

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

MESTRADO EM FILOSOFIA

EDNILSON JOSÉ ROESLER

**JUSTIÇA COMO INTEGRIDADE
Interlocuções entre Dworkin e Hegel**

Porto Alegre, 2008.

EDNILSON JOSÉ ROESLER

JUSTIÇA COMO INTEGRIDADE
Interlocuções entre Dworkin e Hegel

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Orientador:
Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre,
2008.

EDNILSON JOSÉ ROESLER

JUSTIÇA COMO INTEGRIDADE
Interlocuções entre Dworkin e Hegel

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Aprovada em 12 de setembro de 2008

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Thadeu Weber
Orientador

Prof. Dr. Agemir Bavaresco
PUCRS - Filosofia

Prof. Dr. Elias Grossmann
PUCRS - Direito

Dedico esta dissertação à minha esposa Fabíola, pela fidelidade,
amor incondicional, paciência e companheirismo;
à minha filha Sofia, pelo re-avivamento do sentido da vida,
à minha mãe, Helena e a toda minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a atenção dispensada pelo prof. Dr. Thadeu Weber na orientação deste trabalho, especialmente pelo estímulo intelectual e pela confiança depositada nesta tarefa.

Aos amigos (as) e colegas que foram parte importante desta dissertação ao compartilharem comigo as histórias e os exemplos de vida.

"A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado."

Theodore Roosevelt (1858 - 1919)

RESUMO

Esta dissertação tem como interesse principal a elucidação da teoria da justiça de Dworkin à luz do pensamento hegeliano. A elaboração desta teoria configura um marco no que se refere ao tratamento do Direito com bases fundamentais nos princípios. O autor empreende uma convicta luta contra os ideais do positivismo e o utilitarismo que, na sua visão, engessam de tal modo a aplicação do Direito que impedem a concreta efetivação da justiça.

A referência à filosofia de Hegel infere um peso filosófico à análise da teoria da integridade. A integridade é aceita como uma virtude dialética que atua como mediadora do processo conflituoso verificado no âmbito da justiça e da equidade. O fomento desta teoria resulta de um processo interpretativo, denominado de construtivo que culmina na tese da única resposta correta, artifício de contestação dos dogmatismos do positivismo.

A caracterização da teoria da justiça como integridade passa pela aceitação da comunidade dos princípios morais, da imbricação entre justiça e moral, pelo reconhecimento do movimento interpretativo e da participação ativa dos processos históricos na formação da teoria da justiça. Estas características fornecem subsídios para a vitalidade desta teoria no que tange a sua aceitação nos meios jurídicos e filosóficos.

A aproximação com o pensamento hegeliano mostra um duplo desafio: situar a teoria da justiça como integridade no contexto filosófico e jurídico e analisar as contribuições do pensamento hegeliano no fortalecimento das teorias da justiça contemporânea. A escolha por Hegel remonta da sua concepção de totalidade e da possibilidade de apresentar traços liberais em sua teoria.

A interlocução entre os dois autores e suas teorias é possível através da dinâmica dialética presente em ambos. Hegel edifica todo seu sistema filosófico sob as linhas conceituais da dialética. O mesmo procede em relação à Dworkin que estabelece a teoria da integridade como um momento de superação e conservação dos valores presentes nos ideais superados da justiça e da equidade. A viabilidade dessa interlocução só é possível nos termos de uma possível crítica em relação às duas teorias. Obviamente não há como considerar a perfeita adequação de uma a outra, mas é possível uma comunicação aberta entre elas.

Palavras-chave: justiça - equidade – integridade – Dworkin – Hegel

ABSTRACT

This thesis has as main interest the elucidation of the theory of justice, Dworkin in the light of thought hegelian. The development of this theory sets a brand regarding the treatment of law based on fundamental principles. The author undertakes a conviction against the ideals of positivism and utilitarianism, which in its view rigidity so the application of the law that prevent the practical effect of justice.

The reference to the philosophy of Hegel infers a philosophical weight to the analysis of the theory of integrity. Integrity is accepted as a reason dialectics which acts as mediator of the conflict process in the framework of justice and fairness. The promotion of this theory is the result of an interpretive process, known as constructive culminating in the thesis of the only correct answer, contrivance of objections to the dogmatism of positivism.

The characterization of the theory of justice and integrity involves the acceptance by the community of moral principles, the overlap between justice and morality, the recognition of the interpretive movement and active participation of historical processes in the formation of the theory of justice. These characteristics provide subsidies to the vitality of this theory as it pertains to their acceptance in legal and philosophical.

The approximation with the thought hegeliano shows a double challenge: to situate the theory of justice and integrity in philosophical and legal context and analyze the contributions of thought hegelian in strengthening contemporary theories of justice. The choice by Hegel back of his concept of the whole and the possibility of making liberal dashes in his theory.

The dialogue between the two authors and their theories is possible through this dynamic dialectics both. Hegel builds all its philosophical system under the conceptual lines of dialectics, the same shall regarding Dworkin establishing the theory of integrity as a time to overrun and conservation of these values exceeded the ideals of justice and fairness. The viability of this dialogue is possible only in terms of a possible critical of the two theories. Obviously there's no way to consider the perfect match from one to another, but it is possible to open communication between them.

Keywords: justice - fairness - integrity - Dworkin - Hegel

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONCEPÇÃO DIALÉTICA DE JUSTIÇA EM HEGEL	20
2.1 FILOSOFIA DO DIREITO EM HEGEL	27
2.1.1 Direito Abstrato.....	28
2.1.2 Moralidade	34
2.1.3 Eticidade.....	38
3 JUSTIÇA COMO INTEGRIDADE: DWORKIN.....	52
3.1 INTEGRIDADE	55
3.2 TEORIA DA RESPOSTA CORRETA: A NECESSIDADE DA INTEGRIDADE	61
3.3 DA LEGITIMIDADE.....	63
3.4 MODELOS DE REGRAS VERSUS COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS	65
3.4.1 Modelos de Regras	68
3.4.2 Comunidade de Princípios	70
3.5 DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA E NÃO SEMÂNTICA DO DIREITO	73
3.5.1 Etapas da Interpretação	77
3.5.2 Romance em Cadeia.....	79
3.6 INTEGRIDADE E HISTÓRIA	81
3.7 DA MORALIDADE INERENTE AO DIREITO	84
3.8 O JUIZ HÉRCULES.....	88
4 INTERLOCUÇÕES	91
4.1 DWORKIN E HEGEL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	93
4.2 INTEGRIDADE: O ÉTICO NA JUSTIÇA.....	95
4.3 SUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO E CRÍTICA AO POSITIVISMO.....	99

4.4 INTEGRIDADE: DIALÉTICA DA JUSTIÇA E DA EQUIDADE	105
4.5 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO	110
4.6 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES	114
4.7 TOTALIDADE E INTEGRIDADE: OS PRINCÍPIOS	116
5 CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS	124

1 INTRODUÇÃO

A diversidade cultural, política e econômica de povos e nações, nos tempos contemporâneos, impõem emergentes desafios ao fomento de novas alternativas, capazes de tornar a sociedade mais justa e igual. No que tange a busca pela justiça, ainda engatinha-se na superação das dicotomias decorrentes desta multiplicidade, localizadas nas divergências religiosas e nas diferenças econômicas entre nações ricas e pobres. É notória a intensificação de mudanças no mundo contemporâneo especialmente no período pós-guerra, impulsionadas pela decadência da supremacia das ciências e pelo advento da microinformática. O marco central de todo este movimento de transformação radical da mentalidade ocorre simbólica e fisicamente com a queda do muro de Berlim e o conseqüente arrefecimento dos ânimos pós-guerra fria. A dinamicidade deste movimento, ainda, apresenta sinais de que não alcançou a maturidade suficiente.

O ambiente de crise institucional originado nos escândalos econômicos, na corrupção nos poderes públicos, no desvio ético, na instabilidade das instituições sociais recoloca em voga as questões de justiça, notadamente, no que se refere ao seu papel como possível instrumento de resgate dos valores éticos da sociedade. Neste contexto, pergunta-se, se ainda, é possível o ressurgimento de um senso de justiça, arraigado nos valores éticos e morais, capaz de dar consistência à atual sociedade.

A crise hodierna do modelo global de desenvolvimento vem acompanhada por uma crise nos modelos interpretativos no campo das ciências sociais. Vivemos também uma crise de utopias. Nossas verdades estão limitadas e os espaços da razão já não são capazes de construir a felicidade. Os caminhos produzidos pelos paradigmas das esquerdas e o modelo neoliberal não mostram ou mostraram capacidade de superação da pobreza, com liberdade e democracia. Os caminhos do desenvolvimento se mostraram inseqüentes, os da política limitados, nossos sonhos e modelos do pensar se esvaíram ou se mostraram insuficientes.

No arcabouço da crise econômica mundial se estabelece uma onda de novas e graves perdas nas referências dos valores da justiça e da equidade. A crise moral e de valores instalada no ventre da sociedade alimenta-se da falta de perspectiva das pessoas em relação ao futuro, simultaneamente à perda da capacidade de incutir nas novas gerações os valores

indispensáveis à vida pessoal e em comunidade. Essa crise institucional extrapola os limites das instâncias constitutivas do governo da comunidade e materializa-se nas relações interpessoais. No geral as teorias que se propõem a refletir sobre as relações justas relevam o caráter pessoal da justiça. Carece-se de fortalecimento pessoal do senso de justiça, para só depois se falar em justiça global e entre Estados. A justiça começa no tratamento advindo das pequenas boas ações, que se bem assimiladas dão origem às práticas de justiça num nível universal. Embora seja importante ressaltar que nem sempre a popularização¹ de uma ação seja a melhor medida para a efetiva justiça. Requer uma depuração, sob a incumbência dos grandes teóricos e juristas, para a sua melhor e mais correta aplicação.

As concepções contemporâneas da justiça têm como escopo principal o cumprimento das regras sociais e o respeito às instituições, relegando ao nível da moralidade as questões de conduta e de caráter. Esta visão revela a fragmentação do ser humano e de suas relações, obscurecendo uma visão totalizante do homem. Justamente contra esta visão é que Dworkin constrói sua teoria, numa perspectiva de restabelecer a ligação do direito com moral.

Afloram teorias preocupadas com o homem, enquanto membro da comunidade, e não como pessoa individual. É de suma importância o reconhecimento de que a crise institucional tem reflexo imediato na vida das pessoas, mas não é possível aplicar um remédio à comunidade, e conseqüentemente supor que cada um dos membros já está curado. E aqui se acredita que a teoria da justiça como integridade de Dworkin é um passo importante rumo a esse reconhecimento. O indivíduo ético sentindo-se participante deste processo e tendo reconhecida a sua influência nas decisões fortalece a integridade da comunidade.

A abordagem da crise neste contexto serve como referência para uma renovada percepção dessa realidade. A superação do derrotismo, do revanchismo e da falta de perspectiva passam a ser vitais nesta nova abordagem. Se os modelos atuais já não garantem a plena satisfação. Há necessidade de uma nova orientação, e seguindo com plena fidelidade ao vocábulo crise² estabelecer novas oportunidades e novas aprendizagens.

Com espírito ávido de mudança é que a sociedade - leiam-se as pessoas conscientes de sua pertença - deve empreender o resgate - alicerçado na teoria da justiça como

1 Aqui entendida no sentido de massificação.

2 A expressão crise (do grego Krisis - ato ou faculdade de distinguir, escolher, dividir ou resolver), já não padece, em nossos dias, do significado de catastrófico, mas atualmente, se aceita que a crise designa um ponto conjuntural necessário ao desenvolvimento, tanto do indivíduo como das instituições.

integridade - da fórmula para alcançar a felicidade. Essa mudança, no entanto, deve ser construída com apreço aos valores cultivados pelos antepassados e na aceitação da história oral e não escrita de cada povo, bem como na perspectiva da construção de um futuro mais digno.

No decorrer da história da humanidade os povos estabeleceram seus parâmetros para a definição do que é justo ou não, segundo seus hábitos e costumes. A história de cada povo marca a exclusiva forma de constituição dos critérios inerentes à questão da justiça. Não obstante, a humanidade recorre a esses critérios para reavaliar os seus procedimentos. A visão de sociedade, aqui revelada, é daquela arraigada nos seus costumes, mas que se permite rever os seus procedimentos em busca de melhorias capazes de torná-las mais justas e dignas, *i.é.*, uma sociedade em movimento, dinâmica. Não é possível pensar em justiça sem que se estabeleça um elo indestrutível com a vida de cada indivíduo da comunidade. Embora em determinados momentos se torne inevitável à sobreposição de alguns interesses coletivos em vista do bem comum do povo, porém não pode se olvidar que a razão de existir da comunidade reside no indivíduo. Agora se apresenta desafiadora a tarefa de elucidar a justiça como integridade de Ronald Dworkin, esta que aparece como umas principais teorias da atualidade, no que tange a aplicação da justiça, no seu sentido mais completo.

Esta contextualização é imprescindível para o entendimento do objetivo central deste trabalho, ou seja, trazer a tona as principais idéias de Hegel sobre justiça, igualdade, moralidade, eticidade, dialética entre outras que servirão de subsídio, e na maioria das vezes, ponto de partida para a aproximação do conceito de justiça como integridade de Dworkin com a idéia de justiça de Hegel. A aproximação entre os autores constitui a problemática deste trabalho, no sentido de que os maiores esforços estarão direcionados na descoberta de pontos de convergência entre as idéias de Hegel e Dworkin. Será possível construir uma relevante interlocução entre as idéias, conceitos e teorias destes dois autores? De que modo esta aproximação é relevante para a redescoberta da importância do pensamento hegeliano no seio das novas teorias da justiça? E, sobretudo, quais as conseqüências da teoria da justiça como integridade para o fortalecimento dos laços éticos e políticos da comunidade?

A humanidade contemporânea se ressentida de uma teoria da justiça que integre as diversas virtudes que compõe o corolário do direito em busca de soluções mais dignas e condizentes. O conceito de totalidade hegeliana e a teoria de integridade de Dworkin

conduzem a essa perspectiva, no sentido de que percebem as comunidades como entidades éticas e livres, compostas por pessoas com arraigado senso de pertença.

A tarefa inicia com uma descrição, ainda nesta introdução, da vida deste autor norte-americano, que se destaca pela incessante luta no fortalecimento da justiça como parâmetro essencial para o perfeito convívio dos povos. Autor de livros que merecem destaques pela complexidade com que trata os temas da justiça, mas, particularmente pelo elevado debate sobre a aplicabilidade prática de sua teoria em temas vitais à sociedade pós-moderna, como o direito a vida, às questões de gênero e mesmo sobre a justa distribuição da riqueza. Também merece destaque sua incessante luta na superação do positivismo e do utilitarismo, que a seu ver, distorcem o verdadeiro sentido da justiça e do direito.

A temática avança no sentido de compor a fundamentação hegeliana sobre justiça, especialmente no que ele expõe na sua obra *Filosofia do Direito*. O ponto relevante desta descrição hegeliana é a possível interlocução de suas idéias com a teoria da justiça como integridade de Dworkin. Seguindo o modelo proposto pelo autor, evolui-se da configuração do *Direito Abstrato* e as principais categorias representativas deste momento, ou seja, a posse, propriedade e contrato, passando pela *Moralidade* e a questão da responsabilidade subjetiva e, finalmente, chegando ao nível da *Eticidade*, onde se tratará de determinações objetivas ou da mediação social da liberdade no âmbito da Família, da Sociedade Civil e do Estado. No nível da Eticidade será abordada, em destaque, a questão da Constituição e sua relevância na realização do “espírito do povo”.

A conceituação da filosofia hegeliana sobre o Direito se insere no contexto deste trabalho como importante referência, especialmente no que ela representa como influência para as mais variadas escolas teóricas do Direito. A sua proposta de superação dialética do jusnaturalismo e a sua não-conformação aos ditames positivistas, abre um leque considerável de possibilidades de abordagem de sua teoria. Embora muitos o considerem como um comunitarista, ou mesmo fonte de inspiração para estas teorias, outros encontram traços marcantes de um Hegel liberal, não especificamente no molde do liberalismo clássico, mas como representante do liberalismo da liberdade³

3 RAMOS, Cesar Augusto. *Rawls, Hegel e o Liberalismo da Liberdade* de in <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1790/1320>. acessado em 12/07/2008

Passada a explanação da teoria hegeliana, segue-se para o estudo de Dworkin e de sua abrangente teoria, capaz de suscitar amor e ódio⁴. Dworkin formula sua teoria da justiça como integridade numa expressa tentativa de superar a dicotomia estabelecida entre o justo e o igual. Para alcançar esse intento e garantir uma estabilidade jurídica, ele usa a estratégia dialética de superar e guardar o que cada uma destas virtudes possui de vantagem, e configura a virtude da integridade como o momento de síntese deste movimento. Fundamenta sua teoria no fortalecimento dos princípios como fontes primárias e imprescindíveis do direito, e a sua prevalência sobre as regras, notadamente, nos casos difíceis.

Crítico perspicaz e contundente do positivismo e do pragmatismo, estabelece que no direito e, em conseqüência, na aplicação da justiça, devem-se levar em consideração além das peculiaridades do fato, também os valores éticos e morais, afastando-se assim de suas raízes kantianas e aproximando-se das idéias hegelianas. Ao avançar-se na explicação sobre a teoria da justiça como integridade, depara-se com o conceito de justiça como fruto da interpretação construtiva baseada nos princípios e não, somente, num conjunto de regras e códigos. Escapando à tradição liberal utilitarista e positivista, Dworkin concebe o conceito de comunidade personificada, a qual exerce papel preponderante na construção dos ideais de justiça, e projeta o sincronismo entre igualdade e liberdade⁵ como única e eficaz forma de conceber uma comunidade justa e fraterna. Afirma que se o liberalismo está voltado exclusivamente para o desenvolvimento econômico, ele perde o referencial e faculta ao liberal a recusa desta estratégia de fortalecimento. Impõe ao Estado uma função mediadora na condução da sociedade no caminho da justiça e da ética⁶, porém esclarece que há uma prevalência dos direitos individuais fundamentais, os quais são considerados como trunfos frente à maioria.

O próximo capítulo aponta para o ponto chave da tarefa proposta, e talvez, o momento em que se possa conferir a plausibilidade da tese de aproximação das teorias. O sustentáculo deste capítulo firma-se na convicção da afinidade entre as teorias, sobretudo

4 A incomodidade que suas teses denotam produz reações das mais variadas. Alguns autores alegam que suas teorias não seriam nada mais do que uma apologia ao sistema americano de direito, outros o ignoram sob alegação que prescindiu do desenvolvimento da filosofia jurídica européia continental. Porém, é inegável a sua importância para história do direito contemporâneo, especialmente na perspectiva da inserção dos princípios no corpo do sistema jurídico.

5 Dworkin defende uma forma de liberalismo progressista, também denominado liberalismo igualitário.

6 Defende a intervenção estatal nos casos em que as minorias estão sofrendo algum tipo de discriminação. Reafirma a necessidade de ações afirmativas por parte do Estado que vise estabilizar as relações entre os seus membros.

amparado numa visão mais liberal do pensamento hegeliano⁷ e a sua necessária aproximação entre a teoria da justiça como integridade de Dworkin e os fundamentos da filosofia de Hegel. A presente tarefa começa na constatação de que ambos os autores concebem a justiça e o direito como fortemente marcados pelo valor ético e moral. Não há como separar a justiça e, conseqüentemente, a aplicação do direito da moral e da ética. Já é possível perceber que o fortalecimento da idéia de que Dworkin, ao pretender uma renovação do liberalismo⁸, se aproxima das concepções de Hegel, na medida em que se distancia dos conceitos de Kant e outros pensadores liberais. A concepção da justiça integrada por princípios não cabe na visada formalista e positiva de Kant e de seus seguidores.

Outra constatação parte da idéia de que a virtude da integridade, num movimento dialético - no molde da *aufhebung* – supera e guarda o que de essencial se detecta na justiça e na equidade. Não se trata de uma simples mistura homogênea, mas da preservação, no movimento, dos fundamentos da justiça e da igualdade. A integridade é fruto da interpretação construtiva e dialética dos diversos fatores que compõe a aplicação da justiça de base justa e igualitária, distante das soluções simplistas oriundas da conciliação arbitrária derivada de uma justiça mista, que num movimento de homogeneização do direito elabora a uma teoria salomônica, consistindo uma solução de meio-termo.

Também vale destacar a necessária consistência e coerência sistemática que dá a Dworkin a certeza de que não se pode julgar sem se considerar os frutos da história. Portanto, a integridade é concordante com o teor histórico da comunidade, sem, no entanto ser escrava ou mesmo dependente do mesmo. Outros fatores servem de referência para esta tarefa, por exemplo, a refutação da discricionariedade jurídica, a permanência dos princípios no interior do sistema legal, ou seja, a moralidade dos princípios não é de caráter extralegal, mas constituinte do Direito.

7 A idéia de um Hegel liberal e progressista não é completamente nova. Alguns autores aceitam a idéia de que Hegel em determinados apontamentos de sua obra defende a democracia e o liberalismo, entre eles cita-se Karl Iltting. Já D'Hondt é favorável a essa interpretação, mas ressalva no sentido de que existem vários níveis de liberalismo e em épocas diferentes torna difícil a sua aplicabilidade. Com o resgate do princípio da liberdade individual ou subjetiva na sua filosofia, Hegel passou a ser considerado como pensador da moderna sociedade politicamente organizada segundo os elementos do Estado de direito, e organizado segundo o princípio da liberdade. Essa interpretação, chamada de liberal ganhou adeptos em vários lugares do mundo.

8 Este liberalismo renovado se centra, principalmente, na diferença entre a construção da moralidade privada e da moralidade pública, dando grande ênfase a última. Não abandonar a idéia que move o pensamento liberal, a prioridade da escolha individual, o liberalismo contemporâneo preocupa-se com as regras que norteiam as ações coletivas. Estas devem primar pela igual consideração e respeito a cada indivíduo, este sendo entendido como um ser particular e distinto dos outros em suas crenças, valores morais, enfim, entre as inúmeras questões que separam um dos outros. Estes que, para Dworkin, são os trunfos dos indivíduos diante da maioria.

Para melhor situar a temática no contexto geral do Direito anglo-saxão é preciso expor algumas características do autor, que embora muito comentado na esfera do Direito norte-americano e inglês ainda carece de maiores estudos em outras partes do mundo.

Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte-americano traz a tona temas inovadores para os debates sobre questões do direito contemporâneo, embora criticado, não há como prescindir da análise de suas obras. Crítico contumaz do positivismo e do pragmatismo é reconhecido como um dos mais efetivos pensadores do direito no mundo.

Com estilo caracteristicamente vigoroso, Dworkin discute questões a respeito do sistema jurídico anglo-americano como a proteção dos direitos individuais e a promoção do bem comum. Discute se os juízes devem tomar decisões políticas em casos controversos, reforça a necessidade do equilíbrio entre os direitos individuais e o bem da comunidade, se uma pessoa tem o direito de desobedecer a sociedade naquilo que considera errado e o significado da igualdade em qualquer estrutura de justiça social.

Suas idéias começam a ganhar adeptos além fronteiras anglo-saxônicas e fortemente marcadas pela objetividade e concisão são direcionadas à aplicabilidade no cotidiano. Não se furta de expor seus conceitos e teorias nos mais variados meios de discussão⁹. Abordagens sobre aborto, eutanásia, seguridade social entre outros são uma amostra da prodigiosa mente deste pensador.

Reconhecido internacionalmente, já recebeu diversos prêmios e condecorações pela sua brilhante contribuição para a evolução do pensamento jurídico e filosófico da humanidade.¹⁰ Profundo defensor do respeito e da dignidade humana, contribui de maneira efetiva para que se abram os debates sobre questões centrais para a vida humana. Aborda de maneira profunda e direta os problemas do dia-a-dia e coloca em evidência temas relacionados à justiça e a equidade.

Representante do chamado liberalismo igualitário situa-se numa contraposição ao liberalismo puro que, na sua visão, não mais responde os anseios de realização da

⁹ Colunista de vários jornais e revistas dos EUA e da Inglaterra.

¹⁰ Ronald Dworkin recebeu o prêmio memorial internacional de Holberg para 2007. O prêmio é em decorrência de sua teoria legal baseada em princípios morais.

comunidade. Esse novo liberalismo progressista defende entre outras a idéia da desobediência civil¹¹ e a discriminação inversa¹².

Dworkin tem sofrido diversos ataques do mundo acadêmico, especialmente no instante que ele se rebela contra o *status quo* instituído pelos detentores do poder. Em uma declarada luta contra o que chama de “*aumento excessivo do poder do Executivo*” tem feito alertas sobre os poderes concedidos ao presidente Bush para vigiar e punir mesmo sem condenação pessoas suspeitas de terrorismo.

Suas teorias têm mais detratores que seguidores, o que não impedem que elas surtam o efeito pretendido, que é através da polêmica suscitar o debate e a reforma do velho liberalismo utilitarista, baseado na crença do desenvolvimento econômico e na exclusão de uma parcela da comunidade que não consegue ou não pode produzir. Pretende inaugurar uma forma de liberalismo baseado no igualitarismo, que representa um duro golpe nos defensores do liberalismo enquanto filosofia constituinte de si mesma.

Crítico do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista empreende um leal debate com Hart, o qual considera como o mais refinado teórico do positivismo. Dworkin rejeita a tese hartiana da regra de reconhecimento e demonstra que o chamado *teste de pedigree* não contempla os princípios. Afirma que além das normas, coexistem princípios e diretrizes políticas que não devem ser identificados por sua origem, mas por seu conteúdo e pela força argumentativa.

11 No argumento desenvolvido pelo autor a desobediência civil seria diferente de atividades criminosas motivadas por egoísmo, crueldade ou loucura. Segundo Dworkin existiriam três tipos de desobediência civil: (a) baseada em integridade; (b) baseada em justiça; (c) baseada em uma política ou uma lei específica. Um exemplo do primeiro caso é o de um convicto pacifista chamado a lutar em uma guerra, ou o de um religioso chamado a realizar um ato que vai contra as suas crenças. O argumento do segundo caso é diferente, trata-se de um sistema político e legal que sistematicamente discrimina um grupo determinado dentro da sociedade. No terceiro caso o problema diz respeito a uma lei que, segundo a crença da minoria que a combate, pode acarretar sérios problemas tanto para a maioria quanto à minoria. Nesse caso o objetivo, diferentemente do segundo caso, não seria o de forçar a maioria a agir com justiça, mas de fazê-los “voltar à razão”. Além disso, os dois primeiros casos envolveriam questões de princípio, diferentemente do terceiro.

12 Dworkin, especialmente no seu livro *Domínio da Vida*, estabelece uma nova perspectiva da discriminação, a que ele chama de discriminação inversa ou discriminação compensatória. Nestes casos de inserem, as ações afirmativas, instrumentos de resgate da dignidade dos tradicionalmente prejudicados em virtude de raça, sexo ou impossibilidade de acesso às oportunidades. Questões essas que se tornam problemática no seio da sociedade, porque ferem os interesses dos representantes do poder e aqueles defensores do *status quo*. Cotas raciais e sociais em universidades, concursos públicos; microcréditos a juros baixos, programas de redistribuição de renda e de criação de empregos, são os exemplos mais claros desta nova forma de discriminação.

Dworkin mostra-se contrário à tese utilitarista, devido a sua visão consequencialista e instrumentalista. Na medida em que, a exemplo da crítica feita aos positivistas, ele refuta a separação entre direito e moral.

Convém, ainda, nesta apresentação do autor, expor, mesmo que sucintamente sua relação com Rawls. Desde a publicação de sua obra mais importante¹³, John Rawls tem encontrado em Dworkin um crítico contumaz, porém este não despreza a importância da teoria rawlsiana para o fortalecimento da idéia de justiça na sociedade atual, especialmente no contexto de retomada da concepção de direitos humanos individuais e fundamentais, outrora relegada a um segundo plano pelos pensadores positivistas e, especialmente, os utilitaristas.

Suas principais críticas são direcionadas à posição original, o véu da ignorância e o estabelecimento do contrato hipotético. Ele acredita que o contrato, da maneira pensada e estabelecida por Rawls, não fornece subsídios à premissa fundante dos dois princípios fundamentais da justiça¹⁴, e sim configura um ponto intermediário, capaz de orientar para a formatação dos mesmos.

Ao contemplar as principais características das teorias sobre justiça dos autores, reafirma-se o propósito e o problema central deste trabalho. É possível uma interlocução entre as teorias de Dworkin e de Hegel?

13 “*Uma Teoria da Justiça*” é considerada um divisor de águas na reflexão política e um impulso a um novo modo de pensar o político.

14 Os dois princípios são descritos, assim, na “*Uma Teoria da Justiça*”:

1 – Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras;

2 – As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

2 CONCEPÇÃO DIALÉTICA DE JUSTIÇA EM HEGEL

A contribuição de Hegel para a teoria da justiça contemporânea é controversa, mas não de diminuta importância, embora não seja possível enquadrá-la perfeitamente em nenhuma das teorias contemporâneas do Direito, ela fornece subsídios essenciais para o debate e, mesmo, serve como inspiração para a formulação dos ditames teóricos e práticos destas escolas jurídicas. Temas atuais como direito à propriedade, liberalismo econômico, direito das minorias, governança corporativa, entre outros, são tratados à luz do pensamento jurídico hegeliano. Não obstante, ainda ressurgem ataques a esse pensamento, e mais precisamente sobre suas conseqüências, por parte de pensadores do século XX, e aqui é importante salientar o discurso de Popper, um implacável oponente do totalitarismo¹⁵. Entre as suas diversas críticas está a afirmação de que a dialética serviria como instrumento de validação do ideal absolutista, o qual deveria ser combatido sob o risco de excluir a presença do diferente.

A dialética de Hegel, assevero, foi concebida em ampla medida com o fito de perverter as idéias de 1789. Hegel estava perfeitamente consciente do fato de que o método dialético pode ser utilizado para retorcer uma idéia em seu oposto.(...)¹⁶

Alguns defensores da teoria, no entanto, alegam que tais críticas ou mesmo outras que surgem do estudo do complexo sistema hegeliano são, na maior parte das vezes, advindas da intolerância ou de uma falta deliberada de clareza na interpretação dos escritos de Hegel.

O pensamento de Hegel ainda hoje é celebrado por um grupo significativo de pensadores contemporâneos, em especial na filosofia, embora, ainda, existam teóricos que preconizam a sua caducidade enquanto fonte de inspiração filosófica. Hegel apreendeu as transformações de seu mundo, constituindo uma teoria geral centralizada na ótica da transformação, da mudança e da historicidade as quais fornecem energia para a processualidade fundante de seu pensamento. Diferente de Kant, onde as questões filosóficas a serem trabalhadas eram compreendidas em termos de estruturas que se assentavam

15 O totalitarismo, de acordo com Popper, tinha por base idéias implícitas na filosofia ocidental, de Platão a Hegel e Marx.

16 POPPER, 1974, p. 144

aprioristicamente, para Hegel a diferença estava em compreender o processo e as mudanças decorrentes deste processo.

A dinamicidade de seu pensamento e a sua capacidade de integrar as diferenças no seu sistema, através da dialética, propiciou uma nova perspectiva de interpretação do mundo moderno. Neste movimento se inserem as sociedades burguesas, as monarquias, os movimentos sociais, entre outros... num processo de superação/preservação capaz de reconhecer as particularidades num complexo sistema de totalidade.

No tocante a teoria do direito, Hegel é referência quando se estabelece como meta a aceitação de uma lógica interna no regime comum das leis, ou seja, o conjunto de estatutos e precedentes jurídicos não são ilhas separadas da totalidade do regime, mas configuram-se como parte de um processo coerente de desenvolvimento legislativo.

O Direito, no conjunto do sistema filosófico hegeliano¹⁷, é inicialmente considerado uma categoria secundária e desmembrado de outras categorias do espírito prático, como a economia e a política. O processo de amadurecimento de sua obra supera os conceitos dos tempos juvenis, fase esta que as questões jurídicas são relegadas a meras manifestações do espírito prático. Hegel supera o formalismo, especialmente aquele representado por Kant, e acusa a sua inadequação à plenitude da vida de um povo. Bobbio deixa claro a crítica dirigida por Hegel ao formalismo, quando analisa a concepção de totalidade ética absoluta.

As categorias de que se vale o Direito, com seu caráter abstrato, com sua tendência ao formalismo, ao nivelamento da diversidade, não são adequadas para dar conta da plenitude e da complexidade da vida de um povo, que compreende também sua religião, sua arte, suas técnicas, seus costumes. Um povo é algo mais que uma sociedade juridicamente regulada e organizada: é um organismo vivo.¹⁸

A radicalidade da mudança ocorre na fase de Nuremberg e Berlim, que ao melhor estilo hegeliano, representa uma ruptura dialética com a idéia inicial, e o direito alcança, agora, um lugar de destaque no escopo da totalidade ética, totalidade está assumida como fundamento de um novo sistema do direito e do Estado:

17 Segundo Bobbio, o estudo do direito no conjunto da obra de Hegel é frequentemente negligenciado e certamente menos estudado do que as questões entre Hegel e a economia política, tema quase que recorrente na tendência atual de reconsiderar Hegel através de Marx.

18 BOBBIO, 1991, p. 71-72.

(...) se tornou (a totalidade) a categoria fundamental para compreender toda a matéria da filosofia prática, o fio condutor de todo o desenvolvimento histórico das sociedades humanas.¹⁹

Converge-se para uma revitalização do Direito e de sua função como eixo articulador de todas as outras partes do sistema, e rompe-se com a originária relação de subordinação à economia e à política. Ocorre, precisamente, uma inversão nesta relação, ou seja, o ora subordinado Direito passa a ditar as regras referentes à forma de pensar da economia e da política.

Ressalte-se que a idéia de justiça e direito de Hegel são coerentes com o pensamento de seu tempo e o fato de estarem totalmente vinculados à liberdade, denota claramente esta conexão.

A comunidade livre de Hegel só pode ser compreendida na consideração do momento da sociedade civil do mundo moderno, em que o trabalho é o valor fundamental, direito e dever dos indivíduos. Com isso, a idéia de justiça em Hegel mostra a sua face social, que constitui o traço característico que assinala o Estado democrático contemporâneo.²⁰

A tese hegeliana é uma resposta dada por ele aos desafios sociais, políticos e econômicos de seu tempo, e não pode ser entendida se não levar em consideração o fato de que suas idéias básicas constituem, ao mesmo tempo, o ápice de toda a tradição filosófica ocidental. A afirmação da elevação da história de sua atualidade ao nível do filosófico permite que ele reúna o eterno ao transitório, o intemporal ao atual e com isso reerga a filosofia do seu caráter insólito de subordinada da ciência.

Como subsídio para a tarefa proposta de estabelecer pontos de convergência entre Dworkin e Hegel, urge referendar a refutação das principais idéias do jusnaturalismo²¹, a que

19 Ibid., p.89-90.

20 SALGADO, 1996, p. 505.

21 O jusnaturalismo (segundo Perelman) defende a tese de que o homem encontraria seja na própria natureza, seja numa razão universal e objetiva, seja na crença numa divindade, o fundamento da lei e os critérios de julgamento. Do outro lado, encontramos as posições defendidas notadamente por Kelsen e os positivistas sobre a impossibilidade de se fundar o direito naquilo que consideram pressupostos metafísicos e que pretendem ater-se às questões positivas da operacionalidade da lei e do direito encarado como sistema de normas. E enquanto para jusnaturalistas o laço que une ética e direito é indissociável, apresentando ambos o mesmo fundamento, - a natureza, Deus ou razão, que estariam acima da lei positiva, os positivistas negam qualquer articulação entre os dois planos: "O problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema de moral".

Hegel julga ser o germe ou a forma incompleta de uma filosofia do direito, mas, que devido a sua incompletude deve ser superada e guardada. Para a efetivação deste ideal ele propõe a sua elevação às extremas conseqüências. Justamente neste empenho de suprassunção é que transcorre a tese defendida por Bobbio.

Com Hegel, o modelo jusnaturalista chegou à sua conclusão. Mas a filosofia de Hegel é não apenas uma antítese, mas também uma síntese. Tudo o que a filosofia política do jusnaturalismo criou não é expulso do seu sistema, mas incluído e superado.²²

Norberto Bobbio afirma, entretanto, que a teoria hegeliana de justiça deve ser vista como a superação dialética do jusnaturalismo como teoria intersubjetiva e de afirmação do estado natural do homem. No arcabouço total da filosofia hegeliana, o estado de natureza é o que de mais imediato se mostra no processo de efetivação, a assim como toda a imediatez deve ser superada, através das determinações. Ou como nos observa. Luiz Henrique de Lima Vaz.

Ao contrário do que sugerem as interpretações mais vulgarizadas, a referência implícita de Hegel não parece ser aqui o problema da origem da sociedade ou a hipótese do "estado de natureza". A hipótese do "estado de natureza" como estado de luta entre os indivíduos, que deve cessar com o pacto social e a constituição da sociedade civil, atende a um tipo de explicação hipotético-dedutiva da origem da sociedade característica das teorias do chamado Direito Natural moderno. Na verdade, essas teorias foram sempre um dos alvos constantes da crítica de Hegel. Na Fenomenologia não se trata de saber como se originou a sociedade (esse é um falso problema para Hegel pois o indivíduo é, desde sempre, um indivíduo social). ... Para Hegel, Senhor e Escravo não são personagens de uma espécie de situação arquetipal da qual procederia a história. São apenas figuras de uma parábola com as quais Hegel pretende designar momentos dialéticos entrelaçados rigorosamente no discurso que expõe a formação do indivíduo para o saber. Esse saber deve apresentar-se como fundamento para a exigência histórica de uma sociedade do reconhecimento universal.²³

22 BOBBIO, 1991, p. 26.

23 VAZ, L.H.L., 1981, p. 7-29.

O sistema dialético hegeliano, requer, no entanto, o reconhecimento de estado de natureza²⁴, como o momento inicial deste processo. O estado natural, aqui caracterizado como o mais imperfeito, deve ser superado/guardado a fim de que se possa alcançar a efetividade real.

No direito este processo preceitua a superação da imediatez das teses naturalistas rumo a uma realização do que o procedeu, ou seja, este movimento de síntese é movido pelo processo dialético, em direção da “*conciliação do espírito subjetivo com o objetivo.*”²⁵

Outra perspectiva a ser abordada no que tange a formatação desta natureza contingente é a referência ao estatuto do povo como representação da totalidade ética na sua melhor forma. A aceitação da totalidade ética leva a tergiversação nos conceitos e idéias até então adotadas e força uma mudança radical no modo de percepção da relação homem-mundo, agora mais totalizante do que aquela aceita e defendida pelo renascimento iluminista. A idéia de povo na tradição iluminista encerra a idéia de que o indivíduo livre surge antes do estado constituído; em Hegel essa inversão se processa de maneira mais intensa, ou seja, a base da contrariedade da teoria hegeliana em relação ao direito natural é assentada na prioridade do todo sobre as partes. Para sustentar a totalidade ética, Hegel fortalece a idéia de um organismo vivo e histórico diferente da simples soma de indivíduos. Segundo Bobbio essa totalidade ética agrega alguns pressupostos que desnorream as bases rígidas e imutáveis do naturalismo, quais sejam:

a) A totalidade ética é caracterizada pela prevalência e anterioridade do todo sobre as partes. No direito natural há a ascendência do individual sobre o todo; processando uma inversão na forma de pensar dos naturalistas, a teoria hegeliana tem um caráter totalizante, orgânico, integrador e conciliador.

De maneira eterna – diz Hegel – existe, (...) o indivíduo na eticidade: o seu ser empírico e seu agir são certamente universais; com efeito, não é o espírito individual que age, mas sim o espírito universal absoluto que existe nele.²⁶

24 Hegel se comporta diante do estado de natureza como diante do contrato social: não recusa seu conceito, mas o mau uso, o uso arbitrário, que depende, neste segundo caso, não mais de uma transposição a uma outra esfera, mas de uma interpretação errada. Cf. BOBBIO, 1989, p. 35.

25 HEGEL, 1999, p. 128.

26 BOBBIO, 1991, p.32.

b) Reflexo desta primeira constatação, o princípio da totalidade ética não concorda com as exigências do contrato social, especialmente na impossibilidade da simples e indébita transferência das exigências das vontades particulares e contingentes para um critério maior de universalização exigida pela totalidade ética. Hegel decreta que a vontade universal não pode ser constituída pelas vontades singulares, já que é ela que as constitui. Considerada como racionalmente inadequado o contrato social, tem para a teoria hegeliana a mera função de regular as relações das vontades privadas, mas que na afirmação da vontade racional não passa de “*acordo arbitrário de diversas pessoas acerca de uma coisa arbitrária e accidental.*”²⁷

c) A inovação da totalidade ética em relação à fragmentação da sociedade moderna é visível na sua interatividade com a história universal, ou seja, a totalidade não é fruto da mera imaginação empírica ou formal. Bobbio reafirma a dissolução, por parte de Hegel de dois importantes pilares do direito natural, que são a crença de que os direitos do homem são preexistentes à sociedade e a utopia da construção de uma sociedade pré-social e independente do Estado.

d) Ressalte-se a existência de outro pressuposto inerente à condição universalizante da totalidade ética, ou seja, esta totalidade está ligada a uma nova dimensão de vida prática expressa através da idéia de Eiticidade. Antes de Hegel esta relação da justiça com a moral era distinta e com uma delimitada fronteira entre elas. Segundo sua concepção a dicotomia destes dois conceitos resolverá, até então, o problema da sociedade que vivia numa esfera de bipolaridade entre sujeito/objeto, privado/público, individual/social entre outras separações eminentes no pensamento moderno, seja ele de base empirista ou formal. Porém, num movimento de ruptura com o atomismo, constitui um novo eixo, agora orgânico, onde estas diferenças se esvaem na totalidade.

Com a figura da comunidade popular, entendida como totalidade viva e orgânica, cujo sujeito não é mais o indivíduo ou a soma dos indivíduos, mas uma coletividade, um todo orgânico, determinava-se e destacava-se um novo momento da vida prática, que exigia novos instrumentos conceituais.²⁸

27 HEGEL, Enciclopédia. § 440.

28 BOBBIO, 1991, p. 37.

A concepção ética inserida pelo pensamento filosófico hegeliano, especialmente na sua Filosofia do Direito, é assim expressa pelo filósofo Roberto Romano.

Na *Filosofia do Direito* Hegel indica que a ética, embora pertença ao mundo dos valores e dos hábitos, pode ser verificada e ser colhida de modo não subjetivo. Hegel parte da seguinte idéia: a ética não é de todo livre para os indivíduos de uma sociedade existente, histórica. Os indivíduos nascem num tempo e num espaço definidos e num coletivo cujos valores se expressam em hábitos comuns, não pertencentes apenas a esta ou aquela pessoa singular. O *ethos* grego é traduzido por Hegel com a palavra *Gewohnheit*, hábito, que não se exerce na invisível consciência individual mas numa sede (*Sitz*) comum a muitos indivíduos. A ética é o modo pelo qual muitos indivíduos agem em comum com os mesmos padrões de comportamento, desde os corporais até os espirituais. Assim, os indivíduos que agem de certo modo, possuem certa língua comum, usam traços semiológicos comuns para se comunicar com os seus semelhantes, partilham uma ética, a qual pode, perfeitamente, ser visível a todos os que compõem o universo pensante e particularmente visível e significativa para os que possuem as chaves de interpretação dos sinais particulares a um grupo, a uma sociedade, a um povo.²⁹

Diante desta consideração percebe-se que Hegel não concebe a idéia inata de ética. Ela está intimamente vinculada à pertença a um povo possuidor de traços comuns de convivência e de convergência de marcas espirituais, hábitos, métodos, fórmulas para analisar o mundo. O “ser ético” caracteriza-se pela presença consciente em uma comunidade.

No tocante a filosofia do direito hegeliana, a inclusão da Eticidade é de vital importância para a efetivação da justiça.

A filosofia hegeliana intui a mudança cultural e filosófica, como a experiência de uma nova figura na ordem intersubjetiva, por meio da leitura lógica da supressão do Direito moderno no viés da eticidade, ou seja, emerge o Direito ético, já antecipado em *Sobre as maneiras científicas de tratar o Direito Natural*, que foi desenvolvido, explicitamente, na *Filosofia do Direito*.³⁰

Percebendo a necessidade da ética no movimento de aplicação da justiça, Hegel estrutura sua análise do direito e da justiça como um caminho contínuo e dialético de efetivação da liberdade, que parte daquilo que surge de imediato na nossa consciência e está

29 ROMANO, Roberto. In Conferências. <http://www.sescsp.org.br/sesc/images/upload/conferencias/22.rtf>, acessado em 10/07/2008.

30 BAVARESCO e CHRISTINO, 2007.

eivado de indeterminações, passando pelo *superar/guardar* das vontades particulares inerentes à imediatez até alcançar a eticidade como identidade do universal com o particular, e assim para a justiça, nesta *superação/preservação* ocorre a convergência entre direito e deveres. Passa-se, agora, a caracterizar este processo no âmbito da evolução da justiça, deste o mais imediato, ou seja, o direito natural e abstrato, passando pela moralidade, como culminância da subjetividade, até alcançarmos a eticidade como determinação objetiva e de mediação social da liberdade.

2.1 FILOSOFIA DO DIREITO EM HEGEL

Enfocando consistentes características da obra *Filosofia do Direito* de Hegel, bem como a idéia de justiça que daí advém, percebe-se uma formação tripartite que ajuda a construir o itinerário da efetivação da liberdade no espírito objetivo e absoluto.

O domínio do direito é o espiritual em geral, e seu terreno e ponto de partida a vontade que é livre, de modo que a liberdade constitui a sua substância e determinação e que o sistema do direito é o reino da liberdade concretizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo.³¹

Princípio orientador de todo o sistema hegeliano, a liberdade deve ser entendida como fonte do Direito e como princípio de toda sua filosofia especulativa. Este conceito verdadeiro e concreto apresenta o livre-arbítrio como uma determinação necessária para a efetivação da liberdade e não pode ser igualado ao conceito de ausência de restrições nos moldes do pensamento liberal clássico. É, antes disso, a propriedade daquilo que se reencontra em si mesmo após exteriorizar-se no seu contrário, numa figuração da dialética. É o Espírito que se reconcilia consigo no Absoluto, através da realização da liberdade.

Hegel ressalta importância da liberdade neste processo de reconciliação, quando na sua *Introdução a História da Filosofia*, distingue matéria e Espírito e qualifica importância da liberdade neste processo

31 HEGEL, 1997. §4.

Como a substância da matéria é o peso, assim devemos dizer que a substância, a essência do espírito, é a liberdade. Concebemos a matéria como pesada, desde que tenda para um ponto central: ela é essencialmente composta, existe de forma particular, procura a sua unidade e, portanto, procura superar-se a si mesmo buscando também o seu contrário. O espírito, diferentemente, é aquilo que contém o ponto central, não possui a unidade fora de si, pois a encontrou. Ele é em si mesmo e por si mesmo.³²

Dada a importância da efetivação da liberdade no movimento de realização do Absoluto, urge apresentarmos a modelar formulação organizada por Hegel para a concretização deste movimento dentro da esfera do direito e da justiça. É importante considerar os três momentos da *Filosofia do Direito* como orgânicos, onde cada um tem uma singular particularidade, que devem ser postos em contradição com um nível sucessivo, logicamente mais explicativo e realmente mais elevado. Segue então do mais imediato referido no Direito Abstrato, evoluindo para a intencionalidade da Moralidade, até alcançar a plenitude no Estado Ético.

Neste processo sistêmico da formação conceitual da *Filosofia do Direito* aparece primeiramente o Direito Abstrato como uma alusão ao direito romano³³, o qual será mais bem explicitado a partir de agora.

2.1.1 DIREITO ABSTRATO

O primeiro passo nesta construção hegeliana nos remete ao Direito Abstrato o qual trata de assuntos ligados à tradição do jusnaturalismo clássico, como a propriedade, o contrato, a justiça, a violência entre outros. Ao mesmo tempo em que se admite a influência de alguns valores deste naturalismo, Hegel, a exemplo de outros racionalistas, preceitua uma

32 HEGEL, *Filosofia da História*, p. 23/24.

33 A alusão ao direito romano é oriunda “da liberdade abstrata que coloca de um lado o Estado abstrato, a política e a força acima da individualidade concreta, subordinando-a, inteiramente, e que, de outra parte, cria diante desta generalidade a personalidade – a liberdade do Eu em si que é necessário bem distinguir da individualidade” (cf. G. W. F. HEGEL. *Philosophie de l’Histoire*. p. 61. Apud tradução da Fenomenologia de Jean Hyppolite (1941), tomo II, nota 75, p. 45.)

nova forma de entendimento desses aspectos. Já não sob uma visão teológica, mas sim sob a condição de validade da própria razão.

O princípio essencial deste Direito Abstrato é a pessoa e a realidade mais concreta em que se encontra a noção de pessoa é no direito de propriedade. É nele que ela se estabelece a relação com as outras pessoas, pela via da propriedade exercida sobre as coisas. O arbítrio é o máximo grau de liberdade presente nesta primeira esfera, ainda que fortemente contraditória. Pois, assim como o contrato é estipulado arbitrariamente, assim livremente pode ser anulado ou não respeitado pelos contratantes. Neste nível, não se percebe uma instância de reconhecimento objetiva.

A unidade universal, a que retorna à unidade imediata viva da individualidade e da substância, é a comunidade carente-de-espírito, que deixou de ser a substância dos indivíduos. [...] O universal, estilhaçado nos átomos dos indivíduos absolutamente múltiplos – esse espírito morto - é uma igualdade na qual todos valem como cada um, como pessoas.³⁴

A noção de pessoa é pensada no quadro da *Filosofia do Direito* como individualidade posta na determinação elementar e imediata do direito (abstrato), pela qual ele desponta antes de qualquer outra determinação. No desenvolvimento da Idéia de liberdade apresenta-se como o momento da imediaticidade, na qual “*a vontade em si singular de um sujeito*” encontra-se numa relação abstrata consigo mesma, como identidade abstrata da personalidade.

O conceito de pessoa desenvolvido por Hegel é essencial para compreensão da idéia de propriedade, de modo que este se torna a primeira forma de determinação do processo de transformação do conceito de vontade livre, ou seja, a capacidade de pensar como “*eu*” e abstrair-se de todo o resto. É importante salientar que, a exemplo de Locke, Hegel considera ilógica a propriedade sobre pessoas, pois para ele a propriedade é a posse sobre coisas e objetos que não têm vontade própria, e nunca sobre pessoas que deliberam a partir da vontade livre.

Partindo da conceituação de pessoa, ruma-se para a explicitação sobre o conceito de propriedade, não sem antes estabelecer uma diferenciação entre posse e propriedade.

A posse caracteriza-se pela relação da pessoa e a coisa, fundada na vontade do possuidor. É uma relação de fato, em que não há implicação jurídica e objetiva. A posse configura-se como a exteriorização do direito à propriedade. Nesta relação de posse, a pessoa

34 HEGEL, 1999, § 477.

dispõe fisicamente do elemento material do objeto, porém não pode alienar-se de tal elemento, em virtude de não possuir o reconhecimento de sua posse, através do direito de proprietário.

Há alguma coisa que o Eu tem submetida ao seu poder exterior. Isso constitui a posse; e o que constitui o interesse particular dela reside nisso de o Eu se apoderar de alguma coisa para a satisfação das suas exigências, dos seus desejos e do seu livre arbítrio.³⁵

A propriedade é a relação entre a pessoa e a coisa, que assenta na vontade objetiva da lei, implicando um poder jurídico e criando uma relação de direito. A propriedade propicia o exercício efetivo de um direito subjetivo e individual, ou seja, incorre ao proprietário o pleno domínio sobre a propriedade, o qual dá direito de tomar posse, a usufruir e alienar o bem do qual é proprietário.

É a minha vontade pessoal, e, portanto como individual que se torna objetiva para mim na propriedade; esta adquire por isso o caráter de propriedade privada, e a propriedade comum, que segundo a sua natureza pode ser ocupada individualmente, define-se como uma comunidade virtualmente dissolúvel e na qual só por um ato do meu livre-arbítrio eu cedo a minha parte.³⁶

A propriedade privada é a expressão primeira da liberdade do homem³⁷ e a natureza tem como única utilidade permitir esta liberdade; ela é o meio pelo qual o homem se reconhece como ser livre. Sem apropriação, a natureza é inerte e o corpo estranho ao espírito. Esclarecendo este conceito afirma-se que a propriedade tem sua origem na necessidade do sujeito de objetivar a sua vontade, de maneira a constituir-se como conceito. Não obstante, a propriedade proporciona ao indivíduo uma primeira *realização/efetivação* do seu ser. Embora contingente e imediata essa realização pessoal é o momento abstrato propulsor para o movimento dialético da *superação/preservação*

Através da propriedade a pessoa inicia seu processo objetivação. Esse movimento de tornar-se proprietário ocorre por meio da apropriação corporal, pela elaboração e por designação da propriedade. Observa-se que para Hegel, a forma ideal de efetivação da propriedade é através da elaboração, isso porque no trabalho é onde a objetivação se concretiza, e o homem aperfeiçoa sua capacidade de racionalmente transformar a natureza,

35 HEGEL, 1997, § 45.

36 HEGEL, 1997, § 46.

37 A justificação da propriedade e de sua apropriação parte do indivíduo singular imediato.

que deixa de seu exterior (*posse*) e passa a ser assimilada para a satisfação das necessidades (*propriedade*).

O Espírito Objetivo inicia pelo Direito Abstrato a empreitada de constituição jurídica, que da abstração pretende a universalização, através de um processo de determinação.

Ao reconhecer o direito da propriedade, Hegel lança bases para a configuração do contrato como um dos pilares do Direito Abstrato, isto porque no contrato só é viável se houver reconhecimento do direito de dispor da propriedade. Baseado nas vontades pessoais, o contrato nasce da necessidade de regulamentar as relações oriundas deste reconhecimento. A liberdade concretizada inicialmente nas coisas e nos objetos externos, necessita de um direito que a reconheça, isto ocorre no direito à propriedade, porém o homem não é solitário no mundo, e a existência de outras pessoas impõe uma limitação a esse direito de apropriação das coisas. O contrato surge em virtude desta limitação.

Para Hegel, esse processo inicia-se por meio de uma relação individual, que diz respeito ao próprio indivíduo, o qual coloca a sua vontade em um ser-ai exterior (*Dasein*); depois, passa para a relação com outro indivíduo, assumindo, então, a forma do contrato e culmina por meio do enfrentamento com o negativo; isto é, da vontade subjetiva que quer algo que se opõe ao direito formal, estando diante do que se caracterizarão em diferentes graus de oposição ao direito, como fraude, coerção e crime.³⁸

A idéia de justiça não é explicitamente trabalhada por Hegel, mas no interno de seu sistema especulativo o tema da justiça aparece numa relação direta com a efetivação da liberdade. E nesta construção surge a figura do direito como terreno para efetivação desta liberdade. Porém Hegel deixa claro que a efetivação da justiça não está plenamente restrita ao direito, mas a partir de sua mediação é que as realidades singulares e particulares ganham reconhecimento na vontade objetivada. Ao direito cabe a tarefa de organizar a atividade humana em direção de uma vida ética.

Ora, assim, o direito é o instrumento de mediação que vai permitir as figurações da justiça, cujo plano de aplicação é o quadro político que se efetiva historicamente através das instituições, as quais no seu todo, configuram a Constituição de um povo organizado sob a forma do Estado.³⁹

38 ROSENFELD, 1995, p. 76.

39 BAVARESCO, 2005, p. 90.

A ruptura do contrato leva, nesta etapa, a um delito, e em consequência na imputação de uma pena. Hegel estabelece que essa ruptura jurídica configura-se em injustiça ou a violação da afirmação da vontade livre.

A “injustiça” vem a ser, para Hegel, um fato, localizável em qualquer sociedade, que lhe permite expor como o ser em si da vontade (o contrato) pode interiorizar-se na ação arbitrária e injusta de uma vontade que logra fazer com que apareça um direito que, do fundo da objetividade, reclamava a sua efetuação.⁴⁰

A concepção de justiça que se insere no Direito Abstrato, é uma justiça separada da totalidade, ou como define Rosenfield “*baseada na negação imediata, não-refletida, própria do movimento não-mediatizado de passagem de um termo ao outro.*”⁴¹

Cabe salientar que a abstração da vontade, característica marcante deste modelo de direito, resultou nos fanatismos e nas conseqüentes destruições de povos em nome da purificação das raças e do fundamentalismo religioso ou político.

Após a explicitação do qual tipo de justiça se insere neste Direito, surge a questão sobre a não-conformação com este modelo, ou a injustiça. A injustiça está vinculada à noção de incompletude que se estabelece nas relações contratuais, ou seja, não há um verdadeiro reconhecimento das vontades individuais contratadas. Aquele que pratica o delito, *i.é.*, comete injustiça está consciente de que é afetado pelo contrato no limite do que foi acordado, mas o descumpre no momento em que não vê suas necessidades sendo satisfeitas. É a negação da essência do contrato.

De fato, nos termos do § 82 da *Filosofia do Direito*, o contrato, enquanto figura plasmada do reconhecimento é, ao mesmo tempo, essência e aparência, universalidade e contingência, porque é a relação da essência com o seu aparecer (Adendo ao § 82 FD). Quando desta relação passa a prevalecer uma aparência que se põe como independente da essência, a ponto de tornar-se por si, tem-se a negação da essência, ou a negação do direito em si, ou a injustiça, à qual correspondem momentos diferenciados: a injustiça civil ou de boa fé, a fraude e o delito.⁴²

Em relação à questão da injustiça, Hegel mostra duas fases distintas: na obra juvenil “*O espírito do cristianismo e seu destino*” elabora a tese de que aquele que pratica o

40 ROSENFELD, 1995. p. 88-89.

41 HEGEL, 1984, p.45.

42 BAVARESCO, A. e CHRISTINO, S. IN www.filosofialatinaamerica-uk.org acessado em 24/07/2008.

crime, mesmo consciente de que está agindo contrariamente à vida do outro, ele destrói a sua própria, pois a vida é universal, embora em cada indivíduo ela esteja particularizada. E neste caso a injustiça é reparada na dialética do amor, já no período ienense, ele prega que a restituição da objetividade só é possível através da pena.

Outra característica do injusto está relacionada à violência decorrente do extravasamento do aspecto individual e o afetar da exterioridade de outro, sem seu consentimento, ou sem que isso seja um bem para ele. Então, a violência, nessa passagem, surge como, predominantemente, um cerceamento da liberdade do outro, seja na forma do dano material, coação e no próprio crime.

Hegel admite que o contrato seja justificável no nível dos projetos volitivos pessoais do direito privado, no entanto ele não admite que esse limite seja extrapolado numa tentativa de impô-lo como instrumento válido no âmbito de direito público, o que seria o mesmo que impor uma vontade particular sobre a vontade geral de um povo. E mais, insiste na objetividade transindividual da vontade geral.

Deve-se recordar o conceito fundamental: o de que a vontade objetiva é o racional em-si no seu conceito, seja ele reconhecido ou não pela vontade singular e seja ou não desejado pelo querer dessa [...]. Não basta saber o que se quer, [mas] o que quer a vontade que é em-si e para-si, ou seja, a razão.⁴³

A concepção de justiça hegeliana, fiel à matriz dialética, se efetiva na concretização do movimento histórico, no qual os interesses opostos são compostos de forma a *superar/guardar* as vicissitudes individuais. Essa nova fase idealista de justiça culmina numa nova forma de estruturação jurídica e política da comunidade. O itinerário desta efetivação encontra, no Direito Abstrato, limitações decorrentes da insuficiência do caráter imediato e singularizado, que carece de determinações a fim de alcançar a universalidade.

Enfim, pode-se afirmar que o caminho do Espírito Objetivo, iniciado no Direito Abstrato, tem como meta a constituição da personalidade jurídica e objetivação da vontade do indivíduo por meio da posse e, de forma ainda mais determinada da propriedade, que culminará com o contrato. Esse é o momento onde as vontades proprietárias são reconhecidas enquanto tais, reciprocamente. Ocorre que esta esfera é só o primeiro passo. A incapacidade do Direito Abstrato em satisfazer todas as necessidades dos membros torna superficial este

43 HEGEL, 1984, p. 402.

primeiro passo no caminho da efetivação da liberdade. É necessário evoluir dialeticamente para um novo conceito fundamental: a Moralidade.

2.1.2 MORALIDADE

Comprovada a insuficiência dessa primeira determinação do Espírito Objetivo avança-se, dialeticamente, ao nível da moralidade. A passagem do Direito Abstrato para a Moralidade, ocorre na mudança do que era vontade em si passando a ser para si por meio da contradição originada na injustiça.

A subjetividade, presente na moralidade, surge como o princípio motor da ética, onde a ação moral do sujeito é central na discussão. Os juízos morais, a relação entre o sujeito e o bem, a interioridade do sujeito são os conteúdos fundamentais desta condição moral do conceito do Direito.

No âmbito da Moralidade o indivíduo pergunta pelas intenções e propósitos que movem o agente e exigem que a responsabilidade seja aceita sob duas condições imprescindíveis, que são o saber e o querer. É o campo das responsabilidades pelas ações morais na relação com as outras subjetividades.

Na exteriorização a vontade reconhece como seu o que ela soube e quis fazer. Só um ato livre pode ser responsabilizado. É o direito de saber que cada indivíduo tem. Pode-se, então, dizer que a moralidade trata das condições da responsabilidade subjetiva. A subjetividade, no entanto, lembra Hegel, não é somente formal, mas, 'enquanto infinito autodeterminar-se da vontade, constitui o formal da vontade.'⁴⁴

O momento da moralidade permite a clareza da subjetividade no seu caminho rumo à idéia do bem, a qual se revelará como essência. Para isso a moralidade será a superação da particularidade, mas, também, a sua conservação. Apesar desta busca do bem,

44 WEBER, 1999, p. 99.

encontra-se implicitamente a idéia do mal⁴⁵, sendo distintos apenas pela vontade de agir. Ao exprimir essa vontade, o ser precisa estar no gozo da plena liberdade para optar pelo bem em relação ao mal.

A moralidade tem em seu contexto a idéia que é preciso reconhecer no seu semelhante aquilo que deseja para si, decorrente do engajamento na totalidade. Esse movimento dialético supera o mais abstrato da coisa em si e, através de mediações, alcança o mais alto grau de subjetividade representada pela consciência de si.

É uma consciência-de-si para uma consciência-de-si. E somente assim ela é, de fato: pois só assim vem-a-ser para ela a unidade si mesma em seu ser-outro. O Eu, que é objeto de seu conceito, não é de fato objeto. Porém o objeto do desejo é só independente por ser a substância universal indestrutível, a fluida essência igual-a-si-mesma. Quando a consciência-de-si é o objeto, é tanto Eu quanto objeto.⁴⁶

Hegel, com efeito, insere na concepção de moralidade a idéia de uma consciência moral subjetiva, que sabe da existência de um todo social objetivado e que constitui a condição material de sua realização. Esta é a novidade do movimento dialético, ou seja, a moralidade tem consciência da totalidade a qual está inserida e de sua condição de *superar/guardar* o estado do direito natural, ao mesmo tempo como é precedente à Eiticidade. Essa movimentação helicoidal⁴⁷ da dialética é responsável pela presença de caracteres mais imediatos do direito em todos os conceitos fundamentais posteriores, na medida em que o movimento dialético estabelece a não-eliminação da diferença. O mesmo ocorre com as outras etapas desta conceituação.

Inserindo o ato livre do homem numa historicidade (a sociedade e suas instituições), Hegel opõe-se à abstrata moral kantiana, apoiada em regras ou normas deontológicas ou no formalismo dos deveres, independentemente da intenção de fazer um bem ou realizar um fim. Em Kant a ação é moral, numa de suas tipificações, é considerada

45 Hegel integra o mal no saber universal da especulação filosófica, incorporando-o em um plano universal, reconhecendo-lhe uma função e uma significação. É, pois, no processo dialético do Espírito Absoluto que se pode abordar corretamente o problema do mal. Bem e mal fazem parte do processo.

46 HEGEL, 1999, p.141-142.

47 Edgar Morin descreve assim a dialética: “Assim como na lógica hegeliana a dupla ser-nada é indissociável, e dá origem ao devir, assim também a dupla morte-vida é indissociável, e a única amortabilidade possível reside na mudança - na mutação, na metamorfose”. Deste modo, a circulação palindrômica poderia transformar-se em figura helicoidal, em espiral cujo primeiro passo pode ser dado pela tranqüila meditação sobre a ciência ou ainda, - por que não? - pela criatividade do artífice”.

como aquela que é cumprida não por um fim, mas pela máxima que a determina. Em síntese pode-se afirmar que para Kant, uma ação moral não pode ser suficiente para ser coerente com o dever, deve ser também cumprida pelo dever.

O Direito baseado exclusivamente no âmbito da moralidade é orientado à mera aplicabilidade de normas e precedentes já petrificados no âmbito do pensamento jurídico. Isso porque não há como julgar além do fato e da intenção confessa⁴⁸. Neste caso o direito se restringe ao mero formalismo e na positivação dos preceitos da sociedade. A justiça formal baseia-se na conformidade exterior à regra, à norma, sem envolver a adesão da consciência.

A idéia de justiça presente neste momento do itinerário de efetivação é derivada do processo de singularização, ou seja, ocorre um movimento de particularização das ações de modo a que cada um responde pelo ato exclusivamente praticado por ele e na medida do que é possível prever de sua ação.

A justiça oriunda deste processo é baseada na subjetividade. O que num ato de exacerbação deste tipo de justiça justificaria a vingança e a justiça pelas próprias mãos. A aplicação do direito no âmbito da moralidade não permite a alegação de que se pode imputar responsabilidade àquele que praticou o ato sem a intenção, ou seja, só se pode punir por aquilo que realmente quis fazer.

Efetivamente a moralidade não permite a suplantação da responsabilidade subjetiva da pessoa, ocupando-se, exclusivamente, das virtudes da alma e das condições subjetivas da ação correta. Na moralidade o indivíduo isolado pergunta pela forma do agir correto na busca de um bem individual. A moralidade afirma condutas que alguém, em particular, pode pretender que sejam universais, mas que sendo determinadas por interesses econômicos privados, não possibilitam a realização universal da liberdade dos seres humanos de modo ético.

O esgotamento deste modelo é evidente a partir da constatação de que a comunidade exige um conceito de justiça mais amplo que ultrapasse os limites do individualismo, do egoísmo e da subjetividade. A sociedade espera que a justiça e o direito

48 No nível da moralidade, uma ação só pode ser julgada levando-se em consideração o fato em si, e a intenção confessa do ato. Por exemplo, numa briga tem-se a intenção de acertar um soco num oponente, mas no momento que se acerta o soco, ele cai com a cabeça numa pedra e morre. Só há como ocorrer julgamento pelo soco, pois se pode alegar que não havia intenção de matar.

fortaleçam a formação de um estado democrático e constitucional. Respeitando o movimento dialético que permeia todo o seu pensamento especulativo, Hegel exige a passagem da Moralidade à Eticidade num sinal de superação da abstração ainda presente nos dois momentos anteriores. As palavras de Bárbara Freitag elucidam a distinção e a conseqüente superação dialética da moralidade na eticidade.

A polaridade entre indivíduo e sociedade, a consciência moral subjetiva e a consciência moral objetiva, é retomada na obra de Hegel sob o ângulo da dialética entre moralidade e eticidade. Na filosofia do Direito, Hegel lembra a origem comum dos dois termos, atribuindo-lhes, contudo, um significado lógico distinto, denotando diferenças importantes na elaboração da questão da moralidade. A moralidade hegeliana é uma figura do espírito, que inclui a consciência moral subjetiva, mas não é redutível a ela. A eticidade é uma figura do espírito que leva em conta a moralidade coletiva, objetivada em instituições sociais, sem esgotar-se nela. Esta dialética entre moralidade e eticidade tenta incluir na reflexão dois aspectos, o do comportamento da ação moral do sujeito, por um lado, e o da sociedade - o comportamento moral dos atores inseridos em contextos sociais globais - por outro lado. Hegel, com efeito, insere na concepção de moralidade a idéia de uma consciência moral subjetiva, que sabe da existência de um todo social objetivado, que constitui a condição material de sua realização. Assim como a eticidade, enquanto moralidade institucionalizada nas formas sociais da família, da sociedade civil, do Estado, sabe da existência e da necessidade de atuação, no seu interior, de consciências morais subjetivas, singularizadas em indivíduos concretos.⁴⁹

Passa-se, então da “*moralidade subjetiva que não determina nada*”⁵⁰ e que na crítica ao formalismo kantiano empreendido por Hegel aparece, na visão de Kervegan, como vazio e estéril e incapaz de concretizar determinações de conceitos, para uma “*(...) racionalidade ao mesmo tempo subjetiva e objetiva que descortine a verdade da qual a primeira é portadora ao revelar as condições objetivas, de ordem histórica e política, de sua efetividade. A moralidade se realiza na ética*”⁵¹. Aqui se abre caminho para a Eticidade que permite a concretização do movimento autodeterminante da liberdade humana através da história.

A moralidade subjetiva não permite a concretização da responsabilidade pelas conseqüências não previstas, reduzindo a aplicação do direito ao nível de uma ética das intenções. Diferentemente de Kant, Hegel estabelece a necessária relação entre as

49 FREITAG, 1992, p. 125.

50 HEGEL, 1997, § 134.

51 KERVEGAN, 1990, p. 43.

conseqüências, previstas ou não, e a responsabilidade sobre essas mesmas ações. É neste, momento do processo de efetivação da liberdade que Hegel detecta a insuficiência da moralidade, e sustenta a superação dialética desta determinação. Insuficiência marcada pelo esvaziamento do sentido ético e das máximas analisadas⁵² e, conseqüente, distanciamento entre a substancialidade e o fato moral.

2.1.3 ETICIDADE

A moralidade subjetiva não alcança a plena objetivação, no sentido que a responsabilidade subjetiva baseada na realização livre e espontânea é falível e incompleta. A esfera da eticidade exige que, além das condições subjetivas, o indivíduo esteja consciente das variáveis e conseqüências relevantes na concretização do ato, mesmo que estas não estejam plenamente configuradas no momento do ato. Para Hegel, essa insuficiência impede que haja responsabilização ética pela execução da ação.

O homem nem sempre pode o que quer, nem quer sempre o que pode. Ademais, sua vontade e seu poder não concordam com seu saber. Quase sempre as circunstâncias externas determinam a sua sorte.⁵³

O conceito de eticidade é essencial para o entendimento do pensamento hegeliano, no sentido de que objetiva os costumes, hábitos individuais, elevando-os à condição de partícipes do todo substancial, que em síntese comporta todas as individualizações do direito abstrato, bem como as subjetividades de dever moral, permitindo a unificação entre subjetividade e objetividade no conceito do Estado Absoluto. Ou como lega Hegel na sua

52 Habermas ao analisar o tema, afirma que, para Hegel, a abstração do conteúdo concreto de máximas e obrigações impostas pelo princípio do imperativo categórico faz com que a sua aplicação seja necessariamente tautológica, na medida em que "qualquer máxima pode tomar a forma de uma lei universal" Da mesma forma, "como o imperativo categórico prega a separação entre o universal e o particular, um julgamento considerado válido em termos deste princípio necessariamente permanece externo aos casos individuais e insensível ao contexto particular do problema a ser solucionado" (Habermas, 1986, 16).

53 D'HONDT. 1966:217. p.105.

Enciclopédia das Ciências Filosóficas, “a eticidade é a conclusão do espírito objetivo, a verdade do próprio espírito subjetivo e objetivo”.⁵⁴

Hegel, num movimento dialético, estabelece que a necessidade de dar um passo adiante, naquilo que ele denomina de insuficiência do formalismo kantiano⁵⁵⁵⁶. Segundo, sua crítica, não é facultada a uma sociedade fundamentada na totalidade ficar estagnada na esfera do “*dever pelo dever*”, sem preocupar-se com os efeitos não-estimados ou subestimados de tais atitudes. E, neste intento, apresenta a moralidade objetiva ou eticidade.

Na sua consideração sobre a constituição da eticidade de Hegel, Nythamar de Oliveira esclarece o momento da superação do direito abstrato e da moralidade pela eticidade.

Para Hegel, "eticidade", "moralidade objetiva" ou "vida ética" traduzem "a unidade e a verdade destes dois momentos abstratos" que são o direito e a moralidade --tratados, respectivamente, na primeira e na segunda parte da Filosofia do Direito. A filosofia dialética de Hegel opera, assim, um deslocamento conceitual do ético, no nível mesmo da sua fundamentação, que transparece agora na efetividade (*Wirklichkeit*) racional de sua autodeterminação --visto que a moralidade subjetiva não determina nada.⁵⁷

A Eticidade trata das determinações objetivas ou da mediação social da liberdade. Tem, portanto, um conteúdo e uma existência que se situa num nível superior ao das opiniões subjetivas e caprichos pessoais incorporados nas instituições e nas leis. É o momento da *superação/preservação* no conflito entre razão e sensibilidade, onde se infere que o verdadeiro não está nas coisas sensíveis, nem no singular das ciências, mas sim no campo da reflexão especulativa. Aqui Hegel estabelece, em contraponto à Kant, que a razão sai do nível da subjetividade e passa a ser uma razão histórica⁵⁸. O grande desafio de Hegel na aceitação

54 HEGEL, 1995, p.317.

55 A crítica hegeliana ataca os postulados de causalidade do formalismo kantiano e busca uma nova construção moralista do mundo em três postulados: a moralidade exige em sua totalidade que o dever seja feito, torne-se real; há uma falta de produção harmônica entre o dever-ser e o ser, o dever não poderia permanecer no dever-ser; e o acordo entre forma e conteúdo da moralidade não é dado neste mundo, é transferido na consciência de um santo legislador situado fora do mundo cf. HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. Op. cit. § 617, p. 421.

56 Para crítica ao formalismo kantiano vide § 135 da *Filosofia do Direito*.

57 OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Kant, Hegel e a Fundamentação Normativa da Ética in <http://www.geocities.com/nythamar/kant1.html>.

58 Para Hegel a razão é histórica: as mudanças, as transformações da razão e de seus conteúdos são obras da própria razão. Ela dá sentido ao tempo.

da razão histórica diz respeito ao momento em que ele assume que a contradição não deve ser eliminada da história para que esta se concilie com a razão, mas ao contrário, ela é integrada à história, tornando-se o seu motor.

No âmbito da eticidade, o conceito de Direito supera as suas divergências e contingências e se reconcilia no conceito do Espírito Absoluto e nele encontra a sua substância.

As figuras da eticidade são formas da realidade do livre-arbítrio, formas de vida da liberdade. Enquanto tais, elas possuem certamente uma dimensão jurídica, embora não se dissolvam nela, nem se deixem reduzir a ela. Em oposição a isso, o direito, no sentido estrito do "direito formal", e a moralidade são "*ambos abstrações cuja verdade é propriamente a eticidade*".⁵⁹

O conceito de Direito supera a mera determinação das bases subjetivas do fato e passa a ser considerado com um ordenamento em que os conteúdos consolidados do ético, as potências éticas que escapam às preferências e opiniões subjetivas de cada um são as leis e instituições que são em si e para si. A realização da idéia de justiça neste momento especulativo é a justiça efetiva ou concreta situada no nível da razão. Este conceito de justiça visa a superação do purismo voluntarista da justiça abstrata bem como da cisão entre legislação e justiça do justiça formal.

Segundo Bavaresco⁶⁰, o modelo de justiça hegeliano estrutura-se na idéia de justiça como reconhecimento, e conclui nas seguintes teses: idéia de justiça baseada na simetria do justo; oposição ao modelo fragmentário dos fatos e das leis; e suprassunção das contradições da justiça formal na eticidade estatal.

No ético as dimensões de direitos e deveres se completam, ou mesmo são coincidentes, ou "*por meio do ético, o homem tem direitos, na medida em que tem deveres, e deveres, na medida em que têm direitos*"⁶¹. Essa realidade nos permite compreender que para participar deste processo é preciso ser integrante de uma comunidade ética, no que concerne o respeito às diretrizes desta comunidade, seja como autor seja como membro afetado

Para Hegel, o homem, é antes de tudo, membro de uma comunidade e, abstratamente considerado, carece de efetividade. Ele seria uma espécie de

59 JAESCHKE, 2004, p. 4.

60 BAVARESCO, 2005, p. 127.

61 HEGEL, 1997, § 155.

ficção do espírito, pois, no momento de o pensarmos, sempre o fazemos a partir de suas condições de vida, enquanto pertencente a diferentes formas comunitárias, chamadas, por Hegel de éticas.⁶²

O que neste caso exclui os escravos e os estrangeiros e desconsidera a participação política das mulheres, que segundo ele são incapazes de atingir a totalidade da experiência social e política. As nações que, segundo Hegel, não constituem um povo, no sentido pleno admitido por ele, estão excluídos deste modelo de totalidade ética. Para clarear em Hegel a idéia de povo, tem-se:

Um povo não é uma soma de indivíduos, mas uma totalidade orgânica caracterizada por um modo particular de viver e de pensar, por um sistema determinado de regras de conduta, a que Hegel justamente dá o nome de eticidade. O povo é uma totalidade ética. Enquanto totalidade ética, não é mais um artefato, o produto artificial de indivíduos esparsos e separados que se reúnem em sociedade por vontade deliberada, mas um fato natural, um produto da história ou, se quiser, do espírito universal, cujos obscuros e muitas vezes inconscientes executores são os indivíduos.⁶³

A eticidade exige a mediação social, onde o indivíduo após a superação de suas opiniões contingentes, se torna membro (*mitglied*), e como membro sua vontade deve ser mediada pela vontade do outro, a fim de alcançar a universalidade e assim possibilitar a convivência entre os participantes desta sociedade. Este sentimento de pertença é que configura a evolução do nível mais imediato à condição de cidadão da sociedade civil, até se converter no homem ético.

Hegel deixa claro que o ponto de vista moral do sujeito, com sua ação e seu julgamento, não faz sentido fora da sociedade, e esta, por sua vez, precisa ser regida por princípios éticos, normas de ação válidas para todos e conscientizadas e respeitadas por cada um. O Estado ou a sociedade civil não teriam existência própria se não fossem mantidos e renovados, em sua existência ética, por sujeitos dotados de liberdade de ação, moralmente conscientes da responsabilidade que essa liberdade lhes impõe e que reconhecem como válidas as leis gerais.⁶⁴

62 ROSENFELD, 2002, p. 52.

63 BOBBIO, 1981, p.71.

64 FREITAG, 1992. in <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/textos/josegeraldo.html> acessado em 27/06/2008.

Como membro da sociedade o homem é instado a superar suas vontades naturais e aprender através da Pedagogia⁶⁵ a arte de tornar-se ético, ou seja, de “*converter a sua primeira natureza em uma segunda natureza espiritual, de tal maneira que o espiritual sem converta em hábito*”.⁶⁶

Um conceito especial no itinerário da eticidade diz respeito à família – como substancialidade imediata - considerada como a primeira esfera do ser social que define regras comunitárias de ação para seus membros, inaugura o processo de conquista da liberdade do indivíduo ao nível da eticidade ou da integração ética. Para Hegel é na família que o indivíduo aprende a mediar sua vontade, condição primeira para trilhar o caminho da ética.

Hegel realça a importância da família, a qual considera como agência facilitadora nas funções da integração ética e como elo entre as normas de convivência social e a compreensão da singularidade de cada indivíduo. É na família que o indivíduo fortalece o sentido de pertença a um grupo social. Embora, ainda, de maneira reduzida ela elabora uma síntese do social com as necessidades pessoais de cada membro do núcleo familiar. Ressalte-se que na teoria hegeliana a família possui um caráter indissolúvel. Ela constitui um exemplo de solidez e de amparo no desenvolvimento ético de cada membro.

A relação de gênero consolidada no encontro entre o homem e a mulher num movimento voluntário de reconhecimento imediato e recíproco de um no outro é o ponto de partida da realização da família, ou como diz o próprio Hegel:

() os sexos são pura e simplesmente na relação, por um lado, o universal, por outro, o particular; não são absolutamente iguais; portanto, o seu ser-um não é segundo o modo do conceito absoluto, mas, porque se realizou, é o sentimento sem diferença. A aniquilação da forma própria é recíproca, mas não absolutamente idêntica; cada um intui-se no outro, como simultaneamente algo de estranho, e isto é o amor.⁶⁷

A referência ao amor se intui da complexidade da unidade que necessita de um elemento agregador que possibilite a transposição da individualidade para a unidade. O amor

65 Em Hegel, para que o indivíduo possa alcançar este estatuto maior da universalidade, é preciso que ele abandone os impulsos de sua primeira natureza onde predomina a imediatez e apela-se ao egoísmo. Uma vez superada a natureza primeiramente biológica — egoísta —, o indivíduo poderá ascender a um grau superior constituindo-se nele uma segunda natureza. Isto não acontece espontaneamente. É preciso haver um trabalho pedagógico sistemático de formação para aquele que não sabe, a fim de que pelos conteúdos e pela disciplina ele possa alcançar um conhecimento maior, mais elevado.

66 HEGEL, 1997, § 151, adendo.

67 HEGEL. 1991, p.22.

leva o indivíduo a transcender a sua singularidade, e a desenvolver a consciência de que não é uma pessoa para si, mas sim um membro daquele grupo familiar.

Amor significa, em geral, a consciência da minha unidade com um outro; de modo que eu, para mim, não sou isolado, mas conquisto a minha consciência-de-si, somente enquanto renúncia do meu ser para si e mediante o conhecer-me, nessa unidade de mim com outro, e do outro comigo. Mas o amor é um sentimento, que é a eticidade na forma da naturalidade; no Estado, isso não é mais, porque se é consciente da unidade enquanto lei; seu conteúdo deve ser racional e eu devo conhecê-lo. O primeiro momento, no amor, é que eu não desejo ser uma pessoa autônoma para mim e que, se fosse tal, me sentiria debilitado e incapaz. O segundo momento é que eu me conquisto em outra pessoa, que eu valho nela, e que ela, por sua vez, se alcança em mim.⁶⁸

O indivíduo por razões sociais, econômicas ou culturais extrapola o âmbito do grupo familiar e busca seu reconhecimento nas instituições e corporações, inaugurando um novo nível de pertença, a que Hegel chamará de sociedade civil.

A sociedade civil é constituída por um conjunto de indivíduos e grupos privados já ativamente envolvidos na vida pública – decorrente de sua participação na família – porém num nível mais externo e menos completo que o Estado. Nesta etapa, a sociedade civil, através de suas corporações, oferece ao indivíduo a possibilidade de superar seu interesse egoísta. Diferentemente das relações abstratas e particulares do direito privado presente no estágio do Direito Abstrato, na sociedade civil o Direito tem a função de coordenar as ações das partes entre si, de forma a possibilitar a gerência do Estado no controle destas ações. É o estágio intermediário vital para a constituição do Estado Absoluto no qual são regulamentadas as relações privadas, não mais pelos contratos bilaterais, mas com o aval da sociedade civil e supervisão de instâncias devidamente reconhecidas para este controle, no caso a polícia e o judiciário. A administração pública e o poder judiciário são examinados neste nível do itinerário de concretização de liberdade.

(...) por meio da polícia e da corporação, o Estado penetra na estrutura jusnaturalista da sociedade civil para controlar, relativizar e superar a contingência do mercado e o seu antagonismo social, transformando a racionalidade econômica e estratégica em aparência, porém necessária, da racionalidade ética.⁶⁹

68 Idem, 1997, § 158.

69 MÜLLER, 2000, p. 9.

Em uma apreciação sobre o tema, Delamar Volpato considera o começo da sociedade civil vinculado ao sistema de necessidades, marcadamente presente no mercado e no trabalho. E concebe que as demais figuras que se seguem, como a administração da justiça e a corporação não tenham determinações próprias, mas sejam reflexos das atividades do mercado.

Assim, a administração da justiça visaria a resolver conflitos que o mercado não resolveria por si e a administração pública visaria a resolver as disfunções do mercado, como é o caso da própria atividade do que veio a ser apelidado, posteriormente, como seguridade social, com atividades previdenciárias, de atendimento à saúde e de assistência social.⁷⁰

Bavaresco e Christino⁷¹, ao analisar a estrutura da administração da justiça hegeliana, constata a existência de três momentos: a efetividade objetiva do direito é conhecida através da tomada de consciência das leis; a existência empírica das leis sob a forma de um código; e a aplicação da lei, *conhecida como universalmente válida* para todos pelo tribunal.

O primeiro passo infere ao direito um caráter público e a sua objetividade está condicionada a aceitação e à possibilidade de contestação. Este primeiro momento pretende formar o homem à prática da justiça e elevar a consciência do indivíduo à forma universal da cultura. Sua efetividade está intimamente ligada ao fato de que o direito deve ser conhecido pela consciência como válido universalmente a ponto de superar a contingência e a contradição.

O segundo momento deriva da codificação. A lei publicada na forma de código e ratificada por um Parlamento é a condição necessária para a efetiva submissão da pessoa às leis. Esse conjunto de leis deve estar aberto às inovações históricas e susceptível às determinações jurídicas. Há, ainda, alerta sobre a formação dos códigos.

Um código não é uma reunião aleatória de materiais jurídicos, mas é a expressão de uma intervenção consciente sobre os costumes e hábitos de justiça de uma época, de modo a elevá-los à sua universalidade imanente. Trata-se, desde já, de mostrar que o simples pensamento formal está em

70 DUTRA. 2006, p. 55-65.

71 BAVARESCO e CHRISTINO, Hegel e o Direito: Modelo de Justiça Hegeliano. In http://www.filosofialatinoamerica-uk.org/files/Hegel_e_o_Direito_modelo_de_justi_a_hegelia_no_2_1_.doc acessado em 08/08/2008.

marcha para a formação do conceito, ou seja, a efetivação do pensamento especulativo da razão.⁷²

O tribunal surge como a instância mediadora entre a vontade individual e a positividade da norma. Em cada caso particular cabe ao tribunal agir com imparcialidade e objetivamente para resolver a contenda à luz da lei. A existência do tribunal como disposição do poder público garante a proibição das vontades particulares em fazer a justiça pelas próprias mãos. Porém, mesmo o tribunal exercendo suas determinações e as publicizando, ainda não consegue reconciliar as individualidades no conjunto do sistema. A existência das corporações e da administração pública no nível da sociedade civil tem o intuito de corrigir as injustiças reinantes nas relações estritamente contratuais e fornecer subsídios para a plena efetivação da liberdade no Estado.

Na sociedade civil acontece a elevação, pela necessidade natural e pelo arbítrio das carências, da singularidade à liberdade formal e à universalidade formal do saber e do querer. Em determinado momento de sua *Filosofia do Direito* Hegel afirma que a “*sociedade a civil é só um meio para o fim da universalidade*”.⁷³

Inaugura-se com a sociedade civil um espaço novo que se estende entre o direito privado e o direito público, representado pela lei que, segundo a visão de Bobbio, se encontra entre o contrato e a Constituição. Agora, mediante a lei o direito se torna positivo, e pode ser universalmente aceito e conhecido. A exaltação da lei é ressaltada na afirmação “*que só a vontade que obedece a lei é livre*”.⁷⁴

A lei estabelece uma relação tênue entre a sociedade civil e o Estado, a ponto de Hegel afirmar que a liberdade de cada cidadão dentro do Estado só é efetivada pelo fato de ele ser um cidadão submetido às leis. Porém, apesar de ser a favor da codificação, Hegel pronuncia-se de maneira contrária a absolutização da lei, sob pena de consagrar o fracasso absoluto do direito.

Embora goze de máxima precisão, por mais objetiva que venha a ser a lei, quando se propõe esta tarefa (mera aplicação do direito), jamais poderá alcançá-la, primeiro porque se refere a pessoas, que não são coisas estáticas, que estão vivas, em desenvolvimento; jamais poderiam ser encapsuladas em descrições abstratas. Por outro lado, da mesma maneira, verifica-se a incomensurabilidade das situações a ser regradas, e assim a legislação, de

72 Ibid.

73HEGEL, 1997, §184.

74 Idem, 1995, p. 105.

novo, estará tratando de uma totalidade a partir de abstrações que privilegiam um ou outro aspecto contingente da realidade.⁷⁵

As leis por serem estáticas e dotadas de um conteúdo específico não podem adaptar-se perfeitamente a cada caso, e não conseguem resistir às mudanças temporais e circunstanciais de cada povo ou nação. Exige-se constante aperfeiçoamento e confrontação com novas regras, pois se um juiz se ativer a uma só lei, corre o risco de não efetivar a justiça.

Desta forma, a sociedade civil tem seu caráter de oposição ao Estado, mas ao mesmo tempo, desenvolve um senso de complementaridade. É o espaço das contradições de interesses individuais e de classe, e de disputas de poder que remetem à necessária mediação do Estado. Ou na via negativa, defendida por Bobbio, “*negativamente, por sociedade civil entende-se a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado*”.⁷⁶

A sociedade civil, modernamente inclui-se os sindicatos, as associações de moradores, movimentos sociais, ajuda a prover a subsistência do particular frente às agruras do mundo econômico e mercadológico, bem como torna estes indivíduos, membros de uma comunidade ética particular, sendo, notadamente, um elo intermediário entre a substancialidade da pessoa e a universalidade do Estado. No §252 de sua *Filosofia do Direito*, Hegel, também, define a sociedade civil com uma segunda família, que apesar das limitações subjetivas os orienta no sentido do universal e do coletivo.

Os interesses individuais, superados e guardados na eticidade se realizam no encontro com o verdadeiro fundamento de toda esta estrutura: o Estado é a superação dialética das etapas anteriores da família e da sociedade civil no sentido de que mostra a “*realidade efetiva da idéia ética*”.⁷⁷

Última e definitiva instância mediadora das determinações da liberdade humana é, portanto, o Estado. Embora, historicamente, seja anterior a sociedade civil, na lógica da realização da liberdade, o Estado é posterior à sociedade civil. Isso significa que aquele é a instância necessária para articular e administrar os conflitos e as contradições desta.⁷⁸

75 HEGEL, 2007, p. 19.

76 BOBBIO, 1985 p. 33.

77 HEGEL, 1997, § 257.

78 WEBER, 1999, p. 317.

O Estado é a síntese racional e conceitual das etapas de anteriores, e representa o fim dos antagonismos e das contradições originadas nas indeterminações e na imediatez da família e da sociedade civil e nele que se realiza toda a objetividade, a eticidade e a verdade.

Portanto, o Estado em Hegel é um ente especular do Espírito Universal (uno) que se cria a si mesmo e em si mesmo (*in sich*) e que seria descoberto pela sociedade civil à medida que esta superasse suas contingências e necessidades no embate da história, dispondo-se a participar da idéia da ordem absoluta e eterna que é o Estado.⁷⁹

A figura do Estado hegeliano objetiva a unidade dos interesses particulares da família e da sociedade civil e o fim último universal da efetivação da liberdade.

Ressalte-se uma importante diferenciação entre o conceito de Estado como Espírito Absoluto e as suas manifestações históricas, na qual os estados históricos são realizações parciais da Idéia de Estado, ou melhor, um mero aparecimento imperfeito, aproximativo e contextualizado do Estado racional.

Não há como estudar o Estado na concepção hegeliana separado da idéia de Constituição. Numa oposição ao corolário teórico dos jusnaturalistas que vinculam o direito ao contrato e a partir da propriedade, Hegel fundamenta a organicidade do Estado na Constituição. Aqui se percebe uma forte argumentação contra aqueles que consideram Hegel como totalitário, pois sua concepção de Estado constitucional é aberta às garantias dos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade. A Constituição é central na organização interna do Estado e constitui-se na identidade estatal para o reconhecimento recíproco entre os Estados. Além de garantir a vivacidade da organização interna permite o reconhecimento externo, mesmo diante da assimetria do mundo político global.

O “*espírito do povo*” substanciado na Constituição é relacionado com o “*espírito do tempo*” numa articulação que visa à formação do Estado em si e por si, num movimento de auto-reconhecimento e de reconhecimento por outros Estados. A Constituição fomenta a interface entre os hábitos, costumes, tradições e valores, e as mudanças, contradições e inquietudes do tempo presente. Dessa interface Hegel concebe três características que definem a sua concepção de Constituição: não-formal significa que a Constituição é estrutura

79 LEAL, Rosemiro Pereira. O declínio do Estado hegeliano e o esperado fim das guerras in http://www.faminas.edu.br/muriae/editora/RJv2n2/declinio_v2n2.pdf, acessado em 30/06/2008.

objetiva de um organismo vivo em detrimento àquela que tem como referência os documentos escritos e temporários que estão submetidos e regulados por uma autoridade; não-normativo refere-se ao fato de que para ele a Constituição não é uma lei ou conjunto de normas jurídicas, mas possui um caráter “institucional”; e uma terceira característica está ligada ao modo não valorativo de usar o termo Constituição, em que fica clara a dissensão de Hegel com as concepções modernas de Estado.

A justificação da Constituição não se reduz a uma obra jurídica escrita ou de caráter estritamente consuetudinário, mas nasce do “*espírito do povo*”⁸⁰ e serve como elo de coesão deste povo. Hegel concebe a Constituição com uma obra que surge do reconhecimento do povo e, esse mesmo povo deve reconhecer-se na sua Constituição, para que essa não lhe pareça estranha ou, em outros momentos, imposta.

Constituição, como organização do todo, é a forma específica em que as várias partes que compõem um povo são chamadas a cooperar, ainda que desigualmente, para um único fim, que é o fim superior do Estado, diferente do fim dos indivíduos singulares.⁸¹

Neste ponto é coerente com a sua lógica historicista da evolução da razão humana, e reafirma que a Constituição necessariamente decorre da vida coletiva e histórica de um povo e por isso torna-se improdutivo impor a sua constituição para outro povo.

Ela [a constituição] é o trabalho de séculos, a Idéia e a consciência do racional, na medida em que ela [a consciência do racional] está desenvolvida em um povo... o que Napoleão deu aos espanhóis era mais racional do que eles anteriormente tinham, e, no entanto, eles a rejeitaram como algo estranho a eles, uma vez que eles ainda não se tinham formado até este ponto [a constituição própria ao mundo moderno].⁸²

A aplicabilidade jurídica e prática derivada desta noção de Estado e de totalidade baseada na eticidade convertem Hegel em um importante referencial das teorias da justiça que pretendem superar as dicotomias e os confrontos entre as variadas virtudes em jogo no processo judicial. Hegel concebeu o modelo de análise da realidade que maior influência teve ao longo de todo o século XIX e XX. Sua contribuição, embora, não tacitamente expressa em

80 O “Espírito de povo” é uma realidade histórica que guarda em si os significados finitos do movimento infinito da razão, representado pelo desenvolvimento sistemático-dialético da Idéia na História.

81 BOBBIO, 1991, p. 99.

82 Hegel, 1997. § 274 e adendo.

muitas das teorias, se sobressai numa análise mais criteriosa do conteúdo e da metodologia utilizada pelas mesmas.

Visivelmente presentes na realidade mundial atual, os conceitos de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade⁸³ têm em Hegel um ponto de apoio bastante interessante quando se pretende evitar as multifacetações e a fragmentação dos saberes. A sua teoria da totalidade ética permite uma perfeita interação entre o Direito e outras ciências, no sentido de aprimorar a solução para os casos, até então restritos a pura aplicação da lei. Outra contribuição a ser destacada refere-se ao movimento dialético⁸⁴, onde uma decisão judicial deve contemplar o respeito à diferença, e não a sua simples lógica e formal exclusão.

Faz-se necessário uma consideração sobre a caracterização da opinião no pensamento hegeliano, essencial para a clareza do tópico em que se analisa a questão da discricionariedade. Destaque-se a diferenciação entre opinião subjetiva e opinião pública.

Na concepção hegeliana a opinião subjetiva encerra somente contradições indiferentes, ou seja, permanece na consciência imediata exterior e não supera o nível das simples abstrações. Este é o âmbito das opiniões particulares e das aparências e representações. A opinião subjetiva vincula-se à vida cotidiana, aos impulsos e paixões, é finita, plural e não se sustenta para além de seus próprios fins. O caráter opinativo (*doxa*) difere do sustentáculo especulativo de sua teoria, no sentido de que “*a filosofia é a ciência objetiva da verdade, é a ciência da sua necessidade: é conhecer por conceitos, não é opinar nem deduzir uma opinião de outra*”.⁸⁵

Em paralelo à opinião subjetiva surge a opinião pública, melhor explicitada por Hegel nos parágrafos 315 a 320 de sua obra *Filosofia do Direito*. Marcadamente ambígua a concepção de opinião pública ganha nestes parágrafos duas conotações, uma positiva: “*liberdade subjetiva, formal, que os indivíduos como tais tem e expressam em seus próprios*

83 Sobre este tema é importante ver a concepção dada por Nicolescu: “A transdisciplinaridade é uma transgressão da dualidade que opõe os pares binários: sujeito/objeto, subjetividade/objetividade, matéria/consciência, natureza/divino, simplicidade/complexidade, reducionismo/holismo, diversidade/unidade. Ela não só é multirreferencial, como também multidimensional, levando a que a percepção dos diferentes níveis de realidade se abra segundo os tipos de percepções do observador que, quando aprofundados, permitem uma visão cada vez mais ampliada e mais unificadora. Esse processo é interminável; portanto, a totalidade é uma abstração momentânea até que se leve em conta um outro **terceiro incluído**”.

84 Este movimento será mais bem explicitado nas interlocuções, na tentativa de evidenciar que a dialética hegeliana perfaz todo o processo de construção de seu pensamento.

85 HEGEL, 1996. p. 390.

*juízos, opiniões e conselhos acerca de assuntos gerais*⁸⁶ de outro lado manifesta uma atitude mais negativa em relação à opinião pública.

As ciências, se elas são mesmo ciências, não só não se encontram de modo algum no terreno do pensamento e dos pontos de vistas subjetivos, como também sua exposição não consiste na arte da locução, das alusões, subentendidos e ocultamentos, mas sim na inequívoca, determinada e aberta enunciação do significado e do sentido, não descendo à categoria daquilo que forma a opinião pública.⁸⁷

Na teoria hegeliana esta ambigüidade é intencional, especialmente no que se refere à tarefa do grande homem em descobrir o que há de verdadeiro nesta divergência entre a liberdade subjetiva e o verdadeiro significado, ou conforme suas palavras “*a opinião pública tanto merece ser apreciada quanto depreciada*”.⁸⁸

A visão depreciativa referente à opinião pública, fica mais clara na análise de Habermas sobre o assunto.

Esta depreciação da opinião pública resulta forçosamente do conceito de sociedade civil burguesa de Hegel, bem que ele elogia uma vez as leis dela, com referência a economia política de Smith, Say e Ricardo, como aparência de racionalidade; porém, o conhecimento do caráter ao mesmo tempo anárquico e antagônico deste sistema de necessidades destrói resolutamente as ficções liberais sobre as quais o auto-entendimento da opinião pública como razão pura baseava-se.⁸⁹

A dualidade de Hegel sobre a questão da opinião pública refere, especialmente, ao fato de que a opinião pública não conduz à efetivação do Estado, devido a sua essência contingente, mas paradoxalmente o Estado vê na opinião pública a possibilidade de sua publicidade. Ou mais esclarecedor ainda, temos as palavras de Denis Rosenfield

O conceito de opinião pública é caracterizado, por Hegel, como uma mistura do que é substancial com o que não é: trata-se de um fenômeno. Não se pode, portanto, considerá-la como algo desnecessário, pois possui um fundo substancial que se expressa de forma inadequada. Sem o processo de determinação da opinião pública do Estado teria cortada uma de suas determinações. As decisões do Estado não podem ser simplesmente impostas aos cidadãos, uma vez que estes devem reconhecê-las; isto

86 HEGEL, 1995, § 316.

87 Ibid., § 319.

88 Ibid., § 319.

89 HABERMAS, 1984, p. 143.

significa que a opinião pública exige provas e a exposição de uma ordem de razões, concretizando o princípio de uma liberdade subjetiva que questiona qualquer decisão que se refira ao conjunto do corpo social.⁹⁰

Em síntese, o Estado não pode relegar o caráter substancial da opinião pública, mas não deve estar susceptível as suas oscilações e instabilidades. Coerente com sua noção de totalidade orgânica, Hegel refere-se à opinião pública como um momento no movimento dialético de realização do Absoluto.

A distinção liga-se ao problema da discricionariedade dos juízes, tão somente no que se refere à opinião subjetiva. Este tópico será mais bem explicado adiante⁹¹.

90 ROSENFELD. 1995, p. 268.

91 Ver item 4.6.

3 JUSTIÇA COMO INTEGRIDADE: DWORKIN

Embora o tema da justiça seja recorrente na atualidade e calorosamente discutido, ainda não se alcança consenso na sua aplicação concreta, tanto que alguns autores, e aqui mais especificamente, Kelsen rejeita a certeza de que se possa chegar racionalmente a uma norma absolutamente válida de comportamento justo. E assevera-se, na citação de Alf Ross, a impossibilidade de se vislumbrar uma justiça de caráter universal, absoluto e objetivo.

Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com que apela para a “justiça”, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos. A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado incita à crença de que a exigência de alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto; e, por outro lado exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses⁹².

Destarte, a polêmica ainda continua viva. Desde o cidadão mais comum para o qual a questão da justiça independe de qual teoria é a mais apropriada e o que interessa é a satisfação de seus anseios mais privados, até as altas cúpulas de debates, em que a justiça passa por temas como redistribuição de renda, direitos econômicos, dignidade da vida entre outros, a questão da aplicabilidade e da plausibilidade da justiça gera discussões e sérias divergências.

Não são poucos os pensadores que alardeiam uma propalada crise da justiça, baseados na ineficiência dos poderes constituídos em realizar os preceitos básicos da justiça.

(...) é possível afirmar que assim chamada “crise da justiça” se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhado suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica. Pela primeira, o Judiciário é o principal *locus* de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações contratuais, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, dissemina um sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as

92 ROSS, 1959, p. 320.

expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política.⁹³

No momento em que legisladores e julgadores⁹⁴ estão desacreditados surge o clamor de revitalização das instâncias garantidoras da justiça, que apazigüe e dê segurança jurídica e, ainda, mostre que há espaço para experiências éticas na aplicação da justiça. Sobrepujada nos institutos do poder, a justiça clama pela sua sobrevivência e vendo-se abandonada nos aparatos burocráticos, persevera no imaginário popular como a única chance desta comunidade encontrar a sua paz.

Neste contexto de instabilidade e de clamor por justiça é que se insere a proposta do presente estudo sobre a teoria da justiça como integridade e suas interlocuções com Hegel, no viés mais liberal de sua teoria.

Percebendo a importância e a contribuição da filosofia hegeliana às diversas teorias da justiça e após a exposição dos principais pontos de seu legado à Filosofia do Direito, reporta-se, agora, à tese dworkiniana sobre a justiça e a partir dela subsidiar a proposta defendida por esta dissertação, ou seja, de que Dworkin ao elaborar sua teoria da justiça aproxima-se do pensamento hegeliano, sem, no entanto, distanciar-se de suas pretensões liberais⁹⁵. Cabe uma ressalva, no sentido de que alguns autores, a exemplo de Rawls, convergem para a posição de que, apesar da teoria hegeliana ser fortemente marcada pelo poder do Estado e das ações coletivas, o mesmo pode ser vinculado ao rol dos autores de viés liberal, ou em suas palavras:

Eu interpreto Hegel como um liberal de mente reformista moderadamente progressista, e eu vejo seu liberalismo como um importante exemplar na história da filosofia política e moral do liberalismo da liberdade.⁹⁶

O embasamento teórico é resultado da análise acurada da sua inovadora teoria da justiça como integridade, em duas das principais obras de Dworkin, “*Império do Direito*” e “*Levando os direitos a sério*” sem, no entanto, relegar as outras suas obras que de uma

93 José Eduardo Faria. Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil in <http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf> acessado em 14/08/2008.

94 Vide casos de corrupção no legislativo, como compra de votos, escândalos financeiros, desvio de verbas públicas e no judiciário, caso de venda de sentença, desvio de verbas públicas, concussão, entre outros.

95 Importante salientar que, embora Hegel possa ser considerado um comunitarista, sobram argumentos sob sua perspectiva liberal. Aqui se destaca o artigo do professor César Augusto Ramos, publicado na Revista Veritas, sob o título “Rawls, Hegel e o Liberalismo da Liberdade”, no qual o autor faz uma análise sob a perspectiva da aceitação das idéias de Hegel como um liberal.

96 RAWLS, 2000, p. 330.

maneira ou outra externalizam de forma concreta a teoria ensejada nestas duas obras⁹⁷. Saliente-se que as dificuldades no percurso deste trabalho, especialmente no que se refere ao fato de que o autor, ainda vivo, é muito proeminente na sua produção, o que de certo modo impede a emissão de um juízo definitivo em relação à sua produção, pois é visível o constante estado de aprimoramento da obra. A título de exemplificação de tal dificuldade está a capacidade que o autor, em novas edições de seus livros ou em novas publicações, possui de argumentar com seus críticos, e de esclarecer pontos difusos e confusos de sua teoria.⁹⁸

A formulação da teoria da justiça como integridade surge da necessidade de modernização dos conceitos do liberalismo e de sua aplicabilidade no cotidiano dos indivíduos. Anterior ao próprio surgimento da integridade, Dworkin pressagiu uma reforma de base no liberalismo. Em seu livro *“I Fondamenti del Liberalismo”* ele defende um concepção ética de liberalismo, em contraponto ao liberais de viés ideológico, individualista e cientificista. A esse modelo contrapõe o que chama de modelo do desafio, em que o valor ético não pode ser objetivado a ponto de ser considerado um simples bem concreto da humanidade. Os exemplos de Martin Luther King ou de Mahatma Gandhi são impactantes, mas se levados ao nível do pessoal não passam de feitos meramente solitários e objetivos; ao nível do desafio, estes exemplos devem ser seguidos como parâmetros de vivência ética na sociedade, independente de causar ou não impacto na vida da comunidade.

É visível o confronto, especialmente no mundo anglo-saxão da década de 80, entre o liberalismo e o comunitarismo, ou seja, *grosso modo*, aqueles que justificam uma doutrina do pensamento político que defende a maximização da liberdade individual mediante o exercício dos direitos e da lei, bem como sua prevalência sobre os direitos coletivos em oposição àqueles que enfatizam a multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea, na qual estabilidade social, a legitimação política e a cidadania derivam das ações coletivas.

Como solução a essa imbricada techedura de teorias e anseios, Dworkin propõe que a justiça seja considerada na sua integridade, de maneira independente e sucedânea às outras virtudes, numa clara proposta de superação dialética do confronto exposto acima.

Observa como foco principal de sua teoria, a necessidade emergente de que as decisões judiciais e políticas sejam deliberadas adotando parâmetros que superem os aspectos dicotômicos da equidade e da justiça sem, no entanto, relegá-las. A integridade supera esta

97 Destacam-se as obras: *“A virtude soberana : a teoria e prática da igualdade”*, *“Uma questão de princípio”*, *“Domínio da vida : aborto, eutanásia e liberdades individuais”*.

98 Vide *“Levando os direitos a sério”*, capítulo *“Respostas aos críticos”*.

dicotomia formal e prenuncia uma sociedade capaz de manter a coerência e a consistência diante de todos os obstáculos.

Tendo como pano de fundo toda essa complexa tessitura é que se intenta fundamentar a teoria da justiça como integridade de Dworkin e todas as suas principais nuances.

3.1 INTEGRIDADE

Pressuposto do problema apresentado, ou seja, o confronto entre as virtudes da justiça e da equidade, define-se a integridade como um ideal político distinto e que se adapta a nossa política de modo coerente e consistente, configurando assim a chave para a melhor interpretação possível das ações jurídicas que se apresentam aos tribunais, especialmente no que se refere às mais difíceis.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado 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.⁹⁹

A coerência na ação conduz a totalidade orgânica¹⁰⁰ da comunidade, no sentido de que as ações individuais não podem privar a comunidade de um desenvolvimento coletivo e do reconhecimento entre as demais comunidades. Apesar da prevalência das liberdades individuais, o reconhecimento desta liberdade só é possível num estado suficientemente forte e coerente.

99 DWORKIN, 2003, p. 202.

100 Esse conceito não é novo na história do pensamento da humanidade, desde seus primórdios já se observa a necessidade de uma compreensão total do mundo e das pessoas. A idéia de totalidade orgânica já é presente nas reflexões de Aristóteles, no sentido de que o conhecimento formasse uma unidade, que mesmo evoluindo não perderia a unidade. A mesma idéia está presente nos movimentos atuais de retomada de uma concepção mais globalizada de mundo, entre esses movimentos cita-se: o *holismo* como uma nova tentativa de organizar o sistema das ciências segundo a idéia da totalidade orgânica.

A virtude da integridade se apresenta neste contexto de exacerbação da dicotomia entre a justiça e a equidade¹⁰¹ e requisita para si a tarefa de mediar, superar e guardar as diferenças no propósito de cooperar com o bom andamento da comunidade.

Essas difíceis questões se colocam porque a equidade e a justiça às vezes entram em conflito. Se acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade.¹⁰²

Ao elaborar sua teoria baseada na integridade, Dworkin estabelece a distinção entre dois tipos de integridade que se complementam no processo de elaboração e respeito às etapas interpretativas da construção da concepção de justiça, bem como na sua execução e fiscalização por parte do poder judiciário.

A noção de integridade que se vincula ao direito dworkiniano se manifesta de diferentes formas, englobando tanto a produção do direito quanto a sua aplicabilidade. Há, de um lado, a integridade legislativa, a qual circunscreve o que os legisladores devem apropriadamente fazer ao expandir ou reformar os padrões públicos. E, de outro, a integridade adjudicativa, a qual requer que os juízes tratem o sistema de padrões públicos de forma a expressar e respeitar um conjunto coerente de princípios e, com este fim, interpretem estes padrões com vistas a achar ordenamentos implícitos entre e através daqueles que estão explícitos. Há ainda de se falar em dois tipos ou níveis de integridade: a integridade inclusiva, que espera que o juiz considere as virtudes, construindo sua teoria geral do direito de modo a refletir de forma combinada princípios coerentes de equidade, justiça e devido processo legal. Este seria, segundo Dworkin, o direito que exige hoje, e que os juízes devem, portanto, dar eficácia. Já a integridade pura convida o juiz a pensar no que o direito poderia vir a ser caso os juízes simplesmente estivessem livres para buscar coerência nos princípios de justiça que se originam no seio dos diferentes campos do direito.

As divergências entre ideais são freqüentes na política e, com mais freqüência, no direito; enseja-se, para o bem da sociedade, que este conflito seja dirimido de forma

101 O judiciário brasileiro é afrontado por muitos defensores dos direitos humanos, sob a alegação de que há um privilégio implícito aos ricos em detrimento das camadas mais pobres da sociedade. O caso recentemente julgado pelo STF sobre o banqueiro Daniel Dantas é foco de exaltadas manifestações de repúdio a um pretenso tratamento diferenciado. A atualidade desta nota é plausível com a tese de que ainda não há consenso sobre as questões de justiça e equidade.

102 DWORKIN, 2003, p. 214.

harmônica e que não quebre a consistência da vida comunitária, de modo a garantir a segurança jurídica¹⁰³. Pode-se afirmar que o ideal da integridade é manifestadamente coerente com este propósito, pois em nenhum momento prega o desacordo ao que foi juridicamente estabelecido, mas alarga o horizonte e amplitude das decisões, no sentido de vislumbrar a certeza jurídica, especialmente nos casos mais difíceis. Sustenta-se que a integridade, permite que nos casos mais complexos a decisão seja plenamente fundamentada e baseada no estatuto da única resposta correta.

Os conflitos entre ideais são comuns em política. Mesmo que rejeitássemos a integridade e fundamentássemos nossa atividade política apenas na equidade, na justiça e no devido processo legal, veríamos que essas duas primeiras virtudes às vezes seguem caminhos opostos.¹⁰⁴

Dworkin nos lega um exemplo clássico que possibilita visualizar esta zona conflituosa entre justiça e a equidade. Trata-se do famoso caso *Elmer*, que é paradigmático para entende a noção de integridade, sob o ponto de vista de Dworkin, na qual a decisão supera a simples deliberação normativa e codicial e estabelece uma nova forma de encarar as decisões judiciais.

Elmer assassinou o avô por envenenamento em nova York, 1882. Sabia que o testamento deixava-o com maior parte dos bens, e desconfiava que o velho, que voltará a casar-se havia pouco, pudesse alterar o testamento e deixá-lo sem nada. Ele foi declarado culpado e pegou alguns anos de cadeia, no entanto ficava uma questão: ele ainda poderia requerer a parte que lhe cabia no testamento mesmo tendo sido ele o executor da morte do avô?¹⁰⁵

Para Dworkin a única resposta correta não estava alicerçada, exclusivamente, no âmbito das regras, mas carecia de um fundamento profundo que possibilitasse a conexão entre o fato, a intenção e as conseqüências da ação e sua conseqüente responsabilização. Tudo isso sem extrapolar os limites da legalidade, ou seja, não seria possível recorrer a inspirações religiosas, culturais ou hipotéticas para determinar a solução para o caso. Para ele o único caminho viável passa pela aceitação dos princípios como base dos processos jurídicos. A

103 O conceito de segurança jurídica incorpora em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas, e a consolidação de institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada.

104 DWORKIN, 2003, p. 214.

105 Ibid., p.20-21.

integridade presume esta vinculação estreita da justiça com a aceitação de princípios morais norteadores das decisões, e que por sua vez, são mais abrangentes e completos que o rígido e hermético modelo de regras.

Consoante a esta elucidação sobre a necessidade dos princípios no âmbito do processo jurídico e visando a sua melhor interpretação, compete ao juiz, ancorado no modelo da integridade,

Decidir de forma criativa, aplicando a lei abstrata de modo mais amplo e inteligente e interpretando com largueza formas estáticas do processo, que, por sua rigidez, levam à ineficiência das instituições e ao desprestígio da justiça¹⁰⁶

Relativa à sua situação de agente de conexão, a integridade deve ser entendida como a necessidade de se construir uma coerência interna capaz de se fortalecer uma decisão sob o juízo de que ela está intimamente ligada à totalidade orgânica da comunidade. A construção da integração perpassa o amplo conhecimento de todas as virtudes e princípios norteadores da comunidade¹⁰⁷, ao mesmo tempo em que resulta numa implicação integral destes valores morais como constituintes do Direito, este entendido no sentido formulado por Dworkin no prefácio do livro *“Império do Direito”*, qual seja.

Vivemos na lei e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abastado e etéreo, o direito. E discutimos seus decretos, mesmo quando os livros que supostamente registram suas instruções e determinações nada dizem; agimos, então, como se a lei apenas houvesse sussurado sua ordem, muito baixinho para ser ouvida com nitidez. Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto fazer.¹⁰⁸

A integridade do direito e da justiça só pode ser acatada se estiver incutida como marca indelével na mente e no coração da comunidade. Uma noção de direito que açambarca

106 SOUZA, 1987, p. 101.

107 Estes princípios são derivados da vivência comunitária, que alicerçados na história comum desta comunidade identifica determinados padrões que servem de referência para o bem viver da mesma. Podem estar devidamente registrados nos códigos ou constituições (ex. dignidade da vida na Constituição Brasileira de 1988) ou mesmo estarem marcados na história não-escrita de um povo. (ex. a “common law” inglesa, onde o direito é originariamente baseado em leis costumeiras e não-escritas).

108 DWORKIN, 2003, prefácio.

todos os membros da mesma maneira e com igual consideração e respeito¹⁰⁹. Percebe-se neste enunciado uma das principais bases do entendimento da justiça como integridade, que é a necessária interpretação do que, nos casos difíceis, está inaudível nos códigos e regras. Também urge destacar que esta noção de direito, está plenamente identificada com a liberdade oriunda da condição humana de homens racionais e livres que vivem em uma democracia constitucional.¹¹⁰

A integridade é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*fairness*) e de igualdade. Para isso, defenderá a existência de uma virtude política não tradicional: Ao lado da justiça e devido processo legal, Dworkin colocará uma terceira virtude, a qual denomina integridade

A integridade refere-se ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, afim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade.¹¹¹

A virtude da integridade como fundamento da justiça, no sentido mais amplo, também é co-participante na fraternidade entre os povos, no sentido de reconhecimento recíproco das decisões políticas advindas da ação da integridade no interior do direito. Juntamente com a liberdade e a igualdade, a fraternidade – modernamente classificada como solidariedade – são os pilares da ordem jurídica. A fraternidade surge como um momento de superação das divergências entre liberdade e igualdade, onde um povo constituído e enraizado em ideais de solidariedade está susceptível à idéia de sociedade regida pelo modelo da integridade.

Ao inexistir essa ação fraternal entre os membros da comunidade percebe-se o risco de que os fundamentos da justiça como integridade pereçam por inanição ou por falta de respaldo político na comunidade, seja ela na comunidade nuclear como a família, ou nas

109 À teoria de argumentação jurídica agrega-se uma teoria de justiça, segundo a qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na idéia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida, e devem ser tratados, em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito.

110 Consoante a sua identificação como liberal, Dworkin confere à Democracia Constitucional uma diretriz de respeito os padrões liberais no que diz respeito a garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, à respeitabilidade à Constituição. Está como instrumento de proteção dos direitos e liberdades individuais que asseguram a autonomia moral dos indivíduos. Este é um modelo de democracia constitucional substantiva, pautado na idéia de direitos como trunfos políticos que impõem limites à vontade da maioria e asseguram a cada membro da comunidade igual consideração e respeito.

111 DWORKIN, 2003, p. 201-202.

comunidades mais amplas e politizadas. É vital que a fraternidade propicie a construção de uma comunidade de princípios, onde cada uma das decisões tenha reflexo no espírito do povo¹¹² que a constituiu. Pode-se destacar que, atualmente, em determinadas regiões do mundo a aplicabilidade da justiça como integridade não seria possível, exatamente por que não se encontra uma força de coesão capaz de dar uma unidade fraternal à comunidade de membros. Exemplifique-se com alguns países da África Central, que pela divisão étnica e tribal, se extingue a possibilidade, ao menos atual, de uma unidade capaz de dar base para a aplicação da justiça baseada em princípios aceitos por todos.

Para se prosseguir na análise, é preciso acentuar as seguintes características do princípio da integridade, que nortearão o desenvolvimento dos outros tópicos pertinentes ao conjunto, aqui denominado justiça como integridade. A integridade refere-se à coerência interna na comunidade, fortalece-se na fraternidade e no espírito constituinte do povo, tem como metodologia a interpretação construtiva e segue os caminhos da moralidade pessoal e política. Tópicos que serão detalhados no prosseguimento do trabalho.

Enfim, o princípio da integridade significa a coerência de princípios dentro de um Estado personificado, o entendimento da comunidade como um agente moral, independente do fato de que as pessoas individualizadas tenham pensamentos discordantes. As características deste conceito seriam: a ligação a uma comunidade política específica; a necessidade de coerência de princípios implícitos e explícitos nas decisões políticas da sociedade e uma comunidade de princípios.

112 A pertinência desta expressão se determina nas condições elencadas por Dworkin para a aceitação do indivíduo como membro da comunidade. São elas as condições estruturais, que se manifestam na legitimidade da constituição histórica de limites territoriais bem definidos e condições relacionais que abrangem a maneira como a comunidade trata o indivíduo na sua condição de membro, e que podem ser satisfeitas de três formas: na liberdade de expressão, numa concepção de boa-fé na igual preocupação com os interesses de todos os membros da comunidade sem distinção de status, cor, sexo ou qualquer outras características e, por último na independência moral de cada um dos membros, o que significa que apesar de membro da comunidade, ele ainda preserva suas crenças e valores morais, dos quais não abre mão em favor do grupo.

3.2 TEORIA DA RESPOSTA CORRETA: A NECESSIDADE DA INTEGRIDADE

A certeza da existência de uma resposta correta para os casos controversos¹¹³ e difíceis é a mola propulsora da promissora teoria da integridade. A aceitação da existência de uma única resposta correta para os *hard cases* plenifica a configuração da teoria da justiça como integridade. Acerca, desta premissa, Chueiri afirma:

A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente. Isto é, não é dado ao juiz descobrir ou inventar nada, mas sim interpretar os argumentos que lhe são apresentados. Essa atitude interpretativa leva em conta as convicções morais e políticas do julgador, como também aquilo que outros juízes decidiram no passado e, ainda, os padrões morais da comunidade envolvida. Assim, a tese de que há sempre uma resposta certa para o Direito – mesmo em casos difíceis – significa que sempre haverá um princípio no qual o juiz fundamentará sua decisão.¹¹⁴

A partir desta convicção é claramente refutado o acesso do juiz ao poder discricionário, no que o concerne à possibilidade de inventar ou criar, a sua livre escolha, uma norma ou regra e a aplicá-la retroativamente ao um caso determinado.

Para o autor, esse artifício transparece a nítida intenção de inventar uma nova norma ou regra de conduta, o que é inaceitável para alguém que defende a interpretação criativa como método para trazer à luz o que está oculto e mesmo imbricado no âmago do Direito. Essa descoberta passa por um processo de interpretação dos valores e princípios orientadores de cada comunidade. Implica que resposta correta esteja totalmente inserida e reconhecida no arcabouço histórico de cada sociedade

Para exemplificar Dworkin cita o exemplo

Tom e Tim assinaram um contrato no domingo e, em razão de uma nova lei posterior que invalida os contratos sacrílegos, Tom processa

113 Um caso controverso é, por definição, um caso no qual não há argumentos absolutos e finais para uma decisão, em que há, por exemplo, mais de um princípio válido que pode ser invocado ou, aparentemente, não há princípio algum claramente explicitado.

114 CHUEIRI, 2006 p. 262.

Tim para fazer cumprir os termos do contrato, mas encontra um argumento contrário no sentido da invalidade do negócio jurídico.¹¹⁵

E enfatiza a existência de duas versões bivalentes¹¹⁶ e ambíguas que, necessariamente, produzem subsídios para a afirmação da discricionariedade. Porém, Dworkin as rejeita sob a determinação de que, no caso acima, a resposta não pode ser concebida por hipóteses meramente lógicas ou analíticas, mas construída argumentativamente, ou seja, a resposta correta não é substanciada pela afirmação, negação ou omissão do contrário, mas por meio de proposições advindas de um processo de interpretação dialético e coerente como todo do processo.

Uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falso se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária.¹¹⁷

O nosso autor está preocupado com a função dos tribunais¹¹⁸ em proferirem respostas corretas, ou seja, decisões que satisfaçam as condições necessárias para a sua justificação, baseadas nos padrões normativos, valorativos e representativos previamente deliberados pelos legisladores e em critérios de legitimidade do direito e acessibilidade racional. Isso em nome da defesa da harmonia entre os poderes e do respeito à Constituição.

115 DWORKIN, 2001, p.175

116 A primeira tese apóia-se na inexistência de um espaço lógico entre a proposição que afirma a validade do contrato e a outra que prega a sua nulidade, sem, no entanto admitir uma terceira hipótese, no caso da falseabilidade das duas. Dworkin afirma que em casos controversos, pode haver uma terceira proposição independente, que analisaria o caso de maneira diversa, ou seja, a possibilidade do contrato não como válido ou inválido, mas sim incoativo. A segunda tese não admite a existência de um espaço lógico intermediário entre a validade ou a invalidade. E prega a imprecisão dos dispositivos jurídicos e a sua necessária demonstrabilidade através da prova científica e racional.

117 DWORKIN, 2001, p.211.

118 Sobre a atuação dos tribunais é interessante destacar que Dworkin, evocando os argumentos de A. Bickel, expõe a distensão entre os poderes democraticamente constituídos no que expõe a tese da dificuldade contra-majoritária, i.é, dificuldade que surge quando o órgão com menor legitimidade democrática, dentro da divisão de poderes, impõe sua autoridade sobre os restantes. Nesta discussão se insere as seguintes indagações: como pode um magistrado, não eleito pelo povo, anular ou questionar uma lei aprovada pelos representantes devidamente eleitos? Ou, o judiciário tem capacidade para decidir sobre a constitucionalidade das normas? Um exemplo categórico desta dificuldade foi veiculado numa reportagem do Jornal Zero, sob o título “Judiciário *ocupa vazio deixado pelo Congresso*” onde crítica a inoperância poder legislativo e a afirma a interferência do judiciário em assuntos de competência dos parlamentares.

3.3 DA LEGITIMIDADE

Uma teoria da justiça para ser plenamente recebida pela comunidade política deve obedecer às condições de coerência formal na sua proposição, de plausibilidade na aplicação e de engajamento de todos os membros da comunidade. Na história da humanidade muitos pensadores elaboraram formas de argumentação passíveis de legitimar e de concretizar o ideal da justiça nas sociedades modernas e contemporâneas. Alguns preconizam a necessidade da utilização do contrato social, a exemplo de Rousseau, Locke e mais recentemente John Rawls¹¹⁹. A característica principal deste modelo consiste na celebração de um acordo previamente discutido que obriga os contratantes a acatar tacitamente o que foi acertado sob pena de ser excluído daquela sociedade contratual ou, mesmo, sofrer penalizações de ordem material ou de restrição de liberdade. Cabe ao Estado, devidamente constituído zelar pelo cumprimento do que foi acordado. Ora de maneira livre, ora no uso da coerção.

Outros defendem a legitimidade pelo argumento do jogo limpo, ou seja,

Se alguém recebeu benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem então a obrigação de arcar também como o ônus da organização, inclusive a obrigação de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado estes benefícios ou consentido com o ônus de maneira mais ativa.¹²⁰

Neste argumento observa-se que a simples vinculação a uma comunidade torna seus membros co-responsáveis pelo bom andamento da mesma, independente se é no momento em que ocorre um benefício para uma das partes, ou naquele que é preciso arcar com o ônus desta pertença. Em tempo, Dworkin faz uma ressalva ao afirmar que ninguém será responsabilizado ao ser-lhe dado aquilo que não solicitou e nem escolheu ter. No caso da comunidade de jogo limpo prevalece a necessária coerção externa para que a mesma permaneça na unidade. A consistência da comunidade está baseada na força fiscalizadora exercida pelos órgãos ou elementos.

119 O contratualismo de Rawls visa responder a seguinte questão: se existe alguma base pública comum, compartilhada entre os cidadãos para a formação de acordos políticos sobre questões políticas fundamentais nas democracias existentes?

120 DWORKIN, 2003, p.235.

No entanto, Dworkin defende que a legitimidade da justiça e da comunidade está baseada no critério da fraternidade, ou mais modernamente na solidariedade, seja ela no seu modelo mais básico, *i.é.*, a família, onde as obrigações sociais, políticas e econômicas são determinadas por laços históricos, genéticos ou baseadas em laços de proximidade, até as comunidades mais amplas, onde estes laços fraternais devem ser estendidos a exemplo daquela comunidade mais básica. Dworkin insiste na fraternidade como elo de reconhecimento das instâncias de justiça, e insiste “*que as verdadeiras comunidade devem ser também comunidade básicas*”.^{121.}

No tocante a essas considerações afirma-se a que a da legitimidade política, no interior da tese dworkiniana da justiça como integridade, é dada na fraternal relação entre os participantes da sociedade.

O direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperavam encontrá-la – no árido terrenos dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válida entre os estranhos – mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes.¹²²

Conclui-se, que a justiça como integridade deve estar legitimada na relação fraternal entre seus membros, o que permite um novo passo na tarefa de oferecer subsídios para a compreensão do que é o ponto chave de toda a teoria da justiça como integridade, e que é a principal contribuição de Dworkin para filosofia do direito.

Agora que já se entende a integridade como virtude, e se conhece a intenção de Dworkin de fortalecer a tese da única resposta correta, e de saber que a legitimação desta construção passa pelo referendo da coesão fraternal, flui-se para a formatação do modelo de sociedade, que na visão do autor, é a incubadora de todo essa teoria.

121 Idem, 2003, p.244.

122 Ibid., p. 250.

3.4 MODELO DE REGRAS VERSUS COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS

Fonte principal de sua oposição às idéias do positivismo¹²³, a distinção entre regras e princípios fornece subsídios para a exploração ampla e consistente do conceito de justiça como integridade. Em Dworkin esta distinção lógica é, estritamente, necessária para a sustentação da viabilidade da teoria da integridade como uma ordem jurídica mais abrangente do que uma simples compilação de códigos de hábitos e condutas.

Como pressuposto de sua teoria, Dworkin lança uma série de críticas a juristas, que, em forma de auto-elogio, consideram-se perfeitos cumpridores das normas e regras estabelecidas nos mais variados códigos e legislação, no mais restrito sentido da expressão operadores do direito. Porém, Dworkin, afirma que apesar desta presunção, os mesmos utilizam de padrões que extravasam o que chamam de “*cláusulas pétreas da lei*”. O que na realidade reafirma o papel preponderante da interpretação neste contexto e, ao mesmo tempo, corrobora a crítica dworkiniana, no sentido de que aqueles que negam ou omitem a existência dos princípios, o aplicam de maneira mais ou menos desvelada quando da aplicação das mais variadas sentenças.

A distinção entre regras e princípios se revela, segundo Dworkin, na direção para qual cada uma delas aponta. Ambas são “*standards*” que apontam para decisões particulares, mas, no caso específico, dos princípios são determinantes para a resolução de contendas de difícil decisão, os famosos “*hard cases*”¹²⁴. Em oposição, encontram-se as regras que são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, isto é, são disjuntivas, aplicam-se ou não ao caso, ao passo que os princípios não indicam, propriamente, uma consequência legal, mas constituem marcos orientadores para a correta tomada de decisão.

Na existência de conflito entre princípios e regras, a teoria da integridade afirma a prevalência daqueles sobre as regras, pois os princípios estão mais enraizados nos costumes e hábitos do povo do que as normas e regras positivadas.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para direções particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas

123 Na contraposição ao positivismo, Dworkin critica vários pontos do positivismo, entre os quais podemos citar: total separação entre política e ética, a defesa do poder discricionário, a tese do reconhecimento das regras baseadas em práticas sociais já consolidadas, o teste do pedigree, o caráter meramente normativo do direito.

124 Onde nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção.

distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹²⁵

É preciso salientar uma diferença importante que o autor estabelece entre princípios e políticas, que num primeiro momento desfrutam do mesmo status de padrão de ação e que são perfeitamente igualáveis sob o ponto de vista formal, mas que diferem no que se refere aos objetivos.

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...) denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou uma outra dimensão da moralidade.¹²⁶

Com essa distinção, Dworkin priva os princípios das críticas oriundas de setores mais conservadores que exporiam a sua vulnerabilidade diante das mutações econômicas, políticas e culturais pelas quais a comunidade passa no decorrer de sua evolução. Um princípio deve ser considerado transparente e livre de qualquer influência, que não seja aquela advinda do âmago do espírito da comunidade. Enquanto os padrões políticos primam pela transitoriedade e imediatez, os princípios são de caráter permanente e dotado de forte justificação social.

Enseja-se focar as divergências entre as regras e os princípios, o que não obstaculiza uma valoração especial aos padrões políticos, no que se refere a sua vital importância na formação do estado democrático, especialmente no que tange a questão da moralidade política, e o seu lugar no interior da teoria da integridade.¹²⁷

Outra questão a ser considerada diz respeito aos conflitos entre os princípios, o que na visão de Dworkin são perfeitamente aceitáveis, e sobremaneira esse conflito não significa a nulidade do outro, como compulsoriamente ocorre com as regras. Para defender essa afirmação Dworkin justifica que os princípios possuem uma dimensão de peso ou

125 DWORKIN, 2002, p.39.

126 DWORKIN, 2002, p.36.

127 Os juízes que aceitam a *integridade* decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre direitos e deveres, a melhor interpretação possível da estrutura política e jurídica de sua comunidade.

importância, que no caso de inter cruzamento, um não necessariamente exclui o outro, mas deve ser considerada a relevância deste na solução daquele caso específico.

Outra diferença entre regras e princípios é que os princípios possuem uma dimensão de peso e importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.¹²⁸

Ressalte-se que os princípios têm a sua participação mais vigorosa na resolução dos “*hard cases*” e, em geral, quando da aplicação de um princípio ele resulta em uma nova regra, como no *caso Elmer*, em que se convencionou, via de regra, que um homicida não pode beneficiar-se do testamento da vítima, tendo sido ele considerado culpado pela morte.

Os princípios percorreram uma trajetória de reconhecimento nos meandros constitucionais, especialmente, a partir das contestações das verdades postuladas por positivistas e utilitaristas. E hoje não se concebe uma sociedade democrática que não fomente em seus textos constitucionais o pleno reconhecimento da importância dos princípios jurídicos e morais.¹²⁹

No que concerne à análise da teoria dworkiniana, exige a aplicação prática desta tese no seio das comunidades, e assim distinguem-se, mais notadamente, dois tipos de comunidade: aquelas orientadas por regras positivadas e codificadas e as que se norteiam pelos princípios. É preciso, ainda, destacar que Dworkin demonstra a existência de uma primeira forma de associação baseada na proximidade geográfica, histórica ou genética, sem que, no entanto, se agregue valor uma à outra; isto é, configura-se numa comunidade de interesses e circunstancial.

128 DWORKIN, 2002, p.42.

129 Nossa Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, seguindo o movimento internacional de constitucionalização deste princípio. Não só o consagrou, mas colocou-o como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inciso III. E não só, vinculou os princípios no ordenamento jurídico constitucional, dando a constituição um alicerce principiológico.

3.4.1 MODELO DE REGRAS

Em seu livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin dedica dois capítulos ao tema, nos quais expõe suas contrariedades em relação ao modelo de sociedade que nega a existência dos princípios ou os relega a uma posição secundária, e estabelece suas diretrizes baseadas, única e exclusivamente, nas normas e regras positivadas. No modelo das regras, eleito pelos positivistas, a aplicação do direito é conjunto de regras identificadas positivamente por sua linhagem e avaliadas por fontes sociais reconhecidas, e não, necessariamente, pela busca da justiça.

As turbulências advindas desta concepção mecânica e científica interferem diretamente no modo de viver do cidadão e nem sempre há uma justificativa plausível para ela. Dworkin, em sua crítica, quer uma justificativa satisfatória para o poder de coação do Estado, no sentido de que este manda para a cadeia ou aplica multas às pessoas, no momento em que infringiu esta ou aquela lei, deixou de cumprir com suas obrigações jurídicas ou interferiu nos direitos jurídicos de outros. Esta justificativa deve ser ratificada por valores, e não somente na vontade expressa, e muitas vezes tendenciosa, do legislador. A concepção dworkiniana resolve encarar o desafio de superar esses dilemas, mas para que isso ocorra é preciso conhecer em detalhes o funcionamento da comunidade regida pelo sistema de regras, para poder suplantá-la.

A comunidade baseada no modelo de regras, segundo a teoria dworkiniana.

Pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer as regras estabelecidas de certo modo que é específico desta comunidade.(...) Elas obedecem as regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo destas regras esgota a sua obrigação.¹³⁰

Fonte permanente de tensão, essa comunidade e seus membros estão sujeitos à existência de uma obrigação jurídica¹³¹, que os obrigue ou não a agir de uma forma

130 DWORKIN, 2003, p. 252.

131 O positivismo sustenta que uma obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra do direito estabelecida impõe tal obrigação. Segue-se daí que, em um caso difícil – quando é impossível encontrar a tal regra estabelecida – não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro. O juiz

determinada: tese defendida por positivistas e convencionalistas. O poder de coação do Estado está sustentado pelo estrito cumprimento das regras estabelecidas.

Este modelo se ajusta às comunidades onde as pessoas promovem uma concepção de justiça e equidade fundamentadas em acordos, tratados e convenções válidos até que sejam alteradas ou suprimidas por um novo acordo. Nestas comunidades está clara a influência do positivismo, no sentido de que este igualou o direito à norma jurídica. Em consequência disso, desenvolveu-se a concepção do chamado direito positivo, como o conjunto das normas jurídicas vigentes e positivadas. Esta definição do direito deve se pautar em critérios técnicos e parâmetros bem definidos, a fim de que reste claro o tipo de norma que integra este ordenamento, sob pena de, não havendo esta especificação delimitadora, serem imprudentemente incluídas no rol das “*normas do direito*” também outras, de caráter moral ou religioso, não-estatais e sem força atributiva.

Para ilustrar melhor o funcionamento das regras, Dworkin abandona a esfera jurídica e expõe exemplos da vida cotidiana que apresentam a dificuldade de se adotar somente as regras como modelos para regulamentação da comunidade. Enuncia-se um exemplo expressivo citado por ele.

No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, esta fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções: o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador deixar cair a bola no chão no terceiro lance.¹³²

O exemplo serve como amostra das possíveis limitações da regra e de sua susceptibilidade às exceções, determinante da sua condição de peça imperfeita no contexto da aplicação da justiça.

A incompletude e a imperfeição do modelo das regras requerem uma evolução na direção de um modelo menos restritivo e inflexível, e deste modo mais adaptado à realidade real e concreta das sociedades democráticas da atualidade, o qual Dworkin denomina de comunidade de princípios.

pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente. Cf. DWORKIN, 2002, p. 70-71

132 DWORKIN, 2002, 39-40

3.4.2 COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS

A comunidade política regida por princípios está condicionada à idéia de coerência interna das ações e implica que suas decisões, tanto no âmbito legislativo quanto judiciário, se legitimem nas instâncias democráticas e sejam pertinentes aos conteúdos dos princípios morais e jurídicos. Dworkin tem esboçado a construção criativa de uma comunidade democrática ideal, e nesta sugere-se o respeito aos princípios da justiça, da equidade, do devido processo legal e da integridade. Cada princípio com suas vicissitudes, mas amalgamados num bloco coerente e consistente de procedimentos que almejem a realização completa desta sociedade. A integridade seria o elo de toda esta estrutura.

O direito como integridade pede que os juizes admitam, na medida do possível, que o direito seja estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa equitativa segundo as mesmas normas. Este estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.¹³³

Dworkin observa fortes contradições entre a sua teoria da integridade e o modelo de regras, o que tornaria inviável o sucesso de sua aplicação numa sociedade extremamente legalista. Obviamente, no momento que uma comunidade move-se pelo estatuto da integridade, ela deve fortalecer-se, em algo mais, do que um conjunto de normas, acordos e tratados marcados pela rigidez do “tudo-ou-nada”. Esse *plus* só pode ser alcançado ao nível dos princípios.

Advém deste compromisso comunitário, o real engajamento e a completa adesão da totalidade de seus membros, sob pena de não surtir o efeito desejável. Os participantes desta comunidade, ao mesmo tempo em que formam um conjunto de autores ativos na construção da relação de princípios que os orientam, são em contrapartida os que, mais propriamente, são afetados pelas decisões oriundas desta participação. A integridade, baseada nos princípios, fortalece o espírito de pertença e dá à comunidade uma consistência capaz de sustentá-la nos momentos mais críticos.

133 DWORKIN, 2003, p. 291.

Uma verdadeira comunidade, que Dworkin denomina de princípios, é uma comunidade especial. Além de compartilhar esses princípios comuns, eles a compreendem como uma comunidade de princípio, pois seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral, o altruísmo ou o amor. As obrigações recíprocas dessa comunidade decorrem dessa natureza especial que lhe é constitutiva.¹³⁴

Ressalve-se que apesar da exigência da plena adesão a esse empreendimento, não significa, em momento algum, a abertura de espaço para totalitarismos e pretensas ditaduras das maiorias. Inclusive é notória a repulsa do autor a essa fórmula de supremacia da regra da maioria. A aplicação da premissa majoritária na leitura do texto constitucional corre o risco de ignorar direitos individuais, que, porventura, entrem em conflito com a vontade da maioria.

Dworkin afirma que o equívoco dos comunitários ao associar à democracia à regra da maioria, que se traduz em uma ação coletiva estatística – em que a maioria de cidadãos individuais, através do voto, toma decisões políticas – e não em uma ação coletiva comunal, que pressupõe uma entidade distinta da maioria, ou seja, o conjunto da cidadania coletivamente entendida.¹³⁵

Em sua visão liberal, Dworkin reconhece os direitos subjetivos como trunfos¹³⁶, contra possíveis decisões da maioria que de forma expressa ou implícita restrinjam as liberdades individuais. Dworkin, com este argumento estabelece que apesar de sua defesa da totalidade orgânica no sistema jurídico, o que fornece suporte para a integridade, não significa que isso possa justificar a supremacia das maiorias. Fica clara esta objeção na análise que Habermas¹³⁷ faz da impossibilidade do juiz decidir politicamente sobre questões de direitos fundamentais: quando um direito é definido, ele não pode ser suplantado por nenhum fim social. Mas isto não é defender um direito subjetivo absoluto, porque cada direito somente coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, sendo que estes são justificados a partir do igual respeito por cada um, que é a norma fundamental de Dworkin.

134 NETTO, 1998, p. 25.

135 CITTADINO, 2004, p.157.

136 A concepção dos direitos como ‘trunfos’ implica que os direitos são mais bem compreendidos como trunfos sobre justificações de fundo para decisões políticas que estabelecem objetivos para a comunidade como um todo

137 HABERMAS, 2003, p. 252-253.

A idéia de integridade política personifica a comunidade¹³⁸ como uma agente moral atuante, pressupondo que a comunidade possa adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos.¹³⁹

Esta comunidade personificada e de princípios resume-se da seguinte forma: uma dada sociedade, de bases democráticas, é compreendida como formada por um grupo de pessoas – cidadãos – que consideram ser sua prática governada por princípios comuns e não somente por regras criadas em conformidade com um acordo político contextualizado, transitório e contingente. A verdadeira efetivação da comunidade princípios se constrói num sistema de princípios organizados a partir da interpretação histórica das relações sociais, bem como das práticas sociais advindas desta relação.

Mesmo considerando o modelo da integridade como o modelo ideal para o resgate da verdadeira justiça do meio da crise de identidade que se instalou, Dworkin adverte que este modelo depende de uma comunidade interessada na sua aplicação, do contrário ele é falível e perde a sua eficácia

Naturalmente l'integrità ética può fallire per molte ragioni. Fallisce quando la gente vive meccanicamente, senza alcun senso delle convinzioni etiche che ci hanno e alle quali rispondere. Fallisce quando le persone mettono da parte le proprie convinzioni e servono i loro interessi volizionali con un senso vago ma persistente che non stanno vivendo come dovrebbero. Fallisce quando la gente crede, a ragione o a torto, che i parametri normativi corretti non siano stati soddisfatti per sé: ad esempio, quando ha meno risorse di quante ne consenta la giustizia. E fallisce in misura vistosa quando la gente è costretta a vivere secondo la volontà de terzi, rimpiegando e non approvando mai questa situazione.¹⁴⁰¹⁴¹

138 Cabe explicitar este termo, a título de compreensão mais ampla. O direito como integridade pressupõe uma personificação da comunidade ou do Estado. Este deve ser concebido como agente moral que, da mesma forma que os indivíduos, tem suas próprias convicções. Obviamente, Dworkin não faz tal afirmação no sentido metafísico. O que ele demonstra é que uma comunidade tem seus princípios que diferem daqueles que da maioria dos indivíduos dessa mesma comunidade. Essa se torna uma espécie de entidade, distinta dos seres reais que a compõem.

139 DWORKIN, 2003, p.203-205.

140 *Trad. livre* “Naturalmente a integridade ética pode falir por muitas razões. Fale quando a gente vive mecanicamente, sem algum senso de convicção ética que se tem e a qual deve responder. Fale quando as pessoas se aproximam de suas crenças e servem aos seus interesses volitivos com um senso vago, mas persistente, no sentido de que não estão vivendo como deveriam. Fale quando a gente crê, com ou sem razão, que os parâmetros normativos corretos não satisfazem por si: por ex. quando existem menos recursos do que permite a justiça. E fale na medida em que as pessoas são forçadas a viver segundo a vontade de terceiros, mesmo não aprovando esta situação.”

141 DWORKIN E MAFFETTONE, 1996, p. 81.

O processo de construção da integridade, baseada nos princípios e legitimado pela coerência fraternal das práticas sociais envolvidas, está diretamente vinculado a um processo interpretativo, que por na concepção dworkiniana extrapola os limites da simples conceituação semântica, e do qual prescinde toda a formulação da teoria da justiça como integridade.

3.5 DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA E NÃO SEMÂNTICA DO DIREITO¹⁴²

O enfoque interpretativo de Dworkin tem um papel importante para a compreensão da filosofia jurídica contemporânea, na medida em que fornece aos operadores do direito¹⁴³, sejam eles legisladores ou julgadores, a possibilidade de participação efetiva na construção dos parâmetros da justiça como co-autores juntamente com os demais membros da sociedade. Desde questões mais abstratas, como a definição da forma e estrutura de governo adotada por uma nação, até questões de cunho concreto, como a decisão de quem deve deter a guarda de um menor no caso de um divórcio não-consensual, devem encontrar resposta no modelo interpretativo de construção criativa.

A interpretação construtiva é um empreendimento público e coletivo, onde os envolvidos entram no jogo argumentativo conscientes de sua real posição na estratégia determinada, sustentados por uma estrutura argumentativa delimitada¹⁴⁴, e aprimoram as regras e os estatutos do jogo sob a perspectiva da melhoria da condição social de todos. Para Dworkin, o grande erro da maioria das teorias do direito na atualidade reside no fato de que elas ignoraram o caráter interpretativo – e não semântico¹⁴⁵ – do direito. Aqui a crítica se

142 Dworkin, ao admitir a importância dos princípios, não visa a construção de uma teoria semântica do direito, mas, ao contrário, para ele, a diferença entre os princípios e as regras, somente pode ser visualizada no caso concreto. Assim, uma regra pode funcionar como princípio e um princípio pode funcionar como regra, dependendo da situação. A distinção não é sintática ou semântica, ou seja, não se apresenta na estrutura da norma, mas sim no seu uso.

143 O termo aqui usado faz referência a posição positivista do direito, na qual o termo “operador” denota um sentido de intervenção mecânica ou instrumental nas lides judiciais.

144 É preciso destacar que Dworkin admite certo grau de deliberação e argumentação, mas que não se assemelha à estrutura analítica de argumentação.

145 A diferenciação proposta por Dworkin entre conceito interpretativo e conceito semântico está na base de sua crítica à tese semântica do positivismo que considera a perspectiva do direito como mero fato histórico e sustentam que os critérios comuns levam a verdade das proposições jurídicas a depender de certos eventos históricos específicos.

direciona com mais avidez ao positivismo e ao utilitarismo. Ele rejeita, em nome de um conceito interpretativo efetivo, as principais teses das teorias semânticas do direito, entre a apresentação de critérios epistemológicos fortes para a conceituação do Direito. A crítica mais significativa do positivismo rejeita a teoria em todos os níveis de concepção. Ela nega que possa existir uma teoria geral sobre a existência e o conteúdo do direito; ela nega que teorias especiais acerca de sistemas legais determinados possam identificar o direito sem recorrer ao seu conteúdo, e ela rejeita inteiramente o foco institucional do positivismo.

A esse esquema de Dworkin chama de interpretação construtiva. E consiste no aprimoramento de questões jurídicas levando-se em conta sua melhor política de ajustamento (*fit*) à comunidade. Em síntese a interpretação não se apresenta em linhas sintáticas ou semânticas da linguagem, nem em caráter lógico, mas está fundamentada no uso social e contextualizado de todos os elementos constituintes das etapas interpretativas. Significando que um verdadeiro intérprete percebe a presença de valores e princípios morais, não de maneira mecânica, mas pela força de sua percepção moral forjada na sua vivência na sociedade.

Para Dworkin todo aquele que oriente seus esforços na perspectiva da interpretação construtiva, deve fazê-lo consciente da importância dos valores políticos da justiça, da equidade, do devido processo e da integridade. Neste processo que se estatui o poder de coerção do Estado ou das forças coletivas, ou seja, na perspectiva de sua justificação moral dentro da teoria da justiça como integridade. Realce-se que qualquer interpretação construtiva bem sucedida das práticas políticas deve reconhecer a integridade como um ideal político distinto.

O princípio da “integridade” caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos, quanto os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um.¹⁴⁶

O respeito a esses valores políticos traduz o caminho de legitimidade do direito e fortalece os vínculos entre os participantes deste processo de construção interpretativa. A interpretação alimenta-se destes valores e prega a fidelidade aos seus processos para garantir a legitimação fraternal do direito. A busca pela justiça, baseada na equidade e na virtude da

146 HABERMAS, 1997, p. 263

integridade, deve respeitar o devido processo legal, ou seja, a interpretação deve seguir um esquema plenamente aceito por todos, sem o qual não teria validade.

Na montagem deste sistema interpretativo não pode olvidar-se de que este está baseado numa comunidade de princípios historicamente constituída¹⁴⁷, e que serve como de referência para a teoria da justiça como integridade. Portanto, não há como implantar um sistema de interpretação construtiva no interior de modelo de regras rígido e inflexível.¹⁴⁸ A possível flexibilidade interpretativa advinda deste modelo só é percebida na discricionariedade do juiz, função categoricamente refutada por Dworkin, por, na sua acepção forte, caracterizar-se mais como uma novidade criativa do juiz do que um critério construtivo.

Admite-se que os positivistas possam alegar que o ato discricionário é um ato eminentemente interpretativo, e que em nada difere da interpretação construtiva de Dworkin, inclusive relacionando diretamente o ato discricionário com a verdadeira função do julgador. Exemplificamos:

O autêntico poder discricionário é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção individual da personalidade chamada a decidir em concreto, porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio ponto de vista. Sem sombra de dúvida, o ato judicial é discricionário, em nada se confundindo com um ato arbitrário, pois a discricionariedade está calcada na legalidade e exige, obrigatoriamente, uma motivação na tomada da decisão considerada mais justa ao caso concreto. Tal fundamentação incoorre no ato arbitrário, pois é adotada uma posição não permitida pelo ordenamento jurídico para aquele caso em concreto.¹⁴⁹

Na contracorrente desta versão, a tese dworkiniana, estabelecida nos princípios, critica a livre interpretação das regras¹⁵⁰ nos moldes do poder discricionário, e a acusa de ser contrária ao que de mais caro parece ao direito, que é a possibilidade de se garantir a segurança jurídica na aplicação das sentenças como uma maneira eficaz de privar a sociedade organizada de decisões corporativas e casuísticas. Tanto os positivistas quanto utilitaristas

147 Dworkin assevera que a interpretação dos princípios varia de acordo com cada época.

148 Neste sistema só encontra traços de uma teoria semântica, a qual diz que toda asserção de que uma sentença é verdadeira é feita somente com uma interpretação formal da linguagem utilizada.

149 RIBEIRO, 1998. p. 66-67.

150 Aqui entendido como sentido de livre e legal pronunciamento da autoridade que, consultando a oportunidade e a conveniência da medida, se traduz em ato desvinculado de prévia regra estrita de direito condicionante de seu modo de agir, em um caso específico.

ignoram, segundo Dworkin, o caráter interpretativo do direito, preferindo uma forma hermética das regras e dos códigos.

A integridade contrapõe à idéia das interpretações científica¹⁵¹ dos naturalistas e conversacional¹⁵² dos positivistas que visam meramente a atribuição de significados àquela interpretação construtiva e criativa, onde se resgata as intenções, os motivos e as conseqüências, ou seja ir além do que o simples determinar das intenções. A interpretação construtiva enseja que o intérprete participe da prática se pretende entendê-la, o que é diferente de compreender o que os propósitos daqueles que elaboraram e determinaram a prática.

Dworkin defende essa profunda vinculação do intérprete com a prática a ser interpretada, na seguinte passagem:

A interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito sobre um objeto ou prática para fazer desses o melhor exemplar possível da forma ou gênero ao qual pertencem.¹⁵³

Fortalecendo a idéia de que existe algo de implícito a ser descoberto no fulcro da lei e que essa intenção é a fonte inspiradora deste sistema de princípios, Dworkin insiste que a justiça e o direito não devam ser entendidos pelas razões instrumentais e formais que deram origem à norma, mas a partir da história interpretativa, a qual pode ser organizada e justificada por um conjunto de princípios.¹⁵⁴

Para dar continuidade ao intento de conceituar a interpretação construtiva, o filósofo anglo-saxão, segue um esquema com etapas necessárias para a melhor interpretação possível de um determinado caso. O cuidado está implicitamente visível no interior do processo: é preciso livrar-se dos imbróglios dos métodos pseudo-interpretativos utilizados pelos pragmatistas e convencionalistas, que são, respectivamente, a interpretação científica

151 Definida como explicação causal de natureza exclusivamente mecânica. Embora esta definição encontre algumas restrições, dizemos que esta relação causal resulta da atividade observação dos dados por um cientista, seguido da interpretação que ele é capaz de elaborar. Segundo Dworkin, a descrição final do processo científico não comporta qualquer idéia de intenção.

152 Está presente no diálogo que estabelecemos com outras pessoas. Na verdade, não seria possível dialogar sem utilizarmos este tipo de interpretação. Pois, para decidir o que uma pessoa disse, interpretamos os sons e os sinais que ela faz. O aspecto relevante apontado por Dworkin acerca desta forma de interpretação é o seu caráter intencional.

153 DWORKIN, 2003, p. 52.

154 Ibid., p. 364.

instrumental e a interpretação conversacional, que nada mais ensejam em repetir aquilo que os fatos evidentemente apresentam, numa espécie de tautologia.

O ato de julgar neste processo de interpretação construtiva torna-se muito mais complexo, porque é preciso ir além dos fatos expressamente postos. É buscar as razões e os motivos que ocasionaram determinada ação. Outra característica deste modelo construtivo diz respeito à relevante coerência com o todos os aspectos fundantes da comunidade. É preciso poder explicar o resultado desta interpretação à luz do contexto de uma teoria da justiça consistente. Aqui se insere um outro fator de vital importância quando se adere a um modelo construtivo de interpretação: a doutrina da responsabilidade

Seu motor é uma doutrina da responsabilidade que requer que os homens integrem suas intuições e subordinem algumas delas, quando necessário, a essa responsabilidade. Pressupõe que uma coerência articulada, assim como decisões de acordo com um programa que possa tornar-se público e ser seguido enquanto não for modificado, são aspectos fundamentais de qualquer concepção de justiça.¹⁵⁵

Resumindo, para Dworkin interpretar juridicamente um caso difícil, depende mais de ver de imediato as dimensões de sua prática, um propósito e um objetivo nesta prática e uma consequência pós-interpretativa desta prática. Esse ver é mais penetrante do que um simples olhar automático sobre o que se produziu de provas no processo, é procurar interpretar todas as variáveis explícitas e implícitas derivantes do “*hard case*”.

3.5.1 ETAPAS DA INTERPRETAÇÃO

O refinamento da noção de interpretação construtiva tem como meta a transformação da metodologia interpretativa em um apropriado instrumento do direito enquanto prática social de integração.

Analiticamente, Dworkin traça as características de cada uma das etapas necessárias para a construção deste novo modelo de interpretação baseado na co-participação e co-responsabilidade entre os indivíduos.

155 DWORKIN, 2002, p.252.

A atitude interpretativa inicia com uma etapa preliminar denominada pré-interpretativa; momento este que os participantes determinam as regras, princípios, constituições, regulamentos, decisões precedentes que irão nortear as próximas etapas da interpretação. Dworkin admite que mesmo na etapa pré-interpretativa já tenhamos certo grau de interpretação, que certamente nos farão escolher esta regra em detrimento de outra, ou mesmo este conceito desconsiderando outro. Esses padrões devem ser produtos do consenso da comunidade. Não há como separar o sujeito ou o interprete do seu contexto social, político, econômico e cultural.¹⁵⁶

A etapa interpretativa é caracterizada pela justificação das práticas sociais consideradas na etapa anterior. Extrai destas os princípios morais aceitos na comunidade e que não estão plenamente explícitos nas normas jurídicas positivadas. Nesta fase o interprete observa e indaga de uma maneira mais individualizada, e inicia um processo parcial de justificação entre uma aceitação meramente passiva do dado pré-interpretativo e começa a majorar conscientemente os valores e os princípios morais a ele aparentes.

E aqui vale destacar a necessária permanência dos aspectos levantados na etapa anterior. Do contrário, incorre-se na criação de nova prática, e não na sua interpretação.¹⁵⁷

A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.¹⁵⁸

Na terceira etapa, a qual Dworkin chama de pós-interpretativa ou reformuladora ocorre uma adequação daquela prática, ainda difusa, analisada na etapa pré-interpretativa com as várias justificações da etapa interpretativa, ou seja, não há como interpretar sem que necessariamente haja um rearranjo da prática anteriormente aceita. É a concretização das reformas das práticas sociais pretendidas na primeira etapa.

Nesta última etapa, o intérprete objetiva demonstrar o objeto da interpretação na sua melhor luz, no sentido de fornecer a melhor apresentação e justificação possível, de forma

156 Crítica expressa a Rawls ao que ele chamou de “*visão conservadora do caráter das pessoas*”. A crítica se dá ao caráter hipotético da posição original e do véu da ignorância, e pelo fato de que não se pode mensurar a capacidade de abandono temporário dos membros na elaboração dos termos do contrato. Muitos críticos admitem que apesar do caráter moderado da solução ela não garante que no meio dos participantes não existam apostadores natos que, em vez, do bem comum busquem garantias pessoais.

157 Destaque-se aqui o evidente processo dialético de tese, antítese e síntese.

158 DWORKIN, 2003, p.81.

a reelaborar criativamente a prática, conduzindo-a a uma nova aproximação da realidade: é nesta fase que efetivamente ocorre o primado do intérprete sobre o objeto da interpretação.

Transparece que este tipo de interpretação escapa aos padrões lógicos e analíticos, e adquire uma nova dimensão relacionada ao ver de imediato as nuances das práticas pessoais. Esse ver considera as crenças, convicções e suposições de cada pessoa e tudo aquilo de importante que a pessoa agrega durante sua vida. Este arcabouço da tradição e dos costumes é considerado, especialmente, na constituição dos padrões norteadores da fase pré-interpretativa. O dado não trabalhado, mas apenas recolhido da tradição, é o primeiro passo do movimento da interpretação. Resta-nos salientar esta atitude interpretativa requer que os princípios e valores sejam compartilhados de forma que configurem a comunidade e, ao mesmo tempo, expressem as tradições desta sociedade.

Essa paradigmática descrição da interpretação construtiva e suas etapas nos remetem a conseqüente verificação de sua aplicabilidade e plausibilidade ao objeto deste estudo, isto é, como a atitude interpretativa corrobora para o fortalecimento da teoria da justiça como integridade e como essa satisfaz as condições necessárias do movimento dialético.

Percebe-se uma similaridade entre o conceito interpretativo construtivo de Dworkin e a dinâmica dialética e argumentativa hegeliana, como procedimento superior do pensamento no sentido de que ambas não inventam uma nova regra ou norma, mas a partir do próprio movimento interno constroem a melhor resposta para o problema exposto. Este assunto será mais bem explicitado no capítulo sobre as interlocuções entre a teoria da integridade e o pensamento hegeliano.

3.5.2 DO ROMANCE EM CADEIA

O romance em cadeia *ou chain novel* é uma estrutura utilizada por Dworkin para explicar a atitude interpretativa como um empreendimento coletivo e prolongado na história. Corresponde a uma obra que tem seus capítulos escritos por diferentes autores, onde cada um deverá ler, compreender e escrever a partir do capítulo anterior escrito por outro autor. Cada novo autor terá o compromisso de não desfigurar a obra, assim como prepará-la para que o

autor seguinte receba em suas mãos o melhor texto possível. Os autores, que assim o fizerem, se apropriam do passado e lançam bases para o futuro.

À maneira da composição literária, a teoria dworkiniana entende a solução de casos controversos como um romance construído paulatinamente pelos seus autores, cada um acrescentando novas partes, sem, no entanto relegar o que já construído anteriormente. Neste ínterim, evoca uma idéia de coerência e racionalidade posicional, que reintegra o sentido dos episódios anteriores e ajuda, assim, a construção do texto.

Ao decidir um novo caso o juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas e práticas as a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência quem tem nas mãos e não partir em alguma nova direção.¹⁵⁹

Destarte a obra literária feita a várias mãos¹⁶⁰, resguardada as devidas características e finalidades, o direito é composto como uma peça em série, que retroage ao passado no sentido de olhar para o que foi julgado no passado e assume os hábitos e costumes inerentes a esta comunidade (fase pré-interpretativa), submete-a ao crivo da interpretação construtiva (fase interpretativa) na perspectiva de sua modernização e aplicação na realidade presente (fase pós-interpretativa). Essa dinâmica interpretacional, a exemplo de um romance em cadeia, visa *superar/guardar*, no direito como integridade, todas as características pertencentes às etapas anteriores de concretização da idéia de justiça e de equidade.

Na interpretação desse material em cadeia pressupõe-se a existência de dois níveis de exigência a partir da qual este processo é posto à prova: o primeiro referente à adequação, e, o segundo, voltado para a interpretação. Ambos são dimensões de avaliação do texto. No primeiro avalia-se a integração do escritor à elaboração do roteiro com sua trama, personagens, tema e objetivos, o seu grau de envolvimento, o poder explicativo geral da obra e a verificação se, como romancista, cumpriu sua missão. A segunda, num sentido mais amplo, demandará do roteirista a escolha da interpretação que melhor reflita a intenção do

159 DWORKIN, 2005, p.152.

160 No Brasil, uma das principais iniciativas de romance encadeado a várias mãos reuniu nos anos 60 em "O Mistério dos MMM" (Ediouro) um elenco de dez escritores: Rachel de Queiroz, Antonio Callado, Dinah Silveira de Queiroz, Orígenes Lessa, Viriato Corrêa, José Condé, Jorge Amado, Lúcio Cardoso, Guimarães Rosa e Herberto Salles.

texto. Como evidencia Dworkin, as duas fases não apresentam distinções profundas, apenas se procura oferecer estruturação à teoria funcional ou ao estilo de qualquer intérprete.

Mas as considerações formais e estruturais que dominam a primeira dimensão também estão presentes na segunda, pois mesmo quando nenhuma das duas é desqualificada por explicar muito pouco, pode-se mostrar o texto sob uma melhor luz, pois se ajusta a uma maior parte do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo e conteúdo.¹⁶¹

Se, como método, o romance em cadeia pretende demonstrar como se dá a participação do romancista (e no caso do direito, o juiz) em contínuo processo de elaboração literária com outros escritores, com a finalidade, atentando-se para o âmbito jurídico, de demonstrar a eficiência e substancialidade da decisão em si.

Esse processo inovador concebido por Dworkin insere-se no contexto deste trabalho da seguinte maneira: a teoria dworkiniana ao tratar construção do conceito de justiça no direito sob a égide do encadeamento interpretativo deixa transparecer a sua raiz metodológica dialética, nos moldes de Hegel, *i.é*, a superação e a preservação estão perceptíveis de modo que todo o processo transcorre num movimento de retomada das premissas dadas e afirmadas nas etapas anteriores.

3.6 INTEGRIDADE E HISTÓRIA

Um importante critério enfatizado no tocante a clareza da integridade refere-se a componente histórico como constituinte do sistema de princípios da sociedade. Devido à impossibilidade de uma norma contemplar na sua essência todas as contingências históricas impede a sua perfeição e sua validade ficaria prejudicada. Neste contexto o fator histórico é mais bem aplicado num sistema de princípios do que no modelo das normas. A interpretação que orienta a comunidade de princípios permite a flexibilidade necessária para a aceitação da história no seu contexto. No caso das regras, a história só serve como referência no que diz respeito ao estudo da formação da própria norma, e não, como no caso dos princípios, como critério de avaliação dos fatores que deram origem ao direito.

161 DWORKIN, 2003, p. 278.

Há de ressaltar que nesta teoria a integridade não exige completa coerência a todas as etapas históricas, mas reitera que a importância histórica é crucial, no sentido de que ela subsidia o conhecimento do sistema de princípios como garantidor da validade jurídica alicerçada no passado.

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas.¹⁶²

Essa imersão na história testemunhada por Gadamer e recuperada por Dworkin é relevante se considerarmos que a eficácia da interpretação construtiva está condicionada ao modo como ocorre a exposição da consciência ao fenômeno histórico. Mas, na visão de Dworkin a eficácia é presente, portanto não está localizada no passado como querem os positivistas, e nem no futuro como almejam os utilitaristas.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais e objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.¹⁶³

Sempre que um juiz decidir um novo caso concreto deve perceber que inúmeras decisões, estruturas e convenções são partes da história, e a aplicabilidade delas no presente depende de um processo interpretativo, no sentido de adequá-la à nova realidade. Essa coerência com o presente da comunidade é que determina a plausibilidade desta interpretação. É de extrema importância para o direito como integridade a recusa da ideia de “lei é lei” e que deve ser usada como parâmetro estático de julgamento. A inovação presente neste contexto refere-se a uma preservação¹⁶⁴ dos valores e tradições no corpo da decisão prolatada. O futuro

162 Ibid., p. 74-75.

163 Ibid., p. 274.

164 No melhor estilo da *aufhebung* hegeliana.

só tem sentido se é referendado pelas ações precedentes e, no instante, em que um novo autor (juiz) se depara com um novo capítulo (*casos difíceis*) a ser escrito.

A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. Nossa justificativa para considerar a Lei das Espécies Ameaçadas como direito, a menos (até que) seja revogada, inclui o fato crucial de ter sido sancionada pelo Congresso, e qualquer justificativa que apresentemos para tratar este fato como crucial deve ela própria incluir o modo como tratamos outros eventos de nosso passado político.¹⁶⁵

A história fomenta-se na força institucional e na capacidade da sociedade em conservar seus padrões sob a tipagem de hábitos, costumes, convenções e na eficácia da transmissão dos valores dela advindos. A integridade permite a preservação destes valores, bem como o seu fortalecimento através do reconhecimento dos mesmos em forma de princípios aplicáveis aos conceitos de justiça. Essa apropriação da história institucional da comunidade produz a sinergia necessária para a argumentação interpretativa.

A referência à história como fonte original e força motora do direito instaura um diferencial de credibilidade institucional e de valorização das forças constituintes da comunidade através de seu legado oral e escrito e proporciona um elo consistente de coesão interna e externa da mesma, seja na sua prevalência como nação-povo ou na sua relação com as demais sociedades. A história e o respeito dispensado a história institucional remontam confiança nas ações desta nação, seja na sua economia interna, ou na comunidade das nações.

Dworkin reconhece o valor histórico inerente à questão da justiça, mas destaca que essa a influência da história sobre a integridade não representa uma clara dependência. Observa-se que o direito quando recorre ao passado não o faz como uma simples lembrança das decisões passadas, mas, mais um instrumento de validação das decisões presentes.

165 DWORKIN, 2003, 274.

3.7 DA MORALIDADE INERENTE AO DIREITO

Em oposição aos ditames positivistas e pragmáticos, Dworkin se posiciona favorável à influência da moral como elemento constituinte do direito. Tal posição resulta em pesadas críticas, especialmente daqueles que consideram o direito como um elemento puramente normativo¹⁶⁶, e nunca prescritivo¹⁶⁷. Ao refutar esta posição baseada na tese da separabilidade, entende que esse posicionamento é extremamente perigoso, no sentido de que permite a usurpação da idéia de justiça como pressuposto básico de vida digna e a transforma num instrumento automatizado de aplicação mecânica de regras em forma de penas, recompensas e retribuições. Essa separação ganhou adeptos no mundo moderno, bastante tecnicizado e racional, crente na infalibilidade da ciência e dos métodos científicos. Suficientemente analítica, a ponto elaborar critérios meticulosos para calcular os valores relativos à equidade e a justiça.

Na Inglaterra, a matéria era ensinada a partir de manuais com Salmon on Jurisprudence ou Paton on Jurisprudence. A maior parte destes textos dedicavam-se ao que denominavam teoria analítica do direito, que eles distinguiam cuidadosamente da “teoria do direito ético”, isto é, o estudo do que deve ser o direito. Por teoria analítica, eles entendiam a elaboração cuidadosa dos significados de determinados termos (como infração legal, posse, propriedade, negligência e lei) que são fundamentais para o direito no sentido em que aparecem não em um ou outro ramo da doutrina, mas ao longo de todo o seu espectro. Esses conceitos, como os que mencionei antes, são problemáticos, porque os juristas os empregam mesmo quando não entendem exatamente o que eles significam¹⁶⁸

Uma das premissas derivadas desta separação diz respeito à necessidade ou não dos juizes em utilizarem argumentos morais quando da decisão de casos mais complexos. Para os positivistas e outras teorias que seguem a tese da separabilidade, o uso destes

166 Aqui entendido enquanto normatização e imposição. O aspecto normativo do direito tem por fundamento básico a análise dos tradicionais estudos do austríaco Hans Kelsen.

167 O Direito prescritivo tenta vislumbrar os princípios que por suas naturezas deveriam estar presentes em todas as constituições, independentemente do fato de se já se fazem presentes ou não.

168 DWORKIN, 2003, p. 4.

argumentos inviabilizaria a legitimidade e legalidade de todo o sistema legal¹⁶⁹. Portanto a justiça derivada desta tese resulta num conceito estanque e restrito às esferas científicas do conhecimento. Num claro movimento de destituição do caráter axiológico da Constituição, reservando-a uma característica meramente procedimental.

Dworkin crê que uma concepção do direito que negue a separação absoluta entre o direito e a moral e que não acuda a princípios de justiça material preestabelecidos, torna-se uma doutrina perigosa, sobretudo se finca bases em critérios puramente positivados, olvidando o caráter ético nas relações humanas. Na prática Dworkin reaviva o argumento moral presente no direito natural e recoloca-o em destaque no seio da prática jurídica atual. Mas de modo diverso dos naturalistas, a teoria dworkiniana introduz novos elementos para essa prática jurídica e moral. O que será estudado, com mais precisão, adiante, no tópico sobre as divergências e as críticas ao jusnaturalismo.

Suponha, por exemplo, que há fatos morais, que não são simplesmente fatos físicos ou fatos relativos a pensamentos e atividades das pessoas. Não quero dizer 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 se pode 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 ainda não é conhecido nem estipulado.¹⁷⁰

Habermas numa das freqüentes interlocuções com filosofia de Dworkin chama atenção para o fato de que, nos processos judiciais, três tipos de questões fatalmente vêm à tona: questões de fato (*o que ocorreu?*), questões de direito (*qual a lei aplicável ao caso?*) e questões ligadas à moralidade (*qual o procedimento justo ou correto a ser tomado?*). O terceiro momento ligado às questões morais é que estabelece o “*superar-guardar*” da dialética no que representa um salto de qualidade dado por Dworkin na sua crítica às duas teorias dominantes no mundo jurídico. A fonte de sua moralidade reside em seu conceito de

169 As principais teses aliadas à essa separação são a restrição do direito a uma teoria da norma legal para que responda a partir dos influxos políticos e a finalidade de obter a certeza jurídica sobreposta a uma resolução justa dos conflitos.

170 DWORKIN, 2001. p. 205.

princípios que são sempre morais. Aqui a moral se encontra com a história para, em seguida, subtrair a política.¹⁷¹

Apesar da declarada diferenciação entre princípios e políticas, Dworkin estabelece, necessariamente, uma vinculação entre ambos no âmbito da realidade efetiva. Sob seu ponto de vista não há como separar os princípios com seus objetivos particulares e morais das políticas coletivas de bem-estar social. Em outras palavras, a tese dworkiniana prega uma moralidade política baseada na afirmação dos princípios norteadores da justiça, da igualdade e da integridade,¹⁷² que originam no caráter particular e se orientam para a formação coletiva da sociedade.

A urgência da questão moral ressurgiu mais vivamente em debates recorrentes na sociedade atual. Mostra-se carente de padrões éticos capazes de revitalizar os laços fraternos, de substancial importância para uma noção integral de justiça. As noções de justiça contemporâneas não podem se furtar da missão de agregar nos seus preceitos a temática da ética. Não há como, nas atuais circunstâncias da sociedade mundial, relegar a ética a uma posição secundária na pauta de discussão das grandes cúpulas. É imprescindível que o direito agregue nos seus debates um tema tão relevante para a vida da comunidade.

Após a crise do rigorismo da ética kantiana do dever, não houve um vazio moral, mas, primeiramente, o aparecimento da metaética, ou seja, respostas para perguntas lógicas e, em segundo lugar, o auge da ética aplicada, quando do surgimento de uma nova sensibilidade moral. Este renovado interesse pela ética aplicada (questões relevantes para a pessoa e a humanidade), próprio da filosofia ocidental das últimas décadas, é um dos traços filosóficos mais importantes e que diferencia o pensamento ético do século XX.¹⁷³

O impacto teórico da crise moral impele a uma profunda reformulação dos antigos conceitos do Direito. A idéia de justiça perdida nos emaranhados burocráticos, encontra na corrupção um poderoso inimigo. Compete ao Direito na sua constante procura pela justiça

171 Ver distinção entre princípios e políticas.

172 Importa lembrar que Dworkin é oriundo de uma tradição anglo-saxônica que estes ideais estão fortemente enraizados no contexto destas sociedades. Mas o interessante na teoria da integridade de Dworkin é que apesar destes padrões serem chaves na sua análise, eles não são padrões etéreos e aplicáveis a qualquer sociedade. A metodologia e os procedimentos são descritos de tal forma que, mesmo sociedade que não comungam destes ideais ou os mesmos, estão dispostos de maneira diversos, a integridade pode ser inferida como um modelo capaz de suavizar ou debelar os confrontos entre as suas principais virtudes. O importante é que cada sociedade seja capaz de “construir” a sua escala de princípios e dela derivar a sua forma de exercício da justiça.

173 VALLS, Á.L. M, 2000, p. 40.

estabelecer parâmetros¹⁷⁴ calcados em padrões éticos capazes de frear essa avalanche de imoralidade que enlameia os mais diversos setores da sociedade. Esse choque de moralidade, tão alardeado pelos setores políticos da sociedade, só ganha força se os teóricos do direito, os legisladores, os magistrados e os demais membros da sociedade se conscientizarem que são protagonistas desta redescoberta coletiva de moralidade.

Saliente-se este modelo de direito renovado não é fruto de uma construção descontextualizada, mas faz parte de um movimento mais amplo de renovação da filosofia anglo-saxônica¹⁷⁵ da segunda metade do século XX¹⁷⁶ que resgata para o interior desta, valores como a moralidade política baseada na afirmação da equidade, do devido processo e na livre expressão do pensamento e o conceito de justiça vinculado à defesa das liberdades individuais e da igualdade.

É evidente que dependendo do grau de desenvolvimento de cada sociedade, ela constrói a sua própria escala de valores e princípios. Cabe a cada comunidade, respeitando suas nuances históricas, culturais e sociais, resguardar a sua noção de moralidade política, a qual servirá de base para a contextualização da justiça como integridade.

Dworkin configura-se num pensador sensato, que partindo da necessidade de reorganização da sociedade e do direito, estabelece sua doutrina como um ponto de referência na formação de um liberalismo de pretensões igualitárias. A urgente reformulação dos códigos à luz da moralidade e dos princípios representa um passo importante no caminho da plena justiça, que fugindo aos padrões meramente formais, utilitários e pragmáticos, torna-se mais integral.

Essa tarefa de resgatar a moral e a ética só é possível numa comunidade integrada, onde os valores e virtudes devem estar arraigados no coração das pessoas atingidas, sob o risco de não se obter o resultado esperado.

174 Entendam-se como parâmetros não somente regras, tratados, acordos, convenção, e outros, mas todo o arcabouço jurídico compostos por regras, princípios e políticas escritos ou não.

175 As duas influências mais profundas sobre a filosofia anglo-saxônica foram Hume e Kant e não é difícil ver na atual concepção filosófica da pessoa a obra destes dois grandes pensadores. Combinada com lógica matemática e da ciência, concebe-se a idéia de que a realidade, afinal, é uma quantidade de átomos materiais, e de que o discurso significativo deve estar relacionado direta ou indiretamente à realidade assim concebida.

176 A origem da renovação da filosofia anglo-saxônica é creditada a Rawls, especialmente após a publicação de “*Uma Teoria da Justiça*” obra que reabilitou as questões morais reprimidas durante muito tempo e apresentou-as como objeto de pesquisas científicas sérias e reanimou o discurso sobre a justiça e tendo feito dela um tema central da discussão interna e externa aos círculos filosóficos.

3.8 O JUIZ HÉRCULES

Uma teoria complexa e que conta com muitos opositores no campo jurídico atual, a teoria da integridade visa reconstruir uma atitude mais holística do homem e soterrar as bases meramente científicas, sob as quais o direito e o conceito de justiça estavam alicerçados. Rompe com uma tradição jurídica predominante nos meios acadêmicos e nos tribunais nos últimos anos de cunho marcadamente positivista e dogmático.

O autor admite que a perfeita aplicação de sua teoria seja viável, mas alerta para os possíveis percalços na sua aplicação. Por isso concebe existência de um super-juiz capaz de concentrar as virtudes e habilidades sobre-humanas, com a finalidade de criar um modelo de tomada de decisões judiciais baseado na idéia de minimização dos erros. E seu *modus operandi* está vinculado à solução dos casos difíceis de modo coerente

Poderia resolver casos controversos de forma objetiva e correta. Deve-se salientar inicialmente que Hércules aceita as leis vigentes, reconhece o dever de seguir as decisões anteriores, sabe que são as leis que criam e extinguem direitos etc., mas que ele deve interpretar uma série de princípios básicos do Direito e, mais amplamente, da justiça, para apoiar suas decisões sobre os eventuais casos controversos.¹⁷⁷

A tarefa deste Hércules seria a aplicação refinada de todos os aspectos inerentes à teoria da justiça como integridade. Nele pode ser observada a capacidade de interpretação em todas as suas etapas

Hércules é então levado, por este projeto, a um processo de raciocínio muito semelhante àquele do árbitro autoconsciente do jogo de xadrez. Deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, assim como o árbitro de xadrez é levado a desenvolver uma teoria sobre a natureza de seu jogo. Hércules deve desenvolver esta teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o

177 DALL'AGNOL, Darlei, 2005. *escrito online*.

poder de discriminação deste teste estiver exaurido, ele deve elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza.¹⁷⁸

E a capacidade de aliar direito e moral.

A história política da comunidade será, portanto uma história melhor, imagina ele, se mostrar os juizes indicando a seu público, o caminho que tomarão os futuros juizes guiados pela integridade, e se mostrar os juizes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade.¹⁷⁹

Nestes dois exemplos pode-se detectar a amplitude do trabalho de Hércules e a sua capacidade de fazer valer a teoria da justiça como integridade nos seus mais variados aspectos. Ainda fica uma questão, pode Hércules sobrepujar os dois principais ideais, em nome, do direito em nome da integridade? Dworkin admite que sim, enfatizando que tanto a justiça quanto a equidade, quando não resolvem cada uma a seu modo as pendências, devem ser elevadas a uma nova categoria e, dialeticamente, serem superadas e guardadas.¹⁸⁰

A decisão de Hércules é um novo capítulo de uma mesma história, mas jamais conta uma história nova. Ele até inova em suas decisões, mas inova reinventando e reconstruindo o dado, o que já existe.¹⁸¹

Dworkin admite, no entanto, que as circunstâncias reais apresentadas aos julgadores contemporâneos sejam bem mais complexas e que a situação do juiz, muitas vezes, não permite que ele faça todo este esforço de adequação e ajustamento, porém Hércules ergue-se como um farol que ilumina e indica o caminho, ou como se apresenta nas palavras de Habermas, “*para superar esta dificuldade*”¹⁸², *Dworkin utiliza-se do recurso contrafático de um juiz ideal, cuja capacidade intelectual pode medir-se com as forças físicas de um Hércules*”.¹⁸³

178 DWORKIN, 2002, p. 167-168.

179 DWORKIN, 2002, p. 297.

180 Assunto melhor explicitado no capítulo 4.

181 POGREBINSCHI, Thamy. Dworkin e o Pragmatismo Jurídico. in <http://www.cedes.iuperj.br/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf> acessado em 20/07/2008.

182 Dificuldade de encontrar e balancear os princípios que são relevantes para a solução de um caso específico. O juiz deve sempre revelar o que implícito no sistema jurídico, e nunca inventar novas normas ou preceitos.

183 HABERMAS, 2003, p. 263.

Mas, uma vez que Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos, sua interpretação das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio. Ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo. Mas, quando interpreta as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas.¹⁸⁴

Sobressai-se a exigência de que Hércules não age como se impusesse decisões fora do mundo real, mas advogue dentro de um território concreto, ou seja, sob os ditames de uma Constituição e em uma comunidade política democrática específica. Também se observa que Hércules insere-se num movimento de reconciliação da história com a justiça, no sentido que ao interpretar o direito, o faz dentro de um encadeamento histórico, no qual o juiz apresenta os princípios que gradativamente foram incorporados pela prática constitucional. Fiel aos argumentos dos princípios, apesar da conotação política que possa ser decorrente de suas decisões, elas não deixam de ser baseadas em princípios.

184 DWORKIN, 2002, p.173.

4 INTERLOCUÇÕES

Antes que se passe à análise propriamente do tema e as suas implicações no desenvolvimento do trabalho urge algumas considerações: não se busca uma identidade radical entre os dois autores, mas uma aproximação entre as idéias centrais sobre justiça, embora haja consciência das diferenças nos contextos sociais e políticos que se interpõem entre os dois; uma análise entre os conceitos de justiça de Hegel e Dworkin pressupõe a consideração da evolução histórica e do desenrolar dos eventos da primeira metade do século XX, que se configuram como imprescindíveis na análise de temáticas pré ou pós as grandes guerras mundiais¹⁸⁵; o risco que se corre ao empreender uma tarefa de tal magnitude deve ser bem medido, para que não se enfatize pontos específicos e sem relevância, que certamente agregariam pouco ao intento; e a análise dos aspectos relevantes terá como diretriz a plausibilidade da influência de Hegel sobre as formulações teóricas da justiça como integridade de Dworkin.

Os pontos de aproximação e distanciamento entre os autores estão permeados de peculiaridades inerentes a cada uma das teorias. Porém, para efeitos de análise deste trabalho, os esforços se concentrarão nos pontos de convergência, que foram assim detectados: o movimento dialético de superação/preservação através da interpretação construtiva, a (re)inclusão da eticidade no seio da teoria da justiça, a superação dos movimentos positivistas, utilitaristas e jusnaturalistas; e o fortalecimento da noção de totalidade ética como fundamento de um novo sistema do Direito e do Estado e a importância da questão histórica na formação do conceito de justiça, a oposição da discricionariedade judicial e o caráter intralegal do sistema jurídico.

Objetivamente, esta interlocução visa cooperar para uma retomada da idéia hegeliana de totalidade neste novo contexto de mundialização assimétrica¹⁸⁶ e de globalização. Apesar de estes termos serem intensamente propalados, se percebem lacunas

185 Muitos autores, entre eles Popper e Hobsbawn, alegam que o pensamento hegeliano serviu de inspiração para os movimentos nacionalistas e totalitários, especialmente o nazismo.

186 Mundialização designa a crescente integração das diferentes partes do mundo, sob o efeito da aceleração das trocas, do impulso das novas tecnologias da informação e da comunicação, dos meios de transporte. A expressão "globalização" tem sido utilizada mais recentemente num sentido marcadamente ideológico, no qual se assiste no mundo inteiro a um processo de integração econômica sob a égide do neoliberalismo, caracterizado pelo predomínio dos interesses financeiros, pela desregulamentação dos mercados, pelas privatizações das empresas estatais, e pelo abandono do estado de bem-estar social.

importantes na sua efetivação. Especialmente nas ciências sociais, esses eventos, ainda, não foram suficientemente digeridos e assimilados, a ponto de não ser possível alcançar uma concepção mais integralizada de homem calcada na realidade social.

Destarte, Hegel viver no auge do movimento iluminista, não havia, ao menos na intensidade hoje alcançada, a disseminação de novas culturas pelo mundo ocidental. Hoje efetivamente o homem contemporâneo está exposto a uma gama infinitamente mais diversificada de novos valores e conceitos originados das múltiplas culturas e na especificidade de cada povo. E, seguindo esta corrente que transformou o mundo em uma aldeia global, emerge a tarefa de concretizar ideais de justiça abrangentes e que, ao mesmo tempo, respondam “*as exigências de um ethos autônomo e deliberativo para a ação local e ao ideal de uma concepção igualitarista universalizável de justiça e liberdade*”.¹⁸⁷ Essa tarefa consiste em formular uma justiça global, não apenas figurativa e passível de não-cumprimento, mas eficaz e normativa. Evidente que as fragilidades das democracias e a forte influência do poder econômico tornam esta tarefa mais árdua, mas não menos recompensadora.

Este se torna um desafio, inclusive para o próprio Dworkin, que na sua concepção de integridade, destaca a coerência dentro de uma comunidade de princípios, num primeiro momento localizada e democraticamente constituída. A universalização do conceito de justiça como integridade passa pelo momento de sua afirmação local, e pelo fortalecimento das instâncias democráticas de decisão e pelo relevante sentimento de pertença de cada um dos membros, o que certamente demanda de esforços que não somente são derivados do âmbito jurídico, mas estão ligados à questões culturais, econômicas, políticas, entre outras.

Partindo da idéia de totalidade orgânica, orquestrada por Hegel, surge o desafio de apresentar a justiça como integridade de Dworkin, dentro desta mesma perspectiva, ou seja, a de considerar o homem na sua totalidade, sem, no entanto descuidar das diferenças inerentes a cada um. A idéia de justiça como integridade fornece subsídios para o desafio de consistir uma justiça, menos excludente e baseada no respeito aos direitos humanos fundamentais. É a força da multiplicidade contemplada na unidade.

A possibilidade de se considerar o homem na sua integridade e dotado de princípios que o protegem das injustiças torna viável a tarefa de estabelecer critérios aplicáveis na maioria das comunidades éticas do mundo. Já existem exemplos extra-nacionais

187 OLIVEIRA, Nythamar de. Os desafios normativos da justiça global segundo John Rawls. In www.geocities.com/nythamar/rawls4.html acessado em 07 de agosto de 2008.

que contemplam a idéia central da justiça como integridade, ou seja, de que a humanidade é regida por princípios que se sobressaem às leis positivadas de cada país. As principais decisões destes tribunais internacionais¹⁸⁸ são referências na aplicação de princípios.

4.1 DWORKIN E HEGEL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ressalte-se, inicialmente, que o próprio Dworkin não tem a pretensão de ter seu trabalho comparado ou mesmo analisado sob a batuta de um conjunto de idéias ou em comparação com qualquer outro pensador, seja ele contemporâneo ou de outra época do pensamento, seja ele filosófico ou jurídico.

De modo geral, evitei comparar minhas opiniões com as de outros filósofos do direito e da política, clássicos ou contemporâneos, ou demonstrar até que ponto fui influenciado por suas obras, ou delas extrai quaisquer elementos. Este livro tampouco é um exame das idéias recentes em jurisprudência. Nele discuto, em profundidade, várias concepções atuais no âmbito da teoria jurídica, inclusive o positivismo moderado do direito, a análise econômica e o movimento crítico dos estudos jurídicos, bem como as teorias passivas e das intenções dos legisladores constitucionais do direito constitucional americano. Discuto-as, porém, porque suas afirmações interferem no argumento que apresento, e deixo de considerar muitos filósofos do direito cuja obra é de igual ou maior importância¹⁸⁹

Necessária esta colocação, sobretudo no tocante à complexa tarefa a que se propõe e de sua intenção de não ser conclusiva. A admissão, por parte do autor, de que a influência deriva de muitas correntes e concepções, tanto do direito quanto da filosofia, que não especificamente está que se objetiva detalhar (a influência hegeliana), é atrativa, especialmente porque deixa aberta a possibilidade de uma releitura mais coerente com os ideais de globalização do mundo contemporâneo. Essa possibilidade valida o intento de resgatar, ao menos, parcialmente, a contribuição de Hegel para a história da Filosofia do Direito contemporâneo, especialmente no que concerne a teoria da justiça como integridade.

188 Temos exemplos como o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, os tribunais arbitrais da OMC, o Tribunal Internacional de Justiça, entre outros.

189 DWORKIN, 2003, XIII-XIV.

Vê-se nas filosofias do direito da contemporaneidade uma contribuição expressiva do pensamento hegeliano, observada de forma capilar. Superadas algumas resistências, Hegel serve como referência ou inspiração para teorias holísticas do Direito.¹⁹⁰ Teorias estas que consideram o homem como um ser completo, e que a sua totalidade só se alcança na sua imbricação tecidual com o Estado e as instituições que o compõem. Nesta nova visão do Direito, a dignidade humana apresenta-se como um dos mais representativos pilares para a construção de um quadro de direitos e deveres concernentes à condição de sustentabilidade social do homem. Surge um novo esteio, que não mais o das verdades científicas, mas sim, o da solidariedade e da justiça social e as premissas se tornam verdadeiras quando coexiste a efetividade ética com a eficácia moral nos atos humanos, tornando-se fundamentos básicos para a construção de uma sociedade economicamente sustentável.

Rawls ao considerar ao pensamento hegeliano como uma forma de liberalismo da liberdade estabelece um marco na retomada do reconhecimento das idéias deste pensador para a história contemporânea da construção da justiça.

A interpretação do hegelianismo no quadro do liberalismo da liberdade estimula Rawls a avaliar com mais justeza as contribuições da teoria de Hegel. Pretende, desse modo, interpretar o hegelianismo político sob a ótica da sua teoria, procurando mostrar que as contribuições de Hegel não são absurdas ou estranhas em relação às principais teses do seu liberalismo político. O ajuste do hegelianismo a essas teses é plausível se ele for interpretado na ótica do *liberalismo da liberdade* e comparado com os princípios do liberalismo político. Tal ajuste permite não só “aproveitar” as contribuições hegelianas compatíveis com esse liberalismo, como também dar uma resposta às críticas comunitaristas de inspiração hegeliana, pois a unilateralidade destas críticas torna o liberalismo de Rawls impermeável aos possíveis aportes da filosofia política hegeliana.¹⁹¹

O liberalismo da liberdade, no molde acima descrito, é relevante para este trabalho, pois permite uma análise liberal do pensamento de Hegel, o que outrora parecia despropositado. O fato de Hegel considerar a liberdade como princípio orientador de todo o seu sistema já credencia este estudo, desde que se considerem os pontos distintos entre o

190 No sistema da pós-modernidade do Direito, baseado na Constituição, os subsistemas jurídicos estão intimamente relacionados. A norma passa a ser interpretada pela sua intenção humanística e dialética, utilizando a razão como instrumento principal para o discernimento de seu real sentido ético e moral, propondo-se o acordo das consciências pelo diálogo entre o público e o privado.

191 RAMOS, Cesar Augusto. <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1790/1320> acessado em 24/07/2008.

liberalismo, enquanto teoria radical dos direitos fundamentais individuais, e o pensamento hegeliano de pertença ao Estado, como superação das particularidades.

Destaque-se que a contribuição de Hegel para a história das teorias jurídicas é difusa no sentido de que muitas escolas pleiteiam para si o legado de suas idéias e conceitos. Considerado como precursor do marxismo¹⁹², da jurisprudência dos conceitos¹⁹³, da escola histórica do Direito¹⁹⁴ e a cada uma dessas teorias cabem ressalvas no modo como compreenderam o pensamento hegeliano, mas que não invalida o legado, seja ele na contraposição das idéias, seja na inspiração metodológica ou conceitual. Hegel é tomado como inspiração pelas mais díspares tradições político-filosóficas contemporâneas, dificilmente se encontra uma teoria política que não partilhe princípios em comum com Hegel.

A teoria que percebe um sistema jurídico de forma coerente e consistente com suas partes certamente corrobora com o pensamento hegeliano de totalidade orgânica.

4.2 INTEGRIDADE: O ÉTICO NA JUSTIÇA

A confrontação entre as duas teorias sobre justiça estabelece à primeira vista uma característica inerente a ambas: os dois autores inserem no seio de suas conceituações a vitalidade do conteúdo prescritivo do Direito. Denota-se, claramente, que as duas concepções aceitam que as decisões judiciais trazem em si fortes marcas da moral e da ética.

O ethos tem um conteúdo estável que independe da opinião subjetiva e do capricho, corporificado nas leis e instituições (§144). Estas leis éticas, como vimos, não são estranhas ao sujeito, posto serem sua própria essência, mas não são, ainda, a determinação dos seus atos em suas infinitas escolhas. Por isso, será necessário um percurso de

192 Inegável é a inspiração hegeliana no pensamento de Marx, porém o marxismo adotou o viés social, ideológico e político e identificou a práxis como agente de transformação da sociedade. Autores como Lukács consideram Hegel como precursor de Marx, tendo estabelecido, no próprio marxismo, conceitos e métodos hegelianos: inclusive os da totalidade e do sujeito.

193 Tal tese se sustenta pelos dogmas da completitude e da coerência do ordenamento jurídico.

194 Segundo Salgado, essa escola do direito fundamenta-se na aparência ou contingência fenomenal dos fatos históricos.

aprendizagem. Bem entendido, o dever só aparece como limitação à vontade abstrata e ao impulso natural, mas, na verdade, representa a liberdade do indivíduo, já que brota de sua autonomia (§ 149). É na dimensão ética que direito e moral se unem e o homem passa a ser portador de direitos (§155).¹⁹⁵

Tanto Hegel quanto Dworkin reforçam a necessária vinculação entre o direito e a lei com a moral, fator considerado essencial no desenvolvimento progressivo do direito em direção da justiça. A crítica que Hegel faz a idéia de direito de Kant¹⁹⁶, quando este afirma que “o dever ser” - este está mais intimamente ligado a aspectos de comportamento - não encontra efetividade na realidade, é respaldada na teoria dworkiniana, quando este afirma que sua teoria¹⁹⁷ tem a intenção de levar a moralidade política para o coração do direito constitucional. A visão hegeliana afirma a objetivação da moral na eticidade, o que permite a intersecção com os outros campos do saber humano e, mais especificamente, o direito.

Ainda, que possa parecer estranha tal aproximação, apresenta-se um argumento de relevância para a afirmação de que Dworkin ao referir-se à moral, está mais próximo da concepção hegeliana de eticidade, do que àquela concebida no molde da moralidade kantiana. A inclusão dos princípios como inerente ao esquema do direito satisfaz os requisitos da eticidade, no sentido que cria uma responsabilidade solidária que extrapola os limites da moralidade subjetiva. A justiça como integridade é vinculada a essa responsabilidade objetiva, no sentido de que os envolvidos estão comprometidos com todo o processo, inclusive com as circunstâncias não previsíveis. Dworkin faz referência ao famoso caso *MacPherson v. Buick*¹⁹⁸, como paradigmático para a compreensão da extensão da afirmação dos princípios e

195 DUTRA, Delamar José VOLPATO. 2006, *versão online*.

196 Para Kant, no mundo jurídico é dispensável a correspondência íntima entre a ação e a consciência (presente no mundo moral). Não importa no mundo jurídico se o indivíduo está de acordo ou não com a lei, com a norma, mas importa se está cumprindo ou não. Da mesma forma não importa se o indivíduo sente remorso ao praticar um crime, no mundo jurídico importa que ele cumpra a pena prevista e imposta pela lei.

197 Neste ponto podemos destacar especialmente a relevância que Dworkin dá à leitura moral da Constituição. Ronald Dworkin afirma que os norte-americanos têm se enganado sobre o que seja a sua Constituição e como os juízes a interpretam. Discutindo causas constitucionais recentes e princípios constitucionais perenes de modo esclarecedor e sempre espirituoso, Dworkin procura provar que o sistema norte-americano de governo baseado na leitura moral da Constituição é, na verdade, o melhor tipo de democracia que existe. Ver livro *Direito da Liberdade: a Leitura Moral a Constituição Norte-Americana*.

198 MacPherson havia comprado um *Buick* de uma revenda de automóveis. Certo dia, enquanto dirigia, um problema em uma das rodas provocou um acidente, que resultou em ferimentos sérios no condutor do veículo. MacPherson ajuizou ação contra a empresa *Buick*, fabricante do carro. A ré havia comprado as rodas de outro fabricante e não conseguira detectar o defeito causador do acidente, o que, ao que consta, uma inspeção poderia ter indicado. A ré não havia inspecionado as rodas que comprou de outro produtor, embora houvesse testado todos os automóveis antes de entregá-los aos consumidores.

de sua conseqüente responsabilidade objetiva. Também exemplifica com a questão envolvendo uma empresa fabricante de automóveis e a respectiva responsabilidade dos sócios nos danos causados em acidentes.

Suponhamos que um fabricante de automóveis produza carros defeituosos que provoquem terríveis acidentes nos quais morrem centenas de pessoas. Deixem de lado a questão do direito, se a empresa é culpada de um crime ou legalmente responsável pela indenização das vítimas ou de seus familiares. (...) Interessa-nos, agora, a questão da responsabilidade moral. Qual o sentido de afirmar que a companhia tem a responsabilidade moral de indenizar as vítimas com os bens do grupo, com a conseqüência de que os seus acionistas devem arcar com a perda? (...) Contudo, abordamos esta questão independente (*a indenização*) utilizando um conjunto de princípios diferentes, entre os quais se encontrar o princípio há pouco mencionado, de que qualquer membro da empresa com direito a compartilhar os lucros deve igualmente compartilhar as suas responsabilidades. Este princípio justificaria o pagamento de uma indenização extraída dos bens da companhia e, portanto, da conta dos acionistas, em vez de, por exemplo, deduzi-la dos salários dos empregados que, na verdade, desempenharam um papel causal nesta infeliz história.¹⁹⁹

Neste nível de argumentação concebe a comunidade personificada como aquela que, baseada nos princípios, é garantidora da efetivação da liberdade no molde hegeliano. Sendo que esta comunidade personificada representa a *superação/conservação* das particularidades individuais, sem, no entanto desqualificar a presença de cada uma dessas características no novo modelo de comunidade. Em, um processo dialético, a comunidade personificada realiza uma transformação dialética dos costumes e hábitos individuais, bem como das regras e normas jurídicas positivadas. A integridade calcada nos princípios satisfaz os critérios da eticidade hegeliana.

Que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou do devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.²⁰⁰

199 DWORKIN, 2003, p. 205-207

200 Idem, p. 180

A argumentação apresentada se refere ao entendimento da comunidade como um agente moral²⁰¹, independente do fato de que as pessoas individualizadas tenham pensamentos discordantes. Este estado personificado na medida exata²⁰² passa a garantir a integridade no nível ético. Superando a contingência da moralidade kantiana, baseada na responsabilidade subjetiva, a comunidade como agente moral personificada supera as bases subjetivas representadas pelas opiniões e preferências e estabelece um ordenamento baseado em conteúdos consolidados, que na teoria dworkiniana pode-se chamar de comunidade de princípios morais.

A eticidade se configura num valor objetivo dado ao conteúdo moral, que extrapola o nível da subjetividade. No ético é que se forjam os princípios, pois os mesmos superam os parâmetros das intenções e se orientam pela coerência interna e externa ao sistema. Diferente do que prega Kant, na sua obra *Crítica da Razão Pura*.

(...) é evidente que os princípios determinantes da vontade, que tornam por si mesmos propriamente morais as máximas, dando-lhes um valor moral, a representação imediata da lei e a observância objetivamente necessária da mesma, como dever, tem de ser representados como os verdadeiros móveis da ação, porquanto, de forma diversa, seria observada a legalidade das ações, mas não a moralidade das intenções(...).²⁰³

Observa-se um novo e importante ponto para a compreensão da tese de que Dworkin supera a moralidade kantiana e se utiliza do conceito de eticidade de Hegel. Pois em Dworkin, tanto moralidade quanto legalidade se funde na justiça como integridade e não há como agir legalmente ferindo os preceitos éticos, e nem seguir princípios morais sobrepujando as normas legais. Em Kant qualquer ato que almeje o bem, mas que tenha ligação com outros fins que não este em si mesmo, deixa de ser moral, sem, no entanto, perder sua legalidade. É a superação da subjetividade moral marcante no positivismo e no naturalismo e o renascer reformado de uma teoria de integridade, onde não há espaço para dicotomias internas ou externas.

201 Essa é uma argumentação para responder ao ataque dos pragmatistas ao ideal de integridade, no sentido de que eles insistirão que o Estado não é uma entidade que possa ter princípios a serem comprometidos. Nem o estado nem seu governo são uma pessoa: são grupos de pessoas, e se nenhuma dessas pessoas individualmente agiu em contradição com seus princípios não se pode afirmar que o Estado assim o tenha feito.

202 A idéia de estado aqui expressa é definida pela concepção de que o estado tem como pressuposto básico a idéia de que os indivíduos possuem deveres e direitos morais (não declarados positivamente) entre si e direitos políticos perante a organização estatal. Em caso de confronto entre ambos deve prevalecer a garantia dos direitos individuais.

203 KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. 1959.

A aceitação do sistema jurídico composto por normas, princípios e políticas traz para o ambiente jurídico a idéia de totalidade, e propõe uma nova ordem, que não mais permite a separação entre os preceitos morais e as normas jurídicas.

4.3 SUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO E CRÍTICA AO POSITIVISMO

Alguns autores interpretam a tese de Dworkin com uma nova forma de aceção de direito natural, no sentido de que ele aceita a mesma argumentação jurídica do jusnaturalismo, *i.é*, a de que não se pode separar argumentação jurídica da argumentação moral, e temos o exemplo da crítica feita por Richards

A interpretação da argumentação judicial tem sido utilizada por Dworkin para defender uma forma de jusnaturalismo em oposição ao positivismo de Hart. A argumentação jurídica, segundo Dworkin, invoca e utiliza princípios que os tribunais desenvolvem lentamente mediante um largo processo de argumentação e de criação de precedentes. Estes princípios são especificamente morais. Em consequência, a argumentação jurídica depende da argumentação moral, no sentido de que os princípios morais têm papel muito importante na argumentação jurídica, especialmente nos casos difíceis. E, portanto, a tese central do positivismo - a separação entre o direito e a moral - é falsa; não se pode separar a argumentação jurídica da argumentação moral. Para Dworkin, uma interpretação teórica aceitável da argumentação jurídica requer “a verdade do jusnaturalismo.”²⁰⁴

A primeira vista o esquema apresentado acima parece coerente, na medida em que Dworkin, a exemplo dos naturalistas, considera o mesmo princípio, ou seja, de que não se pode separar a moral do direito. Há, no entanto, uma ressalva importante, Dworkin, sob a mesma argumentação de Hegel, *supera e guarda*²⁰⁵ tal argumentação, agregando novos elementos considerados inaceitáveis aos teóricos naturalistas como: a evolução histórica dos

204 RICHARDS, 1977, pp.1081 e ss.

205 Ver Bobbio na sua colocação sobre a crítica de Hegel ao jusnaturalismo.

conceitos, a atitude interpretacional. Aqui é esclarecedora a afirmação de Hegel sobre a impossibilidade de conceber a existência de Direito Natural em si, diz Hegel:

De um lado, este pressentimento turvo de uma unidade originária e absoluta, que se exterioriza no caos do estado de natureza e na abstração de faculdades e de tendências, não chega à unidade negativa absoluta, mas ele apenas está dirigido a desaparecer numa grande multidão de particularidades e de oposições; entretanto, permanece ainda, neste caos do estado de natureza, uma multidão indeterminável de determinidades qualitativas, que tem tão pouco, para elas, uma outra necessidade quanto uma necessidade empírica, e não têm umas para as outras nenhuma necessidade interior.²⁰⁶

Dworkin não aceita livremente a idéia de que existe um direito natural²⁰⁷ que reconhece um conjunto de valores morais universais e imutáveis, mas propõe uma terceira via, que a busca de um resultado dialético que possa responder tanto os anseios de codificação das regras quanto à necessária prescritividade dos valores morais. Terceira via que está baseada na construção interpretativa de modelos sociais consistentes donde derivam os princípios norteadores da comunidade regida pela teoria da integridade.

Não se aceita na teoria dworkiniana uma coleção de valores morais petrificados na história, incapazes de sofrer adequações a cada realidade em que esta inserida. Dworkin estabelece a conexão real ente direito e moral, e o faz de maneira racional e reconstrutiva, tendo em vista que na modernidade esta relação havia perecido ante a forte influência do cientificismo e do tecnicismo. Diante da falência deste modelo tecnocientífico, principalmente depois dos acontecimentos da primeira metade do século XX, tornou-se vital para a sobrevivência da sociedade, a existência de um modelo centrado na valorização do humano e de sua dignidade, na retomada dos valores éticos e na revalorização da filosofia. Aqui percebe-se mais uma semelhança entre Dworkin e Hegel

206 HEGEL, 2007, p.47.

207 Aqui entendida a exemplo de Marco Túlio, o estóico, considerada como o mapa do direito natural: A verdadeira lei é a reta razão em harmonia com a natureza, difundida em todos os seres, imutável e sempiterna, que, ordenando, nos chama a cumprir o nosso dever, e, proibindo, nos aparta da injustiça. E, não obstante, nem manda ou proíbe em vão aos bons, nem ordenando ou proibindo opera sobre os maus. Não é justo alterar esta lei, nem é lícito derogá-la em parte, nem ab-rogá-la em seu todo. Não podemos ser dispensados de sua obediência, nem pelo Senado, nem pelo povo. Não necessitamos de um Sexto Aelio que no-la explique ou no-la interprete. E não haverá uma lei em Roma e outra em Atenas, nem uma hoje e outra amanhã, ao invés, todos os povos em todos os tempos serão regidos por uma só lei sempiterna e imutável. E haverá um só Deus, senhor e governante, autor, árbitro e sancionador desta lei. Quem não obedece esta lei foge de si mesmo e nega a natureza humana, e, por isso mesmo, sofrerá as maiores penas ainda que tenha escapado das outras que consideramos suplícios. (De republica, III, 22).

No mesmo caminho surge a seguinte constatação

No ensaio²⁰⁸, Hegel critica a situação em que se encontra a Ciência do Direito Natural, ou seja, a de ocupar um lugar meramente científico e não filosófico; a crítica é dirigida igualmente, de maneira mais ampla, à abordagem empírica e a formal, pois quer um, quer outro, ambos os tratamentos apartaram-se da Filosofia e passaram a tomar por princípio científico os dados da experiência, renunciando, com isso, para Hegel, ao estatuto da ciência verdadeira e contentando-se em ter por referência de identidade um conjunto de noções empíricas e de servir-se de conceitos de entendimento, distanciando-se da possibilidade afirmar algo de objetivo.²⁰⁹

Novo ponto de convergência entre as duas teorias é a contestação ao positivismo, cuja formulação teórica está baseada na plena codificação de todos os padrões de comportamento da sociedade e da completa separação entre direito e moral. O positivismo, baseado na tese da separabilidade, afirma que a validade de uma norma jurídica independe de considerações sobre sua validade moral. Um dos maiores expoentes desta tese é Austin, e a sua famosa afirmação de que a existência do direito é uma coisa, o seu mérito ou demérito é outra.

Evidencia-se que o jusnaturalismo de viés clássico, e mesmo o neojusnaturalismo são refutados por Dworkin, devido a sua imutabilidade, e na mesma linha de pensamento o positivismo é rechaçado pela sua incapacidade de resolver as questões controversas, possibilitar muita liberdade ao juiz através da discricionariedade jurídica, e notoriamente pela sua não-aceitação da vinculação entre moral e direito.

Entretanto, Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. A teoria do autor americano não é uma *caixa de torrentes transcendental* que permite solucionar todos os problemas e que fundamenta a validez e a justiça do direito. Dworkin recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo - que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir. O autor americano tenta construir uma terceira via - entre o jusnaturalismo e o positivismo - fundamentada no *modelo reconstrutivo de Rawls*. Parte-se do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção

208 HEGEL. *Das maneiras científicas de tratar o Direito Natural*.

209 BAVARESCO e CHRISTINO, 2007, p. 15.

de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido a nossas intuições.²¹⁰

Na perspectiva desta terceira via o autor norte-americano estabelece uma nova via de argumentação, esta sim baseada na moral – não aquela imutável dos naturalistas – e nos princípios – em oposição ao modelo de regras dos positivistas – o que evidencia o caráter dialético do processo. A moral suprassumida preserva características do direito natural, mas assume uma nova terminologia e uma nova função, ou seja, ela passa a estar incorporada no contexto da comunidade de princípios. Superada e guardada, a moral reforça a integridade, e possibilita uma justa e equânime aplicação do direito.

A superação do naturalismo fica clara, tanto em Hegel quanto Dworkin, quando estes se mostram contrários à idéia de imutabilidade da justiça e da ética. Para ambos, esse ideal é fruto de um processo dinâmico e contínuo e segue os valores e princípios inerentes a uma comunidade. Hegel afirma que um perfeito e completo código de leis é um ideal inatingível, mas este deve ser continuamente perseguido.

Há outro aspecto relevante nesta superação dialética da justiça do Direito Natural: ambos afirmam que o direito real é composto de regras positiváveis e não de fatores externos à lei, como fatores religiosos, psicológicos ou sociológicos. O direito deve estar baseado na objetividade das ações e não na opinião pública ou privada dos membros da comunidade. A opinião dos membros da comunidade deve ser suprassumida pelo processo histórico de formação dos princípios. Os costumes e hábitos individuais estão representados nos princípios. Portanto, numa clara superação do naturalismo, tanto Hegel quanto Dworkin, são favoráveis ao ordenamento jurídico representado pela codificação das leis. Ambos admitem que essa codificação não seja totalmente completa, no sentido de contemplar todos os anseios de justiça da sociedade, porém ratificam incisivamente a afirmação de que todo processo de interpretação se dá dentro deste sistema e nunca no apelo a uma instância externa, como Deus no caso de naturalistas cristãos.²¹¹

210 CALSAMIGLIA, Albert, 1984. in www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html acessado em 08/08/2008.

211 Neste caso cita-se Cícero, na sua obra *Re Publica* no parágrafo final “Porque os homens foram gerados com uma lei que hão de cumprir: a de cuidar daquele globo que vês no meio deste templo e que se chama terra. Eis

A superação do positivismo é evidente quando se percebe que sua intenção é somente propiciar uma avaliação sobre o desenvolvimento da justiça e do direito, enquanto as teorias da justiça de Dworkin e de Hegel perseguem o ideal de serem teorias de avaliação e de busca da natureza e das fontes do direito, de forma conjunta.

Para efeitos de crítica toma-se a teoria de Kelsen, na sua acepção de que o direito já tem sua validade configurada na vontade do legislador, a qual não cabe contestação.

Então, o direito positivo é o direito posto (*positum* – posto e positivo) pela autoridade do legislador, dotado de validade, por obedecer a condições formais para tanto, pertencente a um determinado sistema jurídico. O direito não precisa respeitar um mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do direito, para ser garantida em sua construção, não requer nada além do valor jurídico.²¹²

Este movimento hermético do positivismo impede a plena realização do Direito, especialmente no que se refere a sua possibilidade de responder as questões mais complexas, pois nem sempre o legislador é capaz de captar todas as necessidades da comunidade. É neste contexto que se permite entender a posição de Hegel e posteriormente de Dworkin ao admitirem que o sistema não seja fechado, mas sujeito a novas determinações. Cada vez que um costumes ou um hábito é positivado, ele se apresenta como uma nova afirmação que dialeticamente deve ser negada, a fim de se encontrar uma nova determinação. O mesmo ocorre com Dworkin, ao admitir a insuficiência das regras, ele sugere a existência de um princípio que deve dialogar com a regra vigente, a fim de encontrar a melhor resposta para aquela situação concreta que se apresenta, tanto que Dworkin afirma que muitas regras surgiram ou foram modificadas pela sua confrontação com os princípios.

A oposição de ambos ao positivismo lógico formal pode ser exemplificada no tratamento dado pelos positivistas à constituição.

A constituição vista de um ângulo formal deriva do positivismo lógico, ou seja, toda análise é feita a partir da letra da Lei Maior, não se questionando

porque tu e todos os homens piedosos estais sujeitos à tirania do corpo, sem poderdes abandonar o sítio que vos foi indicado nem deixar a vida sem serdes desertores da tarefa indicada por Deus”.

212 KELSEN, 1976, p. 103.

o conteúdo do que está lá, nem do que poderia está lá. Essa perspectiva leva a uma universalização lógico-hipotético-dedutiva-abstrata que repele os questionamentos que não são solucionados pelo seu método, carente de conteúdo, o sistema constitucional é esvaziado de sentido. De modo que, as lacunas do ordenamento jurídico são escondidas ou negadas veementemente por meio de seu afastamento e sua caracterização como pseudo-problemas. Assim, a constituição formal corresponde ao primeiro momento da dialética hegeliana, o momento intelectual, o ser universal abstrato.²¹³

O formalismo, representado em sua forma apurada no positivismo, não responde aos principais anseios de uma justiça completa, no sentido de que olvida os conteúdos dos casos concretos. O positivismo, como teoria, é inaplicável a casos que exacerbem a forma de lei. E neste intento Hegel e Dworkin fazem coro pela superação, no melhor estilo dialético.

Tem-se na teoria da integridade a superação dialética da antítese entre jusnaturalismo e positivismo, além da distinção entre regras e princípios. Assiste-se então a hegemonia axiológica dos princípios, que são convertidos no sustentáculo jurídico dos nascentes sistemas constitucionais.

O ideal de aproximação aqui exposto, se fortalece a partir da constatação de que os autores se posicionam no limiar de cada um das teorias, ora reforçando o caráter natural do direito, ora afirmando a necessária positivação do mesmo. A intuição é que os autores marcam sua aproximação quando da possibilidade de se afirmar que, tanto um quanto o outro, promovem uma superação/conservação dos ideais de cada uma destas teorias e formatam seu sistema de justiça num movimento dialético de respeito e aceitação do momento anterior.

213 BEZERRA, David Ricardo Colaço. 2006 IN <http://www.hegelbrasil.org/rev04d.htm> acessado em 20/06/2008.

4.4 INTEGRIDADE: DIALÉTICA DA JUSTIÇA E DA EQUIDADE²¹⁴

A integridade não se reduz a coerência do ordenamento jurídico. Ela vai além, pois exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção.²¹⁵

O intento de construir a integridade só possível no resgate das noções básicas de justiça²¹⁶ e equidade²¹⁷. A afirmação do *superar/guardar* dialético impõe que se saiba, senão

214 São duas as virtudes da moral política - valores que o direito visa a materializar: justiça (dimensão substantiva das decisões políticas) e equidade (dimensão procedimental das decisões políticas). Em alguns casos esses dois tipos de juízo caminharão juntos. Em outros, porém, tomarão rumos diferentes. Ressalte-se que não há um padrão que estabeleça a prevalência da justiça sobre a equidade nem da equidade sobre a justiça. Para resolver eventuais contraposições entre justiça e equidade, é que o Direito como integridade surge para dirimir esse conflito. Haverá momentos em que a justiça prevalecerá face a equidade; em outros, prevalecerá a equidade em detrimento da justiça. Essa é a concretização do ideal de integridade: a prevalência da decisão mais coerente com o ordenamento jurídico a partir do cotejamento com decisões passadas (se as decisões passadas não mais se justificam devem ser alteradas em nome da própria integridade e coerência) e respeito aos ideais de equidade e justiça de uma comunidade. (cf. Loiane Prado Verbicaro in <http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf> acessado em 12/08/2008).

215 DWORKIN, 2003, p. 264.

216 Embora não seja fácil se determinar uma noção única de justiça, como afirma Perelman: “A análise sumária das concepções mais correntes da noção de justiça mostrou-nos a existência de pelo menos seis fórmulas da justiça – admitindo a maioria delas ainda numerosas variantes –, fórmulas que são normalmente inconciliáveis. Embora seja verdade que, graças a interpretação mais ou menos forçadas, a afirmações mais ou menos arbitrários, se pode querer relacionar essas diferentes fórmulas umas com as outras, elas não deixam de apresentar aspectos da justiça muito distintos e o mais das vezes opostos” (PERELMAN, Chaim. 2002, p.9).

217 A noção original de equidade surge na Grécia antiga, com Aristóteles, na “Ética a Nicômaco”, na qual afirmava que “o equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissivo e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isso o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames). Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissiva devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível

todas, ao menos a maior parte das características a serem suprassumidas. E aqui se esclarece a noção, embora simplificada, da dialética como ela é entendida e aplicada por Hegel

A dialética hegeliana parte do princípio da identidade de opostos. Ela se compõe de várias unidades, das quais Hegel enumera três: tese, antítese e síntese. A tese pode ser entendida como o momento da afirmação; a antítese é o momento da negação da afirmação, gerando a tensão que origina a síntese, o último momento que corresponde à negação da negação, ou seja, é o resultado da antítese anterior, no qual suspende a oposição entre a tese e a antítese. A síntese representa uma nova realidade marcada pela aparição da Razão Absoluta, da consciência de si, ou, o que dá no mesmo, da autoconsciência. A dialética é o movimento contraditório dentro de unidades que a cada nova etapa nega e supera a etapa anterior, num fluxo contínuo de superação-renovação. Hegel sustenta a idéia de que um princípio não basta em si mesmo, pois carrega em si a contradição e a luta de opostos. Esse processo de superação-renovação é o que Hegel chama de processo de explicitação.²¹⁸

A renovação pretendida pela integridade é resultante dos conflitos constantes entre as duas principais virtudes clássicas do direito, ou seja, a justiça e a equidade. Dworkin reforça a posição de que a ocorrência desses conflitos é comum na política, e muitos pensadores já formularam teorias com o intuito de amenizar ou dirimir os efeitos deste confronto. Uns negam que esse conflito tenha maiores conseqüências, outras afirmam a total interdependência entre ambas, Dworkin assim exprime essa zona conflituosa

Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre justiça e equidade por acreditarem que, no fim das contas, uma dessas virtudes deriva da outra. Alguns afirmam que, separada da equidade, a justiça não tem sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo. Esse é o extremo da idéia denominada de justiça como equidade. Outros pensam que, em política, a única maneira de pôr à prova a equidade é o teste do resultado, que nenhum procedimento é justo a menos que tenda a produzir decisões políticas que sejam aprovadas num teste de justiça independente. Esse é o extremo oposto, o da equidade como justiça. A maioria dos filósofos políticos – e creio, a maioria das pessoas – adota o ponto de vista intermediário de que a equidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições

estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica (Aristóteles, 1996, págs. 212/213).

218 NÓBREGA, F. P, 2005, p. 51.

imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas²¹⁹

Em oposição à maioria de pensadores e juristas que apela para esta solução de meio termo, Dworkin rejeita a essa solução conciliadora²²⁰, e estabelece a integridade como uma nova virtude que surge como a uma solução dialética a essa zona conflituosa. E afirma que, no caso de divergência entre as duas virtudes, a mesmas devem ser sacrificadas à integridade.

O autor admite que a solução conciliatória atenta contra o ideal de integridade, no instante em que ela estabelece que a justiça é fruto de uma relação mista entre as virtudes, e numa relação lógica se estabelece o grau de aceitação de cada uma das particularidades colocadas em disputa. Na integridade esta relação lógica não funciona, pois a mesma advém de uma relação argumentativa dialética.

Dworkin admite a existência do conflito, e dela constrói um novo modelo, que, de maneira precipitada, possa ser considerado independente, mas conserva do movimento de superação muitas das características das virtudes conflitantes, apresentadas de maneira sintéticas a seguir.

A aceitação da afirmação e da negação das virtudes entre si configura-se no motor do movimento dialético de formação da integridade. É um movimento baseado na contradição lógica entre as virtudes, que demandam não uma solução analítica e lógica, mas essencialmente dialética. Duas posições são possíveis diante das eminentes confrontações: uma que aceita que as contradições existem e que podem ser resolvidas simplesmente mesclando as vantagens de cada uma delas, e descartando o contraditório; ou como faz Dworkin, aceita as contradições, mas as analisa sob uma nova ótica, em que as diferenças do ideal devem ser elevadas a um outro nível, em que, se pode construir a resposta correta única para o problema. A admissão da dimensão de importância e de peso dos princípios é o um perfeito exemplo desta metodologia dialética em Dworkin, pois nos casos difíceis, os

219 DWORKIN, 2003, p. 214.

220 Dworkin afirma que, mesmo, não encontrando razões de justiça e que o ideal de equidade possa endossar, o seu instinto rejeita a solução conciliatória. A conciliação dá uma falsa sensação de justiça da ação, mas segundo o autor, ela é passageira, e muito particularizada, ou seja não há como torná-la universal, pois ela é aplicável de maneira muito estrita a casos específicos. Apesar de ser comumente utilizada, Dworkin a rejeita em nome de uma justiça como integridade, que neste interim se mostra aposta à conciliação.

princípios quando aplicados não significam a inobservância pura e simples da regra, mas a elevação da decisão a um novo nível.

A integridade foge dos conceitos estanques originados nos padrões lógicos, e estabelece que a interpretação construtiva e suas etapas fornece a melhor resposta para a solução dos “*hard cases*.” Retomando as fases da interpretação é possível vislumbrar esta intenção dialética do autor. As três etapas configuram a afirmação, negação e negação da negação do processo dialético. Esta argumentação é plausível sob o argumento de que a resposta encontrada na fase pós-interpretativa esta eivada dos valores e padrões da fase pré-interpretativa e que na fase interpretativa foram colocados à prova.

A comunidade de princípios realizada no ideal de integridade fortalece o poder de decisão dos julgadores, em especial nos casos difíceis, e estabelece uma elevação dos ideais da justiça e da equidade. Fica mais claro está afirmação quando

os processos judiciais nos quais se discutiu a igual proteção mostram a importância de que se reveste a igualdade formal quando se compreende que ela exige a integridade, bem como uma coerência lógica elementar, quando requer fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem como forma de justificativa²²¹

A justificação da integridade como uma virtude terceira e independente só tem validade no momento em que ela insere os valores da justiça e da equidade no seu interior, não como um simples mistura de características, mas como *dissolução/preservação*. Não se pode conceber a integridade como um elemento dotado de total imparcialidade e de soberano senso de ajustamento, que não carregue em si, as principais características da justiça e da equidade.

Apresenta-se um novo argumento para se creditar à integridade uma formatação dialética, e não simplesmente como uma mistura²²² desordenada de valores e princípios: a rejeição da conciliação como fonte confiável da justiça, reafirma o nosso propósito de que, o autor norte-americano concebe a integridade como uma virtude capaz de promover a união moral e política dos membros da comunidade.

221 DWORKIN, 2003, p. 224.

222 Durante a história da *Filosofia do Direito* encontram-se vários exemplos de teoria que, sem levar em consideração as incongruências internas de todas as teorias, mesclam as principais características de cada uma. O que denota a incapacidade do autor de encontrar uma solução satisfatória para o conflito radical.

Pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania.²²³

Outra característica passível de comprovar nossa tese de que o ideal de integridade é oriundo de um processo dialético nos moldes firmados por Hegel, está na aceitação da fraternidade como um dos pilares da constituição da comunidade de princípios. Isso pode ser explicado pelo fato de que aqueles que aceitam a integridade como ideal, valorizam a pertença à comunidade e desenvolvem um senso de participação integral nas suas decisões. O conceito de integridade demanda respeito ao diferente, na medida em que estabelece uma superação dialética dos antagonismos, sem, no entanto, desprezar as vantagens de cada uma das partes do processo. Ao defender os trunfos dos cidadãos diante das decisões da maioria, a teoria dworkiniana ignora os conceitos lógico-formais e consiste sua formulação teórica na dialética da inclusão. Cite-se como exemplo a sua crença no estabelecimento de um seguro hipotético²²⁴ que serviria de padrão para o resgate da igualdade e da justiça no seio da sociedade.

Uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria.²²⁵

A apresentação deixa claro que o ideal da integridade, não é uma simples solução lógica e analítica para o problema da evidente conflitualidade entre justiça e equidade, mas fruto de uma argumentação dialética, em que eleva os dois ideais a uma nova categoria, ou seja, a integridade, ou mais especificamente, a uma virtude que possa incluir as contradições de cada um dos ideais, sem correr o risco de se tornar um *monstrum* feito de retalhos irreconciliáveis de cada um dos ideais supressumidos. Por isso que se considera a elaboração desta teoria, uma inovação que conserva.

223 Idem. 2003, p. 230.

224 Instrumento teórico criado por Dworkin para a tributação baseado em alguma resposta razoável a questão hipotética: O que elas teriam comprado, em média, a fim de se assegurarem contra a pobreza, em alguma era primitiva, se isto lhes fosse oferecido em iguais condições. Levamos em conta nos tributos o total do que julgamos que as pessoas teriam pago por prêmios de seguro em tal mercado e distribuimos o dinheiro apurado para aqueles que gastam menos do que aquilo que acreditamos que a maior parte das pessoas teria assegurado para se garantir. Aquilo proveria, sem dúvida, mais no que concerne a auxílios-desemprego do que qualquer auxílio.

225 idem, 2003, p. 228.

O movimento de construção da teoria da integridade é especialmente dialético, notadamente as etapas da interpretação construtiva são o melhor exemplo desta empreitada de superação das dicotomias encontradas nas teorias positivistas e jusnaturalistas. A interpretação constitutiva da teoria da integridade rejeita todo o formalismo e introduz as noções de ajuste e conveniência no interior do conjunto jurídico. A coerência a este conjunto é que produz a integridade, e estabelece a *aufhebung* das virtudes da equidade e da justiça.

4.5 CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO

Evidencia-se no pensamento filosófico de Hegel um constante interesse com o que acontece no mundo e sua filosofia não se desenvolve separada dos acontecimentos de sua época. Claramente influenciado pelos ideais da Revolução Francesa, Hegel mostra que as estruturas sociais podem ser modificadas e subvertidas no decurso da história.

A história, em Hegel, não é uma mera sucessão de fatos nem tão somente o desvelamento de algo previamente estabelecido. A história é o resultado da ação humana nas relações que os homens travam uns com os outros. Ela não pode ser o que é sem a intervenção humana, posto que, essencialmente, ela somente é agir humano. A história não se desenvolve de forma indeterminada nem de qualquer modo, pois sempre resulta do que intencionalmente é pensado que, no entanto, não significa dizer, sempre e necessariamente ser caracterizada pela plena consciência sobre o que é feito.²²⁶

É preciso compreender também que a história é um progresso. O vir-a-ser das muitas peripécias não é senão a história do Espírito universal que se desenvolve e se realiza por etapas sucessivas para atingir, no final, a plena posse, a plena consciência de si mesmo. *"O absoluto, diz Hegel, só no final será o que ele é na realidade"*.

A história descreve a saga do espírito no mundo e obcecando ao seu esquema triádico, fiel ao movimento dialético, Hegel distingue três definições para o conceito de

226 NOVELLI, Pedro Geraldo Aparecido. in Revista Eletrônica Estudos Hegelianos Ano 2º - N.º 03 Dezembro de 2005 acessado em 25/07/2008.

história, sejam elas: a história original que refere-se a uma passagem do fenômeno exterior para a representação intelectual, para a posteridade, realizada pelos historiadores que presenciaram o próprio momento histórico, a história refletida, que abrange diversas categorias de exposição que influenciam no conteúdo factual da história original, culminando em um tipo de "história conceitual", de certa forma semelhante à história filosófica, abordagem racional dos fatos históricos como todo que, por meio da contemplação e especulação sobre estes, desenvolve um autêntico pensamento histórico filosófico.

É importante destacar a necessária passagem da história do âmbito estrito dos historiadores para o campo da filosofia, pois aqueles só se atinham aos aspectos particulares e fatuais da história, enquanto o filósofo deve encará-la com os olhos da razão.

A filosofia, pois, ao ocupar-se da história, toma por objeto o que o objeto concreto é, em sua figura concreta e considera sua evolução necessária. Por isso, para ela primeiro não são os destinos, nem as paixões, nem as energias dos povos, junto às quais se empurram os acontecimentos; mas sim o que o primeiro é o espírito dos acontecimentos, que faz surgir os acontecimentos, este é Mercúrio, o guia dos povos.²²⁷

A presença da história no pensamento hegeliano é inegável, e sua importância para a formação da autoconsciência é clara. Essa evolução histórica do pensamento moderno é o desafio que Hegel empreende na tentativa de construir uma estrutura organizacional simultaneamente absoluta e ética. O Estado Absoluto hegeliano fortalece as conquistas históricas da humanidade, preservando os direitos individuais que com muito custo foram conquistados.

É importante salientar que neste tópico Dworkin e Hegel consideram a história de maneira diversa quanto a sua amplitude. Enquanto o filósofo alemão credita à história um papel relevante na formação do Estado, já Dworkin o vê como um recurso a ser utilizado para garantir a consistência da decisão, porém não há necessária vinculação aos precedentes. O juiz, na visão dworkiniana, ao prolatar sua decisão nos casos difíceis o faz como uma descoberta, e nunca como uma invenção. A efetivação desta descoberta está alicerçada no conhecimento histórico, no qual o julgador vai buscar as bases sólidas para a sua decisão.

Embora Dworkin não estabeleça diferenciações entre diversos tipos de história, fica eminente que a história por ele considerada demanda da abordagem racional dos

227 HEGEL, 1989, p.45.

acontecimentos reais, e não somente da simples observação dos fatos, bem como, ele não faz uma digressão sistemática dos fatos na intenção da sua afirmação dentro do contexto histórico. Tão somente, para Dworkin, interessa que haja coerência com os mais relevantes princípios e valores a serem adotados com aqueles referendados pela comunidade no passado.

Essa seletividade em relação à história explica-se pelo fato de que a integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade. A coerência de princípio que se exige é mais horizontal do que vertical, pois o direito só se volta para o passado quando o enfoque contemporâneo assim determina. Não se recupera os ideais ou objetivos práticos dos políticos que criaram o direito anterior, mas justifica-se e organiza-se a prática atual através de “princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.”²²⁸

Na sua crítica a Rawls, especialmente à posição original e ao véu da ignorância, Dworkin utiliza de argumentação histórica para refutar ou mesmo desclassificar estes dois pontos da teoria rawlsiana. Ao afirmar a existência de uma comunidade capaz de abrir mão de sua história constitutiva, e abraçar a posição original, Rawls quebra toda a cadeira histórica e contextualizada de um povo.

Sem dúvida, não faz parte de nossas tradições políticas estabelecidas, ou de nossa compreensão moral corrente, que os princípios só sejam aceitáveis quando escolhidos por homens no contexto específico da posição original. Faz parte destas tradições, por certo, que os princípios sejam justos quando realmente escolhidos por aqueles a quem governam, ou se pelo menos pudermos demonstrar que são de seu interesse antecedente²²⁹ comum.²³⁰

A referência histórica é de vital importância para Dworkin, na sua constante luta contra as arbitrariedades provenientes das decisões discricionárias de juízes. Para ele o uso da interpretação dos princípios coerentes no passado político da comunidade, impede que o julgador crie, aleatoriamente, um novo código ou uma nova norma. O recurso ao passado fortalece a teoria de que ao julgador cabe obedecer ao que foi estabelecido na comunidade de princípios e, mais especificamente, nos casos difíceis seguir as etapas da interpretação para determinar a melhor e única resposta para aquela situação em destaque.

228 DWORKIN, 2003, p. 273-275.

229 Um juízo de interesse antecedente depende das circunstâncias nas quais é feito e, em particular, do conhecimento disponível àquele que julga, ou seja, devo saber de todas as conseqüências do ato para que eu possa agir ou reagir.

230 DWORKIN, 2002, p.244.

O dever do juiz consiste, para Dworkin, em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo. Dessa forma, não pode o magistrado romper com o passado, porque a escolha entre os vários sentidos que o texto legal apresenta não pode ser remetida à intenção de ninguém *in concreto*, mas sim deve ser feita à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática.²³¹

A inovação advinda desta teoria baseia na conservação dos princípios, que, em relação a alguns povos, tão bravamente foram afirmados. Não há criação, mas sim interpretação sistemática dos princípios morais constituintes de um povo.

Mesmo quando tratamos da interpretação e de suas etapas, estamos afirmando que, em especial, na fase pré-interpretativa a referência ao processo histórico de construção dos padrões e critérios deve ser levada em consideração. Só a história será capaz de evitar as disparidades e os absurdos advindos de uma interpretação equivocada ou mesmo mal-intencionada.

Assim, em diálogo com as partes daqueles processos, ele deverá interpretar a história institucional como um movimento constante e partindo de uma análise completa e criteriosa da Constituição, da legislação e dos precedentes, para identificar nestes a leitura feita pela própria sociedade dos princípios jurídicos aplicáveis aos casos.²³²

A construção de uma sociedade ordenada e que respeite o processo histórico, estabelece o paralelo entre os autores. É saliente-se que essa conexão foge aos padrões positivistas, no sentido de que esses não levam em consideração às referências ao passado, e também dos utilitaristas, que têm uma visão mecânica da história. Tanto Hegel quanto Dworkin aceitam o processo histórico como dinâmico. Essa dinamicidade é que movimenta o processo de interpretação construtiva e permite a razoabilidade da decisão.

231 PEDRON, 2005, p.71.

232 Idem.

4.6 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES

Dworkin refuta todo tipo de arbitrariedade, que pode ser causada pela posição pessoal e de livre escolha do juiz. Neste, ínterim, fica clara a sua oposição ao poder discricionário de sentido forte dado pelos positivistas. Há que se destacar a diferenciação apresentada pelo autor sobre o conceito de discricionariiedade. Dworkin concebe três acepções para estes conceitos, sendo dois fracos e um forte.

A primeira acepção diz respeito à escolha por um juiz de critérios “*um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras*”.²³³ Uma segunda acepção é expressa pela falta de revisão judicial, quando a decisão ocorre numa instância superior. Ambas as concepções de discricionariiedade são aceitas por Dworkin, porque sugerem uma fraca interferência no resultado da decisão. Uma terceira acepção, diz respeito à ausência total de vinculação legal ou de padrões previamente estabelecido no âmago da decisão. Este modelo de discricionariiedade é rechaçado por Dworkin pela sua característica aleatória e totalmente permissiva. As decisões judiciais não estão vinculadas a qualquer padrão jurídico. Neste tipo de discricionariiedade há uma forte tendência criadora do julgador em relação à decisão, no sentido de que o mesmo lança mão da escolha livre para criar uma norma e a aplica retroativamente.

O mesmo pode-se encontrar nas idéias de Hegel quando da discussão sobre a atuação do poder judiciário. No parágrafo 211 de sua obra *Filosofia do Direito* afirma em termos categóricos:

O que em si é direito é posto em sua existência objetiva, ou seja, é determinado pela consciência mediante o pensamento e conhecido como o que é direito e tem valor de direito, é a lei; e o direito por meio desta determinação é direito positivo.²³⁴

Hegel não foge das questões pertinentes a seu tempo, e a rigor estabelece a idéia da administração da justiça como intimamente ligada ao poder do executivo. Inclui-se o poder judicial à instância governativa de administrar a perfeita execução das leis e do processo legal.

233 DWORKIN, 2002, p. 69.

234 HEGEL, 1997 § 211.

(...) Hegel, por um lado, faz corresponder as três formas puras não mais ao rei e às duas Câmaras, mas aos três poderes que compõem a monarquia constitucional segundo seu conceito (inédito e jamais repetido), e que não são mais o poder legislativo, executivo e judiciário, mas o legislativo, o executivo e o do príncipe, sendo o judiciário atribuído à sociedade civil.²³⁵

Hegel admite que em alguns casos ocorram colisões passíveis de tornar imperfeita a aplicação da lei. Porém, isso deve ser considerada uma virtude, a partir do momento que essas imperfeições é que permitem que o Direito e a justiça sejam operados por pessoas, caso contrário, seriam mecânicos e automatizados. Mas, não obstante, a aceitação desta ingerência humana, no processo Hegel faz um sério alerta: os juízes nunca devem dar voz a sua própria opinião²³⁶ pessoal quanto à aplicação do direito em um caso concreto, como tal implicaria que a decisão do juiz seria arbitrária.

Essa objeção é fundamental, especialmente na teoria de Hegel, pois, considerando sua idéia de totalidade orgânica, não há espaço para a contingência, a particularidade e o arbítrio da opinião. Ao juiz cabe compreender o direito dentro de um sistema articulado de normas e princípios, estes últimos inculcados no corpo da regra de maneira implícita. Considerando que os atos discricionários partem da vontade livre do julgador, onde ele deve opinar quando não existe lei competente, tanto Hegel quanto Dworkin rechaçam esse caráter opinativo do direito. O próprio Hegel negava que houvesse espaço para opiniões, mesmo no domínio da filosofia.

Uma opinião é uma representação subjetiva, um pensamento casual, uma imaginação que crio desta ou daquela maneira e que outro pode criar de modo diferente; a opinião é um pensamento meu, não um pensamento em si universal, que seja em si e por si. Mas a filosofia não contém opiniões, já que não existem opiniões filosóficas.²³⁷

Aqui se apresenta mais um ponto de convergência entre as idéias dos dois autores, pois em nenhum deles se imputa liberdade ao juiz de decidir usando sua capacidade de livre escolha. É tarefa do magistrado tornar explícito o conteúdo que está implícito na formulação da norma.

235 BOBBIO, 1991, p. 156.

236 Hegel não concebe a diversidade dos sistemas filosóficos como o progressivo desenvolvimento da verdade, na diversidade a opinião vê apenas a contradição.

237 HEGEL, *Geschichte der Philosophie*, em *Werk*, ed. Glockner, XVII. p. 40; trad. it., vol. I. p. 21.

4.7 TOTALIDADE E INTEGRIDADE: OS PRINCÍPIOS

A consideração aqui defendida, de que a teoria de justiça como integridade tem como chave de leitura o sistema de totalidade hegeliana ganha força neste momento do trabalho, notadamente, pela afirmação de que Dworkin, ao estabelecer a referência aos princípios como fonte do direito, o faz de maneira imanente ao próprio direito e não de maneira extralegal. A coerência dos princípios com o restante do sistema se traduz num movimento de interpretação expansiva que se desenvolve em três complexas fases: as já mencionadas etapas da interpretação. A correção das decisões judiciais satisfaz as condições comunicativas de argumentação oriundas do próprio sistema jurídico.

Fica expresso no pensamento hegeliano a insuficiência das leis e a sua incapacidade de prever todas as variáveis possíveis ao se proferir uma sentença. Essa insuficiência leva o juiz a cotejar as normas positivadas com outras, a fim de encontrar uma solução mais justa para a contenda. Seguindo neste caminho, Dworkin ratifica este pensamento e estabelece como padrões de referência para este cotejamento os princípios.

Em oposição do que formulam os positivistas, o discurso jurídico não é hermeticamente fechado, mas deve estar aberto a argumentos éticos e morais ratificadores da legitimidade de todo o sistema. Há, no entanto, uma importante consideração a ser destacada: a práxis jurídica fomentada na integridade não gera uma total indiferenciação entre os *standards*, no sentido de se estabelecer uma confusão entre valores políticos, morais e éticos²³⁸. A obra dworkiniana se cerca do artifício da complementação, quase que num movimento de espiral expansiva. A idéia da continuidade, modelada na estratégia do desafio, supõe o movimento de apoio recíproco em que todos os elementos dentro de uma trama devem responder por todos.

Baseado na tese dworkiniana dos princípios, o Supremo Tribunal Federal formulou o seguinte entendimento.

238 Satisfaz essa observação o fato de que Dworkin contempla a teoria do direito, a teoria da justiça e a teoria ética como independentes, mas que exigem um tratamento mais conjunto sem que isso caracterize uma confusão ou indiferenciação.

(...) os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constar de texto regrado. Deflui no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional não significa que nunca teve relevância de princípio. (...) Os princípios gerais de Direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio²³⁹

Conclui-se que o sistema dworkiniano de integração é de caráter intralegal, ou seja, toda a construção das principais virtudes e conceitos norteadores da justiça se desenvolvem dentro do âmbito do sistema; ou seja, os princípios não estão fora do conjunto positivado de normas. Diferentemente do que ocorre com a discricionariedade que visa preencher uma lacuna intralegal, a teoria da justiça como integridade concebe as decisões baseadas nos princípios como parte integrante do próprio direito.

Os princípios gerais de direito são os cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Os princípios gerais de direito não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior²⁴⁰. A partir desta afirmação, e com base na teoria da integridade, sustenta-se a tese de numa visão, ainda que liberal, a tese dworkiniana assemelha-se ao sistema de totalidade orgânica de Hegel, na qual as idéias e os conceitos não se situam fora da realidade, mas são buscados no interior do próprio sistema. E esta convicção ganha corpo na prática da interpretação construtiva que dá movimento à dialética da construção da justiça.

Outra similaridade entre os autores diz respeito à forma como concebem a Constituição, para ambos ela reflete o espírito da comunidade, e embora não positivada, é eivada de princípios que norteiam as ações de cada um dos sujeitos. O “espírito do povo” que orienta a Constituição hegeliana é representado, na teoria dworkiniana, pelo senso de integridade constitucional e pela revisão judicial²⁴¹. Estes dois mecanismos inserem no

239 STF – 2ª T. – REextr. n. 160.381-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello. RTJ 153/1030.

240 O jurista Eros Grau, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, defende este posicionamento no seu livro “O direito posto e o direito pressuposto”.

241 “A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito no âmbito da própria legislatura.” DWORKIN, 2001, p. 102.

contexto constitucional os trunfos da minoria diante das deliberações dos representantes eleitos.

É importante ressaltar que os princípios quando reiteradamente utilizados, tornam-se, via jurisprudência, em regras positivadas. O que não configura de depreciação à sua função de padrão privilegiado de ação comunitária.

5 CONCLUSÃO

Dworkin ao elaborar sua teoria da justiça como integridade inaugura uma nova concepção política sobre a questão da justiça e da equidade no contexto da sociedade pós-positivista, pós-industrial e pós-moderna. As respostas dadas pelos representantes do positivismo e do utilitarismo já não mais contemplam os anseios da sociedade ávida por mudança. Novas tecnologias, a virtualidade e a globalização inerentes a essa hodierna visão de mundo e das pessoas dinamizam as relações e as práticas sociais de tal modo que não há mais como conceber uma teoria da justiça ou do direito de maneira hermética e inflexível.

O fracasso das soluções baseadas no cientificismo e na sua propalada supremacia, já é sentido nos estertores da segunda grande guerra e se evidencia com a retomada de uma consciência existencialista dos pensadores deste período. Vê-se com entusiasmo as novas perspectivas baseadas no respeito à vida humana, ao meio ambiente aos valores éticos.

A teoria dworkiniana se insere neste momento de retomada de uma visão holística do homem, onde temas como sustentabilidade econômica e ambiental, revitalização de valores éticos e morais, transdisciplinariedade, entre outros, projetam uma sociedade mais voltada à integridade das relações. Os esforços na garantia dos direitos humanos, as práticas de consciência ambiental, as ações afirmativas, o fortalecimento das minorias étnicas e sociais são reflexos deste novo momento.

Este trabalho convergiu esforços na perspectiva de reforçar essa nova realidade, perfazendo o caminho da concepção hegeliana de totalidade até o surgimento desta renovada teoria da integridade. Um homem íntegro percebe a justiça e equidade como um plano perfeito para a efetivação de sua liberdade no mundo. Dworkin, na sua perspicácia, adere a este movimento e conduz um belo debate sobre a justiça no seio deste mundo globalizado. Sua teoria, outrora confinada à esfera anglo-saxônica, já alça vôos no velho continente, e como conseqüência desta realidade globalizada já alcança novos horizontes, chegando às discussões acadêmicas e jurídicas no Brasil e nos demais países das Américas.

Dworkin não é o precursor desta visão principiológica da justiça, mas, certamente, cabe a ele o maior destaque quanto a sua defesa diante dos ataques positivistas. E, com base na efetivação da justiça, e a sua conseqüente aplicação no direito, Dworkin inaugura uma renovada concepção sobre o sistema jurídico. Neste momento é perceptível a sua aproximação ao pensamento hegeliano.

Numa análise criteriosa da teoria dworkiniana observa-se a forte influência do movimento dialético. A concepção de justiça como integridade é visivelmente um movimento dialético de superação-conservação do conflito justiça e equidade. E todo o sistema construído a partir desta concepção se rege por este parâmetro. Ao aceitar que um sistema jurídico é composto por regras, princípios e políticas, Dworkin assemelha-se ao movimento tripartite de Hegel ao tratar da questão do Direito. O caminho da determinação proposto por Hegel é seguido por Dworkin naquilo que é mais essencial, ou seja, do mais abstrato ao mais absoluto. Dworkin, ao analisar as teorias de justiça, não o faz à maneira de “*terra arrasada*”, mas conserva todas as boas características presentes nelas. O caminho dialético percorrido por Dworkin é feito da seguinte maneira: num sistema jurídico se aceita a existência de padrões, costumes e hábitos identificados com as práticas sociais mais costumeiras, porém estes padrões não açambarcam todas as necessidades sociais e individuais dos componentes da sociedade regida, e num processo de determinação em direção a algo mais concreto se estabelece a regulamentação formal destes padrões e daí surgem as regras; acontece que as regras ainda carecem de uma maior determinação, pois as mesmas, no seu estado positivado, não respondem de maneira satisfatória às emergentes mudanças advindas do processo civilizatório da humanidade. Deste movimento de determinação é que emergem os princípios e a sua capacidade de dar movimento a esse sistema. Importante ressaltar que os próprios princípios não se caracterizam com o fim do processo, mas a partir do momento, em que estes são efetivados, via jurisprudência, evidencia um novo e mais importante princípio que vai continuar o processo de determinação. E aqui se pode afirmar a primeira questão de nossa problemática central, ou seja, é sim possível uma interlocução entre Dworkin e Hegel, baseado especialmente na força da interpretação dialética e argumentativa presente em ambos.

O intento deste trabalho terá completude no instante que o esforço ensejado de tratar modernamente o conceito de totalidade ética de Hegel seja plenamente entendido e a sua contribuição para o desenvolvimento das teorias da justiça seja reconhecida. Ainda vislumbram-se algumas resistências ao pensamento hegeliano, mas torna-se inevitável a

aceitação da importância de sua contribuição para a compreensão da atualidade mundial. A dialética hegeliana, a inclusão do diferente no contexto histórico e a vitalidade da eticidade no contexto do sistema são de máxima relevância para o entendimento dos movimentos modernos de inclusão social. Após críticas a alguns temas de sua teoria, pelos mais diversos pensadores contemporâneos, Hegel ainda é atual e sua teoria serve de inspiração para o movimento de retomada de consciência sobre a totalidade orgânica. Os movimentos holísticos estão aí para comprovar esta tese.

No que tange, especificamente, ao trabalho proposto observa-se que Dworkin agrega muitas das características do pensamento hegeliano, inobstante seja este um pensador de cunho estritamente liberal²⁴². Aqui, ressalva-se o fato de que Dworkin pretende construir um novo tipo de liberalismo, um que satisfaça as bases dos direitos humanos individuais, mas que possibilite uma vida social e coletiva bem estruturada. O seu liberalismo é marcadamente igualitário no qual ele tenta organizar um esquema teórico coerente entre as exigências das liberdades individuais e fundamentais e a congruência de um Estado democrático e constitucional. A aproximação com Hegel neste ponto decorre do conceito da autonomia²⁴³ da liberdade individual, o qual Hegel dá grande destaque, a ponto de afirmar que o interesse pessoal e o direito particular devem ser respeitados, pois não podem ser determinados sem a mediação da vontade livre do indivíduo. O estabelecimento da noção de trunfos como salvaguardas dos direitos individuais e fundamentais caracteriza-se como um ponto de aproximação com o pensamento de Hegel em relação à autonomia.

Conceitos como integridade, senso de integridade constitucional, trunfos, liberalismo igualitário, modelo do desafio²⁴⁴, o princípio do igual respeito e consideração inauguram uma nova forma de conceber o direito e vão recheiar as agendas dos especialistas em filosofia política e filosofia moral da atualidade.

No início deste empreendimento surge um dilema: como tratar este tema eminentemente jurídico sob a perspectiva filosófica? Com o desenrolar do trabalho essa tarefa

242 A tarefa a qual se empenha Dworkin é, precisamente, oferecer uma visão ética do liberalismo.

243 O conceito de autonomia e a sua fundamentação do estado moderno hegeliano, num primeiro momento podem parecer desconexos, porém se analisadas sob a perspectiva de que Hegel fundamenta sua filosofia no substancialismo ético que tem por base a idéia de liberdade é bastante plausível essa conexão.

244 Dworkin formula uma distinção entre modelo de impacto e modelo de desafio, onde o valor de uma vida é medido pela capacidade de produção e na consequência para o resto do mundo. Já o modelo do desafio considera a vida boa num valor intrínseco, a tal ponto que os eventos, as realizações e as experiências possuem um valor ético mesmo quando não produzem algum impacto.

foi aliviada com a certeza de que o autor corrobora com a idéia de que apesar das necessárias divergências entre os dois campos do saber, existe um elo forte que une as duas ciências, a ponto de ele próprio projetar a figura de um juiz filósofo²⁴⁵ que no uso de suas supercapacidades age de acordo com a virtude da integridade.

A teoria da justiça como integridade configura uma via alternativa e de relevância para a modernização do Direito. Num mundo plural e multicultural marcado pela herança das fórmulas positivistas, utilitaristas e pragmáticas, o surgimento de uma teoria que ambicione tratar o ser humano de maneira completa é salutar e fomenta uma revisão crítica de todos os procedimentos, inclusive aqueles relacionados à aplicação do Direito. A superação das dicotomias em nome de um mundo menos fragmentado aproximam aqueles que, de diferentes formas e em diferentes épocas da história, perceberam a necessidade de tratar o ser humano como um ser total. A abordagem de Dworkin e Hegel segue por este caminho, ou seja, esses dois autores, cada um em seu contexto, construíram fundamentos para uma visão holística²⁴⁶ do homem e das relações que o cerca.

A idéia de aproximar Dworkin de Hegel que, num primeiro momento, possa ser percebida como estranha, responde a um anseio de legitimação da teoria da justiça como integridade. O caminho dialético percorrido por ambos ratifica os esforços de aproximação e dá sustentabilidade ao intento pretendido. A totalidade orgânica do sistema hegeliano é inspiradora na construção dos suportes teóricos da teoria da justiça como integridade. Estes tópicos orientaram o trabalho desde seu início. Resumindo, considera-se que a contribuição da teoria de Hegel para afirmação da justiça como integridade está alicerçada nos seguintes conceitos da filosofia hegeliana: totalidade, dialética, sistema, eticidade, história.

O problema da discricionariedade e a consideração histórica do Direito são pontos de aproximação explorados nesse trabalho e que registram a consonância entre as duas teorias, no sentido de que ambos mantêm uma coerência com a história da comunidade, o que certamente impede que as decisões sejam tomadas de maneira aleatória e sem uma profunda conexão com o rito histórico do povo. A história do povo é que propicia o surgimento dos princípios morais, e rejeita a ação direta e discricionária dos magistrados.

245 O juiz Hércules seria um jurista filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana, um verdadeiro semi-deus (DWORKIN, 2002, p. 165).

246 É preciso fazer algumas ressalvas sobre o atual movimento da humanidade em busca de uma visão holística. Em grande parte, este movimento é eivado de superstições, orientalismos e misticismo e transformou-se no pilar de muitas formas de religiosidade e reflexividade.. No caso em estudo o holismo é considerado em sua acepção grega da palavra, ou seja, advinda do holos, que significa todo, total.

Mas, o caráter relevante desse trabalho é reservado a re-inserção da ética no direito. Separados durante todo o período de domínio do positivismo, do pragmatismo e do cientificismo, o ético e jurídico reencontram-se num movimento de retomada da consciência plural da humanidade. Essa multiplicidade exige uma relação orgânica e ética, capaz de libertar o homem das amarras do tecnicismo, da supremacia da ciência e do ocultamento do ser²⁴⁷. Tanto Dworkin quanto Hegel estabelecem uma relação incisiva entre o jurídico e o ético, porém resguardadas as ressalvas metodológicas. Hegel constrói o caminho da efetivação da liberdade e encontra na eticidade o ponto de culminância deste processo, já Dworkin se abstém de traçar um caminho de construção desta ética, mas a considera a partir do momento de sua efetivação no sujeito objetivo.

É inevitável que esta tarefa possa não ser conclusiva, especialmente porque ela não se propõe a tal intento, mas são plausíveis algumas considerações sob os objetivos traçados e aqueles alcançados.

A aproximação entre os autores foi efetivada de maneira coerente com os princípios que regem um esquema de comparação, ou seja, não há como considerar a inclusão total de uma teoria noutra sem que incorra num ofuscamento de uma ou de outra. Preservam-se as nuances personalíssimas das teorias, mas evidenciam-se os pontos de convergência e possíveis distanciamentos.

É preciso ressaltar que Dworkin ainda está vivo e em plena atividade, o que em determinados momentos surge como obstáculo; pois ele mesmo, face às críticas de autores contemporâneos, remolda ou reorganiza seu pensamento. Muitas vezes em nome da plausibilidade, abandona a originalidade de suas teses.

A satisfação em ver a tarefa proposta culminar em êxito, fortalece o desejo de que as críticas sejam dirigidas a fim de fomentar o crescimento intelectual e o entusiasmo na prática do que foi aprendido.

247 Ver Heidegger que considera a História da Filosofia como a história da Metafísica ou do ocultamento do Ser.

REFERÊNCIAS

Obras de Ronald Dworkin

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

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. "Igualdade e Capacidade". In: : *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes. 2005: 331-430.

_____. *Domínio da vida : aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo : Martins Fontes, 2003. 362 p. (Coleção Justiça e Direito)

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Martins Fontes, 2002. 568 p. (Coleção Justiça e Direito)

_____. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. São Paulo : Martins Fontes, 2005. 689 p.

_____. e MAFFETTONE, S. I. *Fondamenti del Liberalismo*. Roma: Laterza, 1996

Obras de Hegel

HEGEL, G.W.F *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *O Sistema da vida ética*. Lisboa: Edições 70, 1991.

_____. *Lecciones sobre la filosofia de la historia universal*. Madrid, Alianza Universidad, 1989

_____. *L'esprit du christianisme et son destin*. Paris: Vrin, 1988.

_____. *Geschichte der Philosophie, em Werk, ed. Glockner, XVII. p. 40; trad. it., vol. I. p. 21*

_____. *Enciclopédia das ciências filosóficas (1830)*. v. I. São Paulo: Loyola, 1995.

_____. *Fenomenologia do espírito*. 4. ed. Petrópolis : Vozes, 1999. 222 p. (Coleção Pensamento Humano)

_____. *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural : seu lugar na filosofia prática e sua relação com as ciências positivas do direito*. São Paulo : Loyola, c2007. 134 p. (Leituras Filosóficas)

_____. *Filosofia da história*. Brasília (DF) : Ed. UNB, c1995. 373 p

_____. *Filosofia real*. México, D.F. : Fondo de Cultura Económica, 1984. 486 p

Demais referências

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, in Coleção Os Pensadores, vol. 3, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1996.

BAVARESCO, A. . *Hegel e o Direito: O modelo de justiça hegeliano*. In: Agemir Bavaresco; João Hobuss. (Org.). *Filosofia, Justiça e Direito*. Pelotas: EDUCAT, 2005, v. , p. 89-128.

BAVARESCO, Agemir, CHRISTINO Sérgio B. *Hegel E O Direito: Modelo De Justiça Hegeliano* IN http://www.filosofialatinoamerica-uk.org/files/Hegel_e_o_Direito_modelo_de_justi_a_hegelia_no_2_1.doc

_____. *Eticidade e Direito na Fenomenologia do Espírito de Hegel*. In Revista Eletrônica Estudos Hegelianos Ano 4, nº7, Dezembro- 2007: 49-72 - <http://www.hegelbrasil.org/agemir-sergio.pdf> acessado em 08/08/2008

BEZERRA, David Ricardo Colaço. *A Dialética Hegeliana e o Espírito Da Constituição*. In Revista Eletrônica Estudos Hegelianos. Ano 3º - N.º 04 Junho de 2006

BOBBIO, N. *Estudos sobre Hegel. Direito, Sociedade Civil, Estado*. São Paulo: Brasiliense/UNESP, 1991, p. 99.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. 2.ed. __. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1992. Tradução de Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant.

_____. *Estudios de Historia de La Filosofia* Balaio Digital, Porto Alegre, 1985

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília (DF) : Pólis, 1989. 184 p

BOBBIO, Norberto/ BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política*. São Paulo: Brasiliense, 1986,

CALSAMIGLIA, Albert, apresentação feita à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin. *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984.

CALSAMIGLIA, Albert. *Por que es importante Dworkin?* In: *Doxa*. N. 02 – 1985.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998, p. 25-44.

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

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.157.

DALL'AGNOL, Darlei. *O igualitarismo liberal de Dworkin*. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 46, n. 111, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2005000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 Aug 2008. doi: 10.1590/S0100-512X2005000100005

D'HONDT J. *Hegel, filósofo de la história viviente*. Buenos Aires: Amorrortu, 1966

DUTRA, Delamar José Volpato. *Da função da sociedade civil em Hegel y Habermas* IN *Utopia y Praxis Latinoamericana* ISSN 1315-5216 versão impressa UPL v.11 n.35 Maracaibo dez. 2006

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil* in <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/artigos/artigo70.pdf> acessado em 07 de agosto de 2008.

FREITAG, Bárbara. *Itinerários de Antígona - A Questão da Moralidade*. São Paulo: Papirus, 1992.

GRAU, Eros Roberto - *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Editora Malheiros, 5ª edição, 2003

HABERMAS, J. *Mudanças estruturais da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. "Moralitat und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?" in W. Kuhlmann (org.) *Moralitat und Sittlichkeit: Das Problem Hegels und die Diskursethik*, Frankfurt: Suhrkamp. 1986.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. V. I, 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAESCHKE, Walter. *Direito e eticidade*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2004. 80 p. (Coleção Filosofia; 176)

KANT, I. *Critica da Razão Prática*. 1959. IN <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/razaopratica.html>

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor. 1984.

KERVEGAN, J-F. *Le problème de la fondation de l'éthique: Kant, Hegel*. *Revue de métaphysique et de morale*. Paris, v.01, n.95, p.33-55, 1990.

LEAL, Rosemiro Pereira. *O declínio do Estado hegeliano e o esperado fim das guerras* in http://www.faminas.edu.br/muriae/editora/RJv2n2/declinio_v2n2.pdf, acessado em 30/06/2008

MORIN, Edgar et al (1996). *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Dora Fried Schnitman (org.). Porto Alegre: Artes Médicas.

MULLER, Marcos Lutz. *O direito abstrato de Hegel: um estudo introdutório*. In Revista Analytica v. 10 nº 1, 2006

NICOLESCU, B., *Aspectos gödelianos da natureza e do conhecimento*. Internet: <http://www.cetrans.futuro.usp.br/godelianos.htm>, 11/06/99.

NÓBREGA, F. P (2005). *Compreender Hegel*. Ed. Vozes, 3ª edição, Petrópolis.

NOVELLI, Pedro Geraldo Aparecido. *Que significa dizer em Hegel “Philosophie ihre Zeit in Gedanken erfasst”?* in REVISTA ELETRÔNICA ESTUDOS HEGELIANOS Ano 2º - N.º 03 Dezembro de 2005

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. In R. CEJ, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul./set. 2005

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2002. 722 p.

POGREBINSCHI, Thamy. *Dworkin e o Pragmatismo Jurídico*, in <http://www.cedes.iuperj.br/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf> acessado em 20/07/2008.

POPPER, Karl Raymond; *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*; V. 1 e 2 Edusp – Itatiaia – 1974; Belo Horizonte

RAMOS, Cesar Augusto. *Rawls, Hegel e o Liberalismo da Liberdade* de in <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1790/1320>

RAWLS, J. *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press, 2000

REVISTA VIRTU. Número 01 – Março / Abril / Maio de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998
- RICHARDS. “*Rules, Policies and Natural Principles*”, *Georgia Law Review*, 1977,
- RIEDEL, Manfred. *Dialética Nas Instituições. Sobre A Estrutura Histórica E Sistemática da Filosofia do Direito de Hegel*, 2000
- ROSENFELD, Denis L. *Introdução ao Pensamento Político de Hegel*. São Paulo: Ed. Ática, 1993.
- ROSENFELD, Denis L. *Política e Liberdade em Hegel*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1995.
- ROSENFELD, Denis. *Filosofia passo a passo*. São Paulo: Zahar, 2002. 80p.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. S.Paulo Edipro, 1959.)
- ROSS, ALF. *On Law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959. xi,
- SALGADO, Joaquim Carlos *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo : Loyola, 1996. 519p. (Coleção Filosofia; 36)
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de . *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1987,
- STF - 2ª Turma - R. Ext. nº 160.381 São Paulo, rel. min. Marco Aurélio, v.u; RTJ 153/1030. In: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- VALLS, A. L. M. *O que é ética*. 14.ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. (Primeiros Passos, 177)
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Senhor e escravo: uma parábola da filosofia ocidental*. *SÍNTESE*, n. 21, p.7-29, 1981.
- VERBICARO, Loiane Prado. *A Judicialização da Política à luz da teoria de Ronald Dworkin*. In <http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Loiane%20Prado%20Verbicaro.pdf> acessado em 12/08/2008
- WEBER, Thadeu. *Hegel: Liberdade, Estado e História*. Petrópolis: Editora Vozes, 1993
- _____. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo Kantiano*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1999. 160 p. (Coleção Filosofia; 87)