

The background of the cover is a photograph of a grand, multi-story classical building with arched windows and a pediment. Several tall palm trees are in the foreground, partially obscuring the building. The title is overlaid in large, bold, white letters with a black outline.

**Revista de
Doutrina e
Jurisprudência**

Nº 25

HÁ RESPOSTA CERTA PARA A DEMOCRACIA E PARA O DIREITO?¹

Carlos Alberto Simões de Tomaz²

“Stephen, atento e calmo, debruçava-se sobre o seu tear, constituindo, tal como os outros homens perdidos naquela floresta de teares, um contraste com a máquina poderosa com que trabalhava. Não receiem, boa gente de espírito inquieto, que a Arte relegue a natureza para o esquecimento. Ponham, seja onde for, a obra de Deus e a obra do homem lado a lado, e a primeira, mesmo que esteja nas mãos de gente de pouca importância, ganhará dignidade pela comparação. Tantas centenas de operários nesta fábrica, tantas centenas de cavalos-vapor de energia. Sabe-se até ao mais pequeno pormenor, aquilo que a máquina pode fazer; mas todos os calculadores da Dívida Pública são incapazes de me dizer qual a capacidade, para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para o patriotismo ou para o descontentamento, para a decomposição da virtude em vício ou para a inversa, que tem, num dado momento, a alma de qualquer daqueles rostos calmos e acções reguladas. Não há qualquer mistério na máquina e no mais mesquinho dentre eles há um espírito jamais indecifrável...” (DICKENS, Charles. *Tempos Díficeis*. Lisboa: Livraria Romano Torres, 1973, pp. 70 - 71).

“Chegara mesmo ao ponto de pensar que a escuridão em que os cegos viviam não era, afinal, senão a simples ausência da luz, que o que chamamos cegueira era algo que se limitava a cobrir a aparência dos seres e das coisas, deixando-os intactos por trás do seu véu negro. Agora, pelo contrário, ei-lo que se encontrava mergulhado numa brancura tão luminosa, tão total, que devorava, mais do que absorvia, não só as cores, mas as próprias coisas e seres, tornando-os, por essa maneira, duplamente invisíveis.” (SARAMAGO, José. *Ensaio Sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 15 - 16).

¹ Artigo elaborado a partir do relatório de pesquisa pós-doutoral desenvolvida pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação do Prof. Doutor José Manoel Aroso Linhares.

² Juiz Federal e Professor em Belo Horizonte. Juiz Membro Efetivo do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais - TRE/MG. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UNICEUB/DF. Doutor em Direito pela UNISINOS/RS. Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal.

“o homem só vem ao ser de si próprio pela compreensão que de si culturalmente constitui e por que se manifesta.” (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. O Problema da Universalidade do Direito - ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Digestas, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 104).

Introdução

Quando nos propusemos pesquisar sobre o exercício da jurisdição no ambiente do Estado Democrático, de partida a velha pergunta se avultou presente: Existe resposta certa para a Democracia e, pois, para o Direito? Com efeito, se o enfrentamento dessa indagação conduzisse a uma resposta negativa, parece que nossa investigação estaria fadada ao malogro, quando menos à inutilidade, pois qualquer contribuição voltada para aperfeiçoar a função jurisdicional sob os trilhos da democracia seria vã se o resultado do exercício dessa função típica do Estado não tivesse em mira - ao menos - a possibilidade de uma resposta certa que satisfizesse os ideais destacados do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, dois fatos ocorridos nas duas maiores democracias lusófonas, avultaram-se inteiramente relevantes para o desenvolvimento de nossas reflexões. São duas respostas. A primeira, oferecida pela democracia brasileira, quando nas últimas eleições gerais o nome do comediante Tiririca foi sufragado para o parlamento federal como deputado mais votado no País, pendendo sobre ele a pecha de analfabeto³, circunstância que a jurisdição

³ O fato foi objeto de ampla divulgação pela imprensa, conferir, *inter plures*, o sítio seguinte que consubstancia reportagem da revista Época: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI183323-18176,00-TIRIRICA+DIZ+QUE+NÃO+PODE+PROVAR+QUE+SABE+ESCREVE+R.html>, consulta realizada em 15/12/2010. Confira-se, ainda, o seguinte excerto de reportagem vazada no Correio Brasiliense: "Deputado federal mais votado do país, Tiririca (PR) deverá comparecer à Justiça Eleitoral de São Paulo, até sexta-feira, para provar que sabe ler e escrever. O juiz eleitoral Aloísio Sérgio Rezende Silveira, da 1ª Zona Eleitoral, vai pedir que o palhaço, eleito com 1,3 milhão de votos, escreva de próprio punho um documento idêntico ao que ele protocolou no Tribunal Regional Eleitoral (TRE) ao pedir deferimento da sua candidatura. Um laudo do Instituto de Criminalística de São Paulo constatou que o documento tem indícios de que foi escrito por mais de uma pessoa. Ainda não está confirmado se Tiririca também fará um ditado ou mesmo lerá um trecho da Constituição. Uma assessora de Francisco Everardo Oliveira Silva, 53 anos, nome verdadeiro do artista, disse que, desde que estourou a polêmica sobre a escolaridade do candidato, ele passou a ter aulas particulares de leitura e escrita. Como os advogados dele já estão com provas suficientes de que não é preciso dominar a leitura e a escrita para ter o direito de ser votado, o Ministério Público vai contra-atacar argumentando que, ao falsificar um documento, o palhaço terá a sua candidatura impugnada e o seu direito de ser diplomado poderá ser

brasileira veio, depois, afastar, porque Tiririca leu e escreveu perante o juiz⁴; a segunda, na democracia portuguesa, quando na última eleição presidencial, em que foi reeleito o Presidente Cavaco Silva, houve uma abstenção da ordem de 53,48%⁵. Tratar-se-iam, ambas as hipóteses, de respostas certas para a democracia? É, igualmente, uma resposta certa a oferecida pela Justiça Eleitoral brasileira ao validar o sufrágio de um cidadão (semi?)-analfabeto para exercício parlamentar, quando a normatividade comunicativo-procedimental vazada na Constituição brasileira exige a alfabetização como condição de elegibilidade?

Tais são as indagações e não é difícil se imaginar toda uma ordem de desdobramentos que elas ensejam e que revelam a importância da questão... Aqui, limitar-nos-emos a expor, de maneira analítica, com o recorte e limitação necessários ao preconizado escopo, as idéias de Dworkin, Habermas e Alexy, ocasião onde já serão contextualizadas algumas conhecidas críticas, para chegar, enfim, ao aporte oferecido por Castanheira Neves e Aroso Linhares e, nele apostando, submeter, em conclusão, algumas reflexões.

1. A comunidade de princípios e a vontade da maioria

A obra de Dworkin, sem dúvida, constitui exemplo ilustre do alinhamento da experiência jurídica sob o viés da consideração empírico-analítica de tradição anglo-saxônica. Ele se afasta do reducionismo normativista para alçar o direito a uma prática interpretativa apta a dar continuidade ao passado e projetar-se para o futuro porque compreendida a partir de uma justificação coerente.

cassado. Caso seja tomada, a decisão ainda poderá ser questionada no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Tiririca refugiou-se no Ceará, em uma casa de praia de um político do PR. Na casa, ele está com parentes e tem auxílio de três educadores especializados em alfabetização de adultos. Uma psicóloga também dá auxílio ao deputado eleito para que ele não se deixe abater na hora em que estiver na frente do juiz. Um advogado do PR já pediu que esse suposto teste de leitura e escrita seja feito longe da imprensa para não constrangê-lo. Na defesa, os advogados também usarão exemplos de deputados semianalfabetos que passaram pelo Congresso nos anos 1980 e 1990 - entre eles, um descendente de índios." Disponível in: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/especiais/eleicoes2010/2010/10/12/interna_eleicoes2010,217639/index.shtml, consulta realizada em 15/12/2010.

⁴ O nível de argumentação pode ser conhecido pelo seguinte excerto da decisão onde se verbaliza que: "a legislação eleitoral, desde a Constituição Federal até os atos infralegais, não exige que os candidatos possuam mediano ou elevado grau de instrução, mas apenas que tenham noções rudimentares da linguagem pátria, tanto que é preceito do próprio Estado democrático de Direito a pluralidade / diversidade, buscando-se evitar, inclusive, a formação de um elitismo no corpo dos membros dos poderes legislativo e executivo." Disponível in: <http://noticias.terra.com.br/eleicoes/2010/noticias/0,,OI4708097-EI15341,00-TRE+rejeita+denu+ncia+contra+Tiririca+por+suposto+analfabetismo.html>, consulta realizada em 15/12/10.

⁵ Eis os dados: Total de eleitores inscritos: 9.656.472; abstenção: 5.164.175 (53,48%); votos nulos: 86.581 (1,93%); e votos em branco: 191.284 (4,26%), segundo notícia da Rádio e Televisão de Portugal - RTP disponível in: <http://www.rtp.pt/noticias/eleicoes/presidenciais2011/>, consulta realizada em 02/02/2010.

Sua tese central ampara-se na existência de uma única resposta certa (*the right answer thesis*) que seria obtida a partir de uma atitude interpretativa na qual o direito é compreendido como integridade (*law as integrity*). Nessa atitude interpretativa, o jurista deverá trabalhar com duas categorias: *princípios e políticas públicas*.⁶

Reconhecendo que todo indivíduo tem direitos morais que devem ser assegurados pelo Poder Judiciário independentemente de prescrição normativa (decisão política primária)⁷, como os decorrentes de outras pautas regulatórias de condutas, como a prática social (costume), o precedente judicial e sobretudo os princípios, ele sustenta que os direitos individuais como princípio jurídico fundamental preferem aos fins coletivos. Tais direitos são *construídos* a partir dos *princípios* ou das *políticas públicas*.⁸

Partindo do pressuposto que os juristas se deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição normativa, vagueza ou indeterminação do direito, Dworkin assevera que na experiência cotidiana “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Isso porque, prossegue Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”⁹

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dois sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão das decisões judiciais. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema.

Com efeito, para Dworkin a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas:

é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36-37.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.15.

⁸ DWORKIN, 2002, pp. 128-132.

⁹ DWORKIN, 2002, p. 36.

circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os efeitos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁰

Coisa diversa acontece quando nos deparamos com colisão de princípios. Deveras, tem razão Dworkin, eles não podem ser, à semelhança das regras, interpretados à base do *all or nothing*. Por isso, congruentemente, Dworkin acrescenta o seguinte:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão.¹¹

Longe da ponderação¹² assim apropriada aos princípios, no confronto de regras pode-se, sem maiores dificuldades, estabelecer qual aquela que deve prevalecer em detrimento de outra. E isso ocorre por meio de critérios hábeis a tanto, que são estabelecidos pelo próprio sistema.¹³

Um princípio não pretende estabelecer as condições que fazem sua aplicação necessária, ao contrário, ocupa-se, isso sim, de enunciar uma razão que conduza o argumento em uma certa direção (que pode não ser a sufragada, o que não significa que o princípio tenha deixado de existir no sistema), mas, ainda assim, insiste Dworkin, necessita de uma decisão particular.¹⁴

Portanto, os princípios, no pensamento dworkiniano, são erigidos à condição de justificação da estrutura jurídica, política e moral. Sua utilização, nessa conformidade, deixa de ter um caráter supletivo, significa dizer que não servem apenas de escoro para, no

¹⁰ DWORKIN, p. 39.

¹¹ Idem, pp. 42-43.

¹² Idem, p. 37.

¹³ Idem, p. 43.

¹⁴ Idem, p. 41.

processo jurídico decisório, o juiz deles se valer como marco regulatório, quando não encontrar regras. Eles atuam, nessa conformidade, como pauta de regulação de conduta, ou seja, como normas.

Mas, além dos princípios, Dworkin aponta outros padrões regulatórios: os precedentes e os costumes, cuja aplicação já foi reconhecida em casos semelhantes, o que faz com que a decisão jurídica volte-se para o passado, mas, igualmente, dirija-se para o futuro na medida em que o juiz deve estar atento para a circunstância que a sua decisão passa a servir, doravante, também de marco regulatório (precedente). É o que Dworkin chama de cadeia de direito (*chain of law*)¹⁵, que aponta para o respeito à tradição.

Chueiri registra com agudeza que esse retorno ao passado visa a interpretar “o que fôra escrito no passado por meio das decisões dos juízes e não descobrir o que eles disseram ou o seu estado de espírito para, assim, chegar a uma opinião acerca do que fora feito, coletivamente.”¹⁶ Deveras, o processo - não se pode perder de vista - é interpretativo, se o magistrado volta-se ao passado para descobrir o direito presente, ainda que em pautas regulatórias tais quais os precedentes ou os costumes, estaríamos, sem dúvida, volvendo a uma metodologia dogmática erigindo estes marcos regulatórios a fundamentos tais quais a norma escrita no tratamento impingido pela hermenêutica clássica.

O realce desse amálgama entre passado (tradição) e futuro está no caráter interpretativo que segundo Dworkin revelaria o direito como integridade (*law as integrity*) como uma proposição na qual as práticas jurídicas “são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”¹⁷, que deve, portanto, se engajar nesses princípios de tal modo que a comunidade assuma uma personificação com muito mais seriedade, afirma Dworkin, que expressa a *comunidade de princípios*:

como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta. Pois, quando digo que uma comunidade

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 275-279.

¹⁶ CHUEIRI, Vera Karan de. *Ronald Dworkin*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, UNISINOS, 2006, p. 262.

¹⁷ DWORKIN, 1999, p. 272.

é fiel a seus princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças e convicções da maioria dos cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como fazem as pessoas.¹⁸

Decorre, portanto, a posição de Dworkin no sentido de que o critério de validade do direito é sua coerência. Ele próprio socorre-se de analogia com a interpretação literária para fazer ver tal qual o escritor, que desenvolve um capítulo considerando os capítulos anteriores, a cadeia de direito (*chain of law*) revela-se quando a argumentação volta-se às decisões pretéritas.¹⁹ A coerência da argumentação jurídica repousaria, assim, na cadeia de direito, ao mesmo tempo que satisfaria a legitimidade do direito, garantiria a segurança do processo de integridade (*law as integrity*)²⁰.

Assim, se é assegurado a todos os membros de uma comunidade obter uma decisão judicial ainda que justificada a partir de princípios ou da interpretação da tradição (precedentes e costumes), o que evidencia a relevância que tais marcos ocupam dentro do sistema jurídico e afasta, decorrentemente, a idéia de discricionariedade no exercício da jurisdição, já que os juízes não criariam direito, mas se veriam obrigados a revelar o direito como integridade, Dworkin chega, assim, à conclusão de que haveria uma única resposta certa (*the right answer thesis*) e a justificação política do processo dependeria dessa caracterização²¹, a fim de satisfazer o próprio *critério da integridade*, que a todo instante está a exigir que o juiz se conduza sob os trilhos da integridade moral a fim de desvelar o *verdadeiro* direito das partes, ainda que se encontre velado sob a forma de um princípio e, portanto, esperando vir à tona. Nesse sentido, Chueiri em abono à tese da resposta certa registra que ela:

não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, não é dado ao juiz descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes

¹⁸ DWORKIN, 1999, p. 204.

¹⁹ Idem, pp. 275-285.

²⁰ "Em relação à legislação, a integridade é um princípio político que exige que as normas feitas pelos legisladores sejam, moralmente, coerentes enquanto que, na *adjudication* (nas decisões judiciais) ela exige que os juízes tratem o sistema jurídico como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios, e para este fim, portanto, interpretem, crítica e construtivamente Direito." (CHUEIRI, op. cit., p. 262).

²¹ DWORKIN, 2002, p. 430.

decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o Direito - mesmo em casos difíceis - significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão.²²

Ao desvelar o *verdadeiro* direito das partes, sob o prisma da teoria integral, o juiz, segundo Dworkin, trabalhará com dois tipos de níveis argumentativos: os *argumentos de princípios* e os *argumentos de política*. Os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, já os argumentos de política “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo.”. E Dworkin exemplifica: O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Já o argumento em favor das leis contra discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.²³ Dworkin está decididamente convencido de que moral é uma questão de princípios²⁴ e por isso não hesita em optar por argumentos de princípios, no conflito com os argumentos de política, para garantir os direitos historicamente construídos pela comunidade política.²⁵

Mas a resposta certa não pode ser erigida, ainda insiste Dworkin, sob uma linha de raciocínio que remeta o juiz a verificar que argumentos de princípios ou de política fez uso o legislador ao elaborar a lei a fim de decidir diante da vagueza, como igualmente não pode resultar de argumentação que coloque o magistrado como um complementador da chamada *vontade do legislador* a ponto de ele poder determinar o que o legislador teria dito se tivesse contemplado o caso, pois as suposições dos juízes sobre a intenção do legislador são suposições sobre direitos políticos²⁶ e não sobre direitos jurídicos da comunidade que pré-existem e exigem que o legislador, tal qual o juiz, se utilize do critério de integridade, mas em relação primeiro, no sentido de que deve se portar com integridade moral - as normas criadas sejam moralmente coerentes - tendo em vista e com respeito aos princípios da comunidade, pois “os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma

²² CHUERI, op. cit., p. 26.

²³ DWORKIN, 2002, pp. 129-130, *passim*.

²⁴ Idem, p. 115.

²⁵ Idem, p. 132.

²⁶ Idem, p. 170.

determinada comunidade” e “dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições”, lembra Kozicki²⁷.

A tese dos direitos, que a partir daí emerge, ampara-se na circunstância de que nenhuma diretriz política ou nenhum objetivo social coletivo (*políticas públicas*) pode preferir aos direitos individuais, decorrendo, desde aí, a relevância da função garantidora dos direitos como uma das mais importantes do sistema jurídico.

A função garantidora, que realça a importância da jurisdição, deve ser entendida no sentido de que os direitos devem ser assegurados contra as agressões da maioria e do governo. Calsamiglia, ao escrever sobre a teoria de Dworkin e referindo-se à função garantidora em face da maioria, coloca o seguinte exemplo:

Imaginemos que cuatro personas deciden asociarse para practicar deporte. Crean una sociedad y en sus estatutos estipulan que las decisiones se tomarán por el acuerdo de la mayoría. Una vez constituida la sociedad se decide por unanimidad la construcción de una pista de tenis. Una vez construida la pista, los socios deciden por mayoría que una de las personas asociadas - que es de raza negra - no puede jugar porque no quieren negros en la pista. ¿Acaso la ley de la mayoría es una ley justa? Si eso se puede hacer, ¿qué sentido tiene el derecho a la igual consideración y respecto?²⁸

E prossegue afirmando que “Una teoría que se tome en serio los derechos no considerará válido este acuerdo porque la persona discriminada tiene un derecho individual que puede triunfar frente a la mayoría. El derecho a no ser discriminado adquiere relevancia frente a los bienes colectivos y sólo es un auténtico *derecho* si puede vencer a la mayoría.”²⁹

Assim, o respeito aos princípios nos quais a prática jurídica de uma comunidade encontra-se fundada garantiria a integridade política alçada num consenso apto a legitimar a vontade política. Todavia, esse consenso remete a uma situação ideal onde prevalecesse a igualdade e, como se sabe, as coisas, na prática, não são bem assim. Com efeito, no âmbito da descontextualização que assola a experiência democrática moderna, a observação de Barroso não pode ser olvidada quando insiste em que a democracia

²⁷ KOZICKI, Katja. "Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin". Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PGE, vol. 24, nº 54, 2001, p. 45.

²⁸ CALSAMIGLIA, Albert. "Ensayo sobre Dworkin". In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993, pp. 17 - 18.

²⁹ Idem, ibidem.

não se resume ao princípio majoritário e problematiza: “Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número”. Partindo daí, o constitucionalista brasileiro reforça o papel da Constituição para proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.³⁰

A democracia cada vez importa em reconhecer e conviver com a divergência, o contingente, a diversidade, enfim, o pluralismo, as tensões e os conflitos que inarredavelmente aumentam na comunidade política. A (única) resposta certa, com efeito, em defesa da univocidade, implicaria o aprisionamento *espacial* do direito que perderia a especificidade de suas circunstâncias, e o mundo circundante perderia seu aspecto cultural, transformando-se em um dado do mundo da natureza. É por isso que na ontologia do ser, Heidegger explicita que “a espacialidade do que vem imediatamente ao encontro numa circunvisão pode-se tornar tema da própria circunvisão... Com a tematização da espacialidade do mundo circundante, operada de forma predominante na circunvisão, o espaço já é, de certo modo, visualizado em si mesmo.” E Heidegger não hesita em divisar que o espaço destituído de circunvisão “neutraliza as regiões do mundo circundante, transformando-as em puras dimensões.” Apenas por meio de uma *desmundanização* se poderia cogitar de um espaço homogêneo da natureza. Como modo de ser-no-mundo, a *pre-sença* já dispõe previamente, embora de forma implícita, de um espaço já descoberto.³¹ Esse espaço, em se tratando do direito, encontra-se não raro velado quanto às possibilidades de espacialidades, necessitando, portanto, se mostrar. Esse desvelamento espacial do ser deve ocorrer em sintonia com a tradição, a consciência dos efeitos da história e a cotidianidade que lhe imprimirão sua finitude. É que, prossegue Heidegger, “o espaço só pode ser concebido recorrendo-se ao mundo”, e categoricamente conclui:

Não se tem acesso ao espaço, de modo exclusivo ou primordial, através da desmundanização do mundo circundante. A espacialidade só pode ser descoberta a partir do mundo e isso de tal maneira que o próprio espaço se mostra também um constitutivo do mundo, de acordo com a espacialidade essencial da *pre-sença*, no que respeita à sua constituição fundamental de ser-no-mundo.³²

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009, p. 9.

³¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis (RJ): Vozes, vol. I, 2005, pp.161-162, *passim*.

³² *Idem*, p. 163.

Os defensores da tese da (única) resposta certa partem do pressuposto da existência de uma homogeneidade relativa como base meta-jurídica ou pré-jurídica da igualdade democrática. Entre eles, seu mais ilustre defensor, Ronald Dworkin, como já registramos, que tão convencido disso, guinda a igualdade à condição de virtude soberana³³, realmente, única condição, se realmente testificada, para validar sua tese.

2. O projeto do direito sob o viés de uma pretensão de universalidade racional no pensamento de Habermas e Alexy

A busca por um consenso justificado, garantido e fundado que permitisse a melhor resposta para as questões morais práticas a partir de uma racionalidade motivada é o caminho trilhado por Habermas e seguido por Alexy.

Para Habermas o direito deve ser justificado a partir de uma moral pós-convencional de pretensão universalista, onde todos sejam incluídos de modo a construir uma dimensão deontológica do *dever ser* não-imposta, mas construída pelo procedimento. Estamos convencidos que em decorrência da mesma razão pela qual a única resposta certa dworkiana não se ajusta ao processo decisório de Estados periféricos, em face de ausência de homogeneidade, o que conduz à descontextualização da situação hermenêutica, o procedimentalismo habermasiano não se avulta o caminho para permitir o acontecimento da verdade ensejando o desvelamento do direito na situação hermenêutica, ainda que a verdade para Habermas seja construída consensualmente e não como uma correspondência necessária entre os fatos e os enunciados.

Deveras, a ética em Habermas é formal. Decorre de como devemos discutir para poder fazer³⁴. É assim que, para ele, resulta formulado o Princípio da ética do discurso(D):

uma norma só deve pretender validez quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar),

³³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁴ Segundo Habermas "A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse procedimentalismo que a ética do Discurso se distingue de outras éticas cognitivistas, universalistas e formalistas..." (HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 148-149).

enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma.³⁵

Mas, ainda como pressuposto procedimental de validade do discurso, Habermas admite que ele deve se erigir a partir de um consenso de todos. E assim concebe o Princípio da Universalização (U) afirmando que:

toda norma válida deve satisfazer a condição [de] que as consequências e efeitos colaterais, que (previsivelmente) resultem para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos do fato de ser ela universalmente seguida, possam ser aceitos por todos os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem).³⁶

A opção moral, nessa conformidade, deriva do convencimento, avultando-se, portanto, racional. E o direito apenas se legitima a partir dessa racionalidade comunicativa do discurso. Por isso ele proclama:

Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, podem contar com o assentimento universal - e, nessa medida, merecem reconhecimento intersubjetivo. A formação imparcial do juízo exprime-se, por conseguinte, em um princípio que força cada um, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação dos interesses, a perspectiva de todos os outros.³⁷

O *agir comunicativo* avulta-se orientado para o entendimento mútuo. Ele ocorre, registra Habermas³⁸, “quando os atores tratam de harmonizar inteiramente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um *acordo* existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas.” Difere, portanto, do *agir estratégico*, vale dizer, “os autores estão exclusivamente orientados para o *sucesso*, isto é, para as consequências do seu agir, eles tentam alcançar os objetivos de sua ação influenciando externamente por meio de armas ou bens, ameaças ou sedução, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seus adversários”. Habermas está

³⁵ HABERMAS, Jürgen. “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso.” In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 86.

³⁶ Idem, *ibidem*.

³⁷ Idem, *ibidem*.

³⁸ Idem, pp. 164 -165, *passim*.

convencido de que as ações sociais podem mesmo se distinguir segundo seus agentes optem por um ou outro caminho. Nas suas palavras:

Al definir la acción estratégica y la acción comunicativa como dos tipos de acción distintos, parto del supuesto de que las acciones concretas se pueden clasificar según estos dos puntos de vista. Cuando hablo de <estratégico> y de <comunicativo> no solamente pretendo designar dos aspectos analíticos bajo los que una misma acción pudiera describirse como un proceso de recíproca influencia por parte de oponentes que actúan estratégicamente, de un lado, y como proceso de entendimiento entre miembros de un mismo mundo de la vida, de otro. Sino que son las acciones sociales concretas las que pueden distinguirse según que los participantes adopten, o bien una actitud orientada al éxito, o bien una actitud orientada al entendimiento; debiendo estas actitudes, en las circunstancias apropiadas, poder ser identificadas a base del saber intuitivo de los participantes mismos.³⁹

No agir comunicativo há, uma postura pragmática sob o uso da linguagem e voltada para a busca do consenso, onde o agir dos atores deve ser validado por três níveis de correção: *sinceridade, verdade e retidão*. O consenso daí advindo repousa em um horizonte no âmbito do qual os agentes se movimentam e que é pano de fundo da ação comunicativa: o *mundo da vida* construído de certezas partilhadas⁴⁰ e enseja as condições ideais para o desenvolvimento do *espaço público* onde devem se desenrolar e se legitimar as relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade, tudo, naturalmente, sob o influxo de pactos semânticos edificadores de emancipação.

Assim, a construção de um modelo normativo dirigido à busca de um consenso e alçado no mundo da vida sob a racionalidade da dimensão reflexiva daquilo que é dito no plano da ação - o discurso, revela o agir comunicativo como um ideal regulativo, uma normatividade ideal e contra-fática na medida em que, se a racionalidade estratégica entra no discurso mediante bloqueio a um dos níveis de correção, quebra-se a racionalidade discursiva que, na verdade, às vezes é aparente quando solapadas as condições ideais de fala por manipulação de um agir abertamente estratégico ou ocultamente estratégico - que conduz a um engano consciente quando não demonstrada a intenção de

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, vol. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999, pp. 367 - 368.

⁴⁰ HABERMAS, 2003, pp. 165 - 172, *passim*.

conseguir o resultado, portanto, insincero. E isso, diga-se de passagem, é tão comum nos estados da modernidade periférica onde o Estado Democrático de Direito ainda não se encontra sedimentado e a colonização do mundo da vida sob o influxo de abordagens adredemente voltadas para satisfação de interesses ideológicos os mais variados - de regra neo-capitalistas liberais, corporativos, midiáticos, entre outros -, solapam o espaço público e deformam o agir comunicativo.

Alexy, na esteira de Habermas, também entende que a correção de um enunciado normativo decorre do procedimento. A partir daí, ele constrói uma refinada teoria da argumentação estabelecendo regras, formas e critérios para o discurso jurídico concebido, como já assentamos, como um caso especial do discurso prático geral. Isso significa dizer que o discurso jurídico se fundamenta, como assenta Alexy⁴¹, (1) na referência das discussões jurídicas a questões práticas, isto é, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) na discussão dessas questões sob o prisma da pretensão de correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica (3) se faz sob condições de limitações [as regras, formas e critérios que ele apresenta]. Essas regras básicas de racionalidade são trabalhadas em um espaço onde se divisam as condições ideais de fala preconizadas por Habermas, o que se pode perceber quando Alexy assevera que: a) quem pode falar, pode tomar parte no discurso; b) todos podem problematizar qualquer asserção; c) todos podem introduzir qualquer asserção; d) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades; e) a nenhum falante se pode impedir de exercer esses direitos, mediante coerção interna e externa ao discurso⁴².

O discurso erigido sob condições que tais se encontra fundamentado numa regra geral intitulada por Alexy como a “regra geral de fundamentação” segundo a qual “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.”⁴³

E sob tal contextura Alexy estabelece um divisor entre um argumento correto e um jogo de linguagem:

Quem fundamenta algo pretende, ao menos no que se refere a um processo de fundamentação, aceitar o outro como parte na

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 210-211.

⁴² Idem, p. 195.

⁴³ Idem, p. 194.

fundamentação, com os mesmos direitos, e não exercer coerção nem se apoiar na coerção exercida por outros. Também pretende assegurar sua asserção não só perante seu interlocutor, mas perante qualquer um. Os jogos de linguagem, que não pretendam cumprir pelo menos esta exigência, não podem considerar-se fundamentação.⁴⁴

Por esse caminho, ou seja, ponderando que a correção de um argumento repousa na fundamentação, Alexy eleva o discurso racionalmente fundamentado a um nível além dos *jogos de linguagem*, ou seja, o discurso não seria apenas um elemento presente na socialização do homem sob múltiplas variedades descritas pela linguagem⁴⁵, mas algo que se sustenta numa fundamentação racional.

A exigência de fundamentação conduz, portanto, à correção do discurso. A decisão judicial, como enunciado jurídico ditado em uma sentença, afirma Alexy⁴⁶, vincula-se a essa pretensão de correção quando ligada a uma fundamentação. Não obstante, Alexy está atento à hodierna práxis jurídica dos tribunais onde, de maneira não esporádica, costuma-se verbalizar qualquer coisa sobre qualquer coisa e, por isso, registra que “há razões para dizer que a falta de pretensão de correção de uma decisão não a priva necessariamente do seu caráter de decisão judicial válida, mas a torna defeituosa em um sentido relevante não só moralmente”. Por outro lado, a pretensão de correção do discurso jurídico, sob condições ideais, não se encontra elidida pela ação estratégica dos agentes no processo judicial, pois “as partes e seus advogados formulam com suas intervenções uma pretensão de correção ainda que só persigam interesses subjetivos (...) e os argumentos deduzidos no tribunal são comumente recolhidos na fundamentação judicial; e torna-se difícil duvidar que ela se situe conforme a pretensão jurídica”. Ora, se a pretensão de validade do discurso não deixa de existir quando se faz uso de juízos oportunistas de valores, o que acontece quando quem fundamenta o faz para satisfazer interesses subjetivos, o processo judicial se veria reduzido, por esse caminho, a uma ação estratégica, o que, mesmo assim, não excluiria, segundo Alexy, a sua compreensão com referência a um conceito de discurso⁴⁷, porque as regras e critérios fornecidos pela teoria da argumentação limitariam o possível e impossível discursivamente.

⁴⁴ ALEXY, 2005, p. 194.

⁴⁵ *Jogos de linguagem* na concepção de Wittgenstein. Ver WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1994, pp. 18-19 e 54-55, sobretudo.

⁴⁶ ALEXY, 2005, p. 212.

⁴⁷ ALEXY, 2005, pp. 212-216, *passim*.

Os traços fundamentais da argumentação jurídica construída por Alexy são por ele agrupados - seguindo a linha do pensamento de Wróblewski⁴⁸ como ele mesmo registra - em dois tipos de justificação. A justificação interna (*internal justification*) e justificação externa (*external justification*). Na primeira, verifica-se se a decisão segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; na segunda, verifica-se a correção dessas premissas, ou seja, na *justificação interna* são discutidos os problemas afetos ao silogismo jurídico sob o balizamento da lógica e a *justificação externa* se ocupa da fundamentação das premissas usadas na justificação interna, que podem ser agrupadas em três tipos: 1) regras de direito positivo; 2) enunciados empíricos; e 3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo⁴⁹. E Alexy prossegue assentando as formas de fundamentação de cada grupo de premissa para, logo em seguida, destrinchá-las no curso de sua teoria. Nas suas palavras:

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de "argumentação jurídica".⁵⁰

Sob tal contextura, o que justifica, portanto, uma decisão judicial, é a obediência a um procedimento e sua correção decorre da fundamentação, pois as regras e as formas do discurso jurídico constituem o critério de correção. Isso abriria a possibilidade de várias respostas certas para a mesma questão desde que sejam igualmente justificadas pela teoria do discurso racional. Não se pode é decidir irracionalmente. É o que sustenta, em suma, Alexy.

Com efeito, para Alexy, quem defende a existência de uma única resposta correta independentemente de haver um procedimento para encontrá-la e provar sua correção, separa o conceito de correção dos conceitos de fundamentabilidade e de

⁴⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Legal Decision and its Justification". In: *Le Raisonnement Juridique. Akten des Weltkongresses für Rechts - und Sozialphilosophie*, Bruxelas : Ed. H. Hubien, 1971., p. 412 ss; 1974, p. 39 ss, *apud* Alexy, 2005, pp. 217-218.

⁴⁹ ALEXY, 2005, pp. 217, 218 e 226, *passim*.

⁵⁰ Idem, p. 226.

⁵¹ Idem, p. 280.

possibilidade de prova, gerando um conceito *absoluto* de correção que tem um caráter *não-procedimental*. E, conquanto afirme de que “a única resposta correta é a finalidade a que se deva aspirar”, está igualmente convencido de que “como idéia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta (...) os participantes de um discurso prático, independentemente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta.”⁵²

A necessidade de se recorrer aos critérios prescritos pela teoria da argumentação jurídica racional se avulta quando se percebe que “as normas jurídicas surgidas do processo da legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica”, afirma Alexy, o que decorreria, segundo ele, de quatro razões: 1) a vagueza da linguagem do Direito; 2) a possibilidade de conflitos normativos; 3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica inexistente nas normas vigentes; e 4) a possibilidade de se decidir em casos especiais contra a literalidade da norma.⁵³

A partir daí, Alexy se mostra convencido de que para se suprir a indeterminação do direito, o caminho é o recurso às regras especiais da argumentação jurídica, o que limitaria a área do possível discursivamente no âmbito da incerteza deixada pelas normas jurídicas⁵⁴. E por isso, a missão da moderna dogmática jurídica seria “a institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico”⁵⁵.

É preciso ter em mente, todavia, que o consenso a partir de uma racionalidade moral discursiva no âmbito de um processo judicial dialógico e estratégico, pode se validar empiricamente, de modo amplo, em Estados onde o nível de mediatização do meta-código “inclusão/exclusão” encontre-se bem adequado, dizendo de outro modo, o Estado Democrático de Direito encontra-se sedimentado ensejando o que se pode chamar de contextualização homogênea.

Nos Estados da modernidade periférica onde as desigualdades assolam, como o caso do Brasil, não se pode falar, de regra, de uma racionalidade moral discursiva; já porque os

⁵² ALEXY, 2005, pp. 299-300, *passim*.

⁵³ *Idem*, p. 275.

⁵⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁵⁵ *Idem*, p. 277.

concernidos não são iguais; já porque, sob tal contextura, muito dificilmente se pode erigir consenso exatamente porque os efeitos da norma justificam, como estamos convencidos, condições de possibilidades outras que não aquelas produto do consenso, porque não raro esse encontra-se viciado sob a influência do bloqueio dos códigos de atuação da economia (ter/não-ter) e da política (poder/não-poder). Nesse espaço, o agir comunicativo não se processa sob o manto dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e correção). Ocorre, contrariamente, um agir estratégico voltado para satisfação de interesses.

É dizer: o modelo consensualista parece prestar-se para esferas restritas, como por exemplo, um conselho universitário formado por cientistas, mas para uma arena maior como a esfera pública onde impera a heterogeneidade contextual a proposta se torna difícil.

Assim, como legitimar, sob tal contextura, o processo judicial decisório a partir de uma racionalidade moral discursiva se os concernidos não estão em idênticas condições para suportarem os efeitos de um “consenso” que resulta imposto ainda que por um terceiro legítimo: o juiz?

Se o mundo da vida é discursivo e voltado para o consenso moral, e se o procedimento é regulado pelo discurso político-econômico, que se arvora, portanto, moral, e se o discurso jurídico deve buscar mediatizar a coerência desses discursos, não poderá fazê-lo, como estamos convencidos, a partir de um modelo racional formal que vele condições de possibilidade do direito daqueles que estão à margem do discurso.

Estamos convencidos, realmente, que o procedimentalismo advindo do discurso racional prático conduz a um resultado aberto, asséptico que, definitivamente, não implica em consenso no processo judicial quando esse é conduzido por um viés estratégico. Velam-se as condições de possibilidade do direito em nome de um consenso do resultado.

Isso não invalida, é certo, os fundamentos da teoria da argumentação jurídica tal qual proposta por Alexy, cuja contribuição avulta-se de grande utilidade num segundo momento, ou seja, no momento da explicitação da fundamentação, onde a racionalidade posta em prática pelo terceiro - o terceiro julgador - deve ser enfrentada.

3. O direito como interlocutor no âmbito de “*uma compreensão cultural-civilizacionalmente comprometida*”⁵⁶

Castanheira Neves e Aroso Linhares lançam profundas reflexões sobre o projeto de modernidade delineado a partir da universalidade racional e anunciam uma “*compreensão cultural-civilizacionalmente comprometida*” para o projeto do direito.

Com feito, Castanheira Neves se mostra convencido de que é na perspectiva do homem e não na de uma programação social, que a resposta certa é possível a partir da recuperação de uma intencionalidade material específica da juridicidade. Essa intencionalidade passa pela crítica e superação da metodologia normativista com seu dogmatismo conceitual, sua hermenêutica exegético-análitica e sua técnica de aplicação formalmente dedutiva, para dar lugar a uma experiência jurídica que ao cabo será garante da própria autonomia do direito que se vê reconhecido num *continuum* e *problemático constituendo* que afasta a pressuposição objetiva na medida em que a realização do direito implica a integração, o desenvolvimento, a correção e reelaboração da normatividade pressuposta a partir de uma pluridimensionalidade de elementos onde o direito virtualmente fechado do normativismo cede espaço a uma abertura a partir de uma espiral regressiva, ou reflexivamente reconstruída imposta pela sua própria e contínua realização. Nessa contextura, ressalta o professor catedrático da Universidade de Coimbra, os princípios passam a instituir um sentido axiológico-normativamente fundamentante e constitutivo, tudo enfim, a permitir uma restaurada distinção entre *ius* e *lex* (juridicidade e legalidade) que se manifesta na experiência jurídica e enseja uma dimensão autônoma do direito em sua especificidade intencional e constitutiva, que se dinamiza reflexivamente num contínuo diálogo problemático-judicativo com a prática histórica dos casos decididos.⁵⁷ Essa prática, prossegue Castanheira Neves, é:

humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer prática ética em geral, quer particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade à validade em

⁵⁶ A expressão foi tirada do trabalho do Prof. Doutor José Manoel Aroso Linhares intitulado “*O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade*”, pendente de publicação, mas gentilmente cedido pelo autor, onde acompanhando Habermas e Alexy e depois, como o próprio mestre registra, distanciando-se de ambos, invoca essa compreensão concebida como *não-universal*, nem sequer *universalizável* do projeto do direito e do *homo humanus* que o distingue, na linha do pensamento de Castanheira Neves.

⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, pp. 58 - 61, *passim*.

resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos⁵⁸ que pertencem ao ethos fundamental ou ao epistème prático de uma certa cultura numa certa época.⁵⁹

Se assim, a universalidade do direito constitui um problema para o jus-filósofo de Coimbra. Isso porque “o direito o havemos de compreender de um sentido civilizacionalmente cultural específico, como uma criação e dimensão cultural”, pelo que seu sentido e as soluções que possam daí advir encontram-se vinculados, limitados pelas possibilidades e dimensões constitutivas dessa mesma cultura. É por isso que o confronto entre os pressupostos da existência mundanal e as dimensões antropológicas - aos quais se poderá reconhecer uma natural universalidade - a solução deita apelo ao projeto civilizacional e projeta-se para aquela dada cultura, e não como solução universalmente necessária para além dela, pontifica aquele mestre⁶⁰.

Dessa maneira, quando nos referimos à intencional universalidade do direito, o fazemos tendo em mira o constructo cultural da civilização ocidental⁶¹, e essa projeção universal naturalmente não é assimilável por outras civilizações. Nesse sentido, Castanheira Neves convoca aspectos (dimensões constitutivas) da civilização muçulmana, do Islã ao escopo de demonstrar que não aquele sentido de universalidade, mas o

⁵⁸ Castanheira Neves diferencia os princípios em *princípios positivos*, *princípios transpositivos* e *princípios suprapositivos*. Para ele os princípios “se distinguem decisivamente dos “princípios gerais do direito” que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de “o direito” em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade. E em que há a distinguir os *princípios positivos* (aqueles expressamente enunciados pelo direito vigente), os *princípios transpositivos* (os que constituem as condições normativas transcendentais e estruturantes dos diversos domínios da ordem jurídica) e os *princípios suprapositivos* (a exprimirem directamente elementos e categorias do sentido último do direito).” (CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2003, p. 108.

⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 54-55.

⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O problema da universalidade do direito - ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*. In: *Digestas*, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 105-106, *passim*.

⁶¹ Castanheira Neves se refere à civilização “grego-romana, cristã (judaico-cristã) e europeia” (idem, p. 111).

sentido de universalidade do direito em direção à realidade humana universal confronta no *orginarium* constitutivo de cada civilização⁶². Todavia, o mestre de Coimbra ao final questiona: há um comum invocável e um entendimento viável entre as civilizações culturais divergentes que consideramos quanto ao direito - a nossa civilização grego-romana, cristã e europeia, e a civilização muçulmana? Registrando que “o fim ainda não está definido” e considerando que “se o problema, como o compreendemos, é de índole cultural, civilizacionalmente cultural, parece então estar também no plano cultural a possibilidade, se estiver, do *novum* que o problema exige.” Essa possibilidade, segundo ele, repousa num *constituens* religioso.⁶³

Conquanto, assim, o sentido do direito repouse na cultural historicidade de uma civilização na qual ele é construído, pensado, vivenciado e, portanto, apresente a universalidade que esse contexto civilizacional lhe proporcione, Castanheira Neves chama a atenção para a circunstância de que isso

⁶² CASTANHEIRA NEVES, 2010, pp. 121-124.

⁶³ “Nada mais, nada menos do que um fundo religioso de comum invocação, que permitirá uma convergência naquilo mesmo que é imediatamente diverso e nos legitima a ver na história, a história da *res gesta* que não decerto das *rei gestarum*, o *novum*, o grande superador em que há que pôr a esperança. Thomas Eliot, nas suas *Notes towards the Definition of Culture*, sustenta e faz-nos ver que o núcleo, o fundo constitutivo de todas as culturas subsistentes, não decerto as entropicamente no caos final, é religioso - e George Steiner, o grande crítico, concorda, embora para tirar como judeu que é, conseqüências muito suas que aqui não vêm ao caso. Também Habermas, o agnóstico neo-iluminista - digamo-lo assim - se refere com insistência, ao seu conhecido diálogo com o então Cardeal Ratzinger, à nossa actual já “sociedade pós-secular”, onde as dimensões religiosas e o diálogo com elas se não pode excluir, assim como apela aí ao que diz ser a “experiência da libertação secularizante de potenciais de significação religiosamente enquistadas” (*verkapselter*, na expressão alemã). Quero com isso dizer, e não seria difícil multiplicar análogas referências significativas, que ao sentido do direito, tal como o compreendemos enquanto dimensão da nossa civilização, se reconhecerá - vimo-lo, aliás, na arqueologia que fizemos desse sentido - um *constituens* religioso, a que se acrescentou decerto uma reconstituição secularizada, sem todavia se poder ignorar que é isso mesmo, uma secularização dum sentido anterior de outro nível - pense-se nos direitos humanos, se não lhes radicalizarmos o individualismo e não os deixarmos de associar à dignidade humana; não se esqueça no nosso sentido do direito a constitutiva e diferenciadora condição ética, referida à pessoa, etc. E então este nosso direito poderá ser entendido mesmo por aqueles que o não reconhecem, mas compreendem como capital a dimensão religiosa enquanto um outro horizonte de convocação em que encontra fundamento último o sentido de tudo, e que, por isso ou por aquelas dimensões constitutivas, ainda que muitas vezes esquecidas, não verão nele uma apenas expressão sacrílega que terá, totalmente e por todos os meios, de repudiar-se. Só que esse possível verdadeiro encontro não será já par hoje. Mas a história também não termina hoje - ainda que não pareça esse fim também uma hipótese inteiramente excluível - e esperamos que na história a vir caminemos, corajosos mas sem morte, ao encontro uns dos outros, e as civilizações entre si também. E não só naquela *Gelassenheit zu den Dingen*, mas também e sobretudo com *Öffenheit fur das Geheimnis*, a que nos convocou Heidegger, porque não aguardar Ismael a descer o monte do divórcio e então generosamente matarmos o vitelo gordo - vitelo gordo que sobre a mesa da comunhão não derrame já o sangue, mas a paz?” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 127-128).

não significa que, excluído nestes termos a necessidade a priori de um qualquer sentido do direito que anulasse o problema de sua universalidade, caíamos no outro extremo da imputação do direito, no seu sentido, à mera contingência ou ao arbítrio decisório. Pois também contra este radical positivismo, em que paradoxalmente o direito valeria sem validade, se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais.⁶⁴

Para Aroso Linhares, a proposta de juridicidade defendida por Habermas merece questionamento não tanto “porque esta se nos apresente (inequivocamente!) como uma tentativa de reconstituição das <<ordens jurídicas modernas>> e do seu modelo de institucionalização *macroscópico*, na *continuidade* dos seus palcos (e dos paradigmas que os traduzem e purificam) - menos ainda porque tal reconstituição se nos dirija (como é inevitável que se nos dirija) assumindo opções seletivas (opções que, como quaisquer outras, pudéssemos ou devêssemos discutir) -, é antes porque confere aos traços-*features* assim reconhecidos e às aquisições que estes oferecem (na medida em que alimentam uma tal continuidade) um caráter que, como Charles Taylor⁶⁵, diríamos <<acultural>> ou <<culturalmente neutro>>⁶⁶. E o jusfilósofo português prossegue, recorrendo a Taylor, esclarecendo que “acultural” deve ser compreendido

No sentido desde logo de reconhecer que tais aquisições, emergindo embora primeiro num determinado contexto civilizacional (<<[even though arising] first in one civilization rather than another>>) - por razões que podem, de resto ser tematizadas (e que têm evidentemente a ver com factores e pressupostos de inteligibilidade que permitiram a <<descentralização>> moderna) -, devam ser levadas a sério como progressos ou desenvolvimentos racionais de uma etapa ou estágio-limite (para os quais todas as experiências tendem) ... e então e assim (uma vez emancipadas da <<tradição>> que as produziu) responsabilizadas por uma estrutura-framework global - uma estrutura que possa tratar racionalmente toda e qualquer

⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 110.

⁶⁵ As referências a Taylor são contextualizadas, conforme consigna Linhares, a partir de *Inwardness and the Culture of Modernity*, in Honneth/MacCarthy/Offe/Wellmer (Hg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufklärung. Jüngen Habermas zum 60. Geburtstag*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989, pp. 601 - 623 e também em “Two Theories of Modernity” (1993), *The International Scope Review*, vol. 3, nº 5, 2001, disponível in: http://www.socialcapital-foundation.org/journal/volume%202001/issue%205/taylor_presentation.htm, consulta realizada em 02/10/2006.

⁶⁶ AROSO LINHARES, op. cit., pp. 28 - 29.

comunicação, independentemente da sua identidade cultural, da sua origem étnica e da concepção de homem e da <<vida boa>> que nela se manifeste (<<as a type of transformation (...) which can take any specific culture as its input>>). Mas então também <<acultural>> no sentido de cristalizar a ruptura moderna como um exemplum de dissociação-diferenciação - capaz de inventar-oferecer uma estrutura descontextualizada e de a tornar efectiva em qualquer <<constelação>> de práticas vivas (capaz, se quisermos, de confundir racionalidade e neutralidade cultural, igualdade humana e cidadania e esta como comprehensive universal identity). O que, em relação ao artefactus performativo direito, significa não apenas admitir... mas exigir que a forma emancipada pela modernidade (a primeira das configurações culturais a poder considerá-lo plenamente como uma criação autodisponível!) se torne por assim dizer exclusiva (apropriando-se por inteiro das intenções e categorias que o distinguem).⁶⁷

O projeto de modernidade advindo da proposta universalista racional toma, portanto, o direito como meio de impor soluções de equilíbrio a esse projeto por meio de institucionalização (normatização) daquilo que Häberle chama de *cristalizações culturais subjacentes*⁶⁸ (substratos ou artefatos culturais), mas essa normatividade ocorre no sentido e na perspectiva de ajustamento daqueles às aquisições modernas estabelecidas no consenso, que assume, assim, uma feição persuasiva que, denuncia ainda com precisão Aroso Linhares, é muito “mais do que admitir que os objetos condutores da juridicidade se identificam com a institucionalização da *democracia deliberativa* e do *constitucionalismo comunicativo-procedimental* (e com o *intertwinement* que, em nome dos princípios do discurso e da democracia, os sobrepõe). Porque já é decerto garantir a universalidade das suas <<aquisições>> e das categorias de intelegibilidade que as traduzem... e então e assim traçar paralelos exemplares entre a nossa circunstância e aquela que gerou a ruptura moderna.”⁶⁹

Considerar o direito como interlocutor sob o pálio de “*uma compreensão cultural-civilizacionalmente comprometida*” requer que se leve a sério sua experiência cultural. Isso requer, sem dúvida, inteira atenção a um projeto de *homo humanus* do direito para fazer face à propaganda pretensão de universalidade racional.

⁶⁷ AROSO LINHARES, op. cit., p. 29.

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 26 - 47.

⁶⁹ AROSO LINHARES, op. cit., p. 30.

E nesse projeto, os artefatos culturais não podem ser reduzidos a meros insumos da regulatividade consensual ajustáveis, sob a iluminação da situação ideal de diálogo, ao reconhecimento-invenção de uma pretensão de universalidade, anota o mestre português, porque inteiramente convencido da possibilidade alternativa: "de um interlocutor *direito* que, ao expor-nos às suas intenções materiais (e ao assumir estas como uma dimensão constitutiva nuclear da sua identidade), só pode dirigir-se-nos como um <<modus>> *específico* de produção e realização-performance de significações comunitárias..."⁷⁰ Deveras, como registra ainda o professor de Coimbra, o projeto cultural do direito não pode se revelar unicamente enquanto especificação do *princípio do discurso* ou sob a perspectiva que este impõe ao *princípio da democracia*⁷¹. Significa dizer, portanto, que não basta para a construção do projeto do direito que leve a sério o *homo humanus* que sua justificação repouse no consenso de uma maioria convencida por um discurso racional havido a partir de uma "liberdade" erigida sob determinadas condições ideais de fala (diálogo). O *republicanismo cosmopolita* depara-se inequivocamente com dificuldades contrafáticas na formação do consenso, algumas delas sob conhecidas abordagens que aqui já logramos expor, notadamente somatizadas sob o monômio *descontextualização*.

A descontextualização engendrada por uma dinâmica de purificação conduz à perda da identidade, dificuldade assentada pelo jus-filósofo de Coimbra como a pretensão de emancipar do horizonte civilizacional e da configuração histórico-cultural a *ratio* do direito. Nas suas palavras:

Não se trata, com efeito, só de querer vincular a *ratio* do direito à Entwicklungslogik do ideal role taking revelada pela <<descentralização>> moderna; trata-se já, muito claramente, de pretender emancipar ambas do horizonte civilizacional e da configuração histórico-cultural que as gerou, responsabilizando a dinâmica do seu continuum (no seu equilíbrio triangular) pela possibilidade de um patamar metadiscursivo eqüidistante. Se a primeira das vinculações referidas constrange o interlocutor direito a dissolver-se no projecto global da modernidade (se não explicitamente a renunciar a todos os traços identificadores que este projecto exclua ou considere irrelevantes), esta emancipação traz-nos como efeito o risco de descaracterizar a dinâmica pretendida (se não de enfraquecer o seu potencial

⁷⁰ AROSO LINHARES, op. cit., pp. 32 e 26, *passim*.

⁷¹ Idem, p. 32.

estruturante). Como se a exigência de (positiva e negativamente) se submeter todas as <<totalidades históricas>> existentes a essa dinâmica e às suas <<aquisições>> (levadas a sério como <<estruturas gerais>> da Lebenswelt) não se cumprisse sem um exercício continuado de abstracção-neutralização... e este exercício nos condenasse, por sua vez, a uma fronteira perigosa. Aquela em que a objectivação plausível as regras de procedimento e o correspondente iter de auto-racionalização (protegidos embora pela máscara de um humanismo abstrato) se descobrem feridos por níveis ou graus de indeterminação insustentáveis (exigindo especificações intencionais que só a ruptura do equilíbrio primordial, com a convocação de possíveis <<suplementos>> substantivos, há de estar em condições de satisfazer). Indeterminação que reduz a efectividade prática da racionalidade discursivo-comunicacional e dos limites de validade-vigência que esta deverá impor (reconduzindo o potencial das formas de comunicação a um ensamble de fórmulas abertas)? Podermos reconhecê-lo. Reconhecendo também um problema suplementar. É que o preço que assim (mais ou menos generosamente) se paga... mostra-se por sua vez (paradoxalmente!) insuficiente para garantir a ambicionada emancipação. Com efeito, nem mesmo reconduzida ao seu núcleo mais indiferenciado ou indefinido (com a sua força performativa reduzida a um apelo quase só nominalístico) nos aparece(rá) a máscara do homem do consenso ideal (com a sua inclusão discursiva do outro) ...⁷²

No âmbito dessas idéias, Aroso Linhares também se mostra inteiramente convencido de que a pergunta pelo sentido do direito, pela sua práxis - enquanto experiência diferenciadora deve levar a sério e estar vinculada a um horizonte de expectativas civilizacionais. Todavia, ele também se encontra convicto de que na solução dos problemas por esse viés prático-cultural-civilizacionalmente-inconfundível e, portanto, não-universalizável, não está em pauta "esquecer as condições de representação-determinação impostas pelo contexto global, como não se trata de propor especificações que neutralizem os desafios deste contexto - especificações que em nome de uma celebração (apologética) da autonomia-*Isolierung* do jurídico pudessem ocultar-superar os problemas correspondentes. Porque se trata antes de convocar <<o *originarium* constitutivo do problema do direito>>... para experimentar a continuidade (e se quisermos, a plausibilidade *contextual*) da procura que lhe corresponde."⁷³

É nesse *continuum* que a experiência do direito projeta-se

⁷² AROSO LINHARES, op. cit., pp. 33-34.

⁷³ Idem, pp. 34 - 35, *passim*.

nos costumes, na cotidianidade, em suma, no *ethos* onde ele é pensado, elaborado, construído com bom senso, prudência, bem julgar, sabedoria (*phronésis*). O jurídico, assim, nos é convocado não a partir de um meta-discurso, mas como um “interlocutor autêntico (participante efetivo num diálogo em que a pluralidade envolvida é seguramente também a dos horizontes civilizacionais). Interlocutor que só encontraremos, na plenitude da sua riqueza e fragilidade, se estivermos dispostos a reconhecer (mas também a discutir e problematizar!) um *modo* civilizacionalmente específico de construção de sentidos comunitários...”⁷⁴, ensina, em conclusão, o mestre luso.

Aportes finais à guisa de conclusão

Retomemos, agora, a passagem de Charles Dickens recortada na epígrafe deste *paper*. Vivemos hoje tempos igualmente difíceis. Na sociedade contemporânea, altamente complexa e contingente, a experiência do jurídico, como experiência do *humano*, o sentido do direito não pode ser relegado ao esquecimento. Esse sentido, conquanto estejamos a trabalhar com obra do homem, deve projetar-se pelos caminhos da *phronesis*, como virtude cardeal, e nas mãos de quem for ganhará dignidade e, lançada, assim, a experiência para o *ethos*, seja nas mãos de um estudante dos bancos de uma faculdade, seja nas mãos de um *chief justice* das supremas cortes, poder-se-á se perquirir em que medida uma resposta aponta (materialmente) para o bem ou para o mal, para o amor ou para o ódio, para a virtude ou para o vício, ainda que revestida de uma técnica (forma) que, em nome de um discurso universalista, confira-lhe grau de correção. Sem dúvida, essa resposta não reside no campo do indecifrável, na subjetividade de qualquer ator jurídico que mascare qualquer mistério (desde existencial, técnico-formacional, etc). Ela existe como condição de possibilidade⁷⁵ e deve-se evidenciar cultural-

⁷⁴ AROSO LINHARES, op. cit., p. 39.

⁷⁵ “... o que podemos (e devemos) esperar do jurídico é afinal uma resposta *possível* (<<originária>> e autônoma, *não derivada*) para o problema da <<vida em comum>>: uma resposta possível que se *distingue* dos discursos ético-existenciais e ético-políticos e da *Sttlichkeit* subjetivada e fragmentada que estes integram (da *eticidade* particular e plural que substituiu irreversivelmente o *ethos* social global das práticas tradicionais)... mas que se distingue também (*et pour cause!*) de um possível discurso *moral* descontextualizado (da *Moralität* iluminada por uma pretensão de universalidade que a ruptura moderna emancipou irreversivelmente da *eticidade-Sttlichkeit*); ou mais rigorosamente, uma resposta que se distingue destes discursos (e do modo como eles assimilam o mundo prático)... enquanto mobiliza simultaneamente um sistema <<cognitivo-simbólico>> e um sistema <<normativo-institucional>> (*das Recht ist beides zugleich: Wissenssystem und Handlungssystem*)...”

civilizatoriamente comprometida com o projeto de *homo humanus* que o direito deve distinguir.

Retomemos, ainda, aos exemplos de respostas oferecidos pelas democracias brasileira e portuguesa nas últimas eleições. A eleição de Tiririca com assombrosos mais um milhão e trezentos mil votos, bem como, da mesma forma, a assustadora percentagem de abstenção (53,48%) nas eleições presidenciais portuguesas, inequivocamente, carregam um sentido. Um sentido, sem dúvida, que não pode ser compreendido em face de uma racionalidade formal universalista que aponta para a circunstância de que aquelas respostas foram havidas a partir de um *consenso* procedimental, encontrando-se, dessa forma, sob o pálio do *princípio democrático* e, de tal sorte, inteiramente ajustadas aos apelos da pretensão de universalidade que a forma racionalizou. Para além disso, as respostas querem significar muito mais. E significam. E essa significação somente poderá ser compreendida se mergulharmos no mundo da vida a fim de perquirir uma justificação para o discurso verbalizado nas repostas. Dito de outro modo: o que levou o povo brasileiro a depositar um milhão e trezentos mil votos num comediante semi-analfabeto, sem plataforma política, digamos, séria, sem condições de realizar um projeto político-emancipatório (Para quem? Em nome de quem? Com que finalidade ou objetivos?!!!)? Do mesmo modo pode-se perguntar o que levou a maioria do povo português - ou melhor, o que não o levou às urnas nas últimas eleições presidenciais? O que se esconde atrás das respostas oferecidas pela democracia e pelo direito faz-nos mergulhar num universo contrafático que pode por em xeque o próprio princípio democrático e o próprio direito se este não se avultar com um interlocutor de uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Deveras, a validade de uma resposta passa a ser perquirível pelo projeto cultural comunitário, pelo seu repositório de insumos que é civilizacionalmente inconfundível e não *universalizável* como nos lembra o mestre de Coimbra para quem a resposta vai celebrar uma vocação integradora (de *sentido comunitário*) enquanto participa da *práxis-poiesis* de um integrante *mundo-humano*⁷⁶.

Práticas que, cumprindo uma tarefa-empresa (*Unternehmen*) com um sentido (*Sinn*) inconfundível, manifestam constitutivamente uma opção-entrega (*sobald [die Bürger] sich entschliessen, ihr Zusammenleben durch Recht legitim zu regeln*). Ora, uma opção-entrega que nos proporciona uma experiência única do *problema prático* e do *novum* dele relevante. Que é evidentemente a da *controvérsia-caso*... (AROSO LINHARES, op. cit., p. 8).

⁷⁶ AROSO LINHARES, op. cit., p. 37.

Para se perceber o alcance destas elucubrações, pensemos o seguinte: Seria Tiririca eleito, ao menos com a estrondosa votação, se o voto no Brasil fosse facultativo como o é em Portugal? e não seria isso, desde logo, uma (apenas uma) das causas da enorme abstenção em terras lusas? Numa democracia, quanto noutra, a resposta revela um sentido de apatia política, de descaso, desinteresse pela coisa pública, ou seja, pelo modo de como a institucionalização tem sido produzida pelo gargalo do consenso dialógico. Aqui e lá, há um sem número de motivos contrafáticos e que resultam digamos “acomodados” nesse consenso pós-convencional que convive com um *republicanismo* onde um presidente de uma república é eleito sem o voto de mais da metade do colégio eleitoral ou que igualmente admite como resposta um consenso havido sob a base de um voto protesto que permitiu a eleição de outros três deputados que sequer foram votados!!! E, sob tal contextura, não seria uma resposta certa, aquela da justiça eleitoral brasileira, que validou a vontade popular mesmo contra o convencionalismo racional institucionalizado, no caso, em norma constitucional que tornou o analfabeto inelegível? Seria contramajoritária a decisão? O peso do majoritarismo não pode ser tão facilmente aquilatado. É de difícil aferição sobretudo se estiverem em causa direitos fundamentais. Basta imaginar, por exemplo, que Tiririca fosse confessadamente um adepto de idéias homofóbicas ou difundisse e ostentasse a bandeira de um Estado confessional islâmico fundamentalista. O constructo institucionalizacional canalizado sob o veio do voto de protesto seria admitido como resposta certa para a democracia e para o direito na *comunidade de princípios* brasileira? Seria o caso de, aqui, garantir os *objetivos condutores da juridicidade do constitucionalismo comunicativo-procedimental*? Recordem-se, aqui, dos exemplos ofertados por Calsamiglia⁷⁷ e Barroso⁷⁸.

Talvez resida no âmbito de dificuldades dessa ordem a postura ostentada por aqueles que oferecem resposta negativa à indagação que serviu de norte para este ensaio. Assim é o pensamento de Kozicki. Para a professora da Universidade Federal do Paraná, sempre vai haver divergências interpretativas entre juízes, legisladores e cidadãos acerca dos princípios da comunidade e a interpretação vitoriosa pode parecer aos outros desprovida de valor ou obtida de forma a não respeitar os princípios que lhe cabia desvendar. Neste sentido, registra ela “a resposta certa, base da teoria da adjudicação de Dworkin, será sempre uma

⁷⁷ Vide nota 28.

⁷⁸ Vide nota 30.

resposta possível entre várias”. Isso se apresenta da mesma maneira para a democracia que convive com o dilema de “uma parte da comunidade, falando em nome de todos, poder tentar realizar uma determinada concepção de bem, ou conjunto de princípios, concepção ou conjunto este que é apenas uma possibilidade entre outras, mas que, em determinado momento, pode ser suficientemente poderoso para gerar acordos e identificações coletivas”(…) “Em suma: *não existe uma resposta certa*, tanto no âmbito da aplicação do direito, quanto no âmbito da democracia; a escolha de uma resposta representa sempre uma decisão, um escolher entre possibilidades distintas, e a conseqüente exclusão das possibilidades não contempladas no ato decisório.”⁷⁹

Contudo, a circunstância de uma resposta implicar sempre numa escolha que afasta outras possibilidades, não conduz à negativa para a nossa indagação. A resposta certa existe como condição de possibilidade e se desvelará na medida em que se lograr respeitar e fazer evidenciar e mobilizar as formas de vida comunitárias tendo como sentido a *prática-procura cultural civilizacionalmente comprometida*⁸⁰. O apego a essa práxis a torna evidentemente contextualizada, isso porque o direito é um fenômeno cultural⁸¹, advindo, desde aí, a necessidade de que se

⁷⁹ KOZICKI, pp. 54 - 55, *passim*.

⁸⁰ AROSO LINHARES, op. cit., 35.

⁸¹ Aroso Linhares acentua a propósito que a autonomia do direito pré-ocupada para um “...exercício de demarcação *humano/inumano* (e então também, hoje muito especialmente, com a exigência de denunciar-desmascarar os intérpretes-defensores do inumano que o desafiam!) (...) não nos interpele menos como *sentido-exigência* inconfundível e como experiência *continuada* de realização (mas também e ainda como discurso *culturalmente* específico)” e rememorando a lição de seu mestre o Prof. CASTANHEIRAS NEVES registra “Sem esquecer que as *emergências* destas três autonomias (<<filosófica>>, prático-jurisprudencial e cultural) correspondem a três *momentos* inconfundíveis da aventura civilizacional da resposta *direito* (de um direito que se descobre sucessivamente como sentido e como especulação filosófica, como prática jurisprudencial e como domínio cultural *universitariamente* reconstituído e comunicado) - numa conjugação-construção que o discurso medieval (ao assegurar a terceira das autonomias e ao assimilar-reinventar as outras duas) pôde traduzir na relação *sapientia/scientia/prudentia*. Cfr. Neste sentido o *Sumário desenvolvido* proposto por Castanheira Neves na primeira sessão do II Programa de Doutoramento (Faculdade de Direito de Coimbra, ano lectivo 2001/2001), *O actual problema da autonomia do direito*, I) *Introdução*, 1.a), b), e c) [<<Se para os gregos o direito era um problema *filosófico* - intencionalidade que se mantém na dimensão teológico-filosófica - e para os romanos era uma *prática*, uma experiência socialmente prudencial, volve-se agora numa dogmática (numa dogmática hermenêutica). Pelo que a autonomia do direito passa a ser uma *autonomia cultural*: o direito não se especula apenas, nem se pratica só prudentemente, estuda-se e reconstitui-se dialéctico-culturalmente - o logos jurídico torna-se hermenêutico-dialéctico. O que se manifesta secularmente no *ius commune*...>> (*Ibidem*,4) - sistematização que vemos retomada e desenvolvida em <<o problema da universalidade do direito ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas>>, cit., pp. 111-116 (III).” (AROSO LINHARES, op. cit., pp. 35 - 36 e nota 130).

imprima sentido aos elementos que integram a ordem jurídica. E há, efetivamente, sentido(s) nas decisões dos povos brasileiro e português. São decisões, sem dúvida, amparadas por escolhas e, como tudo na vida, com sacrifício de outros bens e valores. O que importa, todavia, por em relevo, é que a validação de decisões deste jaez, ou seja, decisões que expressem desacordos morais razoáveis, não podem implicar sacrifícios intoleráveis de direitos fundamentais. Quando, portanto, as decisões, as significações comunitárias passam por esse fiel da balança, elas se projetam no âmbito da justificação jurídica e democrática. Estamos convencidos de que, sob esse viés, as decisões das democracias brasileira e portuguesa, bem como a decisão da justiça eleitoral brasileira conseguem sair pelo gargalo e projetarem-se no campo da validade.

Em determinadas situações, todavia, os (des)acordos sobre significações comunitárias encontram-se plantados em questões morais altamente complexas e a resposta é de difícil alcance. O fiel da balança, como registramos, será sempre a dignidade do *homem humanus* e essa se afere - estamos aqui com Aroso Linhares - a partir de uma interlocução com o direito sob o manto de uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*.

Nessa altura, recordemos, porque oportuno, do conhecido caso do “lançamento do anão” (*lancer de nains ou dwarf tossing*): Em uma cidade francesa chamada Morsang-sur-Orge, um estabelecimento comercial tinha como atração um campeonato de arremesso de um anão, na qual anões, vestindo roupas de proteção, são arremessados em direção a um tapete acolchoado, sendo vencedor da noite aquele que conseguir lançar o anão até a maior distância possível. O Poder Público resolveu interditar o estabelecimento onde ocorria o evento, argumentando que aquela atividade violava a ordem pública, pois era contrária à dignidade da pessoa humana. A casa de diversão recorreu contra a decisão do prefeito, tendo como litisconsorte ativo o próprio anão, o Sr. Wackenheim, que não se sentia diminuído com aquela atividade, pelo que argumentou que o direito francês protegia os valores da livre iniciativa e do direito ao trabalho necessário à sua sobrevivência. A jurisdição administrativa deu ganho de causa ao estabelecimento e restabeleceu a prática do arremesso de anão. A edilidade recorreu e o Conselho de Estado Francês reformou a decisão e interditou a atividade em defesa da dignidade da pessoa humana e ordem pública, considerando que o indivíduo deve ser

sujeito de direito e não objeto de direito para ser arremessado em um espetáculo, de um lado para outro, como se fosse uma coisa⁸². Wackenheim recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, alegando que a decisão seria discriminatória e violava o seu direito ao trabalho. Em setembro de 2002, o Comitê confirmou a decisão do Conselho de Estado francês, reconhecendo que o lançamento de anão viola a dignidade da pessoa humana e, portanto, deveria ser proibido. Pois bem. Decisão oposita foi tomada na jurisdição norte-americana, onde houve muitas ações envolvendo a mesma questão. Ali, com efeito, prevaleceu a argumentação de que a dignidade da pessoa humana assegura, antes e sobretudo, a autonomia privada. Portanto, se o anão quer e espontaneamente participa do evento, o Estado não tem o direito de impedir que ele exerça a sua vontade nesse sentido.⁸³

É nessa contextura que se pode divisar o quão complexas⁸⁴ são determinadas questões que estão a exigir respostas do direito no ambiente do Estado democrático. E o exemplo exposto mostra-se perfeitamente apto para compreender que quando estão em causa direitos fundamentais, sobretudo os enfeixados sob o princípio da dignidade da pessoa, qualquer resposta possível será alavancada a partir da consideração dos valores comunitários. Ela deve ser alcançada com prudência (*phronesis*) sob o veio condutor de uma interlocução do direito com uma compreensão *cultural-civilizacionalmente comprometida*. Com efeito, a permissão do arremesso de anão nos Estados Unidos revela o constructo cultural-civilizacional que serve de guia institucionalizacional naquela comunidade de princípios. A cultura do individualismo - as vezes, para nós outros (de outra cultura) - exacerbado conduz a um predomínio do princípio da autonomia da vontade. É preciso, todavia, ter-se cuidado para que o binômio *cultura-civilização*, como fiel da balança, não permita que o princípio dignitário se mostre de tal sorte amesquinhado ou praticamente aniquilado. O equilíbrio aponta para o princípio da tolerância que inserido no “processo de democratização-constitucionalização (*judicialização*)”, perde o caráter <<unilateral>> e a intenção

⁸² Extrato da decisão pode ser consultado in: <http://web51.hosting.xpg.com.br/xpg2.0/0/q/e/georgemlima/anao.pdf>.

⁸³ Informação e contextualização apresentadas pelo constitucionalista brasileiro Luiz Roberto Barroso na entrevista intitulada: *Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)*, disponível in: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>, consulta realizada em 15/12/2010.

⁸⁴ Esse rótulo de complexidade passa por questões como o aborto, a eutanásia, a tutela às relações homoafetivas, o uso de células tronco embrionárias, o sério problema do equilíbrio entre a utilização dos recursos naturais e a preservação do meio-ambiente, entre outras.

paternalística que histórico-culturalmente lhe corresponderam⁸⁵”, anota Aroso Linhares⁸⁶, e reclama atenção à pontuação feita Castanheira Neves quando ensina que a “pessoa, enquanto *homem real*, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia do seu *eu social* (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um *eu pessoal* (aquele próprio da existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico <<incomparável no comparável>>) - a unidade dialéctica, se quisermos, da objectividade e da subjectividade humanas.”⁸⁷ E no conflito, o emérito catedrático de Coimbra não deixa dúvida quanto ao caminho a seguir:

se o <<eu pessoal>> depara no seu horizonte dialéctico de realização com um <<eu social>> ou comunitário, sem que um ou outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo <<eu>>, não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade - que assim será verdadeiramente um direito - da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos direitos do homem e dos direitos fundamentais.⁸⁸

Não é outra a razão pela qual Barroso ao registrar que quando se “tem um desacordo moral razoável, ou seja, quando os dois lados têm argumentos que merecem consideração e respeito, o papel do Estado e do Direito não é escolher um dos lados, mas assegurar que cada um viva sua crença, que cada um viva a sua autonomia privada⁸⁹”. É, preciso, contudo, não perder de vista que na pugna entre o projeto existencial pessoal de cada um *versus* o projeto existencial social, o direito deve aparecer como um interlocutor em defesa do projeto do *homo humanus* e a resposta certa se valida na medida em que se apresentar comprometida com esse último projeto que se mostra assim, apto a colocar no vértice da actual compreensão autêntica da existência humana a *pessoa*, que implica, como assenta Castanheira Neves, “a compreensão e a

⁸⁵ O unilateralismo e paternalismo que ainda conformam o princípio da tolerância fica evidenciado em verbalizações do tipo “nós somos tolerantes em relação àquilo que não somos capazes de proibir”, o que revela uma certa supremacia, diria mesmo uma certa soberba do tolerante em relação ao tolerado, impondo redobrada atenção por ocasião de justificações.

⁸⁶ AROSO LINHARES, op. cit., p. 31, nota 123.

⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 69.

⁸⁸ Idem, pp. 69 - 70.

⁸⁹ BARROSO, op. cit.

assunção de nós próprios como pessoas. O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo.”⁹⁰

Que nos seja permitido, enfim, retomar ao pensamento de Saramago que também destacamos em epígrafe para lembrar - e apenas lembrar com o peso da incerteza que recai sobre nossos ombros diante de indagações que tais que as reflexões acerca do direito e da democracia nos impele - que é preciso desvendar os olhos para descobrir e compreender as cores da *diferença* gerada pela *pluralidade* no *mundo prático*, mas com o cuidado para não permitir que a claridade estonteante de *universalidade racional* possa abarcar todas essas cores mergulhando-nos numa brancura tão luminosa, tão total, que devore, mais que absorva, as cores, as coisas, enfim, o homem (*o homo humanus*), tornando-nos, dessa maneira, duplamente cegos ...

⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 69.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

AROSOLINHARES, José Manoel. *O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade*. Universidade de Coimbra. Texto inédito ainda pendente de publicação.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=77375, consulta realizada em 25/09/2009.

_____. *Conversas Acadêmicas: Luis Roberto Barroso (I)*, disponível in: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-luis-roberto-barroso-i>.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio* (prefácio). Barcelona: Editorial Plantea-De Agostini, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2003.

_____. *O problema da universalidade do direito - ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas*. In: Digestas, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Ronald Dworkin*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, UNISINOS, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Doutrina

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*, vol. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999.

_____. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KOZICKI, Katya. *Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: PGE, vol. 24, nº 54, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1994.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal Decision and its Justification*. In: *Le Raisonnement Juridique. Akten des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bruxelas : Ed. H. Hubien, 1971.