



ANDRÉ FELIPE PORTUGAL

A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONSTITUCIONAIS

UM DIÁLOGO COM A EPISTEMOLOGIA DA "ÚNICA RESPOSTA CORRETA"

Dissertação em Ciências Jurídico-políticas - Menção em Direito Constitucional

2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANDRÉ FELIPE PORTUGAL

A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONSTITUCIONAIS:
UM DIÁLOGO COM A EPISTEMOLOGIA DA “ÚNICA RESPOSTA CORRETA”

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Constitucional.

Orientação: Professor Doutor João Carlos Loureiro

COIMBRA

2016

“porque
por mais que diga
e porque disse
sempre restará
no dito o mudo
o por dizer
já que não é da linguagem
dizer tudo”

Ferreira Gullar, *Desordem*, in “*Em Alguma Parte Alguma*”, Editora José Olympio, 2013, p. 22.

"Uma abelha, depois de pousar numa flor, pica uma criança. A criança teme a abelha e diz que o objetivo da abelha é picar as pessoas. Um poeta admira a abelha que chupa o cálice de uma flor e diz que o objetivo da abelha é chupar os aromas das flores. O apicultor, ao notar que a abelha recolhe o pólen das flores e o leva para a colmeia, diz que o objetivo da abelha é a coleta do mel. Outro apicultor, que estudou a vida da colmeia mais detidamente, diz que a abelha coleta o pólen para a nutrição das abelhas jovens e para incubação de uma mãe e que o objetivo da abelha é a continuação da espécie. Um botânico observa que, ao voar com pólen de uma flor dioica para um pistilo, a abelha o fertiliza, e o botânico vê nisso o objetivo da abelha. Outro, ao observar a migração das plantas, vê que a abelha contribui para essa migração, e esse novo observador pode dizer que nisso reside o objetivo da abelha. Mas o objetivo final da abelha não se esgota no primeiro, no segundo nem no terceiro objetivo que a razão humana está em condições de descobrir. Quanto mais alto se ergue a razão humana na descoberta de tais objetivos, mais fica evidente para ela a inacessibilidade do objetivo final."

Liev Tolstói, *Guerra e Paz*, Editora Cosac Naify, 2013, p. 2337.

AGRADECIMENTOS

Num trecho deste trabalho, menciono uma curta passagem da célebre frase de John Donne, mundialmente conhecida através da epígrafe de *Por quem os Sinos Dobram*, de Ernest Hemingway: “Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma”.

Para além de suas implicações filosóficas e epistemológicas, essa frase carrega consigo uma verdade incontornável: ninguém, nem mesmo o mais pretencioso dos seres, é bastante por si mesmo.

Digo isso porque é preciso reconhecer que, sem o apoio de cada uma das pessoas que passarei a mencionar, este trabalho não teria tido o resultado ora alcançado. Para alguns, aliás, a constatação é ainda mais intensa: ausentes tais suportes, este projeto, que é fruto de tanto estudo, sequer teria transcendido a esfera dos sonhos acadêmicos.

Feitas essas considerações, passarei a nomear aqueles que foram tão imprescindíveis para a realização deste trabalho.

Os primeiros e mais importantes não poderiam deixar de ser meus pais, Julio e Cristina, seja por todo o amor incondicional, como pelo sacrifício financeiro exigido para possibilitar minha estadia e meus estudos em Coimbra. A ambos dedico este trabalho.

Agradeço, também, à minha irmã, Vanessa, que, mesmo à distância, manteve a alegria que lhe é peculiar em nossas várias conversas, contribuindo para amenizar toda a inevitável saudade que marca uma viagem como essa.

Não posso deixar de agradecer ao meu amor, Lais, primeiro pela infinita e inigualável compreensão. Sei bem de todas as dificuldades inerentes à longa distância que nos separou no início desta empreitada. Em segundo lugar, agradeço-lhe por ter, com sua ida a Coimbra, alegrado e encantado todo o resto de meu período no Velho Continente. Têm sorte os bem amados; tenho sorte eu, por ser amado por você.

Quero deixar um especial agradecimento, igualmente, para todos os meus grandes amigos com os quais travei intensos debates e com os quais, sobretudo, muito pude aprender, ao longo de todos esses anos.

Ao Mário Henrique Gebran Schirmer, amigo de tempos, companheiro de corridas, de estudos na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e de muitos debates sobre as teorias de Luhmann, Habermas e sobre a política brasileira em geral, agradeço pela leitura atenta desta dissertação, com comentários sempre procedentes, que contribuíram para melhorá-la de modo considerável.

Ao Érico Prado Klein, meu grande amigo e parceiro de grandiosos debates sobre filosofia política, devo agradecer por todas essas conversas, as quais sempre me estimularam a adotar posturas cada vez mais reflexivas e conscientes. Devo-lhe agradecer, aliás, por ter me indicado, há muito tempo, a obra de Hermann Hesse. De certo modo, a primeira epígrafe deste trabalho não deixa de ter a sua participação.

Ao Fábio Meger, outro grande parceiro de estudos e debates engrandecedores sobre filosofia, política, direito e religião, deixo os meus agradecimentos por todos os seus comentários e conselhos nessas discussões. É uma oportunidade rara poder discutir, quase todas as semanas, o pensamento de Tolstói, Thoreau, Sartre e Camus, além de todas as implicações práticas.

Ao Glauber Drummond Lulu, mais um interlocutor compromissado com a honestidade intelectual e engajado na obra de autores os mais diversos, devo agradecer, também, por todos os aprendizados e indicações bibliográficas oriundos destes nossos vários debates. Muito pude aprender ao longo de todos esses anos.

Ao Vitor Parolin Maranhão e ao Conrado Gama Monteiro, grandes amigos meus, agradeço por todas as nossas conversas sobre Direito Penal e Processual Penal, além de todos esses anos de amizade.

Não é possível deixar de agradecer, também, ao Deltan Martinazzo Dallagnol, com quem tive a honra de trabalhar, pelo breve período de um ano, no Ministério Público Federal. Vários foram os seus conselhos sobre a experiência de realizar um mestrado fora do Brasil e, mais que isso, inigualáveis foram os aprendizados em Direito Penal e Processual Penal adquiridos ao longo deste período.

Já no campo acadêmico, tenho muito gosto em deixar meus agradecimentos ao meu orientador, o Professor Doutor João Carlos Loureiro, não somente pela orientação e pelas recomendações bibliográficas, mas por sua disponibilidade ímpar e, especialmente, pelo viés crítico empregado em suas avaliações deste trabalho.

Também não é possível deixar de incluir, aqui, agradecimentos ao Professor Doutor Fernando José Pinto Bronze, catedrático da Universidade de Coimbra e com quem tive o prazer de muito aprender na cadeira de Metodologia do Direito. Aliás, o tema desta dissertação é um aprofundamento de um *paper* apresentado naquela disciplina. Agradeço, portanto, por todos os seus apontamentos, todos grandiosos e, acima de tudo, necessários.

Por último, mas não menos importante, devo um agradecimento inestimável ao Flávio Antônio da Cruz, mestre, fonte de inspiração e, não tenho dúvidas, um dos maiores intelectuais brasileiros. Este trabalho recebeu uma boa dose de sua influência: não fossem as suas indicações bibliográficas, não é nenhum exagero dizer que nada disso teria possível. Fica, portanto, o meu *muito obrigado*.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
I	
1. O <i>DIREITO COMO INTEGRIDADE E A ÚNICA RESPOSTA CORRETA</i>	12
1.1. Hart <i>versus</i> Dworkin: o caminho para o <i>direito como integridade</i>	12
1.2. Um modelo de regras e princípios, o juiz Hércules e o direito como um conceito interpretativo	17
1.3. A moral e o direito enquanto unidades coerentes e objetivas.....	24
II	
2. CRÍTICAS À TEORIA DE DWORKIN E À <i>ÚNICA RESPOSTA CORRETA</i>	33
2.1. Coerência e incompletude dos sistemas.....	33
2.2. O sistema jurídico como um sistema complexo: complexidade, contingência e incerteza	45
2.3. Valores, linguagem e formas de vida: deve o Direito Constitucional assumir a objetividade moral?.....	62
2.4. Ressalvas ao juiz Hércules e o constitucionalismo para além da esfera estatal	83
III	
3. A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM DIÁLOGO COM A EPISTEMOLOGIA DA <i>ÚNICA RESPOSTA CORRETA</i>	96
CONCLUSÃO.....	124
BIBLIOGRAFIA.....	129
JURISPRUDÊNCIA.....	142

INTRODUÇÃO

A racionalização do processo de tomada de decisões judiciais constitucionais tem sido, desde muito, uma das grandes problemáticas com que se depara todo aquele que se dispõe a estudar o direito constitucional sob uma perspectiva crítica e reflexiva. Cuida-se, é bem verdade, de um tema complexo, que exige o estudo de várias áreas do conhecimento humano, como a filosofia e a epistemologia, e em cujo âmbito não há espaço para respostas fáceis ou redutoras. O dissenso acadêmico que o circunscreve não é fruto do acaso, uma vez que, a depender das premissas filosóficas e epistemológicas de que se parta, as respostas oferecidas tendem a ser radicalmente diversas. Por essa razão, não é teoricamente consistente, tampouco intelectualmente honesto, fornecer respostas sem, antes, enunciar as premissas tomadas por corretas. Isso significa que qualquer trabalho sobre essa temática que se pretenda científica ou intelectualmente sério não pode ignorar ou deixar de abordar tais questões. Para o bem ou para o mal, todo trabalho sério a esse respeito deve envolver densas discussões filosóficas e epistemológicas, sem, evidentemente, se afastar de problemas concretos do direito constitucional.

Este trabalho tem por objetivo analisar, de modo crítico e reflexivo, a possibilidade mesma da racionalidade das decisões judiciais constitucionais. As divergências teóricas, como mencionamos, são incontáveis, havendo, aí, várias abordagens interessantes. E uma delas, escolhida como o nosso principal objeto de crítica, é a teoria de Ronald Dworkin, para quem seria possível falar, mesmo nos chamados casos difíceis, de uma “única resposta correta”. Essa tese foi escolhida pelo que representa, em se tratando de racionalidade das decisões judiciais. Assumi-la ou negá-la parece ser um ponto de partida importante para qualquer teórico. Segundo as premissas filosóficas e epistemológicas de que partimos, cuida-se de uma tese equivocada, ainda que se trate de um ideal, e isso justamente por se cuidar de um ideal frontalmente contrário a tais premissas. Por isso mesmo, pensamos que ela é criticável sob várias perspectivas, a despeito do inegável e merecido prestígio de Dworkin por todo o mundo.

Primeiramente, portanto, é importante localizar aqueles que, segundo acreditamos, são os equívocos da teoria de Dworkin. Essas críticas tentarão trazer pressupostos diversos dos de Dworkin para o estudo do direito constitucional, o que resultará, naturalmente, em

novos mecanismos para a solução de casos controversos. Estes, portanto, são os nossos primeiros objetivos. É evidente que não pretendemos enunciar uma nova teoria sobre a decisão judicial constitucional. O objetivo final, portanto, se resume a enunciar as bases teóricas a serem consideradas por qualquer teoria da decisão judicial que se pretenda adequada a uma sociedade complexa, o que não vem acontecendo nem mesmo nas teorias críticas a Dworkin.

O trabalho está dividido em três partes.

A primeira consiste em uma descrição resumida de toda a obra de Dworkin, sem o que seria impossível localizar seus pontos críticos. Dada a importância de seu embate com Herbert Hart, não pudemos deixar de fora um resumo do que este representa, para fins de teoria das decisões judiciais constitucionais. Portanto, antes de adentrar na obra de Dworkin, serão mencionados os principais pontos da obra de Hart para a interpretação e decisão jurídicas.

A segunda parte é onde iniciaremos as críticas à obra de Dworkin. Também é aqui que enunciaremos as premissas filosóficas e epistemológicas julgadas necessárias para uma adequada teoria das decisões judiciais em matéria constitucional. Cuida-se de um capítulo dividido em quatro tópicos, cada qual responsável por fornecer uma perspectiva de crítica à teoria de Dworkin e, por conseguinte, à tese da “única resposta correta”. O primeiro destes tópicos envolve uma discussão de caráter lógico, sobre a completude e a coerência dos sistemas, uma pressuposição assumida por Dworkin especialmente em *Justiça para Ouriços*. O segundo deles, por sua vez, trata da complexidade ambiente e sistêmica, no que nos basearemos sobretudo na obra de Niklas Luhmann, da qual várias premissas epistemológicas importantes podem ser retiradas. No terceiro, entraremos de vez em questões de ordem epistemológica, mais especificamente sobre a problemática da objetividade dos valores e do conhecimento, o que também, de certo modo, é assumido por Dworkin. Por fim, o quarto tópico abrange, em primeiro lugar, uma crítica a Dworkin, especialmente ao seu modelo ideal de juiz, a partir de teorias democráticas, e, em segundo lugar, a partir da perspectiva constitucional deste Século, no qual é possível falar de um constitucionalismo para além da esfera estatal, o que, definitivamente, não é reconhecido na teoria dworkiniana.

Na terceira e última parte, são analisadas, muito brevemente mas também de modo reflexivo, algumas propostas diversas da de Dworkin para a construção de uma teoria das decisões judiciais constitucionais. Atentamos para as suas eventuais virtudes, mas também para as suas falhas e limitações. Em suma, nesta parte todos os pressupostos lançados no capítulo anterior são imediatamente trazidos para o direito constitucional, inclusive com a análise de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Cuida-se de um tópico que objetiva explicitar as premissas que, segundo pensamos, são necessárias para a construção de teorias das decisões judiciais suficientemente adequadas a sociedades complexas.

I

1. O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A ÚNICA RESPOSTA CORRETA

1.1. Hart *versus* Dworkin: o caminho para o *direito como integridade*

A controversa tese da “única resposta correta” foi desenvolvida por Ronald Dworkin como uma resposta ao paradigma até então dominante no direito anglo-saxão: o positivismo intitulado “moderado”, cujas origens remontam a Herbert Hart e à publicação, no início da década de 60, de *O Conceito de Direito*. Por isso, não há como compreender corretamente a teoria de Dworkin sem conhecer o intenso debate travado entre ele e Hart.

Descrever detalhadamente a teoria de Hart, infelizmente, não será possível. Este tópico se limitará a abordar as partes dela que se relacionam de modo mais imediato com a temática deste trabalho. Veremos, em outras palavras, o que Hart tem a nos dizer sobre a interpretação das normas jurídicas e, conseqüentemente, sobre a solução dos casos constitucionais controversos.

Quanto à interpretação das regras, Hart divergiu de dois polos, rivais, que lhe antecediam: as doutrinas do formalismo e do ceticismo sobre as regras¹. O formalismo pode ser notado naquilo que é costumeiramente chamado de positivismo exegético; por sua vez, o grande exemplo de ceticismo está no realismo jurídico.

Segundo o formalismo, os padrões gerais linguísticos pelos quais as regras são expressas seriam, em qualquer caso, suficientes para se chegar, através de deduções, a conclusões silogísticas simples. Seria como se as regras pudessem, por elas mesmas, oferecer uma solução para todo caso. O problema de tudo isso, diz Hart, está em que, como as regras jurídicas aplicam-se a uma variedade de casos futuros, é inevitável que surjam incertezas quanto ao modo de comportamento exigido por elas – ou seja, quanto à sua própria interpretação². Trata-se de uma situação onde a linguagem, meio inevitável de expressão das regras, encontra os limites que lhe são inerentes. Como sabemos, a própria linguagem é marcada por um caráter generalizador, na medida em que padroniza objetos ou estados de coisas inexoravelmente desiguais, mas semelhantes, classificando-os como

¹ BOBBIO, 2006, p. 142-6.

² HART, 2011, p. 139.

dotados de um mesmo significado. Aqui, Hart traça um primeiro esboço da diferenciação entre casos fáceis e casos difíceis: “Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (‘Se existir algo qualificado como veículo, um automóvel é-o certamente’) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (‘A expressão ‘veículo’ usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?’).”³ Segundo ele, a generalidade das regras seria mesmo inútil se não existissem tais casos familiares, cuja aplicabilidade é consensual e incontestável. Afinal de contas, seriam eles os responsáveis por garantir a própria comunicação humana⁴; é a partir daí que podemos falar da linguagem (e também das regras) como uso comum. Mas, de qualquer forma, seria um erro negar ou ignorar a existência de casos não abarcados pelo uso. Em tais casos, o raciocínio silogístico não basta. Aqui, o caso simples ou geral e a sua linguagem podem servir unicamente como um exemplo “dotado de autoridade”. “Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples em aspectos ‘relevantes’.” E todo esse raciocínio seria marcado por um caráter inevitavelmente discricionário, “de tal forma que se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas.”⁵

Esses limites da linguagem constituem o que Hart chamou de *textura aberta*, a incerteza na linha de fronteira como o preço necessariamente “pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto.”⁶ Evidentemente, poder-se-ia, no intuito de evitar esses obstáculos, objetar a própria formulação de regras gerais, substituindo-as por regras tão detalhadas quanto possível, de modo que todos os casos futuros estivessem previamente solucionados, não exigindo do intérprete uma escolha entre alternativas abertas. Hart responde que a razão para que isso

³ Ibidem, p. 139.

⁴ Ibidem, p. 139-40.

⁵ Ibidem, p. 140.

⁶ Ibidem, p. 141.

não seja sequer tentado “reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses.”⁷

A realidade é consideravelmente mais complexa do que imaginam os defensores dessa mecanização das decisões judiciais. É impossível, e também inadequado, imaginar qualquer possibilidade de congelar sentidos, como defendem aqueles que postulam um sistema de significados ou de regras absoluto e completo⁸). Pelo contrário, tanto as palavras, como as regras, devem ser interpretadas à luz do jogo de linguagem ou contexto que lhes identifica. Por isso mesmo, diz Hart, é importante que o poder legislativo se limite a traçar padrões bastante gerais e delegue a um “corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais”.⁹ Há, então, inevitavelmente, essa relativa indeterminação de finalidade, sobre a qual são importantes alguns esclarecimentos.

É claro que, quando alguma regra geral é criada, há, aí, alguma finalidade escolhida e, assim, determinada. É dela, afinal, que são depreendidos os exemplos paradigmáticos, ou seja, aqueles que certamente fazem parte de seu âmbito de abrangência. Por outro lado, até que aquela finalidade entre em confronto com casos até então não contemplados, ela mesma é, quanto a isso, indeterminada¹⁰. Ou seja, segundo Hart, a finalidade de uma regra geral, no momento de sua criação, limita-se àqueles casos simples para os quais ela se dirige; ela nem poderia abranger, de plano, os casos ainda desconhecidos. De todo modo, em se tratando da interpretação desses novos casos, caberá ao intérprete escolher a alternativa que julgar mais adequada ao conteúdo geral das regras de cujos casos paradigmáticos esse caso específico não é senão uma variante, impossível de ter sido prevista. Tais limitações à linguagem legislativa distinguiriam a “decisão como escolha” da “decisão como arbítrio”.

No mais das vezes, segundo Hart, a diferença entre um caso paradigmático ou evidente e um caso difícil recairá sobre uma questão de grau. Por exemplo: “Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida

⁷ Ibidem, p. 141.

⁸ Ibidem, p. 143.

⁹ Ibidem, p. 144.

¹⁰ Ibidem, p. 142.

indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático.”¹¹ O direito, como é evidente, está recheado de exemplos semelhantes, como é possível ver nos conceitos de “preço justo”, lembrado por Hart, “penas cruéis, desumanas ou degradantes”, “razoável duração do processo”, para citar apenas alguns. Haveria, assim, nos extremos, casos facilmente identificáveis. O verdadeiro problema apareceria nas regiões centrais, situadas entre ambos esses extremos. Nesses casos, mais uma vez, caberia à autoridade intérprete do caso – geralmente, os tribunais ou juízes - “exercer um poder discricionário, e não há a possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes.”¹² É claro que, nisso, ainda que não o reconheçam expressamente, os tribunais acabam por preencher “uma função criadora de regras”¹³ e, assim do próprio direito.

Vimos, entretanto, que tal poder criativo dos tribunais é, no modelo teórico de Hart, limitado. Além disso, haveria casos paradigmáticos, suficientemente descritos pelas regras. Portanto, é importante não atrelá-lo a algum ceticismo sobre as regras, tão comum aos defensores do realismo jurídico, segundo o qual não haveria regras até as decisões judiciais. De acordo com essa teoria, o máximo que os afetados pelo direito poderiam almejar seriam previsões sobre o que os tribunais decidiriam¹⁴. Em suma, o que Hart propõe é uma desvinculação tanto de um extremo, como de outro. Sua teoria se posiciona num meio termo entre ambas, e isso porque, se, nos casos fáceis, as regras seriam suficientes por si mesmas, bastando um raciocínio dedutivo, nos casos difíceis, “nos pontos em que a textura é aberta, os indivíduos só podem prever como os tribunais irão decidir e ajustar o seu comportamento em conformidade.”¹⁵ Ainda assim, tais casos teriam um sentido diverso daquele da afirmação “o direito é o que os tribunais dizem que é” quando atribuído por um realista, de acordo com a qual, em última análise, o conceito de discricionariedade pressupõe a aceitação, como direito, de tudo o que o tribunal decidisse. É verdade que, geralmente, regras secundárias amplamente reconhecidas atribuem a alguém o poder de ter a palavra final sobre o que o direito significa. Mas, havendo tais regras, ainda que, em alguma medida, o direito venha a ser o que o intérprete disser que ele

¹¹ Ibidem, p. 08.

¹² Ibidem, p. 144-5.

¹³ Ibidem, p. 149.

¹⁴ HOLMES, 1997, p. 994.

¹⁵ HART, 2011, p. 151.

é, há, sempre, por parte deste, um dever de aplica-lo da melhor maneira que puder. Em suma, mesmo naquela zona de penumbra, em que o intérprete deve fazer uma escolha, há “um núcleo de significado estabelecido”, do qual ele não é livre para se afastar e que constitui, de certa forma, os padrões de decisão correta ou incorreta, seja para os afetados, ao fazerem suas declarações não oficiais sobre o direito, seja para o próprio intérprete, em suas determinações oficiais¹⁶. Quanto a tais padrões, o juiz não os cria; a ele cabe mantê-los.

Tudo isso tem uma implicação direta no direito constitucional. É que, muito frequentemente (ao menos nos sistemas jurídicos que reconheçam princípios morais¹⁷), os critérios que baseiam as decisões judiciais são guiadas “pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes.” Daí é que, diz Hart, uma decisão judicial, sobretudo aquelas que versam sobre direitos constitucionais, “frequentemente envolvem uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente; será tolice acreditar que, quando o significado do direito é objecto de dúvidas, a moral tem sempre uma resposta clara a dar.”¹⁸ Daí é que Hart menciona algumas virtudes da decisão judicial, a partir das quais seria possível chegar a uma decisão racionalmente aceitável. Seriam elas: neutralidade e imparcialidade no exame das alternativas abertas, consideração dos interesses de todos os potencialmente afetados pela decisão e preocupação com o estabelecimento de um princípio geral aceitável, onde, especificamente, essa base racional da decisão seria encontrada¹⁹. E conclui: “Sem dúvida, porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios [morais], não pode ser *demonstrado* que certa decisão é a única correcta: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial.”²⁰ Pela complexidade do mundo em que vivemos e pelas limitações inerentes à própria linguagem, isso seria o máximo a que poderíamos chegar. A ideia mesma de uma “única resposta correta” não seria senão um engodo.

¹⁶ Ibidem, p. 159.

¹⁷ Hart não procura excluir do conceito de direito quaisquer considerações à moral, embora não veja, aí, uma relação de necessidade conceitual. Uma tal vinculação à moral poderia proporcionar o que ele chamou de “coerção moral da legalidade”, ou seja, o uso da legalidade do direito para fins de se estabelecer um conceito específico de moralidade pública. A esse respeito, ver HART, 1987, p. 40-ss.

¹⁸ HART, 2011, p. 220-1.

¹⁹ Ibidem, p. 221.

²⁰ Ibidem, p. 221. Grifo do autor.

1.2. Um modelo de regras e princípios, o juiz Hércules e o direito como um conceito interpretativo

Dworkin via o positivismo de Hart como problemático e, assim, passível de várias críticas. Em razão disso, ele acreditava ser necessária a sua substituição por uma nova concepção do direito e, sobretudo, do papel dos juízes na sua interpretação.

O primeiro ponto contra o qual se insurge Dworkin consiste no próprio conceito atribuído por Hart ao direito, entendido, como vimos, como uma união entre regras primárias e secundárias e, assim, fundado numa regra de reconhecimento. Segundo ele, essa definição seria particularmente limitada; além do mais, dela decorreriam implicações práticas inadequadas ao que o direito deve representar. Dworkin, portanto, procura ir além de Hart na definição do conceito de Direito: este não poderia ser concebido exclusivamente como um *modelo de regras*, pois, além das regras, o direito seria necessariamente construído por princípios, com os quais aquelas apresentariam uma diferença lógica e aplicativa, sem implicar, contudo, em qualquer perda deontológica destes últimos. A distinção entre princípios e regras, esboçada num dos primeiros trabalhos relevantes de Dworkin, é tão conhecida quanto banalizada: ambos, regras e princípios, indicariam decisões particulares sobre o direito ou obrigação jurídica no caso concreto, mas se diferenciariam no que toca ao caráter da respectiva orientação. Daí é que teríamos uma diferença de aplicação. Enquanto as regras seriam aplicáveis segundo uma lógica de tudo-ou-nada, sendo necessariamente válidas ou inválidas, os princípios deveriam ser aplicáveis em uma dimensão de peso, porquanto seriam limitados a oferecer razões para a decisão. Se uma regra fosse considerada inaplicável a um dado caso, haveria duas opções: ou ela seria considerada inválida e, assim, extinta do sistema jurídico, ou a ela seria declarada uma cláusula de exceção. O mesmo, contudo, não se passaria com os princípios. Em cada caso, é possível e até provável que haja princípios inicialmente conflitantes, cada qual apontando para uma direção, caso em que algum deles terá de prevalecer. Isso, porém, “não significa que [o princípio derrotado] não se trate de um princípio do nosso sistema jurídico, pois, em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor

força, esse princípio poderá ser decisivo.”²¹ Sobre o conteúdo desses princípios, pode-se dizer que eles seriam marcados por uma forte carga moral, estando ligados a ideais de justiça e direitos individuais. Diferentemente das políticas, que seriam padrões que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente em termos econômicos, e cujas decisões “devem ser operadas para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração”²², os princípios, segundo Dworkin, não estariam sujeitos a esses conflitos (de interesses), pois refletiriam, antes de tudo, a história institucional de uma dada comunidade política. Os princípios, a bem da verdade, consistiriam justamente no conjunto de direitos individuais garantidos historicamente por uma dada tradição jurídica e que refletiriam a sua moral compartilhada.

Isso tudo tem implicações práticas importantes. Na medida em que o direito não seria limitado a um conjunto de regras, nem mesmo seus fundamentos residiriam no que Hart chamou de *regra de reconhecimento* – aquilo que, para Dworkin, poderia ser intitulado *pedigree*. Pelo contrário, também os princípios integrariam o sistema, tanto quanto a seu fundamento de validade, como na sua respectiva atividade interpretativa. Assim, as consequências práticas seriam as seguintes: em primeiro lugar, como os fundamentos do direito não poderiam se limitar ao simples reconhecimento de uma regra suprema, o direito deveria ser legitimado por princípios; em segundo lugar, como tais princípios não só integram, como fundamentam o sistema, todo caso jurídico precisaria se referir, ainda que indiretamente, a eles. Mesmo, senão principalmente, naqueles casos que Hart chamou de difíceis, caracterizados pela insuficiência dos padrões gerais estipulados pela linguagem legislativa, não caberia ao intérprete *criar* o direito, como se este não indicasse, já, nenhuma resposta adequada. Ali, caberia ao intérprete buscar apoio nesses princípios jurídicos, marcados por uma forte carga moral, e, assim, oferecer a melhor interpretação. Ou seja: diferentemente do que afirma Hart, já haveria direito, justamente porque os princípios jurídicos deveriam ser entendidos enquanto uma totalidade coerente e unitária. E, porquanto se trata de uma totalidade, não faz sentido pressupor a sua incompletude. Teríamos, portanto, uma rede de princípios e, assim, um sistema jurídico que, considerada toda a sua história institucional, possibilitaria ao intérprete encontrar uma

²¹ Ibidem, p. 39-42. Veremos, contudo, que uma abordagem completa da obra de Dworkin, o que inclui seus trabalhos mais recentes, coloca-o entre aqueles que negam a existência de autênticos conflitos entre valores e entre princípios.

²² Ibidem, p. 36-ss.

solução adequada para qualquer caso jurídico. Não sobraria qualquer espaço para a discricionariedade do intérprete: a decisão não se trataria, em qualquer hipótese, de uma escolha.

Ao juiz, portanto, seria atribuída a responsabilidade política de interpretar corretamente essa história institucional e o conjunto de princípios que a constitui, sobretudo nos casos difíceis. Para tanto, Dworkin lança mão de um modelo ideal de juiz, com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chama de Hércules²³.

A Hércules seria atribuída a difícil tarefa de, ao decidir um caso difícil, considerar as tradições morais da sua comunidade, “pelo menos do modo como estas são capturadas do registro institucional que é sua função interpretar”²⁴, e, assim, encontrar a decisão correta para cada caso. “É esse direito constitucional, de modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja”²⁵. Ele seria o melhor intérprete da moralidade comunitária, da moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Para isso, deveria desenvolver uma teoria política completa, que justificasse os princípios estabelecidos pela Constituição à qual está submetido e abrangesse uma teoria adequada da legislação e da responsabilidade política dos legisladores e juízes²⁶, em um todo coerente e unitário. Nessa totalidade, diga-se de passagem, deveria ser incluída uma adequada teoria dos precedentes judiciais, cuja força gravitacional poderia ser explicada por um apelo “não à sabedoria da implementação das leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”²⁷. Em outras palavras, Hércules deveria construir um esquema de princípios que fornecesse uma justificação coerente também aos precedentes, os quais, saliente-se, não poderiam deixar de ser justificados por princípios. Após o desenvolvimento dessa teoria absolutamente coerente, Hércules deveria colocá-la em prática, esforçando-se ao máximo para obter êxito na busca da única resposta correta para o caso decidendo, para o que lançaria mão, inclusive, de seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Afinal, diz-nos Dworkin, porquanto

²³ Ibidem, p. 165.

²⁴ Ibidem, p. 192.

²⁵ Ibidem, p. 197.

²⁶ Ibidem, p. 168.

²⁷ Ibidem, p. 176.

Hércules é um *participante* da comunidade cuja moralidade lhe cabe interpretar, tenderá “a valorizar a maioria dos conceitos que figuram na justificação das instituições de sua comunidade”, razão pela qual as suas convicções pessoais são a sua “mais favorável via de acesso à moralidade institucional”²⁸. Por isso, a resposta de Hércules em um caso difícil, a exemplo daqueles que envolvem um aparente conflito entre princípios, irá depender não somente de suas crenças sobre qual princípio deve prevalecer num nível de justiça abstrata, mas, especialmente, de suas crenças sobre qual deles “deve ser seguido, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros *têm as mesmas convicções* morais de seus concidadãos.”²⁹

A decisão de Hércules, portanto, deve incluir suas convicções sobre a moralidade política, o que o desvincula de qualquer ideal passivista sobre a atuação dos juízes. “Ele não é um passivista, pois rejeita a ideia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão.”³⁰ Não lhe é dada a possibilidade de fugir de sua responsabilidade política. Há um certo protagonismo do judiciário no *direito como integridade*, o que fica evidente quando Dworkin afirma que os “tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes”, não obstante suas atribuições sejam limitadas pelo sistema coerente de princípios que constitui a comunidade política de que participam: eles, os juízes, não são os “videntes e profetas” desse império³¹. Afinal de contas, é esse sistema de princípios que deve servir de fundamento e de freio para as suas decisões, o que diferenciaria o modelo teórico de Dworkin do que ele chamou de ativismo judicial, este vivenciado quando o juiz ignora “o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.”³² Tudo isso cederia ao ponto de vista do próprio julgador a respeito das exigências da justiça, no que o positivismo e o ativismo se assemelhariam, ao menos em alguma medida. “O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.”³³ Assim, em se tratando de casos constitucionais controversos, Hércules julgaria, a partir daquela rede de princípios, quais

²⁸ Ibidem, p. 200.

²⁹ DWORKIN, 2014-a, p. 298. Grifamos.

³⁰ Ibidem, p. 474.

³¹ Ibidem, p. 486.

³² Ibidem, p. 451-2.

³³ Ibidem, p. 452.

disposições pressupõem a proteção da democracia e quais exigem a proteção de indivíduos e minorias cujas vontades não puderam ser atendidas pelo processo democrático: ele mesmo decidirá quando *os princípios* apontam para decisões favoráveis ou contrárias às decisões majoritárias³⁴. Por isso mesmo, ele não seria um tirano ou um destruidor da democracia: “Quando intervém no processo de governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer.”³⁵

Segundo Dworkin, uma das causas para a aposta, pelos positivistas, na discricionariedade do intérprete, residiria, justamente, numa grave falha do positivismo jurídico: eles veem o direito como uma simples questão de fato. Mais detalhadamente, o direito seria o que as instituições jurídicas decidiram no passado ou o que é reconhecido como direito (isto enquanto um fato), pelo que não seriam possíveis divergências sobre o que o direito *é*, mas, somente, sobre o que ele *deve ser*³⁶. Uma vez considerado este ponto de análise, as pessoas teriam sempre em conta um único conceito de direito – para Hart, aquele que se fundamentaria na regra de reconhecimento e, em última análise, nas convenções de uma comunidade específica. Elas divergiriam sobre os deveres dos intérpretes, particularmente os tribunais. Enquanto, para uns, caberia aos tribunais defender, em qualquer hipótese, o que o direito efetivamente é, ainda que não gostem do que encontrem ou o achem injusto, outros defenderiam a adoção de posturas mais “ativistas”, segundo as quais devem os juízes, quando a lei for injusta, melhorá-la. Para os primeiros, os juízes ativistas seriam os inimigos da democracia, ao passo que, de acordo com os segundos, o “bom juiz prefere a justiça à lei”³⁷. Uma vez que, para ambos, o direito não seria senão uma questão de fato ou de convenção, seria inevitável que viessem à tona casos ainda não convencidos ou decididos e, logo, ainda não incluídos no sistema jurídico. Mas, Dworkin se pergunta, seria adequado e mesmo possível conceituar o direito dessa maneira? Não pertenceria o direito a uma espécie conceitual não definida por meras convenções? Os juristas seguem, de fato, regras de uso comuns quando se referem ao direito?³⁸

³⁴ Ibidem, p. 474.

³⁵ Ibidem, p. 476.

³⁶ Ibidem, p. 10-11.

³⁷ Ibidem, p. 11.

³⁸ Ibidem, p. 53.

Em *A Justiça de Toga* e, mais recentemente, em *Justiça para Ouriços*, Dworkin apresenta uma resposta mais satisfatória a essa questão, inobstante já a houvesse esboçado em *O Império do Direito*. Segundo afirma, o conceito atribuído ao direito por Hart e pelos demais positivistas estaria preso ao que ele chamou de “agulhão semântico”³⁹. Esse “agulhão” estaria na pressuposição de que os juristas efetivamente compartilham dos mesmos critérios para conceituar o direito. Seguindo a crítica, Dworkin diferencia três espécies de conceitos, os quais pressupõem procedimentos específicos de interpretação.

Os conceitos criteriais seriam, justamente, aqueles que exigem o compartilhamento dos critérios para a aplicação correta do termo ou oração a eles vinculados. Como exemplo, Dworkin menciona os conceitos de “livro” e “homem careca”⁴⁰, este último mencionado por Hart e citado por nós, linhas acima. Compartilhamos dos critérios para aferir se um homem é careca ou não - nesse caso, o critério seria, evidentemente, a quantidade de cabelos. As divergências, entretanto, surgem quanto a uma série de aplicações desses conceitos, casos que cada pessoa entende como casos-limite.

O segundo tipo de conceitos seriam os de espécies naturais. “As pessoas compartilham alguns conceitos cujos exemplos têm a estrutura física ou biológica natural – metais e animais, por exemplo -, ainda que não concordem quanto à natureza essencial dos conceitos ou quanto aos critérios que utilizam para identificar tais exemplos”⁴¹. Dworkin utiliza o exemplo do conceito de tigre, cujo objeto (a imagem do tigre), em razão da estrutura física peculiar, pode ser identificado e compartilhado por todos que o vejam, desde especialistas com um vasto conhecimento sobre o DNA do tigre até pessoas que nem imaginem o que seja um DNA, ainda que, nesses casos, os critérios para identifica-lo sejam os mais diversos⁴². Tais conceitos não admitem um tipo de análise baseado apenas em critérios.

Por fim, Dworkin faz menção aos conceitos interpretativos. Seu objeto consistiria nas práticas elaboradas em determinadas comunidades, as quais, frequentemente, são carregadas de juízos de valor, e funcionariam como estímulos à reflexão sobre aquilo que é

³⁹ DWORKIN, 2010-b, p. 318.

⁴⁰ DWORKIN, 2014-b, p. 241. O título original da obra de Dworkin é, como sabido, *Justice for Hedgehogs*, ou, em uma tradução literal, *Justiça para Ouriços*. Essa tem sido a tradução corrente no mundo jurídico, a despeito da discrepância da tradução brasileira (ver referências). Por isso, quando nos referirmos a essa obra durante o trabalho, utilizaremos o título literal.

⁴¹ DWORKIN, 2014-b, p. 16.

⁴² *Ibidem*, p. 17.

exigido por essas práticas. Seu objetivo, portanto, estaria em alcançar a melhor interpretação sobre o que essas práticas pressupõem ou exigem. Diversos conceitos eminentemente carregados de valores poderiam ser classificados como interpretativos. Para citar alguns: justiça, liberdade, igualdade, democracia e, finalmente, o próprio direito. É verdade que há divergências quanto ao caráter exato desses valores, mas, diz Dworkin, concordamos no que toca aos casos paradigmáticos de cada conceito, como quanto aos casos paradigmáticos que envolvem reações apropriadas a eles, de modo suficientemente amplo para permitir que defendamos, de modo inteligível, para outras pessoas que também têm esse conceito em comum, a tese de que dada caracterização do conceito (valor) é a que melhor justifica esses paradigmas que guardamos em comum. Ter em comum um conceito interpretativo exige concordância, tal como se passa com os conceitos criteriosais e naturais. Mas se trata de um tipo de concordância diferente, não ligado a um critério de decisão utilizado para identificar casos particulares, e que é compatível “com diferenças de opinião imensas e completamente irresolúveis quanto aos casos particulares.”⁴³ Daí é que, a despeito de todos compartilharmos do conceito interpretativo de direito, nem sempre compartilhamos os critérios que identificam o que o representaria de modo mais adequado. A interpretação correta seria a que melhor identificasse as práticas que esse conceito representa, e mesmo essa identificação envolveria um processo interpretativo. “Quando interpretamos determinado objeto ou evento, portanto, também estamos interpretando a prática da interpretação no gênero em que supomos ter nos inserido: interpretamos esse gênero atribuindo-lhe aquele que nos parece ser o seu objetivo adequado – o valor que ele proporciona e deve proporcionar”⁴⁴. Assim “como a moral é moral, a interpretação é interpretação do começo ao fim”^{45 46}. Isso tudo caracterizaria o que ele chamou de interpretação construtiva⁴⁷.

Para Dworkin, portanto, a interpretação seria, essencialmente, “o relato de um propósito”, na medida em que proporia um modo de ver o objeto interpretado,

⁴³ Ibidem, p. 247.

⁴⁴ Ibidem, p. 199.

⁴⁵ Ibidem, p. 199.

⁴⁶ Dworkin menciona um procedimento analítico da interpretação, que envolveria três estágios. “Primeiro, interpretamos as práticas sociais quando individualizamos essas práticas: quando nos supomos envolvidos na interpretação jurídica, e não na interpretação literária, por exemplo. Interpretamos, em segundo lugar, quando atribuímos um conjunto de objetivos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente; e interpretamos, em terceiro lugar, quando tentamos identificar a melhor realização desse conjunto de objetivos numa ocasião particular”. Ibidem, p. 199-200; ver também DWORKIN, 2014-a., p. 81-2.

⁴⁷ Ibidem, p. 75.

relacionando-o a uma finalidade específica, “como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.”⁴⁸ Haveria, sempre, esse caráter intencional, ainda que não se pudesse atribuí-lo a ninguém em específico. Interpretamos com base num objetivo maior, que, segundo pensamos, dá substância à nossa atividade de interpretar. Como é evidente – e Dworkin reconhece –, todos esses propósitos que vinculam a interpretação surgem dentro de uma tradição interpretativa da qual o intérprete não pode escapar absolutamente. Não seria possível escapar das imposições da história. Isso fica particularmente claro na separação das etapas da interpretação, citada acima: as divergências quanto à melhor interpretação de alguma prática somente podem surgir quando haja, ao menos de modo aproximado, o compartilhamento das mesmas hipóteses a respeito dessa prática⁴⁹. Noutras palavras, em se tratando do nível pré-interpretativo (que não deixa de ser interpretativo), as pessoas devem se referir às mesmas coisas. Partindo desses pressupostos, o constructo teórico dworkiniano vincula o conceito de direito à justificação da coerção estatal⁵⁰.

Quando se trata de conceitos interpretativos, diz Dworkin, os intérpretes se referem ao que a prática mesma quer dizer, “e não ao que eles querem dizer.”⁵¹ Isso seria suficiente para diferenciar a interpretação construtiva daquela que ele chamou de interpretação conversacional, caracterizada pela busca do que os interlocutores efetivamente querem ou quiseram dizer – esta última pode ser encontrada tanto nas doutrinas que pregam uma vinculação à pretensa intenção do legislador, como naquelas que vinculam o direito ao seu “uso” ou reconhecimento por seus participantes, interlocutores. Num primeiro momento, poderia parecer que tais interpretações necessariamente ignoram por completo a importância da interpretação construtiva ou da busca pelo verdadeiro propósito da prática interpretada. Contudo, diz Dworkin, mesmo quando se postula a validade da interpretação conversacional, o que se está a fazer é afirmar, ainda que implicitamente, que, através dela, chegar-se-ia ao propósito da prática interpretada⁵². Evidentemente, se entendermos o direito dessa maneira, o propósito que se lhe atribui é bastante diferente daquele considerado por Dworkin. Por exemplo, quando se vincula o direito à *intenção* do legislador, um caso paradigmático de interpretação conversacional, na verdade, estar-se-ia

⁴⁸ Ibidem, p. 71.

⁴⁹ Ibidem, p. 83.

⁵⁰ Ibidem, p. 478.

⁵¹ Ibidem, p. 77.

⁵² Veja-se, a respeito, o exemplo da interpretação artística, citado por Dworkin. Ibidem, p. 72-4.

defendendo que os propósitos da prática jurídica (no caso, talvez a fidelidade ao passado e a suas práticas) seriam melhor atendidos dessa maneira. O mesmo acontece no caso do direito como uso ou reconhecimento por uma forma de vida específica. Também ali, os seus defensores estariam adotando o pressuposto de que tal conceito melhor se adequaria às finalidades da prática interpretada, possivelmente vinculadas à tolerância com a diferença entre formas de vida.

Por isso mesmo, o equívoco de Hart, alega Dworkin, estaria na definição do Direito enquanto um conceito criterial – daí a menção ao “agulhão semântico”. Se todos estivessem efetivamente de acordo quanto à melhor interpretação do direito, a própria distinção entre “interpretar o que a prática mesma quer dizer” e “interpretar o que nós queremos dizer quando nos referimos à prática” perderia o sentido. Como, contudo, nem todos os juristas compartilham dos critérios para a conceituação do Direito, haveria “vários conceitos de Direito”, cabendo ao intérprete definir qual deles melhor de adequa ao conjunto de práticas que capta o paradigma do valor interpretado e compartilhado. Não se trataria de algo definível semanticamente: “Não seguimos critérios linguísticos para decidir quais fatos tornam uma situação justa ou injusta”⁵³, como seria mesmo impossível tentar conceituá-lo a partir de um ponto de vista exclusivamente descritivo, a exemplo do objetivo de Hart, o que demandaria, segundo afirma, algum fantástico ponto de Arquimedes para garantir a neutralidade pretendida⁵⁴. O conceito de direito carece de justificação – mais ainda, tal justificação deve ser moral. E, para fundamentar o caminho para se chegar a essa melhor interpretação, Ronald Dworkin adota as ideias, eminentemente conexas, de coerência e unidade, tanto do valor, como do direito.

1.3. A moral e o direito enquanto unidades coerentes e objetivas

O direito, na medida em que representa uma prática valorativa cujos casos paradigmáticos têm suas respostas e reações compartilhadas, é um conceito interpretativo, diz Dworkin. Como tal, deve ser interpretado da maneira que melhor represente esse valor.

Em *Justiça para Ouriços*, Dworkin deixa ainda mais explícita a sua tese de que efetivamente existe uma verdade objetiva, em se tratando de valores. Consoante afirmamos

⁵³ Ibidem, p. 89.

⁵⁴ DWORKIN, 2014-b, p. 202.

anteriormente, ele acredita, em contraposição ao famoso postulado de Nietzsche⁵⁵, que há “fatos morais”.

Não quero dizer que existam o que às vezes se denominam fatos morais ‘transcendentes’ ou ‘platônicos’; na verdade, não sei o que seriam. Pretendo apenas supor que uma determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções segundo as quais ela é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas apenas porque a escravidão é injusta. Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos. Pode ser verdadeira em virtude de um fato moral que não é conhecido nem estipulado⁵⁶.

Entretanto, essa pretensa objetividade dos valores não tem nenhum caráter ontológico metafísico ou transcendental ou mesmo independente da exposição de razões. Não existem “partículas de moral” (mórons), diz-nos. “Os valores não são como pedras em que podemos tropeçar no escuro. Não são coisas que existem inamovivelmente lá fora”⁵⁷. Influenciado por David Hume, ele lançou mão do que chamou de “princípio de Hume”, segundo o qual “nenhuma série de proposições sobre a realidade do mundo – sobre como o mundo é – em matéria de fatos físicos ou metafísicos pode, por si só – ou seja, sem nenhum juízo de valor oculto em seus interstícios –, provar eficazmente qualquer conclusão sobre como as coisas *devem ser*.”⁵⁸ Daí por que o conceito dworkiniano de “fatos morais” tem peculiaridades e deve ser interpretado com cautela. Segundo o empirismo de Hume, todo juízo (ideia) humano dependeria, inevitavelmente, das percepções sensoriais - ou impressões. Como se sabe, isso se aplicaria não só ao entendimento das relações de causalidade entre os objetos e fatos do mundo real⁵⁹, mas também a eventuais concepções de vícios e virtudes – ou seja, à moral. Nas palavras do próprio Hume, o “espírito nunca pode exercitar-se num acto que não possamos abranger sob o termo percepção; e por conseguinte este termo não é menos aplicável aos juízos com os quais distinguimos o bem moral do mal moral do que a qualquer outra operação da mente. Aprovar um carácter, condenar outro, são apenas outras tantas percepções

⁵⁵ Diz Nietzsche: “Não existem fenômenos morais, mas somente interpretações morais dos fenômenos”. NIETZSCHE, 2012, p. 85.

⁵⁶ DWORKIN, 2005, p. 205-6.

⁵⁷ DWORKIN, 2014-b, p. 172. Ver também DWORKIN, 2007, p. 103-ss.

⁵⁸ DWORKIN, 2014-b, p. 67.

⁵⁹ Ou seja, de algum fato ou sucessão de fatos, por si só, jamais seria possível inferir uma verdadeira relação de causalidade. HUME, 2012, p. 109-ss.

diferentes.”⁶⁰ Com isso, ele criticava qualquer vinculação exclusiva da moral à razão. Seria nas paixões, nas impressões provocadas, e não na razão, que residiria o germe da moral, esta sempre relacionada à ação humana. A razão, definida como “a descoberta da verdade ou do erro”, ou seja, do “acordo ou desacordo quer com as relações *reais* de ideias, quer com a existência e os factos *reais*”, seria essencialmente passiva, não servindo para produzir ações. E porque os juízos morais seriam decorrência das impressões causadas por determinadas experiências, seriam naturalmente diversos dos fatos reais para os quais a razão dirige sua análise⁶¹. Em suma, como as virtudes e vícios morais estão atrelados às ações humanas, não a fatos avaliáveis em termos de verdade ou falsidade, estes últimos não poderiam fundamentar aqueles. “Um princípio activo jamais pode basear-se num princípio inactivo”⁶²: erros de fato não podem, por si só, ser considerados vícios morais. Admitida a existência de relações morais factuais ou originais, “seguir-se-ia que poderíamos ser culpados de crimes em nós próprios e independentemente da nossa situação relativamente ao universo; do mesmo modo, se estas relações morais pudessem aplicar-se aos objectos exteriores, seguir-se-ia que mesmo seres inanimados seriam susceptíveis de beleza e deformidade morais.”⁶³

Assim, deve-se dizer que Dworkin não prega a existência de uma ordem moral real e imutável, a ser encontrada em algum ponto do universo. Pelo contrário, ele preconiza a independência do sistema moral, de modo que um valor moral somente poderia ser justificado por outro valor moral. A justificação da liberdade, por exemplo, somente pode ser efetivada à luz de outros valores, como a igualdade. “A ética é uma estrutura complexa com diferentes objetivos, realizações e virtudes, e a parte que cada um desempenha nessa estrutura complexa só pode ser compreendida mediante a elaboração de seu papel em um projeto geral estabelecido pelos outros.”⁶⁴ Em outras palavras, além de independentes, os valores seriam integrados, não autônomos: cada um depende “de uma contribuição que ele dá a algum outro tipo de valor independentemente especificável”⁶⁵. Quando, então, alguém afirma que a escravidão é objetivamente errada, o que se quer dizer é que, dentro dessa estrutura integrada de valores que encontram justificação uns nos outros, não haveria

⁶⁰ Ibidem, p. 528.

⁶¹ Ibidem, p. 530. Os grifos são do autor.

⁶² Ibidem, p. 529.

⁶³ Ibidem, p. 538-9. Grifos do autor.

⁶⁴ DWORKIN, 2010-b, p. 227-8.

⁶⁵ Ibidem, p. 226.

espaço para afirmações contrárias. Somente neste sentido é que “Não há nada de errado na escravidão” seria uma assertiva moralmente falsa^{66 67}.

Dworkin vê a moral como uma totalidade unitária e integrada de valores, portanto, os quais guardam entre si uma relação inexorável de interdependência. O argumento moral somente termina se e quando encontra a si mesmo. “Para defender qualquer parte dessa rede, tudo o que você pode fazer é citar alguma outra parte – até que consiga, de algum modo, justificar todas as partes pelas demais”⁶⁸. O espírito de sua teoria, como ele mesmo reconhece, “não é aquele do desprezioso pluralismo de valores. Em vez disso, almeja um objetivo utópico e sempre irrealizado – a unidade dos valores de Platão.”⁶⁹

Trata-se de uma concepção holística⁷⁰ da interpretação dos conceitos interpretativos - neste ponto, não foram poucos os que viram na obra de Dworkin uma nítida influência da hermenêutica gadameriana⁷¹.

Daí é que, para Dworkin, não haveria autênticos conflitos entre valores. Na medida em que se interpretasse corretamente cada parte de acordo com as outras partes e com os objetivos da “teia integrada de valores”, os aparentes conflitos, em verdade, se resumiriam a interpretações equivocadas dessas partes. Em outras palavras, o refinamento do conceito, como pede a coerência, seria suficiente para dirimir qualquer possibilidade de interpretações conflitivas. Os conflitos aparentes são inevitáveis, afirma ele, mas ilusórios e temporários^{72 73}.

⁶⁶ DWORKIN, 2014-a, p. 100.

⁶⁷ Aqui, Dworkin lança uma distinção entre duas formas de ceticismo, o interior e o exterior. O primeiro se constitui por afirmações internas à própria interpretação, enquanto o segundo lhe seria alheio, transcendente, e seria caracterizado por afirmações *sobre* ela ou, mais especificamente, sobre a sua impossibilidade. Ibidem, p. 100-3.

⁶⁸ DWORKIN, 2014-b, p. 177.

⁶⁹ DWORKIN, 2010-b, p. 239.

⁷⁰ O que é confirmado pelo próprio Dworkin. “Tudo isso, sem dúvida, parece impossivelmente e, talvez, até mesmo desagradavelmente holístico. Mas não vejo de que outra maneira os filósofos podem abordar a tarefa de atribuir o máximo possível de sentido crítica a quaisquer segmentos dessa vasta estrutura humanista, que dirá dela toda”. Ibidem, p. 228.

⁷¹ Ver, por exemplo, ARANGO, 1999; no Brasil, ver STRECK, 2008; também ver CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 436-ss. Todavia, Castanheira Neves restringe a influência da hermenêutica na obra de Dworkin à ideia da coerência entre *partes* e *todo*. Ele refere-se, inclusive, ao equivocado “lugar comum” que tem se construído na dogmática jurídica ao se considerar a obra de Dworkin como quase que totalmente inspirada em (ou, ao menos, influenciada por) *Verdade e Método*.

⁷² Dworkin faz, aqui, uma ressalva: é possível que os conflitos aparentes acabem por ser reais. Só que isso somente ocorrerá quando a melhor interpretação do conjunto de valores demonstrar que o conflito é, no fundo, uma colaboração aos objetivos da prática interpretada. DWORKIN, 2014-b, p. 182.

⁷³ É verdade que Dworkin reconhece a dificuldade do seu projeto. DWORKIN, 2010-b, p. 230.

A teoria do direito de Dworkin é absolutamente coerente com a sua teoria dos valores. Na verdade, ele vê o direito como um ramo da moral (política), a despeito dos atributos que o particularizam. “O direito é um conceito político”⁷⁴, afirma, tais como a liberdade, a justiça e a igualdade. Em termos de filosofia política, os direitos fundamentais são vistos como *trunfos contramajoritários*, e vinculam-se à ideia de dignidade de que Dworkin lança mão, da qual parte o direito a ser tratado com igual consideração e respeito⁷⁵. Como logo se percebe, no direito essa interpretação liberal se converte em um sólido fundamento para a defesa da coerência: a igual consideração e respeito por todos os cidadãos se convola no famigerado princípio segundo o qual devemos tratar os casos semelhantes da mesma maneira. O respeito aos precedentes, pelos quais o direito institucionaliza a moral, ganha sentido, pois, no *direito como integridade*, esta torna-se um ideal político, sobretudo quando se exige que o Estado, tido como um agente moral, “aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.”⁷⁶ A integridade, afinal de contas, não seria senão a observância e o compartilhamento de um mesmo sistema de princípios, justificado moralmente e coerente em suas partes, a fundamentar o direito e também a política.

Portanto, o direito, enquanto conceito interpretativo, também se submete ao conceito de melhor interpretação segundo a coerência entre *todo e partes*. Dworkin compara a interpretação jurídica à interpretação de textos literários⁷⁷, e utiliza-se da metáfora do “direito enquanto um romance em cadeia”. Ele imagina uma hipótese na qual um grupo de romancistas é contratado para escrever, conjuntamente, um romance, onde a cada um seria atribuída a responsabilidade de escrever um capítulo. Nenhum romancista, à exceção do primeiro, pode começar o seu projeto do zero. Pelo contrário, todos devem partir dos capítulos deixados por seus antecessores. Não se trata de uma obra de contos, mas de um romance. Dworkin afirma que há semelhança entre esse exercício hipotético e a responsabilidade política dos juízes, quando deparados com casos controversos. “Cada

⁷⁴ Ibidem, p. 230.

⁷⁵ Dworkin divide a dignidade em dois princípios: (i) o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e (ii) o de que os indivíduos têm a responsabilidade pessoal de definir o sucesso em suas próprias vidas. DWORKIN, 2014-b, p. 513. Trata-se de uma concepção nitidamente liberal quanto à concepção dos valores morais e, por conseguinte, do direito, na medida em que Dworkin o vincula a essa ideia de dignidade.

⁷⁶ DWORKIN, 2014-a, p. 202.

⁷⁷ DWORKIN, 2005, p. 237-8.

juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então”⁷⁸. Em outros termos, ao “decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”⁷⁹. Assim, a ideia de uma comunidade política personificada, como algo efetivamente distinto “dos seres reais que são seus cidadãos”⁸⁰, ou seja, como se falasse com uma única voz⁸¹, torna-se possível, e a tarefa de Hércules começa a ganhar sentido:

Hércules deve *revelar*, em suas avaliações a respeito de qual é o direito, a melhor interpretação dos princípios de equidade da sua comunidade, que define seus próprios poderes contra os de outras instituições e autoridades, e seus princípios de devido processo legal adjetivo, que se tornam pertinentes pelo fato de os julgamentos do direito serem predicados para a atribuição de culpa e responsabilidade baseada em experiências anteriores.⁸²

O que Dworkin propõe⁸³, afinal, é que procuremos alcançar um tipo bastante distinto de comunidade, moldada segundo um “modelo de princípios” e cujos membros concordam que são governados por princípios comuns, aceitos por todos, e não por regras criadas por meros acordos de conveniência política. Todos os seus direitos e deveres não podem ser encontrados senão nesse sistema de princípios comuns, o que decorre do “fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então essencial para ela”⁸⁴. As consequências desse reconhecimento seriam bastante promissoras, uma vez que promoveriam um ambiente de fraternidade, onde cada cidadão seria tratado com igual consideração e respeito, um dos requisitos da própria integridade. Além do mais, porquanto todo caso seria balizado por essa rede de princípios, ainda que isso nem sempre

⁷⁸ Ibidem, p. 237-8.

⁷⁹ Ibidem, p. 238.

⁸⁰ Ibidem, p. 204.

⁸¹ Ibidem, p. 263.

⁸² Ibidem, p. 484. Grifo nosso.

⁸³ Logo se nota que Dworkin se afasta radicalmente de teorias que procuram descobrir a “intenção” do texto ou de seus criadores. Ver, como exemplo de tais teorias, HOLMES, 1899, p. 418-9.

⁸⁴ DWORKIN, 2014-a, p. 255.

ficasse tão explícito, a distinção mesma entre casos fáceis e casos difíceis perderia muito de sua importância: o direito não seria exclusivamente semântico, pelo que a ideia dos limites intrínsecos da linguagem deveria ceder. Os casos fáceis seriam, na verdade, “casos especiais de casos difíceis”⁸⁵. A diferença é que eles teriam a sua solução encontrada já de modo quase automático, pois as respostas às suas perguntas pareceriam evidentes ao intérprete, de modo que qualquer teoria mais complexa para se chegar à decisão correta, tais como as que Hércules precisa formular quando dos casos difíceis, tornar-se-ia imperceptível^{86 87}.

O trabalho dworkiniano pode ser definido, de fato, como uma totalidade coerente e harmoniosa. Em *Justiça para Ouriços*, na qual Dworkin explicita o objetivo de fundamentar a unidade do valor, isso fica bastante evidente. Para usar a metáfora de que ele mesmo lança mão, pode-se imaginar uma árvore⁸⁸, cujas bases se são formadas pelos princípios que definem o conceito de dignidade humana empregado pelo autor – quais sejam, o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e a responsabilidade pessoal de cada um por sua própria vida -, da qual defluem diversos galhos, como a ética pessoal, a moralidade política e o direito. Todos eles devem ser interpretados em consonância com esta ideia de dignidade, pois ela seria a que melhor justifica as práticas que representam a moral, e com os demais valores que integram essa árvore. É sobretudo a partir dessa coerência e integridade holística que se torna possível sustentar a tese de que, para todo caso difícil, haverá uma melhor interpretação e, por conseguinte, uma única resposta correta.

⁸⁵ Ibidem, p. 317.

⁸⁶ Ibidem, p. 423.

⁸⁷ Também Castanheira Neves, que compartilha de parte considerável da teoria de Dworkin, posiciona-se no sentido de negar validade à diferença entre casos fáceis e casos difíceis, sobretudo a partir da vinculação do conceito de aplicação ao de interpretação, o que vem, principalmente, de Gadamer. Contra a famigerada doutrina do *in claris non fit interpretatio*, o professor de Coimbra afirma que, não havendo mais essa diferença entre aplicação (utilizada para solucionar os casos fáceis) e interpretação (usada nos casos difíceis), os casos fáceis também pressuporiam, necessariamente, interpretação, porque não ofereceriam senão soluções já consensualmente aceitas e estabelecidas, mas que, quando desprovidas deste caráter, também passaram por uma “mediação problemático-discursiva judicativa que constituiu o paradigma”, o que exigiu interpretação. CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 324-5.

⁸⁸ “Ao longo das últimas partes deste livro, uma estrutura em forma de árvore foi crescendo. Vimos de que modo se pode entender que a moral pessoal deflui da ética e a moral política, da moral pessoal. Nosso objetivo é o de integrar departamentos do valor que muitas vezes são considerados separados. É fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política”. DWORKIN, 2014-b, p. 620.

II

2. CRÍTICAS À TEORIA DE RONALD DWORKIN E À ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Na realidade, porém, nenhum eu, nem mesmo o mais ingénuo de todos, constitui uma unidade; ao invés disso, é um mundo muito variado, um pequeno céu repleto de estrelas, um caos de formas, de graus e de estados, de heranças e possibilidades. O facto de cada um se esforçar por considerar este caos uma unidade e por falar do seu eu como se fosse uma manifestação simples, de formas sólidas e contornos bem definidos, parece revelar que este logro, familiar a cada um dos seres humanos (até mesmo os mais eminentes), é uma necessidade, uma exigência que a vida nos coloca, tal como respirar e comer.⁸⁹

Como costuma acontecer com construções teóricas relevantes, a obra de Ronald Dworkin, nas décadas que sucederam as suas primeiras publicações, tem sido objeto de intensos debates, sejam eles para apoiá-lo, sejam para criticá-lo⁹⁰. A segunda parte deste trabalho tentará se incluir nesse segundo grupo: ela será dedicada a uma análise crítica de todo o constructo teórico de Ronald Dworkin, pano de fundo para a sustentação da famigerada tese da “única resposta correta. O presente capítulo está dividido em quatro tópicos, cada qual representando um ponto de crítica ao modelo de Dworkin.

2.1. Coerência e incompletude dos sistemas

As divergências teóricas entre Herbert Hart e Ronald Dworkin são inúmeras, como pudemos observar na primeira parte deste trabalho. De fato, ambos partem de premissas teóricas absolutamente diversas e, como nem poderia ser de outro modo, chegam a conclusões igualmente conflitantes entre si. Dentre todas essas divergências, há uma que se sobressai e que é absolutamente importante para os nossos objetivos. Trata-se da ideia de cada um desses autores a respeito da completude do sistema jurídico. Enquanto Hart negou essa possibilidade⁹¹, Dworkin apostou na construção de um sistema unitário, coerente e completo de princípios destinados a oferecer uma única resposta cada caso jurídico. Com base nisso, diz Dworkin, seria possível combater o positivismo jurídico e a retroatividade das decisões jurídicas que este inevitavelmente implica. É verdade que isso tudo se trata de

⁸⁹ A citação é do *Lobo da Estepe*, de Hermann Hesse. HESSE, 2014, p. 72.

⁹⁰ Para críticas a Dworkin, sob diversas perspectivas, ver FINNIS, 1987, p. 371-6; WOOZLEY, 1979, p. 29-33; INAZU, 2012, p. 184-6; SUNSTEIN, 2015, p. 203-ss.

⁹¹ HART, 2011, p. 216.

um ideal regulativo, mas, de qualquer forma, há, aqui, pressuposições bastante fortes para serem ignoradas.

A problemática da completude dos sistemas não se trata, propriamente, de uma novidade na ciência jurídica. Já em Kelsen e em todo o positivismo influenciado pelo Círculo de Viena, quando se acentua a presença da lógica no direito, veem-se indagações sobre a possibilidade de o sistema jurídico ser suficientemente amplo para abarcar, em suas normas, todos os casos possíveis. Aqui, deve-se dizer, como o sistema jurídico não seria senão um sistema de proposições deônticas – ou seja, direcionadas a regular a conduta humana –, todas tipificadas primordialmente em um de três modais deônticos possíveis (obrigatório, proibido ou permitido⁹²), a ideia de completude é sobremodo diferente daquela pressuposta pelo *direito como integridade*. Trata-se de completude sintática (o que envolve as relações entre proposições do sistema) e semântica (no que entramos na relação do sistema com o seu objeto de referência; no caso do direito, tal objeto seria o “universo-da-conduta humana”⁹³). Grosso modo, o sistema se mostraria semanticamente completo se qualquer conduta praticável pudesse ser classificada em algum desses três modais possíveis, não havendo uma quarta possibilidade. Assim, aquelas condutas aparentemente não previstas pelo ordenamento, na verdade, recairiam no âmbito das condutas permitidas pelo ordenamento, não sendo possível falar na incompletude do sistema. E isso “decorreria do ser mesmo do deôntico, da estrutura lógica e ontológica do direito.”⁹⁴ Em suma, a completude é vista de um ponto de vista unicamente lógico, não obstante as referências à realidade mundana, que, obviamente, transcende as estruturas formais. De uma perspectiva extralógica (sociológica, política, filosófica, etc.), o sistema jurídico positivo não seria completo, mas completável, de modo que não aconteceria de todo caso que se apresentasse já se encontrasse efetivamente previsto no sistema, enquanto hipótese normativa⁹⁵. É que o direito não se resumiria às proposições gerais; pelo contrário, abarcaria também proposições individuais, a exemplo daquelas postas em sentenças judiciais, o que lhe conferiria um caráter dinâmico. O texto, afinal de contas, não existiria senão na sua individualização, ocasião em que o direito se realizaria e seria, também, criado. “Quer dizer: o juiz, criando a norma geral e a norma individual para o caso, sem norma geral de

⁹² Cf. KELSEN, 2005, p. 108-ss; VILANOVA, 2010, p. 171-ss.

⁹³ VILANOVA, 2010, p. 192-3.

⁹⁴ Ibidem, p. 181.

⁹⁵ Ibidem, p. 193.

conteúdo especificado para o caso ‘sub judice’, é o próprio ordenamento autocompondo-se, auto-integrando-se, ou autocompletando-se”⁹⁶. Há, portanto, especificidades que nos impedem de relacionar essa ideia de completude a qualquer caráter estático.

No caso de Dworkin, a ideia de completude, à qual se vincula a possibilidade de uma única resposta correta, é diferente, sobretudo porque vai muito além da lógica. Pelo contrário, ela é essencialmente extralógica. Muito em breve, a analisaremos. Antes disso, são importantes considerações a respeito da ideia mesma de completude.

Há uma passagem de *Dom Quixote*, que, a despeito de passar frequentemente despercebida, é de uma importância nuclear, sobretudo por colocar ainda mais em evidência toda a genialidade de Miguel de Cervantes. Trata-se do momento em que um forasteiro se apresenta a Sancho Pança, a quem havia sido atribuído o governo da ínsula conhecida por Baratária, vila com aproximadamente mil habitantes, e, a pedido de um grupo de juízes que habitavam aquelas redondezas, solicita-lhe algum sábio conselho para a solução de um caso aparentemente insolúvel. O forasteiro conta a Sancho que, na região habitada por aqueles juízes, dois pedaços de terra, ambos pertencentes a um único dono, eram divididos por um rio, sobre o qual havia sido construída uma ponte em cujo extremo se fixara uma forca e uma casa que servia de tribunal – justamente onde os ditos juízes exerciam o seu ofício. Esse ofício, entretanto, era exercido de acordo com a lei imposta pelo próprio dono daquelas terras, e era a seguinte: “Se alguém passar por esta ponte de uma margem para a outra, tem de jurar primeiro para onde vai e o que vai fazer; e se jurar verdade, deixam-no passar; e se falar mentira, terá de morrer por isso enforcado na forca que ali está, sem perdão possível”⁹⁷. No cotidiano daquela região, então, muitos eram os que por ali passavam, aos quais, tendo jurado o que fariam e, posteriormente, vindo este juramento a se confirmar, os juízes concediam permissão para que passassem normalmente. Num dado momento, todavia, um homem fez um juramento bastante peculiar: jurou que não iria atravessar a ponte senão para morrer naquela forca. Os juízes, evidentemente, depararam-se com algo, por assim dizer, incômodo. “Se deixarmos passar livremente este homem, ele mentiu no seu juramento, e, de acordo com a lei, ele deve morrer; e se o enforcarmos, ele jurou que ia morrer naquela forca, e, tendo jurado verdade,

⁹⁶ Ibidem, p. 196.

⁹⁷ CERVANTES, 2007, p. 925.

de acordo com a mesma lei, deve ser livre”⁹⁸. Em outras palavras, os termos da lei criada por aquele proprietário se mostraram, naquele caso, contraditórios e, justamente por isso, insuficientes.

A problemática em que Sancho se viu envolvido não é incomum. Pelo contrário, ela se cuida de um paradoxo, de uma catástrofe da razão, o que se dá quando “a mente é compelida pela própria lógica a retirar conclusões contraditórias”⁹⁹. Frequentemente, os paradoxos se constituem do caráter auto-referencial de determinadas proposições: “esta frase é falsa”.

A noite passada
uma voz sussurrou ao meu ouvido:
“uma voz que sussurra ao ouvido
de noite
não existe.”¹⁰⁰

Talvez, o exemplo mais conhecido desse tipo de situação seja o “paradoxo do mentiroso”, como é chamado, cujo conteúdo consiste na proposição, no caso, enunciada por um determinado cretense, chamado Epimênides¹⁰¹, segundo a qual “todos os cretenses são mentirosos” e, portanto, somente fazem afirmações falsas. Se analisarmos isso como um silogismo, teremos o seguinte:

P: Todos os cretenses somente dizem mentiras
p: Eu sou um cretense
C: Eu somente digo mentiras

Se todos os cretenses somente dizem mentiras, a pessoa da qual parte a proposição, por ser um cretense, não pode estar senão mentindo, razão pela qual a proposição deve ser

⁹⁸ Ibidem, p. 925.

⁹⁹ GOLDSTEIN, 2009, p. 52.

¹⁰⁰ Trata-se do poema persa que inicia a antologia pessoal de Ferreira Gullar, obra na qual são apresentados os poemas que, no geral, mais marcaram a sua vida. GULLAR, 2014, p. 22.

¹⁰¹ HAACK, 2002, p. 186-ss.

falsa; mas, por outro lado, se esta for falsa, o cretense está necessariamente falando a verdade, porquanto o seu conteúdo afirma que os cretenses são mentirosos e, tanto por isso, somente enunciam proposições falsas. Caso isso não tenha ficado suficientemente claro, basta imaginarmos um homem que faz a seguinte afirmação: “eu estou mentindo”. Ou, então, com um maior grau de precisão, imaginemos que ele enuncia, às 5:30h: “entre 5:29h e 5:31h, eu fiz uma afirmação falsa”¹⁰², e que, durante todo o restante daquele intervalo de dois minutos, ele não tenha feito nenhuma outra afirmação. “Chamemos essa afirmação de ‘q’. Se q é verdadeira, ele fez uma afirmação falsa durante aqueles dois minutos; mas q é a sua única afirmação nesse período: assim, q deve ser falsa. Mas, se q é falsa, então toda afirmação que ele fez durante os dois minutos deve ser verdadeira, e, portanto, q deve ser verdadeira, uma vez que ele fê-la durante os dois minutos. Assim, se q é verdadeira, é falsa; e se é falsa, é verdadeira”¹⁰³. Um outro caso é trazido por Karl Popper, em *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, a respeito do pretense paradoxo da democracia (ou da tolerância): deve o sistema democrático permitir doutrinas que visem extingui-lo, ou, em outras palavras, devemos ser tolerantes com os intolerantes¹⁰⁴? Em *Conjecturas e Refutações*, Popper enuncia:

Não é possível ter uma discussão racional com um homem que prefere abater-nos a tiro a deixar-se convencer por nós. Por outras palavras, existem limites para a atitude de razoabilidade. E o mesmo se passa com a tolerância. Não devemos aceitar sem reservas o princípio de tolerar todos aqueles que sejam intolerantes. Se o fizermos, não só destruiremos a nós próprios, como destruiremos a própria atitude da tolerância¹⁰⁵.

O que se deve dizer é que, como ocorre no dilema da obra de Cervantes, uma mesma proposição acaba por apresentar duas soluções ou significados contraditórios entre si, ou, a bem da verdade, nenhuma solução, ao menos naquele mesmo nível de linguagem.

Ao resolver o enigma, Sancho reconheceu as inevitáveis limitações do sistema normativo que se pretendia aplicar àquele caso. Apelou a outro critério, por assim dizer: “este passageiro em que falais, ou eu sou tapado, tem a mesma razão para morrer que para viver e passar a ponte; porque se a verdade o salva, a mentira condena-o igualmente; e

¹⁰² Cf. RUSSELL, 1973, p. 59.

¹⁰³ Tradução livre e grifos do autor. Ibidem, p. 59.

¹⁰⁴ POPPER, 1987, p. 140-1, v.1

¹⁰⁵ POPPER, 2003, p. 475.

sendo isto assim, como é, sou de parecer que digais a esses senhores que vos mandaram falar comigo, que, já que têm o mesmo peso as razões para condená-lo ou absolvê-lo, que o deixem passar livremente, pois sempre é mais louvado fazer o bem do que o mal”¹⁰⁶. Ele seguia os conselhos do Cavaleiro da Triste Figura, dos quais se retirava o preceito segundo o qual quando estivesse a justiça em dúvida, a atitude correta seria ceder à misericórdia¹⁰⁷. Assim, para solucionar a questão, obrigou-se a buscar um critério que transcendia aquele conjunto lógico (no caso, aquele sistema normativo).

Já fora do universo literário, Bertrand Russell, ao perceber a inexorabilidade da problemática dos paradoxos e de suas nefastas consequências aos ideais formalistas de certeza e organização que permeavam a lógica matemática de outrora, procurou fornecer-lhe uma solução satisfatória. O professor de Cambridge, ao ler os *Fundamentos da Aritmética*, de Gottlob Frege, deparou-se com a problemática, ocasião em que lançou mão de sua conhecida aporia ou paradoxo dos conjuntos: o conjunto de todos os conjuntos que não são elementos de si mesmos é um membro de si mesmo? Como nos paradoxos mencionados anteriores, a resposta é contraditória, porquanto, se o conjunto não é membro de si mesmo, deve ser incluído no conjunto; entretanto, se ele é um membro de si próprio, não pode fazer parte do conjunto^{108 109}.

Russell constatava a inevitabilidade desses paradoxos em quaisquer sistemas lógicos. Para solucioná-los, propôs o que ele chamou de teoria dos tipos, segundo a qual “há ordens ascendentes no universo do discurso – o tipo de coisas que deduzimos serem o objecto de que fala a teoria formal. Os indivíduos básicos constituem o tipo I; os conjuntos de indivíduos, o tipo II; os conjuntos de conjuntos, o tipo III; os conjuntos de conjuntos de conjuntos, o tipo IV, etc. Um item apenas pode ser membro de um item superior. Assim, a questão de um conjunto ser membro de si próprio nem sequer pode pôr-se”¹¹⁰. Como Russell aponta em *An Inquiring into Meaning and Truth*, também o sistema linguístico, fortemente marcado pela lógica, estaria envolvido nessa problemática: também aqui, deveríamos levar em conta a sua teoria dos tipos, reconhecendo níveis linguísticos hierárquicos, os quais, apesar de não serem suscetíveis a um final, deveriam ter um início

¹⁰⁶ CERVANTES, op. cit., p. 926.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 926.

¹⁰⁸ GOLDSTEIN, op. cit., p. 97; ver também CRUZ, 2014, p. 116-ss.

¹⁰⁹ Susan Haack afirma que a descoberta de Russell provocou um verdadeiro choque epistemológico. HAACK, op. cit., p. 187.

¹¹⁰ GOLDSTEIN, op. cit., p. 99.

definido – caso contrário, “a linguagem não poderia, nunca, ter começado”¹¹¹. Desse modo, ele estipula o que seria um primeiro nível de linguagem (*primary language*), encontrada nas “palavras-objeto” (*object-words*), usadas isoladamente, isto é, sem a necessidade de outras palavras, e como referentes para objetos ou estados de coisas não linguísticos, pertencentes à realidade externa. “O significado de uma palavra-objeto somente pode ser aprendido ouvindo-se sua pronúncia, com frequência, na presença do objeto”¹¹², o que acaba por constituir uma associação habitual e o objeto passa a “sugerir” a palavra¹¹³. Nesse nível, restrito à associação entre palavra (referente) e objeto (referência), ainda não seriam utilizadas as palavras “verdadeiro” e “falso”, as quais, na medida em que envolvem asserções *sobre* situações ou estados de coisas, careceriam de um novo nível linguístico. “O próximo estágio na linguagem é aquele no qual nós não podemos apenas falar *a* linguagem-objeto, mas podemos falar *sobre* ela.”¹¹⁴ Aqui, há uma associação entre a percepção do observador e a palavra por ele utilizada como referência, no que surge a possibilidade de avaliá-la segundo critérios de verdade e falsidade. Por exemplo, se, já nesse nível, alguém observa um gato e afirma “cachorro!”, trata-se de uma afirmação falsa, se o objeto ou ser observado for, de fato, aquilo a que convencionalmente se chama “gato”. No primeiro nível de linguagem, essa questão nem se coloca, porquanto “é impossível saber, quando a palavra ‘cachorro’ surge por ela mesma, se ela está sendo usada como uma palavra na linguagem-objeto ou em uma forma linguística, como quando se diz ‘aquilo não é um cachorro’”¹¹⁵. Ali, na verdade, cuida-se de uma classe de pronúncias ou barulhos costumeiramente associados a uma classe de objetos semelhantes¹¹⁶. Do mesmo modo, o nível das palavras-objeto não conteriam aquilo que Russell chamou de “palavras lógicas”, tais como “não”, “ou”, “algum” e “todos”. Essas, tais como as ideias mesmas de “verdade” e “falsidade”, requerem, para serem possíveis, a existência, já, de linguagem – mais precisamente, de linguagem-objeto, e, portanto, somente surgem num segundo nível. Como a insuficiência também desse segundo nível acaba por ser inevitável, é possível falar de um terceiro nível, no qual são feitas afirmações sobre essas proposições de segundo grau – por exemplo, podemos falar *sobre* a verdade ou

¹¹¹ RUSSELL, op. cit., p. 59.

¹¹² Ibidem, p. 64.

¹¹³ Ibidem, p. 64-ss.

¹¹⁴ Tradução livre e grifos nossos. Ibidem, p. 71.

¹¹⁵ Tradução livre. Ibidem, p. 71-2.

¹¹⁶ Ibidem, p. 72-3.

falsidade da afirmação de que há, ali, um cachorro, estabelecendo, por exemplo critérios de verdade - , e daí em diante.

O que se deve dizer é que, para Bertrand Russell, a contradição lógica se encontraria tão somente naquele mesmo nível de linguagem – daí é que Sancho jamais lograria encontrar uma solução para o caso sem partir para um outro critério ou nível. A solução dos paradoxos, inevitavelmente, envolvia a ascensão a um nível superior de linguagem, uma metalinguagem, quando a contradição seria eliminada. Quando verificados os inescapáveis limites dessa metalinguagem, dever-se-ia recorrer a um novo nível, e, assim, sucessivamente¹¹⁷. A teoria dos tipos, de Russell, guarda alguma semelhança com a solução proposta por Alfred Tarski, que, afirmando a impossibilidade de linguagens semanticamente fechadas e a necessidade lógica de termos como “verdadeiro” e “falso” em qualquer linguagem, também acaba por conceber a separação entre linguagem-objeto e metalinguagem - e isso constitui o núcleo de sua concepção semântica da verdade, fortemente ligada à ideia de coerência entre linguagem-objeto e metalinguagem¹¹⁸.

Devemos observar que esses termos, ‘linguagem-objeto’ e ‘metalinguagem’, têm um sentido apenas relativo. Se, por exemplo, ficamos interessados na noção de verdade que se aplica a sentenças não de nossa linguagem-objeto original, mas de sua metalinguagem, esta última torna-se automaticamente a linguagem-objeto de nossa discussão. E, para definir a verdade para esta linguagem, temos de ir para uma nova metalinguagem – por assim dizer, para uma metalinguagem de nível superior. Desse modo, chegamos a toda uma hierarquia de linguagens.¹¹⁹

O problema de tudo isso, como logo se percebe, é que, a despeito da solução à antes inexorável inconsistência do sistema, deparamo-nos com outra problemática: o

¹¹⁷ Edgar Morin, nesse sentido, faz menção à frequente necessidade se apelar a um metassistema enquanto reflexo de uma brecha intransponível no acabamento do conhecimento. Entretanto, diz ele, “pode ver-se aí também um incentivo à ultrapassagem do conhecimento, à constituição do metassistema, movimento que, de metassistema em metassistema, faz progredir o conhecimento, mas faz, sempre ao mesmo tempo, aparecer uma nova ignorância e um novo desconhecido”. MORIN, 2008, p. 67.

¹¹⁸ Tarski afirma que a sua definição semântica da verdade não se preocupa com as condições materiais para a afirmação de uma dada sentença (p. ex., “*a neve é branca*”). Pelo contrário, ela apenas obriga o falante que a afirme ou negue a, respectivamente, afirmar ou negar a sentença que é lida e correlata, expressa em metalinguagem (“*a sentença ‘a neve é branca’ é verdadeira*”). O que importa, no final das contas, é que seria mesmo ilógico afirmar a sentença e, ao mesmo tempo, num segundo nível de linguagem, reconhecê-la como falsa. Em suma, falar em “verdade”, no sentido lógico, pressupõe a ideia de metalinguagem. Cf. TARSKI, 2007, p. 189-90.

¹¹⁹ Ibidem, p. 170.

sistema, na medida em que precisa constantemente recorrer a metalinguagens, perde a sua completude¹²⁰. A incompletude dos sistemas lógicos, a despeito das premissas serem diversas, também foi verificada pelo teorema de Gödel, segundo o qual, em todo sistema coerente, haverá pelo menos uma proposição verdadeira e indemonstrável; além disso, diz o teorema, em seu segundo postulado, nenhum sistema coerente é capaz de justificar, a partir de si mesmo, a sua própria coerência¹²¹. Por outras palavras, o “sistema formal ou é incoerente ou incompleto”¹²². Daí é que Edgar Morin vincula o Teorema de Gödel à inexorável abertura sistêmica¹²³. Para além do reducionismo e do holismo, ele busca trazer a ideia de unidade complexa¹²⁴, a qual traz consigo a própria impossibilidade de unificação, de acabamento. Sempre sobrarão “uma parte de incerteza, uma parte de irresolubilidade e o reconhecimento do frente-a-frente com o indizível”¹²⁵. Afinal de contas, a “totalidade é a não-verdade”¹²⁶.

É verdade que, no direito, as críticas à completude sistêmica têm sido direcionadas ao positivismo de matriz *logicista*, uma vez que, originariamente, elas partem da lógica e da ideia mesma de sistemas lógicos. Desse modo, como essa vertente positivista, que afirma a possibilidade da completude, costuma abordar o sistema jurídico sobretudo a partir da lógica, logo se conclui que essas críticas lhe seriam absolutamente cabíveis. Como o sistema lógico é essencialmente formal, é alheio a toda a realidade extralógica para a qual se aplica. Isso fica evidente quando se constata, por exemplo, que a lógica, por si só, não diz nada sobre a validade das premissas eventualmente elencadas. Daí é que, num sistema normativo, tem-se por necessário o extralógico, a respeito do qual não são poucas as divergências.

Mas, com a devida cautela, pode-se afirmar que tudo isso também é muito relevante para a análise da obra de Ronald Dworkin. Como vimos, a grande ambição de Dworkin é a obtenção da unidade do valor, donde as ideias de coerência e integridade

¹²⁰ CRUZ, op. cit., p. 117.

¹²¹ GOLDSTEIN, op. cit., p. 178.

¹²² Ibidem, p. 182.

¹²³ MORIN, op. cit., p. 70.

¹²⁴ Trata-se da ideia de união entre simplicidade e complexidade; “a união dos processos de simplificação, redução, hierarquização, separação, com os outros contraprocessos que são a comunicação, a articulação do que está dissociado e distinguido. É escapar à alternativa entre o pensamento redutor que só vê os elementos e o pensamento holista que apenas vê o todo”. Ibidem, p. 151.

¹²⁵ Ibidem, p. 139.

¹²⁶ Ibidem, p. 100.

adquirem tamanha relevância. É somente dentro desse todo coerente e sistemático – e a ideia de sistema é, em boa medida, derivada da lógica - que se pode chegar à melhor interpretação, ou à interpretação correta. A interpretação, portanto, poderia ser metaforizada como a produção de um romance em cadeia, onde cada valor somente poderia se justificar em outro valor pertencente a essa unidade, até que encontrasse a si mesmo. Em suma, o projeto de Dworkin pode ser imaginado enquanto o ideal de um sistema valorativo (moral) eminentemente holístico, do qual o direito, como a política, seria um ramo, que pudesse se fundamentar *em si e a si* mesmo. Forma-se a figura de uma árvore com seus diversos galhos, cada qual dando sustentação ao outro¹²⁷. Especificamente quanto ao sistema jurídico, isso se converte num sistema coerente e unitário de princípios morais, eles mesmos integrantes desse sistema, que, em última análise, serviriam de fundamento para todo caso jurídico. Como esse sistema seria coerente, harmonioso e completo, caberia ao intérprete imaginar-se na pele de Hércules e localizar, ali, a resposta correta para cada um desses casos. A pressuposição de uma única resposta correta, ainda que enquanto um ideal regulativo, não existe sem uma correspondente pressuposição de um sistema completo.

Para se fazerem possíveis as comparações do holismo valorativo de Dworkin com os sistemas lógicos, são necessários esclarecimentos sobre o que o professor de Nova Iorque efetivamente entende por *valor*. Em outros termos, trata-se de identificar a origem dos valores: eles existem por si mesmos ou são uma criação humana? Dworkin é um realista ou um construtivista moral? Isso é importante porque a ideia de incompletude dos sistemas lógicos é direcionada aos paradigmas do racionalismo, na medida em que se encontrava no formalismo da ideia de que, fora dos axiomas *criados* para definir um sistema coerente, não haveria qualquer verdade; tratava-se de expurgar, ao máximo, qualquer recurso à intuição. Os paradoxos, no entanto, demonstraram que a coerência desses sistemas cobra um preço muito caro: a sua própria incompletude.

¹²⁷ Claus-Wilhelm Canaris, sobre a ideia de um sistema absolutamente coerente de princípios, afirma: “Por isso, os princípios são inutilizáveis como base de um sistema lógico-axiomático, uma vez que a ausência de contradições dos axiomas é irrenunciável. Pelo contrário, a formação de um sistema teleológico não se opõe, de modo algum, à possibilidade de contradições de princípios; ela impede, em todo o caso, uma configuração perfeita desse sistema.” CANARIS, 2012, p. 102.

Daí é que, se Dworkin entender os valores como construções humanas, ainda que por meio da argumentação, qualquer sistema pretensamente holístico, se coerente, será necessariamente incompleto.

Dworkin efetivamente nega a existência de fatos morais platônicos, ou, para ficar com a expressão do autor, “mórons” (partículas de moral). Todavia, em um outro sentido, reconhece a objetividade do valor. Alega ser possível afirmar a verdade em sentido moral. Daí é que, para ele, alguns valores existiriam sem depender da sua defesa por quem quer que fosse. Ele defende a existência de fatos morais – por isso, a escravidão, independentemente de qualquer argumento, seria invariavelmente injusta. Por outro lado, a pretensão da existência da verdade na interpretação decorre, em boa medida, da ideia de coerência, cujos traços devem ser, obviamente, construídos historicamente. Portanto, ao menos em matéria da interpretação das práticas comunitárias, Dworkin pode ser considerado um construtivista (relembre-se, aqui, da chamada interpretação construtiva, tão cara ao autor, e a ideia de romance em cadeia que ela pressupõe). Logo, não se poderia falar em um sistema estritamente fechado, nos moldes do positivismo exegético, pois a sua reconstrução exigiria a sua abertura através da interpretação construtiva, a qual caberia a cada sucessor daquele imaginado romance em cadeia. Entretanto, essa interpretação deveria se fundar em um ideal de coerência próprio do holismo, o que é, inclusive, confirmado por Dworkin.

O sistema será necessariamente incompleto¹²⁸ – não que Dworkin negue isso, porquanto afirme se tratar a completude se um ideal possivelmente inalcançável. Afinal de contas, o projeto da coerência não anda ao lado da totalidade, ou da completude. E, como veremos no próximo tópico, isso não deve, necessariamente, ser visto como algo negativo, tanto mais se levarmos em conta a existência de um ambiente progressivamente complexo, marcado pela incerteza e pela contingência. Quanto a esse ponto, portanto, parece-nos que Hart está com a razão, não obstante Dworkin acuse a sua ideia de incompletude do sistema jurídico de recair no “agulhão semântico”. Por isso mesmo, a obra de Hart não deve ser

¹²⁸ Daí é que a ideia de abertura do sistema ganha tamanha relevância. Como adverte Canaris: “a abertura do sistema significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. De facto, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em casa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, tão só um projecto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem ‘fechado’, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis”. CANARIS, op. cit., p. 106.

vista como um objeto de todo inútil ou absolutamente superada, como muito se costuma dizer. Pelo contrário, sobretudo quanto a esse ponto, ela é sobremodo mais adequada à complexidade da sociedade moderna do que a obra do próprio Dworkin.

Além do mais, o ideal de coerência, apesar de necessário, pode se mostrar insuficiente em se tratando de decisões jurídicas em casos concretos, porquanto a coerência se trata, nos termos de Castanheira Neves, de “uma intencional exigência geral e totalizante, enquanto a validade do juízo é especificamente concreta e particular”. Segundo ele,

Não se trata, pois, apenas de integrar a decisão concreta no todo da ordem e da prática jurídicas e de concretamente as compreender na coerência dessa integração, trata-se antes de dar solução normativo-juridicamente justa (com justeza prático-normativa) ao caso concreto mediante um juízo que mobilize adequadamente, ou segundo as exigências daquela justeza, a normatividade jurídica como seu critério específico¹²⁹.

De fato, cuida-se de algo, em alguma medida, semelhante ao que se passou com Sancho Pança.

O que fica evidente, com tudo isso, é que o ideal de coerência, por si só, não é capaz de fundamentar a legitimação do direito – e das decisões que nele venham a se verificar¹³⁰: a coerência, por ela mesma, é insuficiente. Uma tradição, para usar os termos de Gadamer, ou uma determinada história institucional, já nas palavras de Dworkin, não se legitimam simplesmente por terem este caráter. Em outros termos, a mera historicidade não deve se confundir com a legitimidade do direito, apesar de ser a sua condição de possibilidade¹³¹. Justamente por isso, o direito deve procurar um fundamento de

¹²⁹ CASTANHEIRA NEVES, op. cit. p. 443. Vale dizer que, para ele, a falha da teoria de Dworkin se encontra justamente nesse ponto, o qual, por acaso, representa exatamente aquele em que há uma nítida convergência com a hermenêutica de Gadamer. Castanheira Neves vê na hermenêutica uma insuficiência para solucionar as problemáticas da metodologia jurídica. Nesse sentido, entretanto, deve-se fazer justiça a Gadamer (o que Castanheira Neves não deixa de fazer). *Verdade e Método* não se trata de uma obra destinada a fornecer critérios para apontar quais as interpretações corretas, seja em âmbito jurídico, literário, etc. Gadamer tão somente expôs os condicionamentos a que a compreensão, agora unificada com a interpretação, submetia-se – donde ele lança mão das ideias de pré-compreensão, tradição, fusão de horizontes, etc. Para mais detalhes, ver GADAMER, 2014, p. 388-ss; p. 613-ss.

¹³⁰ Nesse sentido, ver AARNIO, 1991, p. 238.

¹³¹ Vários autores têm se debatido sobre essa questão, vindo a fornecer fundamentos de legitimidade os mais diversos para o direito. Kaufmann e Fernando Bronze, p. ex., veem-nos no valor da pessoa. KAUFMANN, 2014, p. 262; BRONZE, 2010, p. 492-4. Habermas, por sua vez, procura vincular a legitimação do direito a uma situação discursiva ideal. HABERMAS, 2010, p. 172.

legitimidade que seja alheio à coerência, como fez Sancho, ao seu modo, na decisão daquele famigerado paradoxo.

Tudo isso serve para apontar que o direito *enquanto* coerência é insuficiente. Todavia, como Dworkin parte da ideia de objetividade moral (haveria, para ele, *verdades* na moral) e de integridade, e na medida em que o direito é um ramo da moral, pode-se dizer que, em alguma medida, este (o direito) estaria vinculado a essa objetividade, cujos alicerces seriam, justamente, as duas formulações dworkinianas da dignidade humana. Daí é que se trataria de uma interpretação liberal do direito, com forte influência de John Rawls. Analisada de um modo mais concreto, pode-se concluir que, para Dworkin, haveria verdades morais e, vinculado a isso, interpretações efetivamente corretas, e que encontrá-las dependeria, unicamente, do cumprimento de determinadas condições, quanto aos próprios intérpretes: como se passa na posição original, de Rawls¹³², Dworkin pressupõe que qualquer juiz dotado das capacidades e possibilidades de Hércules chegaria à mesma resposta. Existiria, sim, uma resposta, a qual, em circunstâncias normais, dificilmente seria encontrada tão somente em razão dos obstáculos epistemológicos a que todos os intérpretes comuns inevitavelmente se submetem. Muito em breve, analisaremos a viabilidade dessa premissa. O que, por hora, deve ficar claro é que, na teoria de Ronald Dworkin, além da coerência e da unidade, haveria a objetividade, os fatos morais¹³³, o que, de certo modo, fundamenta a ideia de integridade. Por conseguinte, quanto à definição do valor, pode-se dizer, sempre com a devida cautela, que Dworkin é, em alguma medida, um realista.

2.2. O sistema jurídico como um sistema complexo: complexidade, contingência e incerteza

A vida inventa! A gente principia as coisas, no não saber por que, e desde aí perde o poder de continuação – porque a vida é mutirão de todos, por todos remexida e temperada.¹³⁴

¹³² Cf. RAWLS, 2008, p. 146-ss.

¹³³ Conquanto não se trate de fatos morais platônicos.

¹³⁴ GUIMARÃES ROSA, 2006, p. 461.

O tópico anterior destinou-se a demonstrar a impossibilidade lógica da completude sistêmica, numa abordagem que inclui o próprio sistema jurídico. Isso tudo, como é óbvio, não exige que abandonemos a ideia mesma de sistema. Pelo contrário, pressupõe alterações até mesmo conceituais no que se refere a essa problemática. Devemos tratar não de sistemas simples e fechados, mas de sistemas complexos e abertos¹³⁵, especialmente se tomarmos como referência sistemas circunscritos pela realidade e, assim, influenciados por ela. Sendo assim, se é correto dizer que vivemos numa realidade progressivamente complexa, isso significa que os sistemas devem, tanto quanto possível, se adequar a esse novo pano de fundo.

De um modo geral, é possível enquadrar os sistemas em três categorias, quanto às suas condições de comportamento. Eles podem ser (i) constantemente estáveis (*stable steady*), quando apresentam uma trajetória rigidamente definida, que se completa quando o resultado ou objetivo previsto é atingido; (ii) periodicamente estáveis (*stable periodic*), se forem constituídos por ciclos que se repetem continuamente, formando um padrão também facilmente definível; e, por fim, (iii) caóticos (*chaotic*), quando toda essa linearidade que marca os sistemas anteriores é substituída pelo dinamismo e por inevitáveis traços de imprevisibilidade¹³⁶.

Falar em sistemas complexos significa falar em sistemas constituídos por partes que, continuamente, relacionam-se entre si e com seu ambiente de uma maneira não linear, de modo a proporcionar resultados contingentes e provisórios. A rigor, pode-se dizer que a estrutura interna de cada sistema complexo é capaz de “evoluir sem a intervenção de um designer externo ou a presença de alguma forma centralizada de controle interno”¹³⁷, isto é, cada um deles detém uma propriedade de se desenvolver ou alterar a sua estrutura interna de modo espontâneo, sobretudo para se adequar a ou manipular seu respectivo ambiente¹³⁸. Não há qualquer determinação *a priori* ou behaviorista, portanto, mas somente relações no interior do sistema (entre suas partes ou microscópicas) e entre este e o seu ambiente, de

¹³⁵ A ideia de sistema aberto não é, de forma alguma, contraditória. Pelo contrário, ela é uma condição de possibilidade para objetos que não possam ser constituídos senão como uma práxis historicamente delimitada e para os quais seja direcionada alguma pretensão de racionalização, como acontece com o direito. Em outras palavras, ou admitimos que o direito é um sistema aberto ou abandonamos a ideia de sistematizá-lo, o que não parece acertado. A esse respeito, ver CANARIS, op. cit., 109-ss.

¹³⁶ RUHL, 1996, p. 862-ss.

¹³⁷ Tradução livre. CILLIERS, 1998, p. 89.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 90.

modo a possibilitar a sua permanente auto-organização¹³⁹. Cuida-se, pelo contrário, de sistemas que se auto-reproduzem, que aprendem com a experiência e registram seus aprendizados, de modo a, a partir daí, compará-los com as novas situações ou irritações. É que, como a complexidade pressupõe uma boa dose de entropia ou desordem, trata-la por meio da sistematização não deixa de envolver a finalidade de redução dessa desordem. O aprendizado e a memória (história) do sistema, especialmente quando promovem esquecimentos seletivos (*selective forgetting*), convolam-se em um filtro informacional e, como consequência, naquilo que diferencia o sistema de seu ambiente, impedindo-o de não ser nada mais que um espelho deste¹⁴⁰. É possível afirmar que, através da memória, o sistema adquire certa resistência à mudança, o que lhe confere a necessária reflexividade para lidar com futuras irritações do ambiente e, assim, selecionar o que passará a integrar a sua estrutura¹⁴¹.

Tudo isso só é necessário por conta da complexidade do ambiente que a todos circunscreve. Lidar com essa complexidade não seria possível sem a construção de sistemas suficientemente complexos, auto-organizáveis e, logo, não vinculáveis a algum rol de princípios últimos ou fundamentos transcendentais¹⁴² de caráter absoluto. Como veremos, na medida em que os sistemas complexos acabam por fornecer específicas autodescrições e descrições do ambiente que os circunscreve, a imposição de uma única possibilidade discursiva ou descritiva, o que costuma ocorrer quando da definição de princípios absolutos e aplicáveis a tudo e a todos, acaba por proporcionar observações e descrições inadequadas¹⁴³, porque inevitavelmente limitadas.

J.B. Ruhl assevera que o sistema jurídico costuma ter por característica o gerenciamento do livre arbítrio dos seres humanos que a ele se submetem, atuando pela conformação de três vetores: liberdades, direitos (dos outros) e regulações. Em linhas gerais, as liberdades são limitadas por direitos de terceiros, o que geralmente se dá através da habilidade do Estado em oferecer regulações a esse respeito¹⁴⁴. Porquanto umbilicalmente ligado à sociedade (daí o termo *Law-and-Society*), seriam equivocados estudos sobre o direito que visassem isolá-lo para melhor conhecê-lo. Em outras palavras,

¹³⁹ Ibidem, p. 92.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 92-ss.

¹⁴¹ Ibidem, p. 99-ss.

¹⁴² Ibidem, p. 106-ss.

¹⁴³ Ibidem, p. 107.

¹⁴⁴ RUHL, op. cit., p. 870.

o direito não poderia ser considerado senão como um sistema complexo e dinâmico: a sociedade seria, afinal, o palco para eventos imprevisíveis, a exemplo de fatos inicialmente desconhecidos, desastres naturais, etc. Mais que isso, tratar-se-ia de um sistema caótico, submetido tanto ao caos, como à catástrofe e à emergência¹⁴⁵. O livre arbítrio de seus operadores impediria qualquer behaviorismo sistêmico.

O direito, conquanto se trate de um sistema complexo, embora estruturalmente diverso dos sistemas regidos por leis naturais, é frequentemente confrontado com questões semelhantes, especialmente em razão de sua relação umbilical com a sociedade, onde se encontram vários âmbitos por ele regulados – e influenciados. É possível que alguma regulação jurídica acabe por ter consequências que alterem radicalmente o funcionamento de outros sistemas, como o econômico, por exemplo. De qualquer modo, não é possível falar de condições iniciais do sistema jurídico da mesma forma com que o tema é abordado para os sistemas onde, de fato, há a procura por leis naturais pretensamente absolutas e imutáveis.

O que Ruhl procura demonstrar é que tais conceitos tendem a colocar por terra qualquer pretensão de previsibilidade quanto aos resultados futuros de sistemas dinâmicos. Rompe-se com o mito determinista e se assume a contingência. E, uma vez que tais fatores (caos, emergência e catástrofe) são mesmo inevitáveis, seria necessário ao sistema adequar-se a esse panorama, sob pena de passar a ser desnecessário e, até mesmo, prejudicial à sociedade. “A grande lição da teoria dos sistemas dinâmicos para a reforma do direito, desse modo, é que o sistema conta tanto quanto as regras, e que nós não podemos efetivamente mudar somente uma variável daquela equação e esperar que as outras permaneçam estáticas.”¹⁴⁶ Não existe, diz-nos, algo como *ceteris paribus* (“mantidas *inalteradas* todas as demais variáveis”¹⁴⁷).

Nesse sentido, ele aponta três passos para os sistemas lidarem com essa complexidade ambiente: estabilidade, simplicidade e adaptabilidade¹⁴⁸. Inevitavelmente, somos, aqui, confrontados com o dilema rigidez/flexibilidade, o qual deve ser solucionado sem se recorrer a extremos. É que, não obstante a importância de se reconhecer que um grau excessivo de simplicidade e ordenação pode limitar sobremaneira as suas capacidades

¹⁴⁵ Sobre os conceitos de caos, emergência e catástrofe, ver *Ibidem*, p. 875-7.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 916.

¹⁴⁷ *Idem*, *ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 900.

de adaptação, não se pode negar que a regulação (ordenação) exerce um papel essencialmente ligado ao fornecimento de alguma previsibilidade ou segurança. Se optamos por excessiva flexibilidade, o sistema acaba por se tornar um mero espelho de seu ambiente, não exercendo, no caso do direito, o seu papel regulador. Se, por outro lado, aderimos à rigidez absoluta, ele perde a possibilidade de se sustentar, frente a um ambiente complexo e caótico. Precisamos, sim, de regulação e ordenação, mas de um modo ou em um grau não contrário à sustentabilidade do próprio sistema jurídico. E, para chegar a alguma conclusão mais concreta quanto a isso, é necessário analisar qual o papel do sistema jurídico nessa sociedade em cujo âmbito ele reside e para o qual dirige as suas operações.

Como afirmamos anteriormente, a complexidade sistêmica está invariavelmente ligada à complexidade de seu respectivo ambiente. Por isso mesmo, as considerações deste tópico se destinam a analisar o papel do direito, enquanto sistema, naquelas sociedades já marcadas por um alto grau de complexidade. Quanto a isso, são necessários alguns esclarecimentos. Não raro, afirma-se que as sociedades mais complexas, porque teriam atingido um maior grau de desenvolvimento, seriam formas de vida melhores do que aquelas tidas por arcaicas. Isso é um equívoco, primeiramente porque o estágio de desenvolvimento, por si só, é insuficiente para possibilitar inferências nesse sentido, e, em segundo lugar, porque o critério adotado para se avaliar o próprio conceito de desenvolvimento é eminentemente unilateral. Em qualquer hipótese, somente se reconhecermos a inexorável parcialidade dessa concepção é que poderemos falar em sociedades mais e menos desenvolvidas. Logo, é com essas ressalvas que devemos mencionar a progressão de complexidade das sociedades modernas.

Nesse sentido, em termos luhmannianos, não haveria, nas ordens arcaicas, um mínimo diferenciação funcional ou códigos sistêmicos específicos¹⁴⁹, pois todos os atos e fatos teriam em comum uma mesma fonte; nas palavras de Habermas, não existiria a diferenciação formal entre os conceitos de mundo, característica da modernidade e principal pano de fundo para o surgimento da racionalidade comunicativa¹⁵⁰. Não haveria

¹⁴⁹ Entraremos na teoria de Luhmann nas próximas páginas.

¹⁵⁰ Habermas baseia-se na teoria dos “mundos”, de Karl Popper, apesar de pontuais modificações, para afirmar que os falantes, ao agirem na busca do entendimento – em outras palavras, ao buscarem efetivar o agir comunicativo –, podem ter por referência três concepções de mundo: o mundo subjetivo (primeiro mundo de K. Popper), o mundo objetivo (segundo mundo) e o mundo social (o que equivaleria ao terceiro

sequer a diferenciação entre as esferas valorativas, e, basicamente, todos os juízos de valor estariam vinculados a uma ordem ou fundamento central, o oposto da sociedade moderna, marcada pela fragmentação. A totalidade do poder mítico englobaria todas as fontes normativas. Em outras palavras, essas ordens normativas não teriam contado com a racionalização de seu respectivo mundo da vida, marcada pelo desenvolvimento de uma racionalidade que permite aos atores mesmos questionar as tradições nas quais se inserem. Afinal de contas, nas sociedades desenvolvidas, marcadas por essa racionalização do mundo da vida, “as práticas e padrões de interpretação aos quais se estava habituado, pertencentes a uma eticidade que agora fica reduzida a uma mera convenção, diferenciam-se das *decisões* práticas, que passam pelo filtro reflexivo inerente a uma capacidade de julgar autônoma”¹⁵¹. Ainda segundo os conceitos habermasianos, nessas ordens arcaicas somente existiria uma moral pré-convencional, característica do primeiro nível de consciência moral, de acordo com a distinção de L. Kolberg, e com a análise de Habermas sobre a evolução social¹⁵². Nesse nível, as ações somente levam em conta as suas consequências, diferentemente do que se passa com a moral convencional (o segundo nível de consciência moral, em cujo agir entre em jogo também a orientação por normas) e com a moral pós-convencional (o terceiro nível, onde as próprias normas são avaliadas a partir de princípios). Além de tudo isso, a moral pré-convencional fundamenta-se em uma ética de caráter mítico, que se *une* e equivale ao direito – revelado. Diferentemente, a moral convencional, encontrada em sociedades um pouco mais desenvolvidas, apresenta já um início de diferenciação entre ética e direito, processo que só é completado no nível pós-convencional, quando a moral é desvinculada do direito e *desinstitucionalizada*, “a ponto de ficar ancorada apenas no sistema da personalidade, servindo como controle *interno* do comportamento”¹⁵³. Em suma, as ordens tribais não contam com a diferenciação entre direito, ética e moral, de modo que, ali, os “direitos resultam de todas as normas de ação

mundo de Popper, embora, na concepção popperiana, esse mundo se vincule mais às teorias e construções científicas que adquirem independência de seu criador). A depender do mundo que se tome como ponto de referência, as pretensões de validade criticáveis e, por conseguinte, os próprios argumentos se modificam. Não haveria como uma pretensão de validade não se referir a algum desses mundos. Mas essa diferenciação aparece na modernidade e com o surgimento do agir em busca do entendimento (ou agir comunicativo), donde surgiria uma nova racionalidade (também comunicativa). Por isso, como em sociedades arcaicas essas diferenciações estão ausentes, não seria possível, diz Habermas, considerá-las racionais – ao menos, não nos termos de uma racionalidade comunicativa. A esse respeito, ver POPPER, 1982, p. 106-ss., e HABERMAS, 2012, p. 170-ss, v. 1.

¹⁵¹ Tradução livre e grifo nosso. HABERMAS, 2010, p. 160-1.

¹⁵² HABERMAS, 2012, P. 314-ss, v. 2.

¹⁵³ Ibidem, p. 315.

conhecidas socialmente”¹⁵⁴. Por tudo isso é que, segundo o professor de Frankfurt, essas formas de vida não seriam consideradas racionais, tanto com relação ao conceito weberiano de racionalidade instrumental, como, principalmente, ao seu conceito de racionalidade comunicativa, o que lhe rendeu várias críticas¹⁵⁵. De qualquer modo, o que se pode dizer é que, de um ponto de vista institucional, as sociedades modernas são mais fragmentadas, flexíveis e, por isso, mais complexas do que as arcaicas.

Feitas tais considerações, voltemos à análise do papel do direito em uma sociedade progressivamente complexa e fragmentada.

A união necessária entre direito e sociedade, do que decorre a conclusão de que o direito não é senão um sistema social, traz algumas implicações importantes, no que serão importantes aquelas considerações iniciais a respeito dos sistemas complexos. Em primeiro lugar, o direito não pode ser observado ou descrito isoladamente, separado do tecido social e das várias relações que o circunscrevem. Conhecê-lo seria impossível desse modo. Em segundo lugar, é preciso dizer que o direito não é o único sistema social existente. Pelo contrário, em termos luhmannianos, o direito se trata de um *subsistema* do sistema social¹⁵⁶, que lhe é muito mais amplo e abrange vários outros subsistemas – p. ex., subsistemas religioso, econômico, moral, etc. –, cada um dos quais constituído por jogos de linguagem (ou, segundo Luhmann, códigos binários, separados em juízos positivos e negativos) específicos. Por meio desses códigos, que marcam o fechamento operacional (*operative closure*¹⁵⁷) dos subsistemas, a estes seria conferida uma identidade específica e a possibilidade de comunicação com o ambiente, no que se incluem todos os demais subsistemas sociais. Em última análise, tratar-se-ia de uma paradoxal unidade da diferença

¹⁵⁴ Ibidem, p. 316.

¹⁵⁵ Dessas conclusões, decorreram várias críticas a Habermas. Cf. DUSSEL, 2002, p. 200-ss. No sentido de que seria possível haver racionalidade também nessas formas de vida, pois os critérios de racionalidade estariam vinculados tão somente à existência de boas razões para a sustentação de argumentos, BOUDON, 1995, p. 227. Segundo ele, “Não é verdade que as crenças dos Papago [tribo indígena do Amazonas] são irracionais, sendo as explicações científicas com que elas entram em concorrência racionais. É muito mais aceitável dizer que as primeiras são dominadas pelas segundas. Da mesma maneira, não é verdade que a teoria ‘a Terra é plana’ é irracional, sendo a teoria ‘a Terra é redonda’ racional. Ambas as teorias podem ser sustentadas por uma argumentação. Mesmo hoje em dia, pode defender-se que a Terra é plana. Basta supor que existe um gênio maligno todo-poderoso cuja operação principal consiste em multiplicar as provas de que a Terra é redonda, sendo ela plana.” Em *O Relativismo*, Boudon afirma que a “diferença entre os *primitivos* e nós é que não cremos nas *suas* teorias. Em contrapartida, raciocinamos segundo os mesmos princípios e utilizamos os mesmos procedimentos. Não temos qualquer motivo para imaginar que os seus cérebros são estruturados de modo diferente ou que obedecem a uma *mentalidade pré-lógica*.” BOUDON, 2009, p. 59-60.

¹⁵⁶ LUHMANN, 2004, p. 73.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 74.

(*unity of a distinction*^{158 159}), em que os muitos fragmentos diferentes entre si seriam sistemicamente integrados¹⁶⁰. Cada subsistema dependeria dos demais para construir sua própria identidade, sua diferença¹⁶¹. Em alguma medida, cuida-se de um paradoxo semelhante à *Ordem da desordem* da Biblioteca de Babel, enunciada por Borges, numa metáfora que visa representar o Universo: “‘A biblioteca é ilimitada e periódica’. Se um eterno viajante a atravessasse em qualquer direção, verificaria ao cabo dos séculos, que os mesmos volumes se repetem na mesma desordem (que, repetida, seria uma ordem: a Ordem).”¹⁶² É claro que há diferenças importantes entre os dois polos dessa comparação, uma vez que a Biblioteca de que fala Borges é onisciente, absoluta e imóvel sendo, portanto, capaz de fornecer algum sentido para todos os símbolos ou livros imagináveis. “Falar é incorrer em tautologias.”¹⁶³ Isso, como se vê, contraria a teoria sistêmica, inegavelmente marcada pela contingência.

O ponto de partida da teoria luhmanniana é, portanto, a distinção entre sistema e ambiente¹⁶⁴, de modo que aquele depende deste não apenas de modo ocasional e adaptativo, mas estruturalmente: o sistema sequer existiria sem o ambiente¹⁶⁵. E essa diferenciação somente é possível em razão da auto-referência sistêmica, ou seja, da possibilidade de o sistema observar a si mesmo. É o que acontece através dos códigos, que o delimitam estruturalmente e, desse modo, permitem a sua distinção com relação ao ambiente. Além do mais, a constituição de códigos próprios permite que a complexidade desestruturada e anárquica, recebida do ambiente, seja filtrada, reduzida, de acordo com as especificidades de cada sistema.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 181.

¹⁵⁹ No conceito de unidade da diferença, é possível perceber que a obra de Luhmann traz consigo muito da teoria da complexidade e do pensamento complexo, contrários ao reducionismo e às generalizações. De algum modo, considerar a diferença e as peculiaridades é combater o pensamento abstrato, tal como concebido por Hegel e exemplificado pelo caso da pessoa que reduz o assassino ou homicida ao crime por ele cometido, desconsiderando toda a sua essência humana. HEGEL, 1995, p. 238. Outras duras críticas ao pensamento abstrato podem ser vistas em BERKELEY, 2010, p. 37-ss.

¹⁶⁰ Cf. MORIN, op. cit., p. 152.

¹⁶¹ LUHMANN, 1995-b, p. 177. Sobre a diferenciação funcional, ver também LUHMANN, 1998, p. 71-ss.

¹⁶² BORGES, 2013, p. 87.

¹⁶³ Ibidem, p. 85.

¹⁶⁴ Daí as críticas de Luhmann ao humanismo, à ideia de que o homem é a medida da sociedade – e, assim, parte da sociedade – e de que nada pode prescindir desse ponto de partida. Em sua teoria, os seres humanos fazem parte do *ambiente* dos sistemas sociais, que é naturalmente mais complexo e menos disposto à ordenação do que os próprios sistemas: é, por assim dizer, mais anárquico. Assim, segundo Luhmann, a teoria sistêmica não representaria qualquer desprezo ao ser humano, sobretudo por lhe conferir maior liberdade em relação ao seu (do ser humano) ambiente, “especialmente liberdade para o comportamento imoral e irracional”. LUHMANN, 1995-b, p. 212-3.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 17.

Já aqui, é possível perceber, na obra de Luhmann, uma ruptura paradigmática, quanto à epistemologia. É que a epistemologia tradicional costuma rechaçar a auto-referência, o observar a si mesmo, porquanto isso seria um indício de falha ou, no mínimo, um obstáculo ao próprio conhecimento objetivo, além de consistir num paradoxo. Em Luhmann, o paradoxo da auto-referência é tido por inevitável: caso queiramos *conhecer o conhecer*, devemos nos observar a nós próprios¹⁶⁶. Segundo ele, “há paradoxos em todo lugar, onde quer que procuremos por fundamentos.”¹⁶⁷ E, se isso implicar na impossibilidade do conhecimento objetivo – e, de fato, implica -, não podemos tomar outra atitude que não a negação de toda pretensão de objetividade epistemológica¹⁶⁸.

O conhecimento do conhecimento compromete. Compromete-nos a tomar uma atitude de permanente vigilância contra a tentação da certeza, a reconhecer que nossas certezas não são provas da verdade, como se o mundo que cada um de nós vê fosse o mundo, e não um mundo, que produzimos com outros. Compromete-nos porque, ao saber o que sabemos, não podemos negar que o sabemos.¹⁶⁹

A ideia mesma de complexidade e de sistemas complexos, como vimos, não pode se distanciar da pressuposição da auto-referência¹⁷⁰, de modo a lidar com uma epistemologia diversa da tradicional. Afinal de contas, é a auto-referência o substituto do *controlador unilateral* ou do designer externo dos sistemas sociais. No lugar de uma unidade integrada da qual partem orientações ou determinações para todas as suas partes, temos vários subsistemas que recebem e transmitem informações a seu ambiente, e sofrem

¹⁶⁶ Ibidem, p. 33-4 e 481-2; Ver LUHMANN, 1998, p. 207.

¹⁶⁷ LUHMANN, 1988, p. 154.

¹⁶⁸ No próximo tópico, falaremos mais a esse respeito.

¹⁶⁹ MATURANA; VARELA, 1995, p. 262.

¹⁷⁰ Há, a esse respeito, uma passagem interessante, em *Social Systems*, em que Luhmann aborda a inevitabilidade da auto-referência como ponto de partida para a epistemologia: “Como a teoria da reflexão do sistema científico, a epistemologia primariamente concerne à relação entre conhecimento e objeto, isto é, à referência do conhecimento à realidade. A auto-referência, nesse caso, significaria: o real é o que o conhecimento indica que é real. Essa resposta permanece insatisfatória. É preciso não evitar o círculo, mas é possível interrompê-lo, introduzindo condicionamentos. Essa é a função das razões. Isso, entretanto, meramente transforma o círculo vicioso em um regresso infinito, porque, agora, nós devemos perguntar pelas razões por trás das razões. Esse regresso infinito é, assim, equipado com esperanças de aproximações cada vez mais próximas da realidade, a qual é finalmente ancorada no funcionamento complexo. Se alguém, por sua vez, justifica as razões e mantém cada passo desse processo aberto à crítica e passível de revisão, torna-se mais improvável que tal edifício possa ser construído sem referência à realidade. A circularidade não é eliminada. Ela é usada, desdobrada, *destautologizada*. Sem essa fundamental auto-referência, todo conhecimento iria colapsar. Somente com a sua ajuda, pode uma estrutura ambientalmente sensitiva ser erguida de modo a adquirir informação do que a ciência chama de realidade (objetos, etc.)” Tradução livre e grifo nosso. LUHMANN, Niklas. *Social...*, op. cit., p. 479. Ver, em sentido semelhante: LUHMANN, Niklas. *Complejidad...*, op. cit., p. 143.

seus impactos de uma maneira particular, sobretudo porque cada um deles têm uma perspectiva própria de auto-observação e de observação desse ambiente (heretorreferência), no que eles delimitam a sua respectiva estrutura. Formam-se, assim, inúmeras referências sociais. “Isso decorre do fato de que, ao lado da perspectiva de *ego*, uma ou muitas outras perspectivas de *alter* são levadas em consideração.”¹⁷¹ As perspectivas de um sistema nem podem ser compartilhadas por outro, de forma que um mesmo acontecimento terá vários significados, a depender da perspectiva sistêmica que o observe¹⁷².

Para Luhmann, portanto, a realidade não seria nada mais do que essa totalidade constituída por subsistemas sociais que se auto-observam e se observam entre si, se interpenetram¹⁷³ e, por vezes, conflitam entre si (*só o que acontece no âmbito sistêmico efetivamente acontece*¹⁷⁴). E essa realidade não é fixa, mas contingente e permanentemente mutável: “A identificação do direito não é dada por nenhum ideal estável, mas exclusivamente por aquelas operações que produzem e reproduzem um significado legal específico. Em adição a isso, nós assumimos que essas operações devem, sempre, ser as operações próprias do sistema jurídico (o qual pode, é claro, ser observado de fora).”¹⁷⁵ Por isso é que, não havendo determinações externas, “somente o direito mesmo pode dizer o que é direito”¹⁷⁶ e, assim, definir suas próprias fronteiras; “*não há outra autoridade na sociedade que pode proclamar: isso é lícito e isso é ilícito.*”¹⁷⁷ Daí a definição do direito como um sistema autopoietico, adaptada dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela¹⁷⁸: “O direito, desse modo, é uma história nunca acabada, um sistema autopoietico que produz elementos somente com vistas a produzir mais elementos; e o código binário é

¹⁷¹ Tradução livre. LUHMANN, 1995-b p. 80-1.

¹⁷² Ibidem, p. 81-ss.

¹⁷³ Daí a ideia de acoplamento estrutural, que Luhmann adaptou da biologia – mais precisamente, das obras dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela. Segundo Luhmann, a interpenetração se dá quando dois ou mais sistemas, de modo recíproco, disponibilizam suas próprias complexidades para a (re)construção uns dos outros. Ambos se irritam e, assim, desencadeiam mudanças mútuas de estado, num processo contínuo. Ibidem, p. 213. Ver: MATURANA; VARELA, op. cit., p. 133-ss.

¹⁷⁴ LUHMANN, 2004, p. 83.

¹⁷⁵ Tradução livre. Ibidem, p. 78.

¹⁷⁶ Tradução livre. Ibidem, p. 84.

¹⁷⁷ Tradução livre, grifos do autor. Ibidem, p. 100.

¹⁷⁸ Maturana e Varela afirmam que a estrutura de todos os seres vivos são autopoieticos, na medida em que produzem continuamente a si mesmos, através de suas interações internas. Sobre os sistemas autopoieticos, eles afirmam: “A característica mais marcante de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como distinto do meio circundante mediante sua própria dinâmica, de modo que ambas as coisas são inseparáveis.” MATURANA; VARELA, op. cit., p. 87.

a forma estrutural que subscreve essa garantia.”¹⁷⁹ Em outras palavras, cada decisão do sistema – no caso, o sistema jurídico -, pela qual se confirma o que é lícito e o que é ilícito, torna possível que se produzam mais fatos dessa natureza (lícitos ou ilícitos). “Cada operação, que opta por algum valor do código, abre-o (o código) novamente, tornando possível julgar todas as operações seguintes sob o aspecto de um ou outro valor. Isso significa que o sistema, em sua circunstância temporal, é um sistema também aberto, por conta de seu fechamento.”¹⁸⁰

Aqui, cabem alguns esclarecimentos. Como vimos no tópico anterior, é impossível que um sistema seja, a um só tempo, completo e coerente. Ele sempre precisará recorrer a um segundo nível de linguagem para se completar, e isso indefinidamente. Portanto, é impossível que um sistema não contraditório atue ao modo do Barão de Munchausen e *se puxe, para cima, pelos próprios cabelos*. Se o sistema for coerente (ou não contraditório), será, necessariamente, incompleto. Não raras vezes, associa-se a obra de Luhmann a esse tipo de paradoxo¹⁸¹, na medida em que ela trata de sistemas que se auto-reproduziram, a partir de seus próprios elementos, e tem como base a auto-referência. E, de algum modo, isso chega a ocorrer. Mas essa associação deve se restringir a uma parte da teoria luhmanniana, a saber, a hipótese da auto-referência, onde o paradoxo é realmente assumido (o exemplo mais conhecido de paradoxo auto-referencial é o já mencionado paradoxo do mentiroso, inevitável em todo sistema que se pretenda consistente e completo; Luhmann, ao contrário de Russell e Tarski, sequer procura soluções para esse paradoxo). Com isso, queremos dizer que a autopoiese dos sistemas sociais – e, logo, a teoria de Luhmann - abrange mais do que isso, precisamente por conta do papel primordial que ela confere ao ambiente ou entorno. Em outras palavras, o sistema não sobrevive só de auto-referências; ele carece de heterorreferências¹⁸² (ou seja, de referências ao ambiente) e, assim, das irritações vindas de fora do sistema, onde, é bem verdade, a auto-referência não deixa de ter um papel fundamental: é nesse cruzamento de diversas auto-referências e heterorreferências que os vários pontos cegos podem ser localizados. (Nessa ideia de heterorreferência, talvez seja possível falar de uma certa preocupação de Luhmann com o caráter inerentemente paradoxal de sua teoria, muito embora, definitivamente, não haja

¹⁷⁹ Tradução livre. Ibidem, p. 184.

¹⁸⁰ Tradução livre. Ibidem, p. 185.

¹⁸¹ Cf. CRUZ, op. cit., p. 119.

¹⁸² LUHMANN, 1998, p. 144.

qualquer hierarquia entre sistema e ambiente.) “Não pode haver nenhuma regra no sistema que regule a aplicabilidade/não aplicabilidade de todas as regras do sistema.”¹⁸³ Portanto, podemos dizer que a teoria de Luhmann, ao compreender a necessidade de referências externas, procura, ao menos, restringir os efeitos do paradoxo da auto-referência¹⁸⁴. Logo, ela não pode ser reduzida à estória de alguém que se puxa pelos próprios cabelos, sem qualquer apoio externo, assemelhando-se, de certo modo, também à estória de alguém que caminha sem um destino pré-definido a partir de fora, embora influencie os e seja influenciado pelos percalços do seu respectivo trajeto.

Isso serve para dizer que o fechamento operacional, através do qual os subsistemas se auto-observam e identificam o seu jogo de linguagem específico¹⁸⁵, não implica em isolamento ou solipsismo, pois o subsistema não pode se manter cego ou alheio a seu ambiente. Afinal de contas, a comunicação deve, tanto quanto possível, ser mantida, através de operações de cada subsistema e de suas conseqüentes irritações ao ambiente em geral e especificamente aos demais subsistemas, no que o sistema social vai se reconstruindo continuamente. A “abertura só é possível através do fechamento”¹⁸⁶, e vice-versa, de modo que os sistemas, conquanto operativamente fechados, são cognitivamente abertos¹⁸⁷. Eles podem e devem aprender com as informações recebidas de seu ambiente. Resumidamente, pode-se dizer que toda operação sistêmica, por seu código binário específico, será observada e, logo, descrita pelos demais subsistemas e pelo próprio ambiente abrangente, vindo a lhes exercer alguma influência. Mas cada uma dessas observações necessariamente parte de um ponto ou perspectiva específico e parcial, razão pela qual é impossível chegar a uma observação absoluta e objetiva ou mesmo privilegiada¹⁸⁸. Por exemplo, uma dada operação do subsistema jurídico será observada e descrita de uma dada maneira pelo subsistema econômico, de outra pelo subsistema

¹⁸³ Tradução livre. LUHMANN, 2004, p. 125.

¹⁸⁴ Veja-se, a propósito, o modo como Luhmann aborda o paradoxo das cláusulas pétreas, aquelas normas constitucionais que não podem ser modificadas nem mesmo mediante emendas constitucionais. Ou seja, o direito é proibido de modificar a ele próprio. Se nos restringíssemos à ideia de auto-referência, somente o direito poderia alterar condições mediante as quais ele mesmo poderia ser modificado. Mas isso poderia nos remeter a um regresso infinito, de modo que o direito poderia, indefinidamente, alterar as suas condições de modificação, e é fácil perceber que não chegaríamos a nenhuma solução definitiva. Por isso, para se livrar desse paradoxo, Luhmann sugere que a questão seja transferida à política, isto é, a uma referência externa. *Ibidem*, p. 126.

¹⁸⁵ Sobre o conceito de jogos de linguagem, ver o próximo tópico.

¹⁸⁶ Tradução livre. LUHMANN, 2004, p. 105.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 106.

¹⁸⁸ A despeito das diferenças teóricas, essa ideia também está presente em Lyotard. Cf. LYOTARD, 2013, p. 15-ss.

religioso e, possivelmente, de outra, completamente diversa, pelo subsistema científico. “Observadores externos – tais como Henrich von Kleist, Franz Kafka ou Walter Benjamin – podem identificar o sistema jurídico em várias diferentes maneiras. Se alguém quer descobrir quais são essas maneiras, *deve observar o observador*”¹⁸⁹. Cada observação é marcada por um ponto cego, que somente pode ser vista a partir de outras perspectivas, pelo outro¹⁹⁰. Por essa razão é que Luhmann tem tantas reservas a teorias que visam o consenso como um ideal necessário, como se passa com Habermas. E isso tem fortes implicações para a própria relação entre direito e moral:

Na sociedade moderna, qualquer entendimento de alguma validade imediata da moral no sistema jurídico é ainda menos possível, e por razões óbvias. O sistema jurídico deve providenciar uma consistência suficientemente confiável em suas decisões e, a esse respeito, em sua função enquanto uma unidade. Avaliações morais, pelo contrário, são tipicamente pluralistas, e há sempre a possibilidade – quando o consenso não pode ser alcançado – de se recorrer a cada perspectiva fragmentada de apoio, isto é, ao apoio do grupo.¹⁹¹

Na medida em que, numa sociedade moderna, o conceito de moralidade se torna demasiado fluido, seria equivocado atrelar o direito tanto a uma pretensa moralidade comunitária, como a alguma moral pretensamente absoluta ou objetiva. Segundo Luhmann, nenhuma dessas doutrinas, no que podemos incluir a própria teoria de Dworkin, seria adequada ao pano de fundo que as circunscreve. Daí é que, no caso do direito, o consenso deveria se restringir aos procedimentos pelos quais ele é constituído; é importante que se trate de um procedimento aberto a concepções ou formas de vida as mais diversas, de modo a impedir que o debate se limite a projetos ou opiniões hegemônicos ou majoritários. A esse respeito, é emblemática a referência que Luhmann faz aos próprios direitos humanos, os quais não seriam funcionalmente designados senão “para manter o futuro aberto para as diversas reproduções autopoiéticas dos respectivos sistemas. Nenhuma distribuição, nenhuma classificação, e, acima de tudo, nenhuma classe política de pessoas pode limitar o futuro.”¹⁹²

¹⁸⁹ Tradução livre, grifos nossos. LUHMANN, 2004, p. 105.

¹⁹⁰ NEVES, 2009, p. 298.

¹⁹¹ Tradução livre. LUHMANN, 2004, p. 107.

¹⁹² Tradução livre. *Ibidem*, p. 135.

O direito, porquanto se trata de mais um dos vários subsistemas sociais, é funcionalmente definido e, assim, igualmente limitado. Ele é o único subsistema capaz de tratar de questões ligadas ao código lícito/ilícito, o que pode vir a incluir, desde que o sistema efetivamente o tenha reconhecido, concepções vinculadas ao código certo/errado, pertencente à moral, ou ao código verdade/falsidade, do subsistema científico. Em outras palavras, essa inclusão somente pode se dar sob o manto da abertura cognitiva, de onde surgem irritações que, por uma opção *reflexiva* do próprio subsistema jurídico, passam a adentrá-lo. Mas isto significa que o direito, enquanto sistema, não pode dizer o que é cientificamente verdadeiro ou falso, tanto menos o que é moralmente correto ou errado. Por isso, na teoria luhmanniana, o direito deve assumir a sua identidade e se limitar a seu código e racionalidade específicos, a partir dos quais pode e deve aprender com o seu ambiente, via *reflexividade*¹⁹³.

E, como é evidente, essa definição funcional não se limita ao direito. Para usar um exemplo bastante caro a este trabalho, também o sistema moral seria operativamente fechado e cognitivamente aberto. Por isso, especialmente se levarmos em conta o pluralismo de concepções que lhe circunscreve, não lhe seria dada a possibilidade de ditar as regras de todos os sistemas sociais. Ou seja, não seria o subsistema moral dotado de alguma pretensa posição hierárquica superior à dos demais subsistemas. Por isso é que, na teoria de Luhmann, jamais seria possível afirmar que o direito não passa de um ramo da moral, sob pena de obstrução da própria autonomia do sistema jurídico, que passaria a ser, então, um sistema operativamente aberto – no caso, aos ditames de alguma moral pretensamente absoluta ou, de alguma forma, verdadeira.

Com essas considerações, podemos concluir que a complexidade da sociedade (pós)moderna implica, necessariamente, no fim de qualquer metanarrativa única e total¹⁹⁴, no sentido de vincular a racionalidade de todos os subsistemas ou jogos de linguagem existentes, para ficar com os termos de Lyotard. Há, pelo contrário, várias espécies discursivas, cada qual com jogo de linguagem e, logo, com uma racionalidade específicos, de cujo âmbito derivam perguntas e inquietações diversas e, por conseguinte,

¹⁹³ Isto quer dizer que o sistema, ele mesmo, faz reflexões, a partir de seus próprios critérios (fechamento operacional), sobre as informações adquiridas do ambiente. Nesse processo, ele decide, reflexivamente, sobre o que passará a integrá-lo ou não. Ibidem, p. 157-8.

¹⁹⁴ LUHMANN, 1998, p. 141-ss.

interpretações particulares sobre os vários acontecimentos do ambiente. Estudar tais racionalidades exige que se entre no seu jogo de linguagem específico.

A pragmática social não tem a “simplicidade” que possui a das ciências. É um monstro formado pela imbricação de um emaranhado de classes de enunciados (denotativos, prescritivos, performativos, técnicos, avaliativos, etc.) heteromorfos. Não existe nenhuma razão que se possa determinar metaprescrições comuns a todos estes jogos de linguagem e que um consenso revisável, como aquele que reina por um momento na comunidade científica, possa abarcar o conjunto das metaprescrições que regulem o conjunto dos enunciados que circulam na coletividade. É ao abandono desta crença que hoje se relaciona o declínio dos relatos de legitimação, sejam eles tradicionais ou “modernos” (emancipação da humanidade, devir da Idéia).¹⁹⁵

Com base nisso, Lyotard lança o que chamou de *legitimação pela paralogia*, sustentada na ideia de que os discursos devem se voltar não para a produção do consenso, mas para a produção de novos discursos, novas ideias, sobretudo porque seria equivocado supor que a totalidade de participantes possam chegar a um acordo “sobre regras ou metaprescrições válidas universalmente para todos os jogos de linguagem, quando está claro que estes são heteromorfos e resultam de regras pragmáticas heterogêneas”¹⁹⁶. É verdade que ele também lança duras críticas ao projeto luhmanniano, voltadas especialmente ao caráter tecnocrático que tenderia a envolver os responsáveis pelas decisões referentes ao que pertence ou não a cada sistema. Segundo ele, isso implicaria em um autêntico terrorismo, no sentido de “eficiência oriunda da eliminação ou da ameaça de eliminação de um parceiro fora do jogo de linguagem que se jogava com ele”¹⁹⁷. Em outras palavras, a rigidez dos códigos sistêmicos, quando estes são interpretados pelos tecnocratas, tenderia a eliminar possibilidades discursivas consideradas inaptas para jogar aquele jogo de linguagem. “A arrogância dos decisores, em princípio sem equivalente nas ciências, volta a exercer este terror. Ele diz: Adaptai vossas aspirações aos nossos fins, senão...”¹⁹⁸ Nesse ponto, Lyotard possibilita uma reflexão importante: os sistemas devem, continuamente, se auto-observar, via reflexividade, inclusive para, eventualmente, modificar a sua concepção de si mesmos. Isso envolve, como veremos, abertura à periferia, aos diversos discursos e observações possíveis a seu respeito – ou seja, a abertura cognitiva

¹⁹⁵ LYOTARD, op. cit., p. 117-8.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 118.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 115.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 115-6.

deve ser levada a sério. No caso do subsistema jurídico, por exemplo, isso irá envolver uma contínua reflexão sobre os procedimentos através dos quais se torna possível dizer o que é e o que não é direito (lícito/ilícito)¹⁹⁹. Assim, se efetivamente julgamos inadequado que a definição do direito se torne (ou continue a ser) o objeto de discussão de alguns poucos tecnocratas, devemos nos preocupar em abrir seu ambiente de debate. Afinal de contas, a autocrítica faz parte da auto-observação, e ela só existe se o subsistema efetivamente se dispuser a ouvir o que os outros, todos eles, têm a dizer a seu respeito. Em suma, deve-se admitir que também opiniões minoritárias ou a princípio excluídas do debate público possam fornecer suas próprias perspectivas e, assim, influenciar o próprio conteúdo do sistema, desde que respeitados os requisitos procedimentais, âmbito em que o consenso é, de fato, exigido.

Em suma, para finalizar, podemos dizer o seguinte: segundo a teoria dos sistemas, especificamente em sua vertente luhmanniana, a sociedade seria um sistema abrangente, que incluiria uma multiplicidade de subsistemas diferentes e, por vezes, conflitantes entre si, uma vez que dotados de racionalidades e códigos binários particulares. Tratar-se-ia de uma paradoxal unidade da diferença²⁰⁰, como vimos. O problema é que, na constante comunicação ou imbricação entre esses subsistemas, é possível e até provável que um sistema, através de seu código e racionalidade próprios, acabe por se sobrepor a outro sistema, de modo a prejudicá-lo ou, até mesmo, aniquilá-lo em sua reprodução autopoiética. Paradoxalmente, podemos dizer que a absoluta liberdade de reprodução desses sistemas pode aniquilar a própria liberdade de reprodução sistêmica, implicando em alopoiese²⁰¹.

E esse paradoxo não é novo. É possível, por exemplo, uma analogia com o mercado e a liberdade econômica pressuposta em seu âmbito. A liberdade econômica é uma variável importante e que não pode ser desconsiderada, mas, ao mesmo tempo, seu conteúdo deve ser objeto de contínua reflexão. Isto porque, muito frequentemente, uma visão extremista do liberalismo econômico pode ficar cega para os obstáculos à liberdade que podem ser causados pelo próprio mercado, situação em que a absoluta liberdade do

¹⁹⁹ Resumidamente, como a formação do direito numa sociedade moderna está inevitavelmente ligada à política, o direito deve ouvir o que a política tem a dizer a seu respeito. Nesse sentido é que chegaremos à conclusão de que o contínuo e necessário debate sobre a definição do que é direito (lícito/ilícito) não pode ser restrita a alguns tecnocratas.

²⁰⁰ Cf. LUHMANN, 1988, p. 161.

²⁰¹ LUHMANN, 1995-b, p. 217; NEVES, 2011-a, p. 127-ss.

mercado se torna prejudicial à própria liberdade dos agentes econômicos²⁰², sobretudo aqueles mais desfavorecidos por esse jogo, seja essa situação fruto de seus deméritos ou não, o que é muito mais frequente. Inicialmente absoluta, a liberdade econômica torna-se, então, um mero engodo: formalmente garantida para todos, mas, materialmente, somente para alguns. Daí a importância, nesse âmbito, de um marco regulatório que se destine a impedir que as ações do próprio mercado possam prejudicar a ele mesmo ou à liberdade econômica de seus agentes, que são, acima de tudo, pessoas e a cujas necessidades ele, o mercado, deve servir²⁰³. Outro exemplo interessante é o conhecido paradoxo da tolerância, de que Popper lança mão em algumas de suas obras mais importantes e que já foi mencionado neste trabalho: tolerar a intolerância pode aniquilar a própria atitude de tolerância. Por isso é que, numa democracia, discursos de ódio ou que preguem o fim da própria democracia e da liberdade de ideias que ela pressupõe, devem, sob essa ótica, ser proibidos, sob pena do fim da própria democracia. Essa situação apresenta alguma semelhança com o paradoxo da liberdade, implícito na justificação de Kant para a coerção, não enquanto uma contradição à liberdade, mas como sua condição de possibilidade: “Consequentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito.”²⁰⁴ Por outras palavras, a liberdade pode, também aqui, aniquilar a si mesma.

No caso das imbricações sistêmicas, pode acontecer algo parecido. É o caso, especialmente, da corrupção sistêmica²⁰⁵, situação verificada quando o código de um dado sistema se sobrepõe ao de outro, que passa a não se reproduzir segundo seus próprios elementos. Um exemplo muito frequente disso é visto nas campanhas eleitorais, principalmente no Brasil, quando o sistema econômico, com seu código e racionalidade próprias, acaba por influenciar sobremaneira o sistema político e, conseqüentemente, o debate público. Quando o debate livre de ideias é condicionado pelo dinheiro, ou seja,

²⁰² Esse paradoxo da liberdade econômica também foi observado por Popper. Cf. POPPER, 1987, p. 125, v. 2.

²⁰³ Cf. KEYNES, 1982, p. 128-ss e 247. Essa é, justamente, a ideia do imposto progressivo global, proposto por Thomas Piketty. A rigor, trata-se de uma medida que, segundo ele, destina-se, justamente, a promover a competitividade do mercado e torna-lo mais meritocrático. PIKETTY, 2014, p. 459-ss. Ver também STIGLITZ, 2007, p. 137-ss e SEN, 2010, p. 160.

²⁰⁴ KANT, op. cit., p. 44-5.

²⁰⁵ NEVES, 2011-a, p. 148.

quando somente quem detém poder econômico considerável é capaz de expor as suas propostas de modo efetivo e, assim, convencer o eleitorado, isso significa que o sistema político foi corrompido pelo sistema econômico.

Parece razoável afirmar que o desenvolvimento sistêmico absolutamente livre, isto é, deixado à própria sorte, poderá – ou tenderá a – proporcionar tais corrupções e, com isso, inibir a própria auto-poiese de um ou outro sistema^{206 207}. Ao que tudo indica, também a teoria sistêmica vê-se envolvida por esse paradoxo da liberdade. Diante disso, há duas medidas possíveis: (i) deixar que os sistemas continuem a se desenvolver em absoluta liberdade, acreditando que, no final das contas, haverá algum ajuste ou retorno ao equilíbrio, tendo-se consciência dos riscos de algum eventual aniquilamento sistêmico, ou (ii) definir algum agente responsável por inibir tais corrupções, proibindo operações que venham a consistir em sobreposições a outros códigos ou racionalidades e, assim, garantir a auto-poiese sistêmica; cuidar-se-ia de algo semelhante à regulação de mercado. O problema, aqui, é que, na medida em que se pressupõe a ausência de pontos privilegiados de observação, não existiria, segundo as premissas da teoria luhmanniana, nenhum agente ou sistema competente para observar de modo mais adequado e, assim, dizer quando e onde um dado sistema está se sobrepondo a outro. A teoria de Luhmann parece-nos incompatível com a pressuposição de um regulador externo para a solução desse paradoxo, o que o deixa aparentemente insolúvel.

De todo modo, o que encontra-se implícito em todo esse tópico deve ser explicitado: a teoria de Dworkin, na medida em que concebe o direito como um ramo da moral, ignora a complexidade e a fragmentação de racionalidades que marcam a sociedade (pós)moderna. Ele, pelo contrário, aposta na construção de um sistema moral objetivo e aplicável a toda a sociedade, o qual consistiria em uma metanarrativa e, logo, em uma possibilidade discursiva única. Com isso, o direito acaba por perder a sua autonomia e a operar com base nos ditames dessa moral pretensamente objetiva ou, quando menos, com base em alguma imaginada moralidade comunitária - o que, hoje, é bastante difícil de

²⁰⁶ Em sentido contrário, Gunther Teubner afirma que o melhor a se fazer é permitir aos sistemas ou, no caso, às constituições societárias que se relacionem livremente e, assim, se irriem reciprocamente, de modo a promover alguma harmonia. TEUBNER, 2012, p. 73-ss.

²⁰⁷ A corrupção sistêmica ocorre com muita frequência em países de modernidade periférica. Cf. LUHMANN, 1998, p. 180; NEVES, 2011-a, p. 148-ss.

conceber²⁰⁸. Em outras palavras, não há, em sua teoria, espaço para a contingência. Como fica evidente, a própria ideia de uma única resposta correta não se vê desvinculada desse paradigma: havendo somente uma única narrativa ou, melhor, havendo mesmo essa vinculação de todo o sistema aos ramos de uma única árvore, não fica difícil defender a possibilidade de se encontrar uma única melhor resposta. Se há somente um discurso e, por conseguinte, uma única verdade, cabe a cada intérprete se imaginar como Hércules e encontrá-la. Não há dúvidas de que ressalvas podem ser feitas à teoria de Luhmann, especialmente quanto ao radicalismo de seu construtivismo epistemológico²⁰⁹, e aos paradoxos que isso pressupõe, ou quanto a seu rechaço ao humanismo. Mas, de qualquer forma, a sua obra fornece um referencial importante para a compreensão da complexidade da sociedade (pós)moderna. A partir dela, é possível perceber que boa parte das premissas de Dworkin, tais como a ideia de unidade e independência do valor e a própria tese da *única resposta correta*, estão equivocadas. Mas não podemos nos limitar a isso. Há ainda mais a ser dito.

2.3. Valores, linguagem e formas de vida: deve o direito constitucional assumir a objetividade moral?

Se é possível sintetizar as ideias do tópico anterior, podemos afirmar que ele se tratou de uma crítica epistemológica à teoria de Dworkin. Essa crítica deve ser aprofundada e esclarecida.

Ao longo das páginas deste trabalho, foi possível perceber que acontece com o projeto teórico de Dworkin o que ele pretendia que acontecesse com o *valor*: trata-se de uma teoria coerente e unitária, de modo que suas partes dependem do todo para sobreviverem. Justamente por isso, a tese da única resposta correta vincula-se não somente às ideias de coerência e integridade, mas, também, à de objetividade do valor ou, em outras

²⁰⁸ É que a diferenciação funcional, inevitavelmente, proporciona aos subsistemas um ambiente interno (ou seja, no interior do próprio sistema) sobremodo complexo, atenuando as crenças compartilhadas e reduzindo-as a “sentidos simbólicos altamente generalizados, ou localizando-as em situações específicas da vida diária que se modificam à medida que modificam os interlocutores.” LUHMANN, 1998, p. 92.

²⁰⁹ Cf. CRUZ, op. cit., p. 113-ss.

palavras, de verdades na moral, uma das principais teses esposadas em *Justiça para Ouriços*, como vimos.

Por isso mesmo é que, com Aulis Aarnio, pode-se afirmar que, se, por acaso, a tese da objetividade do valor não for aceita, “toda a teoria da única resposta correta perde a sua base”²¹⁰. Daí a importância de se avaliar a viabilidade teórica de tal cognitivismo, intuicionismo ou realismo moral²¹¹.

Mario Bunge, ferrenho defensor do realismo filosófico, afirma que este se trata de um sistema dividido em sete componentes: “ontológico, epistemológico, semântico, metodológico, axiológico (ou teórico do valor), ético e prático”²¹². O realismo ontológico se trata da tese “segundo a qual o universo, ou a realidade, existe *in se et per se*, em si e por si própria²¹³”, com leis próprias que, por vezes, se encontram para além das aparências e para cuja descoberta o conhecimento e a ciência devem se dirigir. Por sua vez, segundo o realismo epistemológico, essa realidade existente por si própria é passível de ser conhecida, para o que, como manda o realismo metodológico, o método científico é o mais adequado. O realismo semântico “é a concepção segundo a qual (a) algumas proposições referem-se a (são acerca de) fatos; e (b) algumas proposições factuais são verdadeiras em certa extensão.”²¹⁴ Várias são as teorias para a verificação da verdade proposicional, como a teoria da coerência e a teoria da correspondência, ambas criticadas por Bunge, não obstante ele adote uma versão corrigida desta última²¹⁵. O realismo prático, por seu turno, consiste na exigência de se considerar tanto a eficiência, como as consequências das ações humanas, do que deriva uma ideia própria de responsabilidade²¹⁶. Chegamos, enfim, às duas vertentes do realismo que nos interessam: o realismo axiológico e o ético.

²¹⁰ Aarnio refere-se a *Levando os Direitos a Sério*, mais precisamente à afirmação de Dworkin, mencionada neste trabalho, de que o juiz Hércules deverá construir a melhor teoria possível para justificar as suas decisões. Segundo o professor de Helsínki, “La teoría básica que justifica las decisiones puede contener evaluaciones y ellas tienen que ser asumidas, al menos en algún sentido, como absolutas. Sólo bajo esta suposición podemos, aun en general, considerar que es posible la construcción de la ‘mejor teoría posible’. Sin embargo, la suposición de valores absolutos es un punto de partida muy fuerte. Si uno no acepta este tipo de teoría de los valores, toda la teoría de una única respuesta correcta pierde su base”. AARNIO, 1991, p. 216-7.

²¹¹ Aarnio efetivamente afirma que a teoria de Dworkin é cognitivista. *Ibidem*, p. 238; ver também CRUZ, op. cit., p. 294. Há, entretanto, diferenças entre o realismo, ao menos o *hilorrealismo* de Mario Bunge, e o intuicionismo. Cf. BUNGE, 2010, p. 378.

²¹² *Ibidem*, p. 354.

²¹³ *Ibidem*, p. 355; Ver também HESSEN, 2012, p. 73-ss.

²¹⁴ BUNGE, op. cit, p. 361.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 366.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 387-ss.

Segundo Mario Bunge, “os realistas axiológicos sustentam que, embora alguns valores sejam efetivamente subjetivos, outros são objetivos porque estão radicados em necessidades biológicas ou sociais.”²¹⁷ Nesse sentido, a beleza estaria nos olhos do observador, enquanto a paz e a segurança seriam bens sociais objetivos, sobretudo porque os seus contrários (a guerra e a insegurança) “colocam a vida em risco e, portanto, arrastam para baixo todos os outros valores.”²¹⁸ Em suma, objetivos seriam aqueles valores que promovem o bem-estar humano e a sua coexistência social pacífica. Aqui, devem ser feitos dois esclarecimentos. Em primeiro lugar, como logo se percebe, Bunge não acredita que os valores tenham alguma fonte sobrenatural ou intuicionista, oriunda de algum pretensão de justiça ou algo semelhante, pois vincula a objetividade às necessidades biológicas dos seres humanos. Em segundo lugar, ele admite que a objetividade não é sinônimo de absolutismo. É que “um e mesmo item pode ser objetivamente valioso em alguns aspectos porém não valioso em outros” e, além disso, “alguns valores têm de ser restringidos a fim de assegurar outros”²¹⁹, especialmente porque eles tendem a entrar em conflito. Portanto, há diferenças teóricas consideráveis entre o realismo axiológico de Bunge e a objetividade moral defendida por Dworkin. Bunge acrescenta ao seu realismo axiológico uma boa dose de cientificismo, quando alega que também os valores, “subjetivos ou objetivos, podem ser investigados, defendidos ou atacados com fundamentos científicos, em vez de serem entregues a ideólogos.”²²⁰

Por fim, o realismo ético. Defendê-lo significa afirmar a existência de fatos morais, mas não com argumentos baseados em algum suposto naturalismo, uma vez que, como Bunge reconhece, “as regras morais são sociais, portanto, em parte, artificiais”²²¹. Em outras palavras, isso significa defender que há verdades e falsidades na moral²²², de modo semelhante ao que acontece com proposições factuais. Bunge sugere que “todo fato a

²¹⁷ Ibidem, p. 373.

²¹⁸ Idem, ibidem.

²¹⁹ Idem, ibidem.

²²⁰ Ibidem, p. 374.

²²¹ Ibidem, p. 375.

²²² Em sentido contrário, Richard Rorty nega a possibilidade de tais fatos morais. “Putnam me vê como um relativista porque não posso invocar nenhum ‘fato real’ para estabelecer um julgamento entre o possível mundo em que os nazistas saem vitoriosos, mundo esse habitado por pessoas que consideram o racismo nazista senso comum e nossa intolerância igualitária uma loucura, e o possível mundo em que vencemos e o racismo nazista parece uma loucura. (...) Realmente não posso invocar esse ‘fato real’, não mais do que uma espécie animal que corre o risco de perder seu nicho ecológico para outra espécie e, portanto, está diante da extinção, pode encontrar um ‘fato real’ para definir a questão de qual é a espécie que tem o direito a esse nicho. Mas, até onde posso ver, nem Putnam pode fazer isso.” RORTY, 2005, p. 48.

envolver direitos ou deveres, satisfeitos ou não, é um fato moral. Por exemplo, a pobreza é um fato moral, não apenas um fato social, porque envolve sofrimento desnecessário e degradação. Daí por que ela elicia emoções morais, como a compaixão e a vergonha.”²²³ Uma definição mais precisa seria a seguinte: “Um fato *f* é moral = *f* coloca um problema a alguma pessoa em alguma cultura. Por sua vez, um problema moral é uma questão cujo exame e solução exigem, entre outras coisas, a invenção ou a aplicação de normas morais.”²²⁴ Com isso, Bunge conclui que as verdades morais são semelhantes às verdades da ciência e da tecnologia. Mas, reconhece, há aí uma diferença fundamental: as verdades morais, ao contrário das outras duas, são inexoravelmente “contextuais, situacionais ou relativas”²²⁵. Contudo, mesmo essa dependência contextual apresentada pelas regras morais não seria absoluta, de modo que Bunge não defende nada semelhante à “relatividade total” dos relativistas e construtivistas sociais. E, segundo ele, isso seria assim “porque todos os códigos morais viáveis compartilham de certos princípios como o respeito ao outro e a reciprocidade. Em outras palavras, alguns direitos e deveres são básicos, portanto transculturais e não negociáveis, enquanto outros são secundários e, portanto, locais e negociáveis.”²²⁶ Exemplos de princípios universais e absolutos seriam o direito a uma vida “desfrutável e não danosa, o dever de ajudar o necessitado, quando ninguém pode fazê-lo”²²⁷; exemplos de princípios secundários seriam os direitos de propriedade e os deveres religiosos.

Como vimos, Mario Bunge procura tornar científica toda a sua teoria filosófica, que ele veio a nomear como *hilorrealismo*, consistente numa junção de realismo (há uma realidade mundana alheia ao observador), materialismo (as coisas existentes são materiais ou concretas, não ideais, isto é, produzem energia) e cientificismo (carecemos do método científico para apreender essa realidade, tanto quanto possível)²²⁸. Isso acontece também com o seu realismo ético, quando Bunge anuncia, entre as condições a serem satisfeitas por qualquer teoria ética, além da não-contradição, a “compatibilidade com o grosso do conhecimento científico e tecnológico acerca da natureza humana e suas instituições.”²²⁹

²²³ BUNGE, op. cit., p. 376.

²²⁴ Ibidem, p. 376-7.

²²⁵ Ibidem, p. 377.

²²⁶ Idem, ibidem.

²²⁷ Idem, ibidem.

²²⁸ Ibidem, p. 34-ss; p. 390-1.

²²⁹ Ibidem, p. 385.

Segundo ele, dada a relevância do método científico para a ética, é possível depreender que os fatos morais não são dogmas, mas hipóteses, de modo que “devem ser confrontados com fatos relevantes e revistos, se não combinarem com eles.”²³⁰ O realismo ético de Bunge, portanto, é essencialmente experimental, e isso o diferenciaria de qualquer realismo *ingênuo* avesso a uma abordagem efetivamente crítica. Por isso, Bunge afirma defender o realismo *crítico*: ele concordaria com Gaston Bachelard, segundo o qual “o conhecimento comum é inconsciência de si”²³¹ e “[n]ão é de se admirar pois que o primeiro conhecimento objetivo seja um primeiro erro”²³².

O realismo de Mario Bunge, em suas vertentes axiológica e ética, é diverso do de Dworkin, especialmente por conta dessa aposta no método científico. Entretanto, eles apresentam semelhanças, especialmente no que diz respeito à afirmação de verdades morais, ainda que sob perspectivas diversas: lembremos que, para Dworkin, haveria atos que seriam moralmente errados, mesmo que ninguém acreditasse nisso. O que devemos fazer, a partir de agora, é verificar a viabilidade teórica de todas essas vertentes de realismo, especificamente os realismos axiológico e ético.

De fato, o realismo ontológico parece ser muito difícil de ser contestado²³³. Negar a existência de uma realidade alheia a nós, observadores, soa como um verdadeiro *nonsense*. O mundo, portanto, transcende o que o observador diz ou pode dizer a seu respeito.

²³⁰ Ibidem, p. 386.

²³¹ BACHELARD, 1996, p. 51.

²³² Ibidem, p. 68.

²³³ Em sentido contrário, George Berkeley afirma que o mundo existiria *para ser percebido*, sendo contraditório imaginar existências materialmente autônomas, independentes da percepção, isto é, dos sentidos. “Quanto ao que é dito da existência independente de coisas não pensantes sem nenhuma relação com seu ser percebido, isso parece completamente ininteligível. Seu *esse est percipi*, e não é possível que tenham alguma existência fora da mente ou das coisas pensantes que as percebam. É de fato uma opinião estranhamente predominante entre os homens que casas, montanhas, rios e, numa palavra, todos os objetos sensíveis têm uma existência natural ou real diferente da de ser percebidos pelo entendimento. Contudo, por maior que sejam a confiança e a aquiescência que esse princípio possa ter recebido no mundo, quem decidir em seu íntimo colocá-lo em dúvida pode, se não me engano, perceber que ele envolve uma contradição manifesta, pois, o que são os objetos anteriormente mencionados senão o que percebemos pelos sentidos? E não é claramente contraditório que alguma destas, ou alguma combinação destas, possa existir impercebida? (...) Há algumas verdades tão familiares e óbvias à mente que um homem precisa apenas abrir os olhos para vê-las. Considero que uma delas é esta: que toda abóbada celeste e tudo quanto a Terra contém – numa palavra, todos os corpos que compõem a poderosa estrutura do mundo – não possuem nenhuma existência fora de uma mente; que seu ser é ser percebido ou conhecido. E que, conseqüentemente, na medida em que eles não são de fato percebidos por mim, ou não existem na minha mente ou na de qualquer outro espírito criado, não devem ter absolutamente existência alguma, ou, ao contrário, existem na mente de algum espírito eterno, sendo completamente ininteligível e implicando todo o absurdo da abstração atribuir a uma parte isolada deles uma existência independente de um espírito.” BERKELEY, op. cit., p. 59-61.

Ainda assim, é necessário estudar como esse mundo pode vir a ser conhecido, no que entramos na epistemologia. Quanto a isso, vimos, no tópico anterior, que a observação é constantemente submetida a diversos obstáculos, que, não raro, acabam por impedir a apreensão objetiva, seja lá o que isso queira dizer, da realidade. Esses obstáculos podem ser encontrados também nas pré-compreensões a que todo intérprete se submete: segundo Gadamer, “a lente da subjetividade é um espelho deformante.”²³⁴ Ou, então, para usar as palavras de John Steinbeck, por intermédio de Ethan Hawley: “Olhe para um mundo com novos olhos ou simplesmente novas lentes e pronto: um novo mundo.”²³⁵ Daí as várias críticas a essa vertente do realismo, frequentemente associada à busca de um objetivo fixo, imutável e, segundo pragmatistas como Richard Rorty²³⁶, inútil: *a verdade*. Em todo caso, mesmo admitida a possibilidade da apreensão objetiva da realidade – efetivamente, um ceticismo epistemológico radical ou, em outras palavras, um niilismo, não parece ser a melhor saída -, ainda restaria saber (i) se o universo dos valores seria suscetível dessa espécie de apreensão e (ii) se o método científico teria, ou deveria ter, alguma exclusividade ou privilégio nessa atividade.

Sobre o primeiro item, talvez a distinção entre fatos brutos (*brute facts*) e fatos institucionais (*institutional facts*)²³⁷, feita por John Searle, um realista ontológico, epistemológico e semântico, possa ajudar. Segundo ele, os fatos brutos existiriam independentemente do observador, a exemplo de montanhas, moléculas ou pedras; os fatos institucionais, por sua vez, seriam dependentes do observador, porque relativos à sua intencionalidade, como se passaria com instituições efetivamente criadas, a exemplo do dinheiro, do casamento, etc. Inexistindo observadores, os fatos brutos continuam a existir; por outro lado, se todos deixarem de colocar em prática os fatos institucionais, estes sucumbem²³⁸. A rigor, os fatos brutos são constituídos através da linguagem, de modo que essa separação pode ser resumida em fatos independentes da linguagem e fatos

²³⁴ GADAMER, op. cit., p. 368.

²³⁵ STEIBNECK, 2014, p. 164.

²³⁶ Para Rorty, a grande preocupação das investigações científicas e filosóficas não deveria estar na verdade, mas na conveniência. E por conveniência ele entende a “habilidade em evitar desentendimentos infecundos acerca de temas que não levam a lugar nenhum”. Em suma, ele procura substituir a busca pelo que *é* por sugestões do que *deve ser feito*. “O que afirmamos é que não se ganha nada ao buscar essa verdade por meio do discurso sobre a realidade que depende ou não da mente. Tudo o que devemos falar é dos procedimentos que usamos para promover o acordo entre os investigadores.” RORTY, op. cit., p. 31-2; 56; 69-72; 75; 204-ss.

²³⁷ SEARLE, 1995, p. 31-ss.

²³⁸ *Ibidem*, p. 08-ss.

dependentes da linguagem²³⁹. A pergunta, então, é: em que lado se situam os valores? Em breve, procuraremos responde-la.

Quanto ao segundo item, é possível dizer que não são poucas as críticas à pretensão exclusividade ou mesmo às qualidades do método científico para o conhecimento da realidade. De fato, ele apresenta inúmeras virtudes, sendo possível considerá-lo uma ferramenta importante para muitas das conquistas da civilização ocidental. A rigor, a sua aposta na observação, na experiência e nas evidências daí decorrentes tem servido para desmascarar charlatanismos de várias espécies. Mas tal método não pode se tornar dogmático ou autoritário. Paul Feyerabend, por exemplo, chega a afirmar que ele se trata de um método demasiadamente restritivo, não aberto a outras possibilidades de conhecimento. Daí a sua defesa de uma verdadeira abertura do conceito de ciência, com vistas a admitir o conhecimento oriundo de fontes as mais diversas²⁴⁰, especialmente por conta da função que, para ele, o conhecimento deve exercer: “satisfazer necessidades locais e problemas também locais”²⁴¹, e não buscar alguma pretensa verdade objetiva, o que não deixa de receber duras críticas, muitas delas corretas. De qualquer sorte, parece-nos que, no mínimo, o método científico encontra mais limites de aplicação do que querem crer os seus ferrenhos defensores. Ademais, quanto a questões axiológicas ou éticas, o privilégio concedido por Bunge aos cientistas e tecnólogos para descobrir e solucionar os “verdadeiros” problemas éticos e morais pode vir a se tornar uma autêntica ditadura dos sábios, como se passava com a *República* de Platão²⁴², ou em uma guardiania, para ficar com os termos de Robert Dahl²⁴³. E, por fim, é possível que os valores não sejam constituídos exclusivamente pela razão – como aconteceria, se admitíssemos o método científico como o mais adequado para aferi-los. Pelo contrário, talvez haja uma dose de emoção e paixão nos julgamentos de condutas humanas (o que não deve, necessariamente, ser considerado negativo²⁴⁴), conquanto a construção de um sistema de valores aplicável a

²³⁹ Ibidem, p. 60-ss.

²⁴⁰ FEYERABEND, 2009, p. 152-3.

²⁴¹ Ibidem, p. 37.

²⁴² Cf. PLATÃO, 2012, p. 232-2.; ver também POPPER, 1987, p. 100-ss, v.1

²⁴³ DAHL, Robert, 2012, p. 77-ss.

²⁴⁴ Johannes Hessen afirma que, em tais questões práticas, são importantes a intuição e as “evidências imediatas”. Daí é que, segundo ele, “o conteúdo interno, a verdadeira qualidade valorativa de disposições de espírito como a justiça, a moderação e a pureza só podem ser imediatamente vivenciadas, só podem ser intuídas.” HESSEN, op. cit., p. 115.

um determinado grupo de pessoas efetivamente dependa, em alguma medida, da racionalização.

Feitas essas considerações, voltemos ao problema principal: no que consistem os valores? A resposta a essa pergunta é importante, sobretudo porque, frequentemente, os próprios direitos fundamentais não são vistos senão como a positivação de determinados valores considerados válidos, universal ou contextualmente.

Ao que nos parece, os valores são, sempre, expressos através de linguagem. Não há outra possibilidade. Assim, eles exigem interpretação, e a interpretação pressupõe linguagem. Isso significa que, se nos basearmos nos termos de Searle, os valores não integram os fatos brutos, mas os fatos institucionais, dependentes de construções linguísticas.

A partir das *Investigações Filosóficas*, Ludwig Wittgenstein colocou bastante em evidência o caráter prático, funcional, da linguagem. Ele ambicionava tratar da linguagem real e ambígua, não da linguagem ficcional e perfeita: nesta última, o “gelo está polido, falta o *atrato*, e assim, em certo sentido, as condições são ideais; mas, exactamente por isso, também não podemos andar. Nós queremos andar, por isso, precisamos de *atrato*. Regressar à terra áspera!”²⁴⁵.

Numa revolução paradigmática - para usar os termos de Thomas Kuhn²⁴⁶ - cujo antecessor era representado por sua própria obra, o *Tratado Lógico-Filosófico*, a linguagem deixou de ser vista como um espelho pretensamente perfeito do mundo, para ser tratada, de forma metafórica, enquanto um jogo. As palavras não mais deveriam ser vistas como “etiquetas” penduradas em objetos²⁴⁷, mas de acordo com o seu uso em diversos jogos de linguagem (ou, *grosso modo*, contextos). “O que é que designam as palavras? Como é que se há-de mostrar o que designam, a não ser pelo modo como são usadas?”²⁴⁸ Por isso é que a um mesmo termo poderiam ser conferidos diferentes significados, a depender do jogo de linguagem do qual ele participa: a peça que representa, no jogo de xadrez, o rei somente terá esse uso na medida em que se trate efetivamente de um jogo de

²⁴⁵ WITTGENSTEIN, 2002, p. 255-6. Grifos do autor.

²⁴⁶ KUHN, op. cit.

²⁴⁷ O termo é do próprio Wittgenstein. WITTGENSTEIN, op. cit., p. 181.

²⁴⁸ Ibidem, p. 179. Daí a conhecida metáfora da caixa de ferramentas. “Pensa nas ferramentas de uma caixa de ferramentas: lá está um martelo, um alicate, uma serra, uma chave de parafusos, uma régua, um frasco de cola, cola, pregos e parafusos. Tão diferentes quanto são as funções destes objectos são as funções das palavras. (E há semelhanças em ambos os casos).” Ibidem, p. 180.

xadrez; em outros contextos, ela pode ser considerada tão somente uma peça de madeira. Igualmente, um mesmo termo ou proposição pode, por exemplo ser utilizado ora como uma ordem, ora como um relato, a depender da função que desempenho naquele jogo específico²⁴⁹. Fora do jogo a palavra não tem nome²⁵⁰. Seria impossível falar de um sentido unívoco ou congelado, portanto. A linguagem constitui-se no uso, e “usos há vários”^{251 252}.

“Mas não é, por exemplo, um tabuleiro de xadrez óbvia e absolutamente complexo? – É claro que pensas na complexidade que resulta dos trinta e dois quadrados brancos e dos trinta e dois quadrados pretos. Mas não poderíamos também dizer, por exemplo, que a complexidade do tabuleiro consiste nas cores branco, preto e no esquema da rede dos quadrados? E existindo aqui maneiras completamente diferentes de considerar a complexidade, ainda queres dizer que o tabuleiro de xadrez é ‘complexo em sentido absoluto’ – Fora de um jogo de linguagem determinado, fazer-se a pergunta: ‘Este objecto é complexo?’ é pôr-se na situação daquele rapaz a quem uma vez foi pedido que distinguisse os verbos activos dos verbos passivos num certo exemplo dado, o qual desesperadamente puxa pela cabeça para decidir se o verbo ‘dormir’ designa um estado ativo ou passivo”²⁵³.

Além de tudo isso, porquanto o uso da linguagem constitui parte de uma atividade (ação), é, também, parte de uma forma de vida²⁵⁴. Havendo diferentes linguagens (e jogos de linguagem), há, necessariamente, diferentes formas de vida, as quais, a despeito de não

²⁴⁹ Cf. SEARLE, 2002, p. 10-11.

²⁵⁰ Ibidem, p. 214.

²⁵¹ CRUZ, op. cit., p. 134.

²⁵² Na literatura, um exemplo bastante emblemático do caráter prático da linguagem (e dos diversos usos que há no mundo) é trazido por Victor Hugo, em *Os Miseráveis*. Mais precisamente, trata-se do capítulo em que o autor discorre sobre a gíria dos miseráveis, personagens que ocupam o subsolo do mundo que habitam e que, assim, acabam por constituir uma linguagem e, por conseguinte, um submundo próprios: “Eles tomaram o hábito de considerar a sociedade como uma atmosfera que os extermina, uma força fatal, e falam da liberdade como falariam da saúde. Um homem preso é um *malade* [doente]; um homem condenado é um *mort* [morto]. O que há de mais terrível para o prisioneiro entre as quatro paredes de pedra que o sepultam é uma espécie de castidade glacial; por isso chama a cela de *cachot*, o *castus*. Nesse lugar fúnebre, a vida exterior aparece sempre sob seu aspecto mais risonho. O prisioneiro tem os pés acorrentados; vocês julgam talvez que ele pensa que é com os pés que se anda? Não; ele pensa que com os pés é que se dança; assim, quando consegue serrar as correntes, sua primeira ideia é que já pode dançar, chamando então a serra de *bastringue* [baile da taverna]. Nome é o mesmo que *centro*; comparação profunda. O bandido tem duas cabeças: uma a que raciocina e o conduz por toda a vida, outra a que tem sobre os ombros no dia da morte; então ele chama à cabeça que lhe aconselha o crime de *sorbonne*, e a cabeça que lhe paga de *tronche*. Quando um homem não tem senão farrapos sobre o corpo e vícios no coração, quando chega a essa dupla degradação material e moral que caracteriza em seu duplo significado a palavra *gueux* [malfeitor e pobre], então está pronto para o crime; é como um pinhal bem afiado: tem dois cortes, a miséria e a maldade; por isso a gíria não o chama de *gueux*, mas de *réguisé* [bem afiado]. Que são as galés? Um braseiro de desgraças, um verdadeiro inferno. O forçado chama-se *fagot* [feixe de lenha]. Enfim, que nome dão os malfeitores à prisão? É o colégio. Todo um sistema penitenciário pode surgir dessa palavra”. HUGO, 2012, p 1354-5.

²⁵³ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 210.

²⁵⁴ Ibidem, p. 189.

terem nada de efetivamente *comum* entre si, são jogos “aparentados entre si de muitas maneiras diferentes”²⁵⁵. Cuida-se de “uma rede complicada de pareências que se cruzam e sobrepõem umas às outras”. Wittgenstein as chama “pareências de família”²⁵⁶: “os jogos constituem uma família”.

A partir do reconhecimento das semelhanças (pareências) e, por consequência, das diferenças entre os sentidos utilizados, mas jamais de um sentido unívoco, comum e/ou essencialmente verdadeiro para algum termo ou proposição, a alcachofra não perde as suas folhas, para usar uma expressão do próprio Wittgenstein²⁵⁷. Afinal de contas, a interpretação, sobretudo no direito, é analógica, não bivalente; trata-se, nas palavras de Kaufmann, de um “mais ou menos”, não de um “tudo ou nada”²⁵⁸, o que envolve, segundo ensina Fernando Bronze, um raciocínio de verificação de semelhanças entre inexoravelmente desiguais²⁵⁹.

Uma vez admitida a linguagem enquanto uso conforme um jogo específico, verifica-se a possibilidade de diversas interpretações de um mesmo termo. A compreensão de um termo ou proposição, assim, exige um mínimo de compreensão prévia do jogo do qual esse termo ou proposição faz parte, ou seja, do modo como se lhes utiliza naquele contexto^{260 261}. Daí é que, por exemplo, a famigerada figura do pato-coelho, utilizada por Wittgenstein, jamais geraria qualquer problema ou ambiguidade para uma pessoa que jamais teve qualquer contato visual com os animais que chamamos de pato e coelho²⁶². É impossível afirmar o que aquela imagem lhe pareceria, pois ver um pato ou um coelho

²⁵⁵ Ibidem, p. 227.

²⁵⁶ Wittgenstein utiliza-se de uma analogia referente às diferenças e semelhanças entre os diversos jogos comumente praticados, tais como jogos de tabuleiro, jogos de carta, jogos de bola, jogos de combate, etc. Afirma que não haveria nada de comum entre *todos* eles, mas “pareências, parentescos, e em grande quantidade.” Não haveria, portanto, uma essência comum da qual decorressem todos os jogos. Estes apresentariam várias semelhanças, o que possibilitaria trata-los como uma família. Ibidem, p. 228-30.

²⁵⁷ “Para encontrar a verdadeira alcachofra, tirámos todas as folhas.” Ibidem, p. 292.

²⁵⁸ KAUFMANN, op. cit., p. 185.

²⁵⁹ BRONZE, 1994, p. 560-ss; DERRIDA, 2003, p. 46. Para Derrida, aliás, a justiça não poderia ser desatrelada da individualidade e da alteridade que reconhece o outro como único. Ela sequer poderia ser alcançada através de regras.

²⁶⁰ Wittgenstein menciona o exemplo das crianças que brincam com trens de corda. Essa brincadeira, diz-nos, depende do conhecimento que as crianças têm da via férrea. “Crianças de uma civilização em que a via férrea não fosse conhecida poderiam, por hipótese, receber o comboio de corda das outras, e brincar com ele, sem saber que se trata duma imitação de um comboio. Poder-se-ia dizer que brincar com o comboio de corda não tem para elas o mesmo *sentido* que para nós”. Ibidem, p. 352. Grifo do autor.

²⁶¹ “338 Só se pode dizer alguma coisa quando se aprendeu a falar. Logo, quem quer dizer alguma coisa, tem que para isso ter aprendido a dominar uma linguagem; (...)”. Ibidem. P. 375.

²⁶² SEARLE, 2002, p. 70-ss.

exige que, alguma vez, já se tenha visto os animais que são representados por esses termos. Isso se assemelha ao que John Searle, influenciado por Wittgenstein, chamou de *background*, “um conjunto de capacidades mentais não-representacionais que permite a ocorrência de toda representação.”²⁶³ Como se sabe, Searle vincula a linguagem à intencionalidade; para ele, a linguagem seria algo como uma exteriorização da intencionalidade que é inerente à mente humana²⁶⁴: em outras palavras, a linguagem não se trataria senão de uma maneira de representar a intencionalidade (ou os estados mentais dos seres humanos) e, assim, permitir a comunicação. Frequentemente, essa intencionalidade efetivamente se direciona para objetos externos, ou seja, para o mundo alheio ao observador, o qual é constituído pelos fatos brutos e institucionais – não obstante estes dependam de práticas linguísticas para manter sua existência. Os estados intencionais – e também os atos de fala -, portanto, têm condições de satisfação ou de verdade vinculadas ao que acontece nesse mundo externo. Por exemplo, o desejo, um estado intencional, é sempre o desejo de modificar algum aspecto do mundo, pelo que suas condições de satisfação encontram-se, justamente, na ocorrência da alteração pretendida. Mas o objeto dos desejos, e dos outros estados intencionais, não acontecem por si mesmos; eles são, em geral, determinados por uma rede de saberes práticos (*know-how*), que constituem um *background* compartilhado por uma determinada forma de vida²⁶⁵. Searle traz o exemplo dos vários usos possíveis do verbo “abrir”: abrir uma porta, abrir os olhos, abrir a parede, abrir o livro e abrir a ferida (“O cirurgião abriu a ferida”²⁶⁶). Segundo ele, em todos os casos, o verbo é dotado de um mesmo sentido literal ou de um mesmo conteúdo semântico (deve-se abrir alguma coisa), mas as condições de verdade são, para cada um deles, absolutamente diferentes. Abrir um livro não é o mesmo que abrir uma ferida: “Cada uma das sentenças do primeiro grupo é entendida no contexto de uma Rede de estados Intencionais e sobre um *Background* de capacidades e práticas sociais. Sabemos abrir portas, livros, olhos, feridas, paredes, etc., e as diferenças na Rede e no *Background* de práticas produzem entendimentos diferentes do mesmo verbo.”²⁶⁷

Todo termo ou proposição, assim, somente surge no interior de uma práxis intersubjetiva. São duas as exigências, portanto: intersubjetividade e continuidade. Uma

²⁶³ Ibidem, p. 198.

²⁶⁴ Ibidem, p. 244.

²⁶⁵ Ibidem, p. 199.

²⁶⁶ Ibidem, p. 201-2.

²⁶⁷ Ibidem, p. 204.

pessoa que criasse uma definição própria para uma palavra, sem a compartilhar, não teria criado linguagem. “Não pode ser que uma regra tenha sido seguida uma única vez por um único homem. Não pode ser que uma comunicação tenha sido feita, que uma ordem tenha sido dada ou compreendida apenas uma vez. Seguir uma regra, fazer uma comunicação, jogar uma partida de xadrez, são costumes (usos, instituições)”²⁶⁸. Daí é que compreender uma proposição necessariamente pressupõe a compreensão de uma linguagem e, assim, de uma forma de vida ou, pode-se dizer, o compartilhamento de uma tradição, para ficar com as palavras de Gadamer²⁶⁹, ou de um mesmo contexto de ação comunicativa, segundo Habermas²⁷⁰.

Justamente por isso, para Wittgenstein, pessoas que não dominassem uma mesma linguagem, uma mesma forma de vida, não poderiam entrar em uma relação de compreensão mútua. Uma língua diferente da nossa somente poderia ser interpretada tendo por referência as “formas de acção que os homens têm em comum”²⁷¹, tais como dar ordens, descrever situações, etc. Em alguma medida, há uma analogia entre a incompreensibilidade entre participantes de diferentes jogos de linguagem e aquela incomensurabilidade enunciada por Thomas Kuhn, referente ao *diálogo de surdos* que se inexoravelmente se verifica entre cientistas cujas bases remontam a paradigmas científicos diversos. Como se verifica em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, essa diferença entre paradigmas, inclusive, é responsável por uma diferença de *visão* entre cientistas. A despeito de formarem na retina a mesma imagem, dois cientistas podem, de fato, ver coisas diversas^{272 273}. Daí é que, por exemplo, quando Aristóteles imaginava que um corpo

²⁶⁸ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 320.

²⁶⁹ GADAMER, op. cit., p. 368-ss.

²⁷⁰ HABERMAS, 2012, p. 43-ss, v.1.

²⁷¹ WITTGENSTEIN, op. cit., p. 323.

²⁷² Kuhn faz menção à investigação experimental da psicologia que se utiliza da figura do pato-coelho, a qual pode ser vista ora como um pato, ora como um coelho. KUHN, op. cit., p. 177. “Num certo sentido, que não consigo explicar melhor, os proponentes de paradigmas rivais praticam a sua atividade em mundos diferentes. Um contém corpos cuja queda é retardada, o outro pêndulos que repetem os seus movimentos uma e outra vez. Num, as soluções são compostos, noutra misturas. Um insere-se numa matriz espacial plana, o outro numa curva. Exercendo a sua atividade em mundos diferentes, os dois grupos de cientistas vêem coisas diferentes ao olharem-nas do mesmo ponto e na mesma direcção. Mas, uma vez mais, isto não é dizer que podem ver aquilo que lhes apetece. Ambos olham para o mundo e esse mundo não mudou. Mas em certas áreas vêem coisas diferentes e vêem estas coisas em relações recíprocas diferentes. É por isso que uma lei que não pode sequer ser demonstrada perante um grupo de cientistas, pode às vezes parecer intuitivamente óbvia para outro. Precisamente porque é uma transição entre incomensuráveis, a transição entre paradigmas rivais não pode fazer-se passo a passo, por força da lógica e da experiência neutra. Tal como no caso da mudança de *gestalt*, tem de ocorrer de uma só vez (embora não necessariamente num instante) ou não ocorrer de todo”. Ibidem, p. 204-5.

pesado move-se, em razão de sua própria natureza, de cima para baixo, para um estado inexorável de repouso (era essa a sua teoria para o que, hoje, conhecemos por gravidade), Galileu, ao dirigir seu olhar para o corpo oscilante, via um pêndulo, um corpo capaz de repetir o movimento infinitas vezes. A partir dessa diferença de paradigma, diz Kuhn, Galileu conseguiu localizar fenômenos naturais que jamais poderiam ser percebidos por quem partisse da teoria aristotélica²⁷⁴.

Os valores, como falamos no início deste tópico, são expressos através de linguagem. Isso implica em que, ainda que eventualmente se assuma a existência de uma verdade ontológica, como se passa com os cognitivistas e realistas axiológicos, não há como afirmar qualquer valor senão através da interpretação. Em suma, se a linguagem somente se constrói no(s) uso(s), não é possível falar de uma interpretação exclusiva ou universal. Usos e interpretações há aos montes, e formas de vida diversas irão divergir a respeito da melhor interpretação ou do melhor uso.

Por isso é que, mesmo Luigi Pareyson, que acredita na existência de uma verdade intemporal e, em certo sentido, absoluta, reconhece que “o único conhecimento adequado da verdade é a interpretação, entendida como forma de conhecimento histórico e pessoal, em que a personalidade singular e a situação histórica, longe de serem impedimento ou então somente limite do conhecimento, são a sua única condição possível e o único órgão apropriado”²⁷⁵. E, se a interpretação é inevitavelmente histórica e pessoal, não é, nem pode ser, unívoca. É, e deve ser, constitutivamente múltipla e não definitiva. A verdade, diz Pareyson, é acessível de diversos modos, nenhum dos quais detentor de qualquer privilégio, “no sentido de que pretenda possuir a verdade de maneira exclusiva ou mais completa ou, de algum modo, melhor”²⁷⁶. Em outras palavras, Luigi Pareyson diferencia a verdade das suas formulações. Haveria, para ele, uma verdade intemporal, a-histórica, mas cuja epifania somente se daria através da interpretação e, por conseguinte, da história. Daí a sua afirmação de que “da verdade não existe senão interpretação; e não existe

²⁷³ David Bloor, nesse sentido, afirma que “todo conhecimento é relativo à situação local dos pensadores que o produziram: a ideias que são capazes de conceber; os problemas que os afligem; o jogo entre os pressupostos e as críticas em seu ambiente; seus propósitos e objetivos; as experiências que têm e os padrões e significados que aplicam.” BLOOR, 2009, p. 238.

²⁷⁴ Ibidem, p. 166-7.

²⁷⁵ PAREYSON, 2005, p. 52.

²⁷⁶ Ibidem, p. 56.

interpretação senão da verdade”²⁷⁷. Uma consequência dessa diferenciação é que verdade e formulação da verdade não podem se confundir entre si. Uma formulação histórica e pessoal da verdade, assim, não é senão interpretação, formulação singular, “compossível com infinitas outras formulações”. Não deve atribuir-se a si própria o caráter de verdade intemporal, mas, pelo contrário, procurar a comunicação e o diálogo com as demais formulações. Afinal de contas, a verdade “fala a todos do modo como cada um melhor sabe entendê-la”, ou, melhor, fala “a cada um na sua pessoal e irrepitível linguagem”²⁷⁸. E, porque inexoravelmente vinculada às suas múltiplas interpretações, às quais caberia esse dever infinito de diálogo e intercâmbio, afirma Pareyson, a verdade é inexaurível; a sua revelação, porque necessariamente discursiva, é interminável, o que constitui não um defeito da interpretação, mas a sua maior riqueza. Daí a sua crítica a qualquer projeto teórico que deposite na totalidade o ideal da interpretação. As diversas interpretações possíveis, diz-nos, não devem formar uma totalidade, uma integração total. Pelo contrário, é justamente a livre abertura do diálogo entre todas as interpretações, “respeitando-as cada uma na sua irrepitível totalidade, como pessoalíssima posse do verdadeiro”²⁷⁹, que constitui uma relação adequada à essência da interpretação. Nenhuma dessas interpretações, pois, deveria assumir-se como a única que efetivamente representa a verdade do objeto interpretado, pois a sua busca necessita de um esforço cooperativo e dialógico – e, logo, discursivo.

No que diz respeito aos valores, tudo isso coloca inúmeras dúvidas sobre a viabilidade teórica do realismo axiológico e ético. Os valores são construídos, não encontrados; eles são dependentes de tradições específicas e, logo, são invariavelmente contextuais, o que Mario Bunge, por exemplo, não deixa de reconhecer, a despeito de sustentar a existência de alguns valores transculturais ou universais, isto é, independentes de contexto. Segundo ele, esses valores objetivos e universais seriam aqueles relacionados a necessidades humanas biológicas e sociais. O problema é que mesmo esses conceitos não são facilmente universalizáveis, o que acontece principalmente com o conceito de *necessidades humanas sociais*. É fácil perceber que cada sociedade irá oferecer respostas particulares à questão. Além do mais, o próprio conceito de *vida humana* não é objeto de qualquer consenso universal, o que dificulta as conclusões de Bunge. É possível rotular, de

²⁷⁷ Ibidem, p. 51.

²⁷⁸ Ibidem, p. 71.

²⁷⁹ Ibidem, p. 84.

plano, como irracionais ou equivocadas as concepções morais diversas da ocidental? Parece-nos que a resposta é negativa.

Já no âmbito do direito, Aulis Aarnio, partindo de Wittgenstein, propõe a troca do conceito de verdade pelo de racionalidade. Dadas as diferentes formas de vida verificadas em um mundo progressivamente complexo, reflexo de igualmente diversos jogos de linguagem, não seria possível afirmar uma verdade nesses termos. Ao fim e ao cabo, tudo dependeria dos usos da linguagem, e alguma objetividade dos valores somente poderia ser obtida em um sentido intersubjetivo, na medida em que houvesse reconhecimento por uma forma de vida específica. Daí é que uma valoração última somente poderia ser entendida como verdadeira em relação a um sistema de valores específico. “Todo juízo de valor pode ser justificado dentro do marco de um jogo – e é este jogo que proporciona as medidas para a valoração – mas o jogo mesmo não pode ser justificado. Neste sentido, é impossível contar com uma justificação racional entre formas de vida. A transição de uma forma de vida a outra – passando, assim, de um sistema de valores a outro – é um assunto de persuasão”²⁸⁰. Aarnio aplica o conceito de “parecença de família”, adotado por Wittgenstein para se referir às semelhanças entre jogos de linguagem, aos juízos de valor (uma vez que estes não seriam senão jogos de linguagem), para argumentar que o seu relativismo axiológico não levaria ao arbítrio. Disso decorreria, como se passa nas *Investigações Filosóficas*, a possibilidade de se indicar uma série de critérios, que sobrepõem uns aos outros, para os juízos de valor. Havendo parecença (semelhança) entre as diversas formas de vida, seria possível chegar, via diálogo, a um consenso acerca dos critérios de valoração, entre aqueles que participam desses diversos jogos de linguagem²⁸¹. O problema, evidentemente, virá à tona quando não se puder falar de quaisquer semelhanças entre formas de vida. Nesses casos, o diálogo, se não impossível, é bastante difícil; mas o consenso, de qualquer sorte, parece impossível.

Aarnio classifica o seu relativismo axiológico como moderado. Os valores seriam construídos em linguagem, e, justamente por isso, seriam não subjetivos, mas intersubjetivos, na exata medida em que toda comunidade o é. “Nenhum homem é uma ilha isolada...”, já dizia Ernest Hemingway, parafraseando John Donne²⁸², e nenhum

²⁸⁰ Tradução nossa. AARNIO, op. cit., p. 269.

²⁸¹ Ibidem, p. 270.

²⁸² HEMINGWAY, 2007.

homem joga sozinho um jogo de linguagem, adverte Wittgenstein. Aarnio diverge, portanto, de concepções cognitivistas ou realistas do valor, como a de Dworkin, e, por conseguinte, também da tese da única resposta correta. Haveria, para ele, somente respostas racionalmente aceitáveis, o que pressuporia um procedimento argumentativo igualmente racional, antes do qual não haveria qualquer resposta – e, mesmo após esse procedimento, no mais das vezes não seria possível falar em uma única resposta correta, mas em várias respostas racionalmente aceitáveis, porquanto ao diálogo, afinal de contas, não lhe é permitido sair de si mesmo²⁸³. Neste ponto, ele lança uma dura crítica ao ideal regulativo de Dworkin, personificado no juiz Hércules. Aarnio se pergunta: “o que aconteceria se houvesse *dois* juízes Hércules, ambos racionais? Seriam eles também capazes de resolver de forma objetiva autênticos problemas axiológicos?”²⁸⁴ Resumidamente, Dworkin parte da premissa de que a única resposta correta poderia ser encontrada se cada juiz dispusesse das qualidades de Hércules. Ou seja, se todos nós fôssemos dotados de tempo, capacidade e conhecimento ilimitados, além de uma boa dose de imparcialidade (no sentido de desinteresse), não encontraríamos qualquer dificuldade para chegar à melhor decisão, mesmo naqueles casos difíceis marcados por controvérsias axiológicas. É verdade que isso não passa de um ideal regulativo, mas, deve-se dizer, cuida-se de um ideal teoricamente equivocado, tanto em suas premissas, como em suas conclusões: é muito provável que, especialmente em um caso difícil constitucional, os dois juízes Hércules oferecessem respostas diversas, sobretudo porque a interpretação dependeria da perspectiva de que cada um deles partisse, sem ser possível falar de um ponto de chegada objetivo. Em suma, a problemática das decisões jurídicas, especialmente aquelas vinculadas a controvérsias axiológicas, como costuma se passar com as decisões em matéria constitucional, não deve idealizar a tentativa de encontrar algo que sequer poderia ser encontrado.

A ideia de um relativismo moderado também foi adotada por Arthur Kaufmann e Gustav Radbruch²⁸⁵. Kaufmann entende, na linha de Aarnio, que a democracia ocidental,

²⁸³ AARNIO, op. cit., p. 247.

²⁸⁴ AARNIO; ATIENZA; LAPORTA, 2010, p. 15-6.

²⁸⁵ Em termos kantianos, o relativismo de Radbruch, como ele mesmo afirma, afeta tão somente a razão teórica, nada acontecendo com a razão prática. “O relativismo pode também renunciar a tomar uma posição entre sistemas valorativos que se combatem uns aos outros, mas por os julgar a todos igualmente justificados, no seu exclusivismo, aos olhos daqueles que os representam – por não podermos deixar de crer que aquilo que foge à nossa consciência pode todavia convir a uma consciência ainda mais perfeita e ser por ela exigido.” RADBRUCH, 1997, p. 58.

fundada num imperativo de tolerância, não pode existir “sem pelo menos um pouco de relativismo”²⁸⁶. Ele lida com o conhecido “paradoxo do relativismo” afirmando que também o relativismo deve ser relativizado, principalmente para que não caia “num indiferentismo, segundo a atitude daqueles que, perante as várias alternativas de decisão, não se conseguem decidir e, deste modo, se tornam joguetes do acaso”. Mais, afirma, o “relativismo é perfeitamente compatível com uma forte convicção, mas esta convicção é acompanhada pela consciência de que, para além da própria convicção, existem também outras convicções de igual valor”^{287 288}. Também Kaufmann entende, como não poderia ser diferente, não ser possível afirmar a existência de uma única resposta correta para os *hard cases*²⁸⁹. Pelo contrário, porquanto é um relativista moral – ainda que moderado -, ele postula uma teoria processual da justiça, não obstante dotada de um fundamento último: a pessoa, entendida não enquanto sujeito isolado, mas no seio de suas inexoráveis relações intersubjetivas. Essa teoria processual exige discurso e, tanto por isso, argumentação. Daí é que Kaufmann, tal como Castanheira Neves²⁹⁰, vê a hermenêutica como necessária, mas insuficiente²⁹¹. Algo semelhante é defendido por Peter Häberle, para quem o protótipo do Estado constitucional, o contraponto ao Estado totalitário, não pode ser desvencilhado da ideia de uma democracia efetivamente pluralista, marcada pelo rechaço à pretensão de possuir quaisquer “verdades eternas pré-constituídas” e resumida à “mera *busca* da verdade.”²⁹² Trata-se, ademais, de verdades “provisórias, revidáveis, as quais ele [o Estado constitucional], a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as ‘decreta’”²⁹³, no que é possível vincular esse ideal à *sociedade aberta*, de Popper. Aqui, ganha importância a ideia de verdade pelo procedimento, tida como “uma das referências mais adequadas a uma democracia pluralista, ou, respectivamente, a um Estado

²⁸⁶ KAUFMANN, op. cit., p. 443.

²⁸⁷ Ibidem, p. 444.

²⁸⁸ Raymond Boudon diferencia um “bom relativismo”, consistente na alteridade e disposto a ouvir as razões do outro, de um “mau relativismo”, o qual não seria senão um niilismo indiferente. BOUDON, 1995, p. 121; BOUDON, 2009, p. 53-4.

²⁸⁹ “Além disso, (...) nem sempre existe, especialmente no âmbito das ciências normativas, um só e único conhecimento correcto, podendo suceder que várias soluções divergentes sejam todas elas ‘justas’, isto é, ‘plausíveis’, ‘razoáveis’, ‘defensáveis’. Também por isso é necessária uma pluralidade de sujeitos cognoscentes.” KAUFMANN, op. cit., p. 445.

²⁹⁰ Segundo Castanheira Neves, tratar-se-ia de um problema também de fundamentação, não somente de compreensão. CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 414.

²⁹¹ Ibidem, p. 434.

²⁹² HÄBERLE, 2008, p. 105.

²⁹³ Id., ibidem.

constitucional”²⁹⁴, embora, para ele, não seja possível dispensar pretensões materiais de verdade, as quais seriam um valor cultural do próprio constitucionalismo²⁹⁵. Quanto a isso, Häberle ressalta:

Tudo isso não é comparável a um relativismo universal. Pois a dignidade da pessoa humana, compreendida como uma “premissa cultural antropológica” do Estado constitucional, e a democracia liberal, interpretada como a sua “consequência organizatória”, têm valores fundamentais por base se as colocamos apenas no plano teórico-consensual de construções recíprocas, de acordo com a espécie do imperativo categórico de *Kant* ou do direito natural. Estes “valores fundamentais” (“verdades jurídicas”) também valem como “limites de tolerância”, como por exemplo, contra tentativas de introduzir o Estado totalitário (Vgl. art. 21 II GG) ou em todos os esforços referentes às “garantias de eternidade do Estado constitucional – na forma de um limite vinculador “absoluto” até mesmo ao legislador constitucional²⁹⁶.

O que podemos dizer da pretendida objetividade moral de Dworkin é que ela é eminentemente unilateral, ainda que vestida por uma máscara de imparcialidade ou neutralidade. As suas premissas epistemológicas, segundo as quais haveria uma melhor solução para qualquer problema jurídico ou moral, bastando, para tanto, que os intérpretes dispusessem de tempo, capacidade, paciência ilimitadas, são, de algum modo, semelhantes às da situação hipotética da teoria da justiça de John Rawls, em que este afirma que todas as partes de um contrato social, numa posição de imparcialidade ou ignorância de suas condições particulares, aceitariam os seus dois princípios de justiça. Segundo Dworkin, se fossem dotados das capacidades de Hércules, todos os intérpretes efetivamente defenderiam os seus dois princípios da dignidade humana e também as interpretações que ele lhes confere nos casos concretos mais controversos. Por isso é que se trata de uma teoria liberal²⁹⁷ e ocidental, do início ao fim, que sofre duras críticas de teóricos conservadores e comunitaristas. Robert George, por exemplo, chega a defender a existência de um direito natural baseado numa interpretação ortodoxa dos princípios do cristianismo, de onde partiriam as premissas das respostas corretas para os casos jurídicos que envolvessem controvérsias axiológicas²⁹⁸. Ele, portanto, jamais endossaria aquilo que

²⁹⁴ Ibidem, p. 113.

²⁹⁵ Ibidem, p. 123.

²⁹⁶ Ibidem, p. 106-7.

²⁹⁷ Em defesa do liberalismo político, ainda que num viés diverso, ver RAWLS, 2011, p. 159-ss. Para abordagens críticas a essa doutrina, ver FORST, 2010, p. 126-7, e SANDEL, 2005, p. 175.

²⁹⁸ GEORGE, 2001, p. 169-ss.

Dworkin afirma ser moralmente objetivo. Daí é que, em casos constitucionais onde há desacordos morais razoáveis, ambos apresentam respostas radicalmente diversas²⁹⁹.

O que podemos concluir disso tudo é que, se os valores são construídos em formas de vida específicas, torna-se problemático sustentar a sua objetividade, sobretudo em um mundo progressivamente complexo marcado pela pluralidade de expectativas cognitivas e perspectivas, para usar os termos de Luhmann³⁰⁰. Em resumo, o *background* em que o observador se encontra irá condicionar as perguntas ele irá fazer e, por conseguinte, as respostas que irá encontrar. Resta, contudo, saber se esse ceticismo deve, necessariamente, impedir qualquer análise crítica de valores e tradições. Trata-se de um ceticismo absoluto? Ou, em outras palavras, a crítica à objetividade implica em niilismo?

Como é possível perceber, na maioria das vezes a ideia de objetividade moral está atrelada a uma defesa intransigente da razão humana, seja para apreender corretamente o conteúdo de comandos normativos metafísicos ou para construir ou descobrir sistemas normativos moralmente adequados. Paul Feyerabend, nesse sentido, vê o relativismo como uma arma eficiente contra a tirania do racionalismo³⁰¹. Do mesmo modo, Luhmann e Lyotard, autores mencionados no tópico anterior, duvidam da possibilidade de uma razão pretensamente universal, capaz de levar todos os seres humanos a chegar a algum consenso em toda controvérsia moral, especialmente por conta da diversidade de perspectivas dos observadores e da diversidade de jogos de linguagem envolvidos e das várias possibilidades discursivas existentes. Por sua vez, Habermas vê a própria possibilidade de comunicação intersubjetiva como uma evidência da razão (comunicativa), na medida em que os interlocutores, na maioria das vezes, são capazes de se referir a um mesmo objeto de discurso e de apresentar pretensões de validade mutuamente criticáveis, as quais serão tão diversas quanto forem diversos os objetos do discurso³⁰². Nesse ponto, como vimos, Habermas baseia-se nos três “mundos”, de Popper³⁰³, para diferenciar as pretensões de

²⁹⁹ Ademais, não são raras as definições da teoria liberal como uma mera ideologia ou um instrumento para a manutenção de uma classe dominante no poder. Segundo essas interpretações, a pretensa objetividade moral não passaria de um interesse de classe (econômica), condicionado, portanto, pelas relações de produção dominantes em seu tempo. Ver, a respeito: MARX; ENGELS, 2008, p. 55-ss; ALTHUSSER, 2008, p. 193-ss.; FREIRE, 2015, p. 198-ss. Tal abordagem não deixa de receber duras críticas. Cf. POPPER, 1987, p. 212-ss, v.2.

³⁰⁰ LUHMANN, 1998, p. 31-ss.

³⁰¹ FEYERABEND, op. cit., p. 32-ss.

³⁰² HABERMAS, 2012, p. 35-ss., v. 1.

³⁰³ Ibidem, p. 170-ss; POPPER, 1982, p. 106-ss.

validade criticáveis pelos interlocutores e também para garantir o entendimento entre eles. No agir voltado para o entendimento (ou consenso), os falantes podem ter por referência três concepções de mundo: o mundo subjetivo (primeiro mundo de Popper), onde se encontra a consciência dos interlocutores, o mundo objetivo (segundo mundo de Popper), marcado pelas coisas que existem por si próprias, independentemente da observação, e, finalmente, o mundo construído socialmente (que equivaleria ao terceiro mundo de Karl Popper, embora, na concepção popperiana, esse mundo esteja vinculado mais às teorias e construções científicas, que adquirem independência com relação a seu criador). Assim, cada discurso inevitavelmente terá como referência algum desses mundos, o que proporcionará pretensões de validade criticáveis e formas argumentativas específicas, a depender do mundo ao qual se refira. Nisto é que o entendimento seria, em regra, possível, conquanto não necessário: dois ou mais interlocutores efetivamente teriam um mesmo objeto de referência e apresentariam e criticariam pretensões de validade adequadas a ele.

De fato, em muitos casos, o consenso é possível, mas haverá ocasiões em que o único consenso será o consenso sobre o dissenso³⁰⁴, ou seja, sobre a impossibilidade de consenso, mesmo entre interlocutores que façam parte de uma mesma forma de vida. Como vimos, é possível que dois observadores, se partirem de perspectivas radicalmente diversas, efetivamente vejam coisas diferentes em uma mesma situação. E isso acontecerá sobretudo quando os interlocutores se referirem ao terceiro mundo de Popper, onde se encontram os fatos institucionais, dentre os quais os valores morais. Por isso, o dissenso não deve, necessariamente, ser visto como sinal de irracionalidade ou falsidade, tanto menos como algo negativo. De todo modo, os valores existem (não de uma forma ontológica), e, como a linguagem, não são individuais, mas compartilhados intersubjetivamente, ainda que isso se limite a uma forma de vida específica, e de modo cada vez mais fluido. Por isso, não devemos negar toda pretensão de racionalidade e afirmar que nada é compartilhável por observadores distintos. Quanto a isso, mesmo Luhmann acredita num consenso quanto aos procedimentos, o que, em alguma medida, o separa dos irracionalistas extremos. Não devemos, necessariamente, dar *adeus à razão*³⁰⁵, conquanto devamos reconhecer as suas limitações, o que, por vezes, não é suficientemente considerado por Habermas e suas pretensões de validade universal. Isso significa que,

³⁰⁴ NEVES, 2009, p. 40-ss.

³⁰⁵ A expressão é de Feyerabend. Cf. FEYERABEND, op. cit., p. 378.

especialmente quando a argumentação versar sobre os fatos institucionais, como é o caso dos valores, o consenso, não raras vezes, somente pode ser alcançado entre aqueles que compartilham desse mesmo *background*, onde esses fatos são efetivamente criados, o que não deve impedir o intercâmbio e o diálogo com formas de vida diversas, nem nos remeter para um estado em que a crítica às tradições e perspectivas diversas é impossível ou inexistente. Afinal, a crítica à objetividade moral aqui postulada é toda fundada na defesa da tolerância e de uma arena pública onde todas as perspectivas possíveis possam apresentar suas respectivas pretensões de validade e, quando o diálogo for possível, aprender umas com as outras³⁰⁶. E isso não só porque nenhuma dessas tradições ou perspectivas pode se imaginar em uma posição privilegiada de observação, o que já seria suficiente para fundamentar a tolerância e a alteridade, ambos contrários à assimilação do outro³⁰⁷, mas também por conta da existência de casos caracterizados pela *comensurabilidade* entre essas perspectivas diversas, quando a elas é permitido dialogar e, provavelmente, chegar a um consenso – aliás, essa é a condição de possibilidade para se falar de um constitucionalismo mundial ou pós-estatal, sobre o que falaremos no próximo tópico. Logo, se não há nenhum observador privilegiado de posse da *verdade*, a tolerância seria uma virtude a ser constantemente promovida, porque ela é a condição de possibilidade da coexistência pacífica e, quando possível, dialógica, de perspectivas diversas. É como se ela pertencesse a um segundo nível, a uma metalinguagem, justamente por permitir essa coexistência de visões de mundo conflitantes entre si e impedir que alguma delas se sobreponha às outras pela força, por exemplo.

Certa vez, Milan Kundera afirmou, em referência aos pensamentos de uma de suas personagens, que a “visão encontra-se limitada por duas fronteiras: uma luz de tal modo intensa que nos cega e uma obscuridade total.” Tais fronteiras representam os dois lados de qualquer extremismo, e os “extremos marcam a fronteira para lá da qual não há vida, e, tanto em arte como em política, a paixão do extremismo é um desejo de morte

³⁰⁶ Afinal, segundo Stuart Mill, “Aquele que conhece apenas o seu lado da questão, sabe pouco acerca do seu lado.” Cf. STUART MILL, 2014, p. 79. Há, nisso, alguma relação com o conceito de ecologia dos saberes, de Boaventura de Souza Santos. SANTOS, 2013-a, p. 286-ss e SANTOS, 2013-b, p. 97

³⁰⁷ Sobre a alteridade e o combate à assimilação do Outro pelo Mesmo, Emmanuel Levinas assevera: “A linguagem é uma relação entre termos separados. (...) No discurso, a distância que inevitavelmente se nota entre Outrem como meu tema e Outrem como meu interlocutor, liberto do tema que parecia por momentos retê-lo, contesta de imediato o sentido que dispenseo ao meu interlocutor. Assim, a estrutura formal da linguagem anuncia a inviolabilidade ética de Outrem e, sem qualquer bafio de ‘numinoso’, a sua ‘santidade’”. LEVINAS, 2014, p. 198.

disfarçado.”³⁰⁸ Tendo isso em mente, pode-se dizer que, quanto ao tema ora abordado, nos posicionamos em um meio termo entre dois extremos, o racionalismo dogmático baseado na unilateralidade metodológica³⁰⁹ ou conteudística e o irracionalismo radical segundo o qual nada é comensurável nas relações entre observadores diversos. Sem alguma aposta na razão, talvez o próprio direito sucumbisse. Afinal de contas, como seria possível fundamentar postulados como a segurança jurídica, com a generalização decisória que ela implica, mesmo em se tratando de casos inevitavelmente diversos - ainda que semelhantes -, se tomássemos o irracionalismo como ponto de partida? Negar absolutamente a razão pode tornar-se um convite ao arbítrio. Sendo assim, a razão é um pressuposto da vida em sociedade, especialmente da vida em sociedade através do direito. Mas devemos falar de razão exclusivamente enquanto capacidade ou possibilidade de entendimento e compreensão mútua a respeito de uma dada temática ou objeto, através da exposição de razões (argumentos), jamais como capacidade para a apreensão de algum imaginado conjunto de verdades, conceitos ou valores inatos, como queriam os primeiros racionalistas³¹⁰. Devemos falar, assim, de um racionalismo eminentemente aberto, contrário ao dogmatismo, favorável ao criticismo e que tenha como seus pilares o falibilismo e as limitações do conhecimento humano³¹¹.

2.4. Ressalvas ao juiz Hércules e o constitucionalismo para além da esfera estatal

São cabíveis, ainda, duas últimas observações. Em primeiro lugar, se, por ventura, se quiser afirmar a objetividade moral e a existência de uma única resposta correta, mesmo

³⁰⁸ KUNDERA, 2014, p. 121.

³⁰⁹ Deve-se dizer que muito dessa unilateralidade metodológica se deve a Descartes, que, como representante do racionalismo clássico, efetivamente *homogeiniza* o homem, dotando-o de uma razão universal. Daí é que, a partir disso, é bastante possível que as conclusões pretensamente racionais sejam igualmente universais e objetivas. Descartes via a dúvida e a incerteza como vícios e defeitos da razão humana, cujo caminho deveria ser traçado, justamente, em direção à certeza. DESCARTES, 2014, p. 55-ss.

³¹⁰ Cf. HESSEN, op. cit., p. 52-3.

³¹¹ A partir disso, MacCormick rotula a teoria de Dworkin como ultra-racionalista: “A falácia irracionalista consiste na pressuposição de que as relações morais e jurídicas não têm como se encaixar numa ordem racional. A falácia ultra-racionalista consiste na pressuposição de que existe algum modo de estabelecer pelo raciocínio e pela reflexão uma ordem moral ou legal objetivamente válida. Contudo, qualquer tentativa de estabelecer e justificar uma ordem teórica dessa natureza simplesmente levaria a uma infinita regressão de justificações, que não é apenas semelhante, mas é o próprio caminho de regressão infinita de teorias ao qual o Hércules de Dworkin está fadado sem perceber.” MACCORMICK, 2009, p. 350-1. Também contra o cognitivismo, em razão da inevitabilidade de alguma discricionariedade na decisão judicial, ver FERRAJOLI, 2010, p. 42-3.

para os casos constitucionais difíceis, resta, ainda, verificar a adequação dos mecanismos escolhidos por Dworkin para se chegar a essa melhor interpretação. E, aqui, Dworkin recebe duras críticas. Para atingir seu objetivo, vimos que ele lança mão de um ideal regulativo representado pela figura do juiz Hércules, aquele cujas capacidades sobre-humanas fariam chegar, sempre, à melhor interpretação. Essa concepção tem influenciado sobremaneira os debates sobre o controle de constitucionalidade, vinculando-o à necessidade de um julgamento material da legislação infraconstitucional. Mas ela apresenta problemas. Hércules raciocina sozinho, num verdadeiro monólogo³¹², e isso demonstra que Dworkin, em alguma medida, aposta na figura do juiz de cada caso concreto como o melhor intérprete dessa pretensa verdade (interpretativa). Quanto a isso, Marcelo Neves oferece uma crítica contundente a esse ideal regulativo, visto também por ele como monológico, além de simplista e solipsista:

Este [o juiz Hércules] teria a capacidade de determinar quais os princípios de moralidade servem consistentemente de apoio às instituições e às leis, caracterizando-os como princípios jurídicos. Também a esse respeito, a questão decorre de um normativismo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso. A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária.³¹³

De certo modo, Hércules está restrito à esfera privada, aquela do diálogo consigo mesmo, nas palavras de Hannah Arendt. Não participa da esfera pública através da qual se constitui um mundo em comum³¹⁴. Habermas, fazendo essa crítica a Dworkin, também afirma que o ideal regulativo dworkiniano é contaminado pelo solipsismo, e propõe a sua substituição: ao contrário da personalidade de um juiz que se distinga por capacidades sobre-humanas, diz ele, seguindo Peter Häberle e, indiretamente, Popper, devemos perseguir o ideal político de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição e, por conseguinte do direito³¹⁵. A interpretação construtiva, portanto, deveria, segundo ele, abrir-se, nos moldes do que dispõe o seu próprio princípio do discurso, descrito nas páginas

³¹² BRONZE, 2010, p. 903.

³¹³ NEVES, 2011-b, p. 59-60.

³¹⁴ Ver ARENDT, 2014, p. 75-ss., e ARENDT, 2008.

³¹⁵ HABERMAS, 2010, p. 294; HÄBERLE, 1997, p. 19-ss.

acima. De algum modo, é possível afirmar que a teoria de Dworkin não se adequa à Constituição de muitas mentes ou vozes (*Constitution of many minds*), de que fala Cass Sunstein, ao abordar a importância da esfera pública no processo de tomada de decisões pelas cortes constitucionais. Segundo ele, Dworkin partiria de uma visão perfeccionista da jurisdição constitucional, que confia sobremaneira na possibilidade de juízes encontrarem os princípios morais que fundamentam ou devem fundamentar o direito. Não sem alguma ironia, Sunstein chega a denominar o local onde isso seria possível de Olimpo³¹⁶. Numa linha semelhante, Carlos Bernal Pulido parece endossar as críticas sofridas por Dworkin, especialmente no que toca à afirmação de que “o entendimento dos direitos fundamentais como um acervo de princípios que preveem uma única solução correta para todos os casos implica uma fragilização do Parlamento e da lei, sendo, portanto, alheio aos postulados do Estado constitucional e democrático”³¹⁷.

Essa crítica tem levado vários teóricos a defenderem uma concepção procedimental do controle de constitucionalidade, segundo a qual caberia às Cortes Supremas garantir o funcionamento da democracia, quando das deliberações do Parlamento. Grosso modo, tal é a ideia de John Hart Ely³¹⁸ e, com algumas variações, de Habermas³¹⁹. Outros, como Mark Tushnet, têm apontado para a necessidade de um controle fraco de constitucionalidade (*weak judicial review*), no qual, entre outras coisas, o Parlamento seria competente para contrariar, em curto prazo, interpretações constitucionais da Suprema Corte³²⁰. Mas há, também, aqueles que se mostram absolutamente céticos quanto ao próprio controle de constitucionalidade, ao menos no que toca ao cumprimento de suas promessas. Robert Dahl, por exemplo, inspirado no rei-filósofo de Platão, vê o controle judicial como uma quase guardiania (ou seja, um governo de sábios), absolutamente contrária à igualdade intrínseca que somente pode ser garantia pelo governo da maioria. Em resumo, ele afirma a substituição, ainda que em poucos casos, da maioria por um grupo de juízes não oferece qualquer salvaguarda aos direitos fundamentais, nem mesmo aqueles direcionados às minorias³²¹. Essa opinião é compartilhada por Ian Shapiro, para quem é difícil acreditar

³¹⁶ SUNSTEIN, 2009, p. 22-3, 127.

³¹⁷ PULIDO, 2013, p. 42-3.

³¹⁸ ELY, 2010, p. 97-ss.

³¹⁹ HABERMAS, 2010, p. 340-ss.

³²⁰ TUSHNET, 2003, p. 2786.

³²¹ DAHL, op. cit., p. 244-5.

que a democracia represente alguma “ameaça aos direitos e liberdades individuais.”³²² Para ele, o mais importante é aperfeiçoar o processo de decisão, a partir do *princípio do interesse afetado*, segundo o qual todos os interesses envolvidos em decisões políticas devem, tanto quanto possível, ser ouvidos³²³. E há, ainda, teóricos que vão além. É o caso de Ran Hirschl, para quem é impossível descrever uma causa universal para a constitucionalização de determinados direitos fundamentais e a pretensa proteção destes através do controle judicial de constitucionalidade. Para ele, a explicação mais plausível para isso reside em estratégias para assegurar interesses e agendas hegemônicas, oriundos de elites políticas, econômicas e judiciais, os quais, a depender do local, tendem a ser os mais diversos³²⁴. Segundo ele, isso seria atingido na medida em que, por conta da constitucionalização, várias matérias seriam explicitamente retiradas do debate público, por serem legislativamente intocáveis. Além do mais, caso houvesse algum ataque a essas matérias, caberia ao Poder Judiciário uma intervenção imediata, para manter aquele *status quo* indefinidamente. Tratar-se-ia, de acordo com Hirschl, de uma verdadeira *juristocracia*, pouco importando, para ele, a diferenciação de Dworkin entre decisão correta (ou por princípio) e ativismo judicial. Aliás, também para Hirschl, Dworkin tem sido um dos grandes responsáveis pela cada vez mais recorrente invasão da Suprema Corte, sob o argumento de estar decidindo por princípio – com base na integridade -, em um território originariamente destinado ao Parlamento³²⁵.

É evidente que, a partir de todo esse arsenal de críticas, não precisamos negar a importância do reconhecimento constitucional de direitos fundamentais ou mesmo do controle de constitucionalidade. Todavia, ele nos obriga a refletir sobre o polêmico embate entre constitucionalismo e democracia e, com isso, sobre o papel a ser desempenhado pelos juízes, sobretudo os juízes de uma Suprema Corte. Sobre isso, parece-nos que, na grande maioria dos casos, apostar no ideal de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, como fazem Häberle e Habermas, é sobremodo mais adequado do que em um juiz capaz de encontrar os princípios de seu ordenamento jurídico. Ainda assim, essa premissa não deve, necessariamente, remeter-nos para um modelo procedimental de controle de

³²² SHAPIRO, 2006, p. 282.

³²³ Ibidem, p. 288-9.

³²⁴ HIRSCHL, 2004, p. 11-2.

³²⁵ Ibidem, p. 171-2; 188.

constitucionalidade. Na verdade, ela serve muito mais como um alerta para que evitemos um caminho rumo a uma nova guardiania ou, mais concretamente, a uma *juristocracia*.

Agora, passemos à segunda dessas duas últimas observações sobre a teoria de Dworkin.

O *direito como integridade*, quando aposta na ideia de uma moralidade comunitária e compartilhada, onde deveria ser buscada a resposta correta para cada caso, mostra-se absolutamente vinculado a um constitucionalismo exclusivamente estatal. É verdade que, há alguns anos, falar de constitucionalismo estatal não seria senão uma redundância. Mas não há dúvidas de que o atual constitucionalismo não é o mesmo de um ou dois séculos atrás. O ambiente da sociedade (pós)moderna é sobremodo mais complexo, e isso se deve, em grande parte, ao alargamento do âmbito de relações intersubjetivas, intergovernamentais e, conseqüentemente, *internormativas* e *interconstitucionais*³²⁶ - ou *transconstitucionais*. Forma-se, assim, a figura de um constitucionalismo cujos limites transcendem a esfera do Estado-nação, ao contrário do que se passava em sua origem ou, como muito se diz, em sua essência³²⁷. Por isso mesmo, não são poucos os que têm apontado para um crepúsculo ou crise do constitucionalismo³²⁸; outros, no entanto, assinalam o seu renascimento³²⁹, com vestes adequadas a essa nova e intrigante complexidade.

Entre os que integram o segundo grupo, várias têm sido as divergências referentes ao *modus operandi* desse renascimento do constitucionalismo.

Habermas, por exemplo, apostou na instituição de uma Constituição Mundial cosmopolita, formada no âmbito de uma “comunidade de cidadãos do mundo”³³⁰ e baseada sobretudo na universalidade dos direitos humanos e na atribuição às modernas organizações internacionais, após importantes reformulações estruturais, de tarefas vinculadas à estabilização normativa e, até mesmo, coercitiva. Essa comunidade

³²⁶ Nesse sentido, aponta Canotilho, ainda que numa análise restrita à integração europeia. Ver CANOTILHO, 2012, p. 265-ss. Ver também LOUREIRO, 2013, p. 114-5.

³²⁷ Ulrich Preuss, nesse sentido, afirma que a essência histórica do constitucionalismo sequer se vincula à ideia de territorialidade ou a algum caráter estatal, mas à soberania popular (ao famigerado “*We, the People*”). PREUSS, 2010, p. 42.

³²⁸ Aqueles que apontam para o crepúsculo do constitucionalismo o fazem por não vislumbrarem possibilidades de um direito constitucional para além do Estado (*beyond the State*). Sobre o tema, ver KUMM, 2010, p. 203-4, e SILVA, 2014, p. 84-ss.

³²⁹ TEUBNER, op. cit., p. 07.

³³⁰ HABERMAS, 2011, p. 119.

cosmopolita não consistiria em uma república mundial, mas em uma “associação supraestatal de cidadãos e povos de Estados, de tal modo que os Estados-Membros preservariam a disposição – ainda que não o direito à livre disposição – sobre os meios de recurso legítimo à violência”³³¹. Quanto ao plano legislativo, Habermas aposta na instituição de um Parlamento mundial, ao qual seria atribuído o papel de intérprete da Carta das Nações Unidas e, conseqüentemente, a responsabilidade de desenvolver o direito³³².

Esse projeto não se viu livre de críticas, especialmente com relação à ideia de unificar uma sociedade mundial marcadamente fragmentada³³³ e assimétrica³³⁴. Daí é que Gunther Teubner, por exemplo, apostou no *constitucionalismo societal*, marcado pela desvinculação do conceito de Constituição ao sistema político e pela decorrente admissão de várias constituições, autônomas, fragmentadas e com racionalidades relativas exclusivamente ao seu âmbito de normatividade. Em termos luhmannianos, a Constituição não se restringiria a um acoplamento estrutural entre o direito e a política, podendo abranger acoplamentos entre o direito e quaisquer outros subsistemas sociais, como a economia, a ciência, etc. Em razão da globalização, essas constituições parciais que, antes, viam-se vinculadas ao Estado-nação, passam a surgir de modo autônomo, no mais das vezes em ambientes privados, caracterizando ordens globais autônomas alheias ao Estado³³⁵. Segundo Teubner,

Nós devemos abandonar a falsa premissa de que a constitucionalização inevitavelmente significa a transformação de um grupo de indivíduos em um ator coletivo. Também não é verdade que a identidade coletiva de um sistema social implica numa organização efetivamente formal. Pode ser verdade em se tratando do Estado-nação, na medida em que o Estado é, de fato, constituído como um ator coletivo da política, mas não para os demais sistemas sociais. Outros sistemas funcionais – a economia, a ciência, o direito, o sistema de saúde, os meios de comunicação – todos se gerenciam sem um ator coletivo e, diferentemente do Estado, não são representados interna e externamente por uma organização formal.³³⁶

³³¹ Ibidem, p. 120.

³³² Ibidem, p. 121.

³³³ Ver TEUBNER, op. cit., p. 13-4 e 45-6; GRIMM, 2010, p. 19.

³³⁴ Daí é que a Constituição mundial teria estrutura semelhante à das modernas constituições simbólicas, marcadas pela hipertrofia das suas respectivas forças simbólicas, em detrimento de suas forças normativas. NEVES, 2005, p. 23; ver também NEVES, 2011-a, p. 55-ss.

³³⁵ TEUBNER, op. cit., p. 53.

³³⁶ Tradução livre. Ibidem, p. 67.

Em linhas gerais, numa sociedade marcadamente fragmentada, a constituição política não poderia manter sua antiga pretensão de ditar os princípios fundamentais dos demais subsistemas. “Nenhum subsistema da sociedade – nem mesmo a política – pode continuar representando a sociedade como um todo”³³⁷. Os exemplos de *constituições societais* trazidos por Teubner são vários, e vão desde a *Lex Mercatoria* até os códigos corporativos das corporações multinacionais. Em suma, ele aposta na redução do papel do Estado e da própria política, que deveria, no que toca ao âmbito dessas novas ordens constitucionais, restringir-se a atuar em forma de cooperação, sem tolhê-las a respectiva autonomia³³⁸.

Também o constitucionalismo societal não se viu imune às críticas, direcionadas, inicialmente, ao déficit democrático proporcionado pelas *constituições civis globais*^{339 340} e, em segundo lugar, à própria análise sociológica de Teubner. Seguindo essa última linha, Marcelo Neves afirma que esse diagnóstico não se tem confirmado empiricamente, pois, a despeito da diminuição da capacidade regulatória do Estado, decorrência da emergência dessas novas ordens globais, verifica-se, paradoxalmente, a atribuição, ao Estado, de tarefas importantes, referentes aos “novos desafios da sociedade mundial”³⁴¹. Por isso, não obstante se deva reconhecer a importância desses novos atores globais, “o Estado ainda é um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial”³⁴². O novo paradigma do constitucionalismo consistiria não na sua desvinculação à política e ao poder estatal, tanto menos na configuração de uma Constituição Mundial cosmopolita, mas no entrelaçamento dialógico entre ordens estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e extraestatais, as quais, juntas e fundamentadas em um mesmo código diferenciador (lícito/ilícito), formariam um “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”³⁴³. Diferentemente de Teubner, também um luhmanniano, que vê na fragmentação da sociedade mundial vários “fragmentos constitucionais”, representados por

³³⁷ Tradução livre. Ibidem, p. 116.

³³⁸ Ibidem, p. 74.

³³⁹ CANOTILHO, 2012, p. 290-ss.

³⁴⁰ As constituições societais, como o próprio Teubner reconhece, não operam baseadas na ideia de bem comum, tão cara aos primórdios do constitucionalismo, e desconhecem a autoridade central orientada a promovê-lo. Pelo contrário, elas operam por seus próprios interesses, e Teubner acredita na autocontenção de cada uma delas, provada por irritações externas, oriundas das demais constituições societais e dos outros membros da sociedade civil. Isso levanta sérias dúvidas quanto à viabilidade e à própria legitimidade do constitucionalismo societal. A respeito, ver GRIMM, op. cit., p. 20.

³⁴¹ NEVES, 2009, p. 34.

³⁴² Ibidem, p. 34.

³⁴³ Ibidem, p. 34.

constituições societárias autônomas e regidas por códigos binários os mais diversos, Marcelo Neves afirma a existência de uma *unitas multiplex*³⁴⁴: uma unidade da diferença, não compatível nem com o holismo e com a estrutura hierárquica de uma Constituição mundial, nem com a absoluta fragmentação verificada nas constituições societárias. Trata-se de evitar tanto a homogeneização das partes, ambicionada pela primeira proposta, como o reducionismo que se esquece da ordenação, ainda que mínima, proporcionada pelo todo e volta-se unicamente a elas (as partes), como acontece com o diagnóstico de Teubner. Em outras palavras, é “o escapar à alternativa entre o pensamento redutor que só vê os elementos e o pensamento holista que apenas vê o todo”³⁴⁵. Isso “possibilita que os códigos e critérios jurídicos plurais proliferem em uma multiplicidade de ordens jurídicas, cada uma delas com a pretensão de afirmar sua identidade no manejo interno do código binário de preferência do direito”³⁴⁶.

Ele lançou mão do termo *transconstitucionalismo*, para se referir a essa dialética entre as várias ordens normativas que ocupam a sociedade mundial. Como logo se percebe, seu ponto de partida e muito de suas conclusões apoiam-se na teoria dos sistemas autopoieticos, de Luhmann, a despeito de importantes inovações conceituais. Em suma, ele traz da teoria dos sistemas a ideia de que, dada a pluralidade de perspectivas e pontos de observação existentes em uma sociedade hipercomplexa, representadas por cada subsistema que a compõe, não haveria um ponto privilegiado de auto-referência (auto-observação ou autodescrição pelo próprio sistema), tanto menos de referência externa (observação ou descrição, pelo sistema, do ambiente no qual ele se insere)³⁴⁷. Todas as perspectivas inevitavelmente se auto-observam, em uma relação de dupla contingência, de modo que em todas elas há um ponto cego, que somente pode ser visto pelo(s) outro(s)³⁴⁸. “Não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos”³⁴⁹. Na teoria sistêmica, os vários pontos de observação são representados pelos subsistemas que compõem a sociedade, que lhes serve de

³⁴⁴ Ibidem, p. 125.

³⁴⁵ MORIN, op. cit., p. 148.

³⁴⁶ NEVES, 2009, p. 126.

³⁴⁷ Cf. LUHMANN, 2004, p. 106-ss.

³⁴⁸ NEVES, 2009, p. 298.

³⁴⁹ Ibidem, p. 24.

ambiente³⁵⁰. Cada sistema, com uma racionalidade parcial própria, passa a descrever suas próprias perspectivas a respeito da sociedade. No transconstitucionalismo, as múltiplas perspectivas e autodescrições se encontram nas várias ordens normativas - transnacionais, supranacionais, estatais, extraestatais, etc. - capazes de oferecer soluções a um mesmo problema jurídico. Porquanto se trata de um sistema mundial de níveis múltiplos, o transconstitucionalismo combate tanto o internacionalismo, quanto o estatalismo (ou provincialismo). Não haveria uma *ultima ratio* discursiva ou uma razão abrangente à qual correspondesse um dado metadiscurso de onde surgissem os fundamentos para todos os discursos, afinal de contas, mas somente racionalidades parciais, as quais serviriam de *pontes de transição* umas às outras³⁵¹. A todas essas diferentes racionalidades caberiam o diálogo e, conseqüentemente, o aprendizado com o *outro*, do que decorreria uma *razão transversal*³⁵². As relações entre essas ordens seriam não hierárquicas, mas heterárquicas³⁵³, de movo a promover a alteridade. Por isso é que, no plano constitucional, o Estado, apesar de ser uma fonte normativa importante, não poderia se autoconceder um pretense privilégio quanto à sua racionalidade. Ela não é total, mas parcial e, justamente por isso, não soberana e dependente de outras perspectivas. O Estado, hoje, é um “herói local”³⁵⁴, diz-nos Canotilho, e a Constituição somente pode ser compreendida e defendida à luz de um *patriotismo constitucional de inclusividade*. “Isso significa uma Constituição aberta a outros espaços, aberta a outras pessoas, aberta a outras normas, aberta a conflitos e consensos, aberta à sobreposição experiencial de consensos”^{355 356}.

A despeito de todas essas considerações, não tem sido rara a negação, pelas cortes constitucionais, do aprendizado com os variados níveis desse sistema normativo mundial. Trata-se do que Vicki Jackson chamou de postura de *resistência*, verificada principalmente em ordenamentos jurídicos onde as constituições são entendidas quase que exclusivamente em sua vinculação à identidade cultural de um país³⁵⁷. O fenômeno assemelha-se ao que

³⁵⁰ LUHMANN, 2004, p. 65.

³⁵¹ NEVES, 2009, p. 64.

³⁵² Ibidem, p. 115.

³⁵³ Ibidem, p. 237. Ver também LUHMANN, 2004, p. 158.

³⁵⁴ A expressão é de Helmuth Willke. Cf. CANOTILHO, 2012, p. 185.

³⁵⁵ Ibidem, p. 197.

³⁵⁶ Na mesma linha, GRIMM, op. cit., p. 16; apostando na formação de uma cultura global singular (*single global culture*), enquanto cultura dos direitos humanos e vinculada a pressupostos democráticos semelhantes ao princípio habermasiano do discurso, BRUNKHORST, 2010, p. 186 e 193-ss.

³⁵⁷ JACKSON, 2005, p. 113-ss.

Bruce Ackerman identificou como provincialismo constitucional^{358 359}, e suas consequências recaem justamente no não reconhecimento daquele ponto cego que somente o outro pode ver.

Segundo se costuma afirmar, qualquer decisão, sobretudo em se tratando de jurisdição constitucional, que refletisse a busca de aprendizado com outras ordens normativas da sociedade mundial consistiria em mera submissão aos ordenamentos estrangeiros ou internacionais (internacionalismo), ou, para ficar com os termos de Vicki Jackson, em uma postura de convergência. Em linhas gerais, a maioria das posturas de convergência se fundamentam no universalismo dos direitos humanos, aos quais todas as demais ordens normativas deveriam se vincular³⁶⁰. De acordo com a interpretação redutora comumente adotada, somente existiriam essas duas opções. Numa, o reconhecimento do outro e de suas perspectivas parece em face de um provincialismo para o qual não há fontes de aprendizado fora daquele contexto estatalista; noutra, esses contextos que devem servir de pano de fundo para qualquer diálogo são absolutamente ignorados em nome de um pretenso universalismo dos direitos humanos, no mais das vezes transformado em imperialismo. Como lembra Jackson, entretanto, isso não precisa ser assim, pois, além das posturas de resistência e convergência, opostas entre si, existiria uma terceira via: a articulação (*engagement*). Aqui, não haveria estrita vinculação das decisões locais ao direito internacional ou estrangeiro, ignorando-se a importância das particularidades de cada contexto normativo, como se passa com as posturas de convergência, mas também não seriam bloqueadas possibilidades de aprendizado com outras ordens normativas, como ocorre nas atitudes de resistência. Numa palavra, pode-se dizer que a *articulação* não é cega para as semelhanças entre essas diversas ordens e suas decorrentes possibilidades de aprendizado umas com as outras, como não o é para as inexoráveis diferenças contextuais entre elas. “Fontes transnacionais devem ser vistas como interlocutores, a oferecerem uma maneira de testar o entendimento das próprias tradições [dos países dispostos ao diálogo], examinando-as a partir da reflexão de outros”³⁶¹.

³⁵⁸ ACKERMAN, 1996, p. 771-2.

³⁵⁹ Para críticas a um constitucionalismo cosmopolita, embora reconhecendo, com várias ressalvas e limitações, a sua possibilidade, ver SUNSTEIN, 2009, p. 191-ss.

³⁶⁰ JACKSON, 2012, p. 45-ss.

³⁶¹ Tradução livre. *Ibidem*, p. 116.

Dworkin chega a defender a ideia de verdades morais, mas, ao mesmo tempo, vincula o direito a uma dada moral pretensamente compartilhada, fonte exclusiva dos princípios que deverão sustentar as decisões jurídicas. Quanto a isso, pode-se dizer que há, aí, alguma espécie de provincialismo. É, no entanto, a postura de articulação, cujas conclusões em muito se assemelham às do transconstitucionalismo, a que melhor se adequa à complexidade de um constitucionalismo que transcende a esfera estatal. Justamente por isso, ela deve ser constantemente promovida.

III

3. A RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONSTITUCIONAIS: UM DIÁLOGO COM A EPISTEMOLOGIA DA *ÚNICA RESPOSTA CORRETA*

Finalmente, chegamos à última parte deste trabalho. O objetivo deste capítulo é explicitar o que todas essas considerações de ordem epistemológica e filosófica, abordadas na segunda parte, podem esclarecer, em se tratando de decisões judiciais constitucionais. Veremos que elas são importantes para promover modificações no modo como deve ser entendido o dever de fundamentação dessas decisões.

Até aqui, foram lançadas várias críticas, sob perspectivas as mais diversas, à teoria dworkiniana da “única resposta correta”. No entanto, outros esclarecimentos são, neste momento, necessários: a propósito, o que a negação da existência de uma única resposta correta, mesmo que como um ideal regulativo, tende a acarretar para a teoria das decisões judiciais, especialmente aquelas em matéria constitucional?

A esse respeito, deve-se ter em mente que negar a “única resposta correta” não significa que devemos admitir, para todo caso difícil ou corriqueiro, qualquer decisão. Do mesmo modo, a negação da objetividade moral não implica em niilismo ou em um ceticismo absoluto, como afirmamos na segunda parte do trabalho. Poucas questões poderão se resumir a uma lógica bivalente, quando estivermos a tratar de sistemas sociais ou de qualquer questão que envolva relações intersubjetivas complexas. Por essa razão, quanto a isso, é possível assumir uma posição que não apela para nenhum destes dois extremos (a gigantesca pretensão de objetividade de Dworkin e o niilismo segundo o qual tudo é permitido; no direito, esses extremos poderiam ser traduzidos como a existência, nos casos difíceis, de uma única resposta correta e a inexistência de quaisquer respostas corretas). Afinal de contas, não é difícil perceber que tanto um, quanto o outro, são sobretudo perniciosos para a permanência de uma sociedade democrática regida pelos pressupostos de um Estado de Direito. De um lado, a tentativa de imaginar que um sistema (no caso, de princípios) pode oferecer uma resposta para todo e qualquer caso jurídico, não raro, pode gerar uma estrutura fechada em si mesma e cega às diferenças – às diferentes interpretações, perspectivas, etc. -, muito embora isso sequer seja imaginado por Dworkin. De outro lado, afirmar que nunca haverá uma resposta correta ou melhor, ou seja, afirmar que os casos jurídicos aceitariam qualquer decisão, significa cair em um irracionalismo que

não vê nenhuma saída que não seja a submissão a um estado de absoluta insegurança e incerteza. E o direito é, essencialmente, contrário a isso, uma vez que tem como um de seus pressupostos a pretensão de ordenação, não obstante ela seja fatalmente limitada. Isso significa que, de algum modo, afirmar o irracionalismo implica numa negação do próprio direito. Logo, também essa postura deve ser evitada. Em suma, o que podemos concluir, com tudo isso, é que a negação da “única resposta correta” não deve, necessariamente, remeter-nos à abdicação de buscas pela racionalização das decisões judiciais constitucionais. Ou seja, é possível – em verdade, necessário – falar de racionalidade decisória, embora sem deixar de reconhecer os seus limites.

Quanto a isso, uma aposta interessante parece estar no que se costuma chamar de racionalismo crítico, cujas premissas e conclusões são, como veremos, absolutamente relevantes para o direito constitucional. O termo é de Karl Popper, e num panorama geral, não se trataria senão de uma atitude, por parte dos interlocutores, de reconhecimento da própria falibilidade. Cuidar-se-ia de uma posturade tolerância e de busca de aprendizado com o outro e com as experiências. Nas palavras de Popper:

Podemos então dizer que o racionalismo é uma atitude de disposição a ouvir argumentos críticos e a aprender com a experiência. É fundamentalmente uma atitude de admitir que *“eu posso estar errado e vós podeis estar certos, e, por um esforço, poderemos aproximar-nos da verdade”*. É uma atitude que não abandona facilmente a esperança de que, por meios tais como a argumentação e a observação cuidadosa se possa alcançar alguma espécie de acordo sobre muitos problemas de importância, e que, mesmo onde as exigências e os interesses se chocam, é muitas vezes possível discutir a respeito das diversas exigências e propostas a alcançar – talvez por arbitramento – um entendimento que, em consequência da sua equidade, seja aceitável para a maioria, se não para todos. Em suma, a atitude racionalista, ou, como talvez possa rotulá-la, “a atitude da razoabilidade”, é muito semelhante à atitude científica, à crença de que da busca da verdade precisamos de cooperação e de que, com a ajuda da argumentação, poderemos a tempo atingir algo como a objetividade.³⁶²

A forma autocrítica e modesta do racionalismo³⁶³ substitui o dogmatismo pela exposição de razões, o fechamento e o caráter definitivo do conhecimento pela sua abertura e provisoriedade. E isso tudo não vem desacompanhado de alguns pressupostos. Segundo ele, “devemos reconhecer todos aqueles com que(m) nos comunicamos como

³⁶² POPPER, 1987, p. 232, v.2. Grifos do autor.

³⁶³ Cf. BONAVIDES, 2011, p. 513-17.

uma fonte potencial de argumentação e de informação razoável”³⁶⁴. Isso implica em que todo falante “tem um direito a ser ouvido e a defender seus argumentos”, a ter suas pretensões argumentativas ouvidas e combatidas unicamente através do argumento. Logo se percebe que há, nisso tudo, um imperativo de tolerância, “pelo menos da parte daqueles que por seu lado não são intolerantes. Ninguém mata um homem quando adota a atitude de ouvir primeiro seus argumentos.” Com isso, Popper reconhece que há, de fato, uma base ética no racionalismo e na ciência: “A ideia da imparcialidade leva também à de responsabilidade; não só temos de ouvir os argumentos, como temos o dever de responder, de retorquir, onde nossas ações afetam os outros.” Por fim, ele não deixa de admitir a necessidade de direitos que garantam e fomentem esse racionalismo, tais como a liberdade de crítica e a liberdade de pensamento, ou, em suma, a liberdade mesma dos homens³⁶⁵.

Como se nota, Popper vê muita semelhança entre o racionalismo e o método científico comumente aplicado nas ciências naturais. No entanto, neste ponto, algumas considerações precisam ser feitas. Primeiramente, reconhecer a importância do racionalismo crítico não nos obriga a assumir todas as conclusões de Popper e, em segundo lugar, várias ressalvas devem ser feitas ao trazê-lo à realidade das ciências humanas. É que, as ciências naturais, para as quais o racionalismo crítico originariamente se destinou, são marcadas pela refutação empírica de suas teorias. Isto é, as teorias deveriam sobreviver às inevitáveis e necessárias contestações da experiência: uma teoria, para ser científica, deveria ser refutável empiricamente. Daí a própria ideia de conjecturas e refutações, que marca a concepção popperiana do método científico. Em segundo lugar, deve-se ter em conta que Popper, justamente por partir de um método aplicável às ciências naturais, toma como pressuposto a busca de uma verdade como correspondência aos fatos³⁶⁶, muito inspirada na concepção semântica da verdade, de Alfred Tarski – muito embora a definição da teoria de Tarski como adepta da “verdade como correspondência” não tenha deixado de sofrer duras críticas³⁶⁷. De fato, nas ciências naturais, como é o caso da física, talvez não faça muito sentido não pressupor a busca das relações causais que governam o universo e o

³⁶⁴ Ibidem, p. 233.

³⁶⁵ Ibidem, p. 246.

³⁶⁶ Ibidem, p. 389-ss.

³⁶⁷ HAACK, op. cit., p. 159-ss. De fato, Tarski procura se distanciar de qualquer realismo epistemológico, afirmando que a sua concepção semântica da verdade é absolutamente neutra quanto a isso. Todavia, a própria importância conferida por ele à semântica, isto é, à relação entre termos os objetos respectivamente designados, talvez possa ser, de algum modo, relacionada à teoria da verdade como correspondência. Cf. TARSKI, op. cit., p.189-90

mundo habitado por nós, inobstante essa busca não deva deixar de reconhecer os limites da própria observação. Entretanto, ao transpormos esse discurso (da busca de estados de coisas tal como eles *realmente* são) para as ciências humanas, ele perde o seu sentido, porquanto, aqui, na maioria das vezes, estamos a falar dos chamados fatos institucionais, segundo a terminologia de John Searle. É verdade que também essas ciências não podem ignorar a realidade, e, frequentemente, elas chegam mesmo a depender de concepções de verdade factual, com todas as limitações que isso inevitavelmente acarreta – é o que se passa na análise probatória e das circunstâncias fáticas que impossibilitam determinadas decisões, por exemplo. Mas, mesmo assim, se ainda quisermos falar de pretensões de verdade, devemos admitir que se tratará de pretensões diferentes daquelas que lidam com os fatos brutos, como é o caso das ciências naturais – talvez, o melhor caminho seja falar em pretensões de validade, como faz Habermas³⁶⁸. De qualquer modo, muito do que é trazido por Popper não deixa de ter relevância para a ciência jurídica e, em especial, para o desenvolvimento de uma teoria das decisões judiciais. Especificamente, o seu racionalismo crítico acaba, ainda que não intencionalmente, por corroborar a importância da teoria da argumentação jurídica como fonte para a racionalização das decisões judiciais. Aliás, parece correto afirmar que boa parte das premissas da teoria da argumentação jurídica está diretamente relacionada ao racionalismo crítico e, em última análise, ao método científico. Falaremos sobre isso adiante. Antes, façamos uma última consideração.

É preciso dar nome às coisas: falar do racionalismo crítico significa, de fato, falar de método. Não à toa, há uma forte vinculação entre essa nova forma de racionalismo e o método científico. Segundo se costuma afirmar, o método científico, baseado em argumentações e contra-argumentações e na aferição de resultados obtidos mediante experiências, seria o mais adequado para se atingir a verdade, ainda que de um modo aproximado. Mesmo quando trazido para o âmbito das ciências humanas e convertido em teoria da argumentação jurídica, o seu caráter metodológico não chega a desaparecer completamente. O que muda é o caráter do resultado atingido com o método. Digamos que o resultado considerado verdadeiro ou, ao menos, mais próximo da verdade, é substituído por um resultado tido por racionalmente aceitável ou suficientemente racional. E isso é objeto de várias críticas, especialmente por parte dos adeptos da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, que via no método científico uma tentativa inexoravelmente frustrada de

³⁶⁸ HABERMAS, 2012, v.1.

apreensão objetiva da realidade. Daí é que, para ele, a verdade jamais poderia ser alcançada através do método (científico); pelo contrário, ela estaria fortemente vinculada à tradição e às pré-compreensões de qualquer observador. Grosso modo, o intérprete deveria se abrir à fusão de horizontes (passado e presente) que condiciona toda interpretação. As pré-compreensões seriam, assim, a condição da compreensão, sendo importante, diz Gadamer, separar as pré-compreensões positivas das negativas e, assim, chegar à interpretação correta ou, melhor, à verdade³⁶⁹. Tal como as coisas vêm à palavra, “também a tradição que chega a nós é reconduzida à linguagem, na medida em que a compreendemos e interpretamos”³⁷⁰. A verdade, então, estaria na compreensão deste “vir à palavra” da tradição. Ele foi muito influenciado por Heidegger, e todas essas conclusões são, em parte, baseadas no conceito heideggeriano de “mesmidade” (*sameness*)³⁷¹, que também é muito utilizado por Hannah Arendt, quando esta aborda a importância do reconhecimento de um “mundo comum”, isto é, compartilhado, em toda ação humana³⁷². A obra de Gadamer é, de fato, inegavelmente importante³⁷³, sobretudo por tornar clara a impossibilidade de uma apreensão objetiva, isto é, livre de obstáculos subjetivos, da realidade; de fato, ela nos mostra que várias ressalvas devem ser feitas ao método científico, ao menos ao modo como ele é tradicionalmente aceito, ignorando todos esses percalços epistemológicos. Especialmente no âmbito das ciências humanas, isso não pode ser ignorado. No entanto, o racionalismo crítico de Popper reconhece a inevitabilidade dos preconceitos (pré-compreensões) a que se submetem os observadores – no caso, os cientistas. Ele fala em elementos inconscientes ou subconscientes, que “permanecem escondidos do olhar observador do pensador, porque formam, por assim dizer, o próprio lugar em que ele habita, seu habitat social.” Ele assevera: “O habitat social do pensador determina todo um sistema de opiniões e teorias que lhe surgem como inquestionavelmente verdadeiras ou evidentes por si mesmas.”³⁷⁴ Em outras palavras,

³⁶⁹ GADAMER, op. cit., p. 368

³⁷⁰ Ibidem, p. 589.

³⁷¹ Diz Heidegger, sobre a “mesmidade”: “Para nós, o ente por si subsistente junto ao qual somos é algo compartilhado. Ele é o mesmo para muitos, de modo que esses muitos se tornam um ‘nós’ em função desse ‘o mesmo para eles’”. Um exemplo: “Partimos da constatação de que não vemos gizes diversos, mas um e o mesmo. Esse ser junto a um e mesmo giz que é pertinente a todos nós deve expressar um certo um-com-o-outro. Somos junto ao mesmo; ele é inteiramente o mesmo para todos e não apenas a cada vez um igual igual, ele é o mesmo para cada um de nós.” HEIDEGGER, 2009, p. 101-2.

³⁷² ARENDT, 2014, p. 170.

³⁷³ Gadamer e a sua ideia de “pré-compreensões” influenciaram sobretudo um número importante de teóricos do direito constitucional. Veja-se, por exemplo, HESSE, 1998, p. 61-ss.

³⁷⁴ POPPER, 1987, p. 220, v.2.

pode-se dizer que Popper não acredita no ideal tradicional de uma ciência livre de quaisquer pressuposições. É inevitável que os preconceitos de que somos vítimas nos façam aceitar diversas premissas como evidentes por si mesmas³⁷⁵, ao contrário de outras, com as quais não estamos tradicionalmente familiarizados. Por isso mesmo, até mesmo o seu ideal de objetividade é diverso do de uma ciência ou de um racionalismo dogmático: ainda que ele vise a busca da verdade, esta entendida enquanto correspondência com os fatos, admite a inexorável falibilidade humana, pelo que afirma que o máximo que podemos afirmar ter atingido é uma aproximação dessa verdade, a qual deverá se manter, sempre, aberta a refutações. Com isso, Popper chega a afirmar que a objetividade da ciência encontra-se intimamente ligada ao debate aberto e crítico que caracteriza o aspecto social ou intersubjetivo desse método: “Pode-se definir a objetividade científica como a intersubjetividade do método científico.”³⁷⁶ Em suma, o fato de todos poderem criticar-se mutuamente constitui essa objetividade³⁷⁷. Entendido dessa maneira, o método científico e o debate aberto, carregado de críticas e refutações, que ele proporciona seriam a melhor ferramenta para, justamente, expor aqueles preconceitos (ou pré-compreensões negativas, segundo Gadamer³⁷⁸) inicialmente despercebidos pelos observadores, agora interlocutores. E isso já é suficiente para não desconsiderá-lo, como costumam fazer os teóricos que partem de uma perspectiva exclusivamente hermenêutica³⁷⁹. Em uma palavra: as observações de Gadamer quanto à objetividade do conhecimento são, de fato, importantes³⁸⁰. É importante ter em mente que nem a teoria da argumentação, nem a máxima da proporcionalidade ou a ponderação de princípios, podem nos colocar em um Ponto de Arquimedes que nos livre de nossas tradições e permita avaliações objetivas da realidade e de nossas formas de vida³⁸¹. Mas elas não devem impossibilitar a construção de uma adequada teoria da argumentação jurídica, baseada no racionalismo crítico e, logo, influenciada pelo método científico³⁸², com as devidas adaptações para as ciências

³⁷⁵ Ibidem, p. 224.

³⁷⁶ Ibidem, p. 225.

³⁷⁷ Ibidem, p. 228.

³⁷⁸ Veja-se, a esse respeito, que a própria divisão entre pré-compreensões positivas e negativas já exige um exercício hermenêutico, com todas as pré-compreensões que o pressupõem, e, assim, sucessivamente, *ad infinitum*. Cf. CRUZ, op. cit., p. 243.

³⁷⁹ STRECK, 2011, p. 231-ss.

³⁸⁰ Em linha semelhante, Habermas chega a afirmar a inseparabilidade entre conhecimento e interesse. Cf. HABERMAS, 2014, p. 188-ss.

³⁸¹ Em sentido crítico, ver ANTAKI, 2015, p. 293-ss.

³⁸² Reconhecer a importância do método científico jamais pode significar admitir a supremacia da ciência sobre todas as demais esferas da vida (ou de uma “cientifização” do político, nos termos de Habermas). A

humanas, além das necessárias ressalvas epistemológicas e do reconhecimento de seus limites. Segundo pensamos, este deve ser o principal objetivo da ciência do direito - e, também, senão especialmente, do direito constitucional - , hoje.

Evidentemente, este projeto de construção de uma teoria da argumentação jurídica adequada às premissas filosóficas e epistemológicas lançadas nas páginas anteriores transcende o escopo deste trabalho. No entanto, o que escrevemos até aqui serve para fornecer ressalvas a muitas das premissas epistemológicas de que costumam partir os teóricos da argumentação jurídica da atualidade, o que acaba por produzir reflexos importantes nas decisões judiciais em matéria constitucional, sobretudo aquelas envolvendo colisões entre direitos fundamentais. Muito frequentemente, tais premissas são fruto de uma confiança exagerada depositada no poder da razão e nas possibilidades de consenso entre indivíduos considerados racionais, algo que, não raro, dá origem a pretensões de validade universalistas eminentemente unilaterais. Vejamos, por exemplo, o princípio do discurso, de Habermas, responsável por influenciar uma legião de teóricos da argumentação – dentre eles, Robert Alexy:

“D: Válidas são aquelas normas (e somente aquelas normas) às quais todos os que possam ver-se afetados por elas pudessem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais”.³⁸³

Esse princípio do discurso pode ser definido como a base para várias teorias da argumentação. Do mesmo modo, ele serve de fundamento para a teoria da ação comunicativa, de Habermas, segundo a qual, muito resumidamente, a comunicação humana deve se voltar para o consenso. Mas, a depender da perspectiva epistemológica que se adote, é possível perceber que ele possui limitações, conquanto não deixe de ser importante.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o princípio discursivo não enuncia uma situação real ou mesmo possível; pelo contrário, ele é contra-fático, ideal, tal como são as

política não pode se converter em tecnocracia, e as conclusões científicas não podem substituir ou inviabilizar o debate aberto. Ver, sobre isso, HABERMAS, 2014, p. 108-10; FOUCAULT, 2008, p. 37.

³⁸³ HABERMAS, 2010, p. 172.

regras de racionalidade estabelecidas por Alexy³⁸⁴. Em outras palavras, Habermas se preocupa mais com enunciar as condições ideais de fala – tais como a absoluta igualdade de oportunidades discursivas –, nas quais quaisquer indivíduos racionais *chegariam* a um consenso ou tomariam uma decisão acertada, do que com as situações reais, em que muitos dos falantes não atuam de modo racional. Assim, reconhecendo-se a impossibilidade fática (i) de se ouvir todos os afetados pelas normas e (ii) de todas as pessoas presentes numa situação discursiva atuarem de modo racional, Habermas acaba por dar muito valor à presunção do que indivíduos racionais, naquela situação ideal de fala, decidiriam³⁸⁵. Isso pode apresentar problemas. Enquanto ideal, a situação de fala habermasiana é sobretudo importante, especialmente para que sejam promovidas tentativas de aproximação da realidade a esse ideal (quanto a isso, pelo viés democrático que carrega, a ideia de ouvir as diferentes vozes dos afetados pelas decisões políticas é especialmente relevante³⁸⁶). Todavia, na medida em que Habermas é obrigado a presumir o que os indivíduos racionais decidiriam naquelas condições, a sua teoria pode vir a pecar pela unilateralidade. É verdade que Habermas efetivamente acredita em pretensões universais de validade – segundo ele, haveria princípios morais universalmente válidos –, e isso facilita as suas conclusões. Entretanto, em uma sociedade complexa e marcada por expectativas cognitivas as mais variadas, constantemente incomensuráveis entre si, é muito provável que, em algumas situações, dois ou mais indivíduos não cheguem a uma mesma resposta, quando a pergunta for: “o que todos os indivíduos afetados por determinadas normas decidiriam, se decidissem racionalmente?” As várias perspectivas que marcam esses indivíduos serão, não raro, responsáveis por respostas as mais diversas. Desse modo, podemos dizer que, muito embora o ceticismo epistemológico de Luhmann³⁸⁷ seja exagerado, ele fornece um ponto importante de crítica às pretensões universalistas e, muitas vezes, unilaterais, de Habermas – de acordo as conclusões habermasianas, boa parte dos valores ocidentais ganhariam status de valores universais, e isso sem chegar perto de ouvir todos os afetados por essas normas. Para observar a observação, é necessário observar o observador, diz Luhmann³⁸⁸, o que não é devidamente reconhecido por Habermas, cuja não rara unilateralidade talvez possa ser atribuída à pouca relevância que ele atribui, em seu projeto

³⁸⁴ ALEXY, 2001, p. 186-ss.

³⁸⁵ Ibidem, p. 173-4.

³⁸⁶ YOUNG, 2000, p. 107; DUSSEL, op. cit.

³⁸⁷ Ver tópico 2.2.

³⁸⁸ LUHMANN, 2004, p. 105.

teórico, à incomensurabilidade e ao dissenso. E, como já afirmamos neste trabalho, não obstante haja casos de comensurabilidade e de possibilidade de consenso, haverá, sim, casos em que os interesses ou perspectivas conflitantes são incomensuráveis e onde o único consenso possível seja o consenso sobre o dissenso³⁸⁹, isto é, sobre a impossibilidade de consenso (não raras vezes, o consenso somente poderá ser almejado entre aqueles que participam de um mesmo jogo de linguagem ou forma de vida, nos termos de Wittgenstein³⁹⁰). Este é um aspecto onde as teorias de Habermas e Luhmann, aparentemente tão conflitantes entre si, podem ser conectadas; cuida-se de um ponto onde uma pode aprender com a outra. Isso deve servir como ponto de partida para as teorias da argumentação jurídica³⁹¹.

Afirmamos que a teoria discursiva de Habermas exerceu notável influência sobre Robert Alexy, muito possivelmente o criador da mais conhecida e influente teoria da argumentação jurídica da atualidade, apesar das importantes divergências entre ambos, em especial quando se entra no âmbito do direito constitucional e no debate sobre as colisões entre direitos fundamentais, o que será abordado adiante. E, uma vez que parte de premissas semelhantes, o projeto de Alexy tem muitas das virtudes que o de Habermas possui, mas sofre das mesmas limitações. O que se deve dizer é que Alexy procurou ir além de Habermas, ao desenvolver um método, sobremodo rigoroso, que garantisse a racionalidade das decisões judiciais nos casos difíceis envolvendo direitos fundamentais. Esse método é passível de várias críticas, conquanto tenha suas virtudes. É importante que o analisemos rapidamente.

Alexy, ao contrário de Habermas e de Dworkin, admite que há colisões entre direitos fundamentais, tanto quanto as há entre os valores. Havendo colisões, eles deveriam ser ponderados entre si. E essa premissa acaba por levantar várias controvérsias, seja com relação ao conceito de princípio, seja quanto à restrição dos direitos fundamentais, temas que se encontram umbilicalmente relacionados. Trata-se, a bem da verdade, de um dos

³⁸⁹ NEVES, 2009, p. 44-ss.

³⁹⁰ Ver tópico 2.3.

³⁹¹ As insuficiências dessa pretensão de universalidade que marca a ideia de consenso racional (e à pressuposição de um “homem racional homogêneo” que ela proporciona) são reconhecidas por Atienza, embora ele afirme que ela está menos presente em Alexy do que em Habermas. Atienza reconhece, a partir de Javier Muguerza, a importância do dissenso, inclusive como mecanismo para lutar contra o conservadorismo presente em vários teóricos da argumentação jurídica (especialmente por conta da confiança depositada na coerência e da ideia de que o direito sempre pode oferecer respostas racionais). Cf. ATIENZA, 2014, p. 231-ss.

temas mais debatidos do direito constitucional, e parece impossível localizar, aí, algum consenso. Para Habermas, é difícil conceber a ideia de uma colisão entre direitos fundamentais, estes entendidos enquanto princípios, porquanto ele visualiza uma filosofia moral pretensiosamente universalista, “na qual os princípios se apresentam como mandamentos absolutos e incondicionados do que é devido para toda e qualquer pessoa, na tradição que remonta ao imperativo categórico kantiano.”³⁹² Diferentemente, segundo Dworkin, a questão envolveria a delimitação dos princípios inicialmente colidentes, os quais deveriam se encaixar uns com os outros em um sistema (liberal) coerente e unitário, de modo que, no final das contas, não haveria autênticos conflitos entre valores. A liberdade, entendida corretamente ou, melhor, já considerada na totalidade desse sistema, não abrangeria o discurso de ódio, por exemplo, porque uma definição (de liberdade) que o abrangesse não seria coerente com as demais partes ou princípios. Logo, o conflito, ao fim e ao cabo, seria ilusório. Já aí é possível perceber as diferenças teóricas entre tais autores. A depender da concepção de princípio que se adote, modificam-se consideravelmente as respostas às múltiplas problemáticas envolvendo a interpretação de dispositivos de direitos fundamentais. Assim, p. ex., alguém que negue a existência de colisões entre direitos fundamentais, geralmente, quanto à restrição de tais direitos, adotará uma definição forte³⁹³ de princípio e, conseqüentemente, uma teoria do suporte fático restrito, onde eles encontrem limites semânticos, imanentes ao seu conteúdo³⁹⁴, ou, ao menos, onde esses limites possam ser construídos através de uma delimitação semântica mais detalhada, o que pode envolver a idealização de um sistema coerente e unificado e, assim, a consideração de outros princípios ou direitos fundamentais, como acontece com Dworkin. Para Alexy, que adota uma concepção fraca de princípio e, logo, afirma a inevitabilidade das colisões, o mais acertado é adotar uma teoria do suporte fático amplo, baseada numa interpretação tão ampla quanto possível dos dispositivos de direitos fundamentais, de modo a incluir, *prima facie*, “no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção.”³⁹⁵ Essa distinção entre uma teoria forte dos princípios e uma teoria fraca é, para nós, importante. Isto porque uma teoria forte deveria conter, além de todos os princípios do respectivo sistema jurídico, todas as relações de prioridade, sejam

³⁹² NEVES, 2011-b, p. 87.

³⁹³ Cf. ATIENZA, op. cit., p. 214-5.

³⁹⁴ Cf. MÜLLER, 2010, p. 52-ss; MÜLLER, 2014, p. 143-ss.

³⁹⁵ ALEXY, 2011-b, p. 322.

elas abstratas ou concretas, entre eles³⁹⁶. Em suma, tal sistema deveria ser efetivamente completo, a exemplo da ambição dworkiniana de obter um sistema unitário e coerente, em que todas as suas partes se justificassem por si mesmas. Vimos que esse ideal é, além de logicamente impossível, incompatível com as premissas epistemológicas necessárias para uma sociedade complexa, o que nos obriga a excluir de nossas opções uma teoria forte dos princípios. Aliás, sobre esse ideal de completude e fechamento, Alexy assevera:

Em um nível alto de generalidade, essa completude e essa hermeticidade são relativamente fáceis de serem alcançadas. Assim, com poucos conceitos, como “dignidade”, “liberdade”, “igualdade”, “proteção” e “bem-estar da comunidade”, é possível abarcar quase tudo aquilo que tem que ser levado em consideração em um sopesamento de direitos fundamentais. Aquele que, nesse nível de generalidade, procura estabelecer uma hierarquia tem, portanto, poucos problemas com a identificação dos elementos a serem ordenados. Mas terá também poucas chances de obter um sistema significativo. Essa chance aumenta quando se caminha na direção de níveis mais concretos. Mas, ao mesmo tempo, aumentam também os problemas na identificação dos elementos a serem ordenados. Já é questionável se uma única pessoa consegue indicar os valores concretos que, segundo seu modo de ver, podem ser relevantes para o julgar e o decidir no âmbito dos direitos fundamentais. Um catálogo completo, acerca do qual todos estejam de acordo, seria praticamente impossível de estabelecer. Isso já é suficiente para colocar em dificuldades o conceito de ordem hierarquizada de valores. Se não é possível estabelecer um catálogo exaustivo, é, então, necessário ordenar algo conhecido de maneira apenas incompleta.³⁹⁷

Deve-se reconhecer, então, que, quanto à crítica de uma teoria forte dos princípios (e essa crítica não deve significar a ausência deontológica destes) e ao alerta para os problemas das teorias que defendem um suporte fático restrito dos direitos fundamentais e, logo, a ausência de colisão entre estes, o projeto de Alexy é verdadeiramente virtuoso. E isto porque tais teorias costumam vincular o direito a uma determinada concepção política e moral (é o que acontece com Dworkin, com suas pretensões de subsumir o direito a um sistema moral eminentemente liberal), fechando-o para perspectivas diversas. De qualquer forma, quando analisada mais detalhadamente, a sua teoria dos direitos fundamentais, e em especial o seu método para a solução de controvérsias constitucionais, é criticável sob várias perspectivas. Tais críticas serão apresentadas adiante. Antes, é importante que a sua teoria dos princípios seja tratada de modo tão pormenorizado quanto possível para os limites deste trabalho.

³⁹⁶ ATIENZA, op. cit., p. 215.

³⁹⁷ ALEXY, 2011-b, p. 159.

Para ele, os princípios, porquanto “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”³⁹⁸, não seriam senão mandados de otimização (ou mandamentos a serem otimizados, uma vez que eles seriam o *objeto* da otimização, e não a regra ou postulado *para* otimizar), *prima facie* absolutos, mas restringíveis de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto impusesse, ao contrário das regras, que ofereceriam razões definitivas. Ou seja, princípios “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.”³⁹⁹ Daí a importância, para ele, da otimização: otimizar significa realizar na maior medida possível. Assim, enquanto os mandados de otimização seriam cumpridos em diferentes graus, a depender, sempre, dessa otimização entre as diversas circunstâncias fáticas e jurídicas, as regras seriam, sempre, integralmente satisfeitas ou insatisfeitas, uma vez que elas são delimitadas quanto à extensão de seu conteúdo, já considerando tais possibilidades fáticas e jurídicas, e, bem por isso, apresentam ao intérprete razões definitivas para a solução do caso⁴⁰⁰. Por isso mesmo, as colisões entre regras e princípios deveriam ser solucionadas de modo diverso. Os conflitos entre regras seriam solucionáveis de modo semelhante ao que se passa quando da contradição lógica, isto é, dois juízos contraditórios entre si não poderiam ser considerados, ambos, válidos. Logo, havendo contradição e não sendo possível declarar uma cláusula de exceção, então, uma das regras, pelo menos, deveria ser declarada inválida⁴⁰¹. Mas tal modo de solução não seria aplicável às colisões entre princípios, solucionáveis mediante ponderação ou sopesamento (*balancing*). Em caso de colisão entre princípios, o que acontece, por exemplo, quando um princípio proíbe uma dada conduta que é permitida por outro princípio, é bem verdade que um deles terá que ceder, diz Alexy. Mas o princípio sucumbente não precisaria, como se passa com as regras, ser declarado inválido, e tampouco seria necessária a declaração de uma cláusula de exceção. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.”⁴⁰² Nesses casos, aconteceria o seguinte: concluído o sopesamento, seria

³⁹⁸ Ibidem, p. 104.

³⁹⁹ Ibidem, p. 104.

⁴⁰⁰ Idem, ibidem.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 92.

⁴⁰² Ibidem, p. 93-4.

instituída uma relação condicionada de precedência⁴⁰³, estruturada como uma regra⁴⁰⁴, segundo a qual, numa situação como aquela, prevaleceria um dado princípio (o princípio ao qual foi atribuída maior importância). Pode-se dizer, em resumo, que os conflitos normativos ocorreriam em diferentes dimensões: enquanto os conflitos entre regras se passaria na dimensão da validade, os conflitos entre princípios aconteceriam também na dimensão de peso⁴⁰⁵.

Essa diferenciação específica entre regra e princípio, bem como sobre o modo de solucionar os conflitos envolvendo ambos, foi retirada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, durante a segunda metade do Século XX. Portanto, até aí, pode-se dizer que Alexy efetivamente não chegou a proporcionar qualquer inovação teórica. Mas seu objetivo era sobretudo mais ambicioso: ele consistia na construção de um método que pudesse racionalizar a ponderação, o mecanismo de solução para as colisões entre princípios. E, para Alexy, a construção desse método passaria, obrigatoriamente, pela vinculação do sopesamento a um conceito específico de proporcionalidade. Em outras palavras, as colisões entre princípios deveriam ser resolvidas segundo a máxima ou postulado⁴⁰⁶ da proporcionalidade, que se subdividiria em três máximas ou postulados parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*. As duas primeiras decorreriam da necessidade de otimizar a aplicação dos princípios com as possibilidades fáticas, enquanto a última teria como pressuposto a otimização com as possibilidades jurídicas⁴⁰⁷. Resumidamente, no juízo de adequação, seria necessário ao intérprete verificar se determinada medida restritiva de direito fundamental é idônea para atingir a finalidade constitucionalmente legítima a que se propõe. No juízo de necessidade, por sua vez, são importantes outras considerações. É que, além de adequada à finalidade inicialmente declarada, a medida deve ser estritamente necessária, no sentido de não haver outras medidas, igualmente idôneas, mas menos gravosas a outros princípios⁴⁰⁸. Por fim, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, são verificadas as razões antagônicas

⁴⁰³ Cf. SILVA, 2011, p. 50; ver também GUEDES, 2012, p. 390-3.

⁴⁰⁴ ALEXY, 2011-b, p. 102.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 94.

⁴⁰⁶ A ideia de tratar a proporcionalidade como um postulado é de Humberto Ávila. Por vezes, Alexy chega até a mencioná-la como um princípio, mas, evidentemente, ela não se enquadra no seu conceito de princípio (se assim fosse, também a proporcionalidade seria sujeita à ponderação, o que carece, absolutamente, de sentido). ÁVILA, 2012, p. 182-ss.

⁴⁰⁷ ALEXY, 2011-b, p. 117-8.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 119.

oferecidas por outros princípios, colidentes com aquele inicialmente considerado. Como Alexy parte de um suporte fático amplo, cada direito fundamental é interpretado de forma tão abrangente quanto possível, o que dá margem para tais colisões⁴⁰⁹.

De tudo isso derivam algumas outras regras, tais como as chamadas leis da ponderação. Segundo a “primeira lei da ponderação”, “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” A “segunda lei da ponderação”, por seu turno, estabelece que “quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior tem de ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.”⁴¹⁰ Com isso, o próprio método para se determinar o peso concreto de cada princípio e, assim, a proporcionalidade *stricto sensu*, acaba por envolver uma fórmula, chamada de *fórmula peso*. Essa fórmula exige o cálculo, para cada princípio colidente, de três variáveis: o peso abstrato, a intensidade da intervenção (em um princípio) e a segurança das suposições empíricas referentes à intervenção e sua intensidade. A intensidade da intervenção é determinada mediante uma escala triádica, isto é, a intervenção pode ser leve, média ou grave, cada grau sendo representado por um valor, em uma escala ordinal⁴¹¹. No final das contas, tudo se resume a uma divisão dos valores obtidos na análise de um princípio, por aqueles obtidos na análise de outro, e o resultado desse cálculo determina o princípio precedente. Há, é claro, a possibilidade de empates, casos em que, como advertem Matthias Klatt e Johannes Schmidt, é aberto um espaço estrutural, isto é, o sistema não aponta para nenhuma decisão específica – ou, para usar uma expressão que nos é cara, não há uma única resposta correta⁴¹².

Resumidamente, o que é possível dizer é que a teoria de Alexy diverge das teorias que defendem um suporte fático restrito para os direitos fundamentais especialmente quanto ao momento da restrição destes. Para Alexy, até a ponderação, os direitos fundamentais são tão semanticamente amplos quanto possível. Cabe à ponderação, assim, a função de restringi-los.

⁴⁰⁹ No sentido de uma insuficiência da tríade de Alexy e da jurisprudência germânica, ver SILVA, 2013, p. 05-ss.

⁴¹⁰ Cf. KLATT; SCHMIDT, 2015, p. 32-3; ALEXY, 2011-b, p. 617-18

⁴¹¹ KLATT; SCHMIDT, p. 34-5.

⁴¹² *Ibidem*, p. 35.

Foi ressaltado, acima, que a teoria de Alexy possui várias virtudes. Dentre elas, encontra-se, de início, a sua aposta na argumentação como meio ponto de partida para a racionalidade das decisões judiciais⁴¹³. De fato, a ideia de que é, sempre, possível aprender com outros interlocutores é uma exigência para a adequação a uma sociedade complexa. E, em alguma medida, isso está presente em sua opção por uma teoria fraca dos princípios, como também já foi dito. Mas, além disso, dissemos que o método construído por Alexy, o que envolve o seu conceito de princípio como mandado de otimização, é problemático. Vejamos, muito rapidamente, onde e como ele deve ser criticado⁴¹⁴.

Um primeiro problema do método da ponderação, tal como concebido por Robert Alexy, é que haverá casos em que o intérprete se deparará com inseguranças empíricas e normativas, o que ele próprio reconhece. Em vários deles, não será possível determinar, com um mínimo de segurança, qual o grau da intervenção em um determinado princípio. E isso costuma acontecer naqueles casos que ocupam o que Hart chamou de zona cinzenta, distante de ambos os extremos. Por exemplo, é muito fácil perceber que a derrubada de um avião que, supõe-se, é pilotado por terroristas constitui uma intervenção grave no direito à vida dos passageiros⁴¹⁵. Porém, pode não ser simples estipular o grau da intervenção na liberdade de iniciativa representada pela instituição de uma determinada medida tributária, ou, então, o grau da intervenção imposta à liberdade religiosa por uma decisão judicial que autoriza a transfusão de sangue a uma testemunha de Jeová, e, não raro, será sobremodo difícil falar de uma classificação objetiva. Isso seria como uma separação entre casos fáceis e casos difíceis, dentro dos próprios casos difíceis. Pulido afirma que, no caso da autorização da transfusão de sangue, a gravidade da intervenção somente pode ser valorada adequadamente pelo titular do direito⁴¹⁶. E, no entanto, a ponderação confere ao juiz o poder de quantificá-la. Além do mais, devemos lembrar que a fórmula peso tem como uma de suas variáveis o peso abstrato de cada princípio, o que pode gerar várias controvérsias. É possível declarar um peso abstrato para todos os princípios? Qual o valor do direito à

⁴¹³ ALEXY, 2001, p. 218-ss e 267-ss.

⁴¹⁴ André Rufino do Vale faz uma crítica à separação rígida ou lógica entre regras e princípios. Segundo ele, haverá hipóteses em que será possível falar de “híbridos”, nos quais regras poderão atuar como princípios, e vice-versa, sendo mais acertado falar de uma diferença de grau. DO VALE, 2009, p. 108-ss. Aroso Linhares, por sua vez, critica a própria concepção de princípios como espécie normativa. Segundo ele, os princípios deveriam ser considerados os fundamentos constitutivos da validade do sistema, os quais deveriam orientar a interpretação (aplicação) do direito nos casos concretos. LINHARES, 2012, p. 416-ss.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 73.

⁴¹⁶ PULIDO, op. cit., p. 101.

vida, numa escala triádica? E da liberdade de expressão, da liberdade econômica, do direito à educação, à saúde e outras prestações sociais? Como logo se percebe, trata-se de uma questão delicada, porque umbilicalmente dependente não só das concepções morais do intérprete, como, também, de suas posições em se tratando de filosofia política, o que envolve o papel que ele atribui ao Estado, o modo como enxerga a importância do indivíduo, etc⁴¹⁷. Assim é que, para um juiz defensor do liberalismo econômico, valores como a liberdade econômica e a propriedade privada seriam classificadas como mais importantes do que direitos a prestações estatais, enquanto um juiz social democrata priorizaria direitos que visam garantir a igualdade de oportunidades, a exemplo do direito à educação, à saúde e a um salário digno, em detrimento da liberdade econômica ao modo *laissez faire*. Além do mais, é muito comum que termos tão semanticamente imprecisos, como costuma ocorrer com os princípios que estruturam direitos fundamentais, sejam fruto de várias interpretações possíveis. E isso se passa, inclusive, com o direito que, para muitos, é tido como objeto do maior consenso possível: o direito à vida. Para tanto, basta observar as várias discussões que envolvem conceito de vida humana, e todas as consequências jurídicas que isso acarreta (veja-se, por exemplo, o caso da ADPF n. 54, no qual o Supremo Tribunal Federal acrescentou a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, considerando que, ali, não se cuidava, propriamente, de *vida humana*⁴¹⁸). Em suma, uma vez que tal classificação abstrata desempenha papel fundamental no resultado da ponderação, a fórmula peso acaba ficando, de certo modo, dependente das concepções políticas e morais de cada juiz, o que é contraditório com o ideal de racionalidade decisória propugnado por Alexy. Sobre isso, Pulido afirma que “a ponderação não é um procedimento algorítmico que por si mesmo garante a obtenção de uma única resposta correta.” Ela, ao contrário, “tem diversos limites de racionalidade que conferem ao intérprete uma irreduzível margem de ação, na qual pode fazer valer sua ideologia e suas próprias valorações.”⁴¹⁹ No mínimo, isso é insatisfatório e, além disso, potencialmente antidemocrático. Que fique claro: defender a inviabilidade da tese da única resposta correta e, como consequência, a inexorabilidade de alguma subjetividade, não significa, de modo algum, resumir os casos difíceis à ideologia ou às concepções do

⁴¹⁷ Isso também é reconhecido por Carlos Bernal Pulido. Ele vê, nesses casos, limites de racionalidade na ponderação, onde, de fato, seria conferido espaço à subjetividade do intérprete. *Ibidem*, p. 100-5.

⁴¹⁸ Voltaremos a falar sobre o caso, adiante.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 106.

intérprete. De qualquer forma, parece-nos que, no final das contas, não é possível – e também não seria desejável – resolver colisões de direitos fundamentais mediante um método limitado a fórmulas e cálculos aritméticos, mas isso não quer dizer que a solução para isso seja, unicamente, incluir nesse método, excessivamente rigoroso, a alusão a preferências subjetivas do intérprete. Pelo contrário, parece-nos que a ambição de Alexy, no sentido de construir um método tão desnecessariamente rigoroso, constituído por todas essas fórmulas e passos obrigatórios, é um objetivo não só inevitavelmente falho para a obtenção de respostas racionalmente aceitáveis, como, em alguns momentos, inexoravelmente unilateral, porque acaba por não ouvir várias perspectivas e interpretações diversas. Isso não aconteceria no caso de um debate verdadeiramente democrático, pressuposto para a sociedade aberta, de Popper.

Uma crítica semelhante é lançada por Marcelo Neves, que se volta especialmente à definição de princípios como mandamentos de otimização. Antes de tudo, ele afirma que não passa de uma ingenuidade de Alexy a sua tentativa de universalização metodológica, uma vez que toda ela é baseada, essencialmente, em decisões do Tribunal Constitucional Alemão proferidas na segunda metade do Século XX⁴²⁰. No geral, há várias concordâncias entre as concepções de princípio adotadas por Marcelo Neves e Alexy. Também aquele aposta numa teoria fraca dos princípios, segundo a qual estes são normas *prima facie*, que servem, acima de tudo, para abrir as possibilidades argumentativas do intérprete. Tanto por isso, ele afirma a necessidade da ponderação. No entanto, não se trataria de uma ponderação otimizante. É isto porque o modelo de Alexy, de acordo com o qual os princípios seriam mandamentos de otimização, inclusive em uma perspectiva contrafactual, “deixa a desejar, porque passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parta (economia, ciência, técnica, política, direito, saúde, religião, arte, esporte, família, etc.), e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos.”⁴²¹ Como se vê, cuida-se de uma perspectiva essencialmente luhmanniana, que tem inúmeras virtudes e toma como pressuposto a ideia de que a observação não é objetiva, mas inevitavelmente dependente do observador. Assim, o “que é otimizante em uma perspectiva não o é em outra.” Em suma, Marcelo Neves vê no

⁴²⁰ NEVES, 2011-b, p. 63.

⁴²¹ Ibidem, p. 82-3.

conceito fraco de princípio e na ponderação um mecanismo importante para que todas essas perspectivas diversas possam ter voz e, assim, oferecer a sua contribuição à decisão, inclusive através do questionamento de padrões decisórios já estabelecidos, o que proporciona a adequação do direito a uma sociedade complexa⁴²². Aos princípios caberia selecionar, juridicamente, “expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas, que circulam de forma conflituosa no ambiente ou contexto do sistema jurídico.” Frequentemente, o que um grupo considera moral será considerado imoral pelos demais: “os valores de um grupo são antagônicos aos de outros; não só o interesse de um se opõe ao de outro, mas também o que é interesse geral para certos setores da sociedade contradiz o que seja interesse geral na perspectiva de outros.”⁴²³ Assim, os princípios constitucionais seriam importantes para transformar a complexidade desestruturada da sociedade em complexidade estruturável; transcorrida essa etapa, o processo argumentativo se encerraria com as regras transformando essa complexidade estruturável em complexidade estruturada⁴²⁴. A teoria de Alexy, contudo, não dá conta de todo esse dissenso, segundo ele.

O modelo de otimização parte de um sujeito (contrafactual) capaz de alcançar o ponto ótimo entre princípios colidentes, à maneira semelhante da teoria da escolha racional, que parte de um indivíduo idealizado apto a maximizar valores no cálculo de custos e benefícios. Mas a colisão entre princípios baseia-se na concorrência entre diversas esferas sociais, que, por sua vez, resulta na concorrência entre diferentes direitos fundamentais e interesses coletivos amparados por normas constitucionais. O processo de articulação entre os princípios e regras constitucionais inclui a prática da ponderação, mas esta ocorre no contexto de um processo judicial e jurídico complexo, que se dirige a assegurar paradoxalmente a consistência jurídica e a adequação social do direito, mas não serve para garantir, nem mesmo em uma perspectiva contrafactual, o resultado ótimo que decorreria de um modelo fundado em uma escolha racional do sujeito (ideal) da ponderação⁴²⁵.

⁴²² Marcelo Neves vê os princípios como importantes ferramentas para observações de segunda ordem, responsáveis por possibilitar novas interpretações sobre problemas antigos advindos no âmbito de uma dada sociedade. “Os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras.” *Ibidem*, p. 103.

⁴²³ *Ibidem*, p. 128.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 118.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 83.

Neste ponto, é possível perceber os reflexos das premissas epistemológicas da teoria discursiva do consenso contrafático, mencionado linhas acima. Sem as necessárias ressalvas advindas do ceticismo luhmanniano, chega-se a um ideal homogeneizante, unilateral e reducionista, embora pretensamente universal. Além do mais, Marcelo Neves fala da importância de se manter uma relação de dupla contingência entre “a instância que produz institucionalmente a norma, atribuindo-lhe um sentido (o constituinte ou o reformador como *alter*), e a instância que constrói hermeneuticamente, com força vinculatória, a norma a aplicar (o juiz ou tribunal constitucional como *ego*).”⁴²⁶ Com isso, uma vez que *ego* não pode passar por cima da perspectiva de *alter*, evita-se o decisionismo judicial que tende a aparecer como decorrência daquilo que Pulido chamou de limites racionais da ponderação (e que dariam toda aquela margem de subjetividade ao intérprete, fazendo valer, em última análise, a ideologia deste).

Vimos que a teoria dos princípios de Robert Alexy é fundamentalmente dependente da máxima da proporcionalidade, entendida como um critério para o balanceamento ou ponderação entre princípios. Quanto a isso, há críticas que, partindo da ideia de um suporte fático restrito, procuram apontar falhas na própria metodologia que toma a proporcionalidade como mecanismo para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Há, igualmente, aqueles que afirmam ela acaba por desconsiderar o caráter deontológico dos princípios e, conseqüentemente, dos próprios direitos fundamentais, que passariam a ser reduzidos a meros interesses. Conquanto a crítica, em si, não seja totalmente procedente, ela lança ressalvas importantes. Analisemos tais críticas rapidamente, uma vez que elas são absolutamente caras ao tema da racionalidade das decisões judiciais constitucionais.

No plano filosófico, costuma-se afirmar que a adoção da proporcionalidade como critério para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, e, ao fim e ao cabo, para a definição do que é considerado legítimo segundo o direito, se encaixa naquilo que John Finnis chamou de “proporcionalismo”, doutrina marcada por uma retórica utilitarista ou consequencialista, resumida à análise de custos e benefícios⁴²⁷. Segundo Finnis, “Há proporcionalismo apenas quando uma avaliação global dos benefícios e danos, sem depender de qualquer outro julgamento moral, é considerada o critério exclusivo do juízo

⁴²⁶ Ibidem, p. 94.

⁴²⁷ Ver 2015, p. 28-9.

moral, ou o critério para derrogar ou qualificar outros juízos morais.”⁴²⁸ E, uma vez que todo princípio deveria ser colocado na balança de custos e benefícios, os direitos fundamentais, segundo essa concepção de *proporcionalidade*, seriam reduzidos a meros interesses^{429 430}, “exigindo que eles sejam balançados contra outros ‘direitos’ ou interesses. Mas a natureza exata de um direito significa que ele não pode ser balanceado dessa maneira: direitos se sobrepõem a outros interesses. Aplicar um teste de proporcionalidade, sendo assim, é minar o próprio propósito de possuir um direito, em primeiro lugar”⁴³¹. Isso seria uma consequência da própria definição que Alexy dá aos direitos fundamentais, cuja amplitude daria ensejo para que estes abrangessem tudo (suporte fático amplo), e esse problema seria solucionável, segundo se afirma, por uma delimitação semântica mais restrita e, portanto, mais clara⁴³². Isso permitiria que a proporcionalidade fosse usada para limitar ações estatais, ao invés de ponderar interesses, o que, se reconhece, não seria possível sem a existência de uma “cultura comum” para a definição de um direito⁴³³. Imagina-se, assim, um sistema absolutamente harmonioso, fundado em um dado ideal de justiça, em que cada princípio ou direito é, já, semanticamente delimitado.

O tema parece inesgotável, e, conquanto costume resultar ou na defesa de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais ou de um suporte fático restrito, há várias diferenças entre os autores pertencentes a cada uma dessas correntes⁴³⁴.

De qualquer forma, as críticas à redução dos direitos a meros interesses a serem colocados numa balança de custo e benefício deve ser lida como um alerta. Levada a extremo, uma concepção que afirma que tudo pode ser colocado, de uma mesma maneira, na balança da ponderação pode vir a permitir que, paradoxalmente, os direitos fundamentais, ponderados ilimitadamente, destruam a si próprios, de modo semelhante ao que acontece com a tolerância, no paradoxo mencionado por Popper. É bem verdade que muitas dessas críticas partem de interpretações que pregam um suporte fático restrito dos

⁴²⁸ FINNIS, 2012, p. 87.

⁴²⁹ Em sentido contrário, segundo o qual a proporcionalidade serve para promover a dignidade humana, ver KUMM; WALEN, 2015 p. 89.

⁴³⁰ Ao que parece, Alexy tenta escapar deste possível problema por meio de uma vinculação da argumentação jurídica e do próprio direito a uma pretensão de correção moral. A argumentação deveria tomar a moral correta como ideal regulativo. ALEXY, 2009, p. 93-6.

⁴³¹ Tradução livre. YOUNG, 2015, p. 44.

⁴³² Ibidem, p. 56.

⁴³³ Ibidem, p. 65. Ver também: ALLAN, 2015, p. 209-ss.

⁴³⁴ Veja-se, por exemplo, em defesa do suporte fático amplo, a partir da ideia de autonomia de interesses e projetos de vida, MÖLLER, 2015, p. 164-5.

direitos fundamentais, muito próximas da concepção de Dworkin, e, bem por isso, crentes na possibilidade de se estipular uma delimitação semântica unívoca, compartilhada ou compartilhável, por ser melhor do que as demais, para qualquer termo ou conceito interpretativo, segundo os termos de Dworkin. Em alguns casos, isso até é possível, havendo, inclusive, limites semânticos impostos pelo próprio texto⁴³⁵. Mas há vários outros em que tal pretensão não passa de uma ilusão⁴³⁶. Ainda assim, talvez a doutrina da ponderação mereça reparos também quanto à facilidade com que permite o sopesamento e, não raras vezes, o aniquilamento de princípios que satisfazem direitos individuais em face de interesses gerais, trazidos à argumentação também sob a forma de princípios. Mais uma vez, não é difícil notar que isso pode dar ensejo para ponderações que chegam a impossibilitar as próprias condições de possibilidade discursivas, representadas por direitos como a tolerância, a liberdade de expressão e a igualdade de participação discursiva - o que pressupõe o direito a ser ouvido -, em favor de benefícios pragmáticos ou utilitaristas. Que fique claro: defender a necessidade da contingência e, conseqüentemente, a importância de algum relativismo, como fizemos neste trabalho, não significa negar a importância de um catálogo de direitos fundamentais. Pelo contrário, há direitos que são o pressuposto para que todas as diversas formas de vida e perspectivas interpretativas possam coexistir pacificamente e, quando possível, aprender umas com as outras. E é claro que há, nisso tudo, um juízo moral, na medida em que a tolerância e a liberdade são definidas como ideais a serem constantemente promovidos. O relativismo, no modo como o concebemos, não significa ceticismo ou niilismo moral ou epistemológico, mas uma condição de possibilidade para uma cultura verdadeiramente tolerante e aberta a várias possibilidades. Logo, não há incoerência quando alertamos para os riscos democráticos presentes na equiparação, na balança da ponderação, de determinados direitos a interesses utilitaristas ou pragmatistas.

Ciente de tais perigos, mas também das inconveniências presentes nas teorias do suporte fático restrito, Frederick Schauer chega a afirmar que é equivocado imaginar uma equivalência entre direitos e interesses, tal como entendida por Alexy, cujo método para solução de tais conflitos pode, de fato, dar a entender que todo direito é restringível ao modo de um interesse (ou política, nas palavras de Dworkin). Com isso, ele restringe o seu

⁴³⁵ Cf. MÜLLER, 2010, p. 67-ss.

⁴³⁶ CANOTILHO, 2003, p. 1217-ss.

conceito de direitos. Segundo Schauer, não seria possível afirmar que todo direito tem, *prima facie*, tanta importância quanto qualquer interesse, de modo que, quando colocados direitos constitucionalmente reconhecidos na balança, o ônus argumentativo para restringi-los deve ser muito maior. Baseado no caso *Schenck v. United States*, ele menciona o exemplo da colisão entre a liberdade de expressão e a preservação da ordem pública, para concluir que as eventuais restrições à liberdade de expressão, um princípio constitucionalmente institucionalizado (e, logo, um direito), devem passar por uma carga argumentativa sobremodo mais rigorosa do que as restrições à preservação da ordem pública, que não encontra a mesma previsão constitucional (e é, pois, um interesse) - no caso, estipulou-se que restrições à liberdade de expressão, baseadas na preservação da ordem pública, devem demonstrar a existência de um perigo claro e iminente (“*clear and present danger*”)⁴³⁷. Se, pelo contrário, “houvesse um direito de viver em um ambiente seguro, e nenhum direito à liberdade de expressão”, o ônus argumentativo seria invertido⁴³⁸. Segundo Frederick Schauer, quando não se fala de direitos, não se fala em proporcionalidade: esta somente vem à tona quando há direitos em pelo menos um dos lados da balança, e não deve se basear numa análise de custo-benefício, embora pressuponha um sopesamento (*rule of weight*). É que, embora o uso da proporcionalidade deixe claro que os direitos não são absolutos, podendo ser restringidos, inclusive, por interesses, também reconhece que eles valem mais do que estes⁴³⁹. Quando “direitos estão em um lado da equação, há uma presunção em seu favor, ou, o que é mais ou menos a mesma coisa, um ônus da prova imposto àqueles que pretendem restringi-lo”⁴⁴⁰.

Um caso em que seria possível aplicar esse raciocínio é o do HC 126.292/SP, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, onde se permitiu, com base no interesse da sociedade na eficiência da persecução criminal, o início da execução da pena de réus condenados em segunda instância, isto é, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. No julgamento, afirmou-se a necessidade de equilibrar o princípio da presunção de inocência, previsto constitucionalmente, com a “efetividade da função jurisdicional penal”⁴⁴¹. Na realidade, a decisão é muito mais controversa do que, à primeira vista, pode parecer, porque, na Constituição brasileira, a presunção de inocência é alçada

⁴³⁷ SCHAUER, 2015 p. 174-6.

⁴³⁸ Ibidem, p. 180.

⁴³⁹ Ibidem, p. 177.

⁴⁴⁰ Tradução livre. Ibidem, p. 178.

⁴⁴¹ HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, DJe 22/02/2016.

ao status de *regra constitucional*, oferecendo ao intérprete razões definitivas, não *prima facie*. O texto do seu art. 5, LVII, é semanticamente claro: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. De qualquer forma, para os fins do nosso raciocínio, imaginemos que somente há o reconhecimento de um princípio da presunção de inocência, sem a regra que obriga o respeito ao trânsito em julgado da sentença. Nesse caso, uma vez que a presunção de inocência seria um direito ou princípio, enquanto a efetividade da persecução penal não passaria de um interesse – embora um interesse legítimo –, pode-se dizer que o ônus argumentativo recairia sobre quem defendesse a restrição da presunção de inocência, direito que guardaria, nos termos de Schauer, uma presunção em seu favor. No entanto, tal concepção demonstra que é impossível afirmar, antes mesmo da argumentação, a existência de uma única resposta correta, já prevista pela ordem constitucional respectiva. É o que costuma acontecer em se tratando de colisões envolvendo princípios.

Portanto, a concepção de Schauer não é tão fraca ou ampla como a de Alexy, mas tampouco tão forte ou restrita como a de Dworkin, segundo a qual os direitos fundamentais são trunfos que sequer podem ser restringidos por interesses não reconhecidos como direitos. De acordo com Schauer, os direitos são superiores, mas não chegam a ser trunfos⁴⁴². Ademais, o que será considerado direito ou interesse variará de acordo com cada ordem constitucional, dependendo muito da concepção de filosofia política respectivamente endossada, ainda que, por vezes, isso possa não ser tão claro (em Schauer, fica evidente a perspectiva liberal, presente na Constituição norte-americana). Mais que isso – e o que para nós é muito caro –, dada a ampla gama de relações possíveis entre direitos e interesses, o peso conferido a cada direito e, logo, a força do ônus argumentativo suficiente para restringi-lo, encontrarão variações até mesmo dentro de um único colegiado de juízes⁴⁴³. O dissenso é inevitável, e haverá, frequentemente, mais de uma posição constitucionalmente aceitável, uma vez que a Constituição, definitivamente, não pode prever uma resposta para todas as colisões entre direitos e que tais direitos são, na maioria das vezes, positivados através de termos semanticamente imprecisos. Afinal, por acaso,

⁴⁴² Ibidem, p. 179.

⁴⁴³ Ibidem, p. 183.

termos como “dignidade da pessoa humana”⁴⁴⁴, “pluralismo político”, “liberdade de expressão”, “igualdade”, “moralidade” possibilitam, de plano, uma interpretação unívoca ou melhor? O que exigem, por exemplo, a “dignidade da pessoa humana” e a “igualdade”? Que grau de importância deve ser conferido a cada um desses princípios? Conquanto tais expressões impossibilitem algumas interpretações, parece-nos que a resposta é negativa, razão pela qual é importante promover, em tais casos difíceis, o diálogo entre as interpretações conflitantes⁴⁴⁵. Não raras vezes, haverá perspectivas incomensuráveis entre si, as quais, juntas, formarão um auditório tão diversificado quanto complexo, com interlocutores que não podem ser convencidos pelas mesmas razões, sem, com isso, necessariamente deixarem de ser racionais.

Veja-se, por exemplo, o caso da descriminalização da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos (isto é, com má-formação do cérebro), julgado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 54⁴⁴⁶. Cuida-se de um caso inegavelmente complexo, que envolve controvérsias morais incontornáveis e, tanto por isso, é sujeito a ser interpretado a partir de diferentes perspectivas. Na ocasião, foram apresentadas interpretações conflitantes de preceitos como dignidade humana, direito à vida, liberdade (autonomia da vontade) e direito à saúde. Assim, segundo perspectivas de acordo com as quais a vida se inicia já com a formação do embrião⁴⁴⁷, a exemplo daquelas vinculadas ao cristianismo⁴⁴⁸, haveria um autêntico conflito entre princípios, devendo prevalecer o direito à vida do feto, considerado pessoa, para todos os efeitos. Segundo esta interpretação, não deveria ser permitida a interrupção da gravidez, pouco importando a diagnosticada impossibilidade de vida extrauterina. Há, contudo, outras perspectivas a respeito do início da vida humana. Existem, por exemplo, interpretações para as quais a vida se inicia somente com o nascimento; para outras, ela tem início com a formação cerebral. O voto do Ministro Marco Aurélio Mello, relator do caso, foi no sentido de preservar a laicidade do Estado e apoiar um liberalismo político semelhante ao defendido por John Rawls: os argumentos

⁴⁴⁴ Uma concepção secular, liberal e voltada especialmente (mas não só) para a autonomia dos seres humanos pode ser vista em BARROSO, 2012, p. 72-ss; ver também TRIBE, 2015, p. 21-4. Em sentido contrário, vinculando o conceito de dignidade ao cristianismo, ver LOUREIRO, 2008, p. 682-ss.

⁴⁴⁵ HABERMAS, 2003, p. 192-2.

⁴⁴⁶ ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 10/05/2013.

⁴⁴⁷ GEORGE, 2001, p. 39-ss.

⁴⁴⁸ É claro que não é necessário partir de perspectivas religiosas para afirmar que o início da vida humana se dá já na concepção e, assim, assumir um posicionamento contrário ao aborto. Isso é possível, por exemplo, a partir de um conceito biológico de “vida humana”.

religiosos são importantes e devem ser ouvidos; no entanto, numa arena política marcada pela presença de vários interlocutores não adeptos de qualquer religião, tais argumentos devem se converter em razões públicas⁴⁴⁹. Em seu voto, ele negou, quanto aos anencéfalos, a existência de um direito à vida, pois tais fetos não teriam potencialidade de vida, de modo que um dos lados da balança de princípios estaria vazio: tratar-se-ia de um conflito aparente, “justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.”⁴⁵⁰

Mesmo no caso do aborto de fetos saudáveis, o Ministro afirmou que se trataria de vidas e de pessoas *em potencial*, as quais, contudo, não deixariam de merecer especial proteção. Mas, até o nascimento, segundo ele, não seria possível tratá-los como pessoas, isto é, sujeito de direitos e obrigações⁴⁵¹ – no caso do feto anencefálico, não se poderia falar sequer em “pessoa possível”. Além do mais, de acordo com o voto do relator, ainda que admitida a existência de vida humana já no estágio embrionário, este não seria absoluto, devendo sucumbir, no caso de fetos anencefálicos, a direitos da autonomia e da saúde das gestantes, as quais, em caso contrário, seriam condenadas a sofrer os danos físicos e psicológicos provocados por uma gestação fadada a fracassar. Em suma, concluiu-se que seria mais condizente com um Estado laico conferir às mulheres um direito de escolha, nesses casos. Isso não as obrigaria nem a seguir com a gravidez, nem a interrompê-la. O Supremo Tribunal Federal seguiu, por uma maioria de 7 (sete) a 2 (dois), o voto do relator, declarando inconstitucional a interpretação de acordo com a qual há tipificação, pelos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal brasileiro, do crime de aborto nos casos de fetos anencefálicos.

Também o Tribunal Constitucional português, recentemente, pronunciou-se sobre controvérsia semelhante, embora não restrita aos fetos anencefálicos. Na decisão, por causa das calorosas e inexoráveis divergências entre os lados em disputa, falou-se de um “movimento convergente para aproximar a discussão sobre o aborto de perspectivas não absolutas, que reconhecem a existência de conflito, e para utilizar argumentos próximos

⁴⁴⁹ Ver RAWLS, 2011, p. 544-ss. Sobre o tema, Habermas diz que “a procura por argumentos voltados à aceitabilidade universal só não levará a religião a ser injustamente excluída da esfera pública, e a sociedade secular só não será privada de importantes recursos para a criação de sentido, caso o lado secular se mantenha sensível para a força de articulação das linguagens religiosas. Os limites entre os argumentos seculares e religiosos são inevitavelmente fluidos. Logo, o estabelecimento da fronteira controversa deve ser compreendido como uma tarefa cooperativa em que se exija dos *dois* lados aceitar também a perspectiva do outro.” HABERMAS, 2013, p. 15-6. Grifos do autor.

⁴⁵⁰ Voto do ministro relator Marco Aurélio Mello. Disponível na íntegra do acórdão, p. 23.

⁴⁵¹ Ver DWORKIN, 2009, p. 220-3.

dos interesses imediatamente perceptíveis por cada pessoa, que se reflectem na sua vida.⁴⁵² Seria imperioso uma ponderação, que ouvisse ambos os lados. Daí a importância de não afastar tais questões complexas e naturalmente predispostas à divergência de um debate verdadeiramente democrático:

Mesmo para quem entenda que, perante uma dúvida sobre a solução a dar a um conflito de valores, só há uma interpretação possível da Constituição, será ainda admissível – no caso de dificuldade profunda em atingir uma solução aceitável por todos como válida – trocar a pura investigação (limitada pela subjectividade do intérprete) pela discussão democrática e pelo voto, como método de determinar a boa solução⁴⁵³.

Em outra oportunidade, o tribunal se manifestou de modo ainda mais explícito sobre as controvérsias que marcam o tema do aborto, chegando a oferecer, inclusive, uma interpretação da dignidade humana específica para o caso, no sentido de abordá-la não somente a partir da perspectiva da vida intra-uterina, mas também da perspectiva da mulher: “nesta esfera, não está apenas em causa o valor objectivo da vida humana, mas a sua valia pessoal para alguém, uma pessoa, um sujeito já reconhecido como titular de direitos fundamentais.”⁴⁵⁴

Com isso, o Tribunal chegou a uma conclusão particularmente importante: “a vida humana não está sujeita a uma lógica protectora de ‘tudo ou nada’, refractária a gradações de ‘mais ou menos’, imperante quando ela é objecto de um direito individual.”⁴⁵⁵

Tais casos envolverão, inevitavelmente, decisões polémicas e controversas, sendo muito difícil, senão impossível, chegar a um consenso ou a uma decisão absoluta ou objectivamente correta. No caso da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, o Supremo Tribunal Federal optou por seguir perspectivas não religiosas e mais condizentes com uma filosofia liberal. Para quem parte de uma interpretação religiosa do caso e, portanto, vislumbra uma concepção de Estado vinculada a um determinado conjunto de valores derivados do cristianismo, a decisão foi, evidentemente, equivocada. No entanto, se podemos fazer dois apontamentos sobre o caso, eles seriam esses: em primeiro lugar,

⁴⁵² TC Portugal, Processo n. 924/2006, Acórdão n. 617/2006, Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma.

⁴⁵³ Ibidem.

⁴⁵⁴ TC Portugal, Processo n. 733/07 e 1186/07, Acórdão n. 75/2010, Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.

⁴⁵⁵ Ibidem.

numa sociedade progressivamente complexa, com perspectivas e expectativas as mais variadas, não parece adequada a vinculação do Estado e do Direito a uma concepção moral tão rígida quanto unilateral. O ideal, como vimos, é que seja permitido um debate aberto entre todas essas concepções, para que elas aprendam, quando possível, umas com as outras. Isso exige, no mínimo, a disposição dos juízes a ouvir setores ou movimentos eventualmente interessados e potencialmente influenciados por suas decisões, e, de fato, tende a se aproximar de uma filosofia liberal, sem, no entanto, rechaçar a possibilidade de aprendizado com perspectivas não liberais ou não seculares. Em segundo lugar, mas não menos importante, devemos perceber que, com frequência, a Constituição não terá, nesses casos, nenhuma disposição textual clara, que aponte para alguma pretensa única resposta correta ou melhor. Tampouco o conjunto de princípios reconhecidos por essa sociedade complexa terá uma estrutura consensualmente identificável, uma vez que eles costumam ser estruturados por meio de termos semanticamente imprecisos, possibilitando diversas interpretações e, logo, várias formas de conciliá-los ou ponderá-los.

Outro caso interessante, a esse respeito, é o da ADIn 4.815/DF, em que o Supremo Tribunal Federal julgou, em linhas gerais, a constitucionalidade de proibições de obras biográficas não autorizadas por seus respectivos biografados ou por eventuais interessados. Toda a discussão foi descrita como uma colisão entre os princípios da liberdade de expressão e do direito à informação, de um lado, e o direito à intimidade, de outro, do que decorreria a necessidade de ponderação. A esse respeito, o Min. Luís Roberto Barroso afirmou, em seu voto, que haveria uma certa primazia, ainda que *prima facie*, da liberdade de expressão nesse balanceamento. Em linhas gerais, segundo os argumentos do Ministro Barroso, na colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, presumir-se-ia como prevalente a liberdade de expressão. As razões para tal presunção seriam várias, e envolveriam, por exemplo, o receio quanto a eventual permissão da censura e a importância atribuída às liberdades comunicativas⁴⁵⁶.

A decisão foi unânime, no sentido de conceder prevalência concreta à liberdade de expressão e ao direito de informação, em desfavor do direito à intimidade. Mais especificamente, decidiu-se pela constitucionalidade da publicação de biografias não autorizadas por biografados ou interessados.

⁴⁵⁶ Voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 159-ss. do acórdão. STF, ADIn 4.815/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, D.J.e. 01/02/2016.

Abstendo-se de entrar no mérito do julgado, é possível perceber, entretanto, que se trata de um caso em que a Constituição ou mesmo os precedentes do Supremo Tribunal Federal, por si só, não ofereciam quaisquer soluções definitivas para os intérpretes, embora não seja possível afirmar que estes se encontrariam em um absoluto vazio, onde tudo seria permitido. Cuidou-se de uma decisão dependente, de algum modo, das premissas de que partiram os julgadores, as quais, por sua vez, mostraram-se fortemente vinculadas a suas respectivas concepções de filosofia política.

Como vimos, parece ser impossível excluir, completamente, essa circunstância: mesmo as teorias que afirmam ser possível retirar por completo a discricionariedade das decisões judiciais limitam-se a escondê-la e, por isso, acabam por se basear em um discurso absolutamente ilusório. Possivelmente, a medida mais sensata e adequada a uma sociedade complexa, quanto a isso, seria reduzir o poder decisório dos tribunais: idealmente, casos jurídicos que envolvessem interpretações morais controvertidas, isto é, que pressupusessem uma interpenetração entre os códigos dos subsistemas moral e jurídico, seriam decididos em uma arena pública democrática e aberta a todos os afetados. Entretanto, sabemos que boa parte dos países carecem de uma esfera pública efetivamente aberta. Em suma, as decisões políticas são tomadas por representantes de setores específicos e, de algum modo, privilegiados do eleitorado, de modo que grupos menos favorecidos são frequentemente esquecidos. Com isso, transferir tais decisões exclusivamente aos representantes eleitos pode, paradoxalmente, transformar-se em um autêntico perigo democrático. Uma segunda medida, mais realista, não exigiria a retirada, dos tribunais constitucionais, do poder de decidir tais casos. Procuraria, todavia, fazê-los se dispor a um diálogo efetivamente aberto com outras perspectivas de observação, em cada caso. Isso envolveria, necessariamente, a adoção de uma postura semelhante ao racionalismo crítico: premissas inicialmente tomadas como certas não podem se convolar em dogmas ou tabus, pois, com certa frequência, haverá argumentos possivelmente válidos apontando para o sentido contrário. É importante que toda decisão judicial tome isso em conta. Concretamente, isso se traduz na importância não somente de uma decisão efetivamente colegiada e discutida entre os integrantes do Tribunal Constitucional, mas, especialmente, de uma autêntica disposição, por parte de cada intérprete oficial, de ouvir o que os vários representantes de intérpretes não oficiais ou periféricos têm a dizer a respeito do caso controverso. E, como é óbvio, os argumentos eventualmente apresentados devem

ser detalhadamente refutados, caso o Tribunal venha a adotar, na decisão, linha argumentativa diversa. É fácil perceber que a questão passa pelo estabelecimento de alguma forma de controle da racionalidade das decisões judiciais também por seus respectivos interessados e afetados, para os quais todo esse discurso justificador se dirige de modo mais imediato.

Deparamo-nos, mais uma vez, com o problema de controlar a interpretação e livrá-la de uma dependência da ideologia de quem interpreta, o que envolve, em se tratando de decisões judiciais constitucionais, também um problema de caráter democrático. O “tudo é possível” é absolutamente indesejável, mas ele não deve, por isso, se convolar num “só há uma possibilidade interpretativa”, tanto menos em um “há uma moldura⁴⁵⁷ já definida de possibilidades”. De qualquer forma, em regra, a argumentação só tem espaço quando há diferentes possibilidades de interpretação, como diz Luhmann⁴⁵⁸. E tais possibilidades e impossibilidades argumentativas não podem ser definidas de antemão. É através da e na argumentação que será possível chegar a decisões racionalmente adequadas à Constituição. Em muitas vezes, o dissenso não será sinal de irracionalidade, mas da riqueza de possibilidades interpretativas e de perspectivas de observação, como bem lembra Luhmann, e cabe à argumentação jurídica possibilitar que o direito se abra, cognitivamente, a todas elas⁴⁵⁹. Afinal de contas, considerar “a Constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios.”⁴⁶⁰ Daí a importância de se revisar o que se costuma aplicar em termos de metodologia de solução de colisões entre direitos fundamentais (e/ou entre direitos fundamentais e interesses, a depender da concepção adotada). Mais especificamente, é preciso desenvolver uma teoria adequada da ponderação entre princípios, que não os considere como meros interesses otimizáveis, mas também não os torne rígidos a ponto de impossibilitar a sua função de abrir as possibilidades argumentativas às várias perspectivas de observação e, assim, adequar socialmente o

⁴⁵⁷ KELSEN, 2012, p. 390-ss.

⁴⁵⁸ LUHMANN, 1995-a, p. 290.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 297.

⁴⁶⁰ CANOTILHO, 2003, p. 1182. Grifos do autor.

direito⁴⁶¹. Isso não deixa de pressupor a construção de uma diversa teoria da proporcionalidade, que, sem negar o dissenso estrutural de uma sociedade complexa, em cujo âmbito surgem perspectivas de observação conflitantes e, por vezes, incomensuráveis entre si, não seja dependente das concepções morais e políticas particulares do intérprete e, ao mesmo tempo, esteja ciente da contingência, da abertura⁴⁶² do sistema jurídico e da necessidade de sua constante renovação.

⁴⁶¹ NEVES, 2011-b.

⁴⁶² CANARIS, op. cit., p. 109.

CONCLUSÃO

Havia uns doze relógios na vitrine, marcando doze horas diferentes, cada um deles com a mesma convicção determinada e contraditória que o meu manifestava, mesmo sem ponteiros. Um contradizendo o outro. Eu ouvia o meu, ainda a tiquetaquear no meu bolso, muito embora ninguém o visse, muito embora mesmo se o vissem ele não pudesse dizer nada a ninguém.⁴⁶³

Neste trabalho, foram apresentados contrapontos aos argumentos apresentados por Ronald Dworkin em defesa de sua tese da *única resposta correta*. Como se viu, essa tese depende da aceitação de uma variedade de premissas, o que é frequentemente ignorado por boa parte da atual dogmática jurídica. Não há como defendê-la sem conhecer a fundo a totalidade da obra de Dworkin. Ela não é um ramo isolado, mas algo que se liga com todas as demais partes dessa abrangente teoria. Trata-se, efetivamente, de um todo coerente e unitário, como ele queria que se passasse com os valores.

Mas, em algum momento, todo sistema formal efetivamente coerente se mostra incompleto, apresenta falhas. A totalidade teórica de Dworkin não se vê livre disso. Daí é que sua busca excessiva pelo holismo deve ser vista com demasiada cautela. Esta foi, como vimos, a primeira perspectiva a partir da qual criticamos a obra de Dworkin. Se ele pretende um conjunto coerente de valores e princípios, este conjunto será incompleto; sendo incompleto, não terá a capacidade de fornecer respostas para todo caso difícil.

Vimos que, além disso, há outras críticas possíveis à obra de Dworkin. Em primeiro lugar, a progressiva complexidade da sociedade pós-moderna não vem desacompanhada do aumento exponencial da incerteza. Diferentes vozes, linguagens e, por conseguinte, formas de vida conflitam entre si nas suas maneiras de ver o mundo e de interpretá-lo. E isso tem consequências epistemológicas importantes. A objetividade da interpretação, mesmo enquanto um ideal regulativo, torna-se cada vez mais difícil de ser sustentada. Quanto a isso, vimos que a obra de Luhmann é capaz de fornecer um referencial importante, conquanto ressalvas devam ser feitas a ela: o dissenso é inexorável, mas há casos em que o consenso pode ser obtido, ao menos entre aqueles que compartilham de uma mesma forma de vida. Cuida-se de um ponto onde, como

⁴⁶³ FAULKNER, William. *O Som e a Fúria*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Cosac Naify, 2012, p. 92-3.

mencionamos, as obras de Luhmann e Habermas podem ser complementadas, um ponto onde uma pode aprender com a outra.

Afirmamos, de igual modo, que o *direito como integridade* carrega consigo importantes implicações de ordem democrática. A rigor, também uma crítica nesse sentido também pode ser feita a ela. Na medida em que direciona o seu ideal regulativo para o juiz de cada caso concreto, permitindo a este que invalide decisões tomadas pelo Parlamento consideradas inadequadas com a melhor interpretação da rede de princípios que constitui o direito de sua respectiva comunidade, há o risco de se cair em uma verdadeira juristocracia. Não são poucos os teóricos que criticam Dworkin dessa maneira. De qualquer forma, ciente de tal risco, mencionamos que, talvez, a prudência esteja muito mais no ideal de uma *sociedade aberta de intérpretes* do que naquele de um juiz com capacidades sobre-humanas. Mas não é só isso. Além de criticável sob uma perspectiva da teoria da democracia, essa teoria também está sobremodo vinculada à premissas de um constitucionalismo exclusivamente estatal, o que é radicalmente contrário ao *modus operandi* do constitucionalismo contemporâneo. Em suma, o direito constitucional, em vários casos, não pode se restringir a procurar respostas nos princípios que uma pretensa moralidade comunitária pode oferecer. Pelo contrário, as fontes normativas se ampliaram, sendo possível falar de um constitucionalismo de níveis múltiplos. A abordagem de Dworkin é limitada também por conta disso.

Nas críticas a Dworkin, procurou-se explicitar as premissas filosóficas e epistemológicas julgadas necessárias para a construção de teorias das decisões judiciais constitucionais suficientemente adequadas a sociedades complexas. A última parte do trabalho consistiu, então, numa transposição mais imediata dessas premissas para o direito constitucional. Vimos que, dada a importância da racionalidade - sem, no entanto, ignorar os seus limites -, o caminho mais prudente, ao que nos parece, passa necessariamente pela construção de uma teoria da argumentação jurídica, influenciada tanto pelo racionalismo crítico de Karl Popper e pela teoria do agir comunicativo de Habermas, como pelas bases epistemológicas de Luhmann, por contraditório que isso possa parecer. A partir daí, vimos também que boa parte das atuais teorias da argumentação jurídica e da interpretação dos direitos fundamentais, como a de Robert Alexy, contêm falhas e limitações consideráveis, os quais, não raro, são desconsiderados.

Este trabalho não se propôs, em nenhum momento, a construir essa pretendida teoria da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais. Pelo contrário, ele limitou-se a enunciar um caminho a ser seguido nessa construção. A racionalidade das decisões judiciais constitucionais é uma problemática tão praticamente importante quanto teoricamente banalizada, o que é facilmente perceptível numa rápida passada de olhos em decisões judiciais envolvendo a colisão entre direitos fundamentais. Por causa disso, definir os critérios para a sua aferição deve ser, atualmente, a grande preocupação do direito constitucional.

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*: Un tratado sobre la justificación jurídica. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991;
- AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. *Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010;
- ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. In: *Virginia Law Review*, vol. 83. Charlottesville/VA: Virginia Law Review Association, p. 771-97, 1996;
- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009;
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011-a;
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001;
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011-b;
- ALLAN, T. R. S. *Democracy, Legality, and Proportionality*. In: HUFSCROT, Grant; BRADLEY W. Miller; WEBBER, Grégoire. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, justification, reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 205-233;
- ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2008;
- ANTAKI, Mark. *The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification*. In: HUFSCROT, Grant; BRADLEY, W. Miller; WEBBER; Gregóire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 284-310;

- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. 2 ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay Respuestas Correctas en el Derecho?*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999;
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014;
- ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 2008;
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012;
- BACHELARD, Gastón. *A Formação do Espírito Científico*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996;
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012;
- BERKELEY, George. *Obras Filosóficas*. Tradução de Jaimir Conte. São Paulo: UNESP, 2010;
- BLOOR, David. *Conhecimento e Imaginário Social*. Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: UNESP, 2009;
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006;
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2011;
- BORGES, Jorge Luis. *A Biblioteca de Babel, in Ficções*. Tradução de José Colaço Barreiros. Lisboa: Quetzal, 2013;
- BOUDON, Raymond. *O Justo e o Verdadeiro: Estudos sobre a objectividade dos valores e do conhecimento*. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1995;
- BOUDON, Raymond. *O Relativismo*. Tradução de António Alfredo. Lisboa: Gradiva, 2009;

- BRONZE, Fernando José. *A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença: Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994;
- BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;
- BRUNKHORST, Hauke. *Constitutionalism and Democracy in the World Society*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (org). *The Twilight of Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010;
- BUNGE, Mario. *Caçando a Realidade: A luta pelo realismo*. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010;
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003;
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;
- CERVANTES, Miguel de. *Dom Quixote de La Mancha II*. Tradução de José Bento. Lisboa: Biblioteca Editores Independentes, 2007;
- CILLIERS, Paul. *Complexity and Postmodernism: Understanding complex systems*. Londres: Routledge, 1998;
- CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em Homenagem ao Prof. José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v. 3;
- CRUZ, Flávio Antônio da. *O Confronto entre o Concurso Formal de Crimes e o Concurso Aparente de Normas Penais no Direito Brasileiro: Revisão crítica sob os influxos de uma*

hermenêutica emancipatória. Curitiba: Tese de Doutorado apresentada à Universidade Federal do Paraná, 2014;

DAHL, Robert. *A Democracia e seus Críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012;

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: O fundamento místico da autoridade*. Porto: Campo das Letras, 2003;

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2014;

DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (org). *The Twilight of Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010;

DO VALE, André Rufino. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009;

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: Na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002;

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010-a;

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010-b;

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2 ed. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014-a;

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014-b;

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

DWORKIN, Ronald. *Objectivity and Truth: You'd better believe it*. In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, Princeton, 2007;

- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010;
- FAULKNER, William. *O Som e a Fúria*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Cosac Naify, 2012;
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 3 ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;
- FEYERABEND, Paul. *Adeus à Razão*. Tradução de Vera Joscelyne. São Paulo: Unesp, 2009;
- FINNIS, John. *Fundamentos de Ética*. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012;
- FINNIS, John. *On Reason and Authority in Law's Empire*. Scholarly Works. Paper 677, 1987;
- FORST, Rainer. *Contextos da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010;
- FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 17 ed. São Paulo: Loyola, 2008;
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 59 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015;
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços de uma hermenêutica filosófica*. 14 ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2014;
- GEORGE, Robert P. *The Clash of Orthodoxies: Law, morality, and religion in crisis*. Wilmington, Del.: ISI Books, 2001;
- GOLDSTEIN, Rebecca. *Incompletude: A demonstração e o paradoxo de Kurt Gödel*. Tradução de David Gaspar. Lisboa: Gradiva, 2009;
- GRIMM, Dieter. *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (org). *The Twilight of Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010;
- GUEDES, Néviton. *Princípios, Regras e Direitos Fundamentais*. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (org.). *Estudos em*

- Homenagem ao Prof. José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 373-93, v.3;
- GUIMARÃES ROSA, João. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006;
- GULLAR, Ferreira. *O Prazer do Poema: Uma antologia pessoal*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014;
- HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Augusto de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002;
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997;
- HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008;
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 6 ed. Tradução para o espanhol de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Trotta Editorial, 2010;
- HABERMAS, Jürgen. *Fé e Saber*. Tradução de Fernando Costa Matos. São Paulo: Unesp, 2013;
- HABERMAS, Jürgen. *On Law and Disagreement. Some Contents on “Interpretative Pluralism”*. In: Ratio Juris, Vol. 16, Issue 02, Jun2003, p. 187-194;
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como “Ideologia”*. Tradução de Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2014;
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v. 1;
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: Sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012, P. 314-ss, v. 2;

- HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2011;
- HART, Herbert L. A. *Direito, Legalidade, Moralidade*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Armínio Ribeiro Mendes. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011;
- HEGEL, G. W. F. *Quem pensa abstratamente?* Tradução de Charles Feitosa. Síntese Nova Fase, v. 22, No. 69, Belo Horizonte, 1995, p. 235-40;
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Tradução de Marco Antônio Casanova. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009;
- HEMINGWAY, Ernest. *Por Quem os Sinos Dobram*. Tradução de Monteiro Lobato. Lisboa: Livros do Brasil, 2007;
- HESSE, Hermann. *O Lobo das Estepes*. Lisboa: Dom Quixote, 2014;
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998;
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. 3 ed. Tradução de Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2012;
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004;
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. In: Harvard Law Review, Vol. 110, Issue 5, 1997, p. 991-1009;
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Theory of Interpretation*. In: Harvard Law Review, Vol. 12, Issue 6, 1899, p. 417-20;
- HUFSCROT, Grant; BRADLEY, W. Miller; WEBBER; Gregóire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015;
- HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução de Frederico Czanam Pessoa de Barros. 4 ed. São Paulo: Cosac Naify, 2012;

- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Tradução de Serafim da Silva Fontes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012;
- INAZU, John D. *The Limits of Integrity*. In: Law and Contemporary Problems, Vol. 75, Issue 4, 2012, p. 181-200;
- JACKSON, Vicki C. *Constitutional Comparisons: Convergence, resistance, engagement*. In: Harvard Law Review, vol. 119. Cambridge/MA: The Harvard Law Review Association, p. 109-128, 2005;
- JACKSON, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012;
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de José Lamago. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011;
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4 ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012;
- KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Juro, do Emprego e da Moeda*. Tradução de Mario R. Da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982;
- KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no Direito Público: Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015;
- KUNDERA, Milan. *A Insustentável Leveza do Ser*. Tradução de Joana Varela. 5 ed. Lisboa: LeYa, 2014;
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Carlos Marques. Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2009;
- KUMM, Matthias. *The Best of Times and The Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia*. In: DOBNER, Petra; LOUGHIN, Martin (org). *The Twilight of Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010;

- KUMM, Mattias; WALLEN, Alec D. *Human Dignity and Proportionality*. In: HUSCROFT, Grant; BRADLEY W. Miller; WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, justification, reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 67-89;
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*.: Ensaio sobre a exterioridade. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2014;
- LINHARES, José Manuel Aroso. *Na “coroa de fumo” da teoria dos princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?* In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 395-421, v.3
- LOUREIRO, João Carlos. *A “Porta da Memória”: (Pós?)Constitucionalismo, Estado (Pós?)Social, (Pós?)Democracia e (Pós?)Capitalismo. Contributos para uma “Dogmática da Escassez”*. In: *Estudos do Século XX*, n. 13. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, p. 111-26;
- LOUREIRO, João Carlos. *Pessoa, Dignidade e Cristianismo*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n. 90. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 669-723;
- LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Modernidad: De la unidad a la diferencia*. Tradução para o espanhol de Jostxo Beriain e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998-a;
- LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. Londres: Oxford University Press, 2004;
- LUHMANN, Niklas. *Legal Argumentation: An analysis of its form*. In: *The Modern Law Review*, Vol. 58, No. 3, Maio de 1995a;
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Tradução para o inglês de John Bednaz Jr. e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995b;
- LUHMANN, Niklas. *The Third Question: The creative use of paradoxes in law and legal history*. *Journal of Law and Society*, Vol. 15, No. 2, Cardiff University, 1988;

LUTERÁN, Martin. *The Lost Meaning of Proportionality*. In: HUFSCROT, Grant; BRADLEY, W. Miller; WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015 p. 21-42;

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 15 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2013;

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento: As bases biológicas do entendimento humano*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Psy Editorial, 1995;

MÖLLER, Kai. *Proportionality and Rights Inflation*. In: HUSCROFT, Grant; BRADLEY, W. Miller; WEBBER, Gregóire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, justification, reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 155-172;

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Dulce Matos. 5 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008;

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4 ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

MÜLLER, Friedrich. *Metódica Jurídica e Sistema Político: Elementos de Teoria Constitucional II*. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014;

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011-a;

NEVES, Marcelo. *A Força Simbólica dos Direitos Humanos*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>; último acesso em 03 de junho de 2015;

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2011-b;

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução de Marcio Pugliesi. Petrópolis: Vozes, 2012;

PAREYSON, Luigi. *Verdade e Interpretação*. Tradução de Maria Helena Nery Garcez e Sandra Neves Abdo. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014;

PLATÃO, *A República*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 13 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012;

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos: O fascínio de Platão*. Tradução de Milton Amado. 3 ed. São Paulo: Itatiaia, 1987, v.1;

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos: A preamar da profecia: Hegel, Marx e a colheita*. 3 ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v. 2;

POPPER, Karl. *Conjecturas e Refutações*. Tradução de Benedita Bettencourt. Lisboa: Almedina, 2003;

POPPER, Karl. *Conocimiento Objetivo: Un enfoque evolucionista*. Tradução para o espanhol de Carlos Solis Santos. 2 ed. Madri: Tecnos, 1982;

PREUSS, Ulrich K. *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is global constitutionalism a viable concept?* In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (org). *The Twilight of Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010;

PULIDO, Carlos Bernal. *O Direito dos Direitos: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013;

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Armado, 1997;

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011;

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008;

- RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Tradução de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005;
- RUHL, J.B. *Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System: A wake-up call for legal reductionism and the modern administrative state*. Durham: Duke Law Journal, vol. 45, n. 5, 1996, p. 851-928;
- RUSSELL, Bertrand. *An Inquiry into Meaning and Truth*. Middlesex: Penguin University Books, 1973;
- SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco Amaral. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005;
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na Pós-Modernidade*. 9 ed. Lisboa: Almedina, 2013-a;
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. Lisboa: Almedina, 2013;
- SEARLE, John R. *Intencionalidade*. Tradução de Julio Fischer e Tomás Rosa Bueno. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- SEARLE, John R. *The Construction of Social Reality*. Nova Iorque: Free Press, 1995;
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010;
- SHAPIRO, Ian. *Fundamentos Morais da Política*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- SCHAUER, Frederick. *Proportionality and the Question of Weight*. In: HUSCROFT, Grant; BRADLEY, W. Miller; WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, justification, reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 173-85;
- SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014;
- SILVA, Suzana Tavares da. *O Tetralemma do Controlo Judicial da Proporcionalidade no Contexto da Universalização do Princípio: Adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013;

- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011;
- STEIBNECK, John. *O Inverno da nossa Desesperança*. Tradução de Ana Ban. Porto Alegre: LP&M, 2014;
- STIGLITZ, Joseph. *Globalização: Como dar certo*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007;
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- STUART MILL, John. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2014;
- SUNSTEIN, Cass R. *There is Nothing that Interpretation just is*. In: *Constitutional Commentary*, Vol. 30, 2015, p. 193-212;
- TARSKI, Alfred. *A Concepção Semântica da Verdade*. Tradução de Celso Reni Braidá, Cezar Augusto Mortari, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2007;
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal constitutionalism and globalization*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012;
- TRIBE, Laurence H. *Equal Dignity: Speaking its name*. In: *Harvard Law Review*, Vol. 129, Issue 1, Nov2015, p. 16-32;
- TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. In: *Michigan Law Review*, Vol. 101, Issue 8, Agosto de 2003, p. 2781-2802;
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas de Direito Positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010;
- WEBBER, Grégoire. *On the Loss of Rights*. In: HUFSCROT, Grant; BRADLEY, W. Miller; WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, justification, reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 123-54;

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico * Investigações Filosóficas*. Tradução de M.S. Lourenço. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002;

WOZLEY, A. L. *No Right Answer*. In: *Philosophical Quarterly*, Jan79, Vol 29. Issue 114, p. 25-34;

YOUNG, Alison L. *Proportionality is Dead: Long Live Proportionality!* In: HUFSCROT, Grant; BRADLEY W. Miller; WEBBER, Grégoire (org.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, justification, reasoning*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, p. 43-66;

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and Democracy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.

JURISPRUDÊNCIA

STF, ADIn 4.815/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, D.J.e. 01/02/2016;

STF, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 10/05/2013;

STF, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, D.J.e 22/02/2016;

TC Portugal, Processo n. 924/2006, Acórdão n. 617/2006, Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma;

TC Portugal, Processo n. 733/07 e 1186/07, Acórdão n. 75/2010, Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro.