofo e lingüista inglês, postulou que uma proposição jurídica é verdadeira se alguma autoridade a definiu assim no passado; dessa forma, a lei refere-se estritamente ao comando do Estado.

nos coloca, salientando que, para os positivistas, não há qualquer controvérsia teórica sobre o que é o Direito, havendo apenas, segundo aquelas concepções, divergências empíricas.

Dworkin, ademais, enfatiza que é necessária uma nova teoria do Direito, um tipo de resposta às questões que seja distinta da positivista e que encontre os fundamentos do Direito, não se atendo mecanicamente às decisões oficiais do passado, mas baseando-se na interpretação construtiva dessas decisões. Ou seja, trata-se de o juiz - o intérprete - atribuir um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da sua forma ou do gênero aos quais imagina que pertençam; ele deve interpretar esse objeto ou essa prática à sua melhor luz, vale dizer, “impor um *significado* à instituição (...) e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado.”<sup>51</sup> Diferentemente dos positivistas, porém, o autor reaproxima a moral das decisões judiciais, propondo que se tenha como elementos a melhor interpretação possível da lei e dos casos, sob a égide da integridade, que se baseia nos princípios da *equidade*, da *justiça* e do *devido processo legal adjetivo* - ou seja, envolvendo princípios morais -, tanto da comunidade quanto dos juízes, para que se possa desenvolver “um programa para deliberação judicial que possamos recomendar aos juízes e usar para avaliar o que eles fazem”.<sup>52</sup>

Considerando que os temas da *interpretação* e da *integridade* constituem os pontos fundamentais da teoria do direito proposta por Dworkin na obra em pauta, abordarei nesta análise primeiramente a questão da interpretação, procedendo a uma reflexão crítica de suas concepções de maneira articulada com seus elementos básicos, como a linguagem e a hermenêutica - esta última, base de seu método de interpretação reconstrutiva - e ainda a lógica e a *episteme*. Em seguida, se procederá a uma reflexão sobre a integridade, analisando-se então as proposições de Dworkin na perspectiva da moral, da política, da equidade e do direito.

---

<sup>51</sup> DWORKIN, 2003, p. 58.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 98.

## 5.1. ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO<sup>53</sup>

Peter Sloterdijk<sup>54</sup>, referindo-se à nota tardia de Nietzsche em que este diz que “não há fatos, apenas interpretações”, afirma que a pluralidade de interpretações significa disputa crônica na base sobre o sentido daquilo que em geral deve valer como básico, pois não existiriam mais, atualmente, condições externas, da natureza, só construtos sociais: “Só existem partidos em construção no parlamento das ficções, que chamamos opinião pública”<sup>55</sup>, diz ele. As lutas culturais nas sociedades modernas, explica Sloterdijk, representaram mais do que as projeções culturais da guerra civil mundial entre os partidários da idéia de liberdade e os da idéia de igualdade, guerra que constitui o mais abrangente acontecimento conflituoso do século XX, insolúvel até hoje. Se assim é, não basta afirmar o que parece correto, pois não é assim que a *verdade* se comprova ou se aplica. Acontece que a justiça e o direito contam, necessariamente, com a Verdade, pois precisam conferir validade e segurança jurídica a suas ações, e – deve-se admitir - da interpretação à verdade, com ou sem integridade, longo é o caminho a percorrer.

Se se considerar que a atividade da *interpretação*, aplicada a um texto ou a um juízo, consiste em “separar, a partir de sua compreensão literal, as significações e jogos de sentido que ele contém implicitamente”<sup>56</sup>, então interpretar é reconhecer sentido num discurso e atribuir-lhe um ou vários sentidos. Esses autores afirmam que essa operação dirige-se, sobretudo, aos termos que dispõem de uma pluralidade de sentidos, de um jogo de sentidos - ambivalência, ambigüidade, metáfora, etc. -, e que demanda do intérprete responsabilidade e rigor, além de audácia. Portanto, a questão que se apresenta é: a proposta da interpretação à melhor luz de leis e condutas judiciais como elemento fundante para as decisões jurídicas é suficiente para garantir que se exerça o direito sobre bases seguras e fundamentadas?

---

<sup>53</sup> Interpretar implica selecionar o que se vai entender a partir de uma base. Ao regular comportamentos sociais, o legislador utiliza a linguagem geralmente num aspecto onomasiológico -- próximo à linguagem corrente --, mas, por vezes, num sentido técnico (por exemplo, palavras como "competência" e "mesa" são empregadas em sentido semasiológico).

<sup>54</sup> SLOTERDIJK, P. *O desprezo das massas: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna*. Trad. Cláudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002, p. 95.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> FOLSCHIED, D. e WUNENBURGER, J. *Metodologia filosófica*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 364-365.

**5.1.1. Quanto à linguagem** - É tarefa do jurista buscar elucidar as proposições legislativas, vale dizer, extrair a resposta certa da Constituição e da jurisprudência, que fundamente decisões jurídicas em que estejam garantidas a segurança jurídica e a legitimidade, ou seja, a correção da decisão, e isso se dá no *medium* da linguagem. Examinar como as frases expressam verdade ou falsidade é o problema central da tradicional semântica filosófica. Para que uma frase seja verdadeira no mundo real, o referente do sujeito deve estar na extensão do predicado, nesse mesmo universo: é a chamada *semântica de mundo possível*, de Leibniz, que usou essa idéia para indicar o que é necessário para que uma frase seja verdadeira - uma frase seria necessariamente verdadeira se fosse verdadeira em todos os mundos possíveis. Frege<sup>57</sup> observou que uma afirmação de identidade envolvendo nomes não é necessariamente um conhecimento semântico; e o argumento da alegação de que intensões<sup>58</sup> são significados oferece um *reductio ad absurdum*, e se intensões não são significados, então também não o são as intensões da interpretação com integridade de Dworkin.

Ao promover uma analogia com o caso de Dworkin, tem-se que o termo *integridade*, utilizado por ele como premissa para a interpretação construtiva no direito, proporcionará o mesmo absurdo, uma vez que, mesmo que nos EUA ele pudesse ser verdadeiro ao propor que a interpretação com integridade nos remete ao melhor mundo possível, o que é bastante discutível, ter-se-á que em hipótese alguma ele será verdadeiro em todos os mundos possíveis, mesmo que exclusivamente dentro dos EUA com sua proliferação de comunidades. E como o que é verdadeiro em todos os mundos possíveis é o que é necessário, e as coisas que são verdadeiras somente em alguns mundos possíveis constituem o que é contingente, então ter-se-á que a linguagem que define o direito tal como proposto por Dworkin, é flagrantemente contingente e, portanto, não necessária.

Como existem esses enigmas sobre o funcionamento da linguagem, enigmas que se assemelham em certa medida àqueles que são centrais na filosofia da mente e na epistemologia, então tem-se que no método dworkiniano de interpretação construtiva – análoga, como ele afirma, à interpretação artística -, a interpretação que o intérprete

---

<sup>57</sup> FREGE, G. “Sobre o sentido e a referência”, in *Lógica e filosofia da linguagem*. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1978.

<sup>58</sup> De veemência, conotação, oposto a extensão, de denotação.



elaborará será sempre, e tão-somente, uma questão aberta. Há que se saber onde encontrar então a validade, mas esta busca não será nada fácil.

Jürgen Habermas,<sup>59</sup> ao abordar a questão da tensão entre facticidade e validade, busca transpor as delimitações da lógica semântica e da teoria da referência de Frege que, em seu entender, não conseguiram explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação lingüística, e chega às concepções de Charles S. Peirce, lógico e matemático americano que elaborou o modelo triádico da relação da linguagem com o mundo. Peirce inclui na análise formal o *uso* da linguagem. Salienta Habermas: “No lugar do conceito bipolar de um mundo representado lingüisticamente, surge em Peirce o conceito tripolar da representação lingüística de algo para um possível intérprete.”<sup>60</sup> Peirce introduz o intérprete – a linguagem representa os objetos para uma comunidade de intérpretes –, inserindo assim a linguagem em seu estatuto fundamental de comunicação. Esta idéia remete a um consenso entre os membros da comunidade de falantes em torno dos significados, que por sua vez são dinâmicos, constantemente reformulados e transformados no uso da linguagem.

No século XX o estatuto da linguagem se transformou e esta passou a ser compreendida de novas maneiras pelos estudiosos tanto da filosofia quanto de outras áreas do conhecimento. Foi o estruturalista Saussure<sup>61</sup> quem introduziu o campo da lingüística ao apresentar a linguagem como um sistema, a ter sua estrutura estudada na perspectiva de seu interior. Wittgenstein, nas *Investigações Filosóficas*,<sup>62</sup> modificou completamente suas concepções sobre a linguagem em relação a sua obra anterior, passando a entendê-la a partir de seu uso pelos falantes, e não mais dentro da teoria da referência. Muitos teóricos então passaram a questionar o mito da transparência da linguagem, a idéia de que as palavras se referem às coisas do mundo de maneira unívoca, designativa, e a suposição de que a linguagem simplesmente expressa o pensamento. Estudiosos passaram a defender que, pelo contrário, a língua é lugar do equívoco, dos ocultamentos, da polissemia, da

---

<sup>59</sup> HABERMAS, 1997.

<sup>60</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>61</sup> SAUSSURE, F. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antonio Chelini, João Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix.

<sup>62</sup> WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, in *Coleção Os Pensadores*, 5ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

dubiedade, dos efeitos de sentido, da ideologia; assim, já não se pode mais contar com a linguagem como instrumento para designar os fatos e o real.

Mas, o que é a verdade, afinal? Em *Verdade: um guia para os perplexos*, Simon Blackburn<sup>63</sup> relata como, ao longo da história, tem-se buscado a verdade, e as posições conflitantes entre aqueles que ele qualifica como absolutistas e, em oposição a estes, os relativistas. Por um lado, concepções segundo as quais, para ser verdadeira, a proposição tem que se conformar a critérios de verdade outros que não ela mesma; por outro lado, concepções que, desde o século V, com o relativismo do sofista Protágoras ensinando que verdade e opinião individual coincidem, se opõem à idéia de uma verdade transcendente a ser alcançada pelo filósofo perfeito. Segundo Blackburn, é oscilando entre essas duas concepções que - já esquecida de uma verdade platônica, absoluta, eterna - a filosofia constrói a teoria do conhecimento, admitindo e procurando critérios universais de verdade, uma teoria consistente da verdade. Uma vez desencantado o paraíso do *logos* como critério de verdade, inflete Blackburn, já não há um modo certo de adquirir experiência, não há uma lógica capaz de definir com certeza as implicações de nossos pontos de vista, e também não há um modo seguro de fixar o significado em palavras. Blackburn nos ajuda, assim, a refletir sobre a tese de Dworkin e sobre a questão da real possibilidade que ela oferece à Justiça de conferir legitimidade a suas ações e decisões.

Roberto Romano<sup>64</sup> aborda a questão da legitimidade [validade de um governo] e sua relação com a forma do poder; a questão da legitimidade seria tão antiga quanto a cultura grega e latina que herdamos, e teria recrudescido pelo final do feudalismo ocasionando pensamentos jurídicos os mais contraditórios, todos relativos à obediência da multidão frente aos governantes e magistrados. Estes, para terem suas ordens acatadas, precisavam bem mais do que a simples força física e o poder econômico; necessitavam da forma noética de poder, crucial em toda dominação, e que se efetiva através da linguagem.

Ao mostrar as potencialidades da nova mídia e da Internet no movimento de massas virtuais, determinado pela propaganda, Peter Sloterdijk aponta a mentira como essência da razão de Estado - a mentira como pressuposto. Tudo isso é perpassado e constituído na/pela linguagem; se a origem da linguagem é uma convenção ou se brota diretamente da

---

<sup>63</sup> BLACKBURN, S. *Verdade: um guia para os perplexos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

<sup>64</sup> ROMANO, R. "Reflexões sobre impostos e razão de Estado", in *Revista de Economia Mackenzie*, ano 2, n.2, 2001.

natureza é algo que se discute na filosofia desde os seus primórdios e, com esta zona cinzenta que obnubila a compreensão sobre sua gênese, a hipótese mais produtiva em termos políticos e jurídicos enuncia que a verdade no mundo finito não pode ser absoluta. A língua, como a cultura humana, incluindo o poder, define-se como um jogo, e esta via tem sido explorada com insistência, tanto que a mentira, segundo Wittgenstein, afirma Romano, é um jogo de linguagem que deve ser aprendido, como qualquer outro jogo.

No mundo moderno, a sinceridade é o pressuposto [moral] da comunicação, sobretudo em coletivos que se desejam democráticos, mas sabe-se que a língua é o lugar dos equívocos, da insuficiente clareza, dos desvios semânticos: a simples inspeção de textos fundamentais do pensamento político, tanto antigo, como *Crátilo* de Platão, quanto moderno, caso do *Leviatã* de Hobbes, diz Romano, demonstra que antes de penetrar os segredos do poder é preciso bem vigiar o uso das palavras.

O autor refere-se a passagens de Edmund Burke sobre a atração racional pelo mal, o que produz no homem o sentimento do *delight*, tranqüilo horror que é a fonte do sublime. Satã, o mentiroso supremo, pelo prazer da luz racional nos joga no delírio, armadilha cujo nome latino é *lacio* - rede luminosa que o Príncipe das Trevas joga sobre os “animais racionais” para que eles se afastem da luz. “Se o Executivo mergulha nas sombras - sempre que lhe é conveniente - e se o Legislativo com ele pactua, então nos questionamos: qual lei pode ser legítima e aplicada com justiça pelos tribunais?”<sup>65</sup> E de fato, teria aprofundado a ruptura entre governados e governantes e arruinado ainda mais a fé pública, pois ter-se-ia impedido o convívio democrático no plano horizontal. Esse questionamento pode se aplicar a qualquer país: se um Estado como os EUA, país de Dworkin, tem como sustentação eleições onde o povo soberano é ordenado pela propaganda, muito freqüentemente enganosa, e se as mesmas eleições, na sua forma, podem ser facilmente ilegítimas e fraudulentas, como foi notório no caso da reeleição do presidente George W. Bush, como se poderá falar em isonomia, igualitarismo ou integridade?

Paul Veyne<sup>66</sup>, historiador da corrente conhecida como História Nova, em artigo em que aborda a importância dos processos de subjetivação para a consolidação do poder do governante sobre seus governados, refere que o conhecimento dos sujeitos sobre o Estado

---

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> VEYNE, P. *O indivíduo atingido no coração pelo poder público*. In: VEYNE, Paul (Org.) *Indivíduo e Poder*. Trad. Isabel Dias Braga. Lisboa: Edições 70, LDA, 1987

tem duas origens diferentes: uma decorre das experiências parciais e fragmentadas que se tem do Estado, como pagar impostos e multas, etc.; outra, é da ordem da comunicação, da interlocução, em que o Estado aparece personalizado, através da palavra, e entra na rede de comunicação, afetando assim a subjetividade dos governados. Pode-se reconhecer então uma personalização do poder - um homem empresta sua voz a uma entidade locutora, que é o soberano. O Estado necessita dessa personalização, pois como só pode ser percebido como um todo e não como fragmentos esparsos, por meio da linguagem, precisa para isso de um homem que empreste a sua voz ao Estado, que assim se transforma em entidade locutora. Se por um lado o Estado cobra pesados impostos, por outro o governante vem, com seu discurso, ao encontro das demandas da subjetividade. Devido a essa subjetivação, efetivada pela palavra do governante, a relação do cidadão com o Estado nunca será de pura opressão, pois os sujeitos reagiriam a essa opressão. Em política, diz Veyne, se é ativo ao obedecer; e a linguagem está presente promovendo o engano.

Assim, fica a questão: pode a linguagem garantir segurança jurídica e correção às decisões judiciais? Assim, percebe-se com clareza o quanto, numa ação judicativa, a linguagem pode comprometer, e de fato compromete, o bom juízo de um magistrado em sua tarefa de produzir decisões corretas sob os princípios, as normas e as leis vigentes. Abordemos agora o âmbito da hermenêutica, base do conceito de interpretação reconstrutiva de Dworkin.

**5.1.2. Quanto à hermenêutica** – O termo hermenêutica<sup>67</sup> designa genericamente teoria da interpretação, e aplica-se sobretudo àquilo que é simbólico<sup>68</sup>. Etimologicamente ligado a Hermes, deus grego que traduzia as mensagens do Olimpo para os mortais, o termo designa práticas e referenciais teóricos distintos, mas que têm em comum o sentido lato de interpretação e compreensão. Segundo Bleicher,<sup>69</sup> pode-se agrupar as concepções sobre a hermenêutica em pelo menos três grandes grupos, que guardam entre si muitos pontos de confluência.

---

<sup>67</sup>A teoria hermenêutica parte de signos, símbolos e significados. A comunicação é duplamente contingente: em primeiro lugar, porque nem sempre se fala o que se pretende; segundo, porque a forma como o receptor decodifica a mensagem também pode ser diversa da intencionada. A hermenêutica jurídica procura controlar essas contingências.

<sup>68</sup> LALANDE, A. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>69</sup> BLEICHER, J. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992

Em um primeiro grupo, uma primeira acepção de hermenêutica originária de movimentos do Renascimento e da Reforma refere-se a princípios e procedimentos metódicos para a interpretação de obras não contemporâneas. Estes conjuntos regionais de regras interpretativas organizavam-se, especialmente, em três grandes áreas: a exegese dos textos bíblicos, o trabalho filológico de interpretação de obras clássicas e a interpretação e aplicação jurídica do espírito das leis. Na ambiência acadêmica do romantismo alemão, Friedrich Schleiermacher unificou estas diversas hermenêuticas regionais em uma única ciência e arte da compreensão em geral<sup>70</sup>. Este consistiu no primeiro de três movimentos de ampliação do âmbito da hermenêutica, que a conduziu da condição de simples técnicas interpretativas a uma filosofia, um modo de compreender a existência. O segundo movimento nesse processo foi efetuado por W. Dilthey, que expandiu a teoria hermenêutica, no contexto do historicismo, de um ramo do conhecimento à condição de fundamento epistemológico de todo conhecimento objetivo dos fenômenos humanos. O que Dilthey sustentava é que, de modo diverso das ciências naturais, as ciências humanas seriam sempre reflexivas, isto é, o seu objeto de estudo incluía seu sujeito e, por isso mesmo, influenciava e era influenciado diretamente por ele. Dilthey propôs que não se lutasse contra esta interferência, como nas ciências naturais, mas que se tirassem, dessa inescapável circularidade histórica do conhecimento humanístico, conseqüências lógicas e metodológicas, atribuindo desse modo validade epistêmica aos processos compreensivos que dão objetividade aos fenômenos humanos.<sup>71</sup>

Num segundo grupo de acepções, designadas como hermenêutica filosófica, temos já um terceiro movimento de ampliação da hermenêutica que consiste numa reflexão metadiscursiva que funda na linguagem a compreensão tanto das obras humanas quanto da própria realidade humana. Em sua circularidade e reflexividade, a compreensão é o modo de se conhecer o humano, mas também o próprio modo de ser humano. A filosofia hermenêutica incorpora princípios e conceitos da teoria hermenêutica, mas rompe com sua pretensão objetivista e amplia seu escopo, do campo epistemológico para uma dimensão ontológica.

Hans-Georg Gadamer, principal teórico da hermenêutica filosófica, não trata a hermenêutica como uma metodologia; ele a entende como uma atitude filosófica, um modo

---

<sup>70</sup> SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

<sup>71</sup> BLEICHER, J. 1992.

de compreensão a embasar procedimentos cognitivos de modo geral.<sup>72</sup> Gadamer entende que voltamos a captar o contexto em que um autor escreveu uma obra levando em consideração a audiência pretendida e as questões a que o autor respondia: a interpretação pressuporia uma pré-compreensão historicamente determinada, e envolveria uma fusão de horizontes - os horizontes do passado e do presente, do autor e do intérprete. Não se pode ter a certeza de que nossa interpretação é correta ou melhor do que interpretações anteriores; nossa interpretação, e o nosso veredicto sobre interpretações anteriores, estão sujeitos a revisão futura. Ao interpretar um texto do passado, investigamos tanto nossa pré-compreensão quanto o texto em si.

A hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. (...) Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à idéia jurídica da lei, intermediando-a com o presente.<sup>73</sup>

Aquilo que para concepções positivistas constitui um vício e um problema - o círculo lógico em que se inscreve a compreensão, uma vez que quem compreende está incluído no que quer compreender -, para Gadamer, ao contrário, constitui a essência mesma do compreender. Para este autor, apenas um aprofundamento do fenômeno da compreensão pode trazer legitimação filosófica a formas de conhecimento que se situam fora do rigor da metodologia científica.

A hermenêutica crítica, do terceiro grupo, atribui a si essa mesma tarefa compreensiva fundamental, mas vê limites na positividade lingüística para fundamentar uma interpretação efetivamente emancipadora dos fatos humanos, salientando a importância do movimento negador da crítica como elemento reconstrutivo dos discursos e de seu sentido prático. Assim, a hermenêutica crítica guarda aspectos em comum com a hermenêutica filosófica - o modo de entender a possibilidade de conhecer os fenômenos humanos -, mas dela diverge na medida em que se baseia em um distanciamento crítico que

---

<sup>72</sup> GADAMER, H-G. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1977.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 487.

explora dialeticamente os valores negados nos processos de comunicação que geram os discursos a serem interpretados. O teórico mais representativo da hermenêutica crítica é Habermas, com sua teoria da ação comunicativa.

A interpretação reconstrutiva de Dworkin aproxima-se das concepções da hermenêutica filosófica, embora ele rompa com as limitações do círculo hermenêutico; recorrendo aos princípios, ele pretende demonstrar como garantir validade e obter racionalidade nas decisões jurídicas. No lugar de negar que cada intérprete tenha propósitos - escondendo-os sob o manto de uma suposta objetividade -, aceita-os, explicitando, ademais, que cada intérprete terá finalidades distintas a orientar suas interpretações. Assim, cada juiz deverá chegar a uma decisão válida na medida em que compensa a indeterminação do direito apoiando sua decisão na reconstrução que faz da ordem jurídica, de modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios morais. Esta tarefa, que cabe a todo juiz, implica que ele deve decidir um caso concreto tendo em vista o direito em conjunto, através dos princípios, que são amplos, diferentemente das normas, que são estritas. E o que irá garantir tanto segurança jurídica quanto aceitabilidade racional à sentença será a integridade, elemento fundamental em Dworkin para possibilitar a melhor interpretação possível. Ele então procura por princípios válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta, de modo que nela se encaixem *todas* as decisões *como se* fossem componentes coerentes (retiradas, certamente, aquelas que possuem erros). Diz o autor:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.<sup>74</sup>

Foi para superar a extrema dificuldade de tal tarefa que Dworkin criou a figura do juiz Hércules, um magistrado que, ao mesmo tempo, conhece todos os princípios, vê os elementos do direito vigente ligados por fios argumentativos, e é íntegro - um verdadeiro semi-deus, como já visto. Com isso, a teoria de Dworkin pretende que o juiz seja capaz de dar a melhor interpretação - encontrar a *resposta correta* - a partir de vários elementos,

---

<sup>74</sup> DWORKIN, 2003, p. 272.

mas, e exatamente por isto, sua teoria dá margem a muitas críticas. Habermas<sup>75</sup> afirma que é preciso que aquelas exigências ideais apontadas por Dworkin se relacionem não à pessoa do juiz, mas ao contraditório desenvolvido pelas partes, e até às interpretações não-oficiais produzidas a todo momento por cada agente social. Assim, a partir de uma racionalidade comunicativa, compartilhada, e não mais individual, a interpretação não se daria isolada, mas intersubjetivamente.

**5.1.3. Quanto à lógica** – Na Lógica, por sua vez, o que se busca fazer nesses casos é identificar aqueles argumentos que são confiáveis devido à relação sintática entre as premissas e a conclusão; nem todo argumento válido oferece motivo para que se acredite na conclusão; mesmo que um argumento seja válido, ele só oferece motivo para se aceitar a conclusão se as premissas forem verdadeiras, um argumento sólido, como, por exemplo, o *cogito* cartesiano. A concepção de verdade necessária, de Descartes, tem uma conseqüência imediata e surpreendente: algumas frases - tais como *não se deve condenar uma pessoa inocente* - não podem ser falsas e são chamadas de verdades necessárias. Ocorre que a teoria de Descartes é muito tolerante, pois esse ‘princípio da conclusão dedutiva’ afirma que a categoria das coisas que se conhecem inclui todas as nossas crenças que são conseqüências lógicas (ou ‘dedutivas’) de tudo aquilo que já se conhece. Descartes exige o princípio de conclusão dedutiva porque, sem isso, até a existência de um Deus benevolente, que tente fazer o oposto do que faz o gênio enganador, não nos permitiria ter conhecimento do mundo. Discute-se aqui essa questão do relacionamento entre justificação e conhecimento, de maneira afinada à premissa cartesiana de que se pode decidir a questão com a ajuda de experimentos mentais pois, embora se possa dizer quando a palavra *saber* é aplicável em um caso, ainda não se é muito eficiente quando se trata de revelar e de explicar o ‘como’ se sabe se tal e qual é aplicável ou não. Se se pudesse explicar isso, então certamente estaríamos tranquilos sobre a validade das propostas de Dworkin. Alegar que uma crença é justificada, portanto, não é apenas dizer que se deve acreditar nela, mas também dizer porque devemos acreditar nela. Assim, chegar a acreditar naquilo para o qual se está predisposto a acreditar com base nos sentidos pessoais, ao estilo hermenêutico Dworkin/Hércules, seria justificado e não se precisariam estudar os próprios sistemas

---

<sup>75</sup> HABERMAS, 1997.



sensoriais a fim de chegar mais perto da verdade. Mas a existência de alucinações e ilusões - ambas discutidas por Descartes – demonstra que nossos sentidos não são confiáveis. E quando se percebe isso, ver-se-á que o empirismo fundacionalista não tem qualquer fundamento: ponto para o engano.

Se há quem veja a interpretação como um campo pantanoso por excelência, por outro lado há quem a veja como uma atividade lógica; da mesma forma, se há aqueles que desejam ver o Direito como ciência, existem também aqueles que garantem que o Direito, em si, jamais será uma ciência, exatamente por sua flagrante falta de lógica. De fato nunca o foi, mas, e por que não o seria? O Direito, por pretender ser uma ciência social aplicada, axiológica, que regula as condutas humanas, estando sempre em constante evolução, necessitaria sim de uma metodologia própria que garantisse segurança e validade às decisões jurídicas para que possam ser analisadas cientificamente. É de se questionar se essas condições estão presentes na teoria de Dworkin, pois se em sua doutrina há uma lógica procedimental, certamente aí não se encontrará uma lógica conceitual fundante. Mas se os positivistas jurídicos, particularmente Hans Kelsen, o máximo expoente do purismo metodológico, tentaram comprovar que a Norma Jurídica é sinônimo de Ciência Jurídica, assim excluindo do Direito o valor, que é a própria metafísica, foi justamente negando a metafísica que esses juspositivistas incorreram no problema da fundamentação, no entender de Oswaldo Chateaubriand Filho<sup>76</sup>, pois a fundamentação do direito estaria na metafísica, no transcendente, precisamente no seu *valor*.

Distante dessa discussão que remete à busca da preservação da verdade, porém, Dworkin entende que a *resposta correta* pode ser encontrada bastando que a questão a ser ajuizada seja mantida ao largo dos interesses pessoais e do oportunismo político ‘a curto prazo’. Contudo, admite ele, as confusões são por demais conhecidas, já que tribunais e legislativos, autoridades e cidadãos confrontam-se com esses problemas sob o pressuposto normativo de que em geral uma interpretação - um ponto de vista sobre o que realmente exige a liberdade de expressão, a igual proteção ou o processo justo - oferece uma justificativa melhor à questão do direito do que a lógica. Se em meio a toda essa controvérsia não se pode apelar à ciência, àquela mesma ciência positivista do direito preconizada por Kelsen, tão acalentada por muitos e criticada por Dworkin, ou mais

---

<sup>76</sup> CHATEAUBRIAND, O . “Lógica, ontologia e epistemologia”, in: IMAGUIRE, G. et al. *Metafísica Contemporânea*. Vozes, Petrópolis, RJ: 2007.

precisamente, apelar àquele algoritmo que ele descarta literalmente, que outras alternativas se apresentariam?

Se nas ciências tenta-se descobrir leis ou generalizações que sejam verdadeiras na categoria de *mundos nomicamente possíveis*, então um assunto possível como o direito ou a justiça é claramente passível de que suas verdades gerais, válidas em todos os mundos possíveis, serão as verdades lógicas e necessárias. Entretanto, se as verdades lógicas são necessárias, tem-se que algumas verdades necessárias - *é injusto condenar um inocente*, por exemplo - não são verdades lógicas e, portanto, pode-se inferir que existem mais coisas a respeito daquilo que é verdadeiro em todos os mundos possíveis do que simplesmente a lógica, como se esse seu conceito de *interpretação como integridade* pudesse tornar-se, automaticamente, a panacéia dos males do mundo, que seja apenas de seu país, quanto a questão do Direito. Cabe então a pergunta: há uma ontologia no sistema de Dworkin? Ou seja: a dúvida *Deus existe ou não* é a mesma sobre a *resposta correta*: não pode ser que baste aos juízes e advogados norte-americanos uma interpretação bem-sucedida de sua prática constitucional em seu conjunto, avaliada nos termos das dimensões de qualquer interpretação, por mais construtiva ou integral que seja. Ela tem de ser logicamente válida em sua condição de verdade.

Segundo Appiah<sup>77</sup>, o retorno ao aparato cognitivo do sujeito tem como resultado, em Kant, a afirmação de que é impossível para o ser humano ter conhecimento válido independentemente da intuição e da experiência. Estamos, enfim, sempre apenas a exprimir pontos de vista pessoais e culturais, uma espécie, como diz Thomas Nagel, de ceticismo diante da razão entendida como uma fonte de autoridade que não seja meramente pessoal, nem social, mas universal e que, portanto, tenha a ver com a questão da validade e da justificação não simplesmente localizada e relativa. É precisamente isto o que Wandschneider chama de *postulado da contingência*, que marca uma boa parte da literatura filosófica contemporânea, e que retoma, com uma roupagem nova, a tese de Protágoras de que o homem é a última medida de todas as coisas, de seu ser e de seu não-ser. Como o próprio *postulado da contingência* afirma, não será nos fatos empíricos que encontraremos a resposta sobre a validade de nossos conhecimentos e dos motivos que possam reger nossas ações no mundo, pois a esfera normativa se revela como sendo autônoma em relação

---

<sup>77</sup> APPIAH, K. A. *Introdução à filosofia contemporânea*. Trad. Vera L. M. Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

a qualquer facticidade, postura aquela que se pode denominar, no sentido estrito, de *idealismo*, na medida em que sua validade, isto é, seu caráter categórico, se funda no *ser ideal*, que não é empírico e sempre acaba valendo *a priori*, e não na particularidade fática, empírica, dos costumes e das tradições – aquilo que Dworkin busca evitar com a *interpretação criativa*.

A reflexividade do pensamento se revela como ponto último e irrecusável de todo conhecimento, o que significa dizer que aqui desaparece o problema do regresso ao infinito. O problema é que a especificidade deste tipo de argumento não se trata de derivação de conhecimento a partir de outro conhecimento, ou seja, de dedução a partir de axiomas pressupostos, o que seria impossível quando se trata precisamente de princípios, pois um princípio de fundamentação última não pode ser fundamentado sem *petitio principii*. Entretanto, diante de tantas peculiaridades da ciência do direito, muitos juristas formularam metodologias para seu estudo, atribuindo o nome de *lógica jurídica*, *lógica dialética*, *lógica concreta*, enquanto essas lógicas jurídicas nada mais são do que a própria dialética, o que, para muitos, pode ser entendido como sinônimo de bom senso, mas não para todos, pois há aqueles que optam por um método de inferência que não deixe quaisquer dúvidas, como são, em princípio, os métodos lógicos.

Destarte, entende-se que não se pode responder em termos absolutos qual a teoria do conhecimento que deve ser utilizada na almejada Ciência do Direito, pois cada problema deve ser colocado no seu nível epistemológico próprio, para que, assim, possa ser utilizada a teoria mais eficiente. Uma vez que o Direito faz parte das ciências sociais, que prescreve o dever-ser das condutas humanas e as regula, ele é dinâmico, tem valor e finalidade, e há certa unanimidade em torno da convicção de que o método mais adequado para resolver seus problemas epistemológicos seja a Dialética, ou seja, a Lógica Formal não poderia ser utilizada em termos absolutos, em seu sentido estrito. Conseqüentemente, seria necessário que o Direito se equiparasse às ciências exatas, que fosse um sistema completo e sem antinomias, o que não é considerado o caso, sendo possível apenas utilizar alguns de seus preceitos, a exemplo do silogismo, para melhor organização do raciocínio. É o caso do Direito Racional de Robert Alexy, que neste ambiente de sombras busca o seu lugar ao sol.

Quando os racionalistas dizem que a razão é a fonte principal de nosso conhecimento, estarão presumindo que normalmente se obtêm crenças verdadeiras se se

seguir aquilo que Descartes chama de ‘luz natural’ da razão, algo análogo à ‘melhor luz’ apresentada por Dworkin. E como a experiência ensina que as capacidades de raciocínio em geral são na verdade bastante limitadas, tem-se que as pessoas cometem erros lógicos, semânticos e epistemológicos elementares com certa regularidade. Portanto, pode-se cogitar que Dworkin estaria sendo induzido ao erro - metaforicamente falando, certamente - pelo Gênio Maligno, a começar pela subversão da *episteme*, através do debatido *semantical gap*.

**5.1.4. Quanto à *episteme*** -- Em Dworkin, na busca de uma concepção coerente de justiça e equidade, o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a *comunidade personificada*. Em termos de código moral, Dworkin segue os preceitos cristãos e norte-americanos: segundo o *direito como integridade*, as proposições jurídicas serão verdadeiras se derivam dos princípios de *justiça, equidade e devido processo legal* que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade, exatamente como ela se apresenta na realidade. As propostas apresentadas por ele, entretanto, não encontram fundamento na ciência, nem garantem que se confira racionalidade e verdade às decisões; fazem-se alegações prescritivas sobre o que se deve dizer, pensar ou fazer, isto é, prescrevem-se cursos de pensamento e de ação. Postular a existência de entidades como a *integridade*, por exemplo, é levantar hipóteses de que elas existam, e a teoria do significado, de Frege, mostra por que se tem que fazer isso; para que se possa entender um termo como *integridade* será preciso que ele tenha um sentido, ou seja, um ‘modo de apresentação’ associado, metafórico. Portanto, é preciso Dworkin dizer como deve ser uma coisa para que possa ser classificada como íntegra, produzir uma espécie de definição implícita da palavra. Para torná-la uma definição explícita teríamos que retirar a palavra *integridade* da teoria e então introduzir a idéia de uma integridade de uma maneira equivalente a usar uma ‘frase-Ramsey’: ‘Há um x de tal forma que...’, ou ‘Há integridade de tal forma que...’.

O fenomenologista, por seu lado, normalmente explicaria isso dizendo que se uma pessoa tem uma experiência de integridade, pode-se perguntar a ela que sensação teve ao ter aquela experiência, mas segue-se que esse tipo de funcionalismo não conseguiu capturar

sequer a essência do que é ter uma mente, daí não ter uma resposta a qualquer outro tipo de experiência. É por isso que entidades inobserváveis precisam ter seus nomes introduzidos em termos de coisas observáveis, ou então alguns termos para objetos inobserváveis não serão teóricos: um fenômeno, portanto, é algo que se pode vivenciar com os sentidos, mas as alegações que Dworkin faz sobre o direito não são apenas sobre fenômenos, antes são sobre realidade inobservável. Ora, a maioria das pessoas diria que o motivo pelo qual a teoria nos permite fazer previsões é suas proposições serem *verdadeiras*. Afinal, se a teoria de Dworkin nos permitir predizer o resultado, por exemplo, de atos de *interpretação como integridade*, isso nos permite cogitar que *integridade* de fato existe ou é possível. O sucesso das predições nos dará motivo para julgar que sua teoria nos oferece a explicação correta de como funciona a justiça, e isso implica que as entidades que ela postula, existem. Analisando-se a questão do ponto de vista científico, porém, e admitindo a íntima conexão entre explicações e predições bem sucedidas, então pode-se questionar se a tese de Dworkin pode ser válida como fundamento de uma ciência do direito.

No modelo dedutivo-nomológico<sup>78</sup> (*nomos*, lei) da tese de Dworkin, a explicação só será correta se se puder deduzir o *explanandum* das premissas – interpretação como integridade - da sua teoria e das condições gerais a ela antecedentes. Podem-se deduzir, é claro, leis teóricas de Direito como a que diz que ‘é errado condenar um inocente’, e o fato de podermos explicar generalizações por esse modelo é de grande significância para a ‘visão recebida’: a *visão recebida* da explicação e da redução teórica, do tipo: ‘se a teoria de Dworkin é verdadeira, então a *interpretação como integridade* existe’, será realista desde que os diferentes aspectos ou dimensões da abordagem de trabalho de um juiz, nos termos dworkinianos, sejam, em última análise, ‘sensíveis a seu juízo político’, ou seja, suas convicções, preliminares ou analíticas, sobre a *adequação* em competição com o *conteúdo*, sejam políticas e não mecânicas, vale dizer, dependentes dos argumentos de moral política. Esse, porém, é o desafio do ceticismo moral cuja discussão Dworkin, duramente criticado, busca superar.

---

<sup>78</sup> Conceito do teórico Carl Hempel, da escola do positivismo lógico. Pode-se explicar muitas coisas, eventos específicos ou regularidades gerais, em termos da teoria científica, e a frase que descreve o fato que se está tentando explicar ele chama de ‘*explanandum*’ (o que vai ser explicado), e às frases que se usa ao dar a explicação, ele chama de ‘*explanans*’ (aquilo que dá a explicação). É importante observar que se precisa tanto das condições lógicas de suficiência quanto da condição empírica, e que existem ‘leis observacionais’, que são generalizações que a teoria diz que devem ser verdadeiras, mas que são expressas em linguagem de observação.

Vem sendo explorada pelos filósofos da ciência nos últimos anos a possibilidade de que a melhor maneira de entender o que estamos fazendo quando partimos de dados para a teoria não é nem a indução nem a conjectura: o filósofo americano Gil Harman, também citado por Appiah<sup>79</sup>, sugeriu a concepção do relacionamento entre dados, e essa sua teoria é chamada de ‘inferência a favor da melhor explicação’: o modelo ITBE (*inference to best explication*), não explicitamente utilizado por Dworkin, mas que parece tê-lo influenciado. Ou seja, só se terá justificações para acreditar na teoria da interpretação como integridade se se puder dela deduzir um *explanandum* verdadeiro: o modelo ITBE da tese de Dworkin ainda teria muito a se esforçar para explicar por que sua teoria, ou a de qualquer outro filósofo do direito que nos dê boas explicações, seria válida. E o círculo vicioso parece se fechar uma vez mais.

## 5.2. ANÁLISE DA INTEGRIDADE

É louvável a proposta de Dworkin do *direito como integridade* em que, contrapondo-se à frieza e à rigidez do positivismo de Kelsen, aproxima a moral do direito; mas acaba se mostrando falível à medida em que supõe a moral do juiz e da própria comunidade como dadas. Tomemos como exemplo o apelo de um cidadão atento à área jurídica: um advogado de Fortaleza lança na internet sua demanda para que ensinamentos e contribuições dos teóricos do pós-positivismo, como Dworkin, saiam logo do espaço acadêmico e venham para as salas de audiência, única maneira para que se leve os direitos a sério. Ele fala dessa lacuna como de uma pergunta sem respostas, que a sociedade percebe a cada vez em que fatos pontuais ou questões de grande repercussão chocam o senso comum. Entre fatos criminais, sejam homicídios nos sinais de trânsito, sejam assaltos dos cofres públicos e ausência de seriedade de governantes e políticos desonestos, e fatos não criminais como as mortes nas filas da Previdência ou a grande quantidade de tributos que nos impõem os Governos, o povo é tomado por um sentimento de incapacidade. O advogado salienta ainda a existência de um sentimento coletivo de que algo está errado, e que a *ciência do direito* não está isenta de tal processo social. De fato, Kelsen, com sua

---

<sup>79</sup> APPIAH, 2006.

*Teoria Pura do Direito*<sup>80</sup>, promoveu um afastamento entre a Ciência do Direito e a moral e a ética como vetores da interpretação e aplicação das normas, e esse isolamento científico do positivismo jurídico fez com que as regras fossem construídas pelos juristas sem a participação dos atores das demais ciências sociais aplicadas, disso decorrendo que a solução positivista para ultrapassar as inseguranças do jusnaturalismo não resolveu o problema da qualidade efêmera das regras de direito, que por si mesmas são incapazes de produzir justiça. Daí por diante, em nome da segurança jurídica, os operadores do direito passaram a agir por décadas como ‘cruzados matando em nome de Deus’, só que a vítima foi justamente a justiça. Felizmente, diz o internauta, a partir das repercussões que a teoria da relatividade de Einstein e a mecânica quântica trouxeram ao âmbito de todas as ciências, a limitação da cientificidade do Direito, herdada do modelo moderno de racionalidade, como paradigma, entrou em crise, e o resultado foi a aceção de pluralidade de condições sociais e teóricas, que a pós-modernidade agora encara como sendo objeto da ciência.

Refundir a ética e a moral ao direito, como faz o interpretacionismo construtivista de Dworkin, enquanto modelo eminente do pós-positivismo jurídico, não significa uma releitura do jusnaturalismo, como apregoam seus críticos, mas, em tese, um giro epistemológico do Direito que permitiria, segundo seu autor, a ele e a seus pares, admitir os princípios morais como normas, fazendo-os prevalecer diante das regras quando se colocam em confronto, e assim inaugurando a jurisprudência dos valores. É certo que depois do giro pragmático da lingüística e da filosofia da linguagem, dos avanços da sociologia e da admissão das novas tecnologias nas ciências sociais aplicadas e nas demais ciências humanas, tal como expresso pelo advogado supracitado, seria de fato ‘chegada a hora de voltar ao estudo das teorias do Direito, para se trazer à prática diária o que há de novo no Direito’, tal como Dworkin entende ser sua interpretação construtiva ou criativa, mas fica a pergunta: será essa sua doutrina suficiente para garantir a integridade pretendida?

**5.2.1. Quanto à moral** – No âmbito da moral, apresenta-se a premente questão: eivada pela competição e pela busca de glória, será nossa sociedade compatível com a proposta de pautar as ações pelos direitos humanos? Seria nossa sociedade suficientemente

---

<sup>80</sup> KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

moral para isso? Antes de qualquer pretensão a essa realidade social, não haveria a necessidade moral de se apontar o quanto, cobertos de imoralidade, os poderes de fato se desenvolvem no segredo e aprofundam as diferenças entre o cidadão comum e os que agem em nome do público? Que guerras sociais, econômicas e jurídicas são empreendidas sem que os contribuintes conheçam sequer as suas causas e/ou alvos, e pior, quando medidas restritivas às liberdades civis são esposadas por juristas e tribunais superiores? Refletindo então sobre a proposta moral de Dworkin, reconhece-se que ele cria de fato um diferencial importante em relação ao positivismo quando garante a presença dos princípios morais pautando as decisões judiciais, ao lado da reconstituição histórica e criativa (hermenêutica) da ação de outros juízes. É louvável que ele dirija o foco para a questão humana, social, sendo sensível aos costumes e valores da comunidade; no entanto, ter a moral como um dos pilares das decisões jurídicas é algo temerário. Senão vejamos: Kant elaborou o conceito de imperativo categórico, mas há questionamentos sobre sua efetividade; Hobbes duvida da bondade humana e argumenta que é necessário impor regras a partir de fora, pelo Estado; Maquiavel falou sobre os fins justificarem os meios...

Em contraste ao pragmatismo - segundo o qual, se o direito de pessoas implicar em perdas para a comunidade, essas pessoas nunca terão os direitos assegurados, só porque alguma legislação assim o definiu, ou os juízes em situação anterior assim o decidiram -, Dworkin apresenta seu direito como completude, à luz do qual “as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo”<sup>81</sup>. Nestes termos, com base na legislação e também nos princípios – que são de natureza moral e regem decisões jurídicas –, o direito individual seria garantido acima de tudo. Para Dworkin, a questão política é pautada pela moral, tanto quanto para Kant<sup>82</sup>: se todos agissem racionalmente, isto é, em conformidade com certa lei moral, com certeza se constituiria uma sociedade idealmente harmônica em que cada um de seus membros seria governado por essa mesma lei. A *moral*, em Kant, não pode ser reduzida a um hábito, menos ainda a um jogo de forças internas, antes refere-se a evidentes formulações discursivas, argumentativas, e em último caso, prescritivas, exatamente nos moldes dworkinianos. Em Kant, porém, não se salva o homem, ele salva a si próprio, de modo que não haverá um

---

<sup>81</sup> DWORKIN, 2003, p. 186.

<sup>82</sup> KANT, I. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.



único discurso filosófico possível; de fato haverá a pluralidade dos discursos, e é neste sentido da razão discursiva que Kant é considerado um precursor do pós-modernismo, com o qual Dworkin, com seu modelo de interpretação criativa, de narratividade quase literária, guarda afinidade. Mas o problema se inicia a partir do próprio livre arbítrio, da liberdade dada a todos os seres vivos de expressar livremente sua vontade, ou seja, se as leis morais retêm sua força de lei somente na medida em que possam ser consideradas necessárias (*a priori*), então é justo que, ecoando Kant, se pergunte: como é possível a moral *a priori*?

Segundo Romano<sup>83</sup>, Hobbes afirma, em *O Leviatã*, que, além do medo da morte e de ferimentos, os seres humanos têm um desejo de vida fácil e de prazer sensual juntamente com o desejo de conhecimento e das artes da paz, o que faz com que queiram cooperar socialmente. Disso decorre a competição que nos leva a usar a violência para obter o que queremos; a desconfiança leva a usar a violência para proteger o que se teme que os outros queiram, e o desejo de glória leva a usar a violência contra quem não nos respeita. Essas leis naturais enunciadas por Hobbes, como se vê, não envolvem idéias morais: elas são ‘máximas de prudência’, regras que, segundo o que nossa razão nos revela, devemos seguir em nosso próprio interesse. Diferentemente de Kant, Hobbes postula que no estado de natureza não existem princípios morais: a moralidade se faz possível graças ao Estado. Hobbes tinha dúvidas, portanto, se sem um policiamento eficaz os seres humanos obedeceriam às *leis da natureza*<sup>84</sup>, ou se permaneceriam em um estado de natureza a menos que pudessem fazer com que essas leis fossem cumpridas. Seríamos prudentes, diz Hobbes, se conferíssemos a um soberano absoluto o poder de regular a vida de todos. A proposta da resposta correta de Dworkin, no entanto, implica uma moral muito diferente da que conceituou Hobbes, pois supõe como dada a integridade de juízes, e mesmo da comunidade, a reger as decisões judiciais e as práticas sociais.

Contudo, qualquer diferença de sentido entre moral e ética é uma convenção, como apontado por Paul Ricoeur<sup>85</sup>, e outras definições de moral e de ética podem, portanto, ser estabelecidas. O que importa é que, para as opções de *vida boa* merecerem o nome ética, é

---

<sup>83</sup> ROMANO, R. “Os laços do orgulho. Reflexões sobre a política e o mal”, in *Revista Unimontes Científica* V.6 n.1, janeiro/junho de 2004.

<sup>84</sup> Hobbes acreditava que, se fossem seguidos certos princípios que ele chamou de ‘leis da natureza’ (na época de Hobbes, as leis da natureza eram consideradas regras morais, com autoridade divina, a que todos eram obrigados a obedecer mesmo sem as restrições do Estado), seríamos capazes de escapar dos perigos do estado de natureza.

<sup>85</sup> RICOEUR, P. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Papyrus, 1991.

preciso que se articulem com a moral, ainda que não se reduzam a ela; a perspectiva ética é aquela de uma vida boa para e com outrem, em instituições justas. A tese da teoria da *personalidade ética*, de Ricoeur, postula que o *querer agir moralmente* depende do fato de a moral ser considerada como parte da vida boa, e o *ser moral* ser considerado parte da identidade, o que parece corroborar a idéia de Dworkin de uma comunidade democrática e autônoma, mas parece também complexificar e problematizar seu aspecto moral e politicamente íntegro.

Para refletir sobre essa questão, retomo o pressuposto moral incontestado do direito ‘é errado condenar pessoas inocentes’ e se verá que essa proposição simples e aparentemente óbvia poderia apresentar dificuldades para a tese de Dworkin. Para se ter como princípio que *é errado condenar pessoas inocentes*, tem-se antes de saber o que significa algo ser realmente errado, bem como o que significa alguém ser de fato inocente. Se um problema tem a ver com a análise de um conceito - *inocência*, por exemplo -, o outro tem a ver com verificar se uma crença, um valor ou princípio moral específico - a *condenação* e seu respectivo ritual de punição, por exemplo - são válidos. Ou seja, mesmo que já se houvesse decidido sobre as definições, ainda assim permaneceriam questões substanciais, morais, não respondidas: se se pode argumentar que nem todo juiz é necessariamente íntegro e que, por mais que ele o seja, sempre estará submetido a sentimentos e necessidades, ou mesmo carências interpretativas ou exegéticas, quando não corporativas, como se pode esperar que a Justiça zele para que suas decisões não fiquem submetidas à influência dessas circunstâncias, ainda que supostamente neutralizados pela hipotética integridade?

Para Dworkin, a questão referente aos fundamentos do direito está ainda em debate, e continuará estando. Ele pretende que sua tese seja considerada uma teoria do direito, e explicita sua preocupação em delinear um conjunto objetivo e consistente de fundamentos que possam conferir validade às decisões jurídicas. Ora, como já vimos anteriormente, com questões científicas verifica-se, por meio de experimento e/ou observação, se é possível descobrir motivos para julgar que as teorias são verdadeiras ou, pelo menos, que nenhum motivo haja para achar que sejam falsas; mas se a observação e a ação, por si só, não nos permitem decidir se é ou não correto condenar um inocente, assim igualmente não nos permitirão decidir se a tese de Dworkin é ou não válida.

Observe-se que o autor trata sobre *como* devemos decidir se uma ação é certa ou errada sem antes se dedicar ao pensamento sobre *se* uma ação é certa ou errada. Não se pergunta sobre o *status* de juízos morais, e com quais juízos devemos concordar. Tanto é assim que criticam-no argumentando que seu projeto não só é parcial em vários aspectos, como também falho; que ele teria uma compreensão equivocada do processo legal ao dar atenção especial aos argumentos doutrinários dos advogados acerca do que é o direito; e dirão, finalmente, que seus argumentos obscurecem a importante função social do direito enquanto força ideológica. Ora, se o atual paradigma filosófico considera as questões sobre o que é certo ou errado, bom ou mau, como questões morais de primeira ordem, e chama de ‘metaéticas’ as questões sobre a natureza, a estrutura e o *status* desses conceitos morais de primeira ordem, então não seria o caso de Dworkin se questionar sobre o direito enquanto ser, sentido ou essência moral? Reduz-se a concepção de moral em Dworkin tão somente à hermenêutica e à cultura de seu povo?

Nesse seu conceito fundamental de o argumento jurídico manifestar-se segundo um complexo juízo segundo o qual uma interpretação pode tornar-se, em princípio, a melhor de todas as interpretações possíveis, antes esta se fundamenta no puro e simples valor político do próprio argumento - e este é o ponto mais controverso de toda sua argumentação -, uma importante questão de metaética. Sejam quais forem suas crenças morais, a resolução dessas questões, que são inapelavelmente morais, precisará envolver algo do tipo de observação empírica, tão central para a ciência em geral e aparentemente tão necessária para a Ciência do Direito. O complicador é que, para o empirismo, as questões da moralidade não podem ser decididas pela observação nem pelo experimento e, embora as crenças sobre questões morais sejam, dessa forma, como crenças *a priori*, tampouco se poderá decidir sobre questões morais apenas pela lógica, como já referido. Sim, pois mesmo que se ofereça uma prova de que *é errado condenar pessoas inocentes*, pode-se não aceitar as premissas de um argumento que o corrobore sem esquecer que não se pode mostrar que premissas são verdadeiras sem a apresentação de outras premissas, e como não há nenhuma garantia de que se vai aceitar essas outras, esse vício procedimental tenderá ao infinito.

David Hume, em *Investigação sobre os princípios da moral*<sup>86</sup>, um dos primeiros filósofos a colocar a diferença entre questões factuais e valorativas em termos de uma distinção entre aquilo que *é assim* e o que *deveria ser assim*, enfatiza que é necessário que se empregue uma ontologia plausível, e que os filósofos do direito então elucidem esses critérios e todos usem os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, uma vez que, mesmo divergindo entre si, certamente se compartilhará algum conjunto de padrões sobre o uso que deve ser dado à palavra *direito*, a partir de seu pressuposto moral. É fato que, em certo sentido, verdades *a priori* podem ser estabelecidas sem precisar depender de quaisquer premissas, mas, assim como diferem de juízos empíricos, as verdades morais do modelo dworkiniano não serão, nesse aspecto epistemológico crucial, como as verdades *a priori*. Se, por um lado, as questões morais são questões de *valor*, e as questões de valor não são resolvidas só pela experiência ou pela lógica, então, se se adotar o racionalismo moral - a idéia que as questões morais devem ser decididas pela razão, tal como propõe Dworkin - ainda assim será necessário ter alguma outra maneira de usar a razão para estabelecer premissas morais. Isso implica não só a necessidade de alguma evidência empírica, como também a lógica deverá desempenhar um papel importante no pensamento moral, porque, antes de mais nada, crenças morais precisam ser coerentes.

Nessa controvérsia, segundo Appiah<sup>87</sup>, os partidários da razão, ou racionalistas, sustentavam que as distinções e os juízos morais são fundados em princípios transcendentais e imutáveis, em padrões eternos do certo e do errado, podendo ser discernidos apenas pelo uso da razão. Por outro lado, os sentimentalistas sustentavam que os juízos morais são fundados num sentido moral interno ou conjunto de sentimentos distintos da razão. Esta passagem bem serve para ressaltar o que disse Hume: as questões morais não são questões de fato, e isso remete ao que Hart propõe, e ao que justamente Dworkin critica, ou seja, mesmo que estejam em consonância quanto a que todas as verdades empíricas sejam relacionadas com relações de objetos, e todas as verdades lógicas podem ser percebidas pela razão, ainda assim as questões morais não seriam uma questão de fato. A distinção entre fato e valor é fundamental para todas as discussões de metaética desde o século

---

<sup>86</sup> HUME, D. *Uma Investigação sobre os Princípios da Moral*. Trad. José Oscar de A. Marques, Campinas., SP: Ed. da Unicamp, 1995.

<sup>87</sup> APPIAH, 2006.

XVIII, e seu argumento é resumido em um *slogan* conhecido: não se pode extrair um ‘deve’ de um ‘é’, erro em que Dworkin parece incorrer em sua petição de princípio da integridade. Para se responder à pergunta ‘o que justifica os juízos morais?’ ter-se-á de usar alguma epistemologia moral, certamente, e assim, a questão do conteúdo moral será, obviamente, uma questão de semântica filosófica, uma maneira plausível de dizer o que uma proposição significa dizendo como o mundo teria que ser se ela fosse verdadeira. Pois é precisamente aí, dirá Dworkin, que entra essa questão da interpretação, que, de certa forma, seria livre, mesmo admitindo que *interpretação como integridade* simplesmente não é livre. Sim, pois é realização de valor.

Realização de valor, entretanto, é potência, e se potência é força e até violência, então o poder político implica, segundo Simone Goyard-Fabre<sup>88</sup>, a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais, tais como as leis, os regulamentos administrativos, as próprias Constituições que, inserindo-se no campo sócio-histórico em que evolui a política, evoluem com ela - tal como a imagem exarada por Dworkin -, mas cuja linguagem provém da Antiguidade, isto é, do direito romano e mais remotamente do da Grécia. Pode-se então inferir que não há grande diferença entre a maneira como os valores da verdade de alegações morais e a maneira como os valores da verdade de alegações factuais são determinados.

O problema apontado aqui, portanto, é que as crenças só orientam a ação em conjunção com desejos e é esse aspecto que a proposta de Dworkin parece não considerar. Mas, como tanto o realismo quanto o emotivismo, referidos por Hume, representam os pólos extremos das concepções sobre a questão do conteúdo moral, essas concepções de Dworkin tendem a produzir posições extremas em sua ambigüidade, pois o *realismo* e o *emotivismo* na pretensa epistemologia moral de sua tese tenderiam a aliar-se respectivamente com o *cognitivismo* - a idéia de que se pode ter conhecimento moral - e também com o *não cognitivismo* - a idéia contrária àquela, dado o aspecto hermenêutico de sua tese. E como questões sobre o sentido das palavras e das frases são cognitivas, ou seja, têm a ver com conhecimento, então, não é de surpreender que concepções diferentes sobre o conteúdo de juízos morais estejam associadas com concepções diferentes sobre a epistemologia moral, vale dizer, sobre a Ética. Sim, pois são infundáveis os casos de

---

<sup>88</sup> GOYARD-FABRE, S. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

conceitos em que a decisão de um caso jurídico isolado não se segue logicamente, quer de afirmações empíricas tomadas junto com normas pressupostas quer de proposições estritamente fundamentadas de algum sistema de raciocínio hermenêutico.

Por isso, e como entende Robert Alexy,<sup>89</sup> deve-se concluir que quem decide tem de ser necessariamente discricionário, como acontece, ainda que involuntariamente, na tese dworkiniana, na medida em que o caso não seja completamente regido por normas jurídicas, regras do método jurídico e/ou doutrinas de dogmática jurídica. Segundo Alexy, um juiz poderia, de acordo com esse raciocínio, escolher entre várias soluções, pois no caso de um julgamento a escolha da pessoa que decide é que determinaria qual proposição normativa singular deve ser afirmada ou promulgada. Vê-se, assim, que ambos os autores, Dworkin e Alexy, falam a mesma língua, mas em estilos bem diferentes: independentemente do nível de justificação que se possa alcançar, a decisão tomada por um juiz é uma decisão sobre o que deve ou pode, ou não, ser feito; tal ação, porém, deverá exigir de preferência um julgamento de que a alternativa escolhida em alguma medida será melhor do que outra e que propiciará a base de um novo julgamento de valor. Quase todos os tratados contemporâneos enfatizam que a jurisprudência não pode passar sem esses julgamentos de valor, o que, portanto, induz às próximas perguntas: o que, então, conferiria às cortes e aos juízes plena legitimidade para interpretar a lei? O que legitimará a decisão dessas pessoas sobre o que é justo ou não, o que fazer ou não fazer frente a uma questão de valor?

Alasdair MacIntyre argumenta, segundo Appiah<sup>90</sup>, que o agente moral seria certamente alguém que tem vontades e desejos que fazem de seu desejo de fazer o bem um *imperativo hipotético*. E por ser hipotético, não seria uma razão claramente moral, já que este está focado preferencialmente na questão da legitimidade do poder, exatamente nos moldes do discurso de Dworkin. E mais: o filósofo americano C.L. Stevenson observa que se se disser que quem faz alegações morais está apenas expressando seus sentimentos, e por isso duas pessoas que fazem alegações morais aparentemente contrárias não estariam discordando uma da outra, então saber que algo é certo ou errado é uma faculdade que não existe. Portanto, não há nenhum meio de demonstrar como as afirmações morais de

---

<sup>89</sup> ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H.S. Silva. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>90</sup> APPIAH, 2006.

Dworkin podem ter valor de verdade, e o desafio fundamental de seu relativismo é que não parece haver qualquer razão para que uma pessoa aceite adotar uma atitude simplesmente porque essa atitude foi recomendada seja lá por quem for, por melhor que seja seu argumento: suas proposições morais prescrevem, ao invés de descrever, e isso ocorre porque ao dizer algo com certa propriedade moral, como sua proposta de integridade, ele está expressando não só crenças, mas também atitudes. O verdadeiro desafio do relativismo dworkiniano, portanto, será explicar por que devemos compartilhar suas pró-attitudes, vale dizer: se o que está certo ou o que está errado é determinado por princípios utilitários, então a metaética dworkiniana, por si só, não poderá solucionar questões substanciais da moralidade, e não surpreende, portanto, que ele proponha que, ainda que a decisão moral tenha que ser feita com base na razão, é melhor ter os sentimentos, mesmo que às vezes eles nos levem na direção errada.

Kant<sup>91</sup> ao identificar esse tipo de *devo* que orienta a ação, o conhecido *imperativo categórico*, o comparou ao *imperativo hipotético*, e isso nos remete ao *devo ser íntegro* da proposição dworkiniana, então hipotético, porque ainda estaria baseado na hipótese sobre seus desejos. Portanto, poder-se-ia colocar o suposto realismo moral de Dworkin em xeque, indagando como é possível explicar a natureza categórica de imperativos morais, como no caso de sua *interpretação como integridade*, eminentemente moral. O realista moral, então, consideraria a afirmação *é errado condenar inocentes* como uma maneira de expressar a crença de que *condenar pessoas inocentes é errado* seja errado de fato, assim como Dworkin defende sua tese da *interpretação como integridade* como sendo a melhor teoria a possibilitar decisões jurídicas válidas e racionais.

Um outro aspecto desta mesma questão é que, ao procurar pautar-se pela conhecida regra de ouro da ética - fazer aos outros o que queremos que nos façam, ou seja, ter a noção das coisas que importam às outras pessoas em sua busca da *eudaemonia* -, é importante refletir sobre as circunstâncias sociais e materiais dentro das quais os seres humanos conduzem essa busca. É por isso que ainda se pode aprender com a abordagem de Aristóteles, que considerava as questões morais à luz daquilo que ele chamou de ética, que é o estudo do que é viver uma vida bem sucedida.

---

<sup>91</sup> KANT, I. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.

Deve-se considerar também que, para Dworkin, as teorias interpretativas se voltam para uma cultura jurídica em particular, para a cultura à qual pertencem seus autores e agentes, e o autor ilustra esse fato alegando que as teorias legais muito detalhadas e concretas que os advogados e juízes americanos e ingleses elaboram para esta jurisdição específica estão certamente muito presas a esse tipo de concepção, e que as concepções mais abstratas do direito que os filósofos elaboram não o estariam; é o direito no sentido que Dworkin chama de pré-interpretativo. Mas, uma vez que John Austin definiu um *comando* como ‘uma ordem acompanhada por uma ameaça’, então qualquer regra que seja promulgada por um governo legítimo e soberano e seja imposta pelo uso do monopólio de coerção do Estado será uma lei, por melhor ou pior que seja. Para os positivistas, mesmo concebendo que a decisão de quem tem a autoridade de fato para governar envolve questões morais, ou seja, depende das alegações que são necessárias a fim de distinguir entre poder e autoridade, que é uma questão avaliativa, qualquer regra que a autoridade promulgar, por mais moralmente criticável que ela seja, será lei. Por decorrência, isso significa que tudo que é moralmente exigido para transformar um sistema de regras em um sistema legal é que ele seja imposto por pessoas que tenham o poder de impô-las, que seja para o bem comum, de preferência com integridade. Mas há fortes razões para acreditar que essa resposta é demasiado simples: mesmo que essas leis não sejam impostas sistematicamente, não há referência a qualquer sistema que investigue quando elas são ou foram infringidas nem qualquer meio para queixar-se de alguma injustiça. Além disso, é sabido que algumas das regras são mutuamente incompatíveis e os oligarcas chegam a punir alguém que infringe uma regra para obedecer a outra.

E ainda, se Kant parte da *virtude* como força máxima do homem volitivo, em quem as idéias têm força da mesma forma que os mitos e as religiões, e que é conhecida pela resistência, essa virtude em Dworkin pode ou não ser essencial, isto é, pode ir contra tendências contrárias nos próprios seres humanos: essa força obedeceria a uma lei, ou princípio, pois sem lei as forças não são nada, e, como já se sabe, essas leis são humanas e não naturais. A *moral* para ele, portanto, será o ato que afeta a razão, a auto-afecção, e por isso um fato de consciência, da razão, constitutivamente inevitável, mas não obrigatório, não categórico, que pode e deve ser cultivado enquanto consciência moral, um juízo interior e, portanto, um dever indireto, que é o cultivo da própria vontade. Em outros



termos: ainda que tais objetos morais, intuídos como dados, possam ser possíveis, deve-se lembrar que jamais podem ser vividos em si, tanto que, mesmo que tal reino dos fins também seja perfeitamente possível, o próprio Kant já seria sabedor de que este nunca se tornaria real. Dessa forma, e antes de tudo, a moral é utópica. Como então assegurar que o juiz dworkiniano age moralmente, que é íntegro ou faz valer, definitivamente, a integridade? Enfim, será válida a noção de moral assumida por Dworkin?

**5.2.2. Quanto à política** - Como liberal, Dworkin considera que um dos objetivos principais do sistema jurídico é controlar e limitar a ação do governo, tanto que, assim como Rawls, ele crê que nenhum objetivo social é justificável - ainda que sirva ao bem-estar geral - se viola os direitos individuais, configurando-se aí uma contradição entre voltar-se para a solução de problemas sociais e, por outro lado, preservar os direitos individuais. O que parece passar ao largo das preocupações de Dworkin é o inegável lado nefasto e obscuro da política, sobre o qual tantos autores se debruçaram nas mais diversas épocas. Hobbes, por exemplo, afirma que nos períodos em que os homens vivem sem um Poder comum para mantê-los aterrorizados, no estado de natureza, eles estão naquela condição chamada de Guerra; é a guerra de todos contra todos... Pode parecer, à primeira vista, que muitas pessoas simplesmente não têm essa ambição de poder, mas tudo leva a crer que é bastante provável que todos nós queiramos mais do que temos. E mesmo assim, Dworkin apresenta propostas de conduta moral no que se refere ao direito e à justiça que fariam supor que as sociedades anglo-americanas estariam na ante-sala da perfeição, e que nelas a integridade seria um pressuposto, o que certamente é algo discutível. Nesse aspecto, todos têm algo a ganhar com a existência de um governo, diz ele, contanto que não seja opressivo demais. Não haverá, portanto, um conceito puro de liberdade, mas apenas uma mera prática, se muito, um ensaio; nesse quadro, o homem estará sempre e necessariamente contra a humanidade, ou vice-versa, corroborando o 'homem lobo do homem' hobbesiano, pois não há a quem ou a quem obedecer.

Simone Goyard-Fabre afirma que o direito político do Estado moderno parece condenado a uma terrível vertigem: aí, o constitucionalismo seria como que o motor do destino do seu povo; a Constituição, adquirindo valor de lei fundamental, conteria as razões seminais do direito: é ao mesmo tempo a regra de inteligibilidade e a regra de validade do

sistema jurídico, que exprime os poderes teóricos e práticos da razão e pode-se, portanto, inferir que há nisso um gigantesco mal entendido, já que encerra um duplo erro, tal como enuncia a autora. O primeiro erro seria justamente a perversão da ordem legal do Estado pelo princípio de subjetividade: o direito público seria gangrenado pela consideração dos casos particulares e das situações singulares; o rigor do direito objetivo e a generalidade da lei seriam, portanto, gravemente ocultados. Assim, diz a autora, a lógica empírica do pragmatismo jurídico-político viria rebater a lógica racional do aparelho legislativo: sob formas diversas, com tonalidades e acentos múltiplos, o conflito entre o universal e o particular sempre ressurgirá. O segundo erro, ou problema, seria ainda pior: poderia não haver casos similares para que, então, se tomasse uma decisão similar, fato a ser contornado pela virtude da integridade de Dworkin.

Richard Sennett<sup>92</sup> se refere às pirâmides burocráticas públicas como sendo rígidas e avessas ao risco, constituindo uma dura realidade. O sociólogo inglês entende que os regimes tanto das corporações multinacionais quanto do socialismo de Estado pareciam prisões burocráticas na década de 70, e que o compromisso, como lealdade institucional, estará em oferta cada vez mais escassa no novo capitalismo, e que o sentimento será cada vez mais irracional, uma vez que essas mudanças simplesmente não libertaram as pessoas dessa cultura emergente e esse modo de vida cada vez mais superficial. Ou seja, as instituições humanas, a despeito dos ingentes esforços nesse sentido, simplesmente não funcionam a contento, quando não funcionam muito mal ou francamente contra a sociedade e contra os indivíduos em geral. Dworkin, no entanto, defende que cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas em termos, pois, já que não é unânime, a decisão coletiva deverá tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade. Assim, para Dworkin, um Estado que aceitar a integridade como ideal político terá um argumento melhor em favor da legitimidade, do mando e da coerção, que um Estado que não a aceite, e se assim for, aí estará uma forte razão para se considerar que as práticas políticas devam ter por base a virtude da integridade. Dworkin parece julgar que ela é efetiva, ao menos na América, posição esta sujeita a questionamentos. Para ele a melhor defesa da legitimidade política vai ser encontrada não onde os filósofos como Hobbes esperaram encontrá-la - no árido

---

<sup>92</sup> SENNETT, R. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. Trad. Lygia A. Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo -, segundo suas próprias palavras, mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes.

Portanto, uma teoria do direito como a de Dworkin implica que a ambiência em que ela se realiza deve se caracterizar pela integridade e deve pautar-se efetivamente por princípios morais. Mas apresenta-se a questão: essa concepção não implica em se crer no adágio ‘amai-vos uns aos outros’, vigente há dois mil anos, e que nunca de fato se concretizou? Para que a proposta se efetive, será necessário que os indivíduos entendam que suas tarefas são absolutamente vitais para o bem comum: se a defesa da integridade feita por Dworkin implica o uso de princípios sobre a legislação e a jurisdição nitidamente presentes na vida política, nota-se, no entanto, que a política a que ele se refere é sempre uma política local, comunitarista, restrita. Dworkin, no entanto, afirma defender uma interpretação de sua própria cultura política - a dos anglo-americanos -, e não uma moral política abstrata e atemporal, nos moldes kantianos. Precavido, deixa registrado que, como parte de sua tese interpretativa, nunca afirmou que suas práticas políticas aplicariam a integridade de maneira perfeita, admitindo mesmo que não seria possível reunir todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por seus legisladores e ainda em vigor num único e coerente sistema de princípios. Mas, mesmo tendo feito essa afirmação mais atenuada, segundo suas próprias palavras, ele ainda dirá que essa sua posição exige novas ressalvas ou, pelo menos, algum esclarecimento: o legislativo deve ser guiado pelo *princípio legislativo da integridade*, e isso explicaria por que não se devem promulgar leis conciliatórias apenas por uma preocupação com a equidade, já que, segundo seu ponto de vista, as leis conciliatórias constituem uma flagrante violação da integridade.

Na verdade vive-se hoje - e é o próprio Dworkin quem o afirma - uma tentativa ousada de unir o pragmatismo e o convencionalismo, pois o pragmatismo rejeita que as pessoas possam claramente ter direitos, como se direito fosse a antítese de um futuro promissor, pois aquilo que se chama de direitos atribuídos a uma pessoa serão apenas os auxiliares do melhor futuro. Retomando-se o conceito fundamental elaborado por Max Weber de que o que distingue o Estado é o monopólio do uso da força por uma autoridade, e que ter *autoridade* envolve a satisfação tanto de condições factuais como de condições avaliativas (axiológicas), então tem-se um cenário nada favorável à proposição dworkiniana

de que a equidade e a justiça devam compor um corpo de princípios morais de uma comunidade de modo a assegurar que, nas decisões sobre o direito, os responsáveis por elas saberão encontrar a resposta mais certa e justa. Em verdade, os fatos nos dizem que o caráter axiomático do direito à igualdade de Dworkin tem grandes - e, pelo que a história nos mostra, invencíveis - obstáculos a vencer.

Como é possível, então, nos termos de Romano<sup>93</sup>, pressupor a integridade se ‘os poderosos estão cheios de ambição de poder, e os letrados mergulham na ambição de autoridade porque suas mentes estão abarrotadas de doutrinas mentirosas e fraudulentas’? Como falar em *melhor luz da interpretação*, se o sigilo, antigo na história, atingiu pleno sentido político na vida moderna, e sua prática aperfeiçoa-se ao máximo, ou se a grandeza imoderada de uma nação passa a fornecer para fora de seu próprio circuito um grande exército, ou ainda se o número de corporações, que são como vermes nos intestinos da nação, passa a ser uma grave doença da República? Em contraste às constatações de Hobbes e outros pensadores que se dedicaram a descrever e compreender as questões políticas e os males aí presentes, as concepções de Dworkin sobre a resposta certa, a interpretação como integridade e sua crença em uma comunidade sem conflitos parecem não serem afetadas pelas ostensivas evidências da existência desses aspectos negativos da sociedade e do Estado.

**5.2.3. Quanto à equidade** – Aspectos reparativos apresentados por Dworkin, como em casos de indenização por acidentes, e já que o governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância, sugerem que a melhor interpretação é, a seu ver, oferecida pelo princípio econômico: se existe um preço de mercado para alguma coisa, diz ele, considera-se que seu valor é o de tal preço; se não existe um mercado adequado, seu valor é aquilo que as pessoas estariam dispostas e aptas a pagar se houvesse tal mercado. É razoável supor, portanto, que as diversas concepções ou teorias igualitárias sejam, pois, respostas antagônicas à questão de qual sistema de propriedade estaria à altura dessa norma, uma vez que essas concepções da igualdade diferem entre si: a vida política, de início, não se definiria como um sistema racional, pois,

---

<sup>93</sup> ROMANO, R. “A igualdade, considerações críticas”, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, julho/dezembro 2003.

segundo Spinoza, as paixões geram a vida em comum. Com isso, chegamos a um ponto crucial neste trabalho: o das paixões humanas.

Roberto Romano<sup>94</sup> indica que as relações entre os seres humanos trazem as paixões como selo de origem, tais como piedade, ambição de glória ou de dominação, inveja: os homens querem ser os primeiros, entram em rivalidade e tentam, na medida de seu poder, esmagar uns aos outros. Não iremos, pois, acalentar a ilusão dworkiniana de que seria possível conduzir a multidão, nem os homens públicos, a viver exclusivamente segundo a disciplina da razão, tal como no almejado estado de integridade. As paixões que definem a política têm origem comum no orgulho, alegria que nasce do fato de que um indivíduo se estime mais do que o justo, de que ele se considere melhor do que realmente é. Por causa do orgulho o indivíduo julga poder tudo, e a grande superioridade da intuição spinozana sobre as *Paixões da alma* de Descartes é a de sujeitar as paixões a um principio unificador: o desejo (*cupiditas*) como a própria essência do homem; o mimetismo do desejo fundaria a comunidade política e, nesta fundação, o medo adquiriria relevo, conforme assinala Romano.

Segundo essa concepção spinozista, a legislação é a alma do Estado: se ela dura, o Estado, por seu lado, preserva-se. Ora, qual deve ser a legislação para resistir a todas as mudanças? Ela deve se apoiar ao mesmo tempo sobre a razão e sobre a disposição apaixonada própria aos humanos. Se a *igualdade*, segundo Spinoza, é um pressuposto da instauração da república, pois define a base do Estado, tal realidade apresenta problemas, todos vinculados às paixões, de árdua resolução. Uma de suas aporias reside no mando: o coletivo é força superior aos indivíduos, e assim a paixão se complexifica, pois além dos desejos primordiais, ela é carregada de aspectos políticos. A solução disso torna-se ainda mais difícil porque não se trata, na comunidade, apenas de saber quem manda, mas o que ele manda. Torna-se preciso saber o que é o bem e o mal para a república, e assim, aparecem as lutas para impor de modo estável um sistema comum de valores. A república só permanece se o soberano define com precisão quem tem direito a quê ou o que pertence a cada um, e se ele impõe um regime da propriedade. E todos os problemas mencionados acima, serão sempre resolvidos, segundo Spinoza, de modo precário, necessariamente. O

---

<sup>94</sup> ROMANO, R. “Os laços do orgulho. Reflexões sobre a política e o mal”, in *Revista Unimontes Científica* V.6 n.1, janeiro/junho de 2004.

pecado maior, argumenta ainda Romano, é o desejo de igualar-se a Deus, e diz-se que o primeiro pecado do demônio teria sido o do orgulho, quando não, inveja.

Segundo o sociólogo italiano Francesco Alberoni<sup>95</sup>, tudo é competição - pelo território, pelo alimento, pelo sexo -, e a competição ocorre não apenas entre indivíduos, mas também entre sociedades organizadas, e não ocorre baseada em princípios exatamente cavalheirescos... Alberoni se pergunta se não haveria um espaço, hoje, entre as ruínas do sonho socialista e os escombros de nossas sociedades desestruturadas pela barbárie neoliberal, para uma nova utopia; ele próprio responde que, *a priori*, isso parece pouco provável, porque a desconfiança em relação aos grandes projetos políticos generalizou-se e vive-se, ao mesmo tempo, uma grave crise da representação política, um enorme descrédito das elites tecnocráticas e intelectuais e uma ruptura profunda entre as grandes mídias e seus públicos. Mas Dworkin parece passar ao largo dessa grita, depositando apenas sobre o suposto respeito a princípios morais a garantia de decisões justas e igualitárias a todos os cidadãos.

A liberdade tende ao desigual, e como a consciência da liberdade e o valor que lhe é dado orientam-se para a sua significação subjetiva, então a liberdade subjetiva requer 'maior grau de formação educativa que possa receber o particular'. A *igualdade*, assim, só pode ser entendida de modo concreto numa escala de valores hierárquicos, definidos pelo Estado, de modo orgânico. Elevando-se ao Todo espiritual, ela é subsumida e conservada de modo a garantir a subordinação axiológica e política: pode-se afirmar que este pensamento sobre a igualdade é tudo, menos democrático, conforme assinala Roberto Romano<sup>96</sup>. Conforme assinalou o jusnaturalista Michel Villey<sup>97</sup>, porém, identificar o direito e as leis, um costume atual seria uma confusão de fato, tanto mais grave quando, sob a pressão das doutrinas do contrato social, estas últimas evocam hoje o mandamento da autoridade estatal. Os textos jurídicos não necessariamente de diferir das conclusões da moral até quanto à forma, pois as proposições da moral, que até hoje são fundadas no estudo e na descrição dos costumes, visam interferir no agir humano. Tal como nos moldes

---

<sup>95</sup> ALBERONI, F. *Valores: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida*. Trad. Y.A. Figueiredo. Rio de Janeiro, Editora Rocco, 2000.

<sup>96</sup> Anotações de aula ministrada por ROBERTO ROMANO no curso de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp, 2005.

<sup>97</sup> VILLEY, M. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. Trad. Márcia V.M. de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

dworkinianos, os textos pretendem reger as condutas dos cidadãos; faz parte de sua vocação normal passar ao mundo preceptivo, proibitivo ou permissivo. Houve, como já foi dito aqui, o declínio das regras do direito, pelo qual os juristas dos tempos modernos foram responsáveis: não se sabe mais reconhecer o instrumento específico do direito, designá-lo por um termo distinto, fenômeno que teria duas causas, sem dúvida solidárias: a ‘hipertrofia da potência pública’ e o ‘moralismo’.

Também Habermas, segundo Roberto Romano, imagina que numa sociedade ideal, ou seja, democrática e ilustrada, imperaria o diálogo, e a mentira seria impossível; aí, a simetria entre os cidadãos e os dirigentes mostrar-se-ia total. O único senão é que tal sociedade nunca existiu nem nunca existirá. É por este motivo que Hegel estigmatizou a crítica da razão, proposta por Kant, como algo desagregador para a sociedade civil e para o Estado: o Estado, segundo Hegel, não precisaria dizer a verdade, porque ele é a verdade. Indivíduos mentem, instituições não. A ordem que chega de cima não é mentira, mas palavra de poder, modelo e guia do saber e da ação.

Romano também nos relata que a democracia e as exigências de transparente responsabilidade governamental perderiam a cada momento sua marca de origem. Se a sinceridade é um pressuposto da conversação, então a mentira (dizer o contrário do que se pensa ou falsear a verdade) negaria o próprio ato comunicativo. E esta é a condição primeira da Razão de Estado, pois a questão do segredo aninha-se neste fio básico da mentira: ‘a mentira é uma injustiça que não considera governantes e governados como iguais, é uma redução do outro’.<sup>98</sup> É natural, portanto, que aumente a insegurança coletiva e surjam os signos mais claros do retorno ao estado de natureza, tanto nas periferias pobres quanto nos bairros enriquecidos da urbe, ou - e por que não? - como também... nos tribunais. Diz Romano: “A responsabilidade por uma catástrofe política e social e pelo fim inglório da república deve ser partilhada entre políticos arrogantes e intelectuais idem, que se julgam superiores ao povo”<sup>99</sup>.

Peter Sloterdijk<sup>100</sup> então brada contra essa falsa consciência instalada e, de maneira otimista, acredita no crepúsculo dessa prática nociva. Traz à discussão o cinismo, como

---

<sup>98</sup> ROMANO, 2004.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> HUYSSSEN, in SLOTERDIJK, *Critique of Cynical Reason: Theory and History of Literature*, V. 40. Trad. Eldred, Michael. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987, p. xi.

sendo o elemento essencial das condições pós-modernas nos anos 70 e 80 e ao buscar por estratégias para resistir a isso, em *Critique of Cynical Reason* este autor teoriza sobre aquilo que sempre resta submerso no recente debate sobre a modernidade e a pós-modernidade: a penetrante sensação de uma desilusão política no início dos anos 60 e a atormentadora noção de falta de alternativas tanto políticas quanto sociológicas nas sociedades ocidentais de hoje.

Vladimir Safatle<sup>101</sup> também vai abordar a questão do cinismo e, em *Cinismo e a falência da crítica*, define o cinismo como a ‘categoria adequada para expor a normatividade interna’ dessa forma de vida hegemônica, particularmente do modo de funcionamento de padrões de racionalidade em sociedades ditas pós-ideológicas. Visto como um problema da ordem moral, o cinismo estaria vinculado à distorção de procedimentos de justificação da ação. O cínico seria aquele que distorce procedimentos de justificação ao tentar conformá-los a interesses que não podem ser revelados. “Estariamos, assim, diante de uma dentre várias tentativas de imoralidade de travestir-se de moralidade.”<sup>102</sup> Espantoso é que, além de nosso momento histórico se caracterizar por uma crise de identidade - o capitalismo contemporâneo se pauta por um modelo de desenvolvimento paradoxal, sob um novo espírito que se distingue completamente do *ethos* clássico -, ainda legitima sua estabilidade através dessa racionalidade cínica, que em outras circunstâncias seria considerada uma típica e insustentável situação de crise e anomia.

Essa noção, diz Safatle, foi trabalhada por Slavoj Zizek para descrever o impacto social da compreensão de Jacques Lacan sobre a maneira como os sujeitos eram socializados por meio da internalização simultânea de duas estruturas normativas que, embora contrárias entre si, articulavam-se em relação de profunda complementaridade: de um lado a lei simbólica que visa normatizar os modos de interação social e de constituição de ideais de auto-regulação; de outro, a lei do supereu que visa impor, de maneira implícita, imperativos de conduta atualmente pautados por exigência de satisfação irrestrita. Zizek compreendeu a chave para o funcionamento de uma forma de vida que parece seguir sistemas de normas e valores que se invertem no momento mesmo de sua aplicação,

---

<sup>101</sup> SAFATLE, V. *Cinismo e a falência da crítica*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 13.



sistemas em que lei e transgressão são enunciadas, ao mesmo tempo, como imperativos. O nome mais adequado para esse fenômeno é *cinismo*.<sup>103</sup>

Sartre, *in* Safatle, teria tematizado adequadamente a questão da mentira para si, a já muito conhecida má-fé, que no seu entender seria o produto de um recalçamento (como conteúdos latentes de sonhos, crenças não conscientes, acontecimentos traumáticos, lembranças denegadas, sentimentos latentes, lapsos, etc.), resultado, por sua vez, de certo paradoxo: para que exista um recalçado, faz-se necessário um gênero de consciência do processo de recalçamento, que permitiria um semblante de dualidade na estrutura unitária de um mesmo projeto. Assim, uma vez que crença não passa de uma aposta, a má-fé apareceria como fuga da consciência em direção à crença, fuga esta de quem usa a imediaticidade a fim de mascarar para si mesmo o caráter frágil da própria aposta. Tal característica teria permitido a Sartre insistir no fato de que a má-fé não pode ser confundida com o cinismo, pois a má-fé seria, acima de tudo, estratégia de permanência na crença, enquanto o cinismo não deveria ser compreendido exatamente como uma questão de crença, porque pode pôr os dois momentos que a má-fé não é capaz de articular, o saber e a negação do saber, sem que um anule necessariamente o outro.

Safatle se refere aos sintomas maiores de mudanças profundas nos processos de racionalização social organizadas a partir da temática do cinismo, e isso é ainda mais grave porque no interior desse processo, desenhou-se uma espécie de diagnóstico de nossa época como era da ironização absoluta das condutas, de flexibilização das identidades e de constituição de modos de operação em situação de generalização de anomia e indeterminação, esta que ainda nos leva a correr em direção a tradições supostamente arruinadas. Há a solidariedade profunda entre opostos, apenas aparentes: a ironização das formas de vida e paz social armada, cuja escolha é uma imposição forçada. Tem-se um modo de experiência social da diferença que se realiza em sua própria negação sob a promessa de reconstituição social de vínculos substanciais patrocinada pelas estruturas disciplinares de sempre (polícia, Igreja, Nação, família, Constituição, discricionariedade, jurisprudência, interpretação ‘criativa’, equidade, etc.)

---

<sup>103</sup> *Idem*, p. 15.

Em *A mobilização infinita*, de 1989, também Peter Sloterdijk<sup>104</sup> aponta que o atual processo mundial, sob certa ‘linguagem cinética’, manifestaria uma acelerada tendência para a catástrofe, em que os homens, enquanto autores e vítimas de sua própria mobilização, ressentidos que estão com sua predominante forma de vida como algo que conduz ao que é errado, acrescido do fato de eles mesmos serem capazes de estarem de acordo com o erro e até se identificarem plenamente com ele, e admite que estaria sendo executado algo que provém do que nós mesmos queremos: e que por isso mesmo, não pode haver qualquer teoria crítica da mobilização da sociedade que dê conta dessa situação, “uma vez que, entre a crítica e o objeto da crítica, já não surge nenhuma diferença real”<sup>105</sup> a não ser por meio de uma severa autocrítica. Só tal crítica, na forma de uma *analítica do vir-ao-mundo*, romperia o abandono cínico-melancólico ao mundo, chamado entendimento pós-moderno.

O próprio autor se pergunta sobre o porquê do retorno à teoria crítica da Modernidade, bem neste momento que todos se põem fora do alcance das teorias, e responde alegando que de nada servirá isso, precisamente porque o marxismo, a ética do apelo, o lirismo e o ceticismo, enquanto agentes de inábeis mobilizações, não se encontram à altura do que seria possível e necessário em termos de crítica, uma vez que os pais do socialismo, que apostaram francamente numa ética da mobilização produtiva com um propósito humanista, não suspeitavam que tivessem de contrapor ou incorporar aos processos do capital instâncias que pudessem controlá-los efetivamente, se quisessem evitar o pior para a humanidade. Não pensaram numa dinâmica, melhor, numa *cibernética política* que se habilitasse a resgatar o planeta e seus hóspedes da devastação anunciada, que, evidentemente, produzisse um “conseqüente refreamento ecológico dos motivos de produção e através da desmilitarização dos lucros em benefício de despesas festivas, no quadro de um mecenato geral e recíproco”<sup>106</sup>. A ironia, aqui é que também Sloterdijk, um dos mais avançados filósofos da atual vanguarda, se vê alarmado com um hipotético curto-circuito entre cinética e semiótica, prevendo a vaporização deste supostamente maduro mundo, daí a sua *crítica da cinética*.

---

<sup>104</sup> SLOTERDIJK, P. *A mobilização infinita – Para uma crítica da cinética política*. Trad. Paulo O. de Castro. Lisboa, Relógio D’Água Editores, 2002.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 44.

Não é de surpreender, portanto – muito pelo contrário - que seja tão difícil para as autoridades manter os alardeados propósitos de instituir e preservar a efetiva igualdade entre os cidadãos. Assim, em meio a esse contexto de cinismo e engano, irônico é nos depararmos com a posição de juristas positivistas, como Kelsen, que julgaram ter resolvido de vez o problema do direito ao decretar que tudo, incluindo a soberania popular, é *metafísica superada*, restando apenas a soberania do Estado como idéia limite, hipótese que possibilita pensar as leis e a sua aplicação sem maiores constrangimentos. Para outro grupo, o dos utilitaristas, bastaria, na verdade, apenas a ação, ou seja, o resultado da ação: o agir moral, dizem estes, deverá produzir o máximo de bem-estar, o máximo de felicidade para todos, tal como manda sua *ética da responsabilidade*: quando os cidadãos privados deparam com conflitos entre seus direitos abstratos nas normas do *common law* sobre a propriedade, deveriam resolver esses conflitos voltando-se para o princípio básico que o sistema geral precisa respeitar: o princípio de que devem ser tratados como iguais. Mas tantas são as variáveis que interferem sobre esse princípio, tantos interesses, valores arraigados, sentidos historicamente construídos e naturalizados, como vimos, enfim, o que ocorre na verdade é que a igualdade está sempre sob ameaça. Assim, em meio a tudo que assistimos nas sociedades contemporâneas, hipercomplexas, eivadas por conflitos sociais, fustigadas pelo individualismo, pela busca do sucesso, pela indiferença para com o outro, pelos governantes cínicos e corruptos, haveria lugar para a equidade preconizada por Dworkin como base de sua teoria do direito?

**5.2.4. Quanto ao direito** – Como já visto, Dworkin se propõe a restaurar a relação íntima entre a argumentação jurídica e a moral, separadas radicalmente pelo positivismo jurídico, enquanto busca demonstrar que o modelo positivista é incapaz de descrever corretamente o direito: a tradição positivista mais desenvolvida – a de Hart, que Dworkin enfoca mais especificamente – apresentaria a tese da discricionariedade judicial: em caso de não haver uma norma exatamente aplicável, pois o direito não pode oferecer resposta a todos os casos que se apresentam, o juiz deve decidir discricionariamente, vale dizer, arbitrariamente. Dworkin critica essa posição com veemência e, para os *casos difíceis*, sustenta que diante de contradições ou lacunas, não é a discricionariedade que deve pautar a decisão do juiz, mas sim os princípios. Entretanto, a recusa da discricionariedade do juiz

por parte de Dworkin tem também motivos políticos: caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estariam à mercê dos juízes, já que a tese da discricionariedade supõe retroatividade. Dworkin dá primazia aos direitos individuais, e estes só serão direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria; deixar entregue à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se levar a sério os próprios direitos<sup>107</sup>. Assim, o modelo de Dworkin pauta-se por um princípio político básico: que o juiz não tenha nem possa ter poder político, pois a função do juiz é garantir os direitos individuais e não assinalar objetivos sociais; sua função deve ser distinta da legislativa ou da executiva.

Mas o próprio Dworkin, então, lança a questão ‘o que é o direito?’, enfatizando a necessidade de se definirem os fundamentos do direito, aspecto que vê como negligenciado por juízes e advogados que, sob a influência das teorias do positivismo jurídico, atêm-se a questões de fato e ignoram a questão teórica mais profunda sobre o que é, afinal, o direito. Eis porque Dworkin se propõe a elaborar uma teoria do direito, que sirva de referência para argumentos e decisões jurídicas se revestirem de racionalidade e validade. Uma outra questão, porém, se destaca: mesmo no seu próprio sistema de interpretação como integridade, o juiz também não deteria, em alguma medida, o poder da discricionariedade?

O funcionamento do sistema apresentado por Dworkin pode ser explicitado em parte pela idéia de caráter, e em parte pelo papel dos princípios na justificação das decisões judiciais. Dworkin não propõe, por conseguinte, a completude da lei, ou a impossibilidade de discricionariedade em sentido forte; ele parece apontar, em sua teoria construtivista, que uma análise holística do sistema legal resulta em certos padrões objetivos, capazes de guiar juízes mesmo em casos difíceis. Nessa linha, Dworkin efetivamente defende a existência de um conjunto de padrões legais a ser descoberto: sua teoria construtivista está apenas reconstruindo, para o universo de percepção do juiz e das partes, uma rede legal pré-existente, ainda que essa rede seja infinita. Essa questão da discricionariedade em Hart e Dworkin aponta, portanto, para a existência ou não de um dever legal do juiz de decidir de determinada forma mesmo em casos difíceis. Essa questão envolve uma série de outras, tangentes à completude ou à incompletude da lei, à natureza legal ou meramente moral dos princípios, à tolerância ou não da

---

<sup>107</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes, 2002.

discricionariedade em sentido forte, à existência de uma regra social ou de uma regra normativa de reconhecimento. Embora concorde que vigorarão, no caso, princípios meramente morais, esses princípios, por não possuírem caráter vinculante na teoria positivista, poderão ou não ser considerados pelo juiz. Nesse sentido, o sistema interpretativo monofásico de Dworkin se sobrepõe ao de Hart: ao permitir a escolha, pelo juiz, entre critérios ‘que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras’, torna a lei capaz de alcançar mesmo os casos difíceis, fornecendo a esses casos critérios mais objetivos do que o mero recurso à discricionariedade em sentido forte, e sem retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco.

Dworkin renega que seu conceito de direito abarque o campo de uma nova controvérsia, a de que, em princípio, o direito ofereça uma justificativa para a coerção oficial: ele apenas pressupõe que num sistema legal e apropriado, o da integridade, o direito deverá oferecer sim uma condição para o exercício da coerção que deve ser obedecida, o que se justifica pelo fato de essa coerção se basear em decisões anteriores adequadas, a menos que surja algum contra-argumento excepcional. Se se respeitar a autonomia das pessoas, é possível que se queira fazer cumprir unicamente aquelas leis penais que sejam necessárias para proteger os cidadãos uns dos outros, preservando a idéia de o núcleo de um sistema jurídico ser o respeito pela autonomia do cidadão. Deveria haver, além disso, uma teoria sobre os fundamentos que, mesmo não assumindo em si mesma nenhuma posição relativa à utilização da força do direito, deva ainda assim ser política, só que num sentido mais geral e difuso; mais exatamente, que não defina o que deve fazer o juiz em um caso particular.

Mas fica ainda a pergunta: como realmente se pode decidir se uma regra é ou não uma lei? O simples poder para impor desejos, sem qualquer direito de fazê-lo, evidentemente não faz com que um governo seja legítimo. Há muitos Estados com sistemas legais que, sempre em nome de uma dada ‘moral’, são fortemente viesados a favor de um interesse setorial, onde isso é admitido. Dworkin faz das exigências morais aos juízes sua profissão de fé ao acreditar que eles possam de fato ter integridade, a despeito da questão da força do Estado, ou se estes ou aqueles governos são ou não bons *a priori*: segundo sua idealização, o governo íntegro não só é possível quanto, ao ser concretizado, será necessariamente íntegro. Ao que se apresentam outras questões: será isso possível

algum dia, e em algum lugar? Não estará essa sua concepção de direito como integridade, na verdade dando margem a uma nova e mais sofisticada forma de discricionariedade ou de coerção? O direito em Dworkin enfoca a moral e a história, mas a história para ele parece harmoniosa e linear, bem como a moral, sem conflitos nem interesses, em que todos cooperam e trazem transformações harmoniosas, longe portanto do cenário conflituoso que a própria história tem revelado. Além disso, ao privilegiar os direitos individuais, ele se coloca em uma difícil posição em relação aos direitos e necessidades da comunidade, particularmente no trato da equidade, por ele enunciada como pressuposto teórico frente às incertezas na política, quando então a discricionariedade teria um peso bem maior, e o direito, em si, bem menor do que o autor parece admitir.

## 6. CONCLUSÃO

Tendo-se discutido questões relativas à interpretação, e ainda questões referentes ao princípio da integridade, pôde-se depreender dessa análise que as premissas de Dworkin – interpretação construtiva como integridade – não se mostram suficientes para dar sustentação a uma teoria, pretendida pelo autor, que possa servir de referência para juízes e advogados elaborarem decisões judiciais com validade e segurança jurídica. Como visto, a *interpretação*, embora instrumento possível de compreensão de textos, leis e fatos, é terreno movediço passível de enganos, distorções, senão de equívocos menos ingênuos; e a *integridade*, pressuposto para que essa interpretação se dê à sua melhor luz, mostra-se frágil e suscetível diante das dimensões do lado obscuro do homem e das sociedades.

Muitos questionamentos se apresentam, expondo pontos vulneráveis das proposições de Dworkin. Em primeiro lugar, o conceito de ‘melhor luz’ mostra-se vago, passível de influências as mais diversas, não se definindo, por exemplo, como garantir que não se confunda a melhor luz com o que é mais conveniente; como a interpretação à melhor luz, respaldada pela suposta integridade do juiz, é algo vago, sempre há margem para a tão criticada discricionariedade. Outro ponto: se a resposta a um caso é definida pelo saber do juiz e por sua integridade, que devem se equiparar ao saber e à integridade de um verdadeiro semi-deus - o idealizado juiz Hércules -, a ‘resposta certa’ fica sujeita a um campo de incertezas, pois não se pode garantir que os juízes tenham tão elevados atributos sempre, bem como não parece haver unanimidade possível entre eles. Se a proposta de Dworkin, como se viu, procura conferir legitimidade ao poder jurídico embalando-o com uma capa moral, que se baseia na integridade do juiz e da comunidade, então como garantir que essa integridade presida realmente as decisões? E ainda, considerando aspectos como as formas perversas que o capitalismo vem assumindo, e a postura dos EUA em relação a outros povos, certas questões clamam por reflexões menos otimistas: sendo a equidade um dos princípios que compõem a integridade, é possível realmente falar em equidade ou mesmo em integridade no capitalismo atual? Outro ponto: sendo o princípio da integridade em Dworkin baseado na comunidade, seria esse pressuposto compatível com as formas atuais da sociedade, onde o individualismo impera? E por fim, os EUA, país de Dworkin, ambiência cultural onde ele elaborou suas proposições, não parecem pensar em integridade,

equidade e justiça quando se trata do direito voltado para fora de suas fronteiras, por exemplo nas relações com o Oriente Médio, com os países em desenvolvimento, em relação às questões ambientais, e tantas outras em que essa nação se impõe simplesmente às outras, valendo aí outras referências e diretrizes para o que é justo e de direito, mostrando-se assim a teoria de Dworkin parcial e relativa.

Ao longo da história o exercício do poder tem revelado, em tons fortes, uma das mais cruéis faces do ser humano: o orgulho - *superbia* -, o elemento luciferino que quebranta toda e qualquer possibilidade de uma vivência política capaz de congregar o que é diferente e ainda acabará por conduzir a humanidade rumo aos piores sofrimentos, sendo os totalitarismos do século XX apenas um exemplo, tal como explicita Roberto Romano<sup>108</sup>. Spinoza, sem mencionar *Satan*, personagem que ele bem conhecia por sua cultura religiosa judaica e cristã, então descreve todas as marcas do Maligno: o indivíduo orgulhoso seria empecilho para o Estado democrático porque propaga o culto de si mesmo, culto baseado em paixões e idéias falsas, e quebraria todos os limites da razão. Lúcifer deseja atingir o Altíssimo e seu reino, e apenas consegue impor uma liturgia pervertida em seu Estado. Romano também se refere a Elias Canetti, expondo que a tendência à autoconservação dos tiranos é, infelizmente, a regra diabólica; a passagem para o absoluto, o caminho rumo ao infinito é que define o poderoso, que sempre deseja mais e mais poder, como *Satan*.

Distante, pois, da amarga realidade desses fatos, Dworkin remete seu alterego, o juiz Hércules, ao Olimpo, metáfora sua à corte suprema de seu país. Ora, se de um lado *Satan* não deseja apenas o poder, mas a glória, o esplendor sublime sem nenhuma escuridão em si mesmo e toda a obscuridade delegada aos outros, Dworkin, de outro, parece ignorar que ‘não existe limite para o desejo de mando’, que ‘tudo o que ultrapassa os limites atinge a loucura e se alguém obstaculiza esse desejo, *morre*’. Roberto Romano tem estudado o quanto o poder possui de luciferino:

Os donos do mundo julgam-se elevados o bastante para julgar o que é o Bem e o que é o Mal, quem é bom e quem é perverso. Eles se arrogam o monopólio da Justiça. E isto é luciferino.<sup>109</sup>

A propósito desse tema, e referindo-se a Nietzsche, Simone Goyard-Fabre afirma:

---

<sup>108</sup> ROMANO, 2004.

<sup>109</sup> *Idem*, s.p.



Ainda que a filosofia esteja longe de enveredar sempre pelos caminhos hipotéticos que Zaratustra apontava, ela manifesta uma desconfiança tão profunda para com os princípios filosóficos do direito político moderno que procurou fugir daquilo que, neles relacionado com ‘modernidade’, constitui, no dizer de certos pensadores, uma tara indelével. Assim se desenvolveu um pensamento antimoderno que, acirradamente hostil às contribuições do direito político dos três últimos séculos, ou se orientou para a antemodernidade ou forjou os temas daquilo a que se chama a pós-modernidade.<sup>110</sup>

Então, efetuando um mergulho filosófico nos problemas fundamentais, Leo Strauss, também citado pela autora, mostra que o historicismo, que deriva do positivismo, ele próprio filho da exacerbação racionalista dos *modernos*, destruiu o sentido do mundo a seu gosto. Ainda que o grande Todo cósmico conserve algum mistério, será somente nele e até nos *enigmas* do Ser que se enraizam as normas. A modernidade, que repudiou toda teleologia metafísica, já não sabe olhar o mundo sob a claridade das estrelas: os homens modernos, segundo Goyard-Fabre, julgam-se senhores das coisas, e consideram que são superiores aos antigos, uma vez que o passado estaria superado para sempre. Na soberba de sua antimetafísica, os homens modernos não se interrogam; não procuram; apenas declaram, decidem. Se essas considerações de Goyard-Fabre não remetem às posições de Dworkin, ao menos lançam luz sobre o fato de este não levar em conta essa dimensão de mobilidade das regras jurídicas, do aspecto relativista do que se chama hoje de a *ontologia do direito*, o fulcro do problema que certamente escapa a qualquer hermenêutica ou à melhor integridade.

E já que fiz menção à frase-Ramsey, utilizo-a aqui para responder à pergunta ‘É a teoria de Dworkin, com seu fundamento *interpretação como integridade*, válida a alçar-se ao nível de uma teoria científica?’. Ao substituir-se a expressão proposicional *interpretação como integridade* pela variável ‘x’, tem-se: ‘a *interpretação como integridade* é o x de tal forma que x, enquanto *interpretação* apresenta o rigor epistemológico de uma ciência, e enquanto *integridade*, seu valor moral seja garantido, o que não é confirmado no primeiro caso e só parcialmente, no segundo. E o que isso significa? Tal como num cálculo silogístico simples, em que se uma das premissas não é válida, a conclusão da proposição também não será válida, temos que, mesmo tendo

---

<sup>110</sup> GOYARD-FABRE, 2002, p. 466.

acertado, ainda que parcialmente, apenas uma das premissas - a do princípio moral, uma vez que a questão epistemológica se mostra inválida -, então pode-se concluir que Dworkin, ao apresentar uma proposição insuficiente ou mesmo equivocada, seria mais uma das infindáveis vítimas do engano que acomete a razão humana e, embora sua tese seja considerada em todo o mundo uma das principais armas contra o atual paradigma positivista, convencionalista e/ou utilitarista do Direito, vale dizer, contra essas e tantas outras facetas do que se pode nomear *Império do Gênio Maligno*, na verdade sua teoria, enfim, será apenas mais uma dentre estas facetas enganosas.

## 7. REFLEXÕES FINAIS

O pós-moderno Jean Baudrillard<sup>111</sup> afirma que será simplesmente inútil querer restaurar valores universais a partir dos despojos de uma cultura pretensamente mundial. Quanto a uma reinvenção do político e da democracia, um modelo alternativo de civilização oposto à hegemonia liberal, o filósofo francês considera-o sonho sem esperança. Uma vez quebrado o espelho do universal, restam apenas fragmentos esparsos, nada se sabe sobre quais podem ser as conseqüências dessa dilaceração, as convulsões que dela resultarão, a não ser o fato de que a uma discriminação tão violenta só poderá responder uma forma cada vez mais violenta de desforra, ab-reação extrema a essa situação de troca impossível, um enfrentamento que ‘não seria mais exatamente político, mas metafísico e simbólico no sentido pleno’. Por isso, Baudrillard prega uma revolta que vise à *desregulação sistemática* sob o manto de uma convivência forçada, que vise à organização integral da realidade. Para ele, à ordem integral responde uma revolta integral, e não mais apenas uma conflituosidade dialética. É tudo ou nada: o sistema vai pelos ares e estaria levando o universal em sua desintegração. Seria, entretanto, interessante e importante se, antes, se precisasse melhor o tipo de argumento oferecido por Hobbes para que se pudesse dizer exatamente por que as vantagens da sociedade civil com relação ao estado de natureza deveriam ser atraentes para todos, pois o que Baudrillard propõe é uma espécie de retorno ao *estado de natureza*. Ora, segundo a famosa fórmula de Marx sobre a história que se faz primeiro como acontecimento autêntico, para depois se repetir como farsa, como bem coloca Baudrillard, pode-se conceber a modernidade como a aventura inicial do Ocidente europeu e, depois, como uma imensa farsa que se repete em escala planetária, sob todas as latitudes para onde se exportam os valores ocidentais.

A *carnavalização* “passa pelos estágios históricos da evangelização, da colonização, da descolonização e da globalização, e “essa hegemonia, essa apropriação de uma ordem mundial cujos modelos não são apenas técnicos e militares, mas também culturais e ideológicos, parecem irresistíveis, vem acompanhada por uma reversão na qual essa potência é lentamente minada, devorada, canibalizada justamente por aqueles que ela

---

<sup>111</sup> BAUDRILLARD, Jean. “Carnaval/Canibal”, in *Metamorfoses da Cultura contemporânea*. Trad. Vanise Dresch. Porto Alegre: Copesul, 2005, s.p.

carnavaliza”. A filosofia, mesmo quando parece estar respondendo a perguntas específicas, aborda-as à luz de considerações geralmente conceituais e abstratas, embora com o olhar voltado também para o mundo empírico, num desejo de realizar um relato *geral e sistemático* de nosso pensamento e experiência, um relato que seja desenvolvido de uma maneira crítica, à luz de evidências e argumentos. Pode-se até fazer a seguinte ilação: a de que essa carnavalização, sugerida por Baudrillard, seja uma das expressões do fenômeno disseminador do engano, que estou abordando sob a designação de *Império do Gênio Maligno*, o que remete à cultura ou mesmo à filosofia saturnálica, um eufemismo do próprio paradigma universal do Direito que, sob várias conformações, tendências e estilos, é comumente referido como Estado do Direito.

## **7.1. O GÊNIO MALIGNO E SEU IMPÉRIO**

Tomemos então por um momento a idéia da existência, de fato, desse metafórico Gênio Maligno (*génie malin*), exatamente nos moldes da hipótese cartesiana, que aqui, no entanto, em vez de servir ao propósito de levar a dúvida a níveis hiperbólicos, sirva para ilustrar o engano que permeia e tem permeado a história social humana, do ponto de vista do direito e da justiça, acobertando/ocultando assim os erros, as injustiças, os abusos de poder, a miséria infligida a homens por outros homens. Apresento então a pergunta: o que lhe interessaria produzir em termos de desinteligência, especificamente na área do Direito? Bem, este exercício de imaginação nos conduziria à idéia de que tal gênio procuraria induzir a humanidade a crer que pode contar com uma justiça de excelência, confiável e suficiente - em uma palavra, justa -, quando, na verdade, se estará entregue a seu propósito de perpetuar o engano, vale dizer, a injustiça. E como lograria ele efetivar seu intento?

Simples: instalaria um sistema jurídico com uma assustadora variedade de questões relativas aos fundamentos da justiça e do direito, e respostas alternativas e incompatíveis quanto às questões-limite, como as da desigualdade de renda, da pena de morte, do aborto, de quando entrar em guerra, etc. Produziria a perda da coerência, o caos, tal qual numa ficção assustadora. Tornaria complexa e controvertida a filosofia de modo a não permitir que se alcançasse um consenso sobre a compreensão das coisas e do homem, fazendo com

que a discórdia fosse de tal proporção que, em vez de a ciência e o conhecimento produzirem soluções, produzissem apenas paralisia, manutenção do *statu quo* e guerras - reais e de vaidades. Produziria concepções conflitantes de justiça quanto ao mérito, aos direitos humanos inalienáveis, ao contrato social e, ainda, discordâncias quanto à relação da justiça com outros bens humanos como a igualdade, a diversidade de transações e de pessoas, e providenciaria para que aqueles que esperam fazer este ou aquele julgamento no domínio da pesquisa teórica descubram um conflito radical de uma sociedade sem consenso, vítimas da divisão e do conflito, vendo-se incluídos nisso.. Através da educação, faria com que adotássemos um modo aparentemente coerente de pensar, mas que seria na realidade um amálgama de fragmentos culturais de diferentes e antigas tradições, não deixando alternativas entre visões opostas sobre qual visão sistemática da justiça se escolheria, mesmo que fôssemos guiados pelos padrões de racionalidade.

Haveria, ademais, ausência de foros institucionalizados que monitorassem e mapeassem essas discordâncias fundamentais, e a discordância nem seria reconhecida, escamoteada que estaria pela retórica de um ilusório consenso<sup>112</sup>. E quando a ilusão de consenso fosse rompida, a radical discordância seria institucionalizada e a questão da justiça seria abstraída dos contextos de fundo incompatíveis para impedir que o debate se estendesse. Tal gênio enganador faria com que o cidadão comum ficasse alheio, enquanto os que procuram compreender a realidade encontrariam tipos diferentes e incompatíveis de respostas, como as fornecidas pelas inconclusivas pesquisas e discussões acadêmicas modernas, ou as oferecidas por comunidades como seitas religiosas e associações políticas.

---

<sup>112</sup> Dworkin discute a questão do consenso na perspectiva de crítica ao convencionalismo, afirmando que pode haver consenso entre juristas e juízes sobre uma proposição jurídica por *convenção*, quando ela seria aceita apenas porque todos os demais juristas a aceitam, ou por *convicção*, quando teriam uma razão substantiva para aceitá-la; critica o que chama de “suposto consenso”, quando a concordância é fruto apenas de convenção (Dworkin, 2003, pp. 165-166). Habermas aborda o consenso em sua teoria da ação comunicativa: “O conceito de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um meio dentro do qual têm lugar processos de entendimento no decorrer dos quais os participantes, ao se relacionar com um mundo, apresentam-se uns aos outros com pretensões de validade que podem ser reconhecidas ou postas em questão. (...)a saber: a pretensão de que o enunciado que faz é verdadeiro (...); de que o ato de fala é correto em relação ao contexto normativo vigente (...); e de que a intenção expressada pelo falante coincide realmente com o que este pensa”. (Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, versión castellana Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2003, pp. 143-144, tradução minha a partir do espanhol). John Rawls propõe o consenso por sobreposição (*overlapping consensus*) que, segundo Rouanet, visaria, em um primeiro momento, determinar a estrutura básica da sociedade, enfocando principalmente suas instituições; “trata-se de uma espécie de idéia reguladora, aliada ao realismo utópico de Rawls” (Rouanet, L.P. *A complementaridade entre Rawls e Habermas na etapa da deliberação*. Disponível em <http://br.geocities.com/eticaejustica/rawlsehabermas.pdf>, acesso em 10/10/2008).

A filosofia saberia melhor definir a discordância do que encontrar confluências, e os próprios estudiosos discordariam entre si, mesmo conseguindo definir melhor os pontos de vista opostos do que os leigos, mas apenas isso. Teses filosóficas buscando encontrar soluções fundantes e universais sobre as visões conflitantes sobre justiça jamais seriam levadas a sério pelo sistema. Surgiria, então, a circularidade, pois as visões conflitantes sobre o objeto estudado – a justiça -, se deslocariam para os procedimentos para resolver questões, em vez de se aterem aos conceitos e aos fundamentos, sabendo que, ao se recorrer à filosofia acadêmica e esperar obter argumentos sólidos, depositar-se-ia a confiança em pessoas e não em argumentos. Os argumentos passariam a ser entendidos não como expressão da racionalidade, mas sim como armas técnicas, ou habilidades profissionais de advogados, acadêmicos, economistas, jornalistas etc., que dominariam aqueles sem fluência ou habilidade dialógica. Portanto, a inabilidade em se chegar a um real consenso sobre questões da racionalidade e da justiça coexistiria com a utilização de conjuntos de convicções, rivais e conflitantes, não embasadas em critérios racionais. Nem a filosofia acadêmica, ou outra disciplina, e suas subculturas conseguiriam nos prover com uma unificação das justificativas do racional: as questões da justiça e da racionalidade prática, portanto, seriam tratadas no domínio público, não como pesquisa racional, mas como polêmica, num conjunto de premissas alternativas e incompatíveis. Como isso haveria de ocorrer?

Os pensadores do Iluminismo e seus sucessores pecariam justamente em não entrar num acordo sobre quais eram precisamente os preceitos irrecusáveis a todas as pessoas racionais. Entre a *Encyclopédie*, J. J. Rousseau, Bentham, Kant, os filósofos escoceses e seus discípulos americanos e franceses, persistiria a divergência, que só tem se ampliado, tornando-se o Iluminismo um mero ideal de justificação racional impossível de se atingir - inabilidade de se unir convicção e justificação racional. Na filosofia acadêmica, herdeira do Iluminismo, a pesquisa racional e também a divergência continuariam, enquanto na vida cultural, política, moral e religiosa, a convicção pós-iluminista adquiriria vida própria. Dispensando a tradição por considerá-la a antítese da pesquisa racional, esses pensadores, chegariam a obscurecer a natureza de alguns sistemas de pensamento. Os fatos de uma tradição cultural estável permaneceriam apenas como pressupostos inarticulados e não seriam pesquisados: seus seguidores só se aperceberiam deles apenas quando as tradições

se desintegrassem ou fossem desafiadas, ou seja, a história da filosofia mostraria uma seqüência de embates e uma sucessão de mudanças radicais na compreensão do mundo. Assim, a visão aristotélica da justiça e da racionalidade prática emergiria de conflitos da *polis* antiga, mas seria desenvolvida a seguir por Tomás de Aquino de um modo que escapa às premissas da *polis*. A versão agostiniana apresentaria a seguir extremo antagonismo com o aristotelismo até chegar à fase calvinista, quando, num contexto social bastante diverso da fase medieval, agora numa versão da Renascença, entrariam numa nova simbiose na Escócia do século XVII, gerando nova tradição que seria subvertida por dentro por Hume.

Ao final, o liberalismo moderno, antagônico a todas as tradições, seria claramente reconhecido como uma nova tradição. Outros três campos de pesquisa constituídos pela tradição devem ser aqui mencionados: ao cristianismo agostiniano se contraporiam o judaísmo, mas a relação do estudo da Torá com a filosofia seria sempre deplorável. Outra tradição que Kant, Fichte e Hegel tentaram sem sucesso universalizar é da mesma ordem de importância que a tradição escocesa, em que Hume deitou suas visões da justiça e do raciocínio na gênese da ação. E finalmente, o pensamento islâmico, devido sua grande contribuição à tradição aristotélica, sem mencionar as narrativas de tradições tão contrastantes como a chinesa e a indiana. A forma deste empreendimento seria a narrativa, mas, como a narrativa também se envolve no conflito, os autores deveriam se ater, necessariamente, a enfatizar o conflito entre as tradições.

Alguém poderá então considerar o quadro apresentado acima como uma boa, ou nem tanto, peça de ficção, mas devo informar que os pontos aí listados são reais e retratam exatamente o *statu quo* vigente, tanto que constituem o cerne da obra *Whose Justice? Which Rationality?*, um clássico de Alasdair MacIntyre<sup>113</sup>! E nesse mesmo contexto, não seriam as proposições de Dworkin para o direito também mais uma manifestação desse insidioso enganador? Sim, pois o cerne da obra de Dworkin - na verdade, da denúncia subjacente à sua tese em *O império do direito* -, não deixa dúvidas, sem ser explícito, quanto aos indícios de que, a partir do Direito, estamos todos de fato sob o jugo do engano. Esses indícios seriam, entre outros: haver dois tipos antagônicos de moral pública, a moral popular e a tradição moral; vários tipos e formas de interpretação, desde as jusnaturalistas

---

<sup>113</sup> MACINTYRE, A. *A justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991.

até as utilitaristas; a diferença entre direito e justiça; vários tipos de concepção, todas interpretativas de leis pretéritas e da jurisprudência; e, por fim, todas seriam incompletas, mas articuladas em todos os níveis e outorgando aos juízes o poder de implementar a lei, sem deixar alternativa ao público que, mesmo assim, dá total apoio a esse sistema jurídico. O *gênio enganador*, portanto, faz com que Ronald Dworkin, um dos luminares no atual cenário do Direito, proponha ao mundo que para solucionar os conflitos e promover a justiça, os juízes lancem mão de uma interpretação – ‘a melhor possível’ - dos fatos, da história e da lei, sob a égide da integridade, virtude pressuposta para os juízes e para a comunidade em que se inserem, já que “as questões em jogo nos casos difíceis são, justamente, muito complicadas”<sup>114</sup>. Restam questões aguardando por resposta: o que garante que não haja engano, equívoco, na interpretação de um juiz, ainda que ele seja considerado um bom intérprete e um cidadão íntegro? Em que consistiria *a melhor luz* a iluminar sua interpretação? Como garantir validade e racionalidade à decisão jurídica assim elaborada?

Perguntas como estas remetem à natureza do conhecimento e deveriam pertencer à epistemologia - o exame filosófico da natureza do conhecimento. E a condição de justificação para o conhecimento significa que se deve ter sólidas evidências que justifiquem a crença irrefutavelmente. Esta é essencialmente a concepção de Descartes, que chegou a essa conclusão considerando como poderíamos saber que todas as nossas experiências não são apenas um sonho, ou supondo a possibilidade de um gênio malicioso estar nos enganando por meio de uma manipulação cuidadosa de nossos sentidos, de modo a acreditarmos em certas coisas. Descartes argumentou que poderia escapar dos truques do demônio se descobrisse outras crenças que fossem tão seguras e indubitáveis para ele quanto o fato de ter pensamentos, ou seja, o *cogito*, base de sua cadeia de certezas. Mas, e se considerarmos que a metáfora de um gênio maligno pode se aplicar muito bem ao engano que permeia a teia de controvérsias e posições conflitantes exatamente em termos de conhecimento, a nos confundir, brindando-nos com os mais variados e ricos exemplos de idéias conflitantes e excludentes, uma guerra de opiniões conceituais que se fracionou e se subdividiu entre absolutistas contra relativistas, tradicionalistas contra pós-modernistas, realistas contra idealistas, objetivos contra subjetivos, racionalistas contra construtivistas

---

<sup>114</sup> DWORKIN, 2003, p. 140.



sociais, universalistas contra contextualistas, platônicos contra pragmáticos aristotélicos, enfim, um cenário caótico a nos dominar? Não estaríamos, então, sem nos darmos conta, sob o império do erro?

No seu memorável ensaio sobre a Verdade, Simon Blackburn aborda o medo que nos assola no início do século XXI: medo do Outro, do diferente, loucura que se soma à desconfiança mútua e desprezo que estão na ordem do dia. Falta sensatez, há uma desrazão assombrosa, da qual se lamentam há milênios os filósofos de diversos matizes, e se o relativismo no mundo antigo resultava do ceticismo, com a suspensão de toda crítica e de toda crença, hoje os relativistas se liberam para acreditar no que querem, em toda sua extensão e força; e se antigamente o ceticismo era a arma contra o dogmatismo, “o dogmatismo atual se alimenta e floresce do cadáver profanado da razão”<sup>115</sup>. Há a crise da verdade, que passou a ser considerada um objetivo que nunca será atingido, enquanto que “aqueles que visivelmente não se importam muito com ela parecerão muito menos perversos do que são”<sup>116</sup>. Mas não só de ceticismo alimenta-se a modernidade; tem-se ainda o relativismo, o niilismo e o cinismo, atingindo mortalmente qualquer possibilidade de entendimento e inteligibilidade.

Há dois mantras relativistas, nos diz Blackburn: ‘Quem decide?’ (quem decide qual é a melhor opinião?) e ‘Isso é só a tua opinião’ (a tua opinião está em pé de igualdade com qualquer outra). Na perspectiva relativista, tudo o que há são diferentes pontos de vista, cada um dos quais é verdadeiro para aqueles que os defendem. Assim, o relativismo destrói nosso direito de discordar das afirmações de alguém, já que designa um conjunto heterogêneo de atitudes, mas a idéia central é a de que não existem assimetrias na razão e no conhecimento, na objetividade e na verdade: cada uma de diversas opiniões diferentes merecem o mesmo respeito. É como se cada participante visse a referência a conceitos como o de verdade (juntamente com a referência aos conceitos associados de razão, demonstração, indícios, probabilidade) como algo com que nos vestimos, uma roupagem extra que gostamos de usar. Se for este o panorama, os dois lados terão uma grande tendência para participar de uma conversa de surdos, desabafa Blackburn. Mas, além do relativismo, tem-se ainda o niilismo, que nos leva ao pior dos mundos.

---

<sup>115</sup> BLACKBURN, *Verdade: um guia para os perplexos*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006, p. 15.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 18.

Oswaldo Giacóia<sup>117</sup> faz referência ao niilismo, afirmando que a transvaloração de todos os valores, preconizada por Nietzsche, representa a catástrofe da metafísica, formulada por este como niilismo, cuja genealogia obedeceria a uma lógica imanente. Esse niilismo seria entendido como a experiência histórica da ausência de fundamento, sendo que o anúncio da morte de Deus, enquanto fundamento supra-sensível e enquanto meta de tudo o que é efetivamente real, nos termos heideggerianos, significaria a consciência da propagação do nada, da ausência desse mundo supra-sensível de valores vinculantes, o nada, que no léxico nietzschiano ‘é o dístico para a *ascensão do niilismo*’. Nos termos de Nietzsche, niilismo pode ser definido como a falta de meta, falta de resposta para o ‘por quê?’, e significa que os supremos valores se desvalorizam, e sem essa resposta, perde-se a perspectiva do sentido e do valor. Pode ser entendido como “acontecimento de significado histórico-mundial em que a consciência filosófica, na crise de validade dos valores antigos e na ausência de novos valores universalmente reconhecidos, faz também a experiência do elemento nadificante (*nihil*) que, desde a origem, esteve associado aos primeiros, embora de maneira inconsciente, velada.”<sup>118</sup>

Giacóia cita uma fórmula lapidar: ‘O niilismo não é a causa, mas apenas a lógica da decadência’. A esse movimento de ascensão do niilismo Giacóia denomina *lógica da catástrofe*, que conduz ao desenlace da tragédia grega, e revela, assim, o sentido oculto do curso dos acontecimentos, uma produtiva ambigüidade: É a lógica da catástrofe a partir do fundamento, e seguida pela heideggeriana configuração específica da vontade coletiva de poder que deu origem à própria modernidade.

Complementando esse quadro com o cinismo, cito Jean Baudrillard:

(...) enquanto indivíduos no próprio núcleo das sociedades modernas, vivemos todos de uma aspiração irresistível à sociedade de signos e de simulacros, que é a do fim da história, e de uma resistência profunda a essa sujeição voluntária. Seria a ‘farsa’ da história da qual Marx fala, da qual tornamos cúmplices até mesmo aqueles que não a aproveitaram. A história que se repete vira farsa. Porém, a farsa que se repete acaba formando uma história.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> GIACÓIA, O. “Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos”, in IMAGUIRE, G. A, ALMEIDA, C.L. de, E OLIVEIRA, M.A. de: *Metafísica contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

<sup>118</sup> *Idem.*, p. 23.

<sup>119</sup> BAUDRILLARD, 2005.

Império da farsa? A concepção de direito de Dworkin nega a possibilidade de uma forma mais pura de direito que a que já se tem, pois se o direito real contemporâneo consiste nesses princípios que proporcionam a melhor justificativa atualmente disponível para as doutrinas do direito como um todo, e que o fazem ver o direito como um todo coerente e estruturado, então parece não deixar espaço neste cenário para a idéia do direito convertido numa forma mais coerente e pura do que realmente é, pois sempre será ‘na medida do possível’. O direito como integridade para Dworkin, portanto, consiste na idéia do direito purificado. Diz Dworkin: “O direito como integridade (...) não apenas permite como também promove formas de conflito ou tensão substantivos dentro da melhor interpretação geral do direito”<sup>120</sup>. Isso remete à idéia, em termos filosóficos, de que a história da pergunta pela verdade é a história do erro, isto é, a história da perspectiva que procura se assegurar de uma suposta verdade metafísica que o ente, a totalidade dos entes e, logo, a realidade, deveria possuir. Se a essência do ente, se a verdade do que se apresenta, é posta pelo sujeito, a tarefa da filosofia passa a ser determinar o modo de ser deste sujeito; e assim Hegel o faz, quando após todo o movimento de sua *Fenomenologia do Espírito*, o sujeito, na forma de consciência, descobre a si mesmo como a verdade do mundo, esta alcançada ao final do movimento reflexivo deste sujeito enquanto consciência.

Nietzsche, porém, vê nestes últimos desdobramentos um acúmulo de equívocos, idéias pressupostas e cristalizações, a típica falácia de falsa causa, ou seja, a ambigüidade quanto à compreensão de causa, em que todos parecem estar certos do que é uma causa, quando na verdade estariam equivocados: trata-se do erro em confundir o espírito, enquanto causa, com a realidade, ou mesmo torná-lo medida da realidade, afirmando que o que se chamou de mundo é resultado de um erro ou fantasias que surgiram ao longo da evolução do espírito. Já Heidegger<sup>121</sup>, para quem a liberdade é a essência da verdade, postula que aquilo que habitualmente se considera como erro - a saber, a incorreção do juízo e a falsidade do conhecimento -, é apenas um gênero de erro, e dos mais superficiais. A errância, para o autor, domina o homem na medida em que o desorienta, embora essa desorientação, ou errância, coopere ao mesmo tempo com a possibilidade que permite ao

---

<sup>120</sup> DWORKIN, 2003, p. 482.

<sup>121</sup> HEIDEGGER, M. *Sobre a essência da verdade*. Trad. Carlos Morujão. Porto, Portugal: Porto Editora, 1995.

homem elevar-se de modo a não se deixar mais desorientar, sob a condição de ele próprio experimentar a errância e não se equivocar no mistério do ser-aí.

Ou seja, estamos num *cul-de-sac*: no arsenal do projeto iluminista, que vai do neoliberalismo à *New Left*, para nos libertar do mito e da superstição, foi preciso que nos voltássemos contra a própria racionalidade ilustrada; não possuímos quaisquer forças à mão contra o poder da razão instrumental e contra o raciocínio cínico do poder institucionalizado. A situação é tão dramática que, há mais de cem anos, diz Sloterdijk, a filosofia crítica não possui mais a autocerteza que evite deixar-se pegar em suas já tradicionais e muito sérias ingenuidades. Assim, desde os dias de Mileto a filosofia rivalizou os diversos tipos de realismo com que desde então ela própria tem se embaraçado: o risco óbvio dessas metamorfoses realitizantes é que ela pode facilmente terminar por substituir o ruim por algo ainda bem pior. Então não é de se estranhar que, segundo o autor, a razão subjetiva, ou privada, porte em si mesma um indisfarçável desejo das trevas (Weiss) na forma de um astucioso ‘não-querer-nem-saber’, de um ‘fazer-se-inacessível’ às demandas de universalidade.

A verdade é que as sociedades modernas não renunciam em absoluto ao seu projeto secular de dominação da natureza. Esse complexo quadro, agora sob o olhar de Leszek Kolakowski<sup>122</sup>, tornou-se o ‘*horror metaphysicus*’: é a não aceitação oficial, pela epistemologia, da palavra arcaica; o mito, que com os Pré-socráticos deu alma e impulso à filosofia, é expulso da própria casa no Iluminismo. Também Jean Starobinski<sup>123</sup>, em *As máscaras da civilização*, ao demonstrar a impregnação da filosofia pelo grotesco, infere ser impensável a criatividade humana, pois nossa atividade seria intrinsecamente má, pura destruição, o ‘não-ser’ parmenidiano. O mal passa a ser nada e o bem também se igualaria a esse nada, pois qualquer que seja o bem produzido nada acrescenta ao já criado, outro dos horrores metafísicos. Tanto é assim que, para Ernildo Stein<sup>124</sup>, em *Nas proximidades da Antropologia: ensaios e conferências filosóficas*, se a filosofia dos povos ocidentais das diversas épocas foi predominantemente desenvolvida culminando com a idéia de um ente supremo, então nos casos em que isso não ocorre, os problemas filosóficos tratam conscientemente de somente parte do todo, sempre permanecem inacabados.

---

<sup>122</sup> KOLAKOWSKI, L. *Horror metafísico*. Campinas: Papirus Editora, 1988.

<sup>123</sup> STAROBINSKI, J. *As máscaras da civilização*. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

<sup>124</sup> STEIN, E. *Nas proximidades da Antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí, RS, 2003

Busco, com isto, tão somente ilustrar a natureza extremamente problemática do objeto em pauta – o da falta de uma plena Ciência do Direito -, especialmente se se levar em conta que, para muitos, como Nietzsche, o niilismo vigente decretou a regressão da nossa cultura, esta que estaria então moralmente destroçada, talvez de forma irremediável. De fato, as mazelas da civilização têm tido cada vez menos perspectivas de solução e o cenário torna-se cada vez mais explosivo; jamais hão de faltar novidades negativas a esta cultura vã e suicida. Ora, se o discurso ontológico integra ele mesmo a história do ser, então se evidencia que qualquer erro assume o sentido de ‘errância’, tem-se a ‘verdade errática do ser’, que nos termos heideggerianos é o modo como o ser se manifesta. Não há, até mesmo para Heidegger<sup>125</sup>, como separar filosofia de política. Ao se assentarem em noções abstratas e equívocas desse contraditório e *sui generis* jogo das interpretações, as sociedades democráticas se desestruturam de forma flagrante. Em vez do jogo político autêntico e consciente, vive-se num tipo de sociedade cujas múltiplas formas de regulamentação dão a sensação de que as coisas seriam assim mesmo, como ‘necessárias, úteis e boas para os propósitos que cumprem’.

Esta seria a forma natural de se organizar a sociedade, como coloca Denis Rosenfield<sup>126</sup>, em *Retratos do Mal*. Mediada pela idéia de que os homens existem naturalmente enquanto iguais, ainda que sejam eles impressionantemente desiguais, diferentes em todos os sentidos, ter-se-á apenas uma forma de relação política, ou seja, não há rigorosamente nada, princípios ou práticas, que justifiquem esse pretense modo de atribuição da existência com tais critérios e proposições constitutivos. ‘Não há o *padrão de medida* que se pretende’ (Rosenfield). Aparentemente incontrolável, a errância torna-se hegemônica, portanto.

Ao imprimir à natureza um sentido humano, cuja ‘orgulhosa consciência filosófica’ seria seu ‘autêntico credo profano’, conforme Giacóia<sup>127</sup>, o homem moderno seria agora o mestre de seu destino, pois se faz acompanhar, concomitantemente, por um difuso sentimento de perda da própria dimensão do futuro, tanto que Nietzsche já ironizava com desprezo e irreverência essa ‘autoglorificação filistéia’ da moderna consciência filosófica. Quanto a essa figura do homem moderno, Nietzsche haveria de caricaturá-lo na imagem do

---

<sup>125</sup> HEIDEGGER, M. 2005.

<sup>126</sup> ROSENFELD, D.L. *Retratos do mal*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2003

<sup>127</sup> GIACÓIA, O., 2007.

*último homem*, o homem do rebanho e da pacífica felicidade das verdes pastagens. Então o último homem ‘consome cultos e instituições, mercadeja com a experiência do sagrado, deflagra guerras e celebra acordos e tratados de paz, tudo de fachada: ao se ver capturado, o neocínico não está à altura de sua própria essência’, diz Giacóia. Uma das motivações mais profundas por detrás da assim chamada errância histórica da humanidade pode ser descoberta no fato de que os agentes da era metafísica evidentemente se aproximaram aos entes com uma falsa descrição: a aplicação prática da dominação (Sloterdijk *apud* Giacóia).

Busco em Giorgio Agamben, na obra *Profanações*<sup>128</sup>, de 2005, uma explicação para esse fenômeno, ou entidade, que os latinos chamavam de *Genius* – etimologicamente refere-se a gerar (*generare*), e cujo termo *ingenium* designa a soma das qualidades físicas e morais inatas, o princípio que rege e exprime a existência de alguém –, o deus a que todo homem seria confiado sob tutela por ocasião de seu nascimento, e a quem se ofereciam sacrifícios, de preferência não sangrentos, nos respectivos aniversários, sagrados, de seus afilhados. Diz o autor que esse deus “muito íntimo e pessoal é também o que há de mais impessoal em nós, a personalização do que, em nós, nos supera e excede”<sup>129</sup>. Daí, o homem, segundo Agamben, ter duas fases, pois ao conviver com seu gênio, enquanto sua própria vida, que de fato se identifica com o sujeito, mas também se desvela como ‘algo mais do que nós mesmos’, o que faz de nós ‘mais e menos que nós mesmos’.

“Compreender a concepção de homem implícita em *Genius* equivale a compreender que o homem não é apenas Eu e consciência individual, mas que, desde o nascimento até à morte, ele convive com um elemento impessoal e pré-individual”<sup>130</sup>, o que equivale dizer que dentro de nós mesmos vivemos imersos numa ‘complicada dialética’: “É essa presença inaproximável que impede que nos fechemos em uma identidade substancial, é *Genius* que rompe com a pretensão do Eu de bastar-se a si mesmo”<sup>131</sup>. Cito esta passagem tendo em mente o juiz íntegro e criativo de Dworkin, aquele semi-deus poderoso agora dividido entre ‘uma parte (ainda) não identificada e vivida e uma parte já marcada pela sorte e pela experiência individual’ de seu ser. Sim, pois viver com *Genius* significa, de alguma forma, ‘viver na intimidade de um ser estranho, manter-se constantemente vinculado a uma zona

---

<sup>128</sup> AGAMBEN, G. *Profanações*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

<sup>129</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 17.

de não-conhecimento'. Apenas uma aparência, uma visibilidade, enquanto especial é o ser cuja essência coincide com esse seu dar-se a ver, absolutamente insubstancial, assim como a imagem está para o espelho: ao não sermos nosso próprio ser, apenas uma espécie, não só o encontro com esse gênio, mas também suas conseqüências, a partir de nossas decisões e atos, tornam as coisas potencialmente, ou factualmente, desastrosas, terríveis.

A seguir ousou apresentar em linhas muito gerais e incipientes apenas o embrião de algumas idéias a serem, então, oportunamente aprofundadas.

## **7.2. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS**

O intérprete do Direito tem como objetivo a decisão, e é limitado por esta necessidade. Precisa-se de códigos que estabeleçam formas corretas de interpretação; no entanto, estes códigos também têm de ser interpretados. O problema então é que estaríamos sempre dando voltas num ciclo vicioso: a decisão buscada será sempre estabelecida arbitrariamente. Torna-se necessário o uso da dogmática para que a decodificação seja realizada da forma mais racional possível. Se para Kelsen não há possibilidade de criação de uma dogmática hermenêutica, então a única interpretação com autenticidade e importância será a do juiz (a qual é um ato de vontade): em tese, não haverá diferença prática entre as interpretações de um doutrinador e a de qualquer um, já que não há interpretação verdadeira, e sim aplicada, vinculante. Supõe-se que a oposição a este posicionamento pode ser feita ao lembrar-se que a interpretação doutrinária não se limita a descrever o conteúdo das normas; ela, em princípio, diz como deve ser lido o texto normativo e, a partir disto, seria tomada a correta decisão no caso concreto. Para muitos, como Dworkin e outros citados aqui, a hermenêutica implica na superação da dicotomia: um dever-ser descritivo. Mas creio ter podido elaborar algumas reflexões que nos mostram que as coisas não ocorrem assim.

Ao contrário das fórmulas do direito arcaico que tinham um caráter prático e desempenhavam uma função mágica, performática e criadora, o discurso dos juristas romanos revestia-se de uma forma indicativa - a de orientar os atos daqueles que estão submetidos a uma jurisdição. Mas antes de agir com justiça, cada um dos pleiteantes

necessitava que fosse determinada a parte dos bens ou dos encargos que lhe caberia relativamente a seu adversário - seu direito, enfim -, e definir esta proporção objetiva era a função da sentença do juiz. Então, eventualmente confundindo teoria do Direito com arte ou disciplina do Direito, é uma possibilidade plausível constatar que Dworkin, ao tentar evitar esse tipo de utopia com sua *interpretação criativa*, esteja justamente abraçando-a ainda mais fortemente. O direito é visto, na melhor hipótese, como um mal necessário, e no entanto, Norbert Rouland<sup>132</sup> mostra-se otimista com a evolução do direito e elenca bons motivos para isso, referindo-se a aspectos que apontam para uma possível quebra do paradigma. Começa pelo que ele chama de flexibilização do direito: a maioria dos desacordos conjugais ou das brigas de vizinhança se extingue bem antes que o juiz seja solicitado a solucioná-los; a maior parte dos contratos é normalmente executado pelas partes. Ou seja, o direito mais fornece modelos de conduta do que pune comportamentos. E, quando há contencioso, ele não é majoritariamente penal, pois a maioria dos processos é civil ou comercial, diz ele, relatando que 90% dos processos penais são acertados de modo negociado. É o *plea bargaining*: as partes chegam a uma solução amigável, submetem-na ao juiz, que na maior parte das vezes se contenta em registrá-la.

Quanto à evolução das penas, Rouland sugere que a perda de prestígio social seja uma punição que pode se revelar terrível. Aliás, é nítida a evolução que desvincula a pena da prisão.”<sup>133</sup> Esse autor indica alguns substitutos do encarceramento, como suspensão da carteira de motorista, confisco de talões de cheque, e igualmente sua execução: *sursis*, postergação da pronúncia da pena, liberdade condicional. “Em muitos casos, o juiz não é o todo-poderoso ordenador do processo, que zela escrupulosamente pela observância do direito. Pode até ocorrer que este, ou terceiros, solucionem em toda legalidade conflitos fora das regras do direito estrito”<sup>134</sup>, diz o autor, argumentando que, mais do que na prova da falta ou da culpa, os mediadores não juristas se empenharão em restabelecer a paz entre as partes, buscando soluções de acerto satisfatórias, arranjos que tornarão inútil o recurso à justiça oficial; nos Estados Unidos, graças a essas práticas, somente 5% a 10% das pendências chegam aos tribunais, informa Rouland. O próprio Estado deseja a expansão

---

<sup>132</sup> ROULAND, N. *Nos confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. M.E. de A.P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>134</sup> *Idem*, pp. 12-13



dessas justiças alternativas, para desobstruir as jurisdições tradicionais, lentas demais, demasiado complicadas e caras: certamente é preferível que os conflitos sejam solucionados mais pela negociação, pela mediação, do que pelo recurso ao juiz, ou seja, um direito negociado no lugar do direito imposto.

Rouland, aparentemente em desacordo com Baudrillard, entende que o direito já não se acha reduzido a uma superestrutura trazida pela produção econômica, ou pelos meandros da psique pois, ao propor ou impor normas, o direito manifesta que o homem permanece capaz de determinar opções e efetuar escolhas, mesmo que estas sejam, como em Dworkin, largamente influenciadas pela cultura na qual vive. Mas pergunto-me, ecoando Rouland: sujeito e cultura - não haveria aí uma antinomia? Sim, pois o direito, por ser em geral *decisão* sobre o essencial, não pode, por essa razão, ser totalmente desvinculado da ética, o que já não ocorre com a cultura. O autor sugere que já existem técnicas que permitem a prática do direito-modelo, tanto que sua rigidez e imperiosidade, características do direito até então intocáveis, começam, segundo ele, a se atenuar. Filósofos políticos sugerem respostas para a questão da justificação que oferecem alguma possibilidade de explicar uma identificação moral com o Estado a que se pertence, e que vai mais além do interesse pessoal; começa-se a abandonar a premissa de que não há princípios morais em vigor antes da formação do Estado, ou seja, por negar essa idéia precípua de Hobbes.

A teoria de justiça de John Rawls, segundo Rouanet<sup>135</sup>, em *Rawls e o enigma da justiça*, por exemplo, surge no horizonte contemporâneo como a grande alternativa, dentro do sistema capitalista, para se chegar a uma sociedade mais justa; tal teoria sustenta que não deve haver melhora na situação de alguém sem que essa melhora atinja também aqueles que se encontram em situação menos favorecida na escala social. A teoria de justiça de Rawls<sup>136</sup> teria, por um lado, uma base procedimental e, por outra, uma base moral, ou deontológica, segundo análise de Ricouer referida por Rouanet<sup>137</sup>. Essa base moral, no entanto, não teria o caráter de uma teoria moral abrangente, com pretensões de aceitação universal, mas teria, sim, um caráter político; o âmago da teoria de justiça de Rawls não reside em sua base moral, mas sim em sua finalidade que, partindo de uma concepção

---

<sup>135</sup> ROUANET, L.P. *Rawls e o Enigma da Justiça*,. São Paulo: Unimarco Editora, 2002.

<sup>136</sup> Rouanet refere-se à obra de John Rawls *Uma teoria da justiça*, publicada em 1971.

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 15/6.

moral do que deve ser uma sociedade justa, chega a abrir mão de certos princípios, como individualidade e autonomia, para se atingir um consenso e tornar possível a sociedade assim concebida.

Aqui foi dito que o argumento de Hobbes fora desenvolvido explicitamente para não depender de princípios morais: se se pudesse recorrer aos princípios morais para defender a instituição do Estado, ou do Direito, poder-se-ia permitir que fossem mantidos certos ideais morais e assim ajudar os que sofrem contra a opressão causada, por exemplo, por... judeus, árabes, ricos, pobres, etc., o que, como se sabe, Hobbes se recusa a considerar. Nestes termos, a Justiça haveria de ser, então, um instrumento desprovido da necessidade de qualquer valor ou princípio moral para seu funcionamento, o que lhe garantiria um perfil moral por excelência, puro e fundante, exatamente como no caso do conhecido *jogo de soma zero*. O jogo de soma zero é uma proposta que se inclui no que se denomina Teoria dos Jogos. Essa teoria foi originalmente desenvolvida na Matemática, vem recebendo crescente reconhecimento em outras áreas do conhecimento, passando a ser aplicada em diversas áreas da atividade humana, como Economia, Política, etc..

Muitos filósofos tentaram, nos últimos anos, aprimorar o tipo de argumento que Hobbes ofereceu, fazendo uso de uma teoria moderna e de grande poder explicativo que busca demonstrar como chegar a decisões racionais diante de diversos tipos de problemas.. Mas a teoria dos jogos não tem só importância teórica; ela é usada, hoje em dia, por corporações para tomar decisões corporativas e por planejadores estratégicos que tentam descobrir como implementar políticas de defesa nuclear. Essa teoria matemática de fato vem sendo utilizada em muitas áreas das ciências sociais e, mais significativamente, tanto na economia quanto na recente teoria política, pois pode ampliar nossa compreensão sobre o processo decisório racional da mesma maneira que a lógica formal aprofunda nosso entendimento do argumento racional, e isso, por si só, lhe garante um interesse filosófico superior: ao tratar somente com o sim e o não, o ser e o não-ser, estaríamos entrando, em verdade, no âmbito de uma prática ontológica.

A reflexão que apresento neste trabalho, tendo em vista as dificuldades que a área do Direito apresenta em encontrar a *resposta certa*, é discutir-se a possibilidade de se aplicar a Teoria dos Jogos no Direito, particularmente o *jogo de soma zero*, aparentemente desprezado pelos teóricos do direito, e que passarei a abordar sucintamente. Para os

objetivos da teoria dos jogos, enfim, um jogo é qualquer situação em que há pessoas - chamadas, naturalmente, de 'jogadores' - que estão escolhendo estratégias para suas negociações de uma forma que determine o que é que cada uma delas irá obter como recompensa (*payoff*)<sup>138</sup>. Uma forma de representar um jogo que tem dois jogadores, A e B (dois litigantes), cada um com duas estratégias, é desenhar uma matriz simples (obviamente esse jogo é extremamente mais simples que o xadrez) que tem uma característica muito importante: se um ganhar uma coisa, o outro a perde, se um perder uma coisa, o outro a ganha. A quantidade total de recompensas é constante daí seu nome *jogo de soma zero*: é um jogo em que só é preciso escrever um dos registros no quadro, normalmente a quantia ganha pelo jogador, pois, como é um *jogo de soma zero*, todos os números que representam os ganhos de um jogador implicam um número igual perdido pelo outro jogador. As estratégias são chamadas de par de estratégias de equilíbrio (também chamadas de equilíbrio de Nash) porque se qualquer um dos opositores unilateralmente abandonar essa estratégia, não estará melhor do que estaria em caso contrário.

Na verdade, é fácil de se chegar à resolução almejada a partir desse jogo: o matemático e teórico de jogos americanos Morton Davis<sup>139</sup> explicou muito claramente as estratégias de equilíbrio: começa-se pelo ponto de vista de um dos jogadores, e considera-se a premissa de que este jogador tem que contar ao seu oponente antecipadamente que estratégia ele escolheu. No caso de dois litigantes o *queixoso*, supostamente a vítima, irá culpar o outro, o indiciado, supostamente o autor do delito, e este negará a acusação, alegando que o queixoso está mentindo. O delito, ou dano, existe de fato, só não se sabe quem é o verdadeiro responsável, ou seja, quem é que está falando a verdade. O queixoso sabe que, como o opositor - o indiciado - é racional e vai escolher a estratégia que minimiza o argumento [o *payoff*] do queixoso, e, portanto sabe que o outro vai escolher a estratégia correspondente ao valor *mínimo* na matriz do jogo que nosso jogador escolher, isto é, se não conseguir provar sua inocência, trata de abrandar sua culpa para conseguir a penalidade mínima. Como diz Davis, este jogador portanto deve 'escolher uma estratégia que lhe dê o máximo daqueles valores mínimos; esse valor é chamado de *maximin* e é o mínimo que nosso jogador pode ter certeza de obter. Se a situação fosse o oposto e o outro estivesse decidindo que estratégia escolher se ele tivesse que dizer ao nosso jogador, o queixoso ou

---

<sup>138</sup> APPIAH, pp. 209-210.

<sup>139</sup> DAVIS, M. D. *Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica*. São Paulo. Ed.Cultrix. 1973.

vítima, qual ele havia escolhido, então este escolheria para si próprio a escolha do outro, que lhe deu o máximo, portanto a escolha óbvia do outro é a opção que minimiza esse máximo; esse resultado é chamado de *minimax*. Com efeito, uma estratégia *maximin* parece uma boa idéia em qualquer jogo de soma zero, mesmo se houver ou não um equilíbrio, como ocorre amiúde em acareações em inquéritos policiais: como a situação é simétrica, um dos litigantes tem exatamente os mesmos motivos ‘para honrar ou não’ sua palavra, o que os coloca imediatamente no estado de natureza anterior, sem o jogo.

Assim, nessa acareação sistematizada, uma mentira [falsidade ideológica] seria proporcional à infração cometida e estaria fazendo parte do jogo e não sendo julgada, e portanto, poderia infligir penalidade ao seu autor; por outro lado, ocorreria o contrário se este dissesse a verdade: esse seria o risco da estratégia, um risco moral. Ou seja, a honestidade, nesse tipo de confronto que tenderia ao equilíbrio original do estado de natureza, ou de repouso, seria vantajosa, pois eliminaria por princípio e por interesse o uso de mentiras, inverdades e falácias, tais como usados amiúde por nossos advogados, agentes da lei, autoridades e, mesmo, por toda a sociedade. Nesse jogo, a mentira passaria a ser um mau negócio. Importante: os direitos e as chances aqui seriam absolutamente idênticos, sem a necessidade de uma decisão judicial, sem a necessidade da justiça enquanto sistema normativo-burocrático, sem a necessidade da interferência de advogados, sem custo, demora ou complicações, sem processo nem corrupção, pois aqui os juízes atuariam apenas como intrutores procedimentais, curadores e/ou homologadores das decisões que seriam extraídas diretamente das partes interessadas, de modo imediato e automático.

Para garantir a factibilidade de tal procedimento, as leis teriam de ser resumidas a uma só expressão, ao *topos* do Direito, o que se poderia denominar ‘A Lei’, elaborado a partir de minhas reflexões e que se basearia no seguinte princípio: ‘É permitida toda e qualquer relação de horizontalidade, enquanto é proibida a verticalização, salvo em casos de necessidade, de livre consentimento ou de acaso’. Todas as leis existentes poderiam se reduzir a essa Lei geral, a esse princípio fundamental a nortear todas as futuras Constituições e decisões humanas. Num mundo em que a verticalidade é o paradigma vigente, a norma ideal, portanto, seria a garantia da horizontalidade no comércio espontâneo entre os seres, a harmonia automática que prescinde de lógos, de interpretação, dialética ou hermenêutica, de análise ou proposições lógicas, de jurisprudência ou ainda

da discussão por uma idealizada equidade. Isso se daria porque aí não haveria o óbice de nenhum valor, fosse ele estratégico, ético, político, metafísico ou de qualquer outra natureza, o que garantiria sua pureza e pouparia a todos de muito calor e ruído.

Assim, por um método procedimental eminentemente simples, em tese, se poderia chegar à verdade, à justiça, de forma imediata, ou seja, sem a necessidade de um princípio moral, de uma certeza ou norma *a priori*, sequer de um empenho político, menos ainda de qualquer tipo de discricionariedade. Nesse jogo, por meio da observância, ou não, por parte de seus agentes, desta lei única e universal, pois de fato íntegra, se chegaria à solução absolutamente justa. Por meio de uma simples contagem de pontos unitários, positivos ou negativos, que devem se anular mutuamente, portanto, se chegaria, ainda que coercitivamente, ao ponto de equilíbrio original e desejado, vale dizer, justo, uma vez que os pontos negativos contabilizados a uma das partes deverão ressarcir financeira ou moralmente, pelo prejuízo então causado, a outra, ainda que pago pelo sistema, quando nos casos difíceis ou absolutamente insolúveis, que, por interesse da coletividade, deveria então assumir o prejuízo em nome do bem comum.

Se não se podem comparar os valores das utilidades, ou benesses, que se podem auferir de uma decisão judicial, a não ser pelo método que acabo de apontar, é lícito pensar que não se poderá igualmente esperar que o jogo judicial seja um jogo de soma constante, como têm sido, analogicamente, todos os casos aqui apontados desde os romanos. O grande *insight* de Hobbes, expresso em termos dessa específica teoria do jogo, foi perceber que se os seres humanos são egoístas no estado de natureza, seria necessário mudar as regras do jogo para vir a ter um incentivo para que cooperem. Nesse caso, como se pode perceber, ambos os litigantes sempre estarão em uma situação melhor se cumprirem o pacto que fizeram um com o outro, que seja por conveniência e não por uma convicção moral, pois seja o que for que a outra pessoa fizer, o risco de ser punido é mais importante, ou equivalente, que as vantagens que se teria ao se ganhar uma disputa judicial. Algo como uma moral compulsória (externa) ou um imperativo categórico (interno), que seja pelo puro interesse pessoal, financeiro ou outro, em que a honestidade traz recompensa.

## EPÍLOGO

Para encerrar, recordemos que o projeto de Descartes busca seus fundamentos nos conhecimentos certos e evidentes, e a dúvida cartesiana, portanto, é hiperbólica, ou seja, abrange todas as coisas e é exagerada, na medida necessária ao propósito também radical de encontrar certezas absolutas e indubitáveis. Após longa e detalhada argumentação, Descartes finalmente reafirma a existência de Deus, apresentado como causa de si e soberanamente perfeito, e assim, não enganador, pois o engano decorreria de alguma falha ou carência, o que é incompatível com a idéia de perfeição. Com isso, atinge-se o fundamento da realidade objetiva das idéias e a conexão do *Cogito* com o mundo, cujo fundamento da verdade é Deus. O gênio enganador, portanto, é uma ficção instrumental, um artifício metodológico do qual Descartes se utiliza para levar a dúvida às últimas conseqüências e assim conseguir seu intento de chegar a verdades absolutamente certas e estabelecer os fundamentos da ciência. A hipótese do Deus enganador constitui o momento em que a dúvida, até então circunscrita ao âmbito do natural, torna-se metafísica.

Entretanto, apresenta-se a questão: ao não se pensar devidamente a *verdade do Ser*, nesta era sem Deus, não basta apregoar nosso status de animal racional, com isso pretendendo-se explicar a essência do ser humano. Não se pode, conseqüentemente, estranhar que a essência da metafísica – a simples presença, o ser do ente, a temporalidade e possibilidades, enquanto o desvelar da existência - passe a servir não ao ser enquanto tal, mas sim ao fazer humano, à factibilidade do produzir, vale dizer, à antropotécnica, tal como expresso por Zeljko Loparic<sup>140</sup> em *A fabricação dos humanos*. O humanismo passa a ser visto como técnica de uma metafísica da subjetividade, o já conhecido antropocentrismo, que trata antes da dominação da natureza e o desenvolvimento de sua própria metafísica caolha, do que da necessária busca da Verdade, cujas graves conseqüências foram aqui listadas.

Francamente em oposição a esse quadro, o liberalismo de Dworkin supõe harmonia entre liberdade e igualdade, pois, para ele, liberdades individuais e igualdade de condições – de consideração e respeito, por um lado, e recursos, por outro – não seriam aspectos

---

<sup>140</sup> LOPARIC, Z. A fabricação dos humanos. In: *Manuscrito - Revista Internacional de Filosofia*, v. 28, n. 2. Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência - Unicamp, Campinas, SP, BR, jul-dez. 2005, pp. 391-415.

contraditórios; antes, perfeitamente conciliáveis. Ao propor que haja uma continuidade entre os interesses individuais e as questões políticas numa comunidade moralmente íntegra e tecer críticas ao afastamento entre esses dois âmbitos que certas teorias, como a de Rawls, acabam por instituir, a procura de Dworkin por uma aproximação entre as questões éticas individuais e as questões políticas acaba por sustentar que haveria sim uma ética política no âmbito individual que nortearia as decisões dos indivíduos, pois estes não ficariam entregues meramente a desejos egoístas, uma vez que se pautariam por um ideal ético para si próprios que estaria afinado com os princípios morais e éticos do contexto cultural e histórico. Infelizmente, este não é o quadro a que as reflexões aqui apresentadas nos conduzem; a realidade dos fatos nos sugere um cenário bem mais sombrio. E se de alguma forma me excedi na análise da tese dworkiniana contida na obra *O império do direito*, apelando à mesma metáfora hiperbólica, espero ter-me expressado a contento quanto à questão axiológica do direito, esta sim merecedora de maiores considerações, dado o atual eclipse da política em que a Teoria Geral do Direito se baseia. O que se evidencia, frente a esta real falta de um horizonte ético tanto da política quanto da própria justiça, é a enorme carência de sentido, dessa sua substancial irracionalidade, admitida até pelo autor aqui enfocado, e por se tratar, por paradoxal que seja, de não-ciências enquanto formas distintas do irracional, não mais basta remeter a um pretenso conhecimento ou a uma idealizada ação, como intentados por Dworkin, para se garantir a validade da justiça.

O gênio enganador não só parece de fato atuar nos desígnios humanos, com graves seqüelas em âmbito planetário, como o faz diretamente no *cogito*, vale dizer, acomete de forma direta e efetiva a mente supostamente racional do ser humano, individual ou coletivamente, induzindo-a ao engano e ao erro sistemáticos. E se até aqui foi por mim apresentado tão somente o aspecto enganador deste ser hipotético, é necessário assinalar que seu aspecto maligno, ainda que sob um cínico império do direito, pode ser entendido como imanente, uma vez que o demonstra de maneira tão ostensiva a própria história humana, ao longo da qual uma enorme parcela da humanidade sofreu e ainda sofre cruéis desmandos e atrozes injustiças.

\*\*\*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALBERONI, F. *Valores: o bem, o mal, a natureza, a cultura, a vida*. Trad. Y.A. Figueiredo. Rio de Janeiro, Editora Rocco, 2000.
- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda H. Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALQUIÉ, F. *A filosofia de Descartes*. Lisboa: Presença. 1987.
- APPIAH, K. A. *Introdução à Filosofia Contemporânea*. Trad. Vera L.M. Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.
- BAUDRILLARD, Jean. Carnaval/Canibal. In *Metamorfoses da Cultura contemporânea*. Trad. Vanise Dresch. Porto Alegre: Copesul, 2005. [Texto enviado pelo autor à comissão organizadora do Congresso de Filosofia Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, final de 2005].
- BEYSSADE, J-M. Descartes. In: *História da Filosofia: Idéias, Doutrinas*. Org. CHÂTELET, François. v.3. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- BLACKBURN, S. *Verdade: um guia para os perplexos*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.
- BLEICHER, J. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.
- BRÉHIER, E. *História da Filosofia*. Tomo segundo, v. 1. São Paulo: Mestre Jou, 1977.
- BURLEY, J. (Org.) *Dworkin and his Critics, with replies by Dworkin*. Malden, MA, USA: Blackwell Publishing, 2004.
- CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin. Prólogo In: DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.
- CHATEAUBRIAND, O. Lógica, ontologia e epistemologia. In: IMAGUIRE, G. et al. *Metafísica Contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- DAVIS, M. D. *Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1973.



- DESCARTES, R. *Meditações*, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Meditações sobre Filosofia Primeira*. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Edições CEMODECON, IFCH-UNICAMP, 1999.
- DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- \_\_\_\_\_. *O império do direito [Law's Empire]*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. Ronald Dworkin replies. In: BURLEY, J. (Org.). *Dworkin and his critics, with replies by Dworkin*. Malden, MA, USA: Blackwell Publishing, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FASSÒ, G. *Storia della filosofia del diritto. Vol. III: Ottocento e Novecento*. Bolonha: Società editrice il Molino, 1970.
- FOLSCHEID, D. e WUNENBURGER, J. *Metodologia filosófica*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 364-365.
- FREGE, G. Sobre o sentido e a referência. In *Lógica e filosofia da linguagem*. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1978.
- GADAMER, H-G. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1977.
- GIACÓIA, O. Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos. In IMAGUIRE, G. A, ALMEIDA, C.L. de, E OLIVEIRA, M.A. de: *Metafísica contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- GOYARD-FABRE, S. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GREEN, L. Associative obligations and the State. In: BURLEY, J. (Org.). *Dworkin and his critics, with replies by Dworkin*. Malden, MA, USA: Blackwell Publishing, 2004.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol.1. Trad. Flávio B.Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- \_\_\_\_\_ *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, versión castellana Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Santillana Ediciones Generales, 2003.
- HART, H.L.A. . *O conceito de direito*. Trad. Ricardo Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gilbenkian, 2002.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência da verdade*. Trad. Carlos Morujão. Porto, Portugal: Porto Editora, 1995.
- IMAGUIRE, G., ALMEIDA, C. L.S., OLIVEIRA, M. A. (orgs.). *Metafísica Contemporânea*. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- KANT, I. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- \_\_\_\_\_ *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.
- KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LALANDE, A. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MAC INTYRE, A. *A justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991.
- RAZ, J. Speaking with one voice: on dworkinian integrity and coherence. In: BURLEY, J. (Org.). *Dworkin and his critics, with replies by Dworkin*. Malden, MA, USA: Blackwell Publishing, 2004.
- RICOEUR, P. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Papirus, 1991.
- RODIS-LEWIS, G. *Descartes, uma biografia*. Trad. Joana A. D'A. Melo. Rio de Janeiro: Editora Record, 1996.
- ROMANO, R. A igualdade, considerações críticas. In *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, julho/dezembro 2003. Disponível no site [http://www.fogliospinoziano. it/articoli.html](http://www.fogliospinoziano.it/articoli.html), acesso em 12/09/2007
- \_\_\_\_\_ *Legitimidade, segredo & democracia*. In: manuscrito para palestra aos juízes federais da região de Campinas. Disponível no site [http://www.tognolli.com/html/mid\\_textos.htm](http://www.tognolli.com/html/mid_textos.htm), acesso em 05/09/2007

- \_\_\_\_\_ *Mentira e Razão de Estado*, disponível no site <http://escolapge.blogspot.com>, acessado em 05/09/2007.
- \_\_\_\_\_ Os laços do orgulho. Reflexões sobre a política e o mal, in *Revista Unimontes Científica* V.6 n.1, janeiro/junho de 2004.
- \_\_\_\_\_ *Razão de Estado*, disponível no site: <http://escolapge.blogspot.com>, acessado em 05/09/2007.
- \_\_\_\_\_ Reflexões sobre impostos e razão de Estado. In *Revista de Economia Mackenzie*, ano 2, n.2, 2001. Disponível no site [www.mackenzie.com.br/editoramackenzie/revistas/eco2n2/reveco2n2art2.pdf](http://www.mackenzie.com.br/editoramackenzie/revistas/eco2n2/reveco2n2art2.pdf)
- ROSENFELD, D.L. *Retratos do mal*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2003
- ROUANET, L.P. *Rawls e o enigma da Justiça*. São Paulo: Unimarco Editora, 2002.
- \_\_\_\_\_ *A complementariedade entre Rawls e Habermas na etapa da deliberação*. Disponível em <http://br.geocities.com/eticaejustica/rawlsehabermas.pdf>, acesso em 10/10/2008.
- ROULAND, N. *Nos confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade*. Trad. M.E. de A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SAFATLE, V. *Cinismo e falência da crítica*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.
- SAUSSURE, F. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antonio Chelini, João Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, sem ano.
- SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.
- SENNETT, R. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. Trad. Lygia A. Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SERRANO, P. J. *Epistemologia do Direito: para uma melhor compreensão da Ciência do Direito*. Campinas: Editora Alínea, 2007.
- SILVA, F. L. *Descartes: a metafísica da modernidade*. São Paulo: Moderna, Coleção Logos, 1993.
- SLOTERDIJK, P. *O desprezo das massas: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna*. Trad. Claudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.
- \_\_\_\_\_ *Critique of Cynical Reason: Theory and History of Literature*, V. 40. Trad. Eldred, Michael. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987.

- 
- \_\_\_\_\_ *A mobilização infinita – Para uma crítica da cinética política.* Trad. Paulo O. de Castro. Lisboa, Relógio D'Água Editores, 2002.
- VEYNE, P. O indivíduo atingido no coração pelo poder público. In: VEYNE, Paul (Org.) *Indivíduo e Poder.* Trad. Isabel Dias Braga. Lisboa: Edições 70, LDA, 1987.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito.* Trad. Márcia V.M. de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WALDRON, J. The rule of law as a theater of debate. In: BURLEY, J. (Org.). *Dworkin and his critics, with replies by Dworkin.* Malden, MA, USA: Blackwell Publishing, 2004.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas.* In: *Coleção Os Pensadores*, 5ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

\*\*\*