

ção com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas - por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de processos da formação de compromissos, etc.⁶³. Tratarei melhor disso no último capítulo.

63 A auto-administração comunal, por exemplo, proíbe a subordinação linear de princípios do Estado de direito sob formas correspondentes de sua realização organizatória. Tal administração não pode, como é sabido, ser espremida no esquema clássico da divisão dos poderes. Sob pontos de vista jurídicos, a introdução da auto-administração comunal na administração geral do Estado só pode dar-se porque "o direito comunal é, em sua essência, direito de organização, encontrando-se, pois numa relação de interdependência com o direito de organização da nação" (CZYBULKA, D. *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*. Heidelberg, 1989, 195). Entretanto, se considerarmos as coisas sob o ponto de vista funcional, a descentralização de autorizações abrangentes possibilita um entrelaçamento organizatório de funções do Estado, a qual está em consonância com a lógica da divisão de poderes. Mesmo que as comunidades não disponham de uma competência legislativa, apenas de uma autonomia regulamentadora. A legitimação através de eleições gerais e referidas a pessoas, a forma parlamentar de formação da vontade, a participação de leigos, etc., possibilitam aos participantes das comunidades uma influência forte sobre os programas e sobre o processo de uma administração universal. Por isso, é difícil impor o princípio de uma administração universal. Tal organização não é imune à pressão informal exercida por pessoas ou grupos poderosos. O exemplo da auto-administração comunal lembra apenas que os princípios do Estado de direito não podem ser copiados diretamente no nível organizatório das instituições políticas ou no processo político. Entretanto, nem todos os fenômenos que falam contra o esquema clássico de divisão dos poderes fornecem objeção: contra a lógica da divisão de poderes.

V. INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Introduzimos o sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito sob o enfoque do direito racional. O fato de termos passado da perspectiva da teoria do contrato para a da teoria do discurso não implica numa mudança do nível de abstração. As referências fortuitas e ilustrativas aos sistemas jurídicos da Alemanha e dos Estados Unidos pretendem lembrar apenas que os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, apesar de serem determinados *in abstracto*, só são encontráveis em cons-tituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos. Tudo isso é objeto da ciência política e do direito do Estado internacional comparado, os quais atingem indiretamente o nosso tema. Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos. Com isso, tenho em mente as concepções exemplares de uma comunidade jurídica a respeito da seguinte pergunta: de que modo o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito podem ser realizados no contexto da respectiva sociedade?

Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios do direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que lance mão de um modelo de sociedade contemporânea. Um "modelo social do direito" (Wieacker) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto, uma imagem que esse sistema constroí acerca de seu ambiente

social. A partir daí, o paradigma do direito esclarece o modo como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito devem ser entendidos e realizados no quadro de tal modelo. O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito. Antes de entrar na discussão propriamente dita dos paradigmas, eu gostaria de retomar, nos dois capítulos seguintes, o princípio da filosofia do direito que preparei, introduzindo o sistema dos direitos e dos princípios do Estado de direito na linha de uma teoria do discurso, e torná-lo plausível sob pontos de vista da teoria do direito, portanto no enforque de um sistema jurídico em *sentido mais estrito*.

Para sistemas jurídicos modernos, recomenda-se uma dupla delimitação. Ao direito, enquanto sistema de ação, podemos subordinar a totalidade das interações reguladas através de normas. Luhmann, por exemplo, define o direito, neste *sentido mais amplo*, como o sistema social parcial, especializado na estabilização de expectativas de comportamento. Ele se compõe de todas as comunicações sociais formuladas tendo como referência o direito¹. Ora, o sistema de direitos em *sentido mais estrito* ultrapassa essa concepção. Ele abrange todas as interações, também as que não se orientam pelo direito, podendo produzir direito novo e reproduzi-lo enquanto tal. Para a institucionalização do sistema jurídico neste sentido, necessita-se da auto-aplicação do direito através de regras secundárias que constituem e transmitem as competências da normatização, da aplicação e da imposição do direito. Os "poderes" do Estado, da legislação, da justiça e da administração distinguem-se de acordo com essas funções.

1 LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung* (1981), 35ss.

Se considerarmos as coisas pelo lado empírico, constatamos que há várias instituições envolvidas nessa produção e reprodução do direito em sociedades como a nossa, que preenchem simultânea e respectivamente várias funções. No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisão dos tribunais e das administrações, na medida em que estes se autoprogamam. A função da aplicação de leis não é assumida apenas por instâncias da jurisdição no horizonte da dogmática jurídica e da esfera pública jurídica, mas também, implicitamente, por administrações. A função de execução das leis é exercida pelo governo e pela administração, indiretamente também por tribunais. Uma parte dessas funções jurídicas é delegada pelos órgãos do Estado a corporações privadas ou semipúblicas.

Eu incluo no sistema jurídico em sentido amplo os sistemas de ação regulados juridicamente, no interior dos quais surge uma esfera nuclear da produção privada e autônoma de atos jurídicos, constituída através de um direito reflexivo, contra decursos de ação dirigidos por normas jurídicas materiais. Além do mais, há uma estratificação entre os domínios de ação organizados formalmente, os constituídos com forma jurídica e os que apenas superficialmente têm forma jurídica, os quais são regulados primariamente por instituições situadas fora do direito. Em domínios organizados formalmente, como é o caso da economia ou do aparelho do Estado, todas as interações são conduzidas pelo direito e referidas a ele, inclusive na perspectiva do ator, ao passo que, em domínios como o da família ou da escola, os atores tomam consciência do direito apenas em caso de conflito².

Essas poucas indicações são suficientes para uma localização grosseira do sistema jurídico em sentido estrito. É uma teoria discursiva do direito precisa comprovar-se, inicialmente, nesse nível. Ora, a *teoria do direito*, ao contrário das teorias filosóficas

2 Antes da irrupção do conflito, eles não têm uma "consciência do direito" em relação à proteção dos próprios interesses.

da justiça, movimentam-se nos limites de ordens jurídicas concretas. Extraí os seus dados do direito vigente, de leis e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito, etc. Ao contrário da filosofia, a teoria do direito não pode desprezar os aspectos resultantes do nexo interno entre direito e poder político, principalmente a questão da permissão jurídica para o emprego da força legítima por parte do Estado³. De outro lado, a teoria do direito, unindo-se à dogmática jurídica, privilegia a perspectiva jurídica. Isso se explica a partir do valor posicional funcional da jurisdição no interior do sistema jurídico mais estreito. Uma vez que todas as comunicações a nível do direito apontam para pretensões reclamáveis judicialmente, o processo judicial constitui o ponto de fuga para a análise do sistema jurídico. A escolha desta perspectiva de pesquisa significa apenas uma determinação metodica, não uma restrição da análise no âmbito da jurisdição. A teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E, nisso, ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos)⁴. Ao analisarmos o conceito de direito de Ronald Dworkin, que o considera um *medium* para a garantia da integridade da sociedade como um todo, iremos

3 Sob este ponto de vista, R. Dworkin faz a distinção entre "law" e "justice", direito legal e justiça: "Justice is a matter of the correct or best theory of moral and political rights... Law is a matter of which supposed rights supply a justification for using or withholding the collective force of the state because they are included in or implied by actual political decisions of the past". (DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge, Mass. 1986, 97).

4 Cf. DREIER, R. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*. Tübingen, 1975; MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, 1978.

descobrir que nela também vem à tona a autocompreensão coletiva dos membros do direito. No entanto, a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, *teoria da jurisdição* e do discurso jurídico.

A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Discutirei inicialmente quatro interpretações exemplares do direito, que prevêem diferentes soluções para o problema da racionalidade da jurisdição (Seção I). É bastante interessante a proposta de Ronald Dworkin, que projeta as suposições de racionalidade da prática de decisão judicial no nível de uma reconstrução racional do direito vigente. Ele coloca sua teoria sob o enfoque de exigências ideais, as quais desencadearam uma viva discussão (Seção II). As objeções de F. Michelman contra o princípio solipsista de Dworkin abrem o caminho para um teoria intersubjetivista do discurso jurídico. Entretanto, a tese defendida nesse contexto, segundo a qual o discurso jurídico tem que ser visto como um caso especial de aplicação do discurso moral, não faz jus à relação complexa entre justiça e legislação (Seção III).

I. Hermenêutica, realismo e positivismo.

I

Uma teoria da justiça diretamente normativa e que, ao tentar justificar princípios para a construção de uma sociedade bem ordenada, opera num plano situado acima das instituições e tradições existentes, tem que enfrentar o problema da relação entre ideia e realidade. Ora, aquilo que constitui o problema final para uma teoria já pronta, passa a ser o problema inicial de uma teoria do direito que opera no âmbito do direito vigente. Vimos como a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das

expectativas de comportamento assim estabilizadas - as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidí-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial.

De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. E aí o direito vigente aparece como um emaranhado intrinsecamente de decisões pretéritas do legislador e da justiça ou de tradições do direito consuetudinário. E essa história institucional do direito forma o pano de fundo de toda a prática de decisão atual. Na positividade do direito refletem-se também as contingências desse contexto de surgimento. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas⁵. As decisões judiciais,

5 WROBLEWSKI, J. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", in: *Rechtstheorie*, 5, 1974.

do mesmo modo que as leis, são "criaturas da história e da moral: o direito de propriedade, que um indivíduo tem na sociedade burguesa, depende não somente da prática, mas também da justiça de suas instituições políticas"⁶.

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*. Quando se parte da idéia de que a opção do direito natural, que simplesmente subordinava o direito vigente a padrões suprapositivos, não está mais aberta, oferecem-se três alternativas para o tratamento dessa questão central da teoria do direito, a saber: (a) a da hermenêutica jurídica; (b) a do realismo; (c) a do positivismo jurídico.

(a) A hermenêutica jurídica teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão jurídica como uma subsunção do caso sob uma regra correspondente, a idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação⁷. Um estado de coisas conforme a regras só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Uma norma "abrangente" seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo. Essa descrição circular caracteriza um problema metodológico, a ser esclarecido por toda teoria do direito.

A hermenêutica propõe um modelo processual de interpretação. A interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo o horizonte para posteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob a sua orientação, a norma e o estado de coisas se

6 DWORKIN, R. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt a/M., 1960.

7 GADAMER, H. G. *Wahrheit und Methode*. Tübingen, 1960.

constituem ou concretizam reciprocamente⁸. A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente. A racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última instância, pelos *standards* dos costumes que ainda não se coagularam em "normas", pelas "sabedorias jurisprudenciais que antecederam a lei"⁹. A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial.

(b) O recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como *topos* comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito. As teorias jurídicas realistas reagem a esse estado de coisas. Elas não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegam a uma outra avaliação da pré-compreensão que comanda o processo de interpretação. Nos processos de seleção da prática de decisão judicial, aparecem determinantes extrajurídicos, que podem ser explicados através de análises empíricas. Tais fatores externos explicam como os juizes preenchem o seu espaço de

8 HASSEMER, W. "Juristische Hermeneutik", in: *ARSP*, 72, 1986, 195ss; cf. tb. NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, 1986, 54ss.

9 ESSER, J. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübinga, 1964, 182; id. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Kronberg, 1972.

decisão; eles permitem também *prever* histórica, psicológica ou sociologicamente, as decisões judiciais. As consequências céticas desse princípio são evidentes. Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juizes, por tradições ideológicas, constelações de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico, a prática de decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito. A lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição "realista" do processo de aplicação do direito.

Na visão do realismo legal, da Escola do direito livre e da jurisprudência de interesses¹⁰, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Contudo, se for possível descrever os processos jurídicos de decisão do mesmo modo que os processos de poder políticos, então não faz mais sentido o postulado segundo o qual a segurança do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas. A produção jurídica do passado perde seu domínio sobre decisões atuais, porque estas dependem amplamente da decisão do juiz. A pretensão de legitimidade do direito pode, quando muito, preservar seu sentido, caso o juiz, imitando o político, tome suas decisões voltado ao futuro e inspirando-se em orientações axiológicas que ele tem como racionais. O direito passa a valer, então, como um instrumento do controle do comportamento a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem-estar econômico¹¹. As escolas realistas submeteram a representação idealista dos participantes do processo, segundo a qual todos (ou

10 ELLScheid, G., e HASSEMER, W. (Eds.). *Interessenjurisprudenz*. Darmstadt, 1974.

11 Sobre o realismo jurídico americano cf. SUMMERS, R. S. *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca, 1982.

a maioria) dos casos podem ser decididos correta e consistentemente na base do direito vigente, a uma crítica dissuasiva, na perspectiva do observador. De outro lado, porém, a prática da decisão judicial não tem como operar sem suposições idealizadas. A revocação não-dissimulada da garantia da segurança do direito significa que a jurisdição precisa renunciar, em última instância, à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, que é a função do direito. Os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito.

(c) O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não-jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. Ora, uma regra básica, ou regra de conhecimento, de acordo com a qual pode ser decidido quais normas pertencem ou não ao direito vigente, permite subordinar as regras.

Quando pressupomos um sistema jurídico autônomo, que além disso se diferencia em regras primárias, determinadoras do comportamento, e secundárias, que reproduzem auto-referencialmente normas, a validade das prescrições jurídicas mede-se somente pela manutenção dos procedimentos juridicamente prescritos da normatização do direito. Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas

conforme às regras pelas instituições competentes. A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra do conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto conforme o costume. Hart procura explicar isso utilizando-se do conceito "jogo de linguagem" de Wittgenstein. Do mesmo modo que a gramática de um jogo de linguagem, a regra do conhecimento está enraizada numa prática descrita a partir de fora como fato, a qual, porém, "é aceita" como auto-evidência cultural "e suposta como válida" pelos próprios participantes¹².

A ligação da validade do direito à sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção. A precedência da segurança jurídica revela-se no modo como o positivismo trata os "casos difíceis" (*hard cases*). Em tais casos, se revela de modo bastante claro o problema hermenêutico fundamental: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? O positivismo aborda superficialmente esse problema e analisa suas consequências como sintomas de uma imprecisão inevitável de formulações da linguagem colloquial. Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não

12 HART, H. L. A. *Der Begriff des Rechts*. Frankfurt a/M., 1973, 155;

"A regra do conhecimento somente (existe) como prática complexa, normalmente coordenada, dos tribunais, funcionários e pessoas privadas, quando eles identificam o que é direito, com o auxílio de certos critérios. A existência da regra do conhecimento consiste neste tipo de facticidade".

fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.

2

A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões "corretas", cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. Tribunais decidem sobre que direitos "políticos" pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça.

A tese segundo a qual tais direitos "existem" conta com uma razão prática incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um. A norma fundamental de Dworkin coincide com o princípio kantiano do direito e com o primeiro princípio da justiça, de Rawls, segundo o qual cada um tem um direito a iguais liberdades de ação subjetivas. No entanto, Dworkin objeta contra Rawls, que, no estado primordial, os partidos somente podem unir-se em torno desse princípio, porque o direito fundamental à igual consideração e respeito já regula a

admissão dos partidos ao estado primordial, portanto para as condições do acordo racional em geral. Em Dworkin, a norma fundamental goza do status - não fundamentado - de um "direito natural... que todos os homens e todas as mulheres possuem, ... simplesmente porque eles são seres humanos dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça"¹³. Se prescindirmos das conotações do direito natural, podemos tornar isso também como um esclarecimento do sentido deontológico de direitos fundamentais em geral. Esse sentido de validade comunica-se aos direitos "políticos" ou institucionalmente obrigatórios, proporcionando às pretensões jurídicas individuais um momento de incondicionalidade. Dworkin entende os direitos subjetivos como "trunfos" num jogo, no qual indivíduos defendem suas pretensões justificadas contra abusos gerados por finalidades coletivas: "Da definição de um direito segue que ele não pode ser suplantado por qualquer fim social. Nós podemos estatuir, a título de simplicidade, que não caracterizamos nenhum alvo político como um direito, caso ele não tenha um determinado peso em relação a fins coletivos"¹⁴. Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um.

A teoria dworkiniana dos direitos apóia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da idéia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação - e das condições de equidade da formação do compromisso¹⁵. Mesmo assim, ela necessita de um esclarecimento, uma

13 DWORKIN (1984), 300.

14 DWORKIN (1984), 162.

15 ALEXY, R. "Zur Kritik des Rechtspositivismus", in: DREIER, R. (Ed.). *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*. Stuttgart, 1990, 9-26; Contra isso cf. HOERSTER, N. *Verteidigung des Rechtspositivismus*. Frankfurt a/M., 1989.

vez que conteúdos morais, na medida em que são *traduzidos* para o código do direito, passam por uma transformação jurídica de seu significado.

Excurso sobre conteúdos morais do direito.

O significado jurídico de conteúdos morais e o campo de variação de seus pesos específicos emergem, de forma mais nítida, no âmbito de regras primárias que regulam o comportamento. Se adotarmos uma proposta de classificação de B. Peters e dividirmos essas regras não-procedimentais em mandamentos e proibições repressivas ou restitutivas, de um lado, e em "prêmios" e transferências, de outro lado¹⁶, veremos que os conteúdos morais atingem um amplo espectro de variação. Eles podem diluir-se até um mínimo, que consiste na expectativa geral de que se obedeça às normas do direito, mesmo sem levar em conta o conteúdo da norma. Um indicio para o peso relativo do conteúdo moral pode ser visto na força das reações dos membros do direito contra as infrações da lei - seja nas desaprovações e censuras informais dos membros do direito, seja nas sanções impostas pelos tribunais. A categorização das penas (que vão do crime até a simples oposição à ordem), bem como a divisão em suportes fáticos do direito penal e do direito civil (que fundamentam pretensões de indenização), podem ser entendidas como escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral. Os suportes fáticos elementares do direito penal, tais como assassinato, homicídio, lesão corporal, seqüestro, roubo, etc. são tidos como moralmente reprováveis, ao passo que a condenação à restituição de um prejuízo causado normalmente implica na desaprovação da ação, porém não em desprezo pelo réu.

O mesmo não se dá com reações em relação a prêmios ou custos que são repartidos levando-se em conta o comportamento, tais como subvenções, taxas, impostos diferenciados, etc. ou com reações em relação à transferência de rendimentos e de pagamentos, que são outorgados conforme critérios sociais, sem levar em conta o compor-

16 PETERS (1991), 278s.

tamento. O direito do qual se revestem as políticas de câmbio e da transferência de recursos, da redistribuição e da preparação de bens coletivos dirige-se de modo neutro a destinatários que se supõem, em primeira linha, orientados por um cálculo de custos e de vantagens ou, numa palavra, pela "necessidade". Malogros no controle do comportamento visado pelo legislador não são "repreensíveis". Isso significa que o sentido de validade de normas jurídicas que contêm "prêmios" ou transferências é, de certo modo, "desmoralizado". Todavia, tais normas jurídicas são partes integrantes de programas legais moralmente justificados. As medidas morais, que servem ao legislador para o julgamento de políticas correspondentes, impregnam o conteúdo do direito, em cujas formas essas políticas são executadas. Portanto, os argumentos de colocação de objetivos, que Dworkin distingue dos argumentos de princípios, podem ter relevância moral.

Uma posição intermediária entre regras carregadas moralmente e regras amplamente "desmoralizadas" é assumida pelas normas procedimentais intermediárias, as quais conferem determinadas competências a órgãos semipúblicos, tais como câmaras, universidades, associações profissionais, etc. Para o exercício dessas competências (por exemplo, conduzir lutas salariais, negociar compromissos, estabelecer regras de organização, etc.), existem procedimentos e prescrições que às vezes incluem também comportamentos moralmente relevantes, tais como deveres de informação e de cuidado, exclusão de meios de luta não permitidos, etc. Até no direito privado, o mote "fidelidade e fé" ou a responsabilidade em relação a consequências não-visitadas de uma ação que fere o direito, desempenham um papel. É interessante notar que tais prescrições em relação à forma e ao procedimento não conseguem explicitar completamente nem recolher numa forma jurídica a substância moral daquilo que Durkheim exemplificou através dos fundamentos não-contratuais do contrato. Isso diz respeito principalmente à capacidade moral de julgar, a qual deve, senão iniciar, ao menos acompanhar a competência para a produção e aplicação de normas jurídicas. Essa interpretação pode parecer problemática para normas de autorização do núcleo do direito privado. No entanto, ela adquire uma certa plausibilidade

com relação aos domínios nos quais competências políticas da criação do direito e da organização são delegadas a portadores, os quais, como no caso dos partidos do contrato de tarifas ou dos membros do conselho de administração, escolhidos conforme o direito constitucional da empresa, são "privados" apenas no nome.

Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os *conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.

3

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

trutivista. A partir de uma crítica ao positivismo no direito, especialmente à sua tese da neutralidade (a) e à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado (b) ele desenvolve suas ideias metodológicas acerca de uma interpretação construtiva (c).

(a) Inicialmente, Dworkin contesta a ideia de uma legitimação do direito através da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito. O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos.

Apoiando-se em casos precedentes, extraídos preferencialmente do direito americano e anglo-saxão, Dworkin analisa como os juízes controlam situações jurídicas indeterminadas através da referência sistemática ao pano de fundo de finalidades políticas e princípios morais. Eles conseguem chegar a decisões bem fundamentadas através da elaboração jurídica de argumentos fundamentais e de argumentos extraídos da determinação de objetivos. Tais justificações externas são possíveis, porque o próprio direito vigente já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político. Estes podem reaparecer, de certo modo, nas decisões de princípio dos tribunais superiores. Todavia, na prática da decisão judicial, os argumentos de princípio gozam de primazia em relação aos argumentos de determinação de finalidade: os argumentos relativos à colocação de objetivos têm o seu lugar genuíno no processo de legislação, chegando, através dele, ao discurso jurídico. A jurisprudência está configurada segundo a aplicação de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; ela leva em conta determinações de objetivos legislativos à luz de princípios, pois "argumentos de princípio justificam uma decisão política na medida em que mostram que a decisão respeita ou garante um

com relação aos domínios nos quais competências políticas da criação do direito e da organização são delegadas a portadores, os quais, como no caso dos partidos do contrato de tarifas ou dos membros do conselho de administração, escolhidos conforme o direito constitucional da empresa, são "privados" apenas no nome.

Naturalmente a moral, no papel de uma *medida para o direito correto*, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral *no direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa uma moralização do direito. Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direito são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os *conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.

3

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

trutivista. A partir de uma crítica ao positivismo no direito, especialmente à sua tese da neutralidade (a) e à assunção de um sistema jurídico autônomo fechado (b) ele desenvolve suas ideias metodológicas acerca de uma interpretação construtiva (c).

(a) Inicialmente, Dworkin contesta a ideia de uma legitimação do direito através da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito. O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem neutra do direito e engatadas no código jurídico. Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos.

Apoiando-se em casos precedentes, extraídos preferencialmente do direito americano e anglo-saxão, Dworkin analisa como os juízes controlam situações jurídicas indeterminadas através da referência sistemática ao pano de fundo de finalidades políticas e princípios morais. Eles conseguem chegar a decisões bem fundamentadas através da elaboração jurídica de argumentos fundamentais e de argumentos extraídos da determinação de objetivos. Tais justificações externas são possíveis, porque o próprio direito vigente já incorporou conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político. Estes podem reaparecer, de certo modo, nas decisões de princípio dos tribunais superiores. Todavia, na prática da decisão judicial, os argumentos de princípio gozam de primazia em relação aos argumentos de determinação de finalidade: os argumentos relativos à colocação de objetivos têm o seu lugar genuíno no processo de legislação, chegando, através dele, ao discurso jurídico. A jurisprudência está configurada segundo a aplicação de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; ela leva em conta determinações de objetivos legislativos à luz de princípios, pois "argumentos de princípio justificam uma decisão política na medida em que mostram que a decisão respeita ou garante um

determinado direito de um indivíduo ou de um grupo"¹⁷. Naturalmente, os objetivos políticos também são fundamentados, via de regra, através de princípios e direitos; porém somente os argumentos de princípio, orientados pelo sistema dos direitos, são capazes de conservar o nexo interno que liga a decisão no caso particular com a substância normativa da ordem jurídica em seu todo.

(b) Além disso, Dworkin explica a insuficiência da concepção jurídica que está na base da tese da autonomia de Hart, servindo-se da distinção entre "regra" e "princípio". Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela "ponderação dos bens" nas demais doutrinas metodológicas –, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica¹⁸. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente "se", que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo. Só se pode

solucionar um conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios, não se faz necessária uma decisão do tipo "nido ou nada". É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que *cedem o lugar*. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade.

No entanto, o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia, porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária, em caso de colisão, uma decisão em termos de "tudo ou nada" por parte do juiz. Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras.

(c) Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins, na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico, Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivo depende. Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um *medium* sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo. O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das "únicas decisões corretas". No entanto, como esses princípios não são *topoi* historicamente comprovados, que podem ser extraí-

17 DWORKIN (1984), 146.

18 Cf. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 1985 e Frankfurt a/M., 1986, 75ss. Cf. a crítica de GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988, 268ss.

dos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, *conteudística-mente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente.

Na história institucional de um sistema jurídico - do mesmo modo que na história da ciência -, é possível separar os aspectos externos dos que são acessíveis apenas internamente. Na perspectiva interna, colocações de problemas reconstruíveis lançam uma luz crítica sobre as argumentações realizadas historicamente; a partir daí é possível distinguir entre as tentativas produtivas e improdutivas, entre os erros e aporias de processos de aprendizagem, bem como destacar as respectivas soluções à luz de evidências contemporâneas. Dependendo do paradigma tomado, a retrospectiva revela outras linhas de reconstrução. No entanto, a escolha do paradigma não é arbitrária, uma vez que depende de uma situação hermenêutica inicial, que não está à nossa disposição. A pré-compreensão paradigmática não é incorrigível, uma vez que é testada e modificada no decorrer do próprio processo de interpretação. E, no final, a concepção da ciência ou do direito, que dirige a reconstrução, mantém uma certa força preconceitual, pois não é neutra. Por isso, ela tem que ser justificada teoricamente como o modelo que melhor faz jus à realidade da ciência ou do direito.

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. Fazendo uma referência à minha crítica a Gadamer¹⁹, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma "interpretação construtiva" que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência

19 HABERMAS, J. (1981), vol. 1, 188-196; cf. tb. *Id. Zur Logik der Sozialwissenschaften*. Frankfurt a/M., 1982, 271ss.

a um paradigma ou a um "fim": "Constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong ... We would say, that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different contexts only because different enterprises engage different standards of value or success"²⁰. Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva²¹, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta "indeterminação do direito", apoiando sua fundamentação numa "teoria". Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral²².

II. Dworkin e a teoria dos direitos.

1

De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito? Dworkin entrega a solução do problema a uma

20 DWORKIN, R. *Law's Empire*, (1986), 52s.; cf. tb. neste texto a nota núm. 2, 419s.

21 Entre os poucos trabalhos que tentam relacionar o conceito de interpretação, de Dworkin, com a discussão europeia, especialmente com as idéias de Gadamer, Derrida e as minhas, merece ser citado HOY, D. C. "Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives", in: *Southern California Law Review*, 58, 1985, 135-176; id. "Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism", in: *Law and Philosophy*, 6, 1987, 321-356.

22 DWORKIN, (1984), 122; cf. id. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass. 1985, Parte 2.

teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído. Coerência é uma medida para a validade de uma declaração, a qual é mais fraca que a verdade analítica obtida através da dedução lógica, porém mais forte do que o critério da não-contradição. A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais (no sentido de Toulmin), portanto através de argumentos que revelam a qualidade pragmática de produzir um acordo racionalmente motivado entre participantes da argumentação²³.

No discurso jurídico, há argumentos normativos típicos, os quais, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso, à luz de princípios. Dworkin também se interessa por esses princípios, uma vez que eles possuem um conteúdo deontológico reconhecível, que os subtrai da contingência de derogações e colocações arbitrárias. Quando, por exemplo, direitos fundamentais e princípios do Estado de direito são interpretados e aprimorados, ou quando outros conteúdos morais imputados para o direito positivo, "obendo assim apoio dos decretos oficiais de instituições jurídicas", uma modificação de tais prescrições jurídicas não pode tocar em seu conteúdo normativo. "Não faz sentido afirmar que princípios desse tipo são 'rejeitados' ou 'conservados'"²⁴. É verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas²⁵.

23 TOULMIN, ST. *Der Gebrauch von Argumenten*. Kronberg, 1975; TOULMIN, ST., RIEKE, R e JANIK, A. *An Introduction to Reasoning*. Nova Iorque, 1979.

24 DWORKIN, (1984), 82.

25 "I mean only to suppose that a particular social institution like slavery might be unjust, not because people think it unjust, or have conventions according to which it is unjust ... but just because

Segundo Dworkin, princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios, põem à disposição os meios argumentativos para se reconstruir a massa do direito vigente durante o tempo que for preciso para que ele valha como normativamente justificado. Dworkin exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na *procura* de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica *concreta* em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes. Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O "juiz Hércules" dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir "erros". Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, "do modo como é exigido pela equidade".

Porém, somente um sistema jurídico justo, resultado de um continuado processo de aprendizagem, poderia ser justificado completamente por este caminho: "*Por isso, Hércules precisa alargar sua teoria, ... para que uma justificação da história*

slavery is unjust. If there are such moral facts, then a proposition of law might rationally be supposed to be true even if lawyers continue to disagree about the proposition after all hard facts are known or stipulated" (DWORKIN, R. (1985), 138).

*institucional possa provar que uma determinada parte desta história repousa sobre erros*²⁶. De outro lado, Hércules não pode equiparar o papel do teórico, que reconstrói o direito vigente, com o do legislador que o *constroi*. No entanto, nem todos os elementos de uma ordem jurídica têm o mesmo grau de obrigatoriedade; eles são acessíveis em diferentes medidas a uma avaliação sondante e corretora. Partindo da moldura constitucional e passando pelas normas particulares do direito constitucional, simples leis e direitos consuetudinários, até decisões de princípios, comentários e outras fontes do direito, cresce a continência dos contextos de surgimento e, com isso, o espaço para uma avaliação retrospectiva modificada. Dworkin discute, de maneira convincente, os pontos de vista sob os quais, por exemplo, precedentes têm pesos diferentes para decisões atuais, de tal modo que Hércules "pode deixar fora de consideração uma determinada parte da história institucional"²⁷. Uma tal teoria reconstitutiva do direito deve ser suficientemente seletiva, a fim de permitir precisamente uma decisão correta, a qual define quais as pretensões que um partido pode fazer valer no quadro da ordem jurídica existente, o que equivale a dizer quais os direitos que lhe competem objetivamente. A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça. Ela dissolve a "tensão entre originalidade judicial e história institucional ... Juizes têm que emitir novos juízos sobre os partidos que se apresentam a eles, porém esses direitos políticos não se opõem às decisões políticas do passado, uma vez que as refletem"²⁸.

2

Sobre o postulado de uma tal teoria do direito – que pretende harmonizar a positividade da ordem jurídica com a legitimidade de pretensões reclamáveis judicialmente e, deste modo, elaborar a

26 DWORKIN, (1984), 206.

27 DWORKIN, (1984), 203.

28 *Ibid.*, 153.

tensão entre facticidade e validade que brota na própria validade do direito – se estende a longa sombra de idealizações fortes. A teoria exige como autor um Hércules; essa atribuição irônica não dissimula as exigências ideais às quais a teoria tem que satisfazer. A proposta de Dworkin desencadeou uma ampla controvérsia. Esta gira em torno da seguinte questão: será que podemos entender as exigências ideais como expressão de uma idéia reguladora que os juízes têm que tomar como orientação, caso queiram fazer jus ao *telos* inscrito em toda a jurisprudência moderna – ou será que o ideal que eles tomam como medida do processo de decisão judicial é falso?

(a) O assim chamado Critical Legal Studies Movement (CLS) retoma questionamentos do Legal Realism, porém, seguindo Dworkin, não considera que as pesquisas críticas do direito devam ser reservadas aos observadores das ciências sociais, uma vez que ele mesmo as realiza na perspectiva participante do juiz²⁹. Os realistas tinham abalado as bases de três dogmas da teoria do direito, a saber: a suposição de que existem direitos; a suposição de que casos atuais podem ser decididos consistentemente em conformidade com o direito vigente; e, com isso, a suposição central de que os juízos dos tribunais são geralmente racionais, ou seja, determinados suficientemente através de vantagens legais, precedentes, doutrinas dominantes, etc. A teoria de Dworkin torna possível interpretar essas três suposições de um modo construtivo menos vulnerável. Os direitos indisponíveis manifestam um sentido deontológico, porque eles formam um peso maior do que os bens coletivos e determinações de objetivos políticos. E, para prepará-los, é preciso entrar em argumentações dirigidas pela

29 UNGER, R. M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Mass., 1986; TRUBEK, D. M. e ESSER, J. P. "Critical Empiricism and American Critical Legal Studies", in: LOERGES, Chr e TRUBEK, D. M. (Eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden, 1989; MINDA, G. "The Jurisprudential Movements of the 1980s", in: *Ohio State Law Journal*, 50, 1989, 599-662; BOYLE, J. "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", in: *Pennsylvania Law Review*, 133, 1985, 685-780.

teoria do direito. E pode dar-se o caso de que alguns elementos de direito vigente, especialmente decisões judiciais do passado, venham a ser desmascarados como erros. Somente um direito positivo justificado por princípios permite decisões corretas". Na visão do CLS, esse recurso a um pano de fundo teórico expõe hoje o racionalismo renovado às objeções realistas.

Uma vez que os juizes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juizes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de "racionalizar" decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito³⁰. Dworkin poderia responder a isso, explicando uma premissa deixada mais ou menos no escuro. Na medida em que os críticos podem realmente provar, apoiando-se em estudos de caso convincentes, que as decisões judiciais podem ser explicadas melhor a partir de fatores extraleais do que a partir da situação jurídica, os fatos falam contra a prática existente. Entretanto, a indeterminação interna do direito não resulta da estrutura do próprio direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juizes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica, a qual é avessa, em maior ou menor medida, a uma reconstrução racional. A interpretação reconstitutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de "razão existente". Por ser americano, Dworkin pode apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está inclinado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano. No entanto, mesmo quem não compartilha essa confiança ou se encontra noutros contextos políticos

30 ALTMAN, A. "Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin", in: *Philosophy and Public Affairs*, 15, 1986, 202-235.

ou jurídicos, não precisa renegar a idéia reguladora incorporada no Hércules, uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.

Com o conceito da "integridade" Dworkin tenta explicar que todas as ordens jurídicas modernas apontam para a idéia do Estado de direito, proporcionando um ponto firme para a hermenêutica crítica na história institucional, mesmo que os vestígios deixados pela razão prática sejam muito esmaecidos. O princípio da "integridade" caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade: "It insists that people are members of a genuine political community only when they accept that their fates are linked in the following strong way: they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise"³¹. Quando uma comunidade política se constitui enquanto tal, o ato constituinte da fundação significa que os cidadãos reconhecem mutuamente um sistema de direitos, o qual lhes garante autonomia privada e pública. Ao mesmo tempo, eles se atribuem reciprocamente a participação comum num processo político, que Dworkin descreve da seguinte maneira: "it is a theater of debate about which principles the community should accept as a system". Nas exigências ideais feitas a uma jurisdição, reflete-se uma idéia reguladora, que o juiz encontra na constituição do país (ou em seus equivalentes): "An association of principle is not automatically a just community; its conception of equal concern may be defective or it may violate rights of its citizens or citizens of other nations ... But the model of principle satisfies the conditions of a true community better than any other model of community that is possible for people who disagree about justice and fairness to adopt"³².

31 DWORKIN (1986), 211.

32 *Ibid.*, 213s.

Com essa resposta a uma primeira rodada da crítica, as idealizações embutidas na teoria de Hércules são deduzidas de uma ideia reguladora que não é talhada diretamente conforme o problema da racionalidade, a ser solucionado pela jurisdição, uma vez que deriva de uma autocompreensão normativa dos ordens do Estado de direito, inscritas na realidade constitucional. A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação *precedente* dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais. Entretanto, esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização. A prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo consequências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível.

(b) Na próxima rodada, os críticos tentam provar que Dworkin atribui ao seu Hércules um programa *irrealizável*. Duncan Kennedy, por exemplo, pretende mostrar, num conhecido estudo, que o desenvolvimento americano do direito privado e da judicatura do direito privado gira em torno de dois princípios irreconciliáveis. De um lado, o princípio da autonomia contratual individual e, com isso, a visão social liberal de uma concorrência ordenada de pessoas privadas que agem teleologicamente; de outro lado, o princípio da proteção da confiança numa relação contratual reciprocamente obrigatória e, com isso, a visão contrária de uma associação que se apóia na solidariedade e na consideração recíproca³³. Proponentistas do CLS generalizam o resultado desta e de outras pesquisas semelhantes, transformando-o na tese segundo a qual o direito vigente é permeado por princípios e fins *opostos*; desta maneira, qualquer tentativa de reconstrução racional está fadada ao fracasso: “*Em última instância, a tese da indeterminação radical significa que o direito, enquanto sistema de regras, possui*

uma estrutura na qual não pode haver uma prática de decisão, nem mesmo idealizada, que garanta o tratamento igual, ou seja: justiça”³⁴.

Dworkin responde a essa objeção de modo sumário, observando que os críticos esquecem a diferença decisiva que existe entre princípios que colidem no caso singular e se contradizem mutuamente; caso contrário, eles teriam notado que o esforço teórico de Hércules só tem início no ponto onde os críticos encerram suas pesquisas históricas, precipitadamente generalizadas, com conclusões céticas sobre as regras³⁵. Klaus Günther torna mais precisa essa observação, apoiando-se na distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, pressuposta na lógica da argumentação.

Quando se parte do princípio de que, nos casos típicos para a jurisdição atual, não entram em jogo apenas regras específicas de aplicação, mas também princípios, é fácil mostrar por que existe uma grande possibilidade de colisões – não havendo, mesmo assim, uma incoerência profunda no sistema jurídico. Todas as normas vigentes são *naturalmente* indeterminadas, inclusive aquelas cujo componente “se” explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas (e podem encontrar aplicação sem dificuldades hermenêuticas). Constituem naturalmente exceções as normas que Dworkin caracteriza como “regras” e que, em casos de colisão, exigem uma decisão em termos de tudo ou nada. A coerência de um sistema de direitos é realmente ameaçada, quando regras conflitantes *desse* tipo prevêm para o mesmo caso de aplicação prescrições contraditórias e que pretendem ter a mesma validade. Todas as demais normas continuam indeterminadas com relação à sua situação, necessitando de interligações *suplementares* no caso concreto – e isso vale não somente para os direitos fundamentais e princípios do Estado

33 KENNEDY, D. “Form and Substance in Private Law Adjudication”, in: *Harvard Law Review*, 89, 1976, 168ss.

34 FRANKENBERG, G. “Der Ernst im Recht”, in: *Kritische Justiz*, 20, 1987, 304. Neste texto há mais referências bibliográficas.

35 DWORKIN, (1986), 271-275.

de direito, à luz dos quais o sistema jurídico pode ser justificado em sua totalidade. Eles só são aplicáveis *prima facie*, de tal modo que num discurso de aplicação, e especialmente aqui, é preciso examinar se eles podem encontrar aplicação numa situação concreta, ainda não prevista no processo de fundamentação – ou se eles, sem prejuízo de sua validade, têm que retroceder e se ocultar atrás de uma outra norma “mais apropriada”. Somente quando se conclui que uma norma válida é a única norma apropriada a um caso a ser decidido, ela fundamenta um juízo singular, que pode pretender ser correto. Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a *aplicação* imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular.

A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras³⁶. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso

36 GÜNTHER, K. “Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation”, in: *Rechtstheorie*, 20, 1989, 168: “O simples uso coloquial desse predicado revela que, ao reconhecermos como ‘válida’ uma norma, não levamos em conta todas as situações concretas onde ela pode ser aplicada. Nós também consideramos válidas normas que sabidamente podem colidir, em certas situações, com interesses generalizáveis. Sabemos, por exemplo, que a norma segundo a qual ‘a promessa deve ser mantida’ colidirá, em determinadas situações, com esta outra norma: ‘ajuda ao teu próximo quando este se encontrar em necessidade’ (e poderíamos prever isso num discurso sobre a validade da norma em questão) ... No entanto, apesar da possibilidade previsível de sua colisão, nós não consideramos inválido nenhum dos dois mandamentos e, se um discurso sobre a validade de uma dessas duas normas chegasse a um resultado contrário, isso nos pareceria muito curioso”. Cf. tb. HABERMAS, J. *Erläuterungen zur Diskursethik*, 137ss.

examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes: “*E aqui é superfluo perguntar se os participantes do discurso dispõem primeiramente de uma descrição completa da situação e só então do conjunto de normas aplicáveis prima facie, ou se a descrição da situação só se mostra à luz de uma pré-compreensão de normas possivelmente aplicáveis ... Os participantes só saberão com que normas uma norma aplicável prima facie pode colidir, quando tiverem referido todas as características relevantes de uma descrição da situação a normas aplicáveis*”³⁷. O processo hermenêutico da aplicação de normas pode ser entendido como cruzamento entre descrição da situação e concretização da norma geral; em última instância, a equivalência de significado decide entre a descrição do estado de coisas que é um elemento da interpretação da situação, e a descrição do estado de coisas que fixa os componentes descritivos, portanto as condições de aplicação da norma. K. Günther traduz esse conjunto complexo para a fórmula simples segundo a qual a justificação de um juízo singular tem que apoiar-se na quantidade dos respectivos argumentos normativos, relevantes no âmbito de uma interpretação completa da situação³⁸.

Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação. Da indeterminação de normas válidas, explicável pela lógica da argumentação, resulta, ao invés disso, o bom sentido metodológico de uma disputa de normas, as quais se candida-tam *prima facie* para a aplicação: “*A colisão de normas não pode ser*

37 GÜNTHER, K. (1989), 175.

38 GÜNTHER, K. “Universalistische Normbegründung und Normanwendung”, in: HERBERGER, M. et al. (Eds.). *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Cad. Supl. de ARSP, Num. 45, 1991.

reconstruída como um conflito de pretensões de validade, porque as normas colidentes ou as variantes de significação concorrentes só entram numa determinada relação mútua no âmbito de uma situação concreta. Um discurso de fundamentação tem que abs-trair do problema da colisão, que depende da situação ... Para saber que outras normas ou variantes de significação são aplicá-veis, é preciso entrar na respectiva situação”³⁹.

(c) A proposta elegante de Günther simplesmente desloca o sentido da coerência do sistema de direitos, justificada de um ponto de vista ideal. A postulada teoria do direito continua tendo como tarefa reconstruir racionalmente o direito vigente de tal modo que este permita uma decisão correta em cada nova situação de aplicação. Agora, porém, a teoria contém apenas tarefas para uma quantidade flexível de princípios e determinações de fins, a qual é inserida no respectivo discurso de aplicação segundo uma ordem transitiva e referida a um caso. As relações das normas válidas *modificam-se*, dependendo da constelação de características relevantes de um caso a ser decidido. Manifesta-se desta maneira a indeterminação de toda norma válida, porém, aplicável apenas *prima facie*, fruto da divisão de trabalho entre fundamentação e aplicação e da quantidade móvel e livre de princípios, os quais só podem entrar numa estrutura determi-nada de relações recíprocas, após a determinação inequívoca da relação com a situação da respectiva norma adequada: “Se toda norma válida depende de uma complementação coerente através de todas as outras, numa situação de normas aplicáveis, então o seu significado se modifica em cada situação. E passamos a depender da história, uma vez que é ela que produz as situações imprevisíveis que nos obrigam a uma interpretação respectivamente diferente da quantidade de todas as normas válidas”⁴⁰.

Aparentemente a teoria coerencial do direito só pode evitar a indeterminação que resultaria da estrutura contraditória do direito vigente, tornando-se ela mesma indeterminável. Será que tal teoria

39 GÜNTHER, K. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a/M., 1988, 300.

40 GÜNTHER, (1989), 182.

pode dirigir uma prática de decisão destinada a garantir a segurança do direito? Já se objetou, contra a versão dworkiniana da teoria coerencial, que uma reconstrução racional de decisões passadas exige uma revisão, caso a caso, das decisões passadas, o que acarretaria uma interpretação retroativa do direito vigente. Esse “ripple effect argument”⁴¹ atinge especialmente a versão güntheriana da teoria coerencial de Dworkin, especialmente o “movimen-to ondulatório” para o qual o sistema de regras é transferido, caso a caso, por toda interpretação ulterior coerente. Parece que os aspectos surpreendentes de todo caso novo atraem a própria teoria para o turbilhão da história. A dúvida logo se manifesta: o legisla-dor político tem que reagir de modo adaptador aos processos históricos, mesmo que o direito esteja aí para erigir barreiras de expectativas de comportamento estáveis contra a pressão da varia-ção histórica.

Uma primeira resposta a esta objeção poderia ser dada através de uma problematização do conceito de segurança jurídica. Um sistema de direitos que não é formado apenas e *a fortiori* de “regras” que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtido em programas condicionais. O con-ceito clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas, por exemplo, por Lon Fuller⁴², exige uma estru-tura de regras que ultrapassa um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determina-ões de fins. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a seguran-

41 KRESS, K. J. “Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkins Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions”, in: *University of California Law Review*, 72, (1984), 369-402.

42 SUMMERS, R. S., *Lon Fuller*, Standford, 1984, 27ss e 36ss.

ga jurídica num outro nível. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios.

A seguinte proposta contém uma resposta mais completa ao problema da retroatividade⁴³. Se a decisão de um caso à luz de uma norma superior significa que um sistema de normas válidas é esgotado da melhor maneira possível, tendo-se em conta todas as circunstâncias relevantes; e, se esse sistema se encontra em constante movimento, porque as relações preferenciais podem modificar-se com cada nova situação que surge: então, a orientação por um ideal tão pretensioso irá sobrecarregar, via de regra, uma jurisdição profissionalizada. Por isso, a complexidade dessa tarefa é, de fato, reduzida através da *compreensão jurídica paradigmática* que prevalece num determinado contexto. No lugar dos ideais, entram os paradigmas, "nos quais normas, que temos como válidas aqui e agora, foram trazidas para uma ordem transitiva. Dado que uma tal ordem pode ser construída sem relação com possíveis situações de aplicação, esses paradigmas contêm descrições generalizadas de situações de um determinado tipo. Nós normalmente lançamos mão de tais ordens mais ou menos sistematizadas, quando solucionamos casos de colisão típicos e previsíveis. Elas formam um pano de fundo contextual no qual nossas avaliações

43 Neste contexto prescindo de propostas institucionais, as quais, por exemplo, estendem a proibição de retroatividade no direito penal para modificações que prejudicam a jurisprudência. Cf. NEUMANN, U. "Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?", In: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 103 (1991), 331-356.

da situação e os correspondentes juízos morais prima facie estão embutidos. Juntamente com outro saber-de-orientação-cultural, esses paradigmas fazem parte da forma de vida na qual nós nos encontramos"⁴⁴. Exemplos históricos de tais ideologias do direito são os modelos sociais do direito formal burguês e do direito materializado pelo Estado socialista, que se cristalizam, no primeiro caso, em torno dos direitos subjetivos do participante privado do mercado e, no segundo caso, em torno das pretensões a realizações sociais de clientes de funcionários de um Estado de beneficência social. Tais paradigmas aliviam Hércules da supercomplexa tarefa de colocar "a olho" uma quantidade denominada de princípios aplicáveis somente *prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível. A partir daí, as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito *compartilham* com todos os demais parceiros do direito.

Ora, é interessante constatar que o elemento capaz de aumentar a segurança do direito e de atenuar as exigências ideais que cercam a teoria do direito é o mais propenso à formação de ideologias. Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas. Ainda teremos ocasião de apresentar exemplos. Paradigmas "fechados", que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio,

44 GÜNTHER, (1989), 182; cf. tb.: HABERMAS, J. "Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wietehöller", in: *Kritische Justiz*, 22, (1989), 138-156.

indeterminadas no interior de um paradigma jurídico *fixo*; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma *compreensão procedimentalista do direito* delimite um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram *uns aos outros* e se *comproven* na pluralidade de interpretações da situação. Retomarei esse tema no último capítulo.

III. Sobre a teoria do discurso jurídico.

1

As objeções até aqui levantadas contra o sentido e a viabilidade de uma teoria do direito ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação judicial dos direitos e deveres, da história institucional, da estrutura política e de uma comunidade constituída segundo o direito do Estado constitucional, partiram da premissa de que essa teoria possui um único autor – o respectivo juiz, que escolheu Hércules como seu modelo. Ora, as próprias respostas que Dworkin deu, ou poderia dar, a seus críticos levantam as primeiras dúvidas com relação à possibilidade de se manter esse princípio *monológico*. Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma idéia do Estado de direito que a jurisdição e o legislador político *apenas tomam de empréstimo* ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legítima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras: “*We want our officials to treat us as tied together in an association of principle, and we want this for reasons that do not depend on any identity of conviction among these officials ... Our reasons endure when judges disagree, at least in detail, because each judge still confirms and reinforces the principled character of our association by striving, in spite of the disagreement, to reach his own*”

opinion”⁴⁵. Tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir *interinamente* a integridade da comunidade jurídica. E, uma vez que cada juiz está convencido de que a sua teoria lhe permite chegar à *única* decisão *correta*, a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se orientam por princípios: “*The judge represents integrity – self-government – to the community, not of it ...*”⁴⁶.

Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente. Dworkin, imitando Parsons, entende o direito como meio da integração social, mais precisamente, como um *medium* que permite manter a autocompreensão de uma comunidade solidária, numa forma por demais abstrata. Nas sociedades complexas, essas relações de reconhecimento mútuo, que se produzem em formas de vida concreta através do agir comunicativo, só se deixam generalizar abstratamente através do direito: “*I argued that a community of principles, which take integrity to be central to politics ... assimilates political obligations to the general class of associative obligations ... A general commitment to integrity expresses a concern by each for all ...*”⁴⁷. Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas⁴⁸. Isso sugere que se ancoram as exigên-

45 DWORKIN, (1986), 264 (sublinhado por mim).

46 MICHELMAN, F. “The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Self-Government”, in: *Harvard Law Review*, 100, (1986), 72s.

47 DWORKIN, (1986), 216.

cias ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma "sociedade aberta dos intérpretes da constituição"⁴⁹, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.

O princípio monológico torna-se especialmente insustentável, quando se tem como necessários paradigmas jurídicos redutores de complexidade, como é o caso de Günther. Pois a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica. Isso vale também, *mutatis mutandis*, para uma compreensão procedimentalista do direito, que conta antecipadamente com uma concorrência discursivamente regulada entre diferentes paradigmas. Por esta razão, é necessário um esforço cooperativo para enfraquecer a suspeita de ideologia que se levanta em relação ao pano de fundo de tal compreensão. O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Nesse sentido, F. Michelman critica a concepção monológica de Dworkin acerca do processo de decisão judicial: "*What is lacking is dialogue. Hercules ... is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No one man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality*"⁵⁰.

48 DWORKIN, (1984), 440; cf. ib. GÜNTHER, (1988), 351ss.

49 Cf. o artigo homônimo in: HÄBERLE. *Die Verfassung des Pluralismus*. Frankfurt a/M., 1980, 79-105.

50 MICHELMAN, (1986), 76; cf. GÜNTHER, K. "Hero-Politics in Modern Legal Times", in: *Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4*, Madison, Wi. 1990.

Essa observação indica a saída mais próxima do dilema que consiste em ter que fazer jus, de um lado, à falibilidade de construções teóricas pretensiosas, sem deixar de prestar atenção, de outro lado, ao caráter profissional do processo de decisão judicial. Hércules poderia imaginar-se como parte de uma comunidade de interpretação de especialistas em direito e, neste caso, teria que orientar suas interpretações pelos *standards* da prática de interpretação reconhecidos na profissão: "*He is disciplined by a set of rules that specify the relevance and weight to be assigned to the material (e. g. words, history, intention, consequence), as well as by those that define basic concepts and that establish the procedural circumstances under which the interpretation must occur*"⁵¹. Com esta proposta, Owen Fiss tem em mente especialmente os princípios do processo e as máximas de interpretação constitutivos para o papel e a prática de uma jurisdição imparcial, e que devem garantir a independência da justiça, a limitação do arbítrio subjetivo, o respeito pela integridade das partes litigantes, a fundamentação por escrito e a elaboração do juízo, sua neutralidade, etc. Os *standards comprovados na profissão* devem garantir a objetividade e a controlabilidade intersubjetiva do juízo.

É verdade que o *status* dessas regras não deixa de ser problemático. De um lado, elas servem para a justificação procedimental da prática de decisão judicial, fundamentando a validade dos juízos jurídicos; de outro lado, a validade dos princípios do processo e das máximas de interpretação é legitimada através da referência a práticas e tradições comprovadas de uma cultura de especialistas, tributária da racionalidade e dos princípios de um Estado de direito: "*Legal interpretations are constrained by rules that derive their authority from an interpretative community that is itself held together by the commitment to the rule of law*"⁵². Na perspectiva do observador, tais *standards* têm apenas o *status* de um sistema de regras de uma ética profissional que se legitima a si mesma. Já no interior da mesma cultura do direito há várias subculturas em

51 FISS, O. "Objectivity and Interpretation", in: *Stanford Law Review*, 34, 1982, 739-763.

52 FISS, (1982), 762.

conflito, pela escolha dos *standards* corretos. Na perspectiva interna, a autolegitimação fática de uma corporação que, de forma alguma, é homogênea não é suficiente para que sejam aceitos como válidos os princípios procedimentais que fundamentam a validade. Princípios do processo que garantem a validade dos resultados de uma prática de decisão, conforme ao procedimento, necessitam de uma fundamentação interna. Tampouco basta o recurso às regulamentações positivadas ao modo do direito processual; pois a racionalidade que, sem dúvida alguma, habita nas prescrições conformes ao direito do procedimento, é parte integrante do direito vigente carente de interpretação, ou seja, cuja interpretação objetiva está em questão. Para sair desse círculo, só mesmo uma reconstrução da prática de interpretação pelo caminho de uma teoria do direito, e não de uma dogmática do direito. A crítica à teoria do direito solipsista de Dworkin tem que situar-se no mesmo nível e fundamentar os princípios do processo na figura de uma *teoria da argumentação jurídica*, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules.

2

Uma teoria da argumentação que se entrega a essa tarefa não pode limitar-se a um acesso lógico-semântico ao discurso jurídico⁵³. Por este caminho, é possível esclarecer as regras da inferência lógica, as regras semânticas e as da argumentação. E, na medida em que as últimas coincidem com as regras para passagens argumentativas não-triviais, analisadas por Toulmin, elas sugerem uma concepção pragmática⁵⁴. Argumentos são razões que resgatam, sob condições do discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constataativos ou regulativos, movendo

53 ARNAUD, A. J., HILPINEN, R. e WRÓBLEWSKI, J. (Eds.). "Juristische Logik und Irrationalität im Recht", *Rechtstheorie*, Cad. Supl. 8, 1985.

54 TOULMIN, St., (1958); *id.*, RIEKE, R. e JANIK, A. *An Introduction to Reasoning*. Nova Iorque, 1976.

racionalmente os participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativas ou descritivas. Uma teoria da argumentação que esclarece o papel e a construção de argumentos considera o jogo de argumentação sob o aspecto do produto e oferece, no pior dos casos, um ponto de partida para uma fundamentação dos passos da argumentação, que ultrapassem uma justificação interna de juízos do direito. Dworkin exigiu uma teoria abrangente para a justificação externa das premissas da decisão, a qual, como vimos, sobrecarrega os esforços solipsistas de cada juiz em particular. Por isso, se coloca agora a questão: será que as exigências ideais que cercam a teoria postulada não podem ser traduzidas em exigências ideais de um processo cooperativo da formação da teoria, isto é, de um discurso jurídico que satisfaz, tanto ao ideal regulativo da única decisão correta, quanto ao da falibilidade da prática concreta de decisão? Mesmo que esse problema não tenha sido solucionado, ele é levado a sério por uma teoria discursiva do direito, a qual analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ela apoia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação.

A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. "Correção" significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se *desenrola* argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são "cogentes" no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explicita o

conteúdo de premissas), ou de uma evidência imediata (a qual não se encontra em juízos de percepção singulares e, mesmo que fosse, não deixaria de ser questionável). Por isso, não há um fim "natural" no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir *a priori* a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. A expressão "acordo racionalmente motivado" pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de "mover", num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas. Para apagar esse derradeiro momento de facticidade, seria preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático. Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apoiam mutuamente – como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal – daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como "final opinion"⁵⁵.

Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da "única decisão correta" não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta. A idéia de um processo interminável de argumentação, que se dirige em direção a uma linha-limite, implica, de outro lado, a especificação de

55 APEL, K.O. *Der Denkweg von Ch. S. Peirce*. Frankfurt/M., 1975, 118ss.; *id.* "Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit", in: *Archiv di Filosofia*, 55, 1987, 51-88.

condições sob as quais ele pode visar uma meta, ao menos *in the long run*, e tornar possível o progresso cumulativo de um processo de aprendizagem. Tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força de motivação racional inerente a eles. O conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é um "bom argumento", é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa. O conceito amplo de uma racionalidade procedimental, abrangendo a dimensão pragmática de uma disputa regulada entre argumentos, permite *complementar* as características semânticas dos argumentos através das propriedades indiretamente constitutivas da validade de um arranjo, no qual se atualiza o potencial da motivação racional que os bons argumentos carregam consigo. A fresta de racionalidade que surge entre a força meramente plausibilizadora de um único argumento substancial ou de uma seqüência incompleta de argumentos, de um lado, e a incondicionalidade da pretensão à "única decisão correta", de outro lado, é fechada *idealiter* (idealmente) através do procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade⁵⁶.

Quando desejamos convencer-nos mutuamente da validade de algo, nós nos confiamos intuitivamente a uma prática, na qual supomos uma aproximação suficiente das condições ideais de uma situação de fala especialmente imunizada contra a repressão e a desigualdade – uma situação de fala na qual proponentes e oponentes, aliviados da pressão da experiência e da ação, tematizam uma pretensão de validade que se tornou problemática e verificam, num enfoque hipotético e apoiados apenas em argumentos, se a pretensão defendida pelo proponente tem razão de ser. A intuição

56 Cf. meu excuro sobre a teoria da argumentação, in: HABERMAS, J. *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, vol. I, 44-71.

básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações. É fácil descobrir por que o princípio do discurso promove esse tipo de prática para a fundamentação de normas e decisões valorativas. Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa plural, a qual assume em si, de modo não-coagido e não-reduzido, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação. Como forma reflexiva do agir comunicativo, ela se caracteriza, por assim dizer, através de uma reversibilidade completa de todas as perspectivas dos participantes, *liberando* a intersubjetividade mais alta da coletividade deliberativa. Através disso, o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma *estrutura* comunicativa purificada de todos os elementos substanciais.

Questões de aplicação de normas afetam a autocompreensão e a compreensão do mundo dos participantes, porém não do mesmo modo que os discursos de fundamentação. Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações se retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas. No seu lugar entram interpretações da situação, que dependem da autocompreensão e da compreensão diferencial do mundo do autor do delito e dos atingidos. Dessas diferentes interpretações da situação precisa emergir uma descrição do estado de coisas, já impregnado normativamente, que não passa simplesmente por alto as diferenças de percepção existentes. Aqui também se trata de um cruzamento de perspectivas de interpretação não-mediatisadas. Em discursos de aplicação, as perspectivas particulares dos participantes têm que manter, simultaneamente, o contato com a estrutura geral de perspectivas que, durante os discursos de

fundamentação, esteve atrás das normas supostas como válidas. Por isso, as interpretações de casos singulares, que são feitas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma comunicativa de um discurso constituído de tal maneira, do ponto de vista social-ontológico, que as perspectivas dos participantes e as perspectivas dos parceiros do direito, representadas através de um juiz imparcial, podem ser convertidas umas nas outras. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, utilizado para interpretações construtivas, é alheio a caracterizações semânticas, apontando para pressupostos pragmáticos da argumentação.

3

Na literatura correspondente desenham-se dois caminhos complementares. O primeiro parte de questões concretas da fundamentação jurídica de decisões e se eleva até uma teoria dos discursos jurídicos; não posso aprofundar esse ponto⁵⁷. O outro

57 No início Aulis Aarnio entende a legitimidade, uma das duas dimensões da validade do direito, como aceitabilidade racional (*The Rational as Reasonable*. Dordrecht, 1987); ele discute os diferentes tipos de normas do direito e estabelece uma hierarquia nestas categorias do direito vigente (61ss. e 78ss.); elas são "sources for information". Em seguida, ele trata das regras do discurso, que devem ser seguidas pela interpretação; elas constituem as "sources of rationality". Do mesmo modo que Dworkin, ele coloca o peso principal sobre a justificação externa das premissas da decisão, para as quais se exigem razões substanciais: princípios e colocações de objetivos (rightness reasons vs. goal reasons). Para a fundamentação desses princípios, no entanto, Aarnio não exige, como Parsons, a construção de uma teoria abrangente, apenas a coerência entre as condições de um discurso racional: "Justification procedure is essentially a dialogue. It is a succession of questions and answers on the basis of which different pro and contra arguments will be presented. The addressee can rationally accept the interpretation only if the justification results in a coherent cluster of statements and if this cluster fulfills (certain) criteria (especialmente critérios da ligação ao direito vigente). This is so, because the standards of legal reasoning

caminho conduz de cima para baixo. Robert Alexy inicia com uma análise das condições do processo dos discursos racionais em geral. As "regras da razão" trazem à tona as idealizações a serem feitas na dimensão temporal, social e material – tempo infinito, participação ilimitada e ausência completa de coerção. No discurso racional, nós supomos condições comunicativas as quais: previnem uma quebra não motivada da argumentação; garantem a liberdade da escolha de temas e a inclusão das melhores informações e argumentos, através do acesso universal à argumentação e da participação simétrica nela, com igualdade de chances; neutralizam qualquer coerção que possa influir sobre o processo de entendimento a partir de fora ou que decorra desse mesmo entendimento. A única "coerção" permitida é a obrigação da busca cooperativa da verdade⁵⁸. Para discursos prático-morais, Alexy introduz, como regra de fundamentação, uma versão do princípio kantiano de universalização. É possível mostrar que esse princípio de universalização está fundado nos pressupostos idealizadores da argumentação em geral⁵⁹. Quem deseja participar seriamente de

alone do not guarantee the coherence of the justificatory material. All reasons must also be used in a rational way" (AARNIO, (1987), 187). Para que os bons argumentos possam desenvolver toda a sua força racionalmente motivadora, torna-se necessário um fórum no qual todas as vozes relevantes encontrem eco. Aarnio descreve esse fórum, servindo-se do conceito "auditório ideal", de Perelman. Para o discurso jurídico, é suficiente um auditório ideal particular, reduzido aos limites da comunidade de direito. Esse é composto pelas pessoas racionais, as quais se deixam determinar, em suas tomadas de posição sim/hão, pela coerção não coercitiva do melhor argumento – isso no contexto de uma participação numa forma de vida.

58 ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a/M., 1978; cf. tb. HABERMAS, J. "Wahrheitstheorien", in: *id. Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt a/M., 1984, 127-183.

59 HABERMAS, J. "Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm", in: *id.* (1983), 53-126.

uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constringem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar todas as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros virtuais participantes. Com isso, a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração.

Se aceitamos a compreensão deontológica do direito, de Dworkin, e seguimos as considerações da teoria da argumentação de autores como Aarnio, Alexy e Günther, temos que admitir duas teses. Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo. Ora, seria natural encaminhar a teoria discursiva do direito conforme o modelo da ética do discurso, melhor elaborada. Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência segundo a qual regras do direito não podem contradizer normas morais, permitem que se conclua, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais. Contra essa "tese do caso excepcional", de Alexy (defendida inicialmente de modo não-específico com relação a discursos de fundamentação e de aplicação⁶⁰), levantou-se uma série de objeções.

(a) Parece que as limitações específicas, que atingem o agir forense das partes ante o tribunal, não permitem que o evento do processo seja medido pelo discurso racional. As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também

60 Em seu postácio, Alexy faz uma distinção entre o aspecto da racionalidade do direito vigente e o da aplicação correta das normas tidas como fundamentadas, porém, acrescenta o seguinte: "Na pretensão à correção, levantada pelas decisões judiciais, estão contidos os dois aspectos". ALEXY, (1990), 433.

podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo "introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso".⁶¹ Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.⁶²

(b) Mais problemática é a indeterminação do processo do discurso; as condições procedimentais para argumentações em geral não são suficientemente seletivas para obter uma única decisão correta.⁶³ Não levo em conta aqui essa objeção, na medida em que se refere à teoria do discurso em geral.⁶⁴ Limite-me a uma crítica à indeterminação de discursos jurídicos. Alexy caracteriza-os como parte dos discursos prático-morais ligados ao direito vigente. E, em conformidade com isso, ele complementa as regras gerais do discurso através de regras e argumentos especiais, que assumem os pontos essenciais do cânon da prática de interpretação jurídica exercitada. Para refutar a tese da indeterminação, Alexy teria que mostrar que esses princípios processuais e máximas de interpretação - extraídas da prática e sistematizadas na doutrina dos métodos - apenas especificam as condições gerais do processo de discursos

prático-morais em relação à ligação com o direito vigente. Para satisfazer a essa exigência não basta fazer uma breve referência às semelhanças estruturais entre as regras e formas de argumentos aduzidos para os dois tipos de discurso.⁶⁵

(c) Alexy sabe que decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser "corretas" no mesmo sentido que juízos morais válidos: "A racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação".⁶⁶ E, enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendida por Alexy, tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal. Pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos: "Pois o que distingue uma argumentação racional de uma lei irracional não é um menos e sim algo qualitativamente diferente da racionalidade material de uma decisão encontrada seguindo as regras do discurso prático racional".⁶⁷ Para fugir a essa objeção, precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.

(d) K. Günther assume esse conceito normativo de coerência. Como foi mostrado, ele considera, no discurso prático-moral, os aspectos da fundamentação e da aplicação para, a seguir, interpretar a argumentação jurídica como um caso especial do discurso de aplicação moral. Através disso, o discurso jurídico é aliviado do peso das questões de fundamentação. O "julgamento adequado" extrai sua correção da validade *pressuposta* das normas estabelecidas pelo legislador político. Todavia, os juizes não podem eximir-se de uma avaliação reconstrutiva das normas tidas como válidas, porque eles só podem solucionar colisões de normas se

61 NEUMANN, (1986), 85.

62 ALEXY, "Antwort auf einige Kritiker", in: ALEXY (1990).

63 KAUFMANN, A. *Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt a/M., 1984, 35ss.; *id.*, "Recht und Rationalität", in: *Festschrift W. Maihofer*. Frankfurt a/M., 1986; *id.* *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*. Heidelberg, 1990, 28ss. e 35ss.; *cf. ib.* as contribuições de O. Winberger e R. Alexy in: MAIHOFFER, W. e SPRENGER, G. (Eds.). *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit. Conferências do XV Congresso Mundial da JVR em Göttingen*, vol. 1, Stuttgart, 1993.

64 Cf. ALEXY. "Probleme und Diskurstheorie", in: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 43, 1989, 81-93; HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskurstheorie*, 1991, 159-166.

65 ALEXY (1990), 352s.

66 ALEXY (1990), 351.

67 NEUMANN (1986), 90.

assumirem "que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta correta para situação de aplicação"⁶⁸. Essa concepção contrafactual mantém o seu valor heurístico enquanto puder encontrar no mundo do direito vigente um fragmento de razão que lhe venha ao encontro. Se a razão - que sob este pressuposto já teria que estar agindo fragmentariamente na legislação política de Estados democráticos de direito - fosse *idêntica* à razão kantiana, que legisla moralmente, nós não poderíamos confiar na possibilidade de reconstrução da ordem jurídica vigente, permeada de contingências. Porém a legislação política não se apoia somente, e nem em primeira linha, em argumentos *morais*, mas também em argumentos de outras proveniências.

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política. Como já foi mostrado, esse processo é mais complexo que o da argumentação moral, porque a legitimidade das leis não se mede apenas pela correção dos juízos morais, mas também pela disponibilidade, relevância, pertinência e escolha de informações, pela fecundidade da elaboração das informações, pela adequação das interpretações da situação e pelas colocações de problemas, pela racionalidade de decisões eleitorais, pela autenticidade de valorações fortes, principalmente pela equidade dos compromissos obtidos, etc. É verdade que discursos jurídicos podem ser analisados seguindo o modelo de discursos morais, pois, em ambos os casos, se trata da lógica de aplicação de normas. Porém a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais e, nesta medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais. As máximas de interpretação e princípios jurídicos, canonizados na metodologia, só serão atingidos satisfatoriamente por uma teoria do discurso, quando tivermos conseguido analisar melhor do que até hoje a

68 GÜNTHER (1989), 182.

rede de argumentações, negociações e comunicações políticas, na qual se realiza o processo de legislação⁶⁹.

A tese do caso especial, defendida numa ou noutra versão, é plausível sob pontos de vista heurísticos; porém ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, porque ainda não está totalmente liberta de conotações do direito natural. A tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-concêntrico de fundamentação. Neste momento, o princípio do discurso tem que assumir uma feição suficientemente abstrata, ao passo que o princípio da moral e da democracia resultam, entre outras coisas, da especificação do princípio do discurso em relação a diferentes tipos de normas de ação. Estas regulam, num caso, interações simples e informais; no outro, relações interacionais entre pessoas jurídicas que se entendem como portadoras de direitos. Em consonância com isso, os discursos pressupostos pelo princípio do discurso ramificam-se, de um lado, em argumentações morais e, de outro lado, em discursos políticos e jurídicos, institucionalizados conforme o direito, incluindo questões morais relacionadas a normas jurídicas. O sistema dos direitos, que assegura ao mesmo tempo a autonomia privada e pública de parceiros do direito, é interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos da aplicação imparcial do direito. Essa estratégia conceitual traz duas consequências.

Evita-se, em primeiro lugar, que os discursos especializados na fundamentação e aplicação de leis tenham que ser introduzidos posteriormente, como casos especiais de discursos morais de fundamentação e de aplicação. Não é mais preciso limitar os discursos

69 Neste sentido, é preciso concordar com ALEXY (1990), 352: "Para atingir uma teoria do discurso jurídico, capaz de englobar essas condições (da racionalidade da legislação), seria necessário passar da teoria do discurso racional prático para uma teoria da legislação e, desta, para uma teoria normativa da sociedade".

jurídicos através de uma restrição lógica dos conteúdos morais. Eles não constituem casos especiais de argumentações morais, ligados ao direito vigente, limitados, por isso, a uma parte daquilo que é moralmente permitido ou necessário. Eles são, ao invés disso, referidos *naturalmente* ao direito gerado democraticamente e institucionalizados juridicamente, na medida em que não se trata do trabalho de reflexão da dogmática jurídica. Com isso se torna claro, em segundo lugar, que discursos jurídicos – dadas as suas formas de comunicação – não se referem somente a normas jurídicas, por estarem *inseridos* no próprio sistema de direitos. Pois, do mesmo modo que os processos democráticos no âmbito da legislação, assim também as ordens dos processos judiciais no âmbito da aplicação do direito, devem compensar a falibilidade e a certeza da decisão que resultam do fato de que os pressupostos comunicativos pretensiosos de discursos racionais só podem ser preenchidos aproximativamente.

O conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente. A mesma tensão se renova, porém, no próprio nível pragmático da prática da decisão judicial, porque as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática. Em compensação, o direito tem que ser aplicado a si mesmo através de formas de organização, a fim de não produzir apenas competências da jurisdição em geral, e sim introduzir discursos jurídicos como componentes de processos judiciais. As ordens dos processos judiciais institucionalizam a prática de decisão judicial de tal modo que o juízo e a fundamentação do juízo podem ser entendidos como um jogo de argumentação, programado de uma maneira especial. Por outro lado, os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode intervir no âmago da lógica da argumentação. O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorências comunicativas não-circunscritas, que obedecem a lógica de discursos de aplicação. Eu

gostaria de esclarecer isso sinteticamente, lançando mão do direito civil e penal da Alemanha⁷⁰.

Tomemos, em primeiro lugar, as restrições sociais e temporais da evolução do processo. Mesmo que não haja, legalmente, nenhuma duração máxima para processos, há prazos (especialmente nas instâncias dos tribunais de revisão e de apelação) que impedem que questões conflitivas sejam tratadas de modo dilatório e fora do direito. Além disso, a distribuição dos papéis sociais no processo produz uma simetria entre a promotoria e a defesa (no processo penal), ou entre a acusação e o acusado (no processo civil). E, durante a condução das negociações, o tribunal pode assumir, de diferentes maneiras, o papel do terceiro imparcial – levantando ativamente provas ou observando de modo neutro. Durante a instância da prova, os ônus da prova são regulados de modo mais ou menos claro para os participantes do processo. O próprio processo da prova é estruturado de modo agonístico, como uma disputa entre partes que perseguem seus próprios interesses. Embora no processo penal o tribunal “por dever de ofício e para pesquisar a verdade, tenha que entender o levantamento de provas a todos os fatos e provas relevantes para a decisão” (Parag. 244, alínea 2), os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade. Porém, como acontece no processo do *juri anglo-saxão*, os espaços da ação estratégica estão organizados de tal forma que possivelmente todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas são tematizados. O tribunal apoia neles a sua avaliação dos fatos e seu julgamento jurídico.

O ponto mais interessante de todo o processo aparece, quando se consideram as restrições materiais às quais o desenvolvimento do processo está submetido. Essas servem para a delimitação institucional de um espaço interno para o livre evoluir de argumentos em discursos de aplicação. Os procedimentos a serem mantidos, até a abertura de um processo principal, definem o objeto de

70 Eu devo agradecer a Klaus Günther pelas indicações que seguem.

disputa, para que o processo possa concentrar-se em casos claramente delimitados. Sob o pressuposto metódico de uma separação entre questões de fato e de direito, a aceitação de provas, encenada como interação entre presentes, serve à constatação de fatos e à segurança de meios de prova. Apesar da relação circular entre normas jurídicas e estados de coisas, entre variantes de interpretação e relações com fatos, a apreciação jurídica não é tematizada, permanecendo atrás dos bastidores. O curioso é que o tribunal desenvolve a seguir, e *internamente*, nos dois tipos de processo, a apreciação das provas e a avaliação jurídica, portanto sem necessitar de um processo especial. O discurso jurídico, no qual os fatos "provados" ou "tidos como verdadeiros" são julgados normativamente, só é abrangido, sob aspectos objetivos, pelo direito processual, na medida em que o tribunal tem que "apresentar" e "fundamentar" o seu juízo perante os participantes do processo e da esfera pública. A fundamentação consiste nos fatos e nos argumentos da decisão: "Nos próprios argumentos da decisão, o tribunal fornece um pequeno resumo das considerações sobre as quais se apoia a decisão numa relação jurídica e fática" (Parag. 313, alin. 3). Aqui se encontra também a apreciação das provas, ao lado de alegações jurídicas⁷¹. As regras do processo não regulam, pois, os argumentos permitidos, nem o prosseguimento da argumentação; porém eles garantem espaços para discursos jurídicos que se transformam no objeto do processo, porém somente no resultado. O resultado pode ser submetido a um reexame pelo caminho das instâncias.

A auto-reflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito e do aperfeiçoamento do direito: "A *finalidade dos meios jurídicos* consiste inicialmente em *conseguir decisões corretas e, por isso, justas*, no interesse das partes, *através da revisão das decisões promulgadas*. A simples possibilidade da revisão obriga, além

71 ARENS, P. *Zivilprozessrecht*. 4^a ed. Munique, 1988. 219, núm. 338.

disso, os tribunais a uma *fundamentação cuidadosa*. Porém o fim dos meios jurídicos não se esgota nisso. Existe também um *interesse geral* num sistema eficiente de meios jurídicos. A proibição da auto-ajuda só pode ser realizada de modo efetivo, quando as partes têm certas garantias de obter uma decisão correta. Além disso, o cortejo de instâncias, com sua *concentração da jurisdição* em tribunais cada vez mais altos até chegar ao tribunal supremo, leva à *uniformização* absolutamente necessária e ao *aperfeiçoamento do direito*. Esse interesse público não desempenha o mesmo papel nos meios singulares do direito. Ele é muito mais pronunciado na revisão do que na apelação⁷². O interesse público na uniformização do direito destaca uma característica pregnante na lógica da jurisprudência: O tribunal tem que decidir cada caso particular, mantendo a coerência da ordem jurídica em seu todo.

Resumindo tudo, podemos constatar que as ordens processuais regulam, de forma mais ou menos estrita, a tomada de provas, concentrada no desenrolar da ação, possibilitando às partes um trato limitadamente estratégico com o direito, enquanto o discurso jurídico do tribunal se desenrola num vácuo do direito processual, de tal modo que a produção do juízo fica reservada unicamente à competência profissional do juiz: "Sobre o resultado da tomada de provas o tribunal decide segundo seu convencimento livre, formulado a partir da síntese do litígio" (Parag. 261, StPO). Na medida em que o discurso jurídico nasce no próprio processo, deve ficar isento de influências externas.

72 ARENS (1988), 346s, núm. 381.